

# CONSEIL D'ÉTAT

## Étude annuelle 2015

### L'action économique des personnes publiques

Rapport adopté  
par l'assemblée générale  
du Conseil d'État  
le 23 juillet 2015

*En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1<sup>er</sup> juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.  
Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.*

Reproduit d'après documents fournis

© Direction de l'information légale et administrative, Paris 2015

ISBN : 978-2-11-010097-9

---

# Les rapports du Conseil d'État

(ancienne collection  
Étude et documents du Conseil d'État)

## Fondateur

---

René CASSIN

## Comité de direction

---

Jean-Marc SAUVÉ, vice-président du Conseil d'État.

Bernard STIRN, Henri TOUTÉE, Bernard PÊCHEUR, Philippe MARTIN, Christian VIGOUROUX, Maryvonne DE SAINT PULGENT, Jean-Denis COMBEXELLE, présidents de section, Catherine BERGEAL, secrétaire générale du Conseil d'État.

Jacky RICHARD, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

*Directeur de la publication* : Maryvonne DE SAINT PULGENT, présidente de la section du rapport et des études.

*Secrétaire de rédaction* : Corinne MATHEY, secrétaire de la section du rapport et des études



# Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

## **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Sécurité juridique et complexité du droit (EDCE n° 57), 2006.
- L'administration française et l'Union européenne : Quelles influences ? Quelles stratégies ? (EDCE n° 58), 2007.
- Le contrat, mode d'action publique et de production de normes (EDCE n° 59), 2008.
- Droit au logement, droit du logement (EDCE n° 60), 2009.
- L'eau et son droit (EDCE n° 61), 2010.
- Consulter autrement, participer effectivement, (EDCE n° 62), 2011.
- Les agences : une nouvelle gestion publique ? – étude annuelle 2012, n° 63.
- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.

## **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Les recours administratifs préalables obligatoires, 2009.
- La révision des lois bioéthiques, 2009.
- Les établissements publics, 2010.
- Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne, 2011.
- Vers l'institution d'un parquet européen, 2011.
- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.

## **Collection « Droits et Débats »**

- Le droit européen des droits de l'homme, n° 1, 2011.
- Les développements de la médiation, n° 2, 2012.
- La valorisation économique des propriétés des personnes publiques, n° 3, 2012.
- La démocratie environnementale, n° 4, 2012.
- Consulter autrement, participer effectivement, n° 5, 2012.
- Le patrimoine immatériel des personnes publiques, n° 6, 2013.
- Santé et justice : quelles responsabilités ?, n° 7, 2013.
- Les agences : une nouvelle gestion publique?, n° 8, 2013.
- Les enjeux juridiques de l'environnement, n° 9, 2014.
- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015
- Ou va l'État? – Tome 1 et Tome 2, (*à paraître*)
- Impôts et cotisations, (*à paraître*)

## **Collection « Histoire et mémoire »**

- Conférences Vincent Wright - Volume 1, n° 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX<sup>e</sup> siècle, n° 2, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, n° 3, 2014.

## **Collection « Jurisprudences »**

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| ■ AVANT-PROPOS .....                                                                                       | 5   |
| ■ SYNTHÈSE .....                                                                                           | 9   |
| ■ Étude annuelle<br>L'ACTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES .....                                      | 25  |
| ■ INTRODUCTION .....                                                                                       | 27  |
| ■ Première partie<br>QUELLE PLACE POUR L'ACTION ÉCONOMIQUE<br>DES PERSONNES PUBLIQUES ? .....              | 31  |
| ■ Deuxième partie<br>QUELS FONDEMENTS JURIDIQUES DE L'ACTION<br>ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES ? ..... | 89  |
| ■ Troisième partie<br>QUELLES CONDITIONS DE L'EFFICACITÉ<br>DE L'ACTION ÉCONOMIQUE ? .....                 | 149 |
| ■ CONCLUSION .....                                                                                         | 205 |
| ■ RÉCAPITULATIF DES MESURES PROPOSÉES .....                                                                | 207 |
| ■ ANNEXES .....                                                                                            | 229 |
| ■ CONTRIBUTIONS .....                                                                                      | 243 |
| ■ LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES .....                                                            | 279 |
| ■ TABLE DES MATIÈRES .....                                                                                 | 281 |
| ■ Guide des outils d'action économique .....                                                               | 289 |



L'étude annuelle 2015 du Conseil d'État a été établie par Charles Touboul, maître des requêtes, rapporteur général-adjoint, sous la supervision de Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de la section du rapport et des études et de Jacky Richard, président-adjoint de la section du rapport et des études.

L'annexe intitulée « Que reste-t-il du colbertisme ? » a été rédigée par Camille Pascal.

Dans le cadre de leur stage à la section du rapport et des études, Marius Amiel, Céline Bévillon, Morgan Bunel, Aurélie Maugran, Anass Mourjane, Etienne Seche et Christopher Smague ont contribué aux travaux, notamment aux recherches documentaires.



---

# Avant-propos

*de Jean-Marc Sauvé,  
vice-président du Conseil d'État*

Fermement défendue depuis l'amorce de la révolution libérale des années quatre-vingt, mais jamais réellement pratiquée, l'idée qu'en matière économique les personnes publiques devraient s'abstenir d'agir ou, à tout le moins, se cantonner aux formes de régulation les plus indirectes et les moins intrusives dans les mécanismes de marché a été nettement battue en brèche ces dernières années. La récente crise, financière puis économique, a confirmé que les États, y compris ceux qui sont réputés les plus libéraux, disposent de réelles marges d'intervention pour corriger des dysfonctionnements systémiques, stimuler la compétitivité de leur territoire et défendre leurs activités stratégiques et qu'ils sont à bon escient déterminés à s'en servir. Aujourd'hui, moins encore qu'hier, il n'est pas question de s'en remettre à une illusoire « main invisible », pour optimiser les processus économiques et soutenir une croissance économique durable. Plus profondément, se trouve mise en lumière depuis près de cinquante ans la transformation des instruments de l'action publique : derrière l'« État pompier » et au-delà de « l'État-providence », c'est bien un « État stratège » proactif et fermement engagé dans la promotion des intérêts nationaux qui se donne à voir. Son action n'a pas reflué du domaine économique ; elle s'y est au contraire redéployée selon des voies et des priorités nouvelles, alors que les échanges et les modes de production se sont globalisés et que l'intégration européenne s'est approfondie. Loin de s'opposer, les figures de l'État « régulateur » et « interventionniste » se complètent, tout comme le cadre national s'imbrique, sans se dissoudre, dans le cadre européen et international. Ce redéploiement ne traduit pas une dénaturaion des missions fondamentales des personnes publiques, mais il témoigne de leur faculté d'adaptation face aux nouveaux défis qu'elles doivent relever. Pour autant, leur action économique s'est considérablement complexifiée et diversifiée, dans un environnement lui-même devenu plus mouvant et complexe.

Par la présente étude, le Conseil d'État entend dès lors clarifier et sécuriser les fondements et le périmètre de cette action, mais aussi évaluer ses modalités de mise en œuvre. Notre institution répond ce faisant à la mission qui est la sienne : sur ces enjeux, elle porte le double regard du conseiller des pouvoirs publics et du juge suprême de l'ordre administratif, en s'efforçant d'être une source utile d'analyses et de propositions. Elle fait par là entendre dans le débat public une



certaines voix doctrinales, fruit de son expérience et de sa capacité d'écoute des différentes parties-prenantes, nationales et européennes. Selon cette approche, qui se veut interdisciplinaire, l'étude aborde tout le spectre des actions économiques des personnes publiques – qu'elles interviennent à l'intérieur du marché, en tant que commanditaires ou opérateurs économiques, sur son fonctionnement, en tant qu'autorités de réglementation ou de régulation, ou encore au moyen de ces mécanismes, pour orienter les comportements des agents économiques dans un but d'intérêt général. Ainsi comprise, l'action publique, qu'elle poursuive ou non un but, en tout ou partie, économique, influe, notamment par le jeu de ses externalités, sur la compétitivité des entreprises, le développement de filières d'avenir, le cadre de l'activité économique et l'attractivité des territoires.

Les différentes composantes du droit public ont incorporé et consolidé ce renouvellement des rapports entre les personnes publiques et la sphère des activités économiques. Cette consolidation s'est manifestée, comme en d'autres matières, par un double phénomène d'élévation normative – en particulier constitutionnelle – et de diversification des sources, avec le développement continu de la législation européenne et de normes internationales. Par là, un droit exogène ne s'est pas insinué dans notre tradition juridique, car le droit de l'Union est bien le nôtre, nous prenons part à son élaboration et à son application, et il sert la promotion de nos intérêts. Par différents canaux, l'analyse économique s'est introduite au cœur du raisonnement juridique et, en particulier, des contrôles de constitutionnalité et de légalité. Il suffit à cet égard de mesurer tout le poids de la liberté d'entreprendre dans la jurisprudence contemporaine du Conseil constitutionnel, ou encore d'observer l'essor du contentieux administratif de la régulation économique : le juge administratif est devenu le juge de l'économie. L'on trouve également une marque de cette « surdétermination économique du droit administratif » dans la diffusion du contrôle de proportionnalité sous forme de bilans coût/avantage et, d'une manière plus transversale, dans la protection accrue du principe de sécurité juridique et, désormais, des espérances légitimes. Le développement d'un droit public des affaires exige à cet égard une vigilance particulière : en matière économique, plus qu'ailleurs, la menace d'une inflation normative doit être conjurée et la contrainte juridique pesant sur les initiatives privées comme publiques doit être desserrée, lorsqu'elle se révèle inutile ou excessive. Pour y parvenir, les personnes publiques doivent disposer de capacités d'expertise renforcées, tant en amont des processus normatifs, lors de l'adoption de règles nouvelles, qu'en aval, au stade de leur application. L'étude du Conseil d'État préconise à ce titre de rendre obligatoire l'évaluation préalable des impacts économiques, financiers et sociaux des amendements d'origine gouvernementale et de renforcer cette exigence pour l'élaboration des ordonnances, tout en recommandant par ailleurs de recourir à cette procédure pour la confection des propositions de loi. En complément, l'étude propose de confier à une autorité dédiée l'exercice d'un contrôle « externe » sur la qualité, l'exhaustivité et la sincérité des évaluations préalables.





L'efficacité de l'action publique économique requiert, plus en aval, une meilleure coordination entre les différentes entités chargées de sa mise en œuvre. Ces dernières se sont multipliées aux niveaux local et national, en particulier sous la forme d'autorités publiques indépendantes. Cette gouvernance multipolaire se justifie par des exigences accrues d'expertise, d'impartialité, de proximité et de transparence. Pour autant, elle augmente inévitablement les besoins, déjà élevés, de coordination et de pilotage interinstitutionnel et elle intensifie les risques d'enchevêtrement des compétences économiques et de dilution des responsabilités publiques. À la menace de l'embolie normative, s'ajoute ainsi le danger d'une entropie organisationnelle. Dans la lignée des réformes déjà entreprises, l'étude du Conseil d'État formule à cet égard des préconisations pratiques, pour identifier le niveau d'intervention le plus adapté et favoriser des regroupements et des partenariats opérationnels. Les plus grands bénéfices doivent être tirés d'une application raisonnée et pragmatique du principe de subsidiarité. Cette exigence vaut au plan national comme à l'échelle de l'Union européenne et de la zone euro. Au sein de cet espace régional, nous avons à faire fructifier les transferts de compétences consentis en matière monétaire et à appliquer d'une manière concertée les règles de gouvernance budgétaire. Nous n'y réussissons qu'en renforçant notre présence et en pesant davantage dans les différents espaces de dialogue et de négociation européens. Mais, pour nous y projeter efficacement, nous devons aussi disposer d'une connaissance approfondie et sûre des outils mis à la disposition des personnes publiques. La présente étude contribue à cet objectif, en proposant un guide pratique qui réunit ces outils en huit « familles » et les subdivise en vingt-quatre fiches, qui ont vocation à servir d'aide-mémoire dans l'élaboration et la conduite des projets économiques des personnes publiques et qui seront régulièrement mises à jour au fur et à mesure des développements normatifs et jurisprudentiels, qu'ils soient nationaux ou européens.

Parce qu'elle combine différentes formes de rationalités, notamment juridiques et économiques, l'action publique est un creuset où les savoirs et les expériences se décentent, se confrontent, s'hybrident et se traduisent par des réalisations concrètes au service de l'intérêt général. Le redéploiement contemporain de cette action dans la sphère économique est une manifestation tangible du principe de mutabilité et d'adaptation qui l'anime et qui doit conduire les personnes publiques à mieux exercer leurs missions, dans la fidélité à leur histoire et à leurs valeurs.





## L'action économique des personnes publiques

Le Conseil d'État a retenu l'action économique des personnes publiques comme thème de son étude annuelle pour 2015. Cette étude n'a pas pour objet de construire une théorie de l'action économique des personnes publiques ni de prescrire une politique économique, mais de faire des préconisations pour améliorer la conduite de cette action. Elle répond pour ce faire à trois séries de questions : quelle est la place de cette action ? Quels en sont les fondements juridiques ? Quelles sont les conditions de son efficacité ?

### I. Quelle place pour cette action ?

Il y a dans l'opinion un grand scepticisme sur la portée de l'action économique des personnes publiques. Le sentiment dominant est que l'intégration européenne, la mondialisation et la complexité croissante de notre économie affaiblissent cette action et l'enserment dans des contraintes telles qu'elle n'a plus d'espace de liberté.

Cette perception est très excessive.

Le transfert des leviers macroéconomiques au niveau européen, s'il est significatif, laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique nationale **(1.1)**. Il n'y a aucune incompatibilité entre une action économique volontariste des personnes publiques et l'ouverture à la concurrence, pourvu que l'on en prenne la mesure et que l'on sache s'y adapter **(1.2)**. En revanche, la plupart des politiques publiques affectent désormais l'activité économique, ce qui complique la définition du périmètre de l'action économique des personnes publiques, pourtant nécessaire pour en assurer le pilotage d'ensemble **(1.3)**.



## **1.1. Le transfert des leviers macroéconomiques majeurs au niveau européen laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique nationale**

Attributs traditionnels de la souveraineté nationale, la politique monétaire et la politique budgétaire sont aussi les deux principaux leviers macroéconomiques conjoncturels. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que les transferts opérés dans ces deux domaines au profit des institutions européennes aient pu nourrir en France, comme dans d'autres États membres de la zone euro, la crainte que la politique économique perde toute autonomie au niveau national.

Pourtant, le transfert du levier monétaire n'empêche pas les États membres de déterminer et de conduire leur propre politique économique. Et la surveillance renforcée dont le levier budgétaire fait désormais l'objet au niveau européen ne prive pas les États de leurs compétences. Il faut cependant réfléchir aux conséquences, sur les politiques économiques nationales, de l'émergence d'un levier budgétaire autonome de l'Union.

- *Les conséquences du transfert du levier monétaire à la BCE*

L'indépendance et le mandat de la Banque centrale européenne ont été longtemps mal compris. Les traités lui fixent un objectif prioritaire de stabilité des prix, mais la politique monétaire ne constitue pas pour autant un isolat de la politique économique. Les relations avec les autres institutions de l'Union sont très nourries et la BCE se préoccupe directement de l'économie réelle, comme l'a encore montré la politique non conventionnelle qu'elle a mise en œuvre en 2015 pour conjurer le risque de déflation.

Les transferts de souveraineté consentis pour les besoins de la création de l'euro ne privent pas la France de ses marges de manœuvre pour la conduite de la politique économique. Celles-ci ont même été renforcées par la stabilité offerte par la monnaie unique. Mais pour tirer tous les bénéfices de la politique monétaire européenne, il convient de veiller à ce que les effets de cette politique se « transmettent » à l'économie nationale dans de bonnes conditions, sans interférence excessive, ou non justifiée par des motifs d'intérêt général, du fait des lois et règlements internes.

- *L'exercice du levier budgétaire dans le cadre de la surveillance européenne*

Historiquement, la construction européenne a mis l'accent sur le marché intérieur puis l'élaboration d'une monnaie unique, sans chercher à étendre ce processus aux politiques budgétaires laissées à la seule compétence des États. Cette tendance s'est inversée avec la crise financière, qui a conduit à l'élaboration d'un cadre de surveillance issu du *Six-pack* en 2011, du Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance dit « TSCG » en 2012 et du *Two-pack* en 2013, qui a permis de faire face aux urgences mais conserve un caractère inachevé.

Le dialogue continu institué avec la Commission européenne, l'adaptation des règles à la situation de chaque pays et le système de sanction plus crédible mis



en place constituent des avancées mais accroissent la lourdeur et la complexité du cadre juridique de la coordination budgétaire. Trop récent pour être réformé, il peut cependant être interprété avec souplesse, en s'appuyant sur les initiatives prises par la Commission européenne installée en janvier 2015 et les préconisations du rapport des « cinq présidents » de juin 2015.

Cette coordination renforcée au niveau européen ne dessaisit pas les autorités nationales de leurs compétences budgétaires. Le cadre budgétaire européen ayant été traduit dans l'ordre juridique national, la politique budgétaire doit cependant être conduite selon une procédure plus contrainte, marquée par de multiples contrôles externes, qui amène à revoir son calendrier.

- *L'émergence d'un levier budgétaire propre de l'Union européenne*

La théorie des zones monétaires optimales (ZMO) fait dépendre leur cohésion de la mobilité des facteurs de production, notamment celle des travailleurs ; à défaut, une capacité budgétaire « centrale » peut jouer un rôle de palliatif.

L'Union européenne ne dispose ni de l'une ni de l'autre et ne peut compter que sur la coordination des politiques budgétaires nationales. Même renforcée, cette coordination ne permet toutefois pas de corriger les asymétries internes de la zone euro. L'idée a alors germé de compléter cette coordination par un levier budgétaire propre de l'Union, susceptible d'être mobilisé en dehors même des crises aiguës que le mécanisme européen de stabilité doit contribuer à traiter. Cette perspective d'un budget de stabilisation est encore lointaine, mais la France a tout intérêt à expertiser dès à présent ses conditions et ses conséquences.

Dans l'immédiat, les interventions financières de l'Union en matière de soutien à l'économie montent en puissance avec le plan d'investissement de la nouvelle Commission (plan Juncker) annoncé en début d'année. La France pourra d'autant mieux en tirer parti qu'elle aura précisé l'articulation de cette nouvelle politique d'investissement européenne avec ses programmes nationaux d'investissement (investissements d'avenir notamment).

## **1.2. L'action économique des personnes publiques, pour conserver sa portée, doit tenir compte des exigences d'une économie ouverte**

S'il est évident que l'internationalisation et la globalisation des échanges ont modifié la relation, pour ne pas dire le rapport de forces, entre les personnes publiques et des acteurs économiques de plus en plus mobiles et puissants, l'action publique n'est cependant pas condamnée à l'impuissance face à cette nouvelle donne. Les personnes publiques gardent la possibilité de faire valoir leur autorité même face à des acteurs mobiles. La France peut par ailleurs mobiliser d'importants relais diplomatiques. L'action économique des personnes publiques peut enfin constituer un puissant levier pour la compétitivité et l'attractivité du pays dans la compétition internationale.



- *Les conséquences de l'ouverture des économies en termes de territorialité du droit et de défense des intérêts nationaux*

La mobilité des acteurs fragilise l'autorité du cadre national. Les États ne sont pas neutres dans cette compétition par le droit : ce sont eux qui déterminent le champ d'application territorial de leurs règles et ils peuvent décider d'y attirer des opérations n'ayant qu'un lien très faible avec leur territoire, leurs ressortissants ou leur économie, comme le font les États-Unis. L'Union européenne ne dispose pas d'instrument d'une efficacité comparable pour faire valoir le droit économique de l'Union et des États membres. Il est donc indispensable d'étudier les moyens de garantir l'effectivité du droit de l'Union et son respect par les entreprises les plus internationalisées.

En outre, si le patriotisme économique tourné exclusivement vers les opérateurs nationaux est une impasse pratique (il devient impossible d'identifier la nationalité des opérateurs) et juridique (principe de non discrimination, libertés de circulation du TFUE), la défense des intérêts stratégiques nationaux en cas d'investissements étrangers n'est pas proscrite par le droit international et européen. Il serait utile de prévoir de tels mécanismes de défense des intérêts stratégiques également à l'échelle de l'Union, notamment en organisant une veille de ces investissements dans les entreprises et secteurs sensibles.

- *L'emploi de la diplomatie économique*

La France a pris toute la mesure de l'importance d'une diplomatie économique. Puissance diplomatique, elle s'est progressivement convaincue d'utiliser son réseau à des fins économiques, la puissance économique étant devenue un élément de la puissance tout court, tout particulièrement dans le contexte de la crise financière, même si des tensions persistent entre les dimensions politique et économique de la diplomatie.

La France dispose de nombreux atouts dans une diplomatie multilatérale toujours plus éclatée entre les grandes organisations (Conseil de sécurité des Nations Unies, FMI, OMC ou OCDE) et les organes multilatéraux informels (G20 et organes spécialisés à vocation technique jouant un rôle central dans la préparation des futurs « standards » internationaux). Le poids de la France au sein de l'Union européenne, géant économique, est un atout déterminant. Elle peut enfin valoriser les liens linguistiques mais aussi juridiques avec d'autres États dans la diplomatie bilatérale. La promotion du droit continental devient un objectif important de la diplomatie économique, notamment pour résister au préjugé favorable des acteurs économiques à l'égard de la *common law*.

- *Développer les politiques d'attractivité et de compétitivité*

L'extension du champ de la notation et de l'évaluation comparée exacerbe la concurrence entre les systèmes. Il en va tout particulièrement ainsi des classements généraux de compétitivité qui ont focalisé l'attention et, parmi eux, du classement *Doing Business* de la Banque mondiale. Quel que soit le bien-fondé de ce classement, l'impact qu'il a sur la réputation d'un pays et sur les

investisseurs ne peut être ignoré. Il est donc vain de combattre la démarche dans son principe, l'effort pouvant plus utilement porter sur un travail de conviction concernant les limites méthodologiques du classement si elles existent, ainsi que sur la manière d'améliorer et de mieux valoriser les performances des administrations et du système juridique français.

S'il importe par ailleurs de renforcer l'attractivité et la compétitivité, il convient de conserver une approche équilibrée. Aussi nécessaires qu'elles soient, les politiques d'attractivité et de compétitivité ne doivent pas conduire à un affaiblissement général des règles applicables aux entreprises dans une course au « moins disant ». La conduite agressive de ce type de politique peut rapidement amener à des formes plus ou moins marquées de « *dumping* », potentiellement très dommageables pour les parties prenantes, comme le montre l'actualité fiscale récente sur les « *tax rulings* ».

### **1.3. La dispersion de l'action économique dans les politiques publiques n'exclut pas un pilotage d'ensemble**

Les réflexions sur l'attractivité économique des États pourraient conduire à ne plus distinguer l'action économique publique de l'ensemble des politiques publiques et à juger vaine toute tentative de pilotage d'ensemble. Celui-ci est pourtant nécessaire et possible, à condition d'identifier précisément le périmètre de cette action et de procéder à une évaluation rigoureuse de ses résultats.

- *Les formes du pilotage de l'action économique des personnes publiques*

Le « plan de la Nation » né après guerre amorce son déclin dans les années 70 et disparaît dans les années 90. Mais la prospective publique reste quant à elle très dynamique, notamment dans les organismes publics.

Des stratégies sectorielles existent (comme les 34 plans de la nouvelle France industrielle de 2013) et la planification formalisée se développe à l'échelon territorial. Si la stratégie économique nationale est abordée à de nombreuses occasions, notamment dans le cadre du semestre européen, sa formalisation dans un document ayant vocation à servir de référence pour les autres programmations ou planifications sectorielles, tout en restant souple et adaptable, présenterait de multiples avantages.

- *La nécessaire cartographie de l'action économique*

Pour définir la stratégie de l'action économique, encore faut-il en définir le champ.

Pour le juriste, l'action économique des personnes publiques se définit par sa finalité. L'action est économique lorsqu'elle a, au moins partiellement, pour objectif d'influer directement sur la production, la distribution, l'échange ou la consommation de biens et de services



À partir de ce critère, il est possible d'esquisser un zonage en cercles concentriques : le premier cercle regroupe l'action relative aux entreprises et celle relative aux marchés ; le deuxième cercle correspond plus directement aux actions mixtes, qui poursuivent des objectifs à la fois économiques et non économiques, mixité caractéristique du champ des actions et politiques sectorielles ; le troisième cercle recouvre l'ensemble des actions qui ne poursuivent pas initialement d'objectif économique mais dont l'impact économique peut être mesuré et pris en compte, comme source d'externalités positives ou négatives.

Une telle cartographie de l'action économique des personnes publiques n'a d'intérêt que si elle présente un caractère suffisamment précis pour être opérationnelle. Son élaboration peut s'appuyer sur des démarches et travaux d'ores et déjà engagés et être conduite avec les différentes parties prenantes.

- *Disposer d'évaluations des performances globales*

Malgré la fiabilité reconnue de l'appareil statistique, le débat sur les chiffres est toujours vif. Mais il a pris une toute autre ampleur en raison du rôle que les textes font jouer à ces agrégats. Le caractère nécessairement « construit » des statistiques, basées sur des conventions et des corrections, aussi bien que l'usage qui en est fait, deviennent l'enjeu d'un débat juridique et politique.

La mesure globale de la performance économique qu'est le PIB fait en outre l'objet de critiques croissantes. Pour approfondir ces questions, une commission a été constituée en 2008, sous l'égide de J. Stiglitz, A. Sen et J.-P. Fitoussi. Son rapport, rendu en 2009, fait une douzaine de propositions pour améliorer le PIB comme outil de mesure de la performance économique, tout en lui adjoignant d'autres indicateurs complémentaires. Mais il a fallu attendre la loi du 13 avril 2015 pour que soit prescrite la prise en compte de tels indicateurs. Les voies et moyens de cette prise en compte restent cependant à trouver.

## II. Quels fondements juridiques de l'action économique des personnes publiques ?

La question des fondements d'une action économique des personnes publiques et celle de sa conciliation avec le respect dû à l'initiative privée trouvent des réponses assez différentes aux trois principaux niveaux de normes.

Si les exigences constitutionnelles applicables à l'action économique sont en première analyse plus conciliantes que les exigences conventionnelles, le contrôle de constitutionnalité a néanmoins remis en cause d'importantes dispositions de politique économique (2.1). À l'inverse, les exigences des traités et du droit de l'Union n'imposent nullement de renoncer à une action économique ambitieuse, dès lors que, dès sa conception, celle-ci prend en compte le droit européen. Il en va de même pour le droit international (2.2). Les normes et les principes de niveau législatif ou réglementaire gagneraient enfin à évoluer pour disposer d'un cadre plus clair et plus sûr pour l'action économique des personnes publiques (2.3).



## **2.1. Un cadre constitutionnel souple mais dont il ne faut pas sous-estimer les exigences pour l'action économique**

Le « bloc de constitutionnalité » est globalement souple et laisse une importante marge d'appréciation au Parlement en matière de législation économique. Cette relative souplesse ne doit pas toutefois conduire à mésestimer les exigences qui découlent du contrôle de constitutionnalité en matière économique.

- *Une constitution économique pondérée*

La Constitution postule l'existence d'une action économique. Plusieurs de ses dispositions organisent et encadrent l'action économique des personnes publiques. Les trois déclarations des droits qui appartiennent au bloc de constitutionnalité (Déclaration du 26 août 1789 ; Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et Charte de l'environnement de 2004) correspondent aux trois générations de droits fondamentaux dont les inspirations (libérale, sociale, environnementale) ont tendance à s'équilibrer, ce qui contribue à la plasticité du cadre constitutionnel. Mais ces textes abordent en tout état de cause de manière assez discrète l'action économique des personnes publiques. Le débat sur la nécessité de compléter les textes constitutionnels, notamment pour y consacrer explicitement la liberté d'entreprendre, reste par ailleurs très circonscrit.

Le juge constitutionnel a, quant à lui, de longue date veillé à ne pas opposer les normes constitutionnelles aux orientations de fond des politiques économiques des majorités successives. La modération du juge constitutionnel en matière d'action économique s'est notamment manifestée par l'attitude qu'il a adoptée face aux mouvements qui ont affecté la taille du secteur public (jurisprudence sur les nationalisations et les privatisations). Les principes dégagés par le juge constitutionnel laissent par ailleurs une certaine liberté au législateur, qu'il s'agisse de la liberté d'entreprendre ou du droit de propriété, de la liberté contractuelle ou du principe d'égalité en matière économique.

- *Un contrôle de constitutionnalité a priori très présent*

Dans le cadre du contrôle de constitutionnalité *a priori*, le juge est plus libre que dans le contrôle *a posteriori* et cela a des effets notables dans le contentieux de l'action économique des personnes publiques. Il maîtrise notamment le champ de son contrôle en soulevant d'office des conclusions et des moyens, en étant parfois orienté par les saisines officieuses ou « portes étroites » dont les entreprises, *via* leurs organisations professionnelles, ont su tirer parti. La prise en compte croissante des objectifs poursuivis par le législateur, notamment dans le cadre du contrôle de proportionnalité, a également un impact important sur l'exercice du contrôle.

L'histoire du contrôle de constitutionnalité a été marquée par des déclarations spectaculaires d'inconstitutionnalité portant sur des aspects majeurs de la politique économique. Il convient donc de mieux intégrer le risque constitutionnel dans le processus de décision, mais aussi de tirer les conséquences des déclarations d'inconstitutionnalité tant sur les textes auxquels elles se rapportent que sur les dispositifs similaires.



- *Un contrôle rendu plus exigeant par la question prioritaire de constitutionnalité*

L'introduction le 1<sup>er</sup> mars 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) a renforcé l'emprise du contrôle de constitutionnalité sur l'action économique des personnes publiques. Les entreprises se sont très tôt saisies de la QPC pour contester l'action économique des personnes publiques.

L'ouverture de cette nouvelle voie de droit n'a pas entraîné un bouleversement du contrôle de constitutionnalité économique mais elle contribue à son approfondissement. La QPC a conduit à une affirmation des droits et libertés économiques, notamment la liberté d'entreprendre et le droit de propriété, à leur application à un nombre accru de normes et à un contrôle plus concentré et contextualisé que dans le cadre du contrôle *a priori*.

## **2.2. Des normes conventionnelles plus structurantes que contraignantes en matière économique et dont il est possible de mieux tirer parti**

La place des normes conventionnelles en matière d'action économique s'accroît régulièrement depuis plus de trente ans, principalement du fait du droit de l'Union européenne, porté par la dynamique de l'intégration toujours plus forte du marché unique. Les personnes publiques doivent s'approprier ces règles pour en tirer le meilleur parti, mais aussi s'engager dans un dialogue constructif avec les institutions européennes pour prévenir les difficultés. Un nombre croissant de normes internationales s'appliquent par ailleurs à l'action économique publique, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de plus en plus souvent invoquée dans le contentieux économique.

- *Bien qu'imprégné par l'idée de marché, le droit de l'Union admet la légitimité d'une action économique des personnes publiques*

La place de l'économie dans les traités est consubstantielle au projet européen. L'action économique propre des personnes publiques a pu être perçue comme remettant en cause les principes même du processus d'intégration européenne, tant dans leur fonction de réglementation de l'activité des acteurs économiques que lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs de marché.

Les textes ont toutefois peu à peu évolué, notamment dans les objectifs qu'ils entendent poursuivre, et tempéré la primauté du marché et de la concurrence qui pouvait ressortir des premiers traités. Le nouvel équilibre recherché dans les dispositions fondatrices des traités est également présent dans les dispositions plus directement normatives, en particulier celles sur les quatre grandes libertés et sur les différentes politiques de l'Union.

Mais les marges d'interprétation dépendent surtout de la manière d'appliquer les traités, qu'il s'agisse de la teneur du droit dérivé en matière de marchés publics ou de l'approche de la Commission en matière d'aides d'État, qui se recentre désormais sur le contrôle des plus importantes.

- *Un droit dans l'élaboration duquel il est utile de s'investir et qui doit être mieux pris en compte dans la conduite de l'action économique*

La France peut d'abord promouvoir un droit européen favorable à l'action économique des États membres, par sa contribution au processus normatif mais aussi en intervenant dans le contentieux des questions préjudicielles. Il faut aussi convaincre de la conformité des mesures nationales au droit de l'Union dès leur élaboration et sans attendre un éventuel contentieux. Une adaptation du dispositif français de coordination des affaires européennes servirait cette stratégie d'influence en associant davantage les entreprises et les régulateurs économiques. Le renforcement de la présence française dans les institutions européennes serait également utile.

Plus généralement, les personnes publiques doivent mieux prendre en compte les exigences et les latitudes du droit de l'Union dans la conception de leur action économique. Plutôt que de confier les questions européennes à des structures dédiées au sein des administrations, il conviendrait d'améliorer leur compréhension par l'ensemble des agents grâce à une formation initiale plus solide et à une formation continue plus systématique, notamment en matière d'aides d'État. Un droit européen plus accessible favoriserait aussi sa prise en compte par les administrations françaises.

- *La montée en puissance d'autres normes internationales*

Ratifiée par la France en 1974 et pouvant donner lieu à des recours directs depuis 1981, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas une déclaration économique. Elle s'est néanmoins imposée à l'action économique des personnes publiques par la protection très large qu'elle offre du droit de propriété et le niveau élevé de ses exigences en matière de droit processuel répressif, qui s'imposent aux régulateurs économiques.

D'autres normes du droit international économique régissent l'action des personnes publiques, notamment celles issues de traités, conventions ou accords formalisés. Le droit international économique produit dans les enceintes de concertation ne s'impose quant à lui que s'il est incorporé dans une norme internationale ou interne. La multiplication des actes, accords ou traités confronte les personnes publiques à quantité de textes d'origines très diverses, d'application souvent très large et transversale, qui peuvent avoir un impact sur leur action économique et qui sont difficiles à connaître. Leur conciliation peut également s'avérer délicate, même si la jurisprudence s'attache à en clarifier les modalités.



### **2.3. Un bloc de légalité favorable à une action économique des personnes publiques soumise à un contrôle juridictionnel rigoureux**

Dans son inspiration générale, le bloc de légalité est dans la ligne des exigences constitutionnelles en se montrant largement favorable au principe même de l'action économique des personnes publiques. Le principal sujet de préoccupation tient au foisonnement des textes applicables, à leur articulation et à leur portée souvent incertaine et surtout au caractère de plus en plus approfondi du contrôle juridictionnel sur l'action économique publique.

- *Une action admise de longue date par la jurisprudence*

Le juge a très tôt admis le principe des initiatives publiques, qu'il s'agisse pour les personnes publiques d'encadrer les activités économiques privées ou bien de conduire des activités économiques par elles-mêmes.

Mais il reste vigilant sur les atteintes portées à la liberté du commerce et de l'industrie, en veillant, notamment à ce que les règles fixées par les personnes publiques ne limitent pas excessivement l'initiative privée et que les activités économiques publiques soient justifiées par un intérêt public suffisant. Les restrictions éventuelles doivent par ailleurs, pour être licites, respecter d'autres principes, comme le principe d'égalité, le principe de non rétroactivité et le principe de sécurité juridique.

- *Une action encadrée par un foisonnement de textes de nature, de portée et d'articulation très diverses*

Les textes applicables à l'action économique des personnes publiques sont très dispersés. Plusieurs codes intéressent la matière mais aucun ne la traite spécifiquement et nombre de dispositions transversales applicables à l'action économique des personnes publiques ne sont pas codifiées. Si un code de l'action économique des personnes publiques ne présenterait pas de plus-value significative, un regroupement minimal des dispositions autonomes serait opportun. Par ailleurs, l'approche largement sectorielle de la régulation économique a entraîné l'adoption d'un grand nombre de textes « en silo » issus du droit de l'Union. S'il n'est pas possible de remédier efficacement à cette fragmentation par une initiative purement nationale, il faut améliorer l'articulation de ces règles entre elles.

L'application du droit de la concurrence à l'action des personnes publiques est désormais largement balisée par les textes et la jurisprudence, mais les solutions sont moins claires pour d'autres composantes du droit commun économique. Certains cas sont explicitement réglés par les textes (droit des sociétés, droit bancaire notamment). Dans d'autres cas, la jurisprudence a dû préciser les cas d'applicabilité du droit commun aux personnes publiques (droit de la consommation, droit boursier). L'adoption plus systématique de dispositions expresses sur les conditions dans lesquelles la loi ou le règlement économique s'applique aux personnes publiques contribuerait à clarifier l'état du droit.

- *Un contrôle du juge de plus en plus approfondi*

De plus en plus important et varié, le contentieux de l'action économique des personnes publiques est réparti entre les deux ordres de juridiction et au sein de ceux-ci, il ne relève pas toujours des mêmes tribunaux ou cours. Ce contentieux est attractif pour les entreprises, notamment en raison de l'efficacité croissante du juge de l'action économique et des nouvelles procédures dont il dispose, les référés administratifs notamment.

Malgré le caractère technique de ce contentieux, le juge n'hésite plus à exercer un plein contrôle sur les choix techniques de l'administration. De plus en plus acteur du processus, le juge est amené à décider en dernier lieu de la pertinence de l'action économique, en devenant en quelque sorte un régulateur ultime. Le métier du juge de l'action économique des personnes publiques évolue donc sans cesse, le contraignant à revoir ses méthodes d'instruction mais aussi de jugement. La technicité même de ces questions et l'ampleur de leurs enjeux plaident pour une spécialisation accrue des juridictions assortie, au besoin, d'une formation spécifique de leurs juges.

D'autres types de traitement des litiges prennent une place croissante. Il en va ainsi, d'une part, du recours au juge répressif, qu'il s'agisse de la Cour de discipline budgétaire et financière ou du juge pénal lui-même. Mais la mise en jeu de ces voies de droit doit conserver un caractère exceptionnel. Les modes alternatifs de règlement de litiges se développent également et, en particulier, les modes non juridictionnels que sont la médiation et la conciliation qui doivent être encouragées. Le recours à l'arbitrage soulève des questions plus délicates en tant qu'il revient à faire trancher par des juges privés des intérêts publics, ce qui ne va pas de soi, même en matière d'action économique. L'élargissement des cas dans lesquels il peut y être recouru ne doit être envisagé qu'avec la plus grande circonspection et en veillant à préserver l'application des législations d'ordre public.

### III. Quelles conditions de l'efficacité de l'action économique ?

Trois préceptes conditionnent l'efficacité de l'action économique des personnes publiques : recourir à un nombre limité d'acteurs étroitement coordonnés **(3.1)** ; tenir compte, dans la prise de décision, de la complexité et de la temporalité particulières des questions économiques **(3.2)** ; choisir les outils pertinents pour atteindre les objectifs poursuivis **(3.3)**.



### **3.1. L'action doit être conduite par un nombre limité d'acteurs étroitement coordonnés**

Le nombre des acteurs reste très élevé au niveau national mais aussi, malgré un effort de regroupement, au niveau décentralisé. Entre ces deux niveaux, l'articulation optimale reste à trouver.

- *Un mouvement centrifuge affectant les autorités nationales dont il faut contenir l'ampleur et les effets*

Le Parlement occupe une place croissante en matière économique, mais l'action économique nationale reste largement le fait des autorités exécutives. Or, leur nombre et leur diversité obligent à veiller constamment à la cohérence de cette action.

Les questions économiques sont morcelées dans l'administration centrale du fait du rattachement de certaines d'entre elles au Premier ministre mais aussi en raison d'hésitations sur leur répartition entre ministères économiques et ministères sectoriels. Dans le domaine économique plus qu'ailleurs, la stabilité dans la répartition des compétences entre les différents départements ministériels doit cependant être préservée, ainsi que l'articulation entre les plus importantes d'entre elles, lorsqu'elles sont confiées à d'autres ministères que celui de l'économie ou à d'autres directions que celle plus particulièrement chargée des entreprises.

Plusieurs organismes indépendants ou autonomes interviennent aussi dans l'action économique publique : grandes institutions historiques (Caisse des dépôts et consignations, Banque de France), régulateurs indépendants et agences de l'État. Par sa dynamique, leur croissance en nombre et en moyens affecte les équilibres entre les différents acteurs, crée des problèmes de frontière et peut fragiliser la cohérence de l'action économique des pouvoirs publics.

- *Une meilleure articulation entre l'action nationale et l'action locale*

L'État doit encourager et accompagner l'action économique locale et ne pas l'entraver par un cadre normatif trop strict ou d'excessives contraintes financières. Le principe de subsidiarité doit gouverner l'action économique territoriale afin d'éviter que l'État territorial concurrence l'action économique locale à travers les très nombreuses structures et organismes dont il assure le pilotage. Une répartition plus claire des compétences dans le domaine de l'action économique s'impose, à la manière de ce que tente d'opérer la loi NOTRe entre niveaux de collectivités territoriales. Les contrôles de l'État sur l'action locale doivent être assortis d'un appui et d'un soutien à leur action économique.

La cohérence des interventions publiques repose une bonne relation État-région. La région constitue le niveau essentiel de la déconcentration comme de la décentralisation économiques. C'est donc à l'échelon régional que l'action économique de l'État doit être articulée avec celle des collectivités territoriales, dans une approche partenariale. Ce partenariat se noue dans l'action, par le



recours accru à la contractualisation et une planification locale partagée, mais aussi par l'élaboration des textes législatifs et réglementaires. Il repose également sur une responsabilité financière accrue des régions, que ce soit à travers la gestion des fonds structurels européens, ou par le renforcement de la part de la « fiscalité économique » dans leurs ressources fiscales et financières.

- *Un mouvement centripète dans la répartition des compétences économiques entre collectivités qui ne réglera pas toutes les questions.*

Si les régions se sont progressivement affirmées comme les chefs de file des collectivités territoriales en matière économique, le mouvement actuel de « métropolisation de la croissance » révèle l'importance stratégique des grands centres urbains dans le développement économique. Afin de favoriser un effet d'entraînement et d'éviter que ces centres urbains deviennent des isolats d'activité ou absorbent l'essentiel des richesses au détriment des autres territoires, la loi NOTRe recherche une meilleure articulation avec les régions. Il faut donner à cette polarisation de l'action économique autour du binôme région/métropole les meilleures chances de réussite.

Cependant les autres collectivités territoriales conservent des compétences qui intéressent le champ économique et qu'il ne serait pas possible de transférer aux régions. Les effets négatifs de cette dispersion peuvent être contenus par le développement des mutualisations et le partage de projets ou d'expériences

### **3.2. Des décisions mieux préparées et expertisées afin de les adapter à la complexité et à la temporalité des questions économiques**

Malgré sa dimension politique et parfois son impact médiatique, la décision en matière économique est d'abord technique et suppose une instruction minutieuse en amont. Le processus de décision doit être adapté au destinataire, notamment aux entreprises. Une fois la décision mise en œuvre, il importe enfin que ses effets soient précisément évalués.

- *Mieux expertiser les décisions économiques*

La décision économique reste insuffisamment instruite, faute de connaissance satisfaisante des travaux d'experts disponibles ou en cours, et faute de synthèse critique des éléments, arguments, chiffres et positions des services ou organismes qui proposent des mesures aux pouvoirs publics. L'accès des services instructeurs et des décideurs aux différents rapports, y compris ceux qui ne sont pas rendus publics, devrait être facilité.

La procédure des évaluations préalables instituée par la révision constitutionnelle de 2008 pour les projets de loi peut être améliorée, en renforçant l'analyse que font ces évaluations de l'impact économique du projet et en les soumettant à une forme de contrôle externe de leur qualité. La démarche d'évaluation préalable pourrait par ailleurs être utilement étendue, de manière adaptée, à certaines propositions de loi et aux amendements intervenant dans le champ économique,



aux ordonnances, décrets et arrêtés réglementaires de portée économique significative, et enfin aux investissements les plus importants des collectivités territoriales, en s'inspirant pour ceux-ci du cadre institué en 2013 pour l'État.

- *Associer les entreprises aux décisions pour leur permettre de les anticiper*

Pour renforcer la qualité et l'efficacité du dialogue avec les entreprises, il est préconisé de définir un cadre juridique unique applicable à l'ensemble des activités des groupes d'intérêt auprès des pouvoirs publics, lesquels doivent en outre mieux s'assurer de la représentativité économique de leurs interlocuteurs. Le dialogue pourrait également être conforté par un recours plus fréquent à des consultations ouvertes sur les projets de texte ayant un impact économique.

L'instabilité de la norme et l'instabilité juridique qui en résulte empêchent les entreprises de se projeter dans l'avenir et d'anticiper raisonnablement les conséquences de leurs choix de gestion ou la rentabilité de leurs investissements. Les remèdes consistent à s'abstenir de retoucher fréquemment les dispositifs, à étudier, dans les évaluations préalables, toutes les alternatives à leur modification, y compris « l'option zéro », et à appliquer des « moratoires » aux dispositifs économiques les plus importants. D'un autre côté, l'action économique doit pouvoir suivre des processus de décision et de mise en œuvre rapides lorsque l'urgence l'impose. Les effets négatifs des contentieux purement dilatoires doivent être contenus, dans le respect du droit au recours.

Pour permettre aux entreprises de se préparer à la mise en application effective des mesures, il faut enfin accorder une attention particulière aux conditions d'entrée en vigueur des textes mais également faire un effort d'accompagnement dans leur application.

- *Développer l'expérimentation et l'évaluation ex post*

Malgré son utilité, l'expérimentation n'est que peu utilisée dans le champ économique. Un élargissement de sa pratique est possible sans modification des textes. La culture de l'expérimentation doit se développer (État comme collectivités territoriales) et être davantage valorisée dans le débat public par rapport à la pratique dominante consistant à annoncer des réformes « toutes faites ». Une plus grande rigueur s'impose toutefois dans la conduite des expérimentations : si les résultats d'un dispositif s'avèrent inférieurs aux attentes, cela ne doit pas conduire à l'interrompre brutalement, au prix d'une perte des éléments d'information qui auraient permis d'élaborer un mécanisme plus pertinent.

Encore trop rare également, l'évaluation *a posteriori* gagnerait à s'inspirer de la pratique européenne des « *review clauses* » (voire des « *sunset clauses* ») obligeant à une évaluation approfondie des dispositifs économiques afin qu'ils soient modifiés si l'évaluation montre des résultats insuffisants. L'évaluation *ex post* pourrait être conduite par le service qui a porté la mesure, mais en s'appuyant sur une contre-expertise indépendante dont les résultats seraient rendus publics.





- *Améliorer les revues des politiques publiques dans le domaine économique*

La modernisation de l'action publique (MAP) engagée à compter de 2012 pour faire suite à la révision générale des politiques publiques (RGPP) a élargi l'objectif des audits et la liste des organismes qu'ils concernent, sans pour autant s'étendre aux secteurs régulés. Leur importance dans le champ économique justifierait pourtant qu'ils fassent l'objet d'évaluations approfondies, allant jusqu'au réexamen de la pertinence du recours à une régulation sectorielle, au regard notamment des objectifs déjà atteints.

### **3.3. Choisir l'outil le mieux adapté à l'objectif poursuivi**

Le choix des outils pertinents est une condition de l'efficacité de l'action économique des personnes publiques. La notion même d'outil ne fait pas l'objet d'une définition ni de classifications partagées. La palette des outils et leur consistance sont par ailleurs très évolutives. Ils doivent régulièrement s'adapter aux évolutions du contexte et des besoins. La diversité des outils d'action économique et leurs implications sont mal connues des personnes publiques qui les utilisent. C'est sur ce point que les progrès les plus importants peuvent et doivent être faits.

- *La nécessaire définition de la notion d'outil d'action économique*

L'outil est ce qui reste d'une action lorsqu'on fait abstraction des objectifs qu'elle poursuit, des personnes ou organes qui en décident et des procédures suivies pour l'engager. Les outils d'action économique sont l'ensemble des mécanismes génériques utilisables par les personnes publiques lorsqu'elles élaborent, dans un domaine et un contexte donnés, des mesures particulières pour atteindre des objectifs microéconomiques.

Ces outils sont très hétérogènes et de nombreuses classifications sont possibles. L'étude propose une typologie organisée autour de huit familles : la fiscalité incitative, les concours financiers, la domanialité, la conduite d'activités économiques, les entreprises et participations publiques, la législation et la réglementation économiques, les déclarations publiques et les activités d'accompagnement. Les cinq premières familles ont pour point commun la mobilisation d'une valeur économique par une personne publique. Dans les trois autres familles, l'efficacité de l'outil repose d'abord sur l'autorité juridique ou morale de la personne publique et son expertise.

- *Des outils par nature évolutifs et qui doivent le rester*

La liste des outils et leur régime évoluent en permanence à l'initiative de L'État, principal concepteur d'outils, mais aussi des collectivités territoriales, qui cherchent à adapter leurs moyens au contexte économique et aux contraintes juridiques.

La palette des outils doit évoluer avec les besoins. Ces outils ont considérablement évolué depuis trente ans avec l'essor de la régulation. La crise financière et celle des dettes publiques depuis 2008 ont conduit à la résurgence d'outils anciens



mais aussi au développement d'outils innovants pour faire face à des risques nouveaux. Les mutations des outils doivent être connues pour pouvoir anticiper les évolutions futures. Il importe d'en assurer une veille pour faire évoluer les outils lorsque c'est nécessaire.

Le régime même des outils est lui aussi évolutif comme l'ont montré plusieurs réformes récentes ou en cours. D'autres évolutions s'imposent, notamment en ce qui concerne le domaine des personnes publiques (octroi des autorisations, propriété immatérielle) et des entreprises publiques (gouvernance et « garantie implicite » des EPIC ; règles transversales de gestion et de fonctionnement).

- *Mieux utiliser les outils*

De la « règle de Tinbergen », du nom de l'économiste et prix Nobel néerlandais, selon laquelle la politique économique doit reposer sur autant d'instruments qu'elle s'assigne d'objectifs, peuvent être déduits deux principes d'utilisation des outils de cette politique : définir préalablement l'objectif poursuivi et n'assigner à chaque outil mobilisé qu'un seul objectif. La « règle de Mundell » (économiste canadien) énonce pour sa part que pour réaliser ses objectifs, une politique économique doit mobiliser chaque instrument en fonction de l'avantage comparatif dont il dispose par rapport aux autres instruments. Or, si les personnes publiques ont au moins une vision diffuse de leurs objectifs économiques, elles ne disposent que d'informations parcellaires sur la palette des outils à leur disposition. L'élaboration d'un guide des outils d'action économique contribuerait à remédier à ce problème.

La comparaison des mérites de chaque outil doit par ailleurs être objectivée. Des biais influent en effet sur le choix des outils : effets de mode ou d'image, tentation d'éviter des règles contraignantes ou d'échapper à des normes de dépense. Ce choix doit au contraire être commandé par une analyse rationnelle reposant sur quatre groupes de critères : l'adéquation à l'objectif poursuivi ; les ressources publiques mobilisées ; les possibilités de contrôle et d'évaluation ; l'évolutivité et la réversibilité de l'outil.

\* \* \*

Un constat s'impose : l'importance de l'action économique des personnes publiques et des choix qui la sous-tendent reste méconnue des personnes publiques elles-mêmes, de même d'ailleurs que le périmètre exact de cette action, les marges de manœuvre dont elles disposent et les méthodes qui permettent de conforter leurs décisions.

L'étude comporte une cinquantaine de propositions pour progresser sur ces différents points. Le Conseil d'État a cru pouvoir mettre en œuvre lui-même celles qui tendent à faire mieux connaître aux personnes publiques les outils à leur disposition pour agir sur l'économie. C'est l'objet du *Guide des outils d'action économique des personnes publiques* élaboré dans le cadre de l'étude et qui a vocation à être enrichi et actualisé au fil du temps.



# **L'action économique des personnes publiques**





---



# Introduction

Dans un contexte de sortie de la très grave crise financière de 2008, marqué par une stagnation économique durable, particulièrement en Europe, les interrogations sur la situation de la France se font plus prégnantes : elle a perdu sa place de cinquième puissance économique mondiale ; la persistance d'importants déséquilibres des finances publiques suscite des tensions avec ses partenaires européens ; le chômage n'a jamais été aussi élevé ; les centres de décision de ses très grandes entreprises ont tendance à s'expatrier.

Certains voient dans ces résultats le signe d'une crise du modèle économique français et la justification d'une remise à plat. Le débat porte en grande partie sur le rôle de la sphère publique, jugé par les uns excessif et par les autres insuffisant. Plus généralement, le débat politique en France et au sein de l'Union porte sur les limites de l'action économique des personnes publiques au regard des contraintes de la mondialisation.

Il n'appartient évidemment pas au Conseil d'État d'entrer dans ces débats sur la légitimité de l'action des personnes économiques publiques qui relèvent, dans notre démocratie, de la compétence du Parlement et du Gouvernement. La présente étude ne vise donc pas à traiter du « pourquoi », mais du « comment ».

La première difficulté est de définir l'action économique des personnes publiques.

« Les personnes publiques » sont bien identifiées en droit. Il s'agit des personnes morales de droit public que sont l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, auxquels il faut ajouter des personnes publiques *sui generis* assez présentes dans le domaine économique (Banque de France, Groupements d'intérêt public, autorités de régulation indépendantes dotées de la personnalité morale).

« L'action économique » est une notion qui s'impose avec un peu moins d'évidence. C'est d'abord un ensemble de mesures poursuivant consciemment certains objectifs, que caractérise l'adjectif « économique ».

C'est à cette action économique volontaire qu'est principalement consacrée la présente étude, sans négliger les effets économiques que peuvent avoir certaines activités ou mesures qui n'ont pas été conçues dans cet objectif (impact économique du droit et des autres politiques publiques, notamment sociales ; thématique de la charge administrative mais aussi l'ensemble des « externalités positives »...).



L'action économique des personnes publiques, même ainsi délimitée, reste massive et extrêmement diversifiée.

Elle comprend la *législation et la réglementation* économiques, qu'il s'agisse de régir l'accès à des professions ou activités et leurs conditions d'exercice, de définir la structure des opérateurs et leurs modes de financement, d'organiser leurs relations ou de traiter leurs difficultés. Elle englobe *l'ensemble de la régulation économique* qu'elle soit sectorielle (banque et finance, énergie, communications électroniques...) ou transversale (concurrence notamment). Cette notion inclut également les activités économiques conduites par les *opérateurs publics* eux-mêmes ou par les structures qu'ils constituent à cet effet (régie, commande publique, entreprises publiques) ainsi que leurs *interventions* aussi bien sous forme de soutien – notamment financier – aux acteurs privés, que de prescriptions adressées à ces derniers.

L'importance du rôle économique des personnes publiques en France est souvent présentée comme un legs de l'Histoire.

Il est vrai que l'on en trouve les prémices dès le Moyen Âge, notamment avec les corporations, et que dès le XVI<sup>e</sup> siècle, une théorisation du rôle économique de l'État s'esquisse avec le développement du bullionisme et du mercantilisme. En France, le rôle de l'État prend une importance accrue au XVII<sup>e</sup> siècle avec le colbertisme qui met l'accent sur la réglementation et le contrôle des activités économiques ainsi que sur la promotion de la production manufacturière. Cette expérience marque durablement les esprits et nourrit depuis l'idée d'une tradition interventionniste.

#### Dès lors que reste-t-il du Colbertisme?

Si le mot est une invention du XIX<sup>e</sup> siècle, il n'est pas interdit de s'interroger sur la réalité du concept économique et politique qu'il recouvre. Colbert n'est pas un théoricien mais un homme d'État chargé de faire face à une situation donnée : relever la France des désastres de la Fronde et financer la politique militaire d'un « Roi de Guerre ». Pour y parvenir, il va puiser son inspiration dans la pensée des « mercantilistes ». Certes, l'État est toujours intervenu dans l'économie, en battant monnaie comme en prélevant l'impôt, mais la théorisation d'une « *intervention consciente de l'État dans la vie économique* » n'apparaît qu'au premier XVII<sup>e</sup> siècle (V. annexe 3, p. 239)

Mais cette tradition a été fortement contestée dès le milieu du XVIII<sup>e</sup> siècle par la poussée des idées libérales, incarnées dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen. La Révolution de 1789 est en effet aussi une révolution économique : le libre exercice des professions (décret d'Allarde, loi Le Chapelier) et la suppression de nombreuses entraves favorisent l'initiative privée. À bien des égards, tout au long du XIX<sup>e</sup> siècle, le fonctionnement de l'économie reste d'inspiration libérale.

Le rôle de l'État s'accroît considérablement durant la Première guerre mondiale, mais dès les années vingt, on assiste à un reflux et, dans une certaine mesure, à un retour au libéralisme. La France ne renoue réellement avec l'interventionnisme que dans les années trente, avec les débuts de l'État providence et le Front populaire.



Cet interventionnisme se mue en véritable dirigisme sous Vichy. Après guerre, dans un contexte où les facteurs déterminants du rang et de la puissance d'un État dans la compétition internationale deviennent plus économiques que militaires, l'intervention de l'État en France est marquée par la reconstruction et son approche planificatrice ; les personnes publiques gardent un rôle structurant dans une économie en forte croissance jusqu'au premier choc pétrolier. L'action publique se fait alors contracyclique pour tenter d'endiguer la crise, sans toutefois y parvenir.

Un nouveau tournant libéral est pris au milieu des années quatre-vingt, marqué par une déréglementation économique et financière encouragée par la construction du marché unique européen. Il met fin à cette phase d'extension du champ de l'action économique des personnes publiques, qui n'aura finalement duré que cinquante ans.

Il est aujourd'hui difficile de définir un « modèle français » qui se distinguerait fondamentalement des autres grandes démocraties occidentales. Si le Royaume-Uni a une approche de l'action des personnes publiques plus restrictive qu'en France, il n'en va pas de même des États-Unis, qui interviennent fortement dans certains secteurs stratégiques de l'économie (défense et aéronautique) tout en ayant une approche assez protectionniste, notamment en matière de commande publique. Le modèle allemand est lui aussi celui d'une action assez forte de la sphère publique (ordo-libéralisme ou économie sociale de marché) conjuguée à une structuration de l'économie autour des *Länder* et du dialogue entre partenaires sociaux, parvenant à des résultats proches de ceux auxquels tend l'action publique en France. À bien des égards, la situation de la France est également similaire à celle des pays scandinaves ; au regard du critère du poids de la dépense publique dans le PIB la France, avec un ratio de 57,7 %, dépasse désormais la Suède (53 %).

Il n'y a d'ailleurs pas de théorie de l'action économique des personnes publiques qui serait propre à la France. Les grands courants de pensée économique (mercantilisme, libéralisme, keynésianisme) ont inspiré notre pays comme les autres, chaque Nation les adoptant en fonction de son histoire et de sa culture.

La présente étude ne se propose donc pas de construire une théorie de l'action économique des personnes publiques, mais de comprendre dans quel cadre et selon quelles modalités elle peut être conduite, ce qui suppose de répondre à trois séries de questionnements.

Avant toute chose, il faut se demander s'il existe encore une place pour une action économique des personnes publiques, du fait de la mutation profonde des cadres macroéconomiques, des effets la mondialisation et de la dilution des questions économiques dans l'ensemble des politiques publiques (I).

La deuxième question est celle des fondements de l'action économique. Le droit est en effet très présent en ce domaine et protège l'initiative privée, essentielle en économie de marché. Mais l'action économique des personnes publiques doit pouvoir s'appuyer sur des règles de fond qui en admettent le principe et lui permettent de s'exercer concrètement (II).



Enfin, une telle action doit surtout permettre d'obtenir des résultats. Il importe donc de veiller aux conditions dans lesquelles celle-ci peut être efficace, en ce qui concerne l'organisation des acteurs, des procédures de décision et les outils mobilisables (III).





# Quelle place pour l'action économique des personnes publiques ?

Il y a dans l'opinion un grand scepticisme sur la portée de l'action économique des personnes publiques. Le sentiment dominant est que l'intégration européenne, la mondialisation et la complexité croissante de notre économie affaiblissent cette action et l'enserment dans des contraintes telles qu'elle n'a plus d'espace de liberté.

Cette perception est très excessive.

Le transfert des leviers macroéconomiques au niveau européen, s'il est significatif, laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique nationale **(1.1)**.

Il n'y a aucune incompatibilité entre une action économique volontariste des personnes publiques et l'ouverture à la concurrence, pourvu que l'on en prenne la mesure et que l'on sache s'y adapter **(1.2)**.

En revanche, la plupart des politiques publiques affectent désormais l'activité économique, ce qui complique la définition du périmètre de l'action économique des personnes publiques, pourtant nécessaire pour en assurer le pilotage d'ensemble **(1.3)**.

## 1.1. Le transfert des leviers macroéconomiques majeurs au niveau européen laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique nationale

---

Attributs traditionnels de la souveraineté nationale, la politique monétaire et la politique budgétaire sont aussi les deux principaux leviers macroéconomiques conjoncturels. Il n'y a donc rien de surprenant à ce que les transferts opérés dans ces deux domaines au profit des institutions européennes aient pu nourrir en France, comme dans d'autres États membres de la zone euro, la crainte que la politique économique perde toute autonomie au niveau national.



Pourtant, le transfert désormais achevé du levier monétaire n'empêche pas les États membres de déterminer et de conduire leur propre politique économique **(1.1.1)**. Et la surveillance renforcée dont le levier budgétaire fait désormais l'objet au niveau européen ne prive pas les États de leur compétence **(1.1.2)**. Il faut cependant réfléchir aux conséquences, sur les politiques économiques nationales, de l'émergence d'un levier budgétaire autonome de l'Union **(1.1.3)**.

### **1.1.1. Les conséquences du transfert du levier monétaire à la Banque centrale européenne**

#### ***1.1.1.1. Une indépendance et un mandat longtemps mal compris***

■ *La spécificité de la Banque centrale européenne est fondée sur les textes*

La Banque centrale européenne présente plusieurs spécificités par rapport à ses homologues des autres pays développés.

L'indépendance de la Banque centrale européenne garantie aujourd'hui par l'article 130 du TFUE est plus marquée que celle des autres banquiers centraux des pays développés. Dans le cadre de l'accord politique ouvrant la voie au Traité de Maastricht, l'Allemagne a en effet renoncé à sa monnaie en contrepartie d'une monnaie unique confiée à une banque centrale conçue sur le modèle original de la *Bundesbank*, c'est-à-dire jouissant dans les textes et dans les faits d'une très grande indépendance<sup>1</sup>. Celle-ci est encore renforcée par l'absence d'institution européenne en charge de la politique économique qui puisse jouer le même rôle que l'exécutif américain vis-à-vis de la Réserve fédérale (*Fed*).

Contrairement à celui d'autres grandes banques centrales, en particulier celui de la *Fed*<sup>2</sup>, le mandat de la BCE est « *hiérarchique* »<sup>3</sup>. Aux États-Unis le *Federal reserve act* du 17 septembre 1978 assigne notamment à la *Fed* l'objectif d'assurer simultanément un taux d'emploi maximum, la stabilité des prix et des taux d'intérêt faibles. Le TFUE assigne quant à lui au système européen de banques centrales un objectif prioritaire de stabilité des prix, même s'il lui appartient, sans préjudice de cet objectif, d'apporter « *son soutien aux politiques économiques générales dans l'Union* » (art. 127). La stabilité des prix est en outre l'un des objectifs fondamentaux affirmés par le Traité sur l'Union européenne (article 3.3)<sup>4</sup>.

1. La *Bundesbank* jouit d'une grande indépendance organique depuis la loi du 26 juillet 1957 (*Bundesbankgesetz*) qui en a fixé les statuts. V. J. de Larosière 2012, « Banques centrales et politique monétaire, Vers un nouveau cadre », *Revue Commentaire*, n° 130, pp. 333-338.

2. E. Le Héron, « Fed versus BCE, l'histoire d'un enjeu démocratique », *L'économie politique ; Alternatives économiques*, n° 61, p. 95-107.

3. Ch. Bordes, *La politique monétaire*, Repères, 2008, p.22.

4. Comme le souligne la Banque centrale européenne elle-même dans sa communication institutionnelle : « *La stabilité des prix constitue non seulement l'objectif principal de la politique monétaire conduite par la BCE mais aussi un objectif de l'Union européenne dans son ensemble. Ainsi, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et le traité sur l'Union européenne fixent une hiérarchie claire entre les objectifs de l'Eurosystème, le maintien de la stabilité des prix constituant la contribution la plus importante que la politique monétaire puisse apporter à la réalisation d'un environnement économique favorable et d'un niveau d'emploi élevé* » (site de la BCE).



Sa prééminence est confirmée par l'article 219 du TFUE qui précise que si le Conseil peut sous certaines conditions formuler des orientations générales de politique de change vis-à-vis des monnaies des États tiers, ces orientations « *n'affectent pas l'objectif principal du système européen de banques centrales (SEBC), à savoir le maintien de la stabilité des prix* »<sup>5</sup>. Cette prérogative du Conseil n'a en tout état de cause jamais été mise en œuvre, faute de consensus sur la parité adéquate de l'euro.

■ *La politique monétaire européenne ne constitue pas pour autant un isolat de la politique économique*

En dépit des différences de libellé des mandats, l'obligation pour la Fed de poursuivre des objectifs concurrents l'amène à les concilier, de même que la BCE apporte le meilleur soutien possible à l'économie, dans le respect de l'exigence de maintien de la stabilité des prix. Le maintien de la stabilité des prix n'est pas un impératif de chaque instant mais un objectif de moyen terme (2 à 3 ans) compatible avec des fluctuations temporaires du taux d'inflation autour du pivot des 2 % justifiées par des événements conjoncturels (par exemple, les variations du prix de l'énergie qui ont un impact important sur l'évolution générale des prix)<sup>6</sup>.

L'indépendance de la BCE n'a jamais empêché les échanges avec les autres institutions de la zone euro, qui sont même devenus intenses depuis la crise financière<sup>7</sup>. Le président du Conseil de l'UE peut participer sans droit de vote aux réunions du conseil des gouverneurs de la Banque centrale européenne et même y soumettre une motion ; réciproquement, le président de la BCE est invité à participer aux réunions du Conseil lorsque celui-ci délibère sur des questions relatives aux objectifs et aux missions du SEBC<sup>8</sup>. Le président de la BCE est en outre invité aux réunions informelles de l'Eurogroupe<sup>9</sup>.

Par ailleurs, les banquiers centraux européens ne se désintéressent nullement des politiques économiques des États membres, dont les performances sont prises en compte pour fixer les orientations de la politique monétaire. Le discours très libre prononcé à « *Jackson Hole* » le 25 août 2014 par le gouverneur de la BCE sur les questions de politique économique a été regardé comme un tournant à cet égard. Signe du « dialogue » entre les institutions, ce discours a été cité dans la

---

5. §2 de l'article 219 du TFUE.

6. Cette norme de 2 % s'est généralisée à la fin des années 80 pour la plupart des banques centrales des pays développés sur la base d'études empiriques. En ce qui concerne la BCE, elle n'est pas fixée par les traités mais par le conseil des gouverneurs dans une délibération du 13 octobre 1998, précisant qu'elle s'apprécie à moyen terme.

7. La participation de la BCE aux réunions du conseil des gouverneurs du Mécanisme européen de stabilité (MES) ainsi qu'à la « *troïka* » dans le cadre de l'aide aux pays de la zone euro en difficulté témoignent de cette implication. V. not. sur cette dernière instance, le rapport d'enquête du Parlement européen n° 2013/2277(INI) du 28 février 2014 et la résolution du Parlement du 13 mars 2014 sur ce rapport.

8. Art. 284 du TFUE.

9. Article 1<sup>er</sup> du protocole n° 3 annexé au Traité de Lisbonne sur l'Eurogroupe. Le président de la BCE peut en outre être invité aux réunions mensuelles du président du sommet de la zone euro, du président de la Commission et du président de l'Eurogroupe (point 6 de l'annexe 1 de la déclaration du Sommet de la zone euro du 8 novembre 2011).



communication de la Commission du 13 janvier 2015 concernant les marges de flexibilité du pacte de stabilité et de croissance, en lien avec le « plan d'investissement Juncker » annoncé le même jour<sup>10</sup> et la BCE a publiquement soutenu ce plan<sup>11</sup>.

La BCE ne se borne pas à une analyse macroéconomique de la zone euro. La structure même du système européen de banques centrales, qui est le réseau constitué par les banques centrales nationales et la BCE, ainsi que la participation des banquiers centraux nationaux au conseil des gouverneurs de la BCE amènent celle-ci à tenir compte des situations nationales<sup>12</sup>. La BCE n'est pas par ailleurs tenue d'appliquer rigoureusement la même politique à l'ensemble de la zone. Si les taux d'intérêt sont nécessairement les mêmes pour tous, les types de titres qu'elle accepte en garantie ou en pension lui permettent d'assurer une certaine forme de modulation par pays.

#### **Le droit et le fait en matière d'indépendance de la banque centrale : exemples étrangers**

La lettre des textes ne renseigne pas toujours sur la réalité de l'indépendance d'une banque centrale. Au Canada, le pouvoir reconnu depuis 1985 (art. 14 de la loi sur la Banque du Canada L.R.C. 1985, ch. B-2) au ministre des finances de donner des instructions au Gouverneur n'a jamais été mis en œuvre. De même, l'Autorité monétaire de Singapour qui ne dispose dans les textes que d'une autonomie opérationnelle (*Monetary authority of Singapore act* du 26 décembre 1970) n'a jamais eu à subir d'ingérence du Gouvernement depuis sa création effective en 1971.

Les relations peuvent être plus ambiguës. En Corée du sud, les statuts de la banque centrale prévoient tout à la fois son indépendance et la conduite de son action en harmonie avec la politique du Gouvernement dès lors que celle-ci ne remet pas en cause la stabilité des prix (*Bank of Korea act* du 5 mai 1950, art. 3 et 4) et dans les faits les liens sont étroits entre politique économique et politique monétaire.

Des modèles plus extrêmes se rencontrent. La banque centrale chinoise n'est pas indépendante, le parti communiste chinois prend les décisions, appliquées ensuite par le gouvernement. Au contraire, en Suisse, la crise ouverte le 15 janvier 2015 par la décision de la banque nationale de supprimer le cours-plancher du franc suisse a pu être regardée comme la manifestation d'une concertation insuffisante avec le Gouvernement.

10. Communication « Utiliser au mieux la flexibilité offerte par les règles existantes du pacte de stabilité et de croissance », COM(2015)12 du 13 janvier 2015.

11. Conférence de presse de M. Draghi du 4 décembre 2014, à l'issue de la réunion mensuelle du conseil des gouverneurs.

12. Chaque banquier central siège dans l'intérêt général de la politique monétaire de la zone euro, mais l'épisode des mesures non conventionnelles annoncées par la BCE a montré l'emprise des cultures nationales dans les débats internes à la BCE. Après la démission d'Axel Weber et Jürgen Stark, membres allemands de la BCE, lors du premier programme de rachats de dettes en 2010-2011, la presse s'est fait l'écho du vote négatif des deux nouveaux membres allemands, J. Weidmann et S. Lautenschläger en janvier 2015 (*Les Échos*, « Le choix du QE, test historique pour la BCE », 19 janvier 2015).



■ *Le changement dans la perception du rôle de la BCE dû aux interventions non conventionnelles*

Alors que la crise des dettes souveraines et les doutes sur la pérennité de l'euro déterminaient une très forte hausse des taux d'intérêt réclamés aux États emprunteurs dans la zone euro, accroissant ainsi le risque de crise systémique, la BCE a annoncé le 6 septembre 2012 un programme non conventionnel dit d'opérations monétaires sur titres (*Outright monetary transactions* ou « OMT ») consistant à racheter sur le marché secondaire des titres de dette publique de pays de la zone euro. Cette annonce a suffi à mettre un terme à la crise.

Estimant que cette mesure constituait un mode de financement indirect des États étranger au mandat de la BCE ainsi qu'un financement monétaire de la dette des États membres interdit par les Traités, des requérants allemands ont contesté devant la cour constitutionnelle fédérale allemande l'acquiescement du gouvernement fédéral à cette mesure. Pour la première fois dans son histoire la cour constitutionnelle de *Karlsruhe* a saisi la Cour de justice de l'Union européenne d'une question préjudicielle à laquelle celle-ci a répondu par un arrêt du 16 juin 2015 qui affirme la légalité du programme d'OMT<sup>13</sup>. Les conséquences que la cour de Karlsruhe en tirera au regard de ses exigences constitutionnelles nationales sont encore incertaines.

Dès le 9 mars 2015 cependant, la BCE avait mis effectivement en œuvre le programme d'OMT mais à des fins différentes de celles pour lesquelles il avait été conçu en 2012 : prévenir le risque de déflation au sein de la zone euro. La BCE a ainsi procédé à des rachats massifs de dette, motivés par l'obligation qu'elle a d'agir pour maintenir l'inflation dans la zone euro à un niveau « inférieur, mais proche de 2 % »<sup>14</sup>.

Si la BCE avait procédé à des rachats de dette souveraine dès 2010 dans le cadre de la crise des dettes souveraines<sup>15</sup>, la mobilisation de ces instruments non conventionnels dans un but anti-déflationniste et de soutien direct de l'activité a changé la perception de la politique monétaire européenne et de la BCE par les opinions publiques des États membres : elle a démontré son implication dans l'économie réelle et la contribution essentielle qu'elle y apporte.

***1.1.1.2. Une politique monétaire qui laisse d'importantes marges de manœuvre à la politique économique nationale***

■ *La France n'a plus la maîtrise de sa politique monétaire et de change*

Au-delà de sa dimension symbolique, la réalisation de l'union monétaire a constitué une réelle perte de souveraineté justifiant une révision de la Constitution préalablement à la ratification du Traité de Maastricht. Le Conseil constitutionnel a

13. CJUE (Gde ch.), 16 juin 2015, *Gauweiler c. Deutscher Bundestag*, aff. C- 62/14.

14. Pour tenir compte du risque de déflation, l'objectif de stabilité des prix formulé par le conseil des gouverneurs de la BCE en 1998 (cf. *supra*) a été précisé en 2003 pour prévoir que l'indice était « inférieur, mais proche de 2 % ».

15. En 2010, la BCE avait acheté de la dette grecque et irlandaise sur le marché secondaire dans le cadre du « *securities markets programme* » (*SMP*). En août 2011, de pareils achats avaient été effectués sur des titres de dette italienne et espagnole.



en effet jugé que ce traité prévoyait « *la mise en œuvre d'une politique monétaire et d'une politique de change uniques suivant des modalités telles qu'un État membre se trouvera privé de compétences propres dans un domaine où sont en cause les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale* »<sup>16</sup>.

Les vives réactions qui ont pu s'exprimer en France à l'encontre du transfert de la politique monétaire à la BCE tiennent pour partie à l'histoire de la Banque de France, durablement marquée par l'esprit de la loi du 22 avril 1806 qui devait en faire une institution qui « *soit assez dans la main du gouvernement, mais qu'elle n'y soit pas trop* »<sup>17</sup>. L'autonomie de la Banque de France vis-à-vis du gouvernement est longtemps restée cantonnée à la conduite opérationnelle de la politique monétaire sans s'étendre à la définition même de cette politique. La loi du 4 août 1993 prise en prévision du Traité de Maastricht a donc constitué une véritable « *rupture* » avec la conception française de la politique monétaire<sup>18</sup>, dont le Conseil constitutionnel a d'ailleurs censuré la première version au motif que l'indépendance qu'elle conférerait à la Banque de France méconnaissait la compétence générale que le Premier ministre tenait de l'article 20 de la Constitution pour déterminer et conduire la politique de la Nation<sup>19</sup>. Ce n'est qu'une fois le Traité de Maastricht entré en vigueur que cette indépendance a pu être pleinement affirmée en droit interne<sup>20</sup>.

#### ■ *Des conséquences limitées pour la conduite de la politique économique nationale*

L'indépendance du banquier central associée à un mandat structuré autour de l'objectif de stabilité des prix et à l'interdiction d'assurer un financement monétaire est devenue un standard international dans les années 90<sup>21</sup>, avant même le Traité de Maastricht. Elle s'est alors imposée comme un élément de crédibilité de la politique monétaire, même dans un cadre purement national, de sorte qu'il est probable que la Banque de France aurait obtenu son indépendance même sans la création de l'euro et de la banque centrale européenne, comme cela a par exemple été le cas à partir de 1997, de la Banque d'Angleterre<sup>22</sup>.

16. Décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Traité sur l'Union européenne*, cons. 43.

17. Sur cette histoire et cette phrase prêtée à Napoléon, v. A. Plessis, *Histoires de la Banque de France, Mission historique de la Banque de France*, Bibl. Albin Michel, Histoire, 1998.

18. B. Blancheton, « L'autonomie de la Banque de France de la grande guerre à la loi du 4 août 1993 », *Revue d'économie financière* n° 2014/1, pp. 157-178.

19. Décision n° 93-324 DC du 3 août 1993.

20. Les dispositions pertinentes figurent aujourd'hui à l'article L. 141-1 du code monétaire et financier. Sa rédaction reste assez nuancée. Entre un rappel de l'appartenance de la Banque de France au SEBC (1<sup>er</sup> alinéa) et de ce que, dans l'exercice des missions qui s'y rattachent, elle ne peut ni solliciter ni accepter d'instructions du Gouvernement ou de toute personne (3<sup>e</sup> alinéa), l'article dispose que « *Dans ce cadre, et sans préjudice de l'objectif principal de stabilité des prix, la Banque de France apporte son soutien à la politique économique générale du Gouvernement* ».

21. Ce standard, sous forme de triptyque, repose sur le constat empirique que l'indépendance est une garantie non seulement de l'objectif de stabilité des prix mais aussi de l'interdiction du financement monétaire des États.

22. Indépendance annoncée par le Gouvernement britannique le 6 mai 1997 et traduite dans le *Bank of England act* du 23 avril 1998.



De même et près de 20 ans avant la création de l'euro, la France avait fait le choix d'assurer une parité stable de sa monnaie avec le *Deutsche Mark* dans le cadre des systèmes monétaires européens institués en 1972<sup>23</sup> et 1979<sup>24</sup>. Ce choix contraignait de fait l'exercice de la compétence monétaire de la Banque de France avant même son transfert au système européen de banques centrales. Celui-ci apporte à l'économie française un élément de sécurité essentiel en la prémunissant mieux que les anciens dispositifs contre le risque de change vis-à-vis de ses principaux partenaires commerciaux et contre l'instabilité de sa monnaie sur les marchés.

Enfin la conduite de la politique économique nationale n'est pas contrainte par la BCE, qui « *n'a ni les moyens d'orienter une politique nationale, ni ceux d'en corriger les effets* »<sup>25</sup>. Par ailleurs, à raison de sa taille, l'économie française a, sauf circonstances exceptionnelles, un cycle économique en phase avec celui de l'ensemble de la zone euro.

La France a ainsi pu depuis 1993 mener une politique économique propre avec sans doute plus de marges de liberté et d'appréciation que sans l'union économique et monétaire.

#### ■ *Veiller aux conditions de la transmission de la politique monétaire*

Pour tirer tous les bénéfices de la politique monétaire conduite par la BCE, les États de la zone euro doivent, en liaison avec le système européen de banques centrales, veiller à ce que cette politique se « transmette » à leur économie dans de bonnes conditions<sup>26</sup>. Leurs décisions propres et l'organisation de leur marché domestique affectent en effet la qualité de cette transmission et son impact réel sur la « courbe des taux d'intérêt » effectivement pratiqués sur leur territoire.

Cette transmission a toujours été relativement faible en France, pour de multiples raisons. Les Français sont globalement moins endettés que les autres européens et le sont souvent à taux fixe, ce qui crée des effets de retard lorsque les taux évoluent. Les banques françaises ne répercutent pas toujours les baisses de taux en raison, notamment, de l'environnement réglementaire et en particulier de leur cadre macroprudentiel, c'est-à-dire l'ensemble des mesures destinées à assurer la stabilité du système bancaire (comme les ratios de fonds propres ou de liquidité, les réserves obligatoires, les dépôts de garantie ou les conditions d'apports

---

23. Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres, du 21 mars 1972, relative à l'application de la résolution du 22 mars 1971 concernant la réalisation par étapes de l'union économique et monétaire dans la Communauté, *Journal officiel* n° C 38 du 18 avril 1972, pp. 3-4

24. Résolution du Conseil du 5 décembre 1978 concernant l'instauration du système monétaire européen (SME) et des questions connexes, *Bull des comm. européennes*, décembre 1978, n° 12.

25. R. Hertzog « À la recherche d'une théorie du système financier public complexe », *Constitution et finances publiques*, étude en l'honneur de L. Philip, pp. 401-421, *Economica*, 2005.

26. La politique monétaire « se transmet », c'est-à-dire produit des effets sur l'économie réelle des États membres par différents canaux et, notamment, par celui des taux d'intérêt (niveau des taux) et celui des crédits (capacité à consentir des prêts) pratiqués par les établissements nationaux.



personnels pour les crédits immobiliers)<sup>27</sup>. Bien que largement harmonisé<sup>28</sup>, ce cadre macroprudentiel comporte des éléments purement nationaux qui influent sur la transmission de la politique monétaire<sup>29</sup>.

Entre également en ligne de compte le niveau des taux de l'épargne réglementée, dont l'écart avec les taux directeurs de la BCE, justifié par des motifs d'intérêt général, a pu être considéré comme un obstacle à la baisse des taux d'intérêt en France<sup>30</sup>. Un facteur plus ponctuel d'altération de la transmission peut être la déconnexion de la politique monétaire dans la zone pacifique, dont le Gouvernement conserve la maîtrise à travers l'Institut d'émission d'outre-mer (IEOM) - l'institut d'émission des départements d'outre-mer (IEDOM) étant au contraire relié à la Banque de France et au système européen de banques centrales.<sup>31</sup>

Compte tenu des enjeux essentiels pour l'économie française d'une transmission efficace de la politique monétaire de la zone euro, les interférences susceptibles de résulter des textes de droit interne devraient être recensées et analysées, pour en limiter les effets dans la mesure compatible avec les objectifs d'intérêt général poursuivis par ces textes spécifiques.

**Proposition n° 1 : Mesurer les interférences produites par les lois et règlements nationaux dans la transmission en France des effets de la politique monétaire**

Confier à une mission commune du ministère des finances et des comptes publics et de la Banque de France le soin :

- 1) de recenser les règles et procédures concernées et d'analyser leurs effets sur la courbe des taux d'intérêt ;
- 2) de proposer les évolutions permettant de limiter ces interférences sans remettre en cause les buts d'intérêt général poursuivis par ces règles et procédures.

**Vecteur** : rapport conjoint du ministre des finances  
et des comptes publics et de la Banque de France  
(ministre des finances et des comptes publics et Banque de France)

27. A. Kelber, E. Monnet, « Politiques prudentielles et instruments quantitatifs : une perspective historique européenne », *Revue de stabilité financière*, Banque de France, n° 18, avril 2014.

28. V. not. les règlements et directives dits « Bâle III » sur les fonds propres applicables depuis 2014 : directive 2013/36/UE concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CRD IV) ; règlement (UE) n° 575/2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d'investissement (CRR).

29. Direction de la prévision, *Analyses économiques*, n° 47, septembre 2004.

30. V. not., l'audition de Ch. Noyer, gouverneur de la Banque de France, à la commission des finances de l'économie générale et du contrôle budgétaire de l'Assemblée nationale le 17 février 2015 ; compte-rendu n° 65.

31. Aux termes de l'article L. 712-4 du code monétaire et financier, l'IEOM, qui est un établissement public : « met en œuvre, en liaison avec la Banque de France, la politique monétaire de l'État en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna » (comp. pour l'IEDOM, art. L.711-2 du même code).



## 1.1.2. L'exercice du levier budgétaire dans le cadre de la surveillance renforcée des finances publiques au niveau européen

Historiquement, la construction européenne a mis l'accent sur le marché intérieur puis l'élaboration d'une monnaie unique, sans chercher à étendre ce processus aux politiques budgétaires laissées à la seule compétence des États. Cette tendance s'est brutalement inversée avec la crise financière, qui a conduit à l'élaboration d'un cadre qui, s'il a permis de faire face aux urgences, conserve un caractère inachevé.

### 1.1.2.1. La surveillance renforcée des politiques budgétaires

■ *La crise financière a conduit à l'adoption d'un cadre plus sophistiqué et contraignant*

La question de la coordination des politiques budgétaires des États européens est restée longtemps secondaire<sup>32</sup>, y compris lorsque le processus d'Union économique et monétaire a été engagé<sup>33</sup> par les dispositions du Traité de Maastricht du 7 février 1992 qui fixent des critères de convergence pour le passage à l'euro en instituant déjà des règles en matière de déficit excessif<sup>34</sup>. Pour garantir le respect de ces règles, un pacte de stabilité « et de croissance » a été adopté en 1997<sup>35</sup> mais sa crédibilité a été sérieusement entamée par sa mise en échec en 2003, lorsque la France et l'Allemagne ont convaincu le Conseil de ne pas donner suite aux procédures les concernant<sup>36</sup>.

La crise financière et des dettes souveraines a changé la perspective et conduit à concevoir un dispositif beaucoup plus contraignant fondé sur trois séries de textes : le *six-pack* (8 et 16 novembre 2011)<sup>37</sup>, le Traité sur la stabilité, la coordination et

---

32. Dans le Traité de Rome du 25 mars 1957, la troisième partie relative à la « politique de la Communauté » est très largement économique. Son titre II est dédié à la politique économique et l'article 103 traite de la politique conjoncturelle dont il précise qu'elle relève de la compétence des États mais l'affirme comme d'intérêt commun. La traduction concrète de ces dispositions est néanmoins restée limitée.

33. N. Genestier, A. Pradié, « Monnaie et budget dans le cadre institutionnel européen : quelles interactions mises en lumière par la crise ? », *Revue de droit bancaire et financier*, mars 2014.

34. Art. 121 §1 du Traité instituant la Communauté européenne (TCE). Ces critères sont au nombre de quatre et concernent respectivement la stabilité des prix, la situation des finances publiques (déficit annuel inférieur à 3 % et dette inférieure à 60 % du PIB), le taux de change et les taux d'intérêt à long terme.

35. Résolution du Conseil européen relative au pacte de stabilité et de croissance, 17 juin 1997; règlement (CE) n° 1466/97 du Conseil du 7 juillet 1997 relatif au renforcement de la surveillance des positions budgétaires ainsi que de la surveillance et de la coordination des politiques économiques ; règlement (CE) n° 1467/97 du Conseil du 7 juillet 1997 visant à accélérer et à clarifier la mise en œuvre de la procédure concernant les déficits excessifs.

36. La Cour de justice, saisie d'une contestation de la Commission, a admis sur le fond la légalité de cette décision du Conseil : CJCE, 13 juillet 2004, *Commission c. Conseil*, C27/04.

37. Règlements (UE) n° 1173/2011, 1174/2011, 1175/2011, n° 1176/2011 n° 1177/2011 du 16 novembre 2011 et directive n° 2011/85/UE du 8 novembre 2011 sur les exigences applicables aux cadres budgétaires des États membres.



la gouvernance dit « TSCG » (2 mars 2012)<sup>38</sup> et le *two-pack* (21 mai 2013)<sup>39</sup>, d'où résultent trois tournants majeurs.

En premier lieu, la surveillance des politiques budgétaires des États membres prend place dans un **dialogue continu** avec la Commission européenne. Les États soumettent leurs orientations et trajectoires budgétaires lors de rendez-vous précoces, intervenant en première partie d'année (le « semestre européen ») afin que les éventuelles corrections nécessaires puissent être prises en compte dans les budgets des États membres en seconde partie d'année (parfois désigné comme « le semestre national »). Parallèlement, les États membres transposent ce cadre budgétaire renforcé dans leur droit interne, afin que le débat budgétaire permette de répondre en toute transparence aux observations et demandes des institutions européennes (fiabilisation des données, contrôles externes...).

En deuxième lieu, les **obligations** des États membres sont elles-mêmes beaucoup plus nombreuses et précises qu'auparavant et définies de manière relative et non plus absolue. Une trajectoire budgétaire est déterminée en fonction de la situation des finances publiques de l'État concerné, de ses perspectives économiques et des réformes structurelles qu'il doit engager. Cette trajectoire décidée en commun doit être respectée, sauf circonstances exceptionnelles.

En troisième lieu, le souvenir de la paralysie du dispositif en 2003 étant dans toutes les mémoires, l'accent est mis sur les **règles d'engagement des sanctions**, même si leur vocation est surtout dissuasive<sup>40</sup>. Le dispositif retenu dit de « majorité qualifiée inversée » prévoit qu'en cas de méconnaissance par un État de ses obligations, le principe est la mise en œuvre de sanctions, sauf si une majorité qualifiée s'y oppose au Conseil. L'État concerné doit donc recueillir un très large soutien des autres États membres pour faire échec à l'application des sanctions.

#### ■ *Un cadre excessivement lourd et complexe*

En raison de l'impossibilité devant laquelle se sont trouvés les États de modifier dans des délais brefs le droit primaire du fait notamment des réticences de certains d'entre eux<sup>41</sup>, le nouveau cadre de surveillance est fondé pour partie sur le droit de l'Union et pour partie sur le Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance (TSCG) qui est un traité international. Ce « Schengen budgétaire »<sup>42</sup> doit dès lors fonctionner avec un double système institutionnel et deux ordres juridiques qui suscitent des difficultés d'articulation des dispositions relevant de chacun d'entre eux<sup>43</sup>. Si le TSCG prévoit que ses stipulations doivent être interprétées

38. Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire signé à Bruxelles le 2 mars 2012.

39. Règlements (UE) n° 472/2013 et 473/2013 du 21 mai 2013.

40. Et ce d'autant plus qu'en cas de manquement aux règles d'équilibre des finances publiques, l'application effective de telles sanctions, qui ont un caractère financier et sont à la charge des États concernés, ne pourrait mécaniquement qu'aggraver leurs difficultés.

41. Le Royaume-Uni a refusé de participer à l'élaboration d'un cadre budgétaire renforcé dont le principe a été acté au sommet du 9 décembre 2011.

42. N. de Sadeleer, « Gouvernance économique européenne, Léviathan ou colosse aux pieds d'argile ? », *Europe*, avril 2012.

43. V. not. F. Fines, « Le TSCG dans la gouvernance économique européenne : vers plus d'intégration budgétaire ? », *Revue de l'Union européenne*, n° 563, décembre 2012.

en conformité avec le droit de l'Union<sup>44</sup>, cette clé d'interprétation ne résout pas toutes les difficultés et la perspective d'absorption du TSCG par le droit de l'Union reste incertaine<sup>45</sup>. Et la différenciation des règles propres aux pays membres de la zone euro d'avec celles applicables aux autres États s'accroît, ce qui constitue aussi un élément de fragilité.

Ces règles sont en outre très détaillées, avec le double objectif de définir des normes les plus adaptées possibles à la diversité des situations et d'objectiver toutes les questions d'appréciation par des critères prédéterminés. Une telle démarche rencontre néanmoins rapidement ses limites. Au-delà même de l'utilisation d'agrégats ou de valeurs difficiles à calculer (v. *infra* 1.3.3.1), les textes recourent à des notions souvent floues telles que « réformes structurelles » ou « mesures suivies d'effet », ou encore « circonstances exceptionnelles ». Les débats d'interprétation demeurent, ainsi que la tentation de négociation ou de marchandage. Il en résulte un édifice peu lisible, y compris pour les institutions européennes et les États eux-mêmes<sup>46</sup>.

■ *Un cadre trop récent pour être réformé mais qui peut être interprété avec souplesse*

Les retours d'expérience manquent encore pour mesurer pleinement l'adéquation de ce nouveau cadre budgétaire, comme l'ont constaté la Commission et le Conseil, dans le cadre de l'évaluation qui en a été menée, comme le prévoyaient les textes eux-mêmes, à la fin de l'année 2014<sup>47</sup>. Le Conseil européen a indiqué depuis qu'il y avait lieu de poursuivre l'examen technique de ses résultats<sup>48</sup>.

Dès le 13 janvier 2015, la Commission a toutefois rendu publique une communication COM (2015) 12 intitulée « *Utiliser au mieux la flexibilité offerte par les règles existantes du pacte de stabilité et de croissance* », dans laquelle elle prévoit trois assouplissements : la neutralisation des dépenses faites dans le cadre du Fonds européen d'investissements stratégiques annoncé le même jour (clause d'investissement) ; la prise en compte des incidences budgétaires positives des réformes structurelles ; la prise en compte de la conjoncture économique (plus d'efforts quand la conjoncture est bonne, moins lorsqu'elle est mauvaise). La réflexion en cours ouvre une opportunité à la France pour œuvrer en faveur d'une plus grande pertinence des mécanismes de coordination au regard des objectifs qu'ils poursuivent.

44. Art. 2 du TSCG.

45. Elle doit en principe intervenir dans un délai de cinq ans après son entrée en vigueur (art. 16 du TSCG).

46. A. de Streel, *Les règles de la nouvelle gouvernance économique européenne*, Reflets et perspectives de la vie économique, 2013/2, p. 13-49 : « La gouvernance économique européenne réformée », *RTD Européen*, 2013, p. 455.

47. Dès la formulation de ses orientations politiques du 15 juillet 2014, J.-Cl. Juncker, candidat à la présidence de la Commission européenne annonçait un réexamen du paquet législatif relatif à la gouvernance économique (« *six-pack* ») et du paquet législatif relatif à la surveillance budgétaire (« *two-pack* »), tout en précisant que ce réexamen était prévu par la législation. Les travaux conduits par la Commission ont abouti, le 28 novembre 2014, à un rapport COM (2014) 905 constatant l'efficacité et la souplesse du dispositif mais restant sommaire compte tenu du manque de retour d'expérience significative.

48. Conclusions du conseil Ecofin du 27 janvier 2015.



Ces perspectives ont été complétées le 22 juin 2015 par le rapport dit « des cinq présidents » intitulé « Compléter l'Union économique et monétaire européenne », comportant des préconisations de réforme à plus long terme, mais dont une première phase de mise en œuvre doit débiter dès juillet 2015 sur la base des traités existants. Ce rapport propose d'abord de rénover le semestre européen, les organes de gouvernance de la surveillance budgétaire et leur contrôle démocratique. À plus long terme (horizon 2025) une modification des traités pourrait permettre des évolutions de fond et l'unification des différents mécanismes (intégration au droit de l'Union du TSCG, mais aussi du mécanisme européen de stabilité<sup>49</sup>, tous deux conçus sur un mode intergouvernemental). Un livre blanc est annoncé au printemps 2017 pour préciser ces étapes ultérieures.

La Commission a organisé le 1<sup>er</sup> juillet 2015 un premier débat sur ces orientations et invité toutes les parties prenantes à participer activement aux travaux visant à l'achèvement de l'UEM. La France, dont la trajectoire budgétaire a été approuvée par la Commission lors de cette même réunion, est en situation de soutenir utilement ce processus.

**Proposition n° 2 : Œuvrer à la simplification de la surveillance budgétaire**

1) exploiter dans l'immédiat toutes les souplesses ouvertes par la communication de la Commission du 13 janvier 2015 ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

2) répondre à l'invitation de la Commission du 1<sup>er</sup> juillet 2015 en lui proposant les modalités selon lesquelles le cadre budgétaire pourrait être simplifié dans le cadre des traités actuels ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

3) engager les travaux préparatoires à une simplification des traités et notamment l'intégration des mécanismes intergouvernementaux (TSCG, MES) dans le cadre du droit de l'Union européenne.

**Vecteur :** action du Gouvernement puis nouveau Traité (SGAE, ministre des finances et des comptes publics)

***1.1.2.2. Une politique budgétaire qui conserve de très importantes marges de manœuvre dans un cadre normatif et procédural auquel il faut encore s'accoutumer***

■ *Les autorités nationales ne sont pas dessaisies de leurs compétences budgétaires*

Contrairement à d'autres pays<sup>50</sup>, la France n'a pas fait le choix d'une **règle d'or**

49. V. *infra* 1.1.3.1

50. De plus en plus d'États se sont dotés de règles d'or budgétaires limitant le pouvoir discrétionnaire des autorités compétentes dans la préparation et le vote du budget. La plupart de ces règles prévoient d'atteindre un certain équilibre sur la durée. C'est la durée du cycle conjoncturel qui est retenue en Suisse où a été mis en place un dispositif de frein à l'endettement depuis 2003 (art. 126 de la Constitution), modèle qui a inspiré l'Allemagne pour son propre dispositif (v. encadré ci-après). À Singapour, la période prise en compte est celle du

**nationale** s'imposant directement au législateur financier<sup>51</sup>. Tel n'était pas l'objet ni l'effet des dispositions de l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution inséré en 2008 qui mentionne, au sujet des lois de programmation des finances publiques, « *l'objectif d'équilibre des comptes des administrations publiques* »<sup>52</sup>. Engagé en 2011, le projet d'introduire la règle d'or dans la Constitution n'a pas abouti<sup>53</sup>.

#### Règles d'or budgétaires – L'exemple du « frein à la dette » allemand

La règle du frein à la dette (*Schuldenbremse*), votée en juillet 2009, modifie les articles 109, 115 et 143 de la loi fondamentale allemande. Elle vise à donner un cadre à la politique budgétaire de la Fédération et des *Länder* compatible avec les traités européens.

En vertu du nouvel article 115 de la loi fondamentale, « *recettes et dépenses doivent être équilibrées sans recettes provenant d'emprunts* », cette règle étant regardée comme satisfaite dans la mesure où le déficit structurel ne dépasse pas 0,35 % du PIB.

Le respect de ces règles concerne à la fois le projet de budget et son exécution. En cas de franchissement du plafond autorisé, les crédits correspondants sont inscrits dans un compte de contrôle (*Ausgleichkonto*), retraçant les écarts entre les crédits maximums autorisés et le résultat de l'exercice budgétaire en exécution. Quand le montant du compte de contrôle atteint 1 % du PIB, la Fédération a l'obligation légale de le réduire, mais uniquement dans les périodes de croissance (logique contracyclique).

Des exceptions à la règle peuvent être instituées dans des cas particuliers de « situation critique », par le vote de la majorité des membres du *Bundestag*. La loi votée doit alors comporter un plan de remboursement des déficits supplémentaires autorisés, remboursement devant intervenir dans une période limitée.

---

mandat du Gouvernement qui doit avoir assuré l'équilibre du budget pour ne pas puiser dans les ressources constituées par ses prédécesseurs (art. 147 à 148H de la Constitution). D'autres mécanismes reposent sur une limitation de l'évolution des dépenses en fonction de celle du PIB, comme celui mis en place en Pologne mais aussi en Espagne (« *regla de gastos* », issue de la loi organique de stabilité budgétaire et soutenabilité financière de 2012). Au Canada, où des règles existent déjà au niveau de certaines provinces, un projet de loi sur l'équilibre budgétaire pourrait ne plus autoriser de déficit fédéral qu'en cas de récession ou de circonstances exceptionnelles. L'expérience montre que des règles strictes sont parfois difficiles à respecter ; l'Argentine a ainsi dû abroger en urgence, faute de pouvoir la respecter, sa règle d'or du « déficit zéro » (*Ley 25561*).

51. Une telle règle n'est pas dans la tradition des finances de l'État même s'il y a un précédent en 1926, sous une forme assez différente, avec la constitutionnalisation de la Caisse d'amortissement de la dette publique et de ses ressources.

52. Article 11 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République.

53. Projet de loi constitutionnelle relatif à l'équilibre des finances publiques, n° 3253, déposé le 16 mars 2011



Une telle contrainte directe ne résulte pas davantage de la **nouvelle gouvernance budgétaire européenne**. Contrairement à ce qu'il a jugé pour la politique monétaire, le Conseil constitutionnel n'a pas estimé que le cadre européen de coordination et de surveillance budgétaire portait atteinte aux conditions essentielles de la souveraineté nationale, que ce soit lors de l'examen du Traité de Maastricht en 1992<sup>54</sup>, du Traité d'Amsterdam en 1997<sup>55</sup>, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005<sup>56</sup>, ou du Traité de Lisbonne en 2007<sup>57</sup>.

Le Conseil constitutionnel a confirmé cette position après que le « *six-pack* » et le TSCG eurent significativement renforcé le caractère contraignant des normes budgétaires<sup>58</sup>. Il n'a pas non plus estimé que les stipulations du TSCG sur la prise d'effet dans le droit national des règles d'équilibre des finances publiques affectaient les prérogatives du Gouvernement et du Parlement<sup>59</sup> tout en jugeant qu'indépendamment de la transposition de ces règles en droit interne, la France sera liée par ces règles en vertu du principe de supériorité des traités résultant de l'article 55 de la Constitution<sup>60</sup>. Cependant ces règles ne sauraient faire l'objet d'un contrôle de conventionalité, eu égard au dispositif particulier prévu par les traités et le droit dérivé européen, auxquels renvoient le TSCG.

En effet, ce dispositif, fondé sur la présentation annuelle par les États membres de leur programme de stabilité et de leurs prévisions budgétaires ne peut, en cas de méconnaissance par la France de ses obligations, entraîner une sanction par le Conseil de l'Union européenne qu'au terme d'une procédure graduée qui n'a rien d'automatique et ne peut pas même faire l'objet d'une saisine de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>61</sup>. Si elle est de nature à exercer une très puissante incitation à faire, elle ne dessaisit pas les autorités nationales de leur compétence budgétaire ni ne soumet son exercice à une norme supérieure en commandant juridiquement des inflexions. La construction juridique encadrant la surveillance des politiques budgétaires ne peut ainsi trouver une issue que dans une décision de nature politique, celle du Conseil de l'Union européenne<sup>62</sup>.

---

54. Décisions n° 992-308 DC du 9 avril 1992 et 92-313 DC du 23 septembre 1992.

55. Décision n° 97-394 DC du 31 décembre 1997.

56. Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 ; traité non ratifié à la suite du référendum du 29 mai 2005.

57. Décision n° 2007-560 DC du 20 décembre 2007.

58. Il a en effet jugé que les nouvelles règles « *ne procèdent pas à des transferts de compétence en matière de politique économique ou budgétaire et n'autorisent pas de tels transferts ; que, pas plus que les engagements antérieurs de discipline budgétaire, celui de respecter les nouvelles règles ne porte atteinte aux conditions essentielles de l'exercice de la souveraineté nationale* », décision n° 2012-653 DC du 9 août 2012, cons.16.

59. Même décision, cons. 19, 22 et 25.

60. Même décision, cons. 18.

61. Conseil d'État, avis du 23 septembre 2013, *Projet de loi de finances pour 2014*, n° 387791.

62. Contrairement aux souhaits initiaux du gouvernement allemand, la compétence de la CJUE reconnue par le TSCG se limite à la vérification de la transcription des procédures de contrôle de l'équilibre en droit interne et ne s'étend pas au respect par les budgets nationaux des normes chiffrées et du mécanisme de correction lui-même.



Enfin et surtout, si les autorités nationales sont ainsi placées sous une étroite surveillance, cela ne leur enlève pas leur souveraineté budgétaire<sup>63</sup>. Ces règles concernent principalement les soldes des finances publiques, c'est-à-dire ce qui résulte de l'ensemble des décisions prises par le législateur financier : seul le résultat global doit être conforme à la trajectoire budgétaire qui aura été convenue.

L'État reste ainsi, en tout état de cause, maître de ses décisions d'allocation des ressources. Cela lui laisse des marges importantes pour la conduite de la politique budgétaire nationale, qui reste davantage contrainte par le poids de certaines dépenses politiquement ou techniquement difficiles à réduire que par la surveillance assurée au niveau de l'Union.

### ■ *La conduite de la politique budgétaire est plus complexe et plus lourde*

Si le renforcement de la surveillance budgétaire européenne ne dessaisit pas les autorités nationales du levier budgétaire, il comporte des risques significatifs d'alourdissement ou de rigidification de la politique budgétaire.

La complexité de l'édifice juridique ne se limite pas aux textes de droit européen. Le choix fait par le TSCG de « nationaliser »<sup>64</sup> les mécanismes de surveillance conduit à **superposer des normes internes**. En plus des normes constitutionnelles, la discussion des lois financières doit désormais respecter les dispositions de la loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques et s'inscrire dans des lois de programmation des finances publiques dont la portée est totalement renouvelée<sup>65</sup>. La multiplication des vecteurs législatifs portant sur les finances publiques (LFI, LFR, LFSS, LPFP désormais) est de nature à soulever des difficultés, notamment pour prendre en compte leurs interactions et leur contribution respective à l'équilibre global, surtout lorsqu'ils cheminent parallèlement<sup>66</sup>.

La **lourdeur de la procédure budgétaire**, dans le cadre du semestre européen, est une illustration frappante de cette nouvelle complexité. Le gouvernement est ainsi conduit à consacrer un temps important à produire des rapports et des analyses pour les besoins des rendez-vous successifs qui traitent souvent des mêmes questions.

63. V. sur l'ensemble de ces questions, sous l'angle de la souveraineté budgétaire nationale : J.-P. Fitoussi, « La marge de manœuvre des États. Des démocraties sans souveraineté », *Revue Pouvoirs*, 2012/3 n° 142 ; M. Sorel, R. Chemain (ss dir.), « Quelle souveraineté budgétaire pour les États ? », *Cahiers internationaux*, Pedone, Paris, 2013 ; G. Allemand et F. Martucci, « La nouvelle gouvernance économique européenne », *Cahiers de droit européen*, 2012.

64. Au sens où le TSCG s'appuie principalement sur des mécanismes de droit interne pour faire respecter la discipline budgétaire par les États membres.

65. E. Oliva, « La loi organique du 17 décembre 2012 relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques : l'inclusion dans l'ordre juridique national de la règle d'équilibre des administrations publiques ou la montagne qui accoucha d'une souris », *RFDA*, 2013, p. 440 : « La loi organique ajoute par conséquent un degré supplémentaire de distinction entre les différents périmètres législatifs et spécifiquement financiers. L'échec-veau législatif pourrait ainsi bien vite se transformer en un enchevêtrement législatif inextricable ».

66. La difficulté apparaît nettement lorsque le Gouvernement entend, comme en 2014, déposer un projet de loi de finances sur la base d'une nouvelle trajectoire financière qui n'a pas encore été consacrée par une loi de programmation des finances publiques.



Le calendrier budgétaire gagnerait à être repensé<sup>67</sup>, sans que cette « réinvention » nécessite de modifier significativement la loi organique du 17 décembre 2012 : ce calendrier est largement organisé par voie de circulaire.

En outre, alors que le budget est une compétence parlementaire par excellence, les mécanismes de surveillance budgétaire européens associent peu les parlements. Si l'absence d'implication directe du Parlement européen résulte du choix fait dès l'institution de la zone euro, la contrepartie qu'aurait dû constituer l'association des parlements nationaux reste limitée<sup>68</sup>. En France, la procédure de l'article 88-4 de la Constitution n'est pas adaptée à un processus itératif comme le semestre européen<sup>69</sup>, de sorte que des initiatives spécifiques ont été prises pour mieux associer le Parlement à ses principales étapes<sup>70</sup>. Une association plus complète et plus formalisée des assemblées aux procédures de mise en œuvre des mécanismes de surveillance serait sans doute de nature à renforcer le poids des positions françaises dans le dialogue avec les instances européennes<sup>71</sup>.

La conduite de la procédure budgétaire doit enfin tenir compte de la mise en œuvre de contrôles plus approfondis que par le passé, notamment du fait de la création du **Haut Conseil des finances publiques**. Cet organe indépendant donne un avis préalable sur les prévisions macroéconomiques sur lesquelles sont bâtis le projet de loi de programmation des finances publiques et les projets de loi de finances et de financement de la sécurité sociale et il se prononce, dans le cadre du mécanisme de correction, sur la loi de règlement<sup>72</sup>. Cette instance et les compétences qui lui sont reconnues sont très originales<sup>73</sup>, mais la loi organique lui octroie pour se prononcer des délais très resserrés, aux dires mêmes du Premier président de la Cour des comptes qui le préside, et les administrations hésitent encore à lui transmettre en temps utile tous les éléments nécessaires à son examen, nuisant ainsi à la précision de ses observations.

---

67. F. Quérol, « De l'intégration budgétaire européenne ou la gestation d'un droit budgétaire nouveau », *Revue française des finances publiques*, septembre 2012, p.147.

68. Le projet de loi constitutionnelle n° 3253 du 16 mars 2011 relatif à l'équilibre des finances publiques prévoyait quant à lui une transmission systématique des documents au Parlement.

69. La crainte de l'éviction du Parlement dans les discussions organisées pour les besoins du semestre européen, notamment dans le cadre de l'article 88-4 de la Constitution, a suscité une proposition de loi constitutionnelle n° 2913 du 20 octobre 2010 de Mme M. Billard qui n'a cependant pas été adoptée.

70. Le projet de programme de stabilité de l'article 121 du TFUE est envoyé au Parlement deux semaines avant sa transmission à la Commission (art. 14 de la loi n° 2010-1645 du 28 décembre 2010 de programmation des finances publiques pour les années 2011 à 2014). En outre, toute procédure de coordination des politiques économiques et budgétaires comprenant l'échange de documents avec les institutions européennes ainsi que toutes décisions du Conseil pour déficit excessif prises dans le cadre de l'article 126 du TFUE peuvent donner lieu à débat.

71. Le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 précité suggère plusieurs pistes et notamment « des modèles d'accord visant à améliorer l'efficacité de ses interactions [de la Commission] avec les parlements nationaux », v. point 5.

72. Art. 11 et suivants de la loi organique n° 2012-1403 du 17 décembre 2012 précitée.

73. Le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 précité semble s'en inspirer pour préconiser des « autorités de la compétitivité de la zone euro », v. point 3.



L'avis du Haut Conseil doit être rendu avant celui du **Conseil d'État**<sup>74</sup>, qui peut ainsi en tenir compte dans son contrôle de la sincérité du projet de loi financière qui lui est soumis. Le Conseil d'État peut ainsi être amené à appeler l'attention du Gouvernement sur les risques encourus en cas de déviation marquée de la trajectoire conduisant à l'objectif à moyen terme des finances publiques ou de non-respect manifeste des dernières recommandations ou mises en demeure adressées à la France par les instances compétentes de l'Union européenne<sup>75</sup>.

Le **Conseil constitutionnel** procède également à un contrôle de sincérité plus approfondi des lois financières, avec une grille d'analyse solide<sup>76</sup> qui prend en compte l'avis du HCFP<sup>77</sup>. L'approfondissement de son contrôle peut d'ailleurs être un élément d'appréciation de la régularité de la procédure française de transcription du TSCG dans l'ordre interne, ce qui a fait dire à certains commentateurs que le rôle du Conseil constitutionnel pourrait évoluer vers celui d'un « *régulateur financier* » et d'un « *acteur majeur du droit public de l'économie* »<sup>78</sup>.

**Proposition n° 3 : Assurer une mise en œuvre optimale du semestre européen à l'échelon national**

1) élaborer, en accord avec les services de la Commission européenne, un *corpus* commun des différents documents budgétaires français requis pour le semestre européen ;

**Vecteur : action du Gouvernement**  
(SGAE, ministre des finances et des comptes publics)

2) définir les modalités de l'information de l'Assemblée nationale et du Sénat, dans le cadre du semestre européen, le cas échéant, en cohérence avec les conventions qui pourraient être proposées par la Commission européenne aux Parlements nationaux ;

**Vecteur : action du Gouvernement**  
(ministre des finances et des comptes publics,  
secrétaire d'État aux relations avec le Parlement)

3) fournir au Haut Conseil des finances publiques, le plus en amont possible, les éléments de nature à mieux éclairer son appréciation.

**Vecteur : action du Gouvernement**  
(Premier ministre, ministre des finances et des comptes publics)

74. Ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2012-658 DC du 13 décembre 2012.

75. V. sur ces questions les avis rendus par le Conseil d'État (commission permanente) sur le PLF pour 2014 (avis n° 387791 du 23 septembre 2013), le PLFR 2014-2 (avis n° 389190 du 29 septembre 2014) et le projet de loi de programmation des finances publiques (avis, Com. permanente, n° 389238 du 29 septembre 2014).

76. D'origine prétorienne, le contrôle de la sincérité des lois de finances a été inscrit dans la LOLF puis la LOLFSS avant d'être mentionné à l'article 47-2 de la Constitution en 2008.

77. V. les décisions n° 2012-658 DC précitée et n° 2013-682 DC du 19 décembre 2013.

78. M. Lombard, « Le futur rôle de régulateur financier du Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2012, p. 1717.

### 1.1.3. L'émergence d'un levier budgétaire propre de l'Union européenne

#### 1.1.3.1. L'esquisse d'une utilisation du budget de l'Union européenne à des fins de stabilisation

##### ■ Les limites économiques de l'unification monétaire sans budget central

La théorie des zones monétaires optimales (ZMO) fait dépendre leur cohésion de la mobilité des facteurs de production, notamment celle des travailleurs ; à défaut, une capacité budgétaire « centrale » peut jouer un rôle de palliatif<sup>79</sup>.

La faible mobilité des travailleurs au sein du marché unique européen, comparée à celle de bien d'autres zones monétaires, n'est cependant pas compensée par la capacité budgétaire propre de l'Union européenne. Celle-ci finance le fonctionnement des institutions ainsi que des interventions de soutien à l'économie (V. *infra*), mais son volume, de l'ordre de 1 % du PIB de l'Union, est sans commune mesure tant avec celui de la dépense publique au sein des États membres (près de 45 % en moyenne) qu'avec celui des budgets centraux des systèmes fédéraux (27 % aux États-Unis)<sup>80</sup>. L'Union européenne ne dispose donc pas aujourd'hui des capacités qui lui permettraient de jouer le rôle de stabilisateur budgétaire de la zone euro.

Cette option a été très tôt assumée par les promoteurs de l'Union économique et monétaire. J. Delors relevait ainsi en 1989 que : « *Le fait que le budget communautaire soumis à une gestion centrale ne représentera sans doute qu'une très faible partie des dépenses totales du secteur public et que l'essentiel de ce budget ne pourra pas être utilisé pour des ajustements conjoncturels signifie que la tâche qui consiste à déterminer une orientation budgétaire pour l'ensemble de la Communauté devra être accomplie par la coordination des politiques budgétaires nationales* »<sup>81</sup>. Mais le renforcement de la coordination des politiques budgétaires des États ne permet pas de corriger les asymétries internes de la zone<sup>82</sup> et la perspective de la conduite d'une politique macroéconomique plus intégrée, avec notamment la création d'un « Trésor européen », reste encore assez lointaine<sup>83</sup>.

L'idée a alors germé de compléter le cadre de coordination par un levier budgétaire propre de l'Union pouvant agir de manière contracyclique. Les travaux sur ce sujet

---

79. R. Mundell, « A theory of optimum currency areas », *American economic review*, 1961.

80. « Un budget pour la zone euro », *Trésor-Eco*, n° 120, octobre 2013.

81. Rapport du 12 avril 1989, *L'Union économique et monétaire dans la Communauté européenne*.

82. Cette coordination a conduit à des politiques restrictives pro-cycliques pour les pays en crise et la complexité et le manque de réactivité de ces mécanismes ne permettent pas de leur faire jouer le même rôle que celui du levier budgétaire central dans un système fédéral (*Trésor-éco*, *op. cit.*).

83. Elle est cependant explicitement mentionnée dans le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 précité, point 5.



suggèrent aussi une mutualisation des dettes publiques<sup>84</sup> et un meilleur équilibre avec la politique monétaire<sup>85</sup>. Malgré le regain d'intérêt qu'ils ont suscité après la crise de 2010, seuls des dispositifs d'urgence ont été mis en place.

#### ■ *L'amorce de dispositifs financiers de stabilisation limités aux cas de crises*

Le Traité se bornant à énoncer le principe de l'absence de solidarité juridique entre l'Union et les États ainsi qu'entre États, sans interdire les **mécanismes volontaires d'entraide** en cas de difficulté, le sommet de Bruxelles du 9 mai 2010 a institué, sur le fondement de l'article 122 §2 du TFUE, le fonds européen de stabilité financière assorti d'un règlement sur le mécanisme européen de stabilité financière, équivalent à ce qui existait hors zone euro. La décision du Conseil européen du 25 mars 2011 ajoutant à l'article 136 du TFUE un troisième paragraphe, a substitué à ce premier dispositif le Mécanisme européen de stabilité (MES), conçu comme une institution financière internationale selon un schéma intergouvernemental assez proche du TSCG qui s'en est inspiré<sup>86</sup>.

Un second mécanisme qui s'adresse aux banques est destiné à les protéger contre de nouveaux effets de contagion aux dettes souveraines (« *Backstop* ») : le **fonds de résolution unique institué** par le Règlement du 15 juillet 2014 dans le cadre de l'Union bancaire<sup>87</sup>. S'il ne constitue pas un levier budgétaire européen, puisqu'il est financé par des contributions du secteur bancaire, il partage avec le MES la logique d'une ressource financière massive, prélevée pour assurer la solidarité au sein de la zone, afin d'en assurer la stabilité.

#### ■ *La perspective encore lointaine d'un budget de stabilisation hors crise*

Dans le contexte de sortie de la crise financière, le Conseil européen des 28 et 29 juin 2012 a demandé, sur la base d'un rapport intermédiaire d'H. Von Rompuy, un rapport sur l'édification d'une véritable union économique et monétaire.

Remis le 5 décembre 2012, ce rapport préconise de doter l'Union européenne d'une capacité budgétaire propre susceptible d'absorber les chocs conjoncturels<sup>88</sup>. Parallèlement, la précédente Commission européenne a remis un « *blueprint* », sous forme de communication relative à un « *Projet détaillé pour une Union économique et monétaire véritable et approfondie : Lancer un débat européen* »<sup>89</sup>, dans laquelle elle examine les modalités concrètes, y compris juridiques, de la création d'une telle capacité. Cette démarche a reçu un accueil favorable du

---

84. F. Allemand, « La faisabilité juridique des projets d'euro-obligations », *RTDE*, 2012, p. 553.

85. *Trésor-éco*, *op. cit.*

86. Décision du Conseil européen (2011/199/UE) du 25 mars 2011. Cette création a été validée, au regard du droit de l'Union, par l'arrêt *Pringle* du 27 décembre 2012 (CJUE, Ass. Plén., 27 novembre 2012, C-370/12), qui a jugé qu'elle n'interférait pas avec la politique monétaire et ne conférait pas de nouvelle compétence à l'Union européenne.

87. Règlement (UE) n° 806/2014 établissant le Mécanisme de résolution unique (MRU).

88. Rapport du président du Conseil européen *Vers une véritable Union économique et monétaire*, 5 décembre 2012.

89. *Projet détaillé de la Commission européenne pour une Union économique et monétaire véritable et approfondie : Lancer un débat européen*, (COM 2012/777) du 28 novembre 2012.



Parlement européen ainsi qu'en France, de l'Assemblée nationale<sup>90</sup> et du Sénat<sup>91</sup>. Elle a été reprise à son compte par la Commission européenne issue des élections de 2014 dans une note d'analyse du 12 février 2015, de même que par les cinq présidents dans leur rapport du 22 juin déjà mentionné.

Celui-ci propose un « *mécanisme de stabilisation budgétaire pour la zone euro* » dont l'objectif « *ne serait pas de chercher activement à ajuster le cycle économique dans la zone euro, mais d'atténuer les effets des chocs macroéconomiques de grande ampleur et ainsi, de rendre l'UEM globalement plus résiliente* »<sup>92</sup>. Il servirait ainsi à prévenir les crises et à repousser la perspective d'avoir à mobiliser les mécanismes d'urgence comme le MES.

La France a toujours été à l'avant-garde des évolutions de la zone euro et aurait tout intérêt à expertiser dès maintenant les modalités et les conséquences d'une éventuelle capacité budgétaire propre de l'Union européenne<sup>93</sup>.

**Proposition n° 4 : Expertiser les conditions et les conséquences, en matière financière et juridique, d'une éventuelle capacité budgétaire propre de l'Union.**

**Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGAE et ministre des finances et des comptes publics)

### ***1.1.3.2. La montée en puissance des interventions financières de soutien à l'économie***

#### **■ Une mobilisation audacieuse des fonds et programmes spécifiques**

Les cinq « fonds structurels et d'investissement européens » (FSIE)<sup>94</sup> sont désormais mobilisés dans une stratégie unique, dite « Europe 2020 », propre à mettre leur emploi en cohérence avec les objectifs de politique économique de l'Union<sup>95</sup>.

90. L'Assemblée nationale a même invité le Conseil européen à être « *plus ambitieux dans les projets d'approfondissement de l'Union économique et monétaire, avec comme perspectives de moyen terme (...) la mise en place d'une capacité budgétaire jouant un rôle contracyclique, la possibilité d'émettre de la dette en commun et la création d'un Trésor européen* ». Résolution de l'Assemblée nationale n° 204 du 11 août 2013 sur l'approfondissement de l'Union économique et monétaire (confirmée par la résolution n° 284 du 30 janvier 2014 sur les progrès de l'union bancaire et de l'intégration économique au sein de l'Union économique et monétaire).

91. Le Sénat a préconisé qu'à terme le budget de la zone euro soit doté « *d'un financement significatif* », Résolution européenne du Sénat n° 73 (2013-2014) du 4 février 2014 sur l'approfondissement de l'Union économique et monétaire.

92. Rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 précité, point 4.2.

93. Les orientations exprimées par le Président de la République le 14 juillet 2015 sur le « gouvernement économique de la zone euro » vont en ce sens. V. également la contribution de Christian de Boissieu, *infra* p. 245.

94. Ils regroupent le Fonds européen de développement régional (FEDER), le Fonds social européen (FSE), le Fonds de cohésion (FC), le Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER) et le fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche (FEAMP).

95. Leur emploi est décidé dans le cadre d'accords de partenariat entre la Commission et les États, celui de la France ayant été adopté le 8 août 2014. Conformément aux dispositions de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, leur gestion sera transférée aux régions (v. *infra* 3.1.2.2).

D'autres dispositifs ont été développés plus récemment, comme par exemple les programmes « horizon 2020 » en faveur de la recherche et de l'innovation et « COSME », programme pluriannuel européen pour la compétitivité des entreprises et des PME doté d'un budget de 2,3 milliards d'euros pour la période 2014-2020 et qui tend à promouvoir l'accès des PME au financement et aux marchés ainsi que la promotion de l'entrepreneuriat.

Par la conjugaison de ces différents mécanismes, l'Union parvient à promouvoir, avec des ressources non négligeables, des secteurs ou des projets qu'elle juge prioritaires au regard de ses objectifs économiques.

#### ■ *Une mobilisation nouvelle sur l'investissement*

Jusqu'à une période très récente, les investissements de niveau européen étaient d'abord l'affaire des États qui financent la Banque européenne d'investissement (BEI), même si les projets soutenus par la BEI doivent s'inscrire dans les objectifs essentiels de l'Union.

Avec le Fonds européen d'investissement stratégique (FEIS) dont la nouvelle Commission européenne a annoncé la création (proposition de règlement du 13 janvier 2015<sup>96</sup>), l'Union européenne disposera désormais d'une importante capacité propre de financement des investissements<sup>97</sup>. Elle lui permettra de mener sa propre politique d'investissement direct : si la BEI joue dans ce dispositif le rôle de financeur et d'expert, la responsabilité du plan incombe bien à l'Union européenne.

#### ■ *L'articulation avec les programmes nationaux*

La Commission a invité les États à compléter par des contributions volontaires les ressources prévues par le « plan Juncker » pour le Fonds européen d'investissement stratégique afin d'accroître son effet de levier. Elle s'est engagée à ne pas comptabiliser ces contributions dans les objectifs de dépense de ces États<sup>98</sup>. La France a indiqué qu'elle répondrait favorablement à cette invitation par l'intermédiaire de la BPI et de la CDC, c'est-à-dire non pas en abondant directement le fonds, mais en complétant le financement des projets qui auront bénéficié de ressources du FEIS, ce qui lui permet de veiller à la bonne articulation de ce dernier avec ses propres objectifs nationaux<sup>99</sup>.

---

96. Communication COM 2015 (10) *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur le Fonds européen pour les investissements stratégiques et modifiant les règlements (UE) n° 1291/2013 et (UE) n° 1316/2013*.

97. Les montants annoncés s'élèvent à 315 milliards d'euros, dont 75 milliards pour les PME et les entreprises de moyenne capitalisation et 240 milliards pour les investissements à long terme. Le plan est fondé sur un effet de levier assez ambitieux de 1/15, permettant de n'abonder le Fonds qu'à hauteur de 21 milliards (dont 16 pour constituer la garantie de l'Union, sur ses ressources) et 5 milliards apportés par la BEI.

98. Communication du 13 janvier 2015 précitée.

99. Ce qui a pu être interprété comme la volonté de ne faire bénéficier ces fonds supplémentaires qu'à des projets suivis par la BPI et la CDC, c'est-à-dire des projets essentiellement français, alors qu'un abondement direct du FEIS aurait pu profiter à des projets sans lien direct avec la France.



Cette articulation doit se faire en priorité avec le dispositif des investissements d'avenir pilotés par le commissaire général à l'investissement, plan dont l'inspiration est très proche de celle du plan Juncker<sup>100</sup>. À cette fin, l'adjoint au commissaire général à l'investissement a été désigné comme coordonnateur du plan Juncker pour la France. Une doctrine d'emploi de chaque dispositif a par ailleurs été esquissée par le commissaire général à l'investissement, selon la taille des projets, leur objet, les instruments financiers utilisables...<sup>101</sup>.

La tâche de veiller à la meilleure complémentarité possible entre ces deux dispositifs et, Au-delà, avec les dispositifs d'investissements nationaux, constitue le prolongement naturel des missions de coordination qui viennent d'être confiées au Commissariat général à l'investissement. Elle pourrait être explicitée dans les textes.

**Proposition n° 5 : Veiller à la complémentarité du plan d'investissement européen avec les plans et dispositifs d'investissements nationaux en complétant les missions du Commissariat général à l'investissement à cet effet.**

***Vecteur : décret d'organisation du CGI  
(Commissariat général à l'investissement)***

## 1.2. L'action économique des personnes publiques, pour conserver sa portée, doit tenir compte des exigences d'une économie ouverte

S'il est évident que l'internationalisation et la globalisation des échanges ont modifié la relation, pour ne pas dire le rapport de forces, entre les personnes publiques et des acteurs économiques de plus en plus mobiles et puissants<sup>102</sup>, l'action publique n'est cependant pas condamnée à l'impuissance face à cette nouvelle donne. Les personnes publiques gardent la possibilité de faire valoir leur autorité même face à des acteurs mobiles (1.2.1). La France peut par ailleurs mobiliser d'importants relais diplomatiques (1.2.2). L'action économique des personnes publiques peut enfin constituer un puissant levier pour la compétitivité et l'attractivité du pays dans la compétition internationale (1.2.3).

100. Décret n° 2010-80 du 22 janvier 2010 relatif au commissaire général à l'investissement  
101. V. not, l'audition de L. Schweitzer, Commissaire général à l'investissement, le 18 mars 2015 devant la Commission des finances du Sénat.

102. Indépendamment de la problématique classique de la perte d'efficacité des politiques budgétaires en économie ouverte et des externalités qu'elles produisent sur les autres pays.

## 1.2.1. Les conséquences de l'ouverture des économies en matière de territorialité du droit et de défense des intérêts nationaux

### 1.2.1.1. La mobilité des acteurs fragilise l'autorité du cadre national

■ *Le droit et les systèmes sont mis en concurrence par les opérateurs économiques*

Fortes de leur nouvelle mobilité dans le cadre de la globalisation des échanges, les entreprises peuvent choisir le « lieu » de leur activité et donc le cadre juridique qui leur sera applicable, qui n'est plus une donnée avec laquelle elles doivent composer, mais un paramètre inscrit dans une stratégie d'optimisation des coûts.

Le choix de la règle applicable par les entreprises ou « *law shopping* »<sup>103</sup> devient ainsi un objet de concurrence entre États auquel il est possible de transposer les analyses des marchés concurrentiels classiques, qu'elles soient optimistes - la concurrence favoriserait la convergence des systèmes vers un certain optimum économique (« *race to the top* ») ou pessimistes - elle pousserait à l'abaissement des exigences pour attirer les entreprises (« *race to the bottom* »)<sup>104</sup>.

L'analyse de ce phénomène a été développée d'abord aux États-Unis, à propos de « l'effet Delaware », du nom de ce petit État américain qui, par une législation très favorable aux entreprises, a drainé les immatriculations de plus de la moitié des sociétés cotées aux États-Unis. Mais cette pratique a suscité également un large débat au sein de l'Union européenne, notamment à la suite de la jurisprudence « *Centros* » par laquelle la Cour de justice a admis que des ressortissants danois aient créé au Royaume-Uni une société dont presque toute l'activité était localisée au Danemark en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération du capital social<sup>105</sup>.

Les inquiétudes sont alimentées par les pratiques convergentes de certaines sociétés (révélant notamment l'attractivité du droit des sociétés des Pays-Bas<sup>106</sup>

103. Le « *forum shopping* », lorsqu'il est employé à propos du fond du droit est en réalité du « *law shopping* » (v. L. Usunier, « Concurrence normative en Europe et stratégies juridiques en droit international privé, Concurrence normative et stratégies juridiques en droit international privé », dans le cadre du colloque *Les stratégies juridiques des entreprises en Europe* (dir. A. Masson, Université du Luxembourg, 5 décembre 2008), publié in *Les stratégies juridiques des entreprises*, Larcier, 2009, pp. 433-45).

104. V. S. Hanray et J.-S. Bergé, « Les analyses économiques de la concurrence juridique : un outil pour la modélisation du droit européen », *RIDE*, 2011/2, p. 165-192.

105. CJCE, 9 mars 1999, *Centros Ltd*, C-212/97 ; la Cour a jugé que les articles 52 et 58 du Traité CE s'opposaient à ce qu'un État membre refuse pour ce motif l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre État membre dans lequel elle a son siège sans y exercer d'activités commerciales. Elle a rappelé toutefois que cette interprétation n'excluait pas que les autorités de l'État membre concerné puissent prendre toute mesure de nature à prévenir ou à sanctionner les fraudes. V. par ailleurs sur ces questions Ch. Pochet, « Fédéralisme, droit des sociétés et gouvernance d'entreprise : quelles leçons l'Europe peut-elle tirer de l'expérience américaine ? », *RIDE*, 2006/3, p. 285-316.

106. L'attrait des « NV » hollandaises est connu, y compris pour des sociétés d'origine française, dont certaines à participation publique : Euronext, EADS, Renault-Nissan. V. not sur ces questions : le rapport n° 2250 du 8 octobre 2014 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale sur l'exil des forces vives.



et de la fiscalité de l'Irlande ou du Luxembourg), et plus généralement par les conditions juridiques et fiscales avantageuses offertes par certains États européens cherchant à favoriser la localisation d'entreprises sur leur territoire.

### ■ *Le choix du juge et l'extraterritorialité de la loi économique*

Pour les opérateurs économiques, les conditions d'application concrète du droit et par conséquent le choix du juge sont plus importants encore. S'il y a un « supermarché du droit »<sup>107</sup>, il existe aussi un supermarché des juridictions : le « *forum shopping* »<sup>108</sup>.

Sauf exceptions, le justiciable ne peut choisir la loi qui s'applique à son affaire<sup>109</sup>, mais celle-ci peut avoir plusieurs juges potentiellement compétents, eu égard aux différences de règles de conflits de juridiction selon les États. Les entreprises peuvent alors chercher à en tirer parti pour choisir le juge qui servira le mieux leurs intérêts (notamment en termes de rapidité ou de moyens de preuve)<sup>110</sup>.

Cet usage est en très forte expansion dans le domaine des affaires<sup>111</sup>.

Outre la domiciliation de complaisance d'une société, le « *forum shopping* » peut favoriser la **décorrélation** entre le droit applicable, le juge compétent et le territoire sur lequel l'activité litigieuse s'exerce, comme le montrent plusieurs affaires où des sociétés françaises étaient prises à partie devant les tribunaux américains<sup>112</sup>, notamment dans le cas d'actions de groupe engagées aux États-Unis, alors même que la plupart des actionnaires victimes n'étaient pas américains. La Cour suprême des États-Unis tente de décourager cette tendance par sa jurisprudence sur les abus de *forum shopping*<sup>113</sup>.

Le débat est relancé par des accords de libre échange adoptés ou en cours de négociation et, en particulier le projet d'accord transatlantique (TTIP) dont le mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et États (ISDS), conduisent à douter de la capacité que conserveront les acteurs de faire valoir leurs droits devant les juridictions étatiques<sup>114</sup>.

107. M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, 1994, p. 210.

108. Le « *forum shopping* » est plus largement admis par les textes que le « *law shopping* » : V. notamment la Convention dite « Bruxelles I » (règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale).

109. Il existe néanmoins des exceptions notables, à commencer par celle des contrats internationaux.

110. V. actes du colloque *Des juridictions économiques efficientes en concurrence : La mise en compétition des ordres juridiques nationaux*, organisé par le Centre de recherche en droit des affaires de la CCIP du 4 décembre 2007 (en ligne).

111. D. Cohen, « Contentieux d'affaires et abus de *forum shopping* », *Dalloz*, 2010, p. 975

112. V. pour un rappel de plusieurs de ces affaires, les interventions de J.-M. Sauvé, « La territorialité du droit, introduction des rencontres inter-réseaux au collège de France », avril 2012 et « Comprendre et réguler le droit globalisé ou comment dompter la Chimère ? », 20 mai 2015 (site internet [www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions](http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions))

113. *US Supreme Court*, 26 juillet 2010, *Morrison v. National Australia Bank*, 08-1191; v. E. Gaillard, « Foreign cube, la Cour suprême des États-Unis amenée à se prononcer », *JCPG*, 2010, p. 366. La France, intervenue dans la procédure, a fait valoir sa position assez réservée sur ces aspects d'extraterritorialité.

114. Cette clause du projet de TTIP a d'ailleurs donné lieu à une initiative citoyenne euro-



Les États ne sont pas neutres dans cette compétition par le droit : ce sont eux qui déterminent le champ d'application territorial de leurs règles et ils peuvent décider d'y attirer des opérations n'ayant qu'un lien très faible avec leur territoire, leurs ressortissants ou leur économie. Ils peuvent aussi directement encourager cette application extraterritoriale en engageant des poursuites contre des entreprises de pays tiers.

Le droit américain en est un exemple caractéristique<sup>115</sup> et les autorités fédérales n'ont pas hésité à le mobiliser pour sanctionner des sociétés étrangères qui méconnaissaient leurs décisions d'embargo<sup>116</sup>, dont BNP Paribas. Dans ce cas précis, il n'y a pas eu procédure juridictionnelle, mais une simple menace du parquet américain de l'engager, qui a contraint cette entreprise à transiger, en reconnaissant les faits et en admettant plusieurs éléments de rattachement à l'ordre juridique américain<sup>117</sup>. « L'effet de projection » du droit américain qui ressort de cet épisode, sur une question par ailleurs étroitement liée à ses choix de politique étrangère, contraste nettement avec la situation qui prévaut en Europe.

L'Union européenne ne dispose pas en effet d'instrument d'une efficacité comparable pour faire valoir le droit économique de l'Union et des États membres face à des entreprises internationales, sauf dans le domaine du droit de la concurrence. Le projet de création d'un parquet européen, confirmé par la nouvelle Commission européenne, n'a pas spécifiquement cet objet<sup>118</sup>. En cas d'atteintes graves à l'intégrité du marché unique ou à la stabilité financière de la zone euro, les réponses restent essentiellement nationales et leur force de dissuasion est par suite limitée.

---

péenne (ICE) à laquelle s'est opposée la Commission en septembre 2014, tout en tenant compte des réticences suscitées par ce traité par le lancement d'une « initiative de transparence » en novembre de la même année.

115. Un certain nombre de textes américains prévoient expressément leur application extraterritoriale (*Foreign account tax compliance Act ; Patriot Act ; Sarbanes-Oxley Act...*). Tout en respectant le droit international, le cadre juridique américain intègre le principe de « territorialité objective ». Cette notion issue de la « théorie des effets » introduit une exception au principe que les lois n'ont d'effet que sur le territoire d'un État : un État peut être compétent pour légiférer à l'égard d'actes accomplis à l'étranger mais qui produisent des effets « directs, substantiels et prévisibles » sur son territoire, voire sur ses nationaux à l'étranger. De cette approche découle la notion large de « *US person* » qui s'applique non seulement aux ressortissants, mais également aux entreprises majoritairement détenues par des capitaux américains ou leurs filiales.

116. Lois « Helms-Burton » et « d'Amato » pour les entreprises violant l'embargo américain sur Cuba, l'Iran ou la Libye. V. S. Battini, « *Globalisation and extraterritorial regulation : an unexceptional exception* », *IRPA*, 2011.

117. V. not. sur cette affaire Ph. Athanassiou, M. Prokop et A. Theodosopoulou, « Effets extra-territoriaux du droit américain sur les institutions financières non-américaines, une vue d'ensemble », *RDBF*, sept. 2014, Étude 20 ; Y. Quintin, « Aux frontières du droit : les embargos américains et l'affaire BNP Paribas », *Ibid*, Étude 21.

118. Projet de règlement du 17 juillet 2013 instaurant un Parquet européen, fondé sur l'article 86 du TFUE (COM(2013) 534). Le Parquet européen aura pour mission de rechercher, de poursuivre et de renvoyer en jugement, le cas échéant, les auteurs d'infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'UE. La création de ce parquet a été confirmée dans les orientations politiques de J.-Cl. Juncker du 15 juillet 2014.



Il est donc indispensable d'étudier les moyens de garantir l'effectivité du droit de l'Union et son respect par les entreprises les plus internationalisées, par exemple en constituant à cet effet une autorité européenne chargée de coordonner les mesures répressives dans l'Union européenne ou dans la zone euro.

### ***1.2.1.2. La défense des intérêts économiques des États et de l'Union reste néanmoins possible***

■ *L'impasse d'un « patriotisme économique » tourné exclusivement vers la protection des opérateurs nationaux*

En économie ouverte, le « patriotisme économique » traduit l'idée que, s'il n'est plus possible de fermer les frontières aux produits ou aux entreprises étrangères, il reste possible de défendre les intérêts économiques nationaux sous une forme plus diffuse.

Selon le cas, les acteurs économiques (entreprises, consommateurs) sont appelés à faire preuve de civisme en choisissant de préférence la production nationale, ou les personnes publiques sont invitées à privilégier les intérêts de l'économie nationale ou des opérateurs nationaux.

Le patriotisme économique bute cependant sur une **difficulté d'ordre matériel** : « *Comment promouvoir un patriotisme économique alors que l'internationalisation des processus de production rend souvent impossible l'identification même de la nationalité des produits et des firmes ?* »<sup>119</sup>. L'internationalisation des entreprises rend indiscernable leur rattachement à un pays précis, faute de convergence des différents critères possibles (lieu d'immatriculation, nationalité ou résidence des fondateurs, des principaux actionnaires, des principaux dirigeants, des salariés...). L'internationalisation des marchés et l'essor des flux internationaux intragroupes font qu'une part croissante des produits importés sont des réimportations de produits initialement exportés tandis que les produits exportés sont eux-mêmes largement issus de produits initialement importés<sup>120</sup>.

Le patriotisme économique est par ailleurs proscrit ou considérablement limité par le principe de non discrimination ainsi que par l'interdiction de mesures d'effet équivalent à des droits de douane, qui s'imposent aux pouvoirs publics tant du fait des règles du commerce international qu'en vertu du droit européen (notamment au regard des principes de libre circulation des capitaux et de liberté d'établissement)<sup>121</sup>.

Des mécanismes favorisant le maintien d'entreprises ou de sites en France ou entre les mains d'actionnaires français ont cependant pu être adoptés parce qu'ils n'étaient juridiquement pas liés à la nationalité. Il en va ainsi par exemple de l'obligation faite aux dirigeants d'entreprises, de chercher un repreneur avant de fermer un établissement, instituée par la loi du 29 mars 2014, inspirée par la fermeture du site de Florange par Arcelor-Mittal mais qui s'applique également

119. J.-M. Siroën, « Crise économique, globalisation et protectionnisme », *Politique étrangère*, n° 2012/4, p. 816.

120. *Ibid.*

121. V. sur ces principes et les exigences découlant du droit de l'Union, *infra*, 2.2.2.1. et s.



à toute entreprise française qui souhaiterait prendre la même décision sans redéployer son activité à l'étranger. Il en va de même avec la mise en place, par la même loi, de droits de vote doubles en faveur des actionnaires présents depuis plus de deux ans au capital, qui limite, avec d'autres mécanismes anti-OPA, le risque de prise de contrôle extérieure et s'applique à toutes les entreprises quelle que soit leur nationalité<sup>122</sup>.

■ *La défense des intérêts stratégiques est néanmoins possible*

La défense des intérêts nationaux n'est pas exclue par le droit international<sup>123</sup> ni par le droit européen. L'article 65 (§1 b) du TFUE autorise en particulier les États membres à adopter des mesures restrictives à la libre circulation des capitaux pour des motifs liés « à l'ordre public ou à la sécurité publique ». C'est sur le fondement de ces stipulations que peuvent être admis plusieurs dispositifs tels que le régime de contrôle des investissements étrangers en France<sup>124</sup>, la possibilité pour l'État de conserver dans certaines entreprises privatisées une « action spécifique » à laquelle sont attachées un certain nombre de prérogatives<sup>125</sup> ou de disposer d'un « commissaire du Gouvernement » dans l'organe de gouvernance de certaines entreprises<sup>126</sup>, à condition toutefois de justifier du caractère non discriminatoire, de l'adéquation et de la proportionnalité de chacune des mesures prises<sup>127</sup>. Mis en œuvre dans le respect de ces exigences, ces dispositifs sont pleinement légitimes et constituent des instruments essentiels pour la défense des intérêts supérieurs dont l'État est le garant.

122. Dispositions introduites dans le code de commerce et le code du travail par les articles 1<sup>er</sup> et 7 de la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.

123. Les mécanismes de contrôle des investissements internationaux sont fréquents y compris dans des pays réputés peu interventionnistes. Aux États-Unis, en vertu de l'amendement *Exxon-Florio* de 1988, le président des États-Unis dispose du pouvoir d'interdire toute transaction qui entraînerait la prise de contrôle d'une entreprise américaine. Ce pouvoir s'exerce à travers le *Committee on Foreign Investment in the United States*, organe inter-agence créé en 1975. À l'issue de la procédure de contrôle, le Président des États-Unis peut émettre un avis favorable, soumettre l'opération à certaines conditions ou décider de suspendre ou d'interdire l'opération. L'examen des dossiers par le CFIUS est limité aux considérations de sécurité nationale, bien qu'il n'existe pas de définition précise de cette notion. En Australie, tout investissement supérieur à 250 M AUD ou réalisé par un gouvernement étranger ou par une entreprise publique étrangère doit faire l'objet d'une étude approfondie et d'un agrément par le *Foreign Investment Review Board*. De même, au Canada, les investissements étrangers supérieurs à 369 M CAD sont soumis à un examen devant démontrer l'avantage qu'ils représentent pour l'économie canadienne et des règles restrictives existent pour les secteurs liés à la sécurité nationale.

124. Régime modifié en dernier lieu par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, sur lequel le Conseil d'État a rendu un avis le 13 mai 2014, n° 388752.

125. Dispositif introduit par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ; v. l'avis du Conseil d'État du 8 décembre 2014 rendu sur le projet de modification de cet article par le projet de loi pour la croissance et l'activité, n° 389494.

126. V. *Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises*, La documentation Française, 2015.

127. D'autres pays de l'Union ont développé ou adapté leur réglementation en ce domaine, notamment pour se conformer à ces règles. L'Italie a ainsi adopté un dispositif dit « *Golden power* » pour mettre fin à la procédure d'infraction ouverte par la Commission s'agissant de son dispositif de « *golden share* » (décret-loi n° 21 du 15 mars 2012).



L'approfondissement du marché intérieur, la compétence de l'Union européenne en matière de commerce international et les régulations mises en place au niveau européen dans certains secteurs stratégiques comme l'énergie conduisent à s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait à prévoir de tels mécanismes de défense des intérêts stratégiques à l'échelle de l'Union. À l'heure actuelle, les institutions européennes ne disposent d'aucun moyen de suivi des investissements en provenance de pays tiers dans les entreprises européennes stratégiques. La notion même d'entreprise stratégique, si elle commence à faire l'objet d'une réflexion en France, n'est pas prise en compte au niveau européen. Sans aller jusqu'à la mise en place de procédures contraignantes, l'organisation d'une veille de ces investissements dans les entreprises et secteurs sensibles serait opportune.

**Proposition n° 6 : Mieux protéger les intérêts économiques de l'Union**

1) conduire une réflexion sur les dispositifs institutionnels à même de répondre aux menaces sur la stabilité financière de l'Union ou de la zone euro ; envisager à cet effet de confier à une autorité européenne la tâche de coordonner les mesures répressives au niveau de l'Union ou de la zone euro ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

(SGAE, ministre des finances et des comptes publics, ministre de la justice)

2) inviter la Commission européenne à faire des propositions en matière de veille des investissements étrangers dans les secteurs sensibles, afin d'être à même de prendre les mesures nécessaires, adéquates et proportionnées ; décliner le dispositif au niveau national en organisant un dispositif de veille des entreprises stratégiques.

**Vecteur :** action du Gouvernement

(SGAE, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique)

## 1.2.2. L'emploi de la diplomatie économique

### 1.2.2.1. La France a pris toute la mesure de l'importance d'une diplomatie économique

#### ■ Une conversion progressive à la diplomatie économique

La diplomatie économique se définit « *non par ses instruments, mais par les problèmes économiques qui lui donnent son contenu* »<sup>128</sup>. Puissance diplomatique, la France s'est progressivement convaincue d'utiliser son réseau à des fins

128. N. Bayne et S. Woolcock, « *The new economic diplomacy, decision making and negotiation in the international economic relations*, Aderchit, Ashgate », 2003, p. 7-8, cité par L. Badel, « Pour une histoire de la diplomatie économique de la France », *Vingtième siècle, revue d'histoire*, 2006/2 », p. 169-185.

économiques<sup>129</sup>, la puissance économique étant devenue un élément de la puissance tout court<sup>130</sup>.

La crise financière a par ailleurs démontré le rôle de dernier recours des États en cas de risque systémique auquel les entreprises sont incapables de faire face<sup>131</sup> et en l'absence de régulation internationale efficace<sup>132</sup>.

L'État doit donc jouer tout son rôle dans la compétition économique entre les nations<sup>133</sup>, y compris au plus haut niveau. Le Président de la République lui-même promeut le commerce extérieur et encourage les investissements étrangers, comme en témoigne l'expression – initialement controversée mais désormais entrée dans les mœurs – de « Président VRP ». Il participe en outre de plus en plus souvent, comme les autres chefs d'État, aux grands sommets définissant le cadre de la compétition mondiale en matière économique.

#### ■ *Des tensions persistantes entre les dimensions politique et économique de la diplomatie*

À l'expérience, il apparaît que dans une économie largement ouverte, les États n'ont que peu d'influence sur l'attitude des agents économiques résidents vis-à-vis des pays tiers. Les **tensions** politiques entre pays ont ainsi des effets assez limités sur le niveau des échanges, y compris en cas d'appel explicite au boycott. Sauf pendant les périodes d'affrontements majeurs et durables, les échanges commerciaux se révèlent généralement peu élastiques. Seuls les secteurs dans lesquels la décision appartient aux personnes publiques elles-mêmes, comme les marchés publics ou les contrats de défense, sont sensibles à la dégradation des relations entre États<sup>134</sup>.

La question récurrente des **sanctions économiques** illustre le lien entre économie et politique. Il est significatif aussi que les sanctions soient surtout infligées dans le domaine économique. Cela ne va d'ailleurs pas sans contradictions lorsque des sanctions ou même seulement des tensions apparaissent au moment d'honorer des engagements antérieurs<sup>135</sup>. La diplomatie économique peut ainsi être l'otage ou le bras armé de la diplomatie politique.

---

129. C'est au tournant de la première guerre mondiale que cette action prend corps, sous l'impulsion d'Étienne Clémentel. La diplomatie est alors essentiellement tournée vers le commerce extérieur. Les ambassades accueillent un conseiller commercial, originalité française. C'est à cette époque que naît le débat sur le rôle du commerce extérieur, composante de la diplomatie ou prolongement du commerce. V. L. Badel, *ibid.*

130. J.-L. Carrière, « La diplomatie économique, 'nouvelle frontière' de la politique française », *Géoéconomie*, 2014/3, p. 9-22.

131. J. Eatwell, « Une nouvelle architecture financière internationale », *L'Économie politique*, 2009/2, n° 42, pp. 16-21.

132. T. Padoa-Schioppa, Per Jacobsson Lecture 2010, cité par A. Cartapanis, « La crise financière et les politiques macroprudentielles, inflexions réglementaires ou nouveaux paradigmes ? », *Revue économique*, 2011/3 vol. 62, p. 349-382.

133. E. Denécé, « Diplomatie économique et compétition des États », *Géoéconomie*, 2011/1 n° 56, p. 71-78.

134. S. Meunier, « Quel est l'impact économique des tensions transatlantiques ? », *Politique étrangère*, 2009/1, p. 87-101.

135. Comme l'illustre l'affaire des « Mistral », porte-hélicoptères dont le contrat de vente a été conclu avec la Fédération de Russie en juillet 2011 et dont la livraison a été suspendue par décision du Président de la République en novembre 2014 dans le contexte du conflit ukrainien.



Plus globalement, la question de l'articulation entre la diplomatie économique, qui pour être efficace doit éviter toute ingérence, et les « **valeurs** » portées par la diplomatie dite politique, est un débat récurrent<sup>136</sup>.

### 1.2.2.2. *Les atouts de la France*

#### ■ *Les atouts de la France dans une diplomatie multilatérale toujours plus éclatée*

La France a la chance d'être un membre influent de toutes les **grandes organisations** multilatérales, qu'il s'agisse du Conseil de sécurité des Nations Unies (qui peut être amené à décider des sanctions économiques), du FMI, de l'OMC ou de l'OCDE.

La diplomatie multilatérale a connu des mutations profondes ces dernières années, particulièrement dans le domaine économique, avec la montée en puissance **d'organes multilatéraux informels** mais influents. Le principal d'entre eux est le G20 à l'essor duquel la France a largement contribué<sup>137</sup>. À côté de cette enceinte politique, des organes spécialisés à vocation technique jouent un rôle central dans la préparation des futurs « standards » internationaux. Ceux-ci sont des instruments de droit souple qui, quoique dépourvus d'effets obligatoires, constituent de très puissantes références pour l'élaboration du droit des affaires (Conseil de stabilité financière<sup>138</sup>, « Comité de Bâle »<sup>139</sup> dans le domaine spécifiquement bancaire, « organisation IFRS » en matière comptable, ou ISO en matière de normalisation<sup>140</sup>). La France doit renforcer sa présence dans ces organismes spécialisés pour y exercer une influence technique, notamment sur l'élaboration des futures règles du jeu international.

Un autre aspect essentiel du multilatéralisme économique est le rôle croissant qu'y jouent des **rencontres d'ordre scientifique** (colloques, conférences) souvent organisées par des « *think tanks* » où des représentants des États, des organisations internationales, des entreprises et des universitaires peuvent échanger et où se construisent des analyses partagées de l'état de l'économie mondiale et des mesures qu'il appelle. Il est donc essentiel que les thèses françaises et européennes y soient exprimées et que nos administrations, universités et entreprises puissent y faire valoir leur point de vue.

---

136. L. Fabius, « La France dans la bataille de la diplomatie économique », entretiens avec P. Loro, *Géoéconomie*, 2013/2.

137. Ce cercle, créé en 1999 au niveau des ministres des finances pour favoriser la stabilité financière internationale, a pris une importance nouvelle en 2008, à l'initiative de la France, en réunissant les chefs d'État et de gouvernement : v. D. d'Amarzit, « Les priorités de la diplomatie économique française et la présidence du G20 », *Géoéconomie*, 2011 n° 56, p.19-27 ; v. aussi, « Après le G20 : esquisse de régulation économique et nouvelle géopolitique des puissances », 2009/5, Editorial, *Revue Esprit* p. 4-5 ; Kermal Dervi, « La crise économique mondiale : enjeux et réformes », *Politique étrangère*, 2009/1, p. 11-22 ; F. Danglin « Du concert des nations à la cacophonie des organisations : le nouveau visage du multilatéralisme », *Géoéconomie*, 2011 n° 56, p.45-57.

138. J. Eatwell, « Une nouvelle architecture financière internationale », *op. cit.*

139. *Ibid.*

140. D. Danet, « Entre droit spontané et droit légiféré : la production du droit par la normalisation », *Économie publique, Étude et recherches*, n° 7, 2001/1, pp. 83-101.

Paris est une des villes qui accueillent le plus de réunions publiques internationales dans le monde<sup>141</sup>. C'est un élément majeur de notre rayonnement diplomatique et de notre attractivité dans le domaine économique. Il est souhaitable de conforter cette position en s'appuyant davantage sur la présence à Paris de plusieurs organisations internationales (Chambre de commerce internationale, Agence internationale de l'énergie, Agence spatiale européenne...), et tout particulièrement de l'OCDE qui joue un rôle crucial dans l'élaboration des normes accompagnant la globalisation.

■ *Le poids de la France au sein de l'Union européenne, géant économique, est un atout déterminant*

La compétence pour négocier les traités en matière commerciale appartient en propre aux institutions de l'Union européenne en vertu de l'article 207 du TFUE. Plusieurs accords ont été récemment adoptés (Accord économique et commercial global ou AECG conclu le 18 octobre 2013 avec le Canada) ou sont encore en cours de négociation (TTIP, avec les États-Unis). L'Union européenne peut également prendre des mesures *antidumping* vis-à-vis des pays tiers, comme l'a rappelé l'actualité récente (taxation d'importations d'acier en provenance de Chine en mars 2015). Cette politique est néanmoins conduite dans le cadre d'un mandat du conseil, statuant selon la matière à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, où la France pèse d'un poids souvent décisif, ce qui lui a permis par exemple de réussir jusqu'à maintenant à préserver l'exception culturelle et l'exception agricole.

La France sait jouer ainsi d'un triple registre pour défendre ses positions dans le monde. C'est tout particulièrement vrai dans le cadre des enceintes **multilatérales**, comme l'illustre la préparation de la conférence climat ou la présentation dans le cadre de l'OCDE de l'acte multilatéral pour harmoniser l'imposition sur les bénéfices des entreprises multinationales<sup>142</sup>. La diplomatie bilatérale peut en effet être mobilisée pour préparer les futures grandes négociations internationales, les prolonger ou les compléter en cas de succès ou s'y substituer en cas d'échec.

Quelle que soit l'enceinte où s'exerce la diplomatie économique, l'association des **entreprises** à la définition des positions françaises peut contribuer à sa réussite<sup>143</sup>. Le ministre des affaires étrangères invite désormais les entreprises à lui faire part de leurs propositions en préparation des discussions internationales. Ce type de démarche gagnerait à être élargi à l'ensemble des questions qui les concernent<sup>144</sup>.

---

141. V. sur ce sujet l'étude du Conseil d'État, *L'implantation des organisations internationales sur le territoire français*, La documentation Française, 2010.

142. Le couple franco-allemand, avec l'appui des États-Unis, avait déjà joué un rôle moteur dans le choix par le G20 de faire de la lutte contre les paradis fiscaux une priorité, ce qui a conduit à l'adoption dans le cadre de l'OCDE de l'acte multilatéral sur l'échange automatique des données bancaires.

143. V. C. Revel, « Diplomatie économique multilatérale et influence », *Géoéconomie*, Hiver 2010-2011, p. 59-67; F. Pitti, « La diplomatie économique des entreprises », *Géoéconomie*, 2011/1, n° 56, p. 105-118.

144. Plan d'action du ministère des affaires étrangères et européennes et du développement international (site du MAEDI).



**Proposition n° 7 : Renforcer l'efficacité de notre diplomatie économique**

1) renforcer la présence de la France dans les instances d'élaboration des normes techniques internationales ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

2) valoriser davantage le rôle de Paris comme l'une des grandes capitales de la diplomatie économique, qui accueille notamment le siège de l'OCDE ; participer plus activement aux travaux de cette dernière organisation ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

3) associer plus étroitement les entreprises à la définition de la position de la France dans les négociations internationales qui les concernent ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

4) renforcer la présence de représentants des administrations, des universités et des entreprises françaises dans les colloques et rencontres internationales sur les questions économiques et plus particulièrement sur le rôle de l'action économique des personnes publiques.

**Vecteur :** action du Gouvernement

*(ministre des affaires étrangères, ministre de l'économie, autres ministres)*

■ *L'importance des liens juridiques et linguistiques*

La diplomatie économique doit aussi tirer partie de l'atout majeur que constitue le rayonnement de notre langue et de notre droit.

Les liens économiques au sein de la communauté francophone doivent être davantage exploités<sup>145</sup>. La « francophonie économique » a d'ailleurs fait l'objet d'un rapport en août 2014 à la demande du président de la République<sup>146</sup> et l'organisation internationale de la Francophonie a arrêté en novembre 2014 une « stratégie économique »<sup>147</sup>.

La promotion de notre vision du droit aux côtés des nations qui la partagent est également cruciale à l'heure de la mondialisation juridique. La France, qui a inspiré les systèmes de droit civil, noue des partenariats avec des pays qui partagent la même tradition juridique (comme par exemple dans le cadre de l'Organisation pour l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, OHADA). Un comité de pilotage sur la stratégie d'influence par le droit a été constitué en décembre 2014, sous la

145. Notamment l'Afrique. V. H. Védrine, *Un partenariat pour l'avenir : 15 propositions pour une nouvelle dynamique économique entre l'Afrique et la France*, Rapport au ministre de l'économie et des finances, décembre 2013.

146. Rapport remis par J. Attali, *La francophonie et la francophilie, moteurs de croissance durable*, août 2014.

147. Document adopté lors de la 15<sup>e</sup> conférence des chefs d'État et de gouvernement des pays ayant le français en partage, Dakar, les 29 et 30 novembre 2014.



co-présidence de la direction générale de la mondialisation, du développement et des partenariats et de la délégation interministérielle à l'intelligence économique, dans le prolongement d'un avis du CESE sur ce point<sup>148</sup>.

La promotion du droit continental devient un objectif important de la diplomatie économique, notamment pour combattre le préjugé favorable des acteurs économiques à l'égard de la *common law*. Cet objectif est aussi celui de la fondation pour le droit continental, instituée en 2007 à l'initiative des ministres de la justice et de l'économie dans le but de contribuer « *au rayonnement et à l'influence internationale de la tradition juridique et judiciaire continentale et du droit français, plus particulièrement dans le domaine du droit économique et du droit des affaires* »<sup>149</sup> et qui conduit depuis sa création des travaux d'une importance significative<sup>150</sup>. Les moyens qui lui sont alloués ne sont toutefois pas à la hauteur des ambitions qui ont présidé à sa création, et ils pourraient être utilement complétés par des dispositifs non budgétaires de la nature de ceux trouvés pour soutenir l'action d'autres fondations d'initiative publique<sup>151</sup>.

**Proposition n° 8 : Promouvoir les liens linguistiques et juridiques**

1) promouvoir les liens économiques au sein de la communauté francophone ;

**Vecteur :** *action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères et Business France).*

2) renforcer les moyens de la fondation pour le droit continental par des dispositifs innovants, sur le modèle de ceux bénéficiant à d'autres fondations d'initiative publique.

**Vecteur :** *loi  
(ministre des affaires étrangères, ministre de la justice et ministre des finances  
et des comptes publics, en liaison avec la Fondation)*

### 1.2.3. Développer les politiques d'attractivité et de compétitivité

#### 1.2.3.1. Une concurrence exacerbée entre les systèmes étatiques

■ *L'extension du champ de la notation et de l'évaluation comparée*

Constituées pour évaluer la solidité financière d'un émetteur sur le marché financier et sa capacité à faire face à ses engagements, les agences de notation utilisent un nombre de plus en plus grand de paramètres lorsque leur évaluation

148. *L'influence de la France sur la scène européenne et internationale par la promotion du droit continental*, avis présenté le 23 septembre 2014 par D. Gordon-Krief au nom de la section des affaires européennes et internationales du CESE.

149. Art. 1<sup>er</sup> des statuts de la fondation reconnue par le décret du 11 mai 2007 comme un établissement d'utilité publique.

150. V. *infra* 1.2.3.1.

151. V. par ex., parmi divers dispositifs non budgétaires dont bénéficie la Fondation du patrimoine, l'attribution d'une partie du produit des successions appréhendées par l'État à titre de déshérence (article 13 de la loi n° 2002-1575 du 30 décembre 2002 de finances pour 2003).

porte sur des émetteurs souverains ou privés. La capacité d'un État à rembourser sa dette est ainsi appréciée à partir de ses perspectives macroéconomiques, de l'environnement qu'il offre à son économie et des réformes envisagées pour les améliorer. Symétriquement, la situation financière d'une entreprise ne peut désormais s'apprécier sans prendre en compte ses perspectives économiques et par suite son « biotope » juridique, administratif et fiscal<sup>152</sup>.

Les mérites comparés des systèmes nationaux pour le développement des activités économiques font aussi l'objet d'évaluations régulières, que ce soit par les organisations internationales – Fonds monétaire international (FMI), Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), Commission européenne... – ou par des entreprises privées.

### ■ *L'influence grandissante des classements internationaux*

L'évaluation comparative des systèmes nourrit le foisonnement de classements internationaux spécialement consacrés au cadre juridique et administratif des affaires. Leur force tient au caractère synthétique du classement, qui marque les esprits. Ils ont précipité une prise de conscience de l'enjeu que représentait désormais la compétition en ce domaine.

Ce sont surtout les classements généraux de compétitivité qui ont focalisé l'attention et, parmi eux, le classement *Doing Business*<sup>153</sup>, diffusé annuellement depuis 2004 par la Banque mondiale. Il classe 189 pays selon une batterie de critères organisés autour de dix thématiques : création d'entreprises, octroi de permis de construire, raccordement à l'électricité, transfert de propriété, obtention de prêts, protection des investisseurs minoritaires, paiement des taxes et impôts, commerce transfrontalier, exécution des contrats et règlement de l'insolvabilité.

Ce classement a été **très critiqué**, particulièrement en France (classée au-delà du 30<sup>e</sup> rang), en raison d'un présupposé idéologique hostile à l'encadrement juridique et administratif des activités économiques<sup>154</sup>. Il a également été relevé un *a priori* défavorable sur le droit romain<sup>155</sup> ainsi qu'un présupposé favorable aux créanciers

---

152. L'influence croissante des agences de notation n'est pas sans lien avec l'encadrement renforcé dont elles font désormais l'objet aux États-Unis comme en Europe. La première réponse apportée au nouveau pouvoir des agences de notation a été d'essayer de diluer leur impact en incitant à leur multiplication, voire à la création d'agences publiques. En Europe, la solution de l'encadrement réglementaire l'a emporté, ce qui était en tout état de cause nécessaire pour fiabiliser leur processus et renforcer leur déontologie et ce en trois étapes : 2009 (règlement UE 1060/2009 du 16 septembre 2009), 2011 (513/2011 du 11 mai 2011) et 2013 (règlement UE 462/2013 du 21 mai 2013). Mais cet encadrement est aussi de nature à renforcer leur poids. Aux États-Unis, la régulation de ces agences a débuté en 1975 ; le label NRSRRO a poussé à la concentration et à l'institutionnalisation des agences, même si elles restent des sociétés privées. En définitive, la régulation et les régulateurs en ont fait, d'une certaine manière, des « organismes parapublics ».

153. V. aussi le classement mondial de la compétitivité (« *competitiveness report* ») du *World economic forum* (par ailleurs organisateur du forum de Davos) qui porte sur la qualité des institutions, des infrastructures, de l'environnement, de l'enseignement et du système de santé.

154. G. Diarra et P. Plane, « La banque mondiale et la genèse de la notion de bonne gouvernance », *Mondes en développement*, 2012-2 n° 158, p. 51-70.

155. Symbolisée par une phrase malheureuse dans le premier rapport de 2004 « *one size can fit all* ». La critique frontale du droit civiliste a disparu dans les éditions postérieures à 2005.



plutôt qu'aux entreprises en matière de procédure collective. D'importantes réserves ont également été formulées au sujet de la méthodologie de ce rapport<sup>156</sup>. La pertinence même de ses résultats a été mise en doute en relevant, dans une critique similaire à celles qui sont portées sur les agences de notation, qu'il n'existait pas de lien établi entre le classement d'un État et ses performances ou ses perspectives économiques.

#### La relation des États aux classements internationaux – Exemples étrangers

La plupart des pays sont attentifs à leur rang dans les classements internationaux.

Certains se fixent des objectifs de rang : le Japon vise le « top 3 » du classement *Doing Business* ; la Russie ambitionne d'être classée dans les 20 premiers pays d'ici 2018 (après être passée de la 112<sup>e</sup> à la 62<sup>e</sup> place entre 2013 et 2015) ; en Italie, le Premier ministre italien a affiché son objectif de faire gagner 50 places à l'Italie entre 2014 et 2018.

Des mesures sont prises spécifiquement avec pour objectif direct d'améliorer la position dans les classements. Le Brésil a adopté deux programmes en ce sens – « *Super Simples* » et « *Bem Mais Simples* » (« beaucoup plus simple »). Le projet de réforme du code de la construction polonais a été présenté comme ayant spécifiquement cet objet. Israël a depuis 2009 mis l'accent sur le traitement de ses deux points faibles de *Doing Business* (délai de création d'une entreprise et enregistrement de la propriété). Ces initiatives sont généralement initiées et coordonnées par des structures dédiées comme un organe dépendant du Ministère de la Présidence du Gouvernement en Espagne (*Marca España*) ou le « *national competitiveness center* » en Arabie Saoudite.

Pour les pays bien classés, le rang dans un classement est un élément valorisé dans leur politique d'attractivité, notamment dans les campagnes de communication. C'est notamment le cas du Canada bien positionné dans de nombreuses catégories de ces classements ou de l'Afrique du sud pour ce qui concerne l'accès au crédit.

La contestation officielle des classements par les États reste rare. La Chine a proposé la suppression de *Doing Business* en 2013, soutenue en cela par un panel d'experts indépendants mais sans que cette initiative connaisse de suite.

Mais quel que soit le bien fondé de ce classement, l'impact qu'il a sur la réputation d'un pays et sur les investisseurs ne peut être ignoré. Il est donc vain de combattre la démarche dans son principe<sup>157</sup>, l'effort pouvant plus utilement porter sur un

156. V. sur cette méthodologie. B. du Marais, D. Blanhet, A. Dorbec, « Des indicateurs pour mesurer le droit ? Les limites méthodologiques du rapport *Doing Business* », La documentation Française, 2006 ; D. Cohen, « Du choix des critères d'évaluation à une conception de la fonction du droit », G. Canivet, M.-A. Frison Roche, M. Klein, « Mesurer l'efficacité économique du droit », LGDJ, 2005 ; dans le même recueil, C. Jamin, « Les pièges de l'évaluation économique de la réglementation » ; A. Raynouard et A.-J. Kerhuel, « L'évaluation des systèmes juridiques au cœur de la tourmente », D. 2010, p. 2928 ; v en outre, L. Usunier, « Le rapport *Doing Business* 2012, la concurrence des systèmes juridiques et l'attractivité du droit français des contrats », *Revue des contrats*, 1<sup>er</sup> avril 2012, n° 2, p. 575.

157. A. Raynouard, « La contestation des indicateurs *Doing Business* : un positionnement politique », *LPA*, 11 septembre 2009, n° 182.

travail de **conviction** concernant les limites méthodologiques du classement si elles existent. Les critères retenus ne sont pas figés, la Banque mondiale ayant admis qu'ils doivent être évolutifs ; leur réexamen peut ainsi donner l'opportunité d'un débat technique sur la pertinence des critères ou des sous-critères<sup>158</sup>. Ce travail de conviction peut aussi reposer sur l'élaboration de critères ou de classements alternatifs, comme l'index de la sécurité juridique que la Fondation du droit continental a rendu public le 7 juillet 2015<sup>159</sup>.

Aussi longtemps que le classement *Doing Business* occupera la place qui est actuellement la sienne, il faut toutefois essayer d'en tirer le meilleur parti. Il évalue par exemple davantage la manière d'appliquer le droit des affaires et donc les **pratiques administratives** que le fond du droit lui-même. Des informations plus précises sur les performances réelles des administrations françaises sur les différents critères et des efforts d'amélioration ciblés sur certains d'entre eux permettraient donc de gagner des places dans le classement. L'État pourrait soutenir les efforts sur ce dernier point en introduisant certains des critères des classements internationaux dans les indicateurs d'objectifs de performance de ses services et de ses opérateurs. Les progrès spectaculaires réalisés sur le critère du commerce transfrontalier, grâce à la mobilisation de l'administration des douanes, montrent les bénéfices que l'on peut retirer d'une telle démarche<sup>160</sup>.

**Proposition n° 9 : Mieux tirer parti des classements internationaux**

1) renforcer la présence française dans les comités qui définissent les critères des classements internationaux lorsqu'ils appellent des réserves ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)

2) sensibiliser les administrations nationales aux conséquences des classements ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)

3) introduire les critères des classements internationaux dans les indicateurs d'objectifs de performance des administrations concernées.

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères,  
ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, SGMAP)

158. S. Croci, l'un des auteurs du rapport 2014 indique qu'« après dix ans d'étude, grâce aux conseils d'un panel d'experts, nous avons décidé d'améliorer la qualité de 8 indicateurs sur 10. Le processus va s'étaler sur deux ans » (*Les Échos*, 29 octobre 2014) ». V. par ailleurs, sur les évolutions méthodologiques du rapport 2015, la fiche « mise à jour de la méthodologie » (site de la Banque mondiale).

159. Conférence de presse au ministère des affaires étrangères et européennes et du développement international le 7 juillet 2015. La création d'un observatoire international des régulations économiques a également été annoncée à cette occasion. L'index a été communiqué à la Banque mondiale en juin 2015. Il a été retenu pour une présentation lors de la *Legal Week* qui se tiendra à Washington la semaine du 16 novembre 2015.

160. Rapport public 2014 de la DGDDI.

### 1.2.3.2. Renforcer l'attractivité et la compétitivité par une approche équilibrée

#### ■ Systématiser les politiques d'attractivité et de compétitivité

Préoccupation ancienne<sup>161</sup>, le thème de la compétitivité et de l'attractivité de l'économie française a pris ces dernières années une importance particulière dans le discours politique et dans la terminologie utilisée pour l'action publique<sup>162</sup>. S'y rattachent les dispositifs parmi les plus emblématiques de l'action économique des Gouvernements successifs : « pôles de compétitivité », « pacte de compétitivité », « crédit-impôt-compétitivité ». Le Parlement lui-même s'est saisi de certains aspects de cette question<sup>163</sup>.

Les politiques d'attractivité et de compétitivité sont désormais confiées à des structures spécialement créées ou remodelées à cet effet<sup>164</sup>, comme la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services (DGCIS, devenue DGE), la délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale, la délégation interministérielle à l'intelligence économique ou encore *Business France*<sup>165</sup>, et en dernier lieu la création le 17 février 2014, auprès du Président de la République, d'un « Conseil stratégique de l'attractivité » réunissant les dirigeants de 30 entreprises internationales. Aujourd'hui bien ancrées dans les missions des personnes publiques, l'attractivité et la compétitivité s'incarnent dans un certain nombre de mesures concrètes.

Inspirées par les réflexions sur « l'impact économique du droit » (« *Law and economics* »)<sup>166</sup> et les demandes des entreprises, de nombreuses mesures de simplification ont été préconisées par le conseil de la simplification créé en janvier 2014<sup>167</sup>. Une première série de dispositions ont été adoptées dans la loi de simplification de la vie des entreprises à la fin de cette même année<sup>168</sup>.

161. V. sur l'origine de ce mouvement, B. du Marais, « Attractivité économique du droit : le droit français peut-il survivre dans la compétition internationale ? », *Droit et patrimoine*, n° 170, mai 2008.

162. 829 occurrences dans les textes en vigueur pour « compétitivité » ; 230 occurrences pour « attractivité ».

163. Rapport du 8 octobre 2014 précité sur l'exil des forces vives.

164. Un certain nombre de pays se sont également dotés de structures pérennes spécialement dédiées à la coordination des efforts en matière de compétitivité et d'attractivité, comme par exemple les États-Unis (*Export promotion cabinet*), la Suisse (*Switzerland global enterprise*), la Russie (*Russia invest*) ou l'Inde (*Make in India ; Invest in India*). La Chine se démarque assez nettement de ce mouvement en ce qui concerne l'attractivité. La taille de son marché intérieur est telle qu'elle ressent peu le besoin d'en faire la promotion vis-à-vis des entreprises étrangères.

165. Ce mouvement se constate également au niveau de l'Union européenne avec la nomination d'un vice-président de la Commission chargé de ces questions, la création début 2015 d'une nouvelle direction générale de la Commission « *Grow* » et, pour ce qui concerne le Conseil européen, la création d'un conseil « compétitivité » appelé à se réunir au moins quatre fois par an.

166. V. B. Coeuré, « Systèmes juridiques et performance économique : droit efficace ou droit compétitif ? », *Le Cercle des économistes*, 18 juin 2007.

167. Décret n° 2014-11 du 8 janvier 2014 instituant le conseil de la simplification pour les entreprises.

168. Loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entre-



Pour répondre au souci exprimé par les entreprises sur l'instabilité de la norme fiscale et sociale, et alors que plusieurs travaux importants avaient été conduits sur ce sujet<sup>169</sup>, le Gouvernement a annoncé le 20 décembre 2014 une Charte sur la nouvelle gouvernance fiscale, dans laquelle il s'engage notamment à limiter la rétroactivité fiscale<sup>170</sup>.

Les services en relation avec les entreprises ont été incités à adapter leur mode de fonctionnement en mettant l'accent sur le conseil et l'assistance et non plus seulement sur la relation d'autorité. Des pôles dédiés aux grandes entreprises ou aux sociétés internationales ont par ailleurs été constitués pour répondre à leurs besoins spécifiques (interlocuteurs et guichets uniques, comme « le point d'entrée unique » créé auprès du directeur général des finances publiques afin d'accueillir et d'orienter les investisseurs étrangers sur la fiscalité qui les concerne<sup>171</sup>). Les indicateurs de satisfaction des usagers se développent pour encourager un nouvel état d'esprit<sup>172</sup>.

D'actives politiques de communication incitent à la création et au développement des entreprises ainsi qu'à l'investissement, les pouvoirs publics prenant la mesure du déficit d'image de la France en ce domaine<sup>173</sup>. Parallèlement, des dispositifs sont mis en place pour attirer sur notre territoire des étrangers disposant de talents dans les domaines économiques stratégiques (par exemple, des étudiants en troisième cycle) ou favoriser le retour des expatriés.

Essentiel pour affronter la compétition internationale, ce mouvement de modernisation pourrait être conduit de manière beaucoup plus ample et plus systématique, notamment dans le cadre de la stratégie de modernisation de l'action publique (MAP), afin de réexaminer l'ensemble des politiques publiques à son aune.

Compte tenu de leur objet même, il est indispensable que ces politiques reposent sur des comparaisons internationales préalables, s'inspirent des bonnes pratiques étrangères et visent à anticiper les évolutions pertinentes afin que l'économie française puisse mieux affronter la compétition internationale à l'avenir. Ces démarches gagneraient également à tenir compte du « ressenti » des entreprises et du monde des affaires sur certaines législations et réglementations, afin de contribuer à développer un climat propice à l'initiative économique.

---

prises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives.

169. V. not. le rapport de O. Fouquet, *Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche*, juin 2008.

170. Note du ministre des finances et des comptes publics sur la nouvelle gouvernance fiscale (décembre 2014).

171. Communiqué de presse du ministère de l'économie n° 1116 du 27 févr. 2014.

172. V. par ex., les enquêtes de satisfaction lancées par la DGDDI auprès des entreprises et dont elle rend compte notamment dans ses rapports annuels.

173. V. les travaux de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale préc. sur l'exil des forces vives de France, rapport n° 2250 du 8 octobre 2014. V. aussi le *Livre blanc de l'attractivité de la France*, publié par Ubifrance et l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII) en 2014. V. également la déclaration du Premier ministre, le 6 octobre 2014 lors d'un discours prononcé à la City de Londres : « *My government is pro-business* ».



**Proposition n° 10 : Renforcer les objectifs de compétitivité et d'attractivité dans la définition de la stratégie de modernisation de l'action publique (MAP)**

En faire des axes spécifiques de la stratégie de la MAP et s'appuyer sur les comparaisons internationales ainsi que sur le « ressenti » des entreprises pour définir le contenu de ces axes de modernisation publique.

*Vecteur : action du Gouvernement  
(SGMAP, France Stratégie)*

■ *Prévenir les pratiques de « dumping »*

Aussi nécessaires qu'elles soient, les politiques d'attractivité et de compétitivité ne doivent pas conduire à un affaiblissement général des règles applicables aux entreprises dans une course au moins disant (« *race to the bottom* »).

D'une part, l'efficacité de ces politiques n'est pas sans limite. La France ne peut être compétitive dans tous les domaines ni attirer les entreprises étrangères dans tous les secteurs<sup>174</sup>. En outre, il ne faut pas sous-estimer l'attachement des entreprises, même celles qui ont quitté le territoire français, à leur environnement national. En matière de contrats internationaux par exemple, il est constant que les parties, qui ont pourtant le choix de la loi applicable, préfèrent souvent non pas le système de droit ou de juridiction le plus efficace ou le plus performant, mais celui qu'elles connaissent et qui leur inspire un sentiment de sécurité<sup>175</sup>.

D'autre part, les règles juridiques, fiscales et administratives ne sont pas conçues dans le seul but de promouvoir l'activité économique. Elles visent un équilibre, propre à chaque société en fonction de sa culture et de ses traditions, entre différents intérêts, publics et privés (entrepreneurs, consommateurs, salariés). Il faut éviter à cet égard de verser dans un « droit de l'attractivité » qui ne serait qu'une forme dénaturée de l'ordre juridique de l'État concerné, ayant renoncé à ses exigences propres et à ses spécificités<sup>176</sup>.

Par ailleurs, la conduite agressive de ce type de politique peut rapidement amener à des formes plus ou moins marquées de « *dumping* », potentiellement très dommageables pour les parties prenantes comme le montre l'actualité fiscale récente.

174. Par ailleurs, la lutte contre le « *dumping* » passe aussi par une action tendant à harmoniser vers le haut des standards sociaux et environnementaux, afin que la compétition économique soit plus loyale.

175. L. Usunier, *Concurrence normative en Europe et stratégies juridiques en droit international privé*, *Op.cit.*

176. M. Snoussi « Les stratégies juridiques des sociétés transnationales : l'exemple des prix de transfert », *RIDE*, 2003, p. 445, citant Ch.-A. Michalet, *La séduction des nations ou comment attirer les investissements*, Economica, 1999.



L'abus des « *tax rulings* »<sup>177</sup> et l'érosion de l'assiette des taxes sur les sociétés<sup>178</sup> au sein de l'Union européenne témoignent de ce que ce risque doit être pris au sérieux. La conjonction d'un espace économique intégré et de l'absence presque totale d'harmonisation de la fiscalité directe crée les conditions d'une concurrence fiscale dommageable entre États membres<sup>179</sup>. La France elle-même n'est pas à l'abri de ce type de tentation, même si elle y cède de manière plus circonscrite<sup>180</sup>.

La Commission européenne a proposé le 18 mars 2015 un paquet de mesures pour améliorer la transparence et lutter contre l'évasion fiscale, comprenant notamment un système d'échange d'informations entre États membres sur les rescrits fiscaux. Elle a présenté le 17 juin 2015 un plan d'action sur la fiscalité des sociétés dont l'un des éléments essentiels est la relance du projet d'assiette commune consolidée pour l'impôt sur les sociétés (ACCIS) présenté en 2011 et qui n'avait pu jusqu'ici aboutir. Ces initiatives vont dans le sens des positions françaises et la France devrait donc contribuer activement à leur mise en œuvre.

**Proposition n° 11 : Prévenir les pratiques de *dumping***

1) vérifier systématiquement que les mesures prises au titre de l'amélioration de la compétitivité et de l'attractivité, respectent les autres intérêts en présence (sociaux, environnementaux...) et prévenir le risque qu'elles soient regardées comme une pratique déloyale au sein de l'Union en prenant au besoin l'attache de la Commission européenne (voir proposition n° 19) ;

**Vecteur : action du Gouvernement**

2) lutter contre la concurrence fiscale entre États membres de l'UE en appuyant les initiatives de la Commission européenne en matière de transparence fiscale et d'harmonisation des bases d'imposition des sociétés.

**Vecteur : action du Gouvernement**

*(SGG, SGAE, France Stratégie, ministre des affaires étrangères)*

177. La Commission a ouvert plusieurs enquêtes approfondies sur le fondement de l'article 107 §1 sur les « *tax rulings* » (v. communiqué du 11 juin 2014). Par la suite, la Commission a ouvert une enquête approfondie sur le système relatif aux « *bénéfices excédentaires* » en Belgique (le 3 février 2015).

178. V. les travaux de l'OCDE sur la lutte contre l'érosion de l'assiette fiscale, particulièrement en matière d'impôt sur les sociétés (rapport de l'OCDE, *Lutter contre l'érosion de la base d'imposition et le transfert de bénéfices*, 2013).

179. V. sur ces questions, rapport n° 56 du CAE rédigé par J. Le Cacheux et Ch. Saint-Étienne, « Croissance équitable et concurrence fiscale » (2005). B. Delaunay, « Droit de l'Union européenne et politique fiscale », *RFFP*, 1<sup>er</sup> mai 2014, p. 126. A. Benassy-Quéré, *Renforcer l'harmonisation fiscale en Europe*, note du CAE n° 2014/4.

180. Par ex., les régimes fiscaux favorables mis en place pour accueillir des grandes compétitions sportives, notamment dans le cadre de l'article 51 de la loi n° 2014-1655 du 29 décembre 2014 de finances rectificative pour 2014.



## 1.3. La dispersion de l'action économique dans les politiques publiques n'exclut pas un pilotage d'ensemble

Les réflexions sur l'attractivité économique des États pourraient conduire à ne plus distinguer l'action économique publique de l'ensemble des politiques publiques et à juger vaine toute tentative de pilotage d'ensemble.

Celui-ci est pourtant nécessaire et possible (1.3.1.), à condition d'identifier précisément le périmètre de cette action (1.3.2.) et de procéder à une évaluation rigoureuse de ses résultats (1.3.3.).

### 1.3.1. Les formes du pilotage de l'action économique des personnes publiques

#### 1.3.1.1. La planification générale fait place à une prospective très dynamique

##### ■ L'essoufflement du plan de la Nation

Si elle a fait l'objet de réflexions dès les années trente et de tentatives du gouvernement de Vichy, et surtout des travaux du Conseil national de la résistance, la planification française naît véritablement après-guerre, pour les besoins de la reconstruction et de la mise en œuvre du plan Marshall. Elle s'inscrit dans un mouvement qui n'est pas à l'origine proprement français mais auquel la France a témoigné un intérêt particulier, au point que certains auteurs y ont vu un « principe de notre droit public économique » depuis 1946<sup>181</sup>.

Si la planification connaît un nouvel élan sous l'impulsion du général de Gaulle qui entend lui donner une autorité renforcée et parle à son sujet d'« *une ardente obligation* »<sup>182</sup>, la planification à la française reste fondamentalement incitative<sup>183</sup>, tandis que son champ s'élargit progressivement dans les années soixante. Dans un contexte de croissance soutenue et de finances publiques saines, elle vise moins à prescrire qu'à prévoir. Elle assure alors la fonction de réducteur d'incertitude, d'« anti-hasard »<sup>184</sup>.

Les années soixante-dix marquent une profonde remise en question du plan, par l'effet conjugué d'une conception plus libérale de l'économie et de la crise qui rend aléatoires les projections dans l'avenir.

181. A. de Laubadère et P. Delvolvé, *Droit public économique*, 1986, p. 425.

182. Allocution du Président de la République du 8 mai 1961.

183. La jurisprudence n'a jamais reconnu de véritable force juridique aux prescriptions du plan. V. par ex : décisions n° 82-142 DC du 27 juillet 1982 ; CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Ecologie*, n° 169557 ; il a néanmoins été jugé que la méconnaissance d'un contrat de plan par l'État était susceptible d'engager sa responsabilité contractuelle vis-à-vis des régions : CE, Ass, 8 janvier 1988, *Ministre chargé du plan et de l'aménagement du territoire c. Communauté urbaine de Strasbourg et autres*, n° 74361.

184. P. Massé, *Le plan ou l'anti-hasard*, coll. Idées, Gallimard, 1965.

L'alternance de 1981 n'enraye pas son déclin, en dépit de la loi du 29 juillet 1982 de réforme de la planification qui fixe pour la première fois un cadre juridique clair relatif aussi bien à la procédure d'élaboration (faisant une large place à la concertation, ressort essentiel d'un plan non impératif) qu'au contenu, qui s'enrichit d'un volet régional : les contrats de plan État-région<sup>185</sup>. Ceux-ci rencontrent un réel succès, porté par la décentralisation qui confère par ailleurs une compétence de planification économique aux régions<sup>186</sup>, mais sans pouvoir constituer le relais territorial espéré pour le plan de la Nation qui peine à retrouver sa place.

Une tentative de réforme engagée pendant la première cohabitation ne verra pas le jour<sup>187</sup> et la disparition du « plan » est consommée lors de la deuxième. À la demande du Premier ministre, un rapport est préparé par J. de Gaulle qui conclut à l'utilité de la planification mais aussi à la nécessité de la faire évoluer<sup>188</sup>. Le XI<sup>e</sup> plan (1993-1997) préparé par la majorité précédente ne sera pas adopté et aucun autre plan ne le sera par la suite, bien que le cadre de la planification prévu par l'article 70 de la Constitution<sup>189</sup> demeure en vigueur.

### ■ *L'essor de la prospective publique*

S'il n'existe plus de planification nationale à portée générale<sup>190</sup>, l'État n'a pas cessé de réfléchir ni de projeter son action dans l'avenir. Mais cet exercice ne se traduit plus dans un texte unique fixant les perspectives générales de son action.

Le Commissariat général du plan de 1946<sup>191</sup> s'est mué de fait, à compter du milieu des années quatre-vingt-dix, en un organe de prospective bien avant que les textes ne consacrent cette évolution, par sa transformation en 2006 en un « Conseil d'analyse stratégique » chargé de « *missions de veille, d'expertise et d'aide à la*

185. Loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification. L'une des ambitions de cette loi est de clarifier l'office et l'autorité du plan. V. not. A.-S. Mescheriakoff, « La planification française entre centralisation et décentralisation », *RFDA* 1995, 999.

186. V. lois n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État et n° 95-115 du 4 février 1995 d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire.

187. Un projet de loi en ce sens avait été examiné en conseil des ministres en février 1988.

188. J. de Gaulle, rapport sur *L'avenir du Plan et la place de la planification dans la société française*, La documentation française, 1994. On peut relever que lors de la commémoration du cinquantenaire du plan, les 23 et 24 mai 1996, l'utilité de maintenir une forme de planification avait fait consensus.

189. La catégorie des lois de plan a été reconnue par le Conseil constitutionnel et confirmée par le Conseil d'État : avis n° 381365 du 27 mars 2008.

190. À l'étranger, si la planification générale reste principalement une caractéristique des pays émergents, elle connaît quelques traductions dans les pays les plus développés sous des formes variées. Outre le plan d'action économique du Canada (v. encadré *infra*), on peut mentionner le cas du « plan industriel » de la Corée du Sud, ainsi que, peut-être plus proche de la prospective que de la planification, l'*Intergenerational Report* en Australie où le ministre des finances doit rédiger, tous les cinq ans, un rapport faisant des prévisions sur quarante ans sur la croissance économique, l'investissement, les retraites, la démographie...

191. Décret n° 46-2 du 3 janvier 1946 portant création à la présidence du Gouvernement d'un conseil du plan de modernisation et d'équipement et fixant les attributions du commissaire général du plan ; décret n° 47-119 du 16 janvier 1947 relatif aux modalités d'exécution du plan de modernisation et d'équipement et fixant à cet égard les attributions du conseil du Plan et du commissaire général du Plan.

*décision pour la conduite des politiques publiques »<sup>192</sup>. Sa transformation de 2013 en Commissariat général à la stratégie et à la prospective confirme cette orientation, même si la terminologie diffère : « *le commissariat général apporte son concours au Gouvernement pour la détermination des grandes orientations de l'avenir de la nation et des objectifs à moyen et long terme de son développement économique, social, culturel et environnemental ainsi que pour la préparation des réformes décidées par les pouvoirs publics* »<sup>193</sup>.*

L'organe autrefois responsable de la planification est ainsi devenu le pivot de la fonction prospective de la nation. Mais le Commissariat général à la stratégie et à la prospective, qui a pris depuis lors l'appellation « France Stratégie » renoue avec la méthode qui a fait le succès du Commissariat général au plan, en s'appuyant sur une structure légère, en s'entourant de spécialistes et d'experts reconnus et en procédant à la consultation des parties intéressées, afin d'aboutir à des constats partagés. France Stratégie est d'ailleurs explicitement chargé de coordonner et de travailler en réseau avec plusieurs organes d'expertises constitués par le Gouvernement<sup>194</sup>.

La prospective s'est par ailleurs largement propagée dans la sphère publique à partir des années quatre-vingt-dix<sup>195</sup>. Des départements de prospective apparaissent alors dans les établissements et entreprises publics et même privés intervenant sur des questions qui intéressent l'action économique. Si France Stratégie n'est pas chargé de la coordination de tous ces centres de prospective et n'a pas vocation à l'être, il pourrait contribuer à leur mise en réseau. Au-delà de ses commissions et groupes de travail, pour favoriser la mutualisation des travaux concernant les grands thèmes sur lesquels il a vocation à travailler.

### ***1.3.1.2. La formalisation des choix dans un document de référence reste néanmoins utile***

De la prospective à la planification, il n'y a parfois qu'un pas. Lorsque France Stratégie travaille, à la demande du Président de la République, sur « La France dans 10 ans »<sup>196</sup> et articule une série d'axes stratégiques et de propositions sur lesquels il est ensuite appelé à faire des préconisations opérationnelles, il s'agit bien d'un exercice de planification, même s'il n'y a pas de validation formelle des options retenues, ce qui est paradoxal, alors que par ailleurs de nombreux exercices formalisés de planification sectoriels ou ponctuels se développent.

---

192. Art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2006-260 du 6 mars 2006 portant création du Centre d'analyse stratégique.

193. Art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2013-333 du 22 avril 2013 portant création du Commissariat général à la stratégie et à la prospective.

194. Il s'agit du Conseil d'orientation des retraites, du Conseil d'orientation pour l'emploi, du Haut Conseil de la famille, du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie, du Haut Conseil du financement de la protection sociale, du Conseil national de l'industrie et du Centre d'études prospectives et d'informations internationales (article 3 du même décret).

195. Notamment à la suite des recommandations de la commission « État, administration et services publics de l'an 2000 » du XI<sup>e</sup> plan (celui là même qui n'a pas été officiellement adopté).

196. « La France dans 10 ans » est un processus initié par le séminaire gouvernemental du 19 août 2013. Le rapport sur ce thème a été remis le 25 juin 2014.



## ■ La formalisation existe dans de nombreux secteurs

La démarche planificatrice a inspiré un grand nombre de dispositifs dans des domaines sectoriels<sup>197</sup>. Ils peuvent prendre la forme de « lois de programmation » fondées sur l'antépénultième alinéa de l'article 34 de la Constitution ou de lois « mixtes » comportant des dispositions de programmation à côté de dispositions normatives, par exemple en matière de solidarité internationale, de politique de la ville, de défense ou de sécurité intérieure<sup>198</sup>.

Des planifications peuvent aussi être formalisées dans des documents ne figurant pas dans des textes législatifs mais expressément approuvés par le gouvernement, comme par exemple les « 34 plans de la Nouvelle France industrielle » ou les diverses « Stratégies nationales » comme en matière de recherche (SNR)<sup>199</sup>. Ces plans et stratégies fixent ainsi sur plusieurs années les priorités de l'État et donnent lieu à un suivi précis de leur mise en œuvre.

La planification formalisée est également très dynamique à l'échelon territorial. Outre les contrats de plans État-région, qui viennent d'être relancés dans le cadre de la « génération 2014-2020 », on peut mentionner les schémas régionaux de développement économique, les pôles de compétitivité ou même les « stratégies économiques » arrêtées par certaines grandes villes<sup>200</sup>.

Dans un autre domaine, le besoin d'une planification formalisée s'est fait ressentir lors de la crise financière et s'est traduit par l'adoption du plan de relance de l'économie en 2008-2009, dans le cadre du plan européen d'action concertée du 12 octobre 2008<sup>201</sup>.

### La résurgence de la logique planificatrice : l'exemple du « Plan d'action économique » du Canada

Le plan d'action économique (PAE) a été initié pour la première fois dans le cadre du budget fédéral de 2009 afin de combattre les effets de la récession mondiale.

Le PAE est adopté dans le cadre du budget (il figure dans son dernier état dans la loi C-59 de juin 2015) et est regardé de ce fait comme revêtu d'une valeur législative. Il fait l'objet de révisions à l'occasion de chaque budget annuel et rectificatif.

Ce plan d'action trace les orientations de la politique économique et sociale du Gouvernement à court et moyen terme. Celles-ci se traduisent par un ensemble

197. Ce phénomène se retrouve dans un grand nombre de pays étrangers, comme en Espagne, avec des plans sectoriels assez divers : « plan national et intégral du tourisme », « programme d'incitation aux véhicules efficaces » ; « agenda numérique espagnol 2020 »...

198. Loi n° 2014-773 du 7 juillet 2014 d'orientation et de programmation relative à la politique de développement et de solidarité internationale, loi n° 2014-173 du 21 février 2014 de programmation pour la ville et la cohésion urbaine, loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

199. Loi n° 2013-660 du 22 juillet 2013 relative à l'enseignement supérieur et à la recherche.

200. V. par ex., la « Stratégie économique du Grand Lyon » (2008-2014).

201. V. S. Nicinski, « Le plan de relance de l'économie », *RFDA*, 2009, p. 73.

de mesures, notamment *via* le budget fédéral qui les décline dans plusieurs programmes particuliers avec un horizon pluriannuel. Ce plan ne s'apparente pas à un document contractuel. Les opérations cofinancées avec l'échelon infra-national (provinces) étant conduites dans le cadre d'appels à projets spécifiques.

Ce plan présente notamment l'intérêt de sécuriser les opérateurs économiques publics et privés en leur permettant d'anticiper les décisions prises sur la politique budgétaire, les programmes d'infrastructure... Il fait l'objet d'une évaluation régulière de ces résultats, rendue publique sur un site dédié ([plandaction.gc.ca/fr](http://plandaction.gc.ca/fr))

#### ■ Une formalisation de la stratégie économique nationale reste à développer

La stratégie économique nationale servant de référence à l'action économique de l'État et des autres personnes publiques est en principe fixée dans la déclaration de politique générale prévue à l'article 49 de la Constitution et mise en œuvre chaque année dans les orientations que le Gouvernement énonce à l'occasion du projet de loi de finances.

Le nouveau cadre issu du renforcement de la surveillance des politiques budgétaires et macroéconomiques (v. *supra* 1.1.2.) amène en outre le Gouvernement à actualiser sa stratégie économique pluriannuelle dans le cadre de la loi de programmation des finances publiques prévue par l'avant-dernier alinéa de l'article 34 de la Constitution et, plusieurs fois par an, dans le cadre du semestre européen, qui au-delà des seuls aspects budgétaires, comporte un volet de plus en plus significatif sur les équilibres et les perspectives macroéconomiques, ainsi que sur les projets de réforme<sup>202</sup>.

Compte tenu de leur objet et de leur pluralité, ces différentes interventions devant le Parlement ou la Commission européenne peuvent difficilement constituer le document de référence de la stratégie économique nationale, même si elles peuvent le nourrir.

La formalisation d'un tel document, qui pourrait être confiée à France Stratégie, présenterait des avantages. Elle permettrait d'abord, sans pour autant prendre la forme d'une loi de plan ou de programmation, d'associer plus étroitement les parlementaires – ainsi que le CESE et les représentants des élus locaux, notamment des régions et des métropoles – en les faisant participer à un débat général sur la stratégie économique et ses déclinaisons concrètes. Sa préparation conduirait à une large concertation avec les partenaires sociaux comme cela a existé dans le cadre du plan de la Nation<sup>203</sup>. Cette concertation donnerait une légitimité supplémentaire à la stratégie économique, une solennité particulière et un effet d'entraînement pouvant contribuer à sa réussite.

202. Le rapport des cinq présidents du 22 juin 2015 précité propose de renforcer ces éléments dans la perspective de l'approfondissement de l'union économique et monétaire.

203. La forme de cette concertation avait évolué en 1982. Aux termes de l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification précitée : « Il est créé, pour chaque plan, une commission nationale de planification, de caractère consultatif, chargée de conduire les consultations nécessaires à l'élaboration du Plan et de participer au suivi de son exécution (...) Y sont notamment représentés : chaque région, les organisations syndi-



Cette stratégie, fixée en début de législature, devrait être souple et adaptable en fonction des circonstances. Elle aurait néanmoins vocation à servir de document de référence et être prise en compte par les autres documents de programmation ou de planification sectoriels, qu'il s'agisse des contrats passés par l'État avec les régions (CPER) ou avec ses opérateurs – établissements publics, sociétés publiques – (contrats d'objectifs), ainsi que par les autres documents de programmation ou de planification élaborés par les personnes publiques.

Comme cela était admis pour le plan lui-même, la stratégie économique nationale n'aurait pas vocation « à s'occuper de tout » ni à traiter de chaque question significative pour l'économie, au risque de devenir illisible. Comme le proposait dès 1994 le rapport de J. de Gaulle, à propos du plan : « *L'objectif a changé : il s'agit désormais de planifier les changements nécessaires (...). Appuyée sur un travail d'évaluation, confrontée aux défis de l'avenir par des études prospectives, enrichie par les points de vue des acteurs, l'analyse stratégique a pour but de dégager des priorités d'action* ».

**Proposition n° 12 : Mieux organiser la prospective publique en matière économique et se doter d'une stratégie économique nationale formalisée**

1) confier à France Stratégie un rôle de référent en matière de prospective publique et de mise en réseau des travaux des centres de prospective ;

**Vecteur :** décret d'organisation de France Stratégie

2) demander à France Stratégie d'élaborer un document de référence portant sur la « stratégie économique nationale » et intégrant les engagements pris par la France au niveau européen ; définir les axes de cette stratégie nationale susceptibles d'être déclinés par les autres personnes publiques, notamment les collectivités locales ; concevoir cette stratégie sur une période pluriannuelle (3 à 5 ans) ;

**Vecteur :** décret d'organisation de France Stratégie

3) organiser une large concertation sur le contenu de cette stratégie avant un débat au Parlement.

**Vecteur :** action du Gouvernement

*et inscription à l'ordre du jour des assemblées*

*(France Stratégie, ministre des finances et des comptes publics, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, ministre de l'intérieur, Parlement)*

---

ales représentatives des salariés et du patronat, les organismes représentant l'agriculture, l'artisanat, le commerce et les professions libérales, le secteur public industriel et bancaire, le secteur coopératif et mutualiste, les mouvements associatifs et culturels. Elle peut être complétée par des personnalités qualifiées nommées par le Gouvernement ». Cette organisation s'est toutefois révélée décevante. Mais rien n'obligerait à définir un cadre rigide pour cette concertation qui pourrait se tenir selon des modalités à définir le cas échéant par les participants eux-mêmes.

## 1.3.2. La nécessaire cartographie de l'action économique des personnes publiques

### 1.3.2.1. Une action en quête d'un cadre conceptuel

#### ■ *L'approche de la doctrine*

La doctrine se concentre d'abord sur les **fondements** de cette action économique. Il s'agit pour les économistes d'identifier les imperfections du marché. La réflexion est ici largement dominée par les analyses fondatrices de Musgrave sur les différentes fonctions de l'État : allocation des ressources, redistribution, rééquilibrage de la conjoncture<sup>204</sup>. Au-delà du constat des insuffisances de marché, les juristes s'efforcent pour leur part, avec notamment les notions de bien public et d'intérêt général, de trouver les fondements de l'action économique des personnes publiques dans le prolongement de leurs missions de service public<sup>205</sup>.

La doctrine s'intéresse ensuite aux **moyens** de l'action. Il s'agit d'identifier les institutions, les procédures et les instruments mobilisés pour agir sur l'économie.

L'évaluation des **résultats** de l'action est le champ privilégié des économistes, qui cherchent à mesurer les effets concrets de chaque mesure et à comparer les performances. Les juristes traitent pour leur part de ce champ sous l'angle des procédures permettant de procéder à l'évaluation.

#### ■ *Le critère de l'objectif économique*

Pour le juriste, l'action économique des personnes publiques se définit par sa finalité, elle suppose une volonté d'influer sur une situation donnée pour atteindre un objectif économique. Est économique ce qui se rapporte à la production, à la distribution, à l'échange et à la consommation de biens et de services. L'action est économique lorsqu'elle a, au moins partiellement, pour objectif d'influer directement sur l'un ou l'autre de ces éléments.

La question conceptuelle la plus difficile à appréhender est celle des **actions mixtes**, qui poursuivent concurremment des objectifs économiques et non économiques. Il est souvent impossible de raisonner par bloc et de placer une politique publique entièrement dans le champ de l'action économique ou au contraire de l'en sortir complètement. Et il serait contestable de nier la mixité d'un grand nombre de politiques en cherchant à les classer en fonction des seuls objectifs principaux qu'elles poursuivent. Pour tenir compte de cette mixité tout en parvenant à un

204. R. Musgrave, *The Theory of Public Finance*, 1959.

205. V. not. A. de Laubadère et P. Delvolé, *Droit public économique*, Dalloz, 5<sup>e</sup> éd., Coll. Précis, 1986 ; P. Delvolé, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998 ; B. du Marais, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004 ; R. Moulin et P. Brunet, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007 ; J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, Economica, coll. Corpus droit public, 2<sup>e</sup> éd., 2007 ; D. Linotte et R. Romi, *Droit public économique*, Litec, Manuel, 7<sup>e</sup> éd., 2012 ; S. Bernard, *Droit public économique*, Lexisnexis, Coll. Objectif Droit cours, 2<sup>e</sup> éd., 2013 ; S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 4<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2014 ; J.-Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 2014 ; L. Rapp et Ph. Terneyre, *Droit public des affaires*, Lamy, 2014.



résultat intelligible, on peut classer chaque politique publique dans le champ de l'action économique, uniquement « **en tant** » qu'elle poursuit un objectif économique.

#### ■ *La mutabilité de l'action économique*

L'action économique des personnes publiques est par nature évolutive. Ainsi, son champ se rétrécit ou s'élargit selon que les effets des actions engagées sont positifs ou négatifs.

Si l'on pousse le raisonnement à l'extrême, une politique d'attractivité conduit à repenser toutes les politiques publiques ayant une incidence sur l'activité économique.

Il y a aussi de fortes inflexions liées à la conjoncture. Les situations de crise ont un impact considérable sur le champ de l'action économique des personnes publiques : des circonstances exceptionnelles peuvent en effet conduire à des extensions temporaires de l'action pour faire face aux nécessités du temps. Ce phénomène est particulièrement net depuis l'éclatement de la crise financière et des dettes souveraines de 2008, qui a conduit notamment à organiser le sauvetage de grandes institutions financières privées<sup>206</sup> ou à ce que l'État entre au capital de grandes entreprises fragilisées au plan financier<sup>207</sup>.

#### **1.3.2.2. Les enjeux d'une cartographie de cette action**

##### ■ *L'esquisse d'un zonage en cercles concentriques*

Si l'action économique des personnes publiques se diffuse dans un nombre toujours plus grand de politiques publiques, la dimension économique n'y est pas toujours aussi prégnante. Le critère de l'objectif économique permet ainsi de classer les politiques publiques selon la part plus ou moins grande qu'y occupent les préoccupations économiques. Il est alors possible de procéder à un zonage de l'action économique des personnes publiques autour de trois cercles concentriques.

**Le premier cercle** regroupe l'action relative aux entreprises et celle relative aux marchés.

L'action économique tournée vers les entreprises les accompagne tout au long de leur cycle de vie. Il s'agit d'abord des mesures en faveur de la création d'entreprise (promouvoir l'entrepreneuriat, inciter financièrement ou par des conseils à des créations, simplifier les formalités administratives), de la définition des règles relatives à la constitution de l'entreprise (sous forme individuelle ou de personne morale distincte, principalement les sociétés) ainsi qu'à son organisation et à son exploitation (baux commerciaux, fonds de commerce). Il s'agit ensuite des mesures prises en vue de l'aider à croître et à développer ses activités (régimes propres aux PME et ETI), à trouver les financements dont elle a besoin (bancaire ou par

206. V. not. la loi n° 2008-1061 du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie.

207. Entrée de l'État, via la SOGEP, au capital de PSA Peugeot-Citroën en avril 2014, simultanément à l'entrée de Dongfeng. V. rapport relatif à l'État actionnaire, annexé au projet de loi de finances pour 2015, p.69.





les marchés financiers ; aides publiques à l'innovation et à l'investissement), à vendre et à exporter (soutien sur certains marchés, notamment à l'export). Il s'agit enfin des mesures prises pour l'aider à faire face à des difficultés (prévention et règlement à la fois par la définition d'un cadre juridique équilibré et par des fonctions de médiation et de soutien et des juridictions spécialisées) ou à perdurer sous d'autres formes ou avec d'autres acteurs (cessions, transmissions).

L'action générale relative aux marchés comprend quant à elle les règles concernant les produits (notamment pour définir ce qui est dans ou « hors du commerce » mais aussi pour les standardiser), les transactions (y compris la manière de les effectuer et de les garantir), les lieux d'échanges (marchés locaux, nationaux, aménagement commercial), le respect de la liberté des prix et de la concurrence et la protection des consommateurs. On peut y ajouter les actions relatives à l'organisation, au contrôle et à la promotion des échanges internationaux.

**Le deuxième cercle** de l'action économique des personnes publiques correspond plus directement aux actions mixtes, qui poursuivent des objectifs à la fois économiques et non économiques, mixité caractéristique du champ des actions et politiques sectorielles.

Il inclut d'abord la plupart des actions relatives aux secteurs dits « régulés » par des autorités indépendantes : banques, bourses, assurances, transport, énergie, communications électroniques et postes, audiovisuel, jeux en ligne. Bien que très largement économiques, ces régulations ne peuvent être réduites à ce seul aspect, les objectifs étant en réalité plus diversifiés que le simple fonctionnement harmonieux du marché, comme cela ressort d'ailleurs assez clairement de leurs textes statutaires.

Peuvent également être classées dans les activités mixtes, d'autres actions sectorielles dans des domaines où la dimension économique est significative sans être nécessairement dominante. C'est notamment le cas du secteur du logement (lié à la construction), du secteur sanitaire et social (industrie pharmaceutique, établissements privés à but lucratif) ainsi que des produits et marchés culturels, agricoles, de défense... Si dans ces secteurs l'action des personnes publiques n'est pas d'abord guidée par des objectifs économiques, ceux-ci sont loin d'être accessoires.

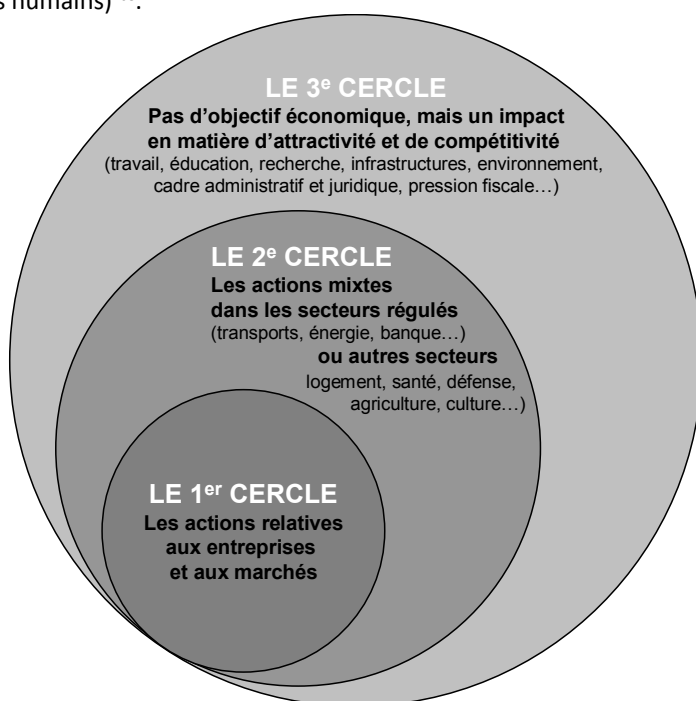
Ces actions mixtes comprennent également les activités économiques conduites par les personnes publiques elles-mêmes. Il s'agit ainsi à la fois de la production de biens et services par les personnes publiques, les entreprises qu'elles constituent (entreprises publiques) ou qu'elles investissent de cette mission (délégations, marchés publics), et de la « consommation » de biens et services par les mêmes (marchés publics là encore). Dans la plupart des cas en effet, les personnes publiques ne mènent pas ces activités pour des motifs exclusivement économiques.

**Le troisième cercle** recouvre l'ensemble des actions qui ne poursuivent pas d'objectif économique mais dont l'impact économique peut être mesuré et pris en compte, comme source d'externalités positives ou négatives par le marché dans le cadre des politiques d'attractivité et de compétitivité.



Il s'agit par exemple de l'action en faveur de la qualité du système éducatif, du système de santé, des infrastructures, de l'environnement ou du rayonnement culturel du pays, mais aussi la simplicité, la prévisibilité et l'accessibilité du cadre administratif, juridique, fiscal et social (droit du travail notamment) indépendamment de celui spécifiquement applicable aux activités économiques. Les actions conduites en ces domaines ne poursuivent pas directement d'objectif économique, mais elles relèvent néanmoins de l'action économique des personnes publiques, en raison des incidences, positives ou négatives, qu'elles peuvent avoir sur l'attractivité et la compétitivité d'un territoire ou d'une Nation.

Mais ce troisième cercle n'est pas infini et n'a pas vocation à couvrir tous les champs de l'activité humaine. Tout n'est pas économique et le droit s'oppose à ce que certains domaines le deviennent, notamment lorsqu'il dispose que certaines matières ou activités sont « hors du commerce » (comme par exemple les produits du corps humains)<sup>208</sup>.



#### ■ Préciser et partager ce zonage : un enjeu d'opérationnalité

Une telle cartographie de l'action économique des personnes publiques n'a d'intérêt que si elle présente un caractère suffisamment précis pour être opérationnelle. Elle doit aussi être partagée par les différents acteurs et pouvoir servir de référence lorsque l'on entend étudier et évaluer l'action économique des personnes publiques.

Si une telle cartographie n'existe pas à l'heure actuelle, son élaboration peut s'appuyer sur des démarches et travaux **d'ores et déjà engagés**.

208. V. not. G. Canivet, « Les contrats portant sur les choses hors commerce : l'exemple des contrats sur les organes humains », *Actes du Cycle Droit, économie et justice*, 25 septembre 2006.

Les travaux de l'INSEE seraient à l'évidence d'un grand secours compte tenu de sa capacité non seulement à recenser les activités économiques mais aussi à évaluer l'impact de l'action des personnes publiques sur ces activités avec les outils de la comptabilité nationale.

Les travaux de la direction du budget. Dans le cadre des dispositions de la loi organique sur les lois de finances (LOLF), le Gouvernement présente le budget de l'État à partir d'une cartographie générale de son action construite autour de missions, elles-mêmes divisées en programmes, lesquels sont subdivisés en actions. Il en va de même pour l'examen du « volet performance » de la dépense publique. L'appréciation des résultats obtenus pour chaque poste de dépense est faite en fonction notamment d'objectifs instruits sur la base d'indicateurs.

Cette cartographie générale pourrait servir de base à **un travail consistant à isoler la dimension proprement économique** au sein de chaque mission, programme et action du budget de l'État, avec le concours des administrations concernées. Elle contribuerait à une prise de conscience ou au moins à une explicitation de la contribution de chaque activité des personnes publiques à l'économie, utile tant aux administrations qu'au Gouvernement, qui pourrait ainsi disposer d'une vision précise de ce que recouvre la politique économique de la nation.

Une telle démarche pourrait ensuite être appliquée aux personnes publiques agissant dans le cadre d'une décentralisation technique (établissements publics) ou territoriale (collectivités locales) ou bien être menée *ab initio* avec ces dernières pour disposer d'une grille conçue en commun.

**Proposition n° 13 : Faire l'inventaire de l'action économique des personnes publiques**

- 1) demander à l'INSEE et à la direction du budget de faire une cartographie précise de l'action économique des personnes publiques, le cas échéant, avec l'appui de France Stratégie et des inspections et corps de contrôle concernés ;
- 2) élaborer un document de référence permettant de disposer d'une vision d'ensemble de cette action.

**Vecteur :** action du Gouvernement

(INSEE, France Stratégie, direction du budget, inspections et corps de contrôle)

### 1.3.3. Disposer d'évaluations précises des performances globales

L'évaluation des performances de l'action économique des personnes publiques peut bien sûr se faire à partir d'un examen précis des effets propres à une mesure particulière. Mais c'est surtout l'évaluation globale de la performance qui retient l'attention et focalise le débat public sur le bien-fondé de l'action conduite. Or celle-ci est affectée aujourd'hui par une double remise en question.



### ***1.3.3.1. Des limites inhérentes à la statistique qui soulèvent des questions nouvelles***

#### **■ L'intérêt et les limites des agrégats**

Dès ses développements scientifiques au XVII<sup>e</sup> siècle, la statistique a joué un rôle essentiel dans la conduite de l'action publique<sup>209</sup>, en mesurant les phénomènes et en en tirant des enseignements utiles<sup>210</sup>. Mais la statistique est également indispensable à l'évaluation des mérites de cette action et donc à son contrôle démocratique.

Le droit s'est donc très tôt préoccupé de conférer une certaine publicité à ces statistiques ainsi qu'une indépendance aux institutions chargées de les élaborer<sup>211</sup>. Compte tenu de l'importance de ces règles pour le bon fonctionnement de l'Union européenne, elles sont désormais élaborées dans ce cadre, même si le choix a été fait de laisser aux instituts statistiques nationaux la responsabilité première dans la production des chiffres<sup>212</sup>. Dans le prolongement des travaux menés au niveau européen, une « Autorité de la statistique publique » a été instituée au niveau national, dont l'indépendance et l'intégrité sont garanties<sup>213</sup>.

Malgré la fiabilité reconnue de l'appareil statistique, le débat sur les chiffres est toujours vif, qu'il s'agisse du taux de croissance, de l'inflation et surtout de l'évolution du nombre de chômeurs (avec la particularité des différentes catégories) et il porte principalement sur la pertinence des agrégats calculés.

La pertinence statistique est une problématique centrale et fait partie des principes du guide de bonne conduite européen, mais comme le rappelle l'INSEE au sujet des dispositifs mis en œuvre pour satisfaire ce principe : « *il n'y a pas de mesure objective de la pertinence d'une statistique donnée. La pertinence s'apprécie par rapport à l'usage qui est fait de la statistique. En particulier la pertinence est la proximité entre le concept qu'on veut observer et le résultat obtenu. En la matière, le contenu donné à un concept peut fortement varier selon les besoins des utilisateurs et leur appréciation du concept étudié* »<sup>214</sup>.

209. A. Desrosières, *La politique des grands nombres, Histoire de la raison statistique*, La découverte, 2010.

210. D'abord mobilisée sur des questions démographiques, la statistique a très vite contribué aux analyses et prises de décisions dans le domaine économique. À cet égard, le fait que dans son intitulé même, l'INSEE, principale institution en charge aujourd'hui de la statistique, soit chargée en même temps des études économiques, illustre la proximité de ces deux champs.

211. Des contrôles ont par ailleurs été institués au niveau international, notamment pour les pays membres du FMI. Le Fonds a adopté pour la première fois le 1<sup>er</sup> février 2013 une « déclaration de censure » à l'encontre de l'Argentine pour défaut de fiabilité des statistiques et refus de se soumettre aux évaluations obligatoires en tant qu'État membre.

212. Code de bonnes pratiques de la statistique européenne, adopté par le comité du programme statistique le 24 février 2005 (révisé par le Comité du système statistique européen en sept. 2011) ; recommandation de la Commission européenne du 25 mai 2005 sur l'indépendance, l'intégrité et la responsabilité des services statistiques nationaux et communautaires (COM(2005) 217).

213. Il de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 51-711 du 7 juin 1951 sur l'obligation, la coordination et le secret en matière statistique dans sa rédaction issue de l'article 144 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ; décret n° 2009-250 du 3 mars 2009 relatif à l'Autorité de la statistique publique.

214. V. site de l'INSEE. La question de la pertinence est par ailleurs abordée au point 11 du code de bonne conduite de la statistique européenne précité.



■ *Des difficultés nouvelles liées au rôle que les textes font désormais jouer à ces agrégats*

L'incorporation de certaines statistiques dans des règles juridiques pour leur faire produire des effets de droit est une tendance assez ancienne, par exemple en matière d'évolution des loyers. Mais elle a pris une toute autre ampleur dans le cadre de la gouvernance budgétaire européenne, car ces agrégats sont appelés à y jouer un rôle déterminant<sup>215</sup>.

Le caractère nécessairement « construit » des statistiques, basées sur des conventions et des corrections, mais aussi l'usage qui en est fait, deviennent l'enjeu d'un débat juridique et politique<sup>216</sup>. Il se nourrit de la complexité des agrégats retenus par les traités européens<sup>217</sup>.

Les mécanismes prévus par les textes européens s'appuient en effet sur des concepts<sup>218</sup> tels que la « *croissance potentielle* », qui n'est pas réellement mesurable et ne peut faire l'objet que d'estimations « *au point que certains se demandent si cette notion continue d'être utilisable* »<sup>219</sup>. De même, l'évaluation du déficit, du solde ou de l'effort « structurels » (c'est-à-dire corrigés des facteurs conjoncturels), qui font l'objet de mesures différentes selon les systèmes statistiques (ONU, OCDE, UE et FMI notamment), et la fiabilité de leur mesure ne font pas consensus compte tenu notamment de leur volatilité<sup>220</sup>.

Il y a par ailleurs un problème inhérent à la technicité de ces agrégats qui ne facilite pas l'intelligibilité et l'acceptabilité des mécanismes mis en place par l'Union pour les parlements et les opinions publiques : « *Créé à l'origine par des économistes pour les économistes, son utilisation pour déterminer quand et à quel seuil le déficit doit être corrigé est devenue l'objet de discussions publiques (...) Les parlementaires – qui ne sont pas des techniciens – sont troublés à juste titre quand on leur demande d'adopter une révision budgétaire en raison de la modification d'une estimation. Ignorants du pourquoi et du comment, ils finissent par considérer ces révisions comme une source d'instabilité artificielle* »<sup>221</sup>.

215. Cette évolution a d'ailleurs fortement contribué à l'expansion plus générale de la législation statistique comme le souligne la communication de la Commission européenne concernant la méthode de production des statistiques de l'Union européenne : *Une vision de la prochaine décennie*, COM (2009) 404 du 10 août 2009.

216. Le débat n'est pas propre à la France. En Espagne par exemple, un débat existe sur la mesure des efforts structurels dans le cadre du semestre européen et en particulier l'approche trop quantitative que retiendrait la Commission des réformes faites par ce pays.

217. V., soulignant le fait que l'inadéquation des statistiques peut venir de l'utilisation de catégories « *définies par des juristes, des instances bureaucratiques* », J. Bichot, « Une nécessité pour la gouvernance économique : des statistiques appropriées », *Les Échos*, 10 mars 2014.

218. V. par ailleurs, sur l'utilisation de concepts imprécis tels que les « *réformes structurelles* », les mesures suivies d'effets... qui ont vocation à être mises en œuvre dans le cadre de ces mêmes procédures, *supra* 1.1.2.1.

219. V., évoquant les responsables de la politique économique, J. Pisani-Ferry, « De l'utilité de la croissance potentielle », *La tribune*, 8 avril 2015.

220. Cour des comptes, *La situation et les perspectives des finances publiques*, 2012, p. 184 et annexes VI et VII. ; T. Guyon et S. Sorbe, « Solde structurel et effort structurel : vers une décomposition par sous-secteur des administrations publiques », *Cahiers-documents de travail de la DGTPE*, 2009/13, décembre 2009 ; J. Pisani-Ferry, *op.cit.*

221. J. Pisani-Ferry, *op.cit.*



### 1.3.3.2. Le débat spécifique autour de la mesure globale qu'est le PIB

#### ■ Une critique croissante du PIB comme mesure globale de la performance

Le « produit intérieur brut » mesure la production totale des unités résidentes. Égal, à la fois, à la somme des productions, des dépenses et des revenus, il est plus fréquemment défini comme la somme des valeurs ajoutées des opérateurs résidents<sup>222</sup>. Ce concept a émergé progressivement dans les années trente aux États-Unis, alors à la recherche d'une mesure synthétique de l'activité économique, avant de se diffuser dans la plupart des pays développés après guerre, avec l'essor de la comptabilité nationale<sup>223</sup>. Pour assurer sa comparabilité au niveau international, il est défini dans le cadre du système de comptabilité nationale des Nations Unies (SCN 2008) ; pour les États membres de l'Union européenne, c'est le système européen des comptes (SEC 2010) qui joue ce rôle<sup>224</sup>.

Cette unité de mesure de la richesse produite par un pays a fait l'objet d'importantes critiques dans la période récente. Pour approfondir ces questions, une commission sur les mesures des performances et du progrès économique et social a été réunie à l'initiative du Président de la République en 2008, sous l'égide de J. Stiglitz, A. Sen et J.-P. Fitoussi. Son rapport, rendu en 2009, fait une douzaine de propositions pour améliorer le PIB comme outil de mesure de la performance économique tout en lui adjoignant d'autres indicateurs complémentaires.

#### ■ Des évolutions possibles du PIB lui-même

Le PIB fait d'abord l'objet de critiques techniques sur le terrain économique. Il a été relevé qu'il ne mesure que les flux de richesse et non les stocks. Il ignore ainsi la question du patrimoine, aussi bien dans son volet actif (les biens et richesses accumulés) que passif (la dette) et livre donc une indication biaisée de la situation d'un pays en faisant par exemple apparaître une « croissance » alors que la valeur de son patrimoine a pu s'effondrer faute d'investissements ou alors que sa dette explose. Par ailleurs, il ne sait pas mesurer « *ce qui n'a pas de prix* »<sup>225</sup> et peine donc à valoriser les services non marchands, qu'il s'agisse des travaux domestiques ou des services publics.

Il est possible de répondre aux critiques concernant la dimension économique du PIB sans le remettre en cause radicalement. D'autres agrégats, comme celui de l'investissement ou de la dette, permettent de compléter assez aisément ses lacunes. En ce qui concerne les flux de richesse eux-mêmes, les règles de calcul du PIB peuvent être modifiées pour tenir compte de ses insuffisances. Elles ne peuvent toutefois évoluer que dans un cadre international ou européen. C'est

---

222. V. fiche : « Produit intérieur brut aux prix du marché / PIB » (site de l'INSEE).

223. V. not. F. Fourquet, *Les comptes de la puissance, Histoire de la comptabilité nationale et du plan*, Encres, 1980 ; A. Vanoli, *Une histoire de la comptabilité nationale*, La découverte, Repères, 2002, cités par D. Méda, « Comment le PIB a pris le pouvoir », *Revue Projet*, n° 331, 2012/6, pp. 14-21.

224. Règlement (UE) n° 549/2013 du 21 mai 2013 relatif au système européen des comptes nationaux et régionaux dans l'Union européenne.

225. J.-L. Tavernier et Ph. Cuneo, « On ne sait pas mesurer ce qui n'a pas de prix », *Revue projet*, n° 331, 2012/6, pp 22-25.



ainsi, par exemple, qu'a été décidée dans le cadre du système de comptabilité européen « SEC 2010 » l'intégration à l'avenir de l'économie « souterraine ».

#### ■ *L'adjonction d'autres indicateurs*

Les secondes critiques, plus politiques, portent sur le positionnement même du PIB qui ne mesure que les résultats économiques, sans tenir compte de l'impact environnemental ou des inégalités. Ces critiques, qui se rattachent à une thématique un peu différente de la première en se focalisant sur la question de la soutenabilité de la croissance et la qualité de vie ressentie, ont eu des conséquences non négligeables.

Elles ont d'abord amené l'INSEE à calculer à partir de 2010 de nouveaux indicateurs s'inspirant directement de ces recommandations ; elles ont par ailleurs contribué à inspirer une démarche de la Commission européenne<sup>226</sup> ainsi que la finalisation, par l'OCDE, d'indicateurs de « vivre mieux »<sup>227</sup>.

#### **Produit intérieur brut (PIB) et nouveaux indicateurs de prospérité (NIP) – Approches étrangères**

Si un grand nombre de pays ne semblent pas connaître de réel débat sur le PIB (États-Unis, Canada, Mexique, Corée du Sud, Singapour, Russie, Pologne, Afrique du Sud), ce débat a pris ailleurs une certaine ampleur dans le prolongement du rapport *Stiglitz*, notamment en Europe.

En Allemagne, une commission spéciale du *Bundestag* a élaboré 9 indicateurs de prospérité mais les modalités selon lesquelles ils pourraient être pris en compte restent à préciser avec le Gouvernement fédéral. Au Royaume-Uni, un programme a été initié en 2011, comportant des indicateurs de bien-être quantitatifs mais aussi des indicateurs plus subjectifs. Ces indicateurs sont mis en ligne sur un site internet et ont une portée essentiellement politique. En Italie, un rapport est publié tous les ans sur le « bien-être équitable et soutenable » mesuré à partir de 134 indicateurs regroupés en 12 domaines.

Ce débat n'est toutefois pas propre au continent européen. Israël a élaboré une série d'indicateurs permettant d'évaluer la qualité de vie, le bien-être et l'état socio-économique du pays. L'Australie a décidé de publier d'autres agrégats que le PIB pour mesurer le bien être, notamment en matière environnementale ou sociale. En Chine, la place de la croissance du PIB recule dans l'évaluation des dirigeants chinois par le parti communiste et une circulaire de 2013 appelle à la création d'indicateurs plus pertinents et individualisés, notamment en matière de développement soutenable, d'harmonie sociale ou de protection de l'environnement. Le produit régional brut et son taux de croissance ne devraient plus être les indicateurs principaux.

226. Communication COM (2009) 433 du 20 août 2009 de la commission européenne, *Le PIB et Au-delà : mesurer le progrès dans un monde en mutation*.

227. V. not. sur ces travaux, le rapport *Comment va la vie ?* (année 2013), OCDE, 12 décembre 2014.

Alors qu'elle avait été à l'initiative de certaines de ces réflexions, ce n'est qu'à la fin de l'année 2013 que la France a décidé d'introduire officiellement ces nouveaux indicateurs dans les textes applicables. Une première proposition de loi organique<sup>228</sup> a été retirée au profit d'une proposition de loi ordinaire, devenue la loi n° 2015-411 du 13 avril 2015. L'article unique de cette loi prévoit que : « *Le Gouvernement remet annuellement au Parlement, le premier mardi d'octobre, un rapport présentant l'évolution, sur les années passées, de nouveaux indicateurs de richesse, tels que des indicateurs d'inégalités, de qualité de vie et de développement durable, ainsi qu'une évaluation qualitative ou quantitative de l'impact des principales réformes engagées l'année précédente et l'année en cours et de celles envisagées pour l'année suivante, notamment dans le cadre des lois de finances, au regard de ces indicateurs et de l'évolution du produit intérieur brut. Ce rapport peut faire l'objet d'un débat devant le Parlement* ».

Contrairement au premier état du texte, la loi ne définit pas elle-même quels doivent être les indicateurs, afin notamment de pouvoir tenir compte des travaux engagés sur ce point par le CESE et France Stratégie.

Leurs propositions ont été rendues publiques le 22 juin 2015 et portent sur 10 indicateurs, dont certains ont un caractère proprement économique : inégalité de revenus (rapport de la masse des revenus détenus par les 10 % les plus riches à celle des 10 % les plus pauvres) ; climat-énergie (empreinte carbone) ; investissement (actifs productifs, physiques et incorporels, en % du Produit Intérieur Net) ; travail-emploi (taux d'emploi de la population active) ; éducation (taux de diplômés de l'enseignement supérieur parmi les 25-34 ans), santé (espérance de vie en bonne santé à la naissance) ; biodiversité (indice d'abondance des oiseaux) ; capital financier (dette des différents agents économiques non financiers, administrations publiques, entreprises, ménages, rapportée au PIB) ; gestion des ressources (taux de recyclage des déchets) ; bien-être (indicateur de satisfaction à l'égard de la vie<sup>229</sup>).

Si la discussion de la proposition de loi a donné lieu à un très large consensus sur son principe, elle a aussi montré des hésitations sur les modalités pratiques d'insertion de ces nouveaux indicateurs dans les procédures parlementaires, notamment en ce qui concerne le choix de présenter un rapport permettant de les prendre en compte concomitamment au dépôt du projet de loi de finances, mais indépendamment de l'évaluation préalable de la loi de finances.

La question des voies et moyens d'une prise en compte effective de ces nouveaux indicateurs pour compléter l'appréhension des performances économiques reste donc posée. La voie d'une insertion dans l'étude d'impact de la loi de finances mériterait d'être expérimentée. Les objectifs correspondant à ces nouveaux indicateurs auraient en outre naturellement vocation à figurer dans la stratégie économique nationale qui a été proposée (cf. proposition 12 *supra*).

---

228. Proposition de loi organique n° 1628, portant modification de la loi organique relative à la programmation et à la gouvernance des finances publiques, visant à la prise en compte des nouveaux indicateurs de richesse, déposée le 11 décembre 2013 retirée le 23 janvier 2014.

229. Indicateur collecté par *Gallup World Poll* et utilisé par l'OCDE.





**Proposition n° 14 : Moderniser le contenu et l'utilisation des agrégats économiques**

1) demander à l'INSEE de préciser le mode d'emploi des principaux agrégats économiques en tenant compte, à la fois, des usages envisagés et des marges d'appréciation liées aux précautions scientifiques nécessaires à l'élaboration de ce document ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(INSEE)

2) engager une réflexion sur la manière de valoriser dans le calcul du PIB les activités des services non marchands, notamment celles des services publics, non pas à leur prix de revient mais en tenant compte de leur valeur ajoutée effective et monétarisée ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(INSEE)

3) définir le contenu des nouveaux indicateurs mentionnés par la loi du 13 avril 2015 en tenant compte des objectifs fixés dans le document de stratégie économique nationale (voir proposition n°12) ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(INSEE et France Stratégie)

4) intégrer les résultats de ces nouveaux indicateurs dans l'évaluation préalable des lois financières.

**Vecteur** : évaluations préalables des lois financières  
(ministre des finances et des comptes publics,  
ministre des affaires sociales et de la santé)





# Quels fondements juridiques de l'action économique des personnes publiques ?

La question des fondements d'une action économique des personnes publiques et celle de sa conciliation avec le respect dû à l'initiative privée trouvent des réponses assez différentes aux trois principaux niveaux de normes.

Si les exigences constitutionnelles applicables à l'action économique sont en première analyse plus conciliantes que les exigences conventionnelles, le contrôle de constitutionnalité a néanmoins remis en cause d'importantes dispositions de politique économique (2.1). À l'inverse, les exigences des traités et du droit de l'Union n'imposent nullement de renoncer à une action économique ambitieuse, à la condition que celle-ci prenne en compte le droit européen dès sa conception. Il en va de même pour le droit international (2.2). Les normes et les principes de droit interne gagneraient enfin à évoluer afin que les personnes publiques disposent d'un cadre plus clair et plus sûr pour conduire leur action (2.3).

## 2.1. Un cadre constitutionnel souple mais dont il ne faut pas sous-estimer les exigences pour l'action économique

Le « bloc de constitutionnalité » est globalement souple et laisse une importante marge d'appréciation au Parlement en matière de législation économique (2.1.1). Cette relative souplesse ne doit pas toutefois conduire à mésestimer les exigences qui découlent du contrôle de constitutionnalité en matière économique (2.1.2). Ces exigences sont encore renforcées aujourd'hui avec la question prioritaire de constitutionnalité que les entreprises se sont largement appropriée (2.1.3).



### 2.1.1. Une constitution économique pondérée

La notion de « constitution économique »<sup>230</sup> renvoie dans une acception étroite aux dispositions constitutionnelles spécifiant le système ou le modèle économique d'un pays. Aucune disposition de ce type n'existe en France qui n'a de constitution économique qu'au sens large, c'est-à-dire des règles de niveau constitutionnel applicables dans le domaine économique (v. *infra* encadré pour les dispositions de niveau constitutionnel les plus significatives dans les pays étudiés).

#### 2.1.1.1. Des textes constitutionnels admettant largement l'action économique

##### ■ La Constitution prend en compte l'action économique

La Constitution de 1958 est d'abord un texte d'organisation des pouvoirs publics et ne comporte elle-même que peu d'éléments sur les droits substantiels. Ce constat vaut également en matière économique, même si le premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> définit la France comme une République « sociale », qualificatif qui ne détermine pas un système économique s'imposant au législateur<sup>231</sup>.

Cependant plusieurs dispositions constitutionnelles organisent et encadrent l'action économique des personnes publiques.

Ainsi, l'article 34 inclut dans le domaine de la loi, outre le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures et le régime d'émission de la monnaie (al. 6), les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé (al. 11) ainsi que le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales (al. 16).

D'autres articles autorisent le recours au référendum pour tout projet de loi portant sur des réformes relatives notamment à la politique économique<sup>232</sup>, prévoient des emplois ou fonctions pour lesquels, en raison de leur importance pour la vie économique de la Nation, la nomination par le Président de la République intervient après consultation des assemblées<sup>233</sup>, instituent un Conseil économique social et environnemental pouvant être consulté par le Gouvernement sur tout problème de caractère économique et auquel tout plan ou tout projet de loi de programme à caractère économique est soumis pour avis<sup>234</sup>.

---

230. H. Rabault, « La Constitution économique en France », *RFDC* 2000, p. 708 ; J.-B. Auby, « Quelques observations sur la Constitution économique », colloque *La Constitution économique de l'État, L'ordre constitutionnel économique, 1958-2008*, LPA, 22 janvier 2009, n° 16 ; P. Mbongo, « La neutralité économique de la Constitution à l'ère de l'intégration économique européenne et de la globalisation », *op. cit.* p.79 ; M.-L. Dussart, *Constitution et économie*, Nouvelle bibliothèque des thèses Dalloz, n° 144, 2015.

231. B. Mathieu, « La République sociale », *La République en droit français*, Economica, 1996, p. 175 s. La République sociale n'implique ni n'autorise la socialisation de l'économie (v. *infra* 2.1.1.2). Elle n'est pas même synonyme d'une « économie sociale de marché » qui s'imposerait au législateur (expression utilisée par les Traités européens, v. *infra* 2.2.1.1.).

232. Article 11 de la Constitution dans sa rédaction issue de la révision de 1995.

233. Article 13 de la Constitution dans sa rédaction issue de la révision de 2008.

234. Articles 69 à 71 de la Constitution dans leur rédaction issue de la révision de 2008.



## ■ Les déclarations des droits n'abordent qu'assez peu les libertés économiques

Se fondant sur le renvoi fait par le Préambule de la Constitution de 1958 à la déclaration des Droits de l'Homme de 1789 et au Préambule de 1946, le Conseil constitutionnel les a incorporés dans le bloc de constitutionnalité<sup>235</sup>, auquel s'est ajoutée la Charte de l'environnement de 2004<sup>236</sup>.

Selon une présentation devenue classique, ces trois textes correspondent aux trois générations de droits fondamentaux dont les inspirations ont tendance à s'équilibrer, ce qui contribue à la plasticité du cadre constitutionnel. Mais ces textes abordent, en tout état de cause, de manière assez discrète l'action économique des personnes publiques.

La déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789, d'inspiration libérale, tend à modérer l'action des personnes publiques en général. Elle proclame la liberté (art. 4) et la propriété (art. 17) afin de les protéger du pouvoir royal et de l'arbitraire, dans le contexte particulier de la Révolution, mais ne comporte pas pour autant de dispositions explicitement économiques. Ce n'est qu'en consultant les débats auxquels elle a donné lieu que l'on peut découvrir la portée que ses auteurs entendaient lui conférer, notamment pour les libertés économiques<sup>237</sup>.

Le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 est quant à lui très marqué par les préoccupations sociales qui en constituent l'inspiration majeure. Il comporte néanmoins une disposition économique très explicite qui pourrait être lue comme « *prescrivant l'interventionnisme* »<sup>238</sup> à son 9<sup>e</sup> alinéa aux termes duquel « *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* ». Mais l'inspiration de cette disposition, dont il a pu être observé qu'elle visait tout autant à préserver les missions d'intérêt général qu'à éviter que le marché soit faussé par un opérateur privé dominant, conduit à relativiser sa portée<sup>239</sup>.

La Charte de 2004 veille quant à elle à assurer la préservation de l'environnement par un certain nombre de dispositions transversales. Son article 6 mentionne néanmoins spécifiquement les questions économiques en énonçant que « *Les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles concilient la protection et la mise en valeur de l'environnement, le développement économique et le progrès social* ». Son article 5, bien que ne traitant pas quant à lui explicitement des questions économiques, a été perçu comme ayant une incidence directe sur l'action économique en consacrant le principe de précaution.

---

235. Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

236. Sa valeur constitutionnelle a été confirmée par la décision n° 2008-564 DC du 19 juin 2008 puis par la décision CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, n° 297931, GAJA n° 114, Dalloz 2013.

237. V. sur ces travaux préparatoires, R. Fraisse, « La QPC et la liberté d'entreprendre », *RJEP*, août 2011, n° 689.

238. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie*, Dalloz 1997, p. 170.

239. G. Quiot, « Service public national et liberté d'entreprendre », *Le Préambule de la Constitution de 1946, antinomies juridiques et contradictions politiques*, PUF, 1996, p. 187.



## ■ Un débat résiduel sur la nécessité de compléter les textes constitutionnels

L'absence de toute disposition constitutionnelle traitant de façon explicite des rapports entre l'État, les entreprises et l'économie de marché, a pu surprendre<sup>240</sup>.

Le débat sur l'opportunité de constitutionnaliser ces principes est toutefois resté assez circonscrit. La question n'a pas été abordée dans le cadre de la dernière révision de la Constitution en 2008<sup>241</sup>. Il n'a pas davantage pris d'ampleur dans le cadre des travaux du comité constitué en 2009 sur un éventuel enrichissement du Préambule de 1946, même si l'insertion de la liberté d'entreprendre dans les textes constitutionnels y a été évoquée<sup>242</sup>. Cette proposition, à laquelle ses promoteurs attachaient une portée essentiellement symbolique, n'a toutefois pas été retenue par le comité, qui n'a du reste proposé aucune modification du préambule.

Le débat ne s'est pas totalement éteint aujourd'hui<sup>243</sup>. Il convient de ne s'y engager qu'avec prudence. Une révision constitutionnelle à des fins purement symboliques ne présenterait pas de réelle utilité et pourrait en revanche avoir des conséquences imprévues sur les exigences constitutionnelles en matière d'action économique des personnes publiques.

### L'action économique des personnes publiques dans la Constitution : exemples étrangers

#### Allemagne

Art. 104 b : Dans la mesure où la présente loi fondamentale lui confie des compétences législatives, la Fédération peut accorder aux *Länder* des aides financières destinées aux investissements particulièrement importants des *Länder* et des communes (ou groupements de communes) lorsque ceux-ci sont nécessaires, 1. pour parer à une perturbation de l'équilibre global de l'économie, ou 2. pour compenser les inégalités de potentiel économique existant à l'intérieur du territoire fédéral, ou 3. pour promouvoir la croissance économique. / Par dérogation à la première phrase, la Fédération peut accorder des aides financières sans avoir de compétences législatives en cas de catastrophes naturelles ou de situations exceptionnelles d'urgence qui échappent au contrôle de l'État et portent des atteintes considérables à la situation des finances publiques.

240. G. Carcassonne relevait ainsi que « l'économie de marché, que permet et que traduit la liberté d'entreprendre, est consubstantiellement attachée à la société dans laquelle nous vivons. Il est assez étrange qu'aucune constitution française ne soit allée jusqu'à la proclamer formellement alors que plus personne ne remet véritablement en cause les principes de l'économie de marché », « La liberté d'entreprendre », actes du colloque *L'entreprise et le droit constitutionnel*, CREDA du 26 mai 2010, p. 80.

241. Le rapport du comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions de la V<sup>e</sup> République, centré sur l'organisation des pouvoirs publics, n'y consacre pas de développement spécifique : *Pour une V<sup>e</sup> république plus démocratique*, rapport remis le 29 juin 2007.

242. Proposition faite par L. Parisot au nom du MEDEF, v. le rapport au Président de la République : *Redécouvrir le Préambule de la Constitution*, La documentation Française, 2009, p. 160.

243. V. J. Peyrelevade, « La Constitution contre l'économie », *Revue Commentaire*, 2013/4,

### *Espagne*

*Art. 38* : La liberté d'entreprise est reconnue dans le cadre de l'économie de marché. Les pouvoirs publics garantissent et protègent son exercice et la défense de la productivité conformément aux exigences de l'économie générale et, s'il y a lieu, de la planification.

*Art. 128* : [...] 2. L'initiative publique est reconnue dans l'activité économique. Une loi pourra réserver au secteur public des ressources ou des services essentiels, tout particulièrement en cas de monopole, et décider également le contrôle d'entreprises lorsque l'intérêt général l'exigera.

*Art. 131* : 1. L'État pourra, par une loi, planifier l'activité économique générale pour veiller aux besoins collectifs, équilibrer et harmoniser le développement régional et sectoriel et stimuler la croissance des revenus et de la richesse et leur plus juste distribution.

### *Italie*

*Art. 41* : L'initiative économique privée est libre./ Elle ne peut s'exercer en opposition avec l'utilité sociale ou de manière à porter atteinte à la sécurité, à la liberté, à la dignité humaine./ La loi détermine les programmes et les contrôles nécessaires afin que l'activité économique publique et privée puisse être orientée et coordonnée à des fins sociales.

### *Pologne*

*Art. 20* : L'économie sociale de marché fondée sur la liberté de l'activité économique, sur la propriété privée et la solidarité, le dialogue et la coopération entre les partenaires sociaux, constitue le fondement du système économique de la République de Pologne.

*Art. 22* : La liberté d'exercer des activités économiques ne peut être limitée qu'en vertu de la loi et uniquement au regard d'un intérêt public important.

### *Suisse*

*Art. 27* : La liberté économique est garantie.

*Art. 94* : 1. La Confédération et les cantons respectent le principe de la liberté économique./ 2. Ils veillent à sauvegarder les intérêts de l'économie nationale et contribuent, avec le secteur de l'économie privée, à la prospérité et à la sécurité économique de la population./ 3. Dans les limites de leurs compétences respectives, ils veillent à créer un environnement favorable au secteur de l'économie privée./ 4. Les dérogations au principe de la liberté économique, en particulier les mesures menaçant la concurrence, ne sont admises que si elles sont prévues par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons.

*Art. 95* : La Confédération peut légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées.



*Art. 100* : 1 La Confédération prend des mesures afin d'assurer une évolution régulière de la conjoncture et, en particulier, de prévenir et combattre le chômage et le renchérissement./ 2. Elle prend en considération le développement économique propre à chaque région. Elle collabore avec les cantons et les milieux économiques./ 3. Dans les domaines du crédit et de la monnaie, du commerce extérieur et des finances publiques, elle peut, au besoin, déroger au principe de la liberté économique. / 4. La Confédération, les cantons et les communes fixent leur politique budgétaire en prenant en considération la situation conjoncturelle.

### *Turquie*

*Art. 166* : L'État a le devoir de planifier le développement économique, social et culturel, et en particulier le développement rapide et harmonieux de l'industrie et de l'agriculture d'une manière équilibrée sur le plan national, d'inventorier et d'évaluer les ressources nationales en vue de planifier leur utilisation productive, ainsi que de créer les structures nécessaires à ces fins [...].

*Art. 167* : L'État prend les mesures susceptibles de garantir et de promouvoir le bon fonctionnement et la régularité des marchés monétaire, de crédit, des capitaux, des biens et des services; il empêche la formation sur ces marchés de monopoles et de cartels de fait ou résultant d'une entente.

### *Russie*

*Art. 8* : 1. Dans la Fédération de Russie sont garantis l'unité de l'espace économique, la libre circulation des biens, services et moyens financiers, le soutien de la concurrence, la liberté de l'activité économique. / 2. Dans la Fédération de Russie sont également reconnues et protégées la propriété privée, d'État, municipale et les autres formes de propriété.

*Article 34* : 1. Chacun a le droit à la libre utilisation de ses capacités et de ses biens pour l'activité d'entreprise et les autres activités économiques non interdites par la loi. 2. Est interdite l'activité économique tendant au monopole et à la concurrence déloyale.

### *Chine*

*Art. 6* : 1. Le régime économique socialiste de la République populaire de Chine est fondé sur la propriété socialiste publique des moyens de production, c'est-à-dire la propriété du peuple tout entier et la propriété collective des masses laborieuses. Le régime de la propriété socialiste publique remplace le système d'exploitation de l'homme par l'homme, il applique le principe « de chacun selon ses capacités à chacun selon son travail » / 2. Durant la première étape du socialisme, l'État applique un régime économique fondé sur la propriété publique comme facteur dominant et différents secteurs de l'économie se développant côte à côte, et un système de distribution, avec la distribution selon le travail comme facteur dominant et la coexistence de plusieurs modes de distribution.

*Art. 11* : Le secteur économique individuel, le secteur privé et les autres secteurs qui n'appartiennent pas à l'économie publique qui existent dans les limites définies par la loi, constituent une composante majeure de l'économie socialiste de marché.



### *Corée du sud*

Art. 119 : 1. L'ordre économique de la République de Corée est basé sur le respect de la liberté et de l'initiative des entreprises et des particuliers dans le monde des affaires ; / 2. L'État régule et coordonne les affaires économiques de manière à maintenir une croissance stable et la stabilité de l'économie nationale, à assurer une redistribution adéquate des revenus, à prévenir les situations de domination ou d'abus de pouvoir économique sur le marché et à démocratiser l'économie en assurant l'harmonie entre les agents économiques.

### *Brésil*

Art. 173 : sauf dans les cas prévus par la présente Constitution, l'exercice direct par l'État d'une activité économique n'est permis que lorsqu'il répond à des impératifs de sûreté nationale ou d'intérêt collectif de première importance, au sens de la loi.

Art. 174 : En tant qu'agent normatif et régulateur de l'activité économique, l'État exerce, selon les formes de la loi, les fonctions de surveillance, de stimulation et de planification; cette dernière est contraignante pour le secteur public et indicative pour le secteur privé.

### ***2.1.1.2. Un droit prétorien historiquement modéré en matière économique***

L'absence de véritable « constitution économique » en France tient surtout à l'approche modérée du juge constitutionnel, qui a de longue date veillé à ne pas opposer les normes constitutionnelles aux orientations de fond des politiques économiques des majorités successives.

#### **■ Des bornes constitutionnelles assez éloignées**

La modération du juge constitutionnel en matière d'action économique s'est notamment illustrée par l'attitude qu'il a adoptée face aux mouvements qui ont affecté la taille du secteur public. Sans doute cette présentation classique survalorise-t-elle un élément parmi d'autres du contentieux constitutionnel économique<sup>244</sup>, mais les limites fixées à ce sujet par le Conseil constitutionnel sont aujourd'hui encore les « butoirs ultimes » quant aux grandes évolutions du périmètre du secteur public et donc, quant à la place de l'initiative privée dans l'économie.

La limite haute de l'action économique des personnes publiques a été tracée à l'occasion de la décision sur les nationalisations<sup>245</sup>. Le Conseil constitutionnel a en effet affirmé que les nationalisations ne devaient pas avoir pour conséquence de conduire à une socialisation de l'économie telle qu'elle remettrait en cause la liberté d'entreprendre<sup>246</sup>.

244. P. Mbongo, *op. cit.*

245. Décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982.

246. « Il existe un seuil de collectivisme au-delà duquel les gouvernants ne pourraient aller sans d'abord provoquer et obtenir une révision constitutionnelle » (G. Vedel et P. Delvolvé, *Droit administratif*, Thémis, PUF, Ed. 1992, tome 2, p. 640).



Symétriquement, lorsqu'il a examiné les privatisations votées par le Parlement en 1986, le Conseil constitutionnel, se fondant sur le 9<sup>e</sup> alinéa de la Constitution de 1946, a précisé ce que recouvraient les « *services publics nationaux* » et les « *monopoles de fait* » insusceptibles de faire l'objet d'une privatisation<sup>247</sup> et donc défini la limite basse du secteur public.

Mais ces butoirs se sont révélés eux-mêmes peu contraignants.

S'agissant des nationalisations, le contrôle de la « *nécessité publique* » susceptible de les justifier s'est montré beaucoup moins exigeant qu'en matière d'utilité publique des expropriations. Il n'a en effet porté que sur l'erreur manifeste d'appréciation et a laissé une marge importante quant au choix des entreprises concernées au regard du principe d'égalité, notamment en ce qui concerne l'exclusion des sociétés étrangères mais aussi l'inclusion des sociétés mutualistes<sup>248</sup>.

De même, s'agissant des privatisations, la jurisprudence du Conseil constitutionnel ne consacre comme réellement intangibles que les services publics dont la nécessité découle d'exigences constitutionnelles (police, justice, armée) et dont la privatisation n'a en tout état de cause jamais été envisagée. Quant aux services publics nationaux, le législateur peut les privatiser dès lors qu'il leur retire ce caractère et notamment leur monopole de droit. Enfin, la catégorie des monopoles de fait a été réduite à peu de chose par l'approche du juge constitutionnel, assez éloignée des méthodes d'analyse concurrentielles, même lorsqu'il a été confronté à la question des monopoles naturels<sup>249</sup>. Le 9<sup>e</sup> alinéa du préambule de 1946 a ainsi été largement « neutralisé »<sup>250</sup>.

#### ■ Des principes qui laissent une certaine liberté au législateur

A l'intérieur de ces bornes ultimes, le législateur garde une assez grande marge d'appréciation pour définir ce que doit être l'action économique des personnes publiques. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a en effet plutôt porté sur les modalités de mise en œuvre que sur les orientations de fond.

**La liberté d'entreprendre** occupe une place centrale et paradoxale.

Cette place centrale s'explique par le fait qu'il s'agit de l'unique composante du bloc de constitutionnalité propre au champ économique et qu'elle a été dégagée dans le contexte historique qui vient d'être rappelé. Elle a été regardée par la doctrine comme une liberté « *première* »<sup>251</sup>, « *de portée générale* »<sup>252</sup>, « *la plus large et la plus haute de toutes les libertés économiques* »<sup>253</sup>.

247. Décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986.

248. B. Genevois, « Les nationalisations et privatisations », actes du colloque *L'entreprise et le droit constitutionnel*, CREDA du 26 mai 2010, p. 92 s.

249. Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

250. V. A. Cartier-Bresson, « 'Marché', 'concurrence', 'État actionnaire'. Dits, non dits et clairs obscurs constitutionnels », actes du colloque du 3 octobre 2008, *La Constitution économique de l'État, L'ordre constitutionnel économique, 1958-2008*.

251. G. Carcassonne, *op. cit.*

252. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2014, n° 63.

253. P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, op. cit.*, n° 86.

Elle a néanmoins aussi été regardée comme une liberté incertaine, suscitant des interrogations tant sur ses sources textuelles dans la Déclaration de 1789 – on a cru pouvoir les trouver dans les articles 2 (propriété) et 4 (liberté) avant que seul ce dernier soit retenu<sup>254</sup> – que sur ses liens avec d'autres libertés comme la liberté du commerce et de l'industrie. Elle est aujourd'hui parfois rapprochée du principe de libre concurrence (qui n'a pas lui-même valeur constitutionnelle<sup>255</sup>) et du principe de liberté contractuelle.

Mais c'est surtout sur le degré de protection dont elle bénéficie aux yeux du Conseil constitutionnel que porte le débat doctrinal. Initialement, le Conseil constitutionnel avait affirmé que cette liberté n'était « *ni générale ni absolue* » et ne pouvait « *exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* », et il bornait son contrôle à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Ce contrôle restreint est désormais limité aux cas où le législateur doit la concilier avec un autre principe ou objectif de valeur constitutionnelle, le juge constitutionnel effectuant un plein contrôle lorsque le législateur limite la liberté d'entreprendre en poursuivant un simple objectif d'intérêt général ne disposant pas d'une assise constitutionnelle<sup>256</sup>.

Si **d'autres principes fondamentaux** régissent l'action économique des personnes publiques<sup>257</sup>, la jurisprudence constitutionnelle s'est montrée suffisamment flexible pour laisser des marges de manœuvre aux décideurs publics.

Il en va notamment ainsi du droit de propriété, qui couvre un champ important notamment pour les entreprises, encore accru par l'élargissement de la notion de patrimoine aux actifs immatériels. Selon une jurisprudence bien établie, les atteintes aux droits de propriété sont possibles, mais à la double condition, s'agissant des privations pures et simples de propriété, d'une nécessité publique légalement constatée et d'une juste et préalable indemnité. Les autres restrictions sont quant à elles possibles sous réserve qu'elles soient proportionnées à l'objectif poursuivi<sup>258</sup>.

De même, le principe de liberté contractuelle, dégagé progressivement<sup>259</sup>, joue un rôle considérable en matière économique, le contrat étant « *pour l'entreprise, l'instrument privilégié de son activité, l'habit juridique de son organisation et de*

---

254. La rédaction de la décision du 16 janvier 1982 avait pu faire croire qu'elle découlait au moins en partie du droit de propriété.

255. Le principe de libre concurrence peut en réalité converger avec la liberté d'entreprendre ou prolonger le principe d'égalité, v. not. décision n° 2014-434 QPC du 5 décembre 2014, *Société de laboratoires de biologie médicale Bio Dômes Unilabs SELAS* ; v. en outre sur l'idée que la libre concurrence ait pu appartenir au bloc de constitutionnalité, D. Ribes, « La concurrence saisie par le droit constitutionnel français ? », note sous CC, décision n° 2002-460 DC, *RFDC* 2003, p. 168.

256. V. R. Fraisse, *op. cit.*

257. Seules sont ici mentionnées les principales libertés en matière d'action économique.

258. V. pour une « codification » de cette jurisprudence, *infra* 2.1.3.2.

259. Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 la rattachant à la liberté de l'article 4 de la Déclaration, après un refus de la reconnaître dans sa décision n° 94-348 DC du 3 août 1994 et une première évolution dans sa décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997.



sa réalisation »<sup>260</sup>. Mais il n'est pas absolu et la jurisprudence autorise même la remise en cause des conventions légalement conclues dès lors que l'atteinte à la liberté contractuelle n'est pas excessive<sup>261</sup>.

Enfin, le principe d'égalité est très sollicité par l'action économique des personnes publiques, dans la mesure notamment où elle utilise des dispositifs ciblés sur des territoires ou des catégories d'activités ou de personnes, toutes formes de sélectivité qui suscitent des contentieux sur les distinctions ainsi opérées. Ce principe se décline en outre de manière spécifique dans certains domaines (égalité devant les charges publiques, égalité devant l'impôt, égal accès à la commande publique...). Selon une jurisprudence constante, le législateur ne méconnaît pas le principe constitutionnel d'égalité lorsqu'il règle de façon différente des situations différentes, ni même lorsqu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, dès lors qu'à chaque fois, la différence de traitement qui en résulte est en rapport direct avec l'objet de son intervention.

## 2.1.2. Un contrôle de constitutionnalité *a priori* très présent

### 2.1.2.1. Un contrôle approfondi sur l'action économique des personnes publiques

Dans le contrôle de constitutionnalité *a priori*, le juge dispose d'une plus grande liberté pour exercer son office que dans le contrôle *a posteriori* et cela a des effets notables dans le contentieux de l'action économique des personnes publiques.

#### ■ La délimitation du champ du contrôle

Dans la procédure de l'article 61 de la Constitution, le champ du contrôle n'est pas contraint par les termes de la saisine. Si le juge est tenu de répondre aux conclusions et moyens présentés, il peut aussi soulever **d'office** et de manière discrétionnaire des conclusions et des moyens portant sur des dispositions non contestées de la loi dont il est saisi<sup>262</sup>.

Ce pouvoir du juge constitutionnel a une incidence importante sur les textes économiques, souvent volumineux et traitant de très nombreuses questions, qu'il ne lui est pas toujours possible d'examiner de manière exhaustive dans le délai très bref qui lui est imparti<sup>263</sup>. Ce phénomène est paroxystique dans l'examen des textes portant sur les finances publiques (lois de finances et de financement de la sécurité sociale, initiales ou rectificatives) pour lesquelles le temps effectif dont dispose le juge constitutionnel est parfois réduit à quelques jours.

---

260. N. Molfessis, « Le contrat », *L'entreprise et le droit constitutionnel*, colloque du CREDA du 26 mai 2010.

261. V. p. ex, décision n° 2009-592 DC du 19 novembre 2009.

262. Sans qu'il soit possible, pour autant, de déduire de l'absence de moyen ou de conclusion soulevé d'office qu'une disposition ne présenterait pas de vice de constitutionnalité.

263. Un mois en principe, délai qui peut être ramené exceptionnellement à huit jours en vertu du 3<sup>e</sup> alinéa de l'article 61 de la Constitution.



Cette marge d'appréciation du juge constitutionnel sur le champ du débat contentieux se combine avec sa pratique des « **portes étroites** »<sup>264</sup>, qui permet à toute personne de lui adresser officieusement un mémoire pour contester une loi déferée par les parlementaires. Les entreprises et leurs fédérations professionnelles ont su tirer parti de cette voie pour attirer l'attention du Conseil sur des dispositions non critiquées dans la saisine parlementaire. La « porte étroite » constitue ainsi le prolongement possible des activités de lobbying conduites par ces fédérations auprès des cabinets ministériels ou des parlementaires.

### ■ *Les éléments du contrôle*

Le contrôle de constitutionnalité, contentieux objectif, est une confrontation de **norme à norme**, soumises toutes deux à l'interprétation du juge, qui en matière économique comporte d'importantes marges d'appréciation.

Les normes de référence du contentieux constitutionnel économique issues du bloc de constitutionnalité ont certes été précisées par la jurisprudence mais « *la motivation est ramassée et construite à partir de la répétition de formules jurisprudentielles acquises* »<sup>265</sup>. Comme c'est le cas de la plupart des contentieux des droits fondamentaux, les formulations restent ainsi nécessairement générales.

Or ces normes de référence sont confrontées à des dispositions contrôlées de nature technique et dont la portée effective est difficile sinon à saisir complètement, du moins à mesurer. Le juge ne peut qu'essayer de prévoir ce que pourra être leur portée dans le cadre du contrôle *a priori* : « *la constitutionnalité de la loi est examinée en elle même, en dehors de toute situation d'application pratique, le contrôle est abstrait. Tout au plus, les occurrences d'application et les conséquences de la loi sont imaginées, spéculées ou anticipées* »<sup>266</sup>.

En outre, la confrontation norme à norme fait une place de plus en plus importante à un troisième facteur qui est **l'objectif poursuivi par le législateur**.

Le juge contrôle en effet la loi non plus seulement par rapport au principe ou à la règle constitutionnelle mais compte tenu du but que le législateur se propose d'atteindre, dont certains commentateurs estiment qu'il est devenu le véritable « *centre de gravité du contrôle de constitutionnalité* »<sup>267</sup>.

Or, les buts que le législateur poursuit ne sont pas toujours éclairés par les travaux préparatoires. Il revient alors au juge constitutionnel d'y suppléer en cherchant lui-même à identifier ces objectifs pour les besoins de son contrôle<sup>268</sup>. Dès lors

264. Selon l'expression de G. Vedel, « Excès de pouvoir législatif et excès de pouvoir administratif », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 1, décembre 1996.

265. G. Canivet, « Réflexions sur la rareté et l'abondance, introduction au débat sur les multiples facettes de la constitutionnalité », *L'entreprise et le droit constitutionnel*, colloque du CREDA du 26 mai 2010.

266. G. Canivet, *ibid.*

267. J.-B. Duclercq, *Les mutations du contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Thèse Paris 1, 2014. Prix de thèse 2015 du Conseil constitutionnel ; à paraître dans la coll. « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique » LGDJ-Lextenso.

268. J.-B. Duclercq, *ibid.*



que l'examen de ces objectifs commande dans bien des cas l'issue du contrôle, le législateur doit en garder la maîtrise en les énonçant explicitement dans le cadre des travaux préparatoires et en veillant à ce que le dispositif destiné à les atteindre soit cohérent avec eux.

Ce point doit être vérifié dans l'étude d'impact pour les projets de loi. Pour les propositions de loi et les dispositions introduites ou modifiées lors du débat parlementaire, il importe que ces objectifs soient précisés en commission ou en séance publique.

### ■ *La modulation des techniques de contrôle*

Depuis les années 2000, le Conseil constitutionnel privilégie de plus en plus un contrôle de « proportionnalité », vocable générique qui recouvre un grand nombre de techniques de contrôle de nature et de portée assez diverses.

Il ne s'agit ni de l'équivalent du plein contrôle de proportionnalité pratiqué par le juge administratif, ni du contrôle des disproportions manifestes dont l'appréciation du législateur est susceptible d'être entachée. Il s'agit davantage d'une mise en œuvre non systématique du « triple test » utilisé par les juridictions européennes, qui porte successivement sur l'adéquation de la mesure (caractère approprié ou non de la mesure à l'objectif poursuivi), la nécessité de la mesure (c'est-à-dire en particulier l'absence de recours possible à une mesure moins rigoureuse pour atteindre l'objectif) et sa proportionnalité stricto sensu (existence d'un équilibre entre les avantages attendus de la mesure et les contraintes qu'elle fait peser sur ses destinataires<sup>269</sup>).

Ce contrôle est par ailleurs **très approfondi et plus exigeant**, notamment sur la question de l'adéquation de la mesure à l'objectif poursuivi, lequel n'est toutefois pas lui-même contrôlé, le juge s'abstenant d'apprécier le mérite constitutionnel d'un objectif d'intérêt général<sup>270</sup>.

Le contrôle de constitutionnalité des dispositifs économiques prend donc désormais en compte de nombreux paramètres, y compris « *les particularités de la situation que le législateur met en présupposé de la règle de droit, voire qui sous-tend l'intervention législative* »<sup>271</sup>. Il s'attache aux différents effets potentiels du dispositif et porte sur l'ensemble de la mesure examinée, sa logique, ses mécanismes, ses justifications et ses conséquences.

Le législateur doit ainsi être en mesure, au stade du débat constitutionnel, de justifier rationnellement, chiffres et statistiques à l'appui, les choix de politique économique que traduit le texte déféré.

---

269. Sur l'ensemble de cette grille, v. R. Fraisse, « Le Conseil constitutionnel exerce un contrôle conditionné, diversifié et modulé de la proportionnalité », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, p. 74s. ; v. aussi V. Goesel-Lebihan, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel : présentation générale », *LPA*, 5 mars 2009, n° 46, ainsi que « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, (Dossier : Le réalisme en droit constitutionnel) », juin 2007, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 22, juin 2007.

270. D. Rousseau, *Contentieux constitutionnel*, 10<sup>e</sup> éd., 2013, p. 449.

271. N. Molfessis, *op.cit.*



### ***2.1.2.2. Le risque d'inconstitutionnalité des textes économiques doit être mieux pris en compte***

#### **■ La résonance particulière des déclarations d'inconstitutionnalité en matière économique**

L'histoire du contrôle de constitutionnalité a été marquée par des déclarations spectaculaires d'inconstitutionnalité portant sur des **aspects majeurs de la politique économique** du Gouvernement et du Parlement.

Ces déclarations se sont principalement fondées sur l'atteinte au principe d'égalité en matière fiscale et ont porté sur la réduction dégressive de CSG et de CRDS au bénéfice des personnes à faibles revenus<sup>272</sup> ; l'extension de la taxe générale sur les activités polluantes à l'énergie fossile et à l'électricité<sup>273</sup> ; le crédit d'impôt à raison des intérêts d'emprunts contractés antérieurement à la loi qui l'instituait pour la construction ou l'acquisition de l'habitation principale<sup>274</sup> ; la contribution carbone eu égard aux exemptions qu'elle prévoyait<sup>275</sup> ; la contribution exceptionnelle de solidarité dite « taxe à 75 % »<sup>276</sup> ou encore la réduction dégressive de cotisations salariales de sécurité sociale pour les faibles revenus<sup>277</sup>.

Plus symboliques encore, car affectant directement la place reconnue à l'action économique des personnes publiques par rapport aux intérêts privés et notamment ceux des entreprises, les annulations fondées sur l'atteinte à la liberté d'entreprendre sont peu nombreuses mais très significatives. C'est ainsi que le Conseil a déclaré contraires à la Constitution la restriction apportée par le législateur aux possibilités de licenciement économique<sup>278</sup> et, plus récemment, les dispositions relatives au refus de cession d'un établissement en cas d'offre de reprise ainsi que la pénalité en cas de non-respect de l'obligation de recherche d'un repreneur<sup>279</sup>.

Ces annulations ont une **résonance** qui parasite l'analyse de leur portée effective.

Compte tenu de sa temporalité (il est exercé immédiatement après le débat parlementaire) et de son mode de saisine (réservée en droit à des autorités politiques et maîtrisée en fait par l'opposition), le contrôle de constitutionnalité *a priori* s'inscrit dans un contexte souvent sensible.

Les décisions du Conseil constitutionnel ont ainsi un impact médiatique souvent sans rapport avec les motifs de la décision et soulèvent, notamment en matière économique, des commentaires parfois passionnés sur la légitimité de la décision qui limitent la capacité à comprendre et à analyser précisément les motifs et la portée des déclarations d'inconstitutionnalité<sup>280</sup>.

272. Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000.

273. Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000.

274. Décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007.

275. Décision n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009.

276. Décision n° 2012-662 DC du 29 décembre 2012.

277. Décision n° 2014-698 DC du 6 août 2014.

278. Décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002.

279. Décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, fondée également sur l'atteinte au droit de propriété.

280. Y compris parfois par la doctrine juridique elle-même, v. not. pour un cas récent



## ■ Mieux intégrer le risque constitutionnel au processus de décision

Une meilleure prise en compte des exigences constitutionnelles dans la conduite de l'action économique s'impose.

Au titre des **mesures préventives**, il importe d'abord de consacrer le temps nécessaire à l'examen des questions de constitutionnalité en amont de l'adoption définitive des textes par le Parlement. Cet examen est organisé pour les projets de loi, même s'il ne permet pas d'éviter toute déclaration d'inconstitutionnalité. Mais il ne l'est pas pour les amendements auxquels le Gouvernement recourt de manière croissante, directement ou par l'intermédiaire de parlementaires, pour compléter son projet initial par des dispositions qui lui tiennent à cœur mais dont il n'a pas toujours suffisamment expertisé la conformité à la Constitution. Outre les réserves qu'elle inspire quant à l'esprit de l'article 39 de la Constitution, cette pratique accroît le risque constitutionnel, surtout lorsqu'il s'agit de dispositions de portée économique.

Lorsqu'un dispositif proposé au Parlement ne figure pas dans un projet de loi, il est toujours possible de le soumettre pour avis au Conseil d'État soit dans le cadre de la procédure du 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 39 de la Constitution (propositions de loi) soit en application de l'article L. 112-2 du code de justice administrative (amendements).

### **Proposition n° 15 : Mieux prévenir le risque de déclarations d'inconstitutionnalité des textes économiques dans le cadre du contrôle *a priori***

1) énoncer explicitement, au moins dans les travaux préparatoires de la loi, les objectifs qu'elle entend poursuivre pour chacun de ses éléments significatifs en veillant à leur cohérence avec le dispositif retenu, dans la perspective du contrôle de constitutionnalité dont elle pourra faire l'objet ;

**Vecteur :** *prises de positions du Gouvernement lors de l'examen des projets et des propositions de lois au Parlement (SGG en liaison avec les ministères concernés)*

2) procéder à un examen approfondi de la conformité constitutionnelle des dispositions relatives à l'action économique des personnes publiques figurant dans des propositions de loi ou dans les amendements ; en cas de difficulté particulière, solliciter l'avis du Conseil d'État.

**Vecteur :** *action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État (SGG et les ministres concernés, Conseil d'État)*

Les principales difficultés surgissent toutefois après la **déclaration d'inconstitutionnalité**.

Même si ces décisions ne remettent pas en cause l'objectif de la mesure mais seulement les modalités retenues pour l'atteindre, l'élaboration d'un dispositif de remplacement s'avère le plus souvent délicate.

---

J.-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », D. 2014, p.1101 s. et, en réponse, L. Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? Retour sur une critique récente de la jurisprudence du Conseil constitutionnel », D. 2014, p. 1287s.



Celui-ci ne peut se borner à reprendre dans un nouveau texte la substance du dispositif jugé inconstitutionnel, en en modifiant certains détails ou la présentation, comme le législateur en a eu quelquefois la tentation. Une telle reprise s'expose alors à une nouvelle décision d'inconstitutionnalité, cette fois pour méconnaissance de l'autorité de la chose jugée<sup>281</sup>.

Pour concevoir un dispositif exempt des vices ayant motivé la déclaration d'inconstitutionnalité, le législateur dispose en premier lieu de l'analyse de la décision contenue dans son commentaire aux « cahiers du Conseil constitutionnel », qui livre généralement des indications précieuses.

Lorsqu'il résulte de cette analyse que la décision n'appelle que des modifications aisées à intégrer dans la loi examinée et que la promulgation de celle-ci peut être reportée de quelques semaines, il est possible de recourir à une nouvelle délibération dans le cadre du second alinéa de l'article 10 de la Constitution<sup>282</sup>, laquelle peut porter uniquement sur les dispositions déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel<sup>283</sup>.

Lorsque la difficulté constitutionnelle affecte la substance même de la mesure ou intervient après plusieurs annulations successives de diverses options, le Premier ministre peut solliciter l'avis du Conseil d'État sur les conséquences à en tirer, soit dans le cadre d'un projet de loi nouveau comportant les dispositions ayant cet objet, soit à l'occasion d'une demande d'avis sur une question de droit (comme il a été fait pour la taxe dite « à 75 % »)<sup>284</sup>. Pour compléter utilement ce travail d'expertise juridique et rapprocher les points de vue sur le fond de la mesure, les différentes options de remplacement peuvent être soumises à l'avis d'un groupe de travail associant les représentants de l'État et du Parlement aux milieux professionnels intéressés.

Au-delà du dispositif directement mis en cause par l'annulation, il faut enfin analyser dans des délais brefs ses éventuelles conséquences pour les autres mécanismes existants (notamment pour prévenir d'éventuelles QPC, v. *infra*) ou à l'étude, les raisonnements du juge constitutionnel en matière économique étant souvent transposables d'un dispositif à l'autre.

---

281. V. not., à propos de l'intégration, dans les revenus pris en compte en matière d'ISF et IR, de certains revenus de bons ou de contrats de capitalisation (Décision n° 2013-685 DC du 29 décembre 2013, considérants 10 s.). La répétition de tels procédés a conduit le président du Conseil constitutionnel à les dénoncer publiquement (J.-L. Debré, discours de vœux au Président de la République, 6 janvier 2014).

282. Art. 10 de la Constitution : « *Le Président de la République promulgue les lois dans les quinze jours qui suivent la transmission au Gouvernement de la loi définitivement adoptée. / Il peut, avant l'expiration de ce délai, demander au Parlement une nouvelle délibération de la loi ou de certains de ses articles. Cette nouvelle délibération ne peut être refusée.* ».

283. Décision n° 85-197 DC du 23 août 1985. Cette procédure n'a été mise en œuvre que très rarement (v. pour un exemple, le décret du 4 avril 2003 soumettant l'article 4 de la loi relative à l'élection des conseillers régionaux et des représentants au Parlement européen ainsi qu'à l'aide publique aux partis politiques à une nouvelle délibération à la suite de la décision du Conseil constitutionnel n° 2003-468 DC du 3 avril 2003).

284. Dont le sens a été rendu public par le communiqué de presse des ministres de l'économie et des finances du 22 mars 2013.



**Proposition n° 16 : Mieux évaluer les conséquences à tirer des déclarations d'inconstitutionnalité portant sur des textes économiques en procédant à une analyse complète des conséquences de ces décisions sur d'autres dispositifs existants ou à venir et en sollicitant si nécessaire l'avis du Conseil d'État.**

**Vecteur :** action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État  
(SGG, ministres concernés, Conseil d'État)

### **2.1.3. Un contrôle rendu plus exigeant par la question prioritaire de constitutionnalité**

L'introduction le 1<sup>er</sup> mars 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC)<sup>285</sup> a renforcé l'emprise du contrôle de constitutionnalité sur l'action économique des personnes publiques<sup>286</sup>.

#### **2.1.3.1. L'essor du procès constitutionnel économique**

##### **■ Une voie de droit particulièrement profitable aux entreprises**

Jusqu'à l'introduction de la QPC les entreprises ne regardaient qu'avec distance le contrôle de constitutionnalité, alimentant une forme « d'indifférence réciproque » du droit constitutionnel et du droit des affaires<sup>287</sup>. Cette nouvelle voie de droit a changé substantiellement la donne.

La QPC a d'abord changé le regard des entreprises sur l'utilité du contrôle de constitutionnalité pour la défense de leurs intérêts.

L'utilité d'une contestation est en effet beaucoup plus perceptible dans le cadre d'une QPC que dans le contrôle *a priori*. Tant qu'une disposition n'est pas concrètement appliquée, il est difficile à une entreprise de mesurer ses conséquences pour son activité. Il en va tout autrement avec le contrôle *a posteriori*, qui permet de contester des dispositions au moment où il en est fait application et où elles créent un dommage ou nuisent à un intérêt économique.

Les entreprises trouvent par ailleurs dans le débat de constitutionnalité une place qui leur était refusée jusqu'ici. Si des « portes étroites » (v. *supra*) étaient ouvertes au cours du contrôle *a priori*, elles n'avaient rien d'officiel. Au contraire, la QPC permet aux entreprises d'agir contre une disposition qui leur semble inconstitutionnelle et de défendre leurs intérêts directement devant le Conseil constitutionnel.

Mais la QPC permet aussi au monde économique d'intervenir dans le débat de constitutionnalité.

285. Article 61-1 de la Constitution, introduit par l'article 29 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la V<sup>e</sup> République ; loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution.

286. V., sur ce thème, la contribution d'Yves Gaudemet, *infra* p. 267.

287. J.-E. Gicquel, « Droit constitutionnel et droit des affaires, la convergence juridique encouragée par la QPC », *LPA*, 20 septembre 2011, n° 194.



L'admission des « interventions » est nouvelle et constitue le versant officiel, dans le contrôle *a posteriori*, des « portes étroites » du contrôle *a priori* : « *C'est cela finalement la véritable révolution. La société civile intervient dans le débat de constitutionnalité. Les acteurs économiques ont pris sur la loi, non plus selon des processus d'influence au moment de son élaboration ou de sa modification mais par une voie de droit et un processus juridictionnels, dans un espace de discussion organisé, dans un rapport de droit et non plus dans un jeu d'influence* »<sup>288</sup>.

La QPC change le rapport de force entre les entreprises et les personnes publiques : « *La position des acteurs économiques dans le débat de constitutionnalité est considérablement modifiée. Exclue du mécanisme de contrôle préalable, ils jouent un rôle considérable dans le contrôle a posteriori. Ils choisissent la question, ils la préparent, ils la formulent, ils déterminent le moment de la soulever et ils sélectionnent l'affaire à partir de laquelle elle est posée. Ils l'utilisent dans une stratégie précontentieuse puis contentieuse. Le moyen tiré des droits fondamentaux devient un instrument du procès. La question de constitutionnalité peut être l'arme d'une contre-politique notamment économique* »<sup>289</sup>.

La publicité de la QPC y contribue : « *Le débat est public. Il est même visible en temps réel sur l'internet. La discussion de constitutionnalité devient un forum ; elle peut être préalablement débattue dans les médias – pour ne pas dire préparée dans l'opinion – et développée dans toutes ses implications juridiques, économiques et sociales* »<sup>290</sup>.

#### ■ Un débat constitutionnel de plus en plus présent dans le contentieux économique

Les entreprises ont donc tendance à privilégier comme voie de droit la QPC qui présente en plus l'avantage de garantir un jugement définitif dans des délais raisonnables.

La QPC est ainsi devenue une arme essentielle dans le procès économique, dont se sont emparés les services juridiques des grandes entreprises et les cabinets d'avocats d'affaires<sup>291</sup>.

La place des questions de constitutionnalité dans le contentieux économique s'en trouve accrue. Jusqu'alors, l'application de la théorie de la « loi écran » avait eu pour effet de réduire à très peu de chose l'application directe des libertés économiques par les juridictions judiciaires dans les litiges touchant à la vie des affaires. Si le juge administratif avait quant à lui davantage l'occasion d'assurer le respect de ces droits dans son contrôle de la réglementation de l'activité économique, il ne s'agissait pas d'un élément central de son activité contentieuse<sup>292</sup>.

288. G. Canivet, *op. cit.*

289. *Ibid.*

290. *Ibid.*

291. V. R. Badinter, « Réflexions conclusives », actes du colloque *L'entreprise et le droit constitutionnel*, CREDA du 26 mai 2010, p. 134s.

292. Le juge administratif en connaît notamment dans le contentieux des règlements de l'article 37 de la Constitution, des ordonnances de l'article 38 de la Constitution, ainsi que dans le contentieux des autres actes réglementaires lorsque le vice de constitutionnalité réside



Avec la QPC au contraire, les deux juges suprêmes sont régulièrement confrontés à l'application du droit constitutionnel économique, soit qu'ils renvoient l'affaire au Conseil constitutionnel, soit qu'ils statuent eux-mêmes sur le bien-fondé de la question, le juge ordinaire devenant le premier juge de la constitutionnalité<sup>293</sup>.

### 2.1.3.2. *L'approfondissement du procès constitutionnel économique*

L'ouverture de cette nouvelle voie de droit n'a pas entraîné un bouleversement du contrôle de constitutionnalité économique mais elle contribue très directement à son approfondissement. La QPC a conduit à une consolidation des droits et libertés économiques, à leur application à un nombre accru de normes et à un contrôle plus concentré et contextualisé que dans le cadre du contrôle *a priori*.

#### ■ *La consolidation des normes de référence*

La QPC n'a pas bouleversé l'ordonnancement des normes de fond ni permis de dégager de nouveaux principes, mais elle a conduit le Conseil constitutionnel à préciser ou compléter la définition de certains des droits et libertés économiques, dont la liberté d'entreprendre.

Alors que le contenu précis de la **liberté d'entreprendre** faisait encore l'objet d'un débat doctrinal, le Conseil constitutionnel en a enrichi et précisé la définition en réponse à une question prioritaire de constitutionnalité qui lui avait été renvoyée par le Conseil d'État au sujet de l'obligation d'affiliation à une corporation d'artisans en Alsace-Moselle. Il a ainsi jugé que : « *la liberté d'entreprendre comprend non seulement la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique mais également la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité ; que, par suite, la circonstance que l'affiliation à une corporation obligatoire ne conditionne pas l'exercice d'une profession mais en découle, n'a pas pour effet de rendre inopérant le grief tiré de l'atteinte à la liberté d'entreprendre* »<sup>294</sup>.

Dès les premiers mois de la QPC, le Conseil constitutionnel a en outre précisé les limites de cette liberté, en dégagant la notion « *d'ordre public économique* » laquelle peut justifier qu'il soit porté atteinte à la liberté des entreprises<sup>295</sup>.

Le Conseil constitutionnel a également eu l'occasion, statuant sur une QPC, d'énoncer pour la première fois, dans un considérant synthétique, les exigences découlant du **droit de propriété** en jugeant, après avoir rappelé les termes des articles 2 et 17 de la déclaration des droits de l'homme : « *qu'en l'absence de*

---

non dans la loi appliquée, mais dans le texte réglementaire contesté (théorie de « l'écran transparent » ; v. par ex. CE, 27 octobre 2011, *CFDT*, n° 343943 ; v. aussi CE, Ass. 12 juillet 2013, *Féd. Nat. de la pêche en France*, n° 344522).

293. En termes chronologiques tout du moins. Il est aussi, également au plan chronologique, le dernier juge de la constitutionnalité, puisqu'il lui revient toujours de tirer les conséquences concrètes sur le litige des décisions rendues par le Conseil constitutionnel après renvoi, le cas échéant, à la lumière des précisions qui ont été apportées par le Conseil constitutionnel s'agissant des effets dans le temps de sa décision.

294. Décision n° 2012-285 QPC du 30 novembre 2012.

295. Décision n° 2011-126 QPC du 13 mai 2011, même si une décision de 2010 avait préfiguré cette évolution (V. ensuite pour une autre illustration, décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012). V. G. Eckert, « Quelle place pour la libre concurrence », *RJEP* 718, avril 2014.



*privation du droit de propriété, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les limites apportées à son exercice doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à l'objectif poursuivi »<sup>296</sup>.*

Les exigences en matière d'**incompétence négative** ont également été précisées en matière économique dans le cadre de la QPC. Après avoir jugé dans un litige fiscal qu'une telle incompetence était invocable dans le cadre d'une QPC dans le cas où est affecté un droit ou une liberté que la Constitution garantit<sup>297</sup>, le Conseil constitutionnel en a fait une application importante en la combinant au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre et à la liberté de communication en matière de noms de domaines. Il a en outre, à cette même occasion, précisé le champ des « *obligations civiles et commerciales* » relevant de la compétence du législateur<sup>298</sup>.

### ■ *L'extension des normes soumises à contrôle*

En dépit de leur caractère souvent « clivant », les textes économiques ne sont pas tous déferés au juge constitutionnel dans le cadre du contrôle *a priori*. Il en est allé ainsi des 144 articles de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (NRE) ou encore des 175 articles de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME). La possibilité ouverte de contester ces textes *a posteriori* constitue une « voie de **rattrapage** » largement utilisée. La QPC a permis aussi de soumettre au contrôle de constitutionnalité des textes antérieurs à 1971 qui n'avaient pu faire l'objet d'un examen au regard des normes intégrées depuis lors au bloc de constitutionnalité. Cette voie de rattrapage peut également être mise en œuvre très rapidement après la promulgation d'une loi, comme vient de l'illustrer la décision du Conseil constitutionnel le 17 juillet 2015 qui annule partiellement, sur le terrain de l'atteinte excessive à la liberté d'entreprendre, des dispositions du code de commerce issues de l'article 20 de la loi du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire<sup>299</sup>.

La possibilité de contester la loi même après une première déclaration de conformité à la Constitution en cas de **changement de circonstances** est également un facteur important de réouverture du contrôle<sup>300</sup>.

La QPC, contrairement au contrôle *a priori*, permet de contrôler la loi en fonction de l'**interprétation constante** qu'en donnent les juridictions. Ainsi, de manière indirecte mais certaine, le Conseil constitutionnel est amené à contrôler la

296. Décision n° 2010-60 QPC du 12 novembre 2010, v. not. S. Brameret, « Le droit de propriété face à la QPC », *RJEP* n° 722, août 2014, comm. 37.

297. Décision n° 2010-5 QPC du 18 juin 2010 ; v. aussi. sur les suites de cette jurisprudence, J. Arrighi de Casanova « Quel avenir pour la jurisprudence *Kimberly Clark* ? », (Dossier : L'incompétence en droit constitutionnel), *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 46, janvier 2015, pp. 29-40.

298. Décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010.

299. Décision n° 2015-476 QPC du 17 juillet 2015 concernant la nullité de la cession d'une participation majoritaire dans une société intervenue en méconnaissance de l'obligation d'information des salariés.

300. V. sur l'interprétation étroite des changements de circonstances, P. Collin « Le Conseil constitutionnel, juge de l'impôt en 61 et 61.1 : différences et ressemblances », (Dossier : Le Conseil constitutionnel et l'impôt), *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 33, octobre 2011, p. 27.



conformité à la Constitution de la jurisprudence rendue par les juges administratifs et judiciaires<sup>301</sup>. Ce contrôle revêt une grande importance pratique en matière économique. C'est ainsi, par exemple, que la définition donnée par la Cour de cassation de la notion d'entreprise publique a été soumise à un contrôle minutieux du juge constitutionnel qui l'a approuvée sur le fond, tout en constatant qu'elle n'était pas de nature à pallier l'incompétence négative du législateur<sup>302</sup>.

Ce faisant, ce sont les **pratiques administratives** qui se trouvent indirectement soumises au contrôle de constitutionnalité.

Les risques résultant de l'inclusion de telles pratiques dans le contrôle par la voie de la QPC sont en principe examinés lors de la préparation des textes d'application des lois, examen effectif lorsque ceux-ci sont soumis à l'avis du Conseil d'État (décrets en Conseil d'État). Une attention renforcée doit être apportée de ce point de vue aux autres textes d'application instituant ou réformant des dispositifs relatifs à l'action économique des personnes publiques (décrets simples, arrêtés), de même qu'aux textes se présentant comme une simple interprétation de la loi (circulaires, dans le domaine fiscal ou dans d'autres domaines de l'action économique), dont les conséquences peuvent être sous-estimées. Pour les cas les plus délicats, la saisine du Conseil d'État sur les questions de droit se rapportant à un projet de texte ne relevant pas en principe de sa compétence peut être opportune.

**Proposition n° 17 : Mieux prévenir les QPC en matière économique**

1) procéder à un examen systématique, lors de l'élaboration des décrets simples et des arrêtés, des conséquences qui pourraient en être tirées dans le cadre d'une QPC contre la disposition législative dont ils font application ; solliciter si nécessaire l'avis du Conseil d'État ;

**Vecteur** : action du Gouvernement, saisine du Conseil d'État

2) procéder à un examen du même type pour les circulaires de portée significative.

**Vecteur** : action du Gouvernement, saisine du Conseil d'État  
(SGG et les ministres concernés ; Conseil d'État)

■ **La concentration et la contextualisation du contrôle**

Contrairement à ce qu'il en est dans le cadre du contrôle *a priori*, où la complexité et le volume des textes, des mémoires parlementaires parfois peu techniques et des délais d'examen très brefs empêchent le juge constitutionnel de mener un contrôle très approfondi des lois déferées, la QPC réunit tous les éléments pour permettre un contrôle plus poussé.

Les conclusions sont d'abord strictement circonscrites par la décision de renvoi. Le Conseil constitutionnel focalise ainsi son attention sur des dispositions précisément identifiées et ayant déjà fait l'objet d'un premier examen au stade du filtre par une juridiction suprême.

301. Non sans résistance de la Cour de cassation, mais le Conseil constitutionnel a retenu une analyse différente (décision n° 2010-39 QPC du 6 octobre 2010).

302. Décision n° 2013-336 QPC du 1<sup>er</sup> août 2013.



Les moyens sont par ailleurs plus ciblés et mieux articulés. Seuls ceux tirés d'une atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution peuvent être utilement soulevés, ce qui exclut notamment des moyens de procédure (méconnaissance des règles applicables au droit d'amendement) qui tiennent une place significative dans le contrôle *a priori*. L'argumentation est par ailleurs plus précise que dans le contrôle *a priori*, les parties produisant des écritures très nourries, aidées en cela par des conseils à la fois « *spécialisés et imaginatifs* »<sup>303</sup>. Le « jeu » du débat contradictoire y contribue aussi beaucoup, en permettant des échanges plus approfondis sur les points les plus discutés. Si le Conseil peut se saisir d'office de moyens, cette hypothèse est de fait très rare compte tenu, précisément, de la richesse du débat qui se noue devant lui.

Le contrôle est d'autre part beaucoup plus « **contextualisé** ».

Certes, le débat porte sur la question de droit et non sur le procès qui la suscite, mais celui-ci informe le juge constitutionnel sur les tenants et aboutissants de la question posée et lui permettent de mieux « incarner » son analyse : les motifs mêmes de ses décisions s'en ressentent<sup>304</sup>. Il lui est d'ailleurs possible d'auditionner des experts<sup>305</sup>, ce qui témoigne là encore d'une forme d'approfondissement du contrôle.

La QPC a ainsi considérablement accru la place du droit constitutionnel dans le contentieux économique. Elle a aussi concouru à la constitutionnalisation du droit des entreprises que sa complexité limitait dans le cadre du contrôle *a priori*<sup>306</sup>.

Cette évolution n'a pas conduit à l'inflexion que certains avaient pu envisager<sup>307</sup> dans l'orientation de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, qui reste compréhensive à l'égard de l'action économique des personnes publiques. Si l'intensification du contrôle est sensible, elle a jusqu'ici davantage conduit à « affiner »<sup>308</sup> les règles qu'à en modifier le contenu.

Il n'est toutefois pas certain qu'une telle inflexion ne se produise pas à l'avenir<sup>309</sup>. La QPC plaçant les moyens de constitutionnalité sur un plan procédural proche de celui des moyens de conventionalité dans le contentieux économique, le fond du droit constitutionnel tend à se rapprocher de plus en plus des exigences conventionnelles, notamment en matière économique.

---

303. V. P. Collin, *op. cit.*

304. G. Canivet, *op. cit.*

305. Art. 6 du Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité.

306. Confirmant la prédiction de R. Badinter, *op. cit.*

307. V. G. Parléani, « La QPC et le droit des affaires de l'Union européenne », QPC et droit des affaires, premiers regards, *LPA*, 29 septembre 2011, n° 194, p. 17-24 ; J.-É. Gicquel, « Droit constitutionnel et droit des affaires : la convergence juridique encouragée par la QPC », même revue, p. 3-10 ; A. Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 718, avril 2014.

308. V. not. R. Fraisse, *op. cit.*

309. Par ex. dans l'exploitation qui pourrait être faite, en QPC, des positions prises par les régulateurs, notamment l'Autorité de la concurrence au sujet des textes législatifs sur lesquels elle rend un avis en matière de restrictions législatives à la concurrence : M. Lombard, « Pour un nouvel usage des QPC en matière de concurrence », *RJEP*, mars 2013.



## 2.2. Des normes conventionnelles plus structurantes que contraignantes en matière économique et dont il est possible de mieux tirer parti

La place des normes conventionnelles en matière d'action économique s'accroît régulièrement depuis plus de trente ans, principalement du fait du droit de l'Union européenne, porté par la dynamique de l'intégration toujours plus forte du marché unique<sup>310</sup>. Souvent perçu comme hostile par principe à l'action économique des personnes publiques, ce droit n'en récuse pourtant pas la légitimité, même s'il repose sur des principes et des grilles d'analyse assez différents de ceux du droit interne (2.2.1). Les personnes publiques doivent s'appropriier ces règles pour en tirer le meilleur profit mais aussi s'engager dans un dialogue constructif avec les institutions européennes pour prévenir les difficultés (2.2.2).

Un nombre croissant de normes internationales s'appliquent par ailleurs à l'action économique publique, dont la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, de plus en plus souvent invoquée dans le contentieux économique (2.2.3).

### 2.2.1. Bien qu'imprégné par l'idée de marché, le droit de l'Union admet la légitimité d'une action économique des personnes publiques

#### 2.2.1.1. Un droit relativement équilibré

##### ■ La « constitution économique » de l'Union et son évolution

Si l'on peut hésiter à parler de « constitution économique » pour la France, l'hésitation n'est pas permise pour les traités européens dont les dispositions relatives aux orientations et aux politiques de l'Union européenne ont pour objet et pour effet d'en fixer la constitution économique<sup>311</sup>, ce qui leur a été reproché lorsque ces éléments ont été formellement repris dans le projet de Constitution pour l'Europe.

La place de l'économie dans les traités est consubstantielle au projet européen. Puisant son inspiration dans les « solidarités de fait » évoquées par la Déclaration Schuman du 9 mai 1950, l'Europe s'est construite par l'intégration économique des États membres avant comme après le Traité de Rome du 25 mars 1957<sup>312</sup>.

310. Le droit de l'Union européenne ne connaît pas de véritable équivalent dans les autres intégrations régionales, qu'il s'agisse par exemple de l'ALENA (Amérique du Nord), du Mercosur (Amérique du Sud), de l'ASEAN (Asie du Sud-Est)... Les règles instituées par ces traités n'ont qu'un impact limité sur l'action économique des personnes publiques dans les différents pays concernés.

311. G. Farjat, « La Constitution économique de l'Europe et le couplage droit-économie », *La constitution économique de l'Union européenne*, Editions Bruylant, septembre 2008. V. aussi H. Rabault, *op. cit.* V. P. Mbongo, *op. cit.*

312. C'est l'idée originelle de la CECA (Traité de Paris du 18 avril 1951) à laquelle, après l'échec de la démarche plus politique de la CED (Traité du 27 mai 1952, rejeté par l'Assemblée nationale





Le Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007 n'a pas remis en cause le caractère essentiellement économique de l'Union<sup>313</sup>. Dans ce contexte de construction progressive d'un marché sans frontières intérieures reposant lui-même sur la définition de règles communes, l'action économique propre des personnes publiques a pu être perçue comme remettant en cause les principes même du processus d'intégration européenne, tant dans leur fonction de réglementation de l'activité des acteurs économiques que lorsqu'elles agissent en tant qu'opérateurs de marché.

Les textes ont toutefois **peu à peu évolué**, notamment dans les objectifs qu'ils entendent poursuivre en tempérant la primauté du marché et de la concurrence qui pouvait ressortir des premiers traités. À la suite du débat qui a surgi sur la concurrence « *libre et non faussée* » auquel faisait référence le traité établissant une Constitution pour l'Europe<sup>314</sup> et du rejet de ce projet lors du référendum du 29 mai 2005, les grands principes ont été réécrits, notamment à l'initiative de la France.

Les dispositions économiques des 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> considérants du Traité sur l'Union européenne (TUE) issues du Traité de Lisbonne suggèrent un nouvel équilibre qui se traduit à son article 3 : « 3. *L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique* ».

La concurrence est toujours un objectif, mais moins emblématique : la référence au « *principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » est cantonnée dans les articles 119 et 120 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), celle à la concurrence « *non faussée* » dans le protocole n° 27 sur le « marché intérieur et la concurrence ».

#### ■ Une place prépondérante mais pas exclusive de l'idée de marché

L'équilibre recherché dans les dispositions fondatrices des Traités est également présent dans les textes plus directement normatifs portant sur l'organisation du marché intérieur et sur les politiques de l'Union.

---

le 30 août 1954), les européens reviennent avec le Traité de Rome instituant la Communauté « économique » européenne et le « marché commun », que l'Acte unique de 1986 a vocation à parachever (Traité de Luxembourg des 17 et 28 février 1986). Pour marquer l'élargissement de ses missions Au-delà du champ économique, la Communauté devient « européenne » (tout court) avec le Traité de Maastricht 7 février 1992 mais l'Union économique et monétaire en constitue l'apport essentiel. Le Traité de Nice (26 février 2001), plus institutionnel, ne revient pas sur cette orientation, que l'échec de la démarche politique de la Constitution européenne en 2004 (Traité de Rome du 29 octobre, rejeté par référendum en France le 29 mai 2005, puis par les Pays-Bas le 1<sup>er</sup> juin 2005) n'a fait que renforcer.

313. Le constat fait en 2003 par le professeur L. Idot selon lequel l'essentiel du droit matériel de l'Union est économique demeure vrai, v. « L'impact du droit communautaire sur le droit économique », colloque *Le droit communautaire et les métamorphoses du droit*, 2003.

314. Traité signé à Rome le 29 octobre 2004, article I-3, §3.



Pierre angulaire de la construction européenne, le marché intérieur repose sur les « **quatre libertés** » rappelées à l'article 26 § 2 du TFUE qui constituent autant de limitations directes à l'action économique des personnes publiques.

La libre circulation des marchandises entre États membres s'oppose à tous droits de douane ou taxes d'effet équivalent, restrictions quantitatives et mesures d'effet équivalent<sup>315</sup>. La libre circulation des travailleurs impose l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres sur l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail<sup>316</sup>.

La liberté d'établissement<sup>317</sup>, la libre prestation de service<sup>318</sup> et la libre circulation des capitaux<sup>319</sup> affectent plus nettement encore la liberté d'action des personnes publiques. Les mesures que celles-ci peuvent adopter pour les besoins de leur action économique sont susceptibles de constituer des restrictions interdites par le traité, y compris si leur champ d'application est purement interne<sup>320</sup>. Mais de telles mesures sont admises lorsqu'elles sont justifiées par des motifs liés notamment à l'ordre public ou à la sécurité publique ou à d'autres motifs impérieux d'intérêt général<sup>321</sup> : il s'agit donc d'une exigence de compatibilité conditionnée à des justifications sérieuses et non d'une interdiction.

**Les politiques** mentionnées par le traité se rattachent pour la plupart au marché intérieur et déclinent aussi le principe de libre concurrence tout en reconnaissant des objectifs propres d'intérêt général (transport, énergie, action régionale...), dont la mise en œuvre repose sur une action économique des États sur leur territoire.

Le droit dérivé définit pour chaque politique l'équilibre entre le libre jeu du marché et l'action économique des États. Les marges de manœuvre laissées à ces derniers dépendent alors des orientations de fond de ces textes mais aussi du degré d'harmonisation qu'ils ambitionnent.

■ *Plusieurs articles du TFUE traitent de l'action économique des personnes publiques et lui confèrent ainsi une forme explicite de reconnaissance*

**Les aides d'État** ne sont proscrites par le §1 de l'article 107 que « *dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres* » et si elles « *faussent ou (...) menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ». Des exceptions existent par ailleurs en vertu du traité lui-même (§3) dont certaines de plein droit (§2). Parfois qualifiée de « *véritable mise sous tutelle des politiques nationales d'aides aux entreprises* »<sup>322</sup>, cette réglementation

---

315. Articles 28 et suivants du TFUE.

316. Articles 45 et suivants du TFUE.

317. Article 49 du TFUE.

318. Article 56 et suivants du TFUE.

319. Articles 63 et suivants du TFUE.

320. Les libertés de circulation sont en cause dès lors que ces mesures, sans viser spécifiquement les autres États membres ou leurs ressortissants, peuvent avoir un effet sur ceux-ci.

321. Les motifs économiques en sont souvent exclus, contrairement au droit interne (V. not. CJCE, 5 juin 1997, *Ypourgos Ergasias*, C-398/95).

322. J.-L. Clergerie, A. Gruber, P. Rambaud, *L'Union européenne*, 2014, n° 540.



ne préjuge cependant pas, par elle-même, de l'acceptabilité des aides par la Commission européenne, après débat contradictoire avec l'État concerné et sous le contrôle du juge européen.

S'agissant des entreprises publiques, la remise en cause de leur existence est exclue tant en raison de l'article 345 aux termes duquel « *Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres* » que de la mention des entreprises publiques à l'article 106, tandis que ce même article ainsi que l'article 37 admettent le principe de l'attribution à ces entreprises de droits exclusifs ou spéciaux, y compris en matière commerciale.

Enfin, le TFUE fait désormais une large place aux **services d'intérêt économique général** (SIEG), qui ne figurent plus seulement parmi les valeurs communes de l'Union mais qui sont reconnus, depuis le Traité de Lisbonne, par des dispositions faisant corps avec le TFUE. Son article 14 prévoit en effet que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions, notamment économiques et financières, de nature à leur permettre d'accomplir leurs missions. L'article 106 confirme l'application aux SIEG des règles de concurrence, mais seulement dans la mesure où elles ne font pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le protocole n° 26 spécialement consacré aux SIEG affirme enfin la liberté de création et d'organisation de ces services par les autorités nationales régionales et locales.

### ***2.2.1.2. Des marges d'interprétation qui dépendent surtout de la manière d'appliquer les traités***

#### ■ *Une interprétation des traités qui varie selon les thèmes et les époques*

La **doctrine** de la Commission européenne et la **jurisprudence** de la Cour de justice de l'Union européenne, étroitement liées, peuvent modifier sensiblement la lecture des traités.

C'est notamment le cas des dispositions en matière de droits exclusifs, qu'elles ont interprétées de manière très restrictive à compter des années 90<sup>323</sup>, admettant toutefois des justifications tenant à l'existence de SIEG, à d'autres règles des traités ou à des motifs impérieux d'intérêt général<sup>324</sup>.

Également décisive en ce qui concerne les SIEG, la jurisprudence européenne a été pour l'essentiel codifiée par l'article 14 du TFUE et le protocole n° 26. La commission en a tenu compte dans l'application des règles qui lui incombent,

323. V. not. CJCE, 19 mars 1991, *France c. Commission*, C-202/88.

324. La remise en cause de ces droits exclusifs dans le cadre de la libéralisation des secteurs sous monopole n'a pas été une conséquence directe de cette jurisprudence mais de politiques d'ouverture des marchés dans le droit dérivé. V. M. Voisset, « Les entreprises publiques en Europe », colloque *Quel avenir pour les entreprises publiques ?* ASMP, 2000.



notamment en matière d'aides d'État (v. *infra*) et pour faire en sorte que ces services puissent être mis en œuvre dans des conditions financières acceptables pour les États membres<sup>325</sup>.

Le rôle du droit de l'Union dans l'action économique est enfin fonction de l'existence d'un **droit dérivé**. Cette harmonisation est encore faible dans certaines matières, par exemple, en droit commercial (statut de commerçant et des actes de commerce ; procédures collectives et même le droit des contrats). Le choix de l'Union européenne de légiférer ou non a dès lors un fort impact sur les marges de manœuvre des États, comme en témoigne le débat actuel sur les bases communes d'imposition des entreprises.

Le contenu même du droit dérivé est toutefois susceptible d'inflexions, comme récemment en matière de marchés publics. Le TFUE ne comporte pas de disposition générale sur la commande publique<sup>326</sup>. Si les règles en la matière ont longtemps été dominées par l'idée de concurrence entre opérateurs et de meilleur usage des deniers publics, sont désormais prises en compte des préoccupations de développement durable, d'innovation, d'accès facilité des PME à la commande publique et de responsabilité sociale et environnementale.

#### ■ *Le cas particulier des aides d'État*

La législation sur les aides d'État est structurante pour l'action économique des personnes publiques, car elle régit les flux financiers venant des collectivités publiques et toute autre forme d'aide publique (mise à disposition de biens ou de droits particuliers<sup>327</sup>). Elle a contribué à la remise en cause de monopoles nationaux ou même d'entreprises nationales, en rendant impossible le maintien du soutien de l'État, et soumis l'État actionnaire à l'obligation de se comporter en actionnaire avisé. Elle concourt ainsi à la « banalisation » des opérateurs publics par rapport aux opérateurs privés.

Le droit des aides d'État est toutefois moins affaire d'interprétation des traités que d'appréciation portée par la Commission sur les différentes aides, dont le contrôle et la réglementation lui sont confiés par l'article 108 du Traité. Elle dispose d'une marge d'appréciation très importante pour définir une véritable « *politique des aides d'État* »<sup>328</sup>, dont elle use largement.

---

325. Cette approche a également permis de façonner un droit dérivé tenant compte des SIEG, en reconnaissant des missions d'intérêt général ou des services universels en secteurs régulés (postes, communications électroniques...).

326. Seules les dispositions sur la recherche y font référence. Les marchés publics sont régis par les quatre libertés et surtout par les textes d'harmonisation pris sur le fondement des renvois généraux en matière de libre prestation de service et de liberté d'établissement ainsi que de l'article 95 du TFUE sur le rapprochement des législations des États membres ayant une incidence sur le marché intérieur.

327. V. par ex, sur l'autorisation donnée aux taxis londoniens de circuler sur les couloirs de bus alors que cela est interdit aux voitures de tourisme avec chauffeur, qui n'a finalement pas été regardée comme impliquant une aide d'État : CJUE, 14 janvier 2015, *Eventech Ltd/ Parking Adjudicator*, n° C 518/13.

328. J-L. Clergerie, A. Gruber, P. Rambaud, *op. cit.*



Elle a ainsi opté depuis vingt ans pour un resserrement notable de cette politique, sans évolution en ce sens des dispositions des traités. Cette tendance s'est récemment infléchie vers un recentrage des contrôles sur les aides les plus significatives.

Les obligations de notification des aides à la Commission ont été assouplies, sans modification du seuil de 200 000 euros mais grâce à une refonte et une simplification du régime des exemptions *de minimis*<sup>329</sup>. Le règlement d'exemption par catégories révisé en 2014 dans le prolongement de la communication de la Commission sur la modernisation de la politique en matière d'aides d'État<sup>330</sup> accroît très sensiblement le volume des aides exemptées, qui représentent désormais les trois quarts des mesures et les deux tiers de leur montant total<sup>331</sup>. Ne restent donc soumises au contrôle de conformité aux lignes directrices et au cadre existant qu'un quart des aides représentant un tiers du montant total octroyé.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de justice, les sommes versées par les États membres aux entreprises soumises à des obligations de service public en compensation de ces obligations ne constituent pas, sous réserve d'un certain nombre de conditions, des aides d'État<sup>332</sup>. Des règles favorables ont été définies en ce qui concerne ces compensations, par le paquet de trois textes dit « Almunia » (encadrement, décision, communication), auxquels s'ajoute un règlement *de minimis* spécifique aux SIEG du 25 avril 2012<sup>333</sup>.

Enfin, un projet de communication de la Commission européenne de janvier 2014 se propose d'objectiver son contrôle en rendant publique sa doctrine sur les aides d'État, et notamment les éléments constitutifs d'une aide en ce qui concerne l'existence d'une activité économique (notion d'« entreprise »), l'imputabilité de la mesure à l'État, le financement au moyen de ressources d'État, l'existence d'un avantage économique pour le bénéficiaire, la sélectivité et l'effet sur les échanges et la concurrence<sup>334</sup>.

---

329. Règlement n° 1407/2013 du 18 décembre 2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 TFUE aux aides *de minimis*.

330. Règlement n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 TFUE.

331. Le règlement de 2008 exemptait environ 60 % des mesures d'aide et un peu plus de 30 % du montant total des aides octroyées.

332. CJCE, 24 juillet 2003, *Altmark trans.*, aff. C-280/00

333. V. les communications 2012/C8/02 du 20 décembre 2011 ; 2012/C 8/03 du 20 décembre 2011 ainsi que la décision 2012/21/UE du 20 décembre 2011 de la Commission européenne. et le règlement (UE) n° 360/2012 « *de minimis* – SIEG » de la Commission européenne du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général. Le paquet « Almunia » a succédé au paquet « Monti-Kroes ».

334. Ce document a été soumis à la concertation en janvier 2014. Les autorités françaises ont fait part de leurs observations : note SGAE du 31 mars 2014.



## **2.2.2. Un droit dans l'élaboration duquel il est utile de s'investir et qui doit être mieux pris en compte dans la conduite de l'action économique**

Indispensable, le dialogue avec les institutions chargées du droit de l'Union doit s'accompagner d'une meilleure prise en compte du droit européen dans les projets d'action économique des personnes publiques.

### ***2.2.2.1. Le dialogue avec les institutions européennes permet de sécuriser l'action économique des personnes publiques***

■ *Promouvoir un cadre européen favorable à l'action économique des États membres*

Compte tenu tant de son poids dans le marché intérieur et la zone euro que de son expertise juridique, la France est en mesure d'exercer une influence significative sur la production de normes du droit dérivé en matière économique. De fait, plusieurs dispositifs économiques « inventés » par la France ont été repris au niveau de l'Union, dont la taxe sur la valeur ajoutée et, très récemment, le modèle de la délégation de service public, repris dans la directive « concession ».

Elle peut d'abord utilement agir en amont de l'initiative formelle qui appartient à la Commission européenne, en l'incitant à faire des propositions dans un domaine prioritaire aux yeux de la France, comme récemment en matière de fiscalité. De même, des contributions documentées et chiffrées aux livres blancs, livres verts et études d'impact permettent d'influencer le sens des propositions de la Commission.

Lorsque le texte est soumis au Conseil et le cas échéant au Parlement européen, la promotion des positions françaises en matière d'action économique des personnes publiques doit s'appuyer sur une stratégie d'influence mobilisant d'autres États membres et les parlementaires d'autres pays.

Cette stratégie doit s'étendre aux actes délégués<sup>335</sup> auxquels les directives peuvent renvoyer, et pour l'élaboration desquels l'association des États membres n'est pas encadrée par les traités<sup>336</sup>. Il convient à cet égard de soutenir l'initiative de la Commission européenne qui propose une meilleure association des États membres dans sa communication *Mieux légiférer* de mai 2015 (v. *infra* 2.2.2.2.), et de s'investir dans la procédure de consultation qu'elle propose.

Enfin, lorsque la Commission européenne annonce son intention de fixer ou de réexaminer sa doctrine notamment dans le cadre de projets de communication ou de lignes directrices, la France doit y contribuer par ses analyses et ses préconisations.

---

335. Art. 290 TFUE : « 1° Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif [...] ».

336. V. Étude du Conseil d'État, *Directives européennes : anticiper pour mieux transposer*, La documentation Française, 2015.



C'est en somme une culture de *lobbying* assez étrangère à la tradition française qu'il s'agit d'adopter ou de renforcer, afin de préserver l'influence sur le droit européen des thèses françaises en matière d'action économique publique

**Proposition n° 18 : Renforcer la capacité des administrations centrales à porter devant la Commission européenne les problématiques et les projets de texte (y compris les actes délégués) prioritaires pour la France en matière d'action économique :**

1) en contribuant systématiquement aux consultations ou travaux conduits par la Commission européenne sur ces sujets ;

2) en l'absence d'initiative de la Commission européenne, en l'incitant à faire des propositions.

**Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGAE et ministres concernés)

En matière contentieuse, l'utilisation par la France de sa faculté de produire des observations à l'occasion d'une question préjudicielle, posant à la Cour de Justice un problème d'interprétation du droit de l'Union soulevé par un litige porté devant une juridiction nationale, lui permet de présenter une position argumentée susceptible d'être prise en compte par le juge, y compris lorsque la question est posée par une juridiction d'un autre État membre<sup>337</sup>.

La politique d'intervention déjà active de la France pourrait porter sur un nombre plus important d'affaires tout en restant sélective et orientée vers la détection des « **ponts avec la législation française** »<sup>338</sup>. Elle devrait favoriser des stratégies de « solidarité » et de fronts communs avec d'autres États membres ayant développé des dispositifs analogues à ceux contestés ou partageant simplement les mêmes vues sur le droit économique de l'Union (comme cela a pu être le cas récemment, sur le contentieux « OMT »<sup>339</sup>).

#### ■ *Convaincre de la conformité des mesures nationales au droit de l'Union*

Le dialogue avec les institutions de l'Union doit s'établir dès l'élaboration des projets de mesures nationales.

S'il ne faut pas soumettre à la Commission des projets non aboutis ou des options trop nombreuses, il peut être utile, si la **réflexion initiale** sur la conception des mesures fait apparaître un doute sur l'acceptabilité d'une modalité sérieusement envisagée et qui présente une certaine importance, de prendre informellement l'attache des services de la Commission européenne pour connaître leur première réaction.

337. Article 23 du statut de la CJUE.

338. D. Colas, sous-directeur du droit de l'UE et du droit international économique, Cl. Del-langnol « Dans les coulisses de... la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères », *Les Échos*, 6 mai 2015.

339. Elle est ainsi par exemple intervenue dans l'affaire de l'OMT concernant la BCE (aff. C-62/14 Aff. *Gauweiler e.a / Deutscher Bundestag*) *supra* v. 1.1.1.1.



La procédure de **notification préalable** doit être menée avant que le projet soit rendu public et *a fortiori* juridiquement adopté. Souvent perçues comme une lourdeur administrative, ces notifications évitent au contraire les remises en cause *a posteriori* des mesures nationales et contribuent donc à la sécurité juridique. En matière d'action économique, elles concernent principalement le droit des aides d'État et les réglementations techniques des produits<sup>340</sup> ainsi que les mesures de restriction d'accès ou d'exercice des activités de service<sup>341</sup>. La vigilance s'impose sur le respect de ces procédures pour les mesures qui n'entrent pas dans les cas d'exemption, car le défaut de notification peut à lui seul entraîner l'illégalité du dispositif alors même qu'il serait compatible sur le fond.

**Proposition n° 19 : Coopérer davantage avec la Commission européenne pendant l'élaboration des dispositifs nationaux d'action économique :**

- 1) en la consultant le plus en amont possible en cas de doute sur leur compatibilité avec le droit de l'Union ou sur la nécessité de les notifier ;
- 2) en procédant aux notifications requises dès leur finalisation, avant de les rendre publics et d'engager les procédures d'adoption.

**Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGAE et ministres concernés)

Lorsque la Commission exprime des doutes sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une mesure envisagée par la France, une réponse faite dans les meilleurs délais et solidement documentée contribue à convaincre du bien fondé de la position française, tandis que préparer des mesures correctives rapides permet de limiter les coûts d'une issue défavorable.

Les questions préjudicielles affectant directement l'action économique des personnes publiques françaises appellent une vigilance spéciale. Si le juge interne garde en tout état de cause la maîtrise de la question qu'il pose, il peut être utilement éclairé par les parties, notamment par la communication des éléments techniques plaçant dans le sens de la compatibilité d'une pratique ou d'une mesure nationale avec le droit de l'Union. Les personnes publiques parties au litige ont donc intérêt à suivre avec attention ces questions, y compris dans le choix des termes dans lesquels elles sont rédigées<sup>342</sup>.

Compte tenu du délai très bref dont disposent les autorités nationales pour faire part de leurs observations dans les questions préjudicielles (2 mois en principe), les questions renvoyées dans des litiges intéressant des personnes publiques devraient faire l'objet d'un signalement systématique au SGAE permettant leur examen interministériel sans attendre l'information des États membres faite par le greffe de la Cour de justice.

340. Directive 98/34 du 22 juin 1998.

341. Directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006.

342. Ces efforts peuvent être consentis sans préjudice des interventions de l'État, directement auprès de la Cour de justice, tant sur la formulation de la question telle qu'elle sera traitée par la Cour que sur la réponse qu'elle lui apportera.





**Proposition n° 20 : Exploiter au mieux la procédure des questions préjudicielles**

1) lorsqu'une personne publique est partie à un litige qui peut donner lieu à une question préjudicielle, communiquer au juge les éléments techniques plaidant dans le sens de la compatibilité avec le droit de l'Union et proposer subsidiairement une rédaction de la question tenant compte des éléments d'analyse justifiant la position soutenue ;

**Vecteur** : *mémoires produits devant le juge national  
(SGAE et ministres concernés)*

2) demander aux administrations de l'État et à ses établissements publics de signaler systématiquement au SGAE les questions que les juridictions nationales ont décidé de renvoyer à la CJUE pour qu'elles fassent l'objet d'un examen interministériel ; inviter les autorités administratives indépendantes, les collectivités territoriales et leurs établissements publics à procéder de même ;

**Vecteur** : *action du Gouvernement  
(SGG, SGAE et ministres et autorités concernés)*

3) susciter les observations d'autres pays au soutien des autorités françaises dans les questions préjudicielles transmises par les juridictions françaises ;

**Vecteur** : *action du Gouvernement  
(RP, SGAE et ministres concernés)*

4) formuler des observations sur les questions préjudicielles posées par d'autres pays qui intéressent les positions défendues par les autorités françaises quant à leur propre action économique.

**Vecteur** : *observations dans les questions préjudicielles*

■ *S'organiser pour peser davantage dans le dialogue avec l'Union*

Le **dispositif institutionnel de coordination des questions européennes** comprend la représentation permanente pour le dialogue avec les institutions de l'Union et avec les autres États membres<sup>343</sup>, le SGAE pour la définition de positions interministérielles et l'application du droit européen en France ainsi que le ministère des affaires étrangères, en liaison avec le ministère de l'économie lorsque celui-ci est chef de file sur les dossiers en cause, pour la représentation de la France dans les procédures contentieuses de l'Union. Pour traiter les questions économiques, la représentation permanente auprès de l'Union (RPUE) dispose d'un important service dédié. Le SGAE entretient des relations étroites avec le ministère de l'économie, y compris pour sa gestion et accueille un grand nombre d'agents de ce ministère. Au ministère des affaires étrangères, la même sous-direction traite du droit de l'Union européenne et du droit international économique<sup>344</sup>.

343. Le dialogue repose principalement sur le réseau des Représentations permanentes à Bruxelles mais s'appuie aussi sur le réseau diplomatique classique, à la fois bilatéral auprès des autres États membres et multilatéral (OCDE notamment).

344. Art. 14 de l'arrêté du 28 décembre 2012 relatif à l'organisation de l'administration centrale du ministère des affaires étrangères.



Si ce dispositif fonctionne de manière efficace, il est régi par des textes épars qu'il conviendrait de refondre afin d'améliorer la circulation de l'information à toutes les étapes de la procédure, ainsi que le suivi des dossiers.

Il pourrait surtout être conforté par l'association **d'autres acteurs** importants en matière d'action économique<sup>345</sup>. Les méthodes de travail de la Commission européenne et du Parlement européen, largement ouvertes à la concertation et à des contacts directs avec des acteurs qui n'ont pas de rôle officiel dans la négociation européenne, obligent notre administration à s'adapter en s'appuyant sur des « relais » comparables pour conforter les positions françaises.

Au demeurant, les acteurs français du monde des affaires, grandes entreprises ou fédérations professionnelles, disposent déjà d'une représentation à Bruxelles qu'il peut être opportun de solliciter. Il en va de même des « experts » organismes spécialisés dans un secteur économique, « *think tanks* », personnalités du monde académique, qu'il faut convaincre du bien-fondé des positions françaises pour en renforcer le poids dans les négociations. La mobilisation des autorités de régulation, particulièrement importantes en matière économique, fait également partie d'une stratégie d'influence, compte tenu de leur crédibilité et de leur inclusion croissante dans des réseaux européens consultés par la Commission européenne. Enfin, les collectivités territoriales ou leurs groupements sont de plus en plus souvent représentés auprès des instances européennes et doivent être associés à la définition et à la défense des positions françaises.

Cette ouverture à d'autres acteurs est désormais bien ancrée dans les méthodes de travail de la représentation permanente. Elle est plus nouvelle pour le SGAE, qui faisait traditionnellement confiance aux ministères pour nouer les relations utiles en amont de la définition de la position interministérielle. Sa récente évolution vers l'organisation au moins informelle de contacts extérieurs doit s'inscrire dans un objectif de complémentarité avec l'action des ministères et de la représentation permanente.

**Proposition n° 21 : Rendre plus efficace la coordination et la négociation des affaires économiques européennes**

1) élaborer un guide des procédures et de la coordination des affaires européennes au sein des administrations ; le mettre en ligne sur le site du SGAE ;

**Vecteur** : action du Gouvernement ;

2) diversifier les méthodes de travail des administrations pour associer davantage les entreprises, les collectivités territoriales et les autorités de régulation à l'élaboration et à la défense des positions françaises auprès des institutions de l'Union, notamment dans le cadre d'échanges informels avec ces institutions.

**Vecteur** : action du Gouvernement ;

(SGAE, Représentation permanente auprès de l'UE, ministres concernés)

345. On retrouve ici, dans le contexte particulier du droit de l'UE, une déclinaison des préconisations sur la diplomatie économique (v. *supra* 1.2.2).

Si les agents publics français en fonction dans les institutions européennes n'ont plus vocation à servir les intérêts français, leur connaissance des mécanismes, leur culture juridique et leur manière d'aborder les questions facilitent la compréhension des initiatives françaises par les organes de l'Union.

Or, la **présence française** dans les institutions de l'Union décline, malgré les initiatives positives déjà prises en ce domaine<sup>346</sup> et sans que ce fléchissement puisse être entièrement imputé à l'élargissement de l'Union européenne, qui a pour effet mécanique de diminuer le nombre de postes disponibles. Une des causes peut être la baisse des candidatures françaises à des postes d'expert national détaché, sans doute en raison de la valorisation encore insuffisante de ce type de mobilité. Une présence française accrue passe ainsi par une prise de conscience et un effort de valorisation de ce type d'expérience dans les parcours professionnels. De nombreux rapports ont déjà conclu en ce sens, sans à ce stade être réellement suivis d'effets<sup>347</sup>.

**Proposition n° 22 : Favoriser les mobilités des agents français au sein des institutions européennes, notamment en valorisant mieux les expériences d'expert national détaché (END) dans les parcours professionnels par la mobilisation de dispositifs appropriés de gestion de ressources humaines :**

- 1) avant le départ des agents, évoquer les perspectives et les postes susceptibles d'être occupés lors du retour dans l'administration d'origine ;
- 2) avant leur retour, faire plusieurs propositions de postes tenant compte de l'expérience effectivement acquise et des responsabilités nouvelles susceptibles d'être assumées.

**Vecteur :** action du Gouvernement.

(SGAE, Direction générale de la fonction publique, secrétaires généraux et directeurs des ressources humaines des ministères)

#### ***2.2.2.2. Mieux prendre en compte le droit de l'Union dans la conception de l'action économique des personnes publiques***

■ *Le droit de l'Union est pris en compte trop tardivement dans l'action économique*

Alors que les pays comme la Belgique et l'Allemagne tirent parti des opportunités ouvertes par les mécanismes et les libertés institués par le droit européen en les prenant en compte pour concevoir leur politique économique, il n'en va pas de même en France où ce droit est pris en compte trop en aval.

Ce travers a des **conséquences** néfastes en matière économique. Lorsque le dialogue intervient trop tard, il ne peut plus être que la phase officieuse d'une confrontation qui deviendra rapidement officielle et accrédi-tera l'idée d'un problème général de

346. Par ex., la création d'un secteur « PF » pour « Présence française » au SGAE.

347. V. par ex. le rapport d'information de M. J. Floch, du 12 mai 2004, fait au nom de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, n° 1594.



compatibilité de l'action économique des personnes publiques françaises avec le droit de l'Union. Il peut aussi avoir de lourdes conséquences financières, comme l'illustrent actuellement les problèmes rencontrés dans la récupération des aides de la SNCM<sup>348</sup> ou le domaine du rachat de l'électricité d'origine éolienne<sup>349</sup>.

Comme en matière constitutionnelle, il faut se donner les moyens d'un examen préalable du risque conventionnel pesant sur l'ensemble des dispositions ayant un impact économique et ce, le plus en amont possible de la préparation des mesures.

**Proposition n° 23 : Procéder à un examen approfondi du risque conventionnel que peuvent receler des dispositions ayant un impact économique, notamment celles figurant dans des propositions de loi ou dans les amendements aux projets et propositions de loi ; en cas de difficulté particulière, saisir le Conseil d'État.**

*Vecteur : action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État (SGG, SGAE, ministères concernés, Conseil d'État)*

Au-delà, il faut cesser de vivre le droit de l'Union comme un élément extérieur, une « contrainte » étrangère à la conception des projets. L'appropriation du droit européen dès la réflexion initiale sur la conception d'une action économique est affaire de réflexe, de culture ou de mentalité, toutes choses difficiles à faire évoluer sans mesures organisationnelles substantielles.

#### ■ Repenser l'organisation des administrations et la formation des agents

L'un des ressorts essentiels du sentiment d'extériorité qu'inspire le droit de l'Union est sa prise en charge par des **structures** dédiées, qui dans certains ministères ont le statut de direction ou de service<sup>350</sup>. Souvent de grande qualité, elles ont néanmoins comme effet pervers de nourrir un manque d'intérêt en amont d'administrations qui ne se sentent plus responsables des questions européennes dans leur champ de compétence. Revenir chaque fois que c'est possible sur ce type d'organisation permettrait de faire percevoir la question du droit européen comme partie intégrante des missions de chaque agent, en particulier de ceux concevant des dispositifs d'action économique. Seuls des pôles d'expertise légers seraient maintenus pour traiter des questions européennes transversales, nouvelles ou délicates. Composés de « correspondants Union », ils pourraient être organisés en réseau, à l'image de ce qui se pratique au Royaume-Uni en matière d'aides d'État.

Au niveau interministériel, la séparation et l'absence de lien organique entre le SGAE (chargé de la coordination européenne) et le SGG (chargé de la coordination générale) peut se justifier par des métiers, des méthodes de travail et des réseaux

348. CJUE, 4 septembre 2014, *SNCM / Corsica Ferries France*, C-533/12 P, C-536/12 P.

349. Elles soulèvent de délicates questions de récupération à la suite de la décision du 28 mai 2014 par laquelle le Conseil d'État a annulé les arrêtés du 17 novembre 2008 et du 23 décembre 2008 fixant les conditions d'achat de l'électricité produite par les installations éoliennes (CE, 28 mai 2014, *Association Vent de Colère*, n° 324852).

350. V. par ex., la direction des affaires européennes et internationales du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie ou encore le service des affaires européennes et internationales du ministère de la justice.

très différents. Il serait souhaitable que le SGAE vienne en appui du SGG pour l'animation de ce réseau des « correspondants Union ».

La **formation des agents** au droit européen doit par ailleurs être renforcée.

La formation initiale en la matière a fait de nets progrès dans les écoles d'administration mais elle reste centrée sur le droit institutionnel de l'Union. L'enseignement reste lacunaire sur le droit matériel économique et tout particulièrement le droit des aides d'État qui devrait être au programme dans les écoles généralistes (ENA, INET, IRA, CNFPT).

Pour une mise à niveau rapide des agents, un effort sur la formation continue est sans doute souhaitable. Des « modules » très opérationnels en droit des aides d'État et plus généralement en droit matériel seraient précieux. Des agents du SGAE et des directions juridiques des ministères pourraient être mobilisés pour organiser des formations dans un cadre ministériel ou interministériel, à la manière de ce qui a pu être fait ces dernières années en matière de légistique.

Déjà mentionnés, des échanges d'agents entre les administrations des personnes publiques françaises et les institutions européennes, outre l'intérêt qu'ils représenteraient en termes d'influence du modèle français à Bruxelles, auraient le mérite de diffuser la culture européenne dans les administrations.

**Proposition n° 24 : Favoriser une diffusion de l'expertise européenne dans les administrations et son fonctionnement en réseau :**

1) mettre en place, au sein des ministères, des pôles d'expertise légers composés de « correspondants Union » plutôt que de grands services spécialisés dans les questions européennes afin de responsabiliser davantage les administrations et leurs agents aux enjeux européens ; les organiser en réseau animé par le SGG avec l'appui du SGAE ;

**Vecteur :** *décrets et arrêtés d'organisation des ministères  
(la mesure pouvant être utilement étendue, de manière volontaire,  
dans les AAI, les entreprises publiques et les collectivités locales) ;  
circulaire du Premier ministre  
(Premier ministre, ministres concernés, SGG en liaison avec le SGAE) ;*

2) organiser, dans un cadre ministériel et interministériel, des formations opérationnelles en droit des aides d'État, en formation initiale dans les écoles de fonctionnaires et en formation continue au profit des administrations elles-mêmes.

**Vecteur :** *action du Gouvernement ;  
(DGAFF, réseau des écoles de service public, ministres)*

■ **Rendre plus clair et plus accessible le droit de l'Union**

Si la diffusion du « réflexe européen » dans les services et chez les agents conditionne l'appropriation nécessaire du droit de l'Union dès la conception des actions économiques des personnes publiques, les exigences concrètes qui en découlent doivent aussi pouvoir être comprises par les personnes publiques.



La difficulté tient d'abord aux **particularismes** du droit européen, caractérisé par la diversité des sources (Traités, directives, règlements, actes d'exécution), la place qu'y occupe le droit souple (lignes directrices, communications interprétatives) et le foisonnement de la jurisprudence européenne et nationale, qui ne facilitent pas la compréhension de ce droit. Les mesures adoptées par la Commission européenne dans le cadre de son action « Mieux légiférer », dont elle a annoncé le renforcement le 19 mai 2015<sup>351</sup>, pour indispensables qu'elles soient, ne réduiront pas fondamentalement cette complexité inhérente au droit européen.

Il reste possible d'améliorer **l'accessibilité** du droit de l'Union pour les administrations, par des ressources permettant d'identifier et de consulter les informations pertinentes sur l'ensemble des règles applicables à un secteur ou une question donnée. Elles sont aujourd'hui éparpillées sur plusieurs sites y compris sur internet (Eur-lex et Légifrance)<sup>352</sup> de sorte que l'unification des portails de sites et bases de données européennes ne suffirait pas. Il faudrait au moins créer des portails thématiques sous l'égide des services concernés, dont un portail dédié aux aides d'État (d'ailleurs prévu par le règlement européen d'exemption par catégories). Des guides plus didactiques complèteraient utilement cette offre, à la manière de celui élaboré sur les aides d'État par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.

**Proposition n° 25 : Améliorer l'accessibilité du droit de l'Union en créant des portails internet thématiques traitant à la fois des questions de droit de l'Union et de droit interne sur les principaux champs de l'action économique.**

*Vecteur : action du Gouvernement  
(ministres concernés)*

## 2.2.3. La montée en puissance d'autres normes internationales

### 2.2.3.1. L'emprise croissante du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière économique

Ratifiée en 1974 et pouvant donner lieu à des recours directs depuis 1981, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après convention EDH) n'est pas une déclaration économique<sup>353</sup>. Elle s'est néanmoins imposée à l'action économique des personnes publiques par les exigences nouvelles que la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après Cour EDH) a dégagées.

351. Communication (2015) 215 *Améliorer la réglementation pour obtenir de meilleurs résultats – Un enjeu prioritaire pour l'UE* et communication (2015) 216 *Proposition d'accord interinstitutionnel relatif à l'amélioration de la réglementation*. V. en outre sur ce sujet, la contribution de F. Timmermans, *infra* p. 275.

352. La pratique des liens sur Légifrance n'est pas suffisante à cet égard.

353. Le terme n'y figure qu'une fois, dans l'expression « *bien-être économique du pays* », à propos des cas dans lesquels les ingérences d'une autorité publique dans la vie privée et familiale peuvent être admises (art. 8).



## ■ La protection conventionnelle du droit de propriété

Rares sont les conventions internationales abordant le droit de propriété. Même s'agissant de la Convention EDH, ce droit est longtemps resté assez discret. Pour des raisons diplomatiques, il ne figure pas dans le texte initial du 4 novembre 1950 et n'apparaît, d'ailleurs de manière un peu elliptique, que dans le 1<sup>er</sup> protocole additionnel à la convention adopté le 20 mars 1952.

La Cour elle-même n'a affirmé qu'en 1979 que ce protocole « *garantit en substance le droit de propriété* »<sup>354</sup> et n'a précisé qu'en 1982 les exigences qui en découlent<sup>355</sup> et qui lui confèrent une portée concrète pour les opérateurs économiques<sup>356</sup> : elle est ainsi « *parvenue à faire de ce texte flou et peu contraignant une disposition économique majeure dont les États doivent nécessairement tenir compte dans un cadre de plus en plus contraint par l'interprétation jurisprudentielle* »<sup>357</sup>.

La protection conventionnelle du droit de propriété est proche de celle prévue par notre droit interne, notamment par la distinction faite entre les restrictions (réglementation de l'usage des biens) et les privations. La Cour s'attache toutefois de moins à moins à cette distinction, notamment en présence d'atteintes difficilement classables dans l'une ou l'autre catégorie et qu'elle qualifie alors d'atteinte à la substance du droit de propriété au sens du premier alinéa de l'article 1<sup>er</sup> du premier protocole.

La jurisprudence de la Cour EDH sur le droit de propriété lui donne un large champ d'application, notamment par son approche autonome et extensive de la notion de bien au sens de la convention, où elle fait entrer l'ensemble des éléments du patrimoine, y compris incorporel, et tant les « *'biens actuels' que des valeurs patrimoniales, y compris des créances, en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une 'espérance légitime' d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété* »<sup>358</sup>, protection particulièrement précieuse pour les entreprises, d'autant que l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole est la seule stipulation de la Conv. EDH à mentionner expressément les personnes morales parmi ses bénéficiaires<sup>359</sup>.

Cette extension a des implications concrètes pour l'action économique des personnes publiques, dont elle affecte la liberté de revenir sur des autorisations d'exercice d'une profession<sup>360</sup>, un avantage fiscal<sup>361</sup> ou une occupation du domaine public<sup>362</sup>, de retarder le remboursement d'une TVA<sup>363</sup> ou de ne pas tirer les

354. CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, req. 6833/74.

355. CEDH, 23 septembre 1982, *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, req. 7151/75.

356. F. Sudre « Le dynamisme interprétatif de la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP*, G 2001, I, 335.

357. M. Lascombe, *Code constitutionnel et des droits fondamentaux*, Dalloz, 2014, p. 2446.

358. CEDH, 12 juillet 2001, *Prince Adam II*, req. n° 42527/98; *Kopecky c. Slovaquie* du 28 septembre 2004, n° 44912/98.

359. V. R. Dumas, E. Garaud, « CEDH et droit des affaires », F. Lefebvre 2008, n° 1190. L'article 10 mentionne néanmoins les « *entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision* ».

360. CEDH, 7 juillet 1989, *Tre traktörer Aktiebolag c. Suède*, n° 10873/84 ; CEDH 18 février 1991, *Fredin c. Suède*, n° 12033/86.

361. CE, 9 mai 2012, *Min du budget c. Sté EPI*, n° 308996.

362. CEDH, 29 mars 2010, *Brosset-Triboulet c. France*, n° 34078/02.

363. CEDH, 16 avril 2002, *SA Dangeville c. France*, n° 36677/97.



conséquences d'une autorisation audiovisuelle en termes de droit d'émission<sup>364</sup>. Elle restreint aussi leur droit à adopter des dispositifs rétroactifs ou d'application immédiate, et ce, indépendamment même de la question particulière des validations législatives<sup>365</sup>. Cette jurisprudence peut enfin obliger l'État à assurer une protection contre les atteintes à la propriété par la prévention des risques industriels<sup>366</sup> ou naturels<sup>367</sup>.

Ce droit peut se combiner avec le principe de **non discrimination** qui est plus exigeant que le principe d'égalité applicable en droit interne puisque le premier oblige, dans certains cas, à des différences de traitement<sup>368</sup>.

Les questions relatives à l'application de la Convention EDH font désormais l'objet d'une étude approfondie lors de l'examen des projets de texte soumis au Conseil d'État dans le domaine de l'action économique des personnes publiques. Pour les autres textes, il appartient aux personnes publiques de procéder à cet examen et de demander que le Conseil d'État soit saisi des questions les plus délicates.

**Proposition n° 26 : Permettre aux personnes publiques de mieux prendre en compte la jurisprudence de la CEDH lorsqu'elles agissent dans le domaine économique en mettant à leur disposition des outils d'information adaptés ; saisir le Conseil d'État sur les questions de droit présentant une difficulté particulière.**

*Vecteur : action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État (SGAE, ministres concernés, Conseil d'État)*

#### ■ Un droit processuel qui pèse sur la répression économique

Bien que la jurisprudence de la Cour EDH en matière de droit processuel ne soit pas spécifique à l'action économique, son retentissement dans le domaine de l'action économique est important et susceptible de limiter fortement les marges de liberté des personnes publiques.

Retenant une interprétation extensive du champ d'application du droit au procès équitable consacré par l'article 6-1 de la convention, la Cour, se séparant en cela de

364. CEDH, 7 juin 2012, *Centro Europa 7 SRL et di Stefano c. Italie*, n° 38433/09.

365. CEDH, 6 octobre 2005, *Draon c. France*, n° 1513/03 ; CEDH, 14 février 2006, *Lecarpentier et autre c. France* n° 67847/01 ; CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres c. France* n° 31501/03 ; CEDH, 23 juillet 2009 *Joubert c. France*, n° 30345/05. Le Conseil constitutionnel a depuis fait converger sa jurisprudence avec celle de la Cour (v. décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014 et la note du Conseil constitutionnel de mars 2014 mise en ligne sur son site, sur le contrôle des validations législatives).

366. CEDH, 18 juin 2002, *Öneryildiz c. Turquie*, n° 48939/99.

367. CEDH, 20 mars 2008, *Budayeva c. Russie*, n° 15339/02.

368. Article 14 de la Convention. La Cour affirme que « dans certaines circonstances, l'absence d'un traitement différencié pour corriger une inégalité peut en soi emporter violation de cette disposition » (v. rappelant cette position : CEDH, 16 mars 2010, *Orsus et autres c. Croatie*, n° 15766/03, § 149).





la position traditionnellement retenue par le juge interne<sup>369</sup>, a appliqué certaines des exigences qui en découlent aux procédures administratives de sanction, avec des implications, notamment en termes d'**impartialité des régulateurs** dotés de pouvoirs de sanction. Cette jurisprudence, appliquée par le juge administratif et judiciaire auxquels elle s'imposait, a ensuite été déclinée par le juge constitutionnel, parachevant ainsi le mouvement de mise en conformité des procédures répressives des régulateurs, notamment en ce qui concerne la séparation des fonctions de poursuite et de jugement<sup>370</sup>.

Autre jurisprudence intéressant le pouvoir de sanction des régulateurs, mais cette fois sur le terrain du **cumul des poursuites** administratives et pénales (principe du *non bis in idem*), la Cour EDH a retenu une interprétation extensive de l'article 4 du protocole n° 7 annexé à la convention qu'elle a regardé comme prohibant ce type de cumul dans le cas du régulateur boursier italien, écartant à cette fin la réserve faite par la République italienne lors de la ratification de ce protocole<sup>371</sup>. Cette décision intéresse la France compte tenu de la rédaction analogue de sa réserve à ce même protocole et de la solution inverse retenue par la Cour de cassation<sup>372</sup>. Le Conseil constitutionnel en a tiré le premier les conséquences au regard de ses propres normes de référence, en prohibant ce cumul dans le cas des délits et manquements d'initiés<sup>373</sup>.

La jurisprudence de la Cour EDH a par ailleurs influé sur le pouvoir de contrôle de l'administration dans le champ économique, en jugeant contraire aux exigences de la convention le fait que les **visites domiciliaires** faites à des fins fiscales ne puissent être contestées devant le juge d'appel<sup>374</sup>, recours que permet désormais la loi.

### **2.2.3.2. L'essor d'autres normes internationales intéressant l'action économique**

#### **■ Des normes hétérogènes par leur forme et leur force contraignante**

L'emprise grandissante du droit international économique sur l'action économique des personnes publiques s'exerce par des instruments de plus en plus diversifiés.

---

369. V. not. CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, GAJA, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd., 2013, n° 106.

370. V. not. sur ce mouvement : F. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA*, 2013, n° 113.

371. CEDH, 4 mars 2014 *Grandestevens*, n° 18640/10 ; v. not. sur cet arrêt H. Matsoupoulo, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », *Revue des sociétés*, 2014, p. 675.

372. La Chambre criminelle de la cour de cassation avait écarté la même contestation sur le fondement de la charte des droits fondamentaux (Cass. crim., 22 janvier 2014, n° 12-83.579).

373. Décision n° 2014-453/454 QPC du 18 mars 2015 ; v. not. O. Décima, *Le fantôme de ne bis in idem*, D. 2015 p. 874. V. L. Ayrault, « *Non bis in idem*, les enjeux en matière fiscale », *AJ Pénal*, 2015, p. 185. Cette décision va conduire à réexaminer les pouvoirs de sanction de plusieurs régulateurs économiques au regard des sanctions pénales existantes. Un projet de loi, actuellement en préparation, devrait être soumis au Parlement pour une entrée en vigueur en 2016.

374. CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autre c. France*, n° 18497/03.



**Les sources traditionnelles** du droit international économique lient les États et régissent plus ou moins directement leur action sur l'économie.

La coutume ou les principes généraux du droit international n'occupent qu'une place résiduelle en matière économique, sauf en matière de nationalisation des biens et entreprises de ressortissants étrangers<sup>375</sup>. La plupart des normes contraignantes résultent des traités, conventions ou accords, c'est-à-dire d'engagements bilatéraux ou multilatéraux signés, ratifiés et régulièrement publiés qui ont une autorité supérieure aux lois en vertu de l'article 55 de la Constitution.

Les exigences qui en résultent pour l'action économique des personnes publiques diffèrent selon que ces normes sont ou non revêtues de « l'effet direct »<sup>376</sup> permettant aux requérants de les invoquer devant le juge national<sup>377</sup>.

De nombreuses conventions bilatérales sont revêtues d'un tel effet<sup>378</sup>, notamment en matière fiscale, mais comme elles ne sont le plus souvent applicables qu'en présence d'un élément d'extranéité (impositions par deux États notamment), elles ne s'imposent pas d'une manière générale à l'action des personnes publiques.

En matière de commerce international, domaine dans lequel l'Union dispose d'une compétence propre, les conventions multilatérales sont rarement revêtues d'effet direct tant dans l'ordre interne qu'en droit européen. La jurisprudence de la Cour de justice, plutôt restrictive sur cet effet direct, a ainsi limité l'invocabilité des règles du GATT/OMC aux seuls cas où les textes européens y renvoient expressément<sup>379</sup> ou lorsqu'un acte de droit dérivé a entendu mettre en œuvre une obligation particulière issue du droit du commerce international<sup>380</sup>.

Un effet direct a en revanche été reconnu à plusieurs conventions multilatérales n'ayant pas un objet principalement économique mais susceptibles de s'imposer à l'action économique des personnes publiques. C'est le cas en matière de protection de l'environnement pour certaines stipulations de la convention d'Aarhus du

---

375. La Cour EDH s'en fait l'écho sur le droit de propriété, comme y invite la lettre de l'article 1<sup>er</sup> du Premier protocole : CEDH, 8 juillet 1986, *Lithgow et autres c. Royaume-Uni*, n° 9006/80.

376. CE, Ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés et Fédération des associations pour la promotion et l'insertion par le logement*, n° 322326.

377. En l'absence d'un tel effet, la méconnaissance par les personnes publiques de ces textes ne peut donner lieu à un débat contentieux devant le juge interne ; le contentieux est alors purement international et ne pourra se résoudre que par la voie de l'engagement de la responsabilité internationale de l'État.

378. Ce n'est pas vrai pour toutes les conventions bilatérales, v. par ex., s'agissant des « emprunts russes », l'absence d'effet direct des articles III et V de l'accord du 27 mai 1997 entre la République française et la fédération de Russie (CE, 21 février 2003, *Uran*, n° 226489).

379. CJCE, 22 juin 1989, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (FEDIOL) c. Commission*, C-70/87.

380. CJCE, 7 mai 1991, *Nakajima c. Conseil*, C-69/89.



25 juin 1998<sup>381</sup>, ou en matière sociale<sup>382</sup> pour des stipulations des conventions de l'organisation internationale du Travail (OIT) invoquées par exemple dans le contentieux des actes organisant l'ouverture de certains commerces le dimanche<sup>383</sup>.

Les **nouvelles sources** du droit international économique, issues en particulier des enceintes de concertation (v. *supra* 1.2.2.2) ne s'imposent que très indirectement aux personnes publiques agissant dans l'ordre interne. L'importance économique des positions qui y sont adoptées contraste en effet avec leur absence d'effet juridique en droit interne. Il en va notamment ainsi des décisions prises par des organismes à caractère politique ou de grands sommets internationaux réguliers tels que le « G20 » et des positions prises par des organismes techniques, comme par exemple les recommandations du groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux (GAFI) organisme de coordination intergouvernementale, dont les actes n'ont pas le caractère de convention internationale<sup>384</sup>. Une méconnaissance de ces règles affecte la parole et la crédibilité de l'action de l'État, mais elle n'a pas de portée juridique.

Il en va toutefois différemment lorsque ces décisions ou recommandations sont « incorporées » dans des instruments formels multilatéraux (comme les conventions inspirées par les positions de l'OCDE) ou bilatéraux<sup>385</sup>. Cette incorporation intervient aussi fréquemment par le biais du droit dérivé de l'Union européenne qui décline des standards internationaux pour l'ensemble des États membres comme il a été fait récemment pour les normes IFRS<sup>386</sup> ou la régulation bancaire (Bâle III)<sup>387</sup>.

---

381. L'effet direct de cette convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement faite à Aarhus le 25 juin 1998 a été reconnu s'agissant du § 9 de l'article 6 (CE, Ass., 12 avril 2013, *Association coordination interrégionale stop THT et autres*, n° 342409), ainsi que de ses § 2, 3 et 7 (CE, 6 juin 2007, *Commune de Groslay et autres*, n° 292942).

382. V. également en matière sociale, certains droits du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels du 16 décembre 1966, ont été reconnus comme d'effet direct par la Cour de cassation (v. pour l'art. 6-1 : Cass. soc., 16 décembre 2008, 05-40.876 ; 14 avril 2010, 08-45.247). Le Conseil d'État n'a pas retenu pour sa part d'effet direct aux articles 2, 9 et 10 (CE, Ass. 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, n° 194658; 196116) ni à l'article 12 (CE, 26 sept. 2005, *Association «Collectif contre l'handiphobie »*, n° 248357)

383. V. sur ce point, l'invocation des articles 6 et 7 de la convention n° 106 de l'OIT (CE, 2 décembre 2011, *CFTC et autres*, n° 333472 ; CE, 13 février 2013, *Féd. des employés et cadres de la CGT FO et autres*, n° 335640 ; Ord. 10 avril 2014, *Féd CGT des personnels du commerce, de la distribution, des services et autres*, n° 376266, 376412).

384. CE, 23 juillet 2010, *M. Patrick A.*, n° 309993.

385. Comme l'acte multilatéral pris à l'initiative de l'OCDE sur l'échange automatique des données bancaires en cours de ratification par la France, ou celui en cours de négociation relatif à l'imposition des sociétés multinationales. Ces standards peuvent aussi être déclinés directement en droit interne sans truchement d'un acte international. Les États souhaitant mettre leurs entreprises en mesure de rivaliser avec les opérateurs internationaux sur d'autres marchés (et leur éviter le maniement de plusieurs standards à la fois) sont amenés à s'approprier ces standards en les déclinant dans un cadre strictement national.

386. Règlement (CE) n° 1126/2008 de la Commission du 3 novembre 2008 portant adoption de certaines normes comptables internationales conformément au règlement (CE) n° 1606/2002 du Parlement européen et du Conseil.

387. Le paquet législatif dit « CRD IV » entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2014 comprend un règlement (CRR) et une directive (CRD IV) qui remplacent les précédentes directives « fonds propres » (2006/48 et 2006/49).



L'obligation de fait de se conformer à ces standards tend ainsi à se muer en nécessité juridique.

■ *Des normes qu'il est essentiel de recenser et de concilier*

**La multiplication des actes, accords ou traités** confronte les personnes publiques à une multitude de textes d'origine très diverses, d'application souvent très large et transversale, qui peuvent avoir un impact sur leur action économique.

Or si le ministère des affaires étrangères met à la disposition du public une base de données très utile<sup>388</sup>, il n'existe pas de recensement fiable et exhaustif des stipulations regardées comme revêtues d'effet direct, qui soit accessible aux différentes administrations.

Cette multiplication des sources accroît aussi le risque de conflit de normes internationales en rendant difficile leur nécessaire conciliation.

Tant qu'une conciliation est possible entre deux conventions d'effet direct<sup>389</sup>, une application concurrente de ces textes s'impose. Mais en présence de situations d'incompatibilité nette qui supposent un choix de l'acteur public, ce choix peut être contesté devant le juge depuis la décision rendue en 2011 par le Conseil d'État dans l'affaire *Kandyrine de Brito Paiva*, qui fixe en la matière un cadre général pour tous les conflits de normes ne se rattachant pas au droit de l'Union européenne<sup>390</sup>.

Lorsqu'il n'apparaît possible ni d'assurer la conciliation des stipulations entre elles, ni de déterminer lesquelles doivent être écartées dans le cas d'espèce, le juge administratif fait application de la norme internationale dans le champ de laquelle la décision administrative contestée a entendu se placer et pour l'application de laquelle cette décision a été prise et écarte, en conséquence, le moyen tiré de son incompatibilité avec l'autre norme internationale invoquée<sup>391</sup>.

Cette solution laisse une assez grande liberté aux personnes publiques mais les conduit à faire preuve d'une attention particulière dans la formalisation de leurs décisions, pour en assurer la cohérence interne. Lorsqu'une décision est susceptible de relever de différentes règles internationales incompatibles entre elles, la personne publique doit veiller à la présenter comme mettant en œuvre la norme qu'elle entend faire prévaloir.

La décision *Kandyrine de Brito Paiva* juge cependant que le choix ainsi fait par la personne publique est de nature à engager sa responsabilité internationale à raison de la méconnaissance de la convention qu'elle aura décidé de ne pas appliquer.

---

388. Base « PACTE » : <http://basedoc.diplomatie.gouv.fr>.

389. Pour les autres, la question ne peut être que diplomatique, elle relève alors des choix non détachables de la conduite des relations diplomatiques.

390. CE, Ass., 23 décembre 2011, n° 303678.

391. Ces règles ne sont toutefois applicables que lorsque les deux conventions invoquées par le requérant lui sont effectivement applicables (CE, 11 avril 2014, *M. G.*, n° 362237).



**Proposition n° 27 : Sécuriser l'action économique des personnes publiques en prenant mieux en compte les traités internationaux**

1) en constituant sous l'égide du ministère des affaires étrangères, à destination des personnes publiques, une base de données recensant les stipulations de traités et accords internationaux regardées par la jurisprudence comme ayant un effet direct et en mettant l'accent sur celles qui présentent un intérêt dans le champ économique ;

***Vecteur :** action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)*

2) en rappelant aux administrations, en cas de pluralité de traités applicables sur une même question, qu'elles doivent veiller à se placer clairement dans le champ du traité qu'elles entendent mettre en œuvre, afin de sécuriser leurs décisions et en invitant les autres personnes publiques (AAI, collectivités territoriales...) à faire de même.

***Vecteur :** action des personnes publiques concernées  
(SGG , ministres et autres autorités concernés)*

## 2.3. Un bloc de légalité favorable à une action économique des personnes publiques soumise à un contrôle juridictionnel rigoureux

Dans son inspiration générale, le bloc de légalité est dans la ligne des exigences constitutionnelles en se montrant largement favorable au principe même de l'action économique des personnes publiques (2.3.1). Le principal sujet de préoccupation tient au foisonnement des textes applicables, à leur articulation et à leur portée souvent incertaine (2.3.2) et surtout au caractère de plus en plus approfondi du contrôle juridictionnel sur l'action économique publique (2.3.3).

### 2.3.1. Une action admise de longue date par la jurisprudence

#### 2.3.1.1. L'admissibilité de principe des initiatives économiques publiques

##### ■ L'encadrement des activités économiques privées

La réglementation des activités économiques trouve d'abord son fondement juridique dans la **police administrative**, c'est-à-dire la possibilité et même l'obligation pour les personnes publiques d'agir même sans texte pour assurer l'ordre public sous ses différentes formes. Au-delà des atteintes classiques à l'ordre public, s'est affirmée progressivement l'idée d'un « ordre public économique ».



La légalité intrinsèque de la réglementation économique au niveau local comme au niveau national est par suite admise par le juge même en l'absence d'une habilitation du législateur à cet effet<sup>392</sup>.

Cette jurisprudence classique trouve certes à s'appliquer de plus en plus **rarement**, compte tenu du très grand nombre de textes de niveau législatif ayant spécifiquement pour objet d'encadrer l'activité économique et de conférer à l'autorité administrative les moyens pour faire respecter la réglementation. La plupart des domaines économiques sont en effet couverts aujourd'hui par des législations particulières, qui prennent la forme soit de polices économiques spéciales assurées par des autorités administratives classiques, soit de régulations économiques qui en sont matériellement très proches mais dont la mise en œuvre est confiée à des AAI.

L'admissibilité de principe de la réglementation économique conserve néanmoins toute sa portée et une actualité lorsque les autorités administratives nationales ou locales entendent encadrer l'initiative privée en dehors des hypothèses envisagées par la loi<sup>393</sup>.

#### ■ La conduite d'activités économiques propres

Si les personnes publiques ne se sont jamais vues reconnaître en droit interne<sup>394</sup> la liberté d'entreprendre, la liberté du commerce et d'industrie<sup>395</sup> ni la liberté de concurrencer librement l'initiative privée<sup>396</sup>, le juge a très tôt admis qu'elles pouvaient conduire elles-mêmes des activités revêtant un caractère économique.

La jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*<sup>397</sup> distingue cependant nettement les activités économiques des personnes publiques d'une part, les activités de service public d'autre part<sup>398</sup>.

392. En outre, en marge du pouvoir de police, il a été admis que le pouvoir réglementaire puisse réglementer certaines professions faisant l'objet par ailleurs d'un encadrement législatif dans le cadre de la « théorie de l'état de la législation antérieure » (V. not. CE, Ass. 7 juillet 2004, *Min. de l'intérieur c. Benkerrou*, n° 255136).

393. V. O. Renaudie « Que reste-t-il du pouvoir de police générale du Gouvernement en matière économique ? », colloque *La Constitution économique de l'État, L'ordre constitutionnel économique*, 1958-2008 préc.

394. Celui-ci se distingue nettement de ce point de vue du droit européen qui admet au contraire une telle liberté mais à la condition que les personnes publiques soient soumises aux mêmes règles que les acteurs économiques privés.

395. D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles, en droit français, de la liberté d'entreprendre? », *D.aff.*, 1996, art. p. 731.

396. G. Clamour, « Du droit applicable aux actions économiques des personnes publiques », *Revue Lamy de la concurrence*, 2006, n° 9, p. 46.

397. CE, Ass. 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531. V. sur ce point : M. Bazex, « La distinction entre l'activité économique et l'activité hors commerce devant le Conseil d'État », *Droit administratif*, n° 8, août 2006, comm. 129. ; Cl. Landais, F. Lenica, « L'intervention économique des collectivités publiques : mode d'emploi », *AJDA*, 2006, p. 1592 ; v. M. Lombard, « 80 ans après l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, pavane pour une infante défunte », *RJEP*, février 2011, n° 683.

398. La distinction n'est pas sans précédent (v. not. l'avis n° 369315 du Conseil d'État du 23 octobre 2003 concernant la Fondation Jean Moulin) et n'est pas sans lien avec les distinctions ressortant de la jurisprudence européenne : CJCE, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft MbH c. Eurocontrol*, C-364/92 ; v. sur ces questions, F. Tesson, « La notion française d'activité écono-

Les personnes publiques qui conduisent des activités assimilables à celles que peuvent conduire des personnes privées font de la pure gestion privée<sup>399</sup>. Si la question de leur régime juridique et de la compétence juridictionnelle pour en connaître a focalisé l'essentiel de l'attention, celle de leur licéité de principe n'a jamais été mise en doute.

Les activités de pur service public sont au contraire étrangères en principe à toute logique économique. Il s'agit d'activités hors marché, même si elles peuvent avoir un contenu économique<sup>400</sup>. C'est dans cette catégorie qu'ont été classées les activités de conseil juridique aux personnes publiques de la mission d'appui aux partenariats publics-privés (*Ordre des avocats au barreau de Paris* déjà cité) ou encore la mise en ligne d'informations juridiques sur Légifrance.

Entre ces deux hypothèses juridiquement pures, les personnes publiques peuvent assurer de véritables activités économiques présentant tout de même un caractère de service public. Il n'y a pas en effet d'incompatibilité entre services public et activité économique<sup>401</sup>.

Les personnes publiques peuvent d'abord conduire une activité économique en l'érigeant en véritable service public, comme le juge l'a également admis très tôt. En théorisant le service public industriel et commercial (SPIC), il a ouvert la voie à la conduite d'activités économiques, regardées comme d'intérêt général et devant être prises en charge par la personne publique, mais pouvant faire l'objet d'une gestion largement privée (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*). Le juge a ensuite précisé le droit applicable à cette gestion (personnels de droit privé, contrats de droit commun avec les tiers...). Ces services occupent encore aujourd'hui une place très importante mais leur classement au regard de la distinction qui a été rappelée plus haut n'est pas évidente.

A côté de ces catégories connues, de multiples activités économiques sont conduites par les personnes publiques sous des régimes plus proches de la gestion administrative, c'est-à-dire en dehors même de la catégorie des SPIC, ce qui a conduit certains commentateurs à suggérer la notion de « service public économique » qui couvrirait notamment les activités de certains comités et organismes professionnels<sup>402</sup>.

---

mique des personnes publiques », *AJDA*, 9 septembre 2013, p. 1675.

399. L'existence de ces activités et leur différence avec les activités relevant par nature des missions et des procédés spécifiques des administrations a contribué à bâtir le périmètre du droit administratif ; v. GAJA, commentaire sous *Bac d'Eloka*, n° 36, *Dalloz*, 19<sup>e</sup> éd. 2013, n° 36.

400. Ces activités s'apparentent à des services publics administratifs, généralement considérés comme ne constituant pas une activité économique au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce (v. not. Conseil de la concurrence, Avis, 10 juillet 2008, n° 08A13 BOCC 10 octobre 2008).

401. V. conclusions de N. Boulouis sous CE, 3 mars 2010, *Dépt. de la Corrèze*, n° 306911, et J.-J. Israel, « L'activité juridique est-elle une activité économique ? », *AJDA*, 5 mai 2008, p. 911.

402. D. Linotte, R. Romi, *Services publics et droit public économique*, Litec, 5<sup>e</sup> éd., 2013 citant M. de Corail, « Le juge administratif et la qualification des interventions de l'État dans le domaine de l'économie », *Mél. Eisenmann*, Cujas, 1975, p.314.



### 2.3.1.2. *L'admission vigilante des atteintes apportées aux initiatives privées*

L'action économique des personnes publiques s'exerce dans les limites fixées par le juge, qui résultent principalement de la liberté du commerce et de l'industrie. Cette liberté n'a pas valeur constitutionnelle<sup>403</sup>. Elle a été déduite du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 avant de devenir un principe autonome<sup>404</sup>.

Le juge assure ainsi l'équilibre entre les initiatives publiques et privées, d'une part en veillant à ce que les activités économiques propres des personnes publiques ne viennent pas porter atteinte à l'initiative privée et, d'autre part, en vérifiant que la réglementation produite par la personne publique ne porte pas une atteinte excessive à la liberté du commerce et de l'industrie.

#### ■ *La légalité conditionnée des activités économiques des personnes publiques*

La jurisprudence s'est peu à peu **assouplie** en ce qui concerne la possibilité pour les personnes publiques de faire concurrence à l'initiative privée<sup>405</sup>. D'abord très stricte du temps du socialisme municipal au début du XX<sup>e</sup> siècle, où elle n'admettait que des interventions publiques dans des circonstances « *exceptionnelles* »<sup>406</sup>, elle a par la suite admis des interventions dans des circonstances « *particulières* »<sup>407</sup>, tenant à l'existence d'un intérêt public local et à la carence de l'initiative privée.

D'abord appréciée de manière purement quantitative, la carence de l'initiative privée a pu ensuite s'apprécier de manière qualitative et résulter par exemple de l'absence d'offre à des conditions acceptables (notamment de tarif)<sup>408</sup>. Cette évolution s'est achevée avec la neutralisation de la condition de la carence de l'initiative privée, qui n'est plus désormais que l'une des manifestations possibles de l'existence d'un intérêt public de nature à justifier les activités économiques des personnes publiques<sup>409</sup>.

Parallèlement, la jurisprudence a consacré plusieurs **cas particuliers** dans lesquels la personne publique pouvait faire concurrence à des opérateurs privés sans méconnaître le principe de liberté du commerce et de l'industrie.

---

403. Même si une loi a étrangement affirmé le contraire (art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 sur le dialogue social de la continuité du service public dans les transports terrestres de voyageurs) et si le principe est apparu une fois dans une décision du Conseil constitutionnel (décision n° 2003-474 DC du 17 juillet 2003).

404. CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, GAJA, n° 64, D. 19<sup>e</sup> éd., 2013. C'est une liberté publique au sens de l'article 34 de la Constitution : CE, Sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, rec. 570. Elle ne se confond pas avec la liberté de la concurrence, qui coexiste avec elle (V. jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

405. J.-Ph. Kovar, « Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ? », *Droit administratif*, n° 12, décembre 2007.

406. CE, 29 mars 1901, *Casanova*, GAJA, n° 8, D. 19<sup>e</sup> éd., 2013.

407. CE, Sect., 30 mai 1930, *Ch. synd. du com. en détail de Nevers*, GAJA n° 42, D. 19<sup>e</sup> éd. 2013.

408. CE, Sect., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre*, n° 57435 ; v. sur ce point, sur le caractère « potestatif » de cette condition (c'est-à-dire le fait qu'elle est à la main de celui sur lequel pèse l'obligation), le commentaire de J.-Y. Chérot, *Droit public économique*, 2007, n° 628.

409. CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531 préc.



Il en va d'abord ainsi lorsque l'activité est mise en œuvre pour servir les besoins de la collectivité publique elle-même<sup>410</sup>, la personne publique restant ainsi « maîtresse de l'étendue du marché »<sup>411</sup>. Il a également été admis que les personnes publiques pouvaient étendre un service existant<sup>412</sup>.

Ces questions restent largement d'actualité, comme le montre la décision *Société Armor SNC* qui a admis qu'une collectivité publique puisse soumissionner à un marché ouvert par une autre, même si le Conseil d'État s'est placé sur le strict terrain de la compétence de la collectivité et non sur celui de liberté du commerce et de l'industrie<sup>413</sup>.

■ *La légalité conditionnée des restrictions apportées par la puissance publique aux activités économiques privées*

Le juge administratif fait également application du principe de **liberté du commerce et de l'industrie** pour limiter les atteintes que la personne publique porte à l'initiative privée non en lui faisant concurrence, mais en encadrant son exercice, notamment par une réglementation de police économique<sup>414</sup>.

C'est notamment à ce titre qu'il proscriit les interdictions générales et absolues ainsi que la subordination de l'exercice d'une profession à une autorisation préalable. La liberté du commerce et de l'industrie est ici le prolongement de la liberté d'entreprendre.

Les restrictions éventuelles doivent par ailleurs, pour être licites, respecter l'ensemble des **autres principes** généraux du droit.

C'est en particulier le cas du principe d'égalité. Comme en matière constitutionnelle, ce principe est souvent invoqué en matière d'action économique des personnes publiques, mais avec un succès moins marqué pour les requérants, notamment du fait que les questions de champ d'application des mesures sont plus rarement traitées au niveau réglementaire. Si difficulté il y a, elle trouve généralement sa source dans la loi.

Enfin, le principe de non rétroactivité des actes réglementaires<sup>415</sup> de même que le principe de sécurité juridique<sup>416</sup> jouent un rôle important en matière d'action économique<sup>417</sup>.

---

410. CE, Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image*, n° 317827 prolongeant la jurisprudence CE, 20 novembre 1970, *Société Unipain*, n° 77935.

411. V. A. See, comm. sous la décision *Association pour la promotion de l'image* préc. *Concurrences*, n° 01-2012, p. 222-223.

412. De même lorsqu'il s'agit du complément d'un service public existant, v. not. CE, 4 juillet 1973, *Synd nat. des entreprises de diffusion*, n° 82456; v. toutefois, s'agissant des extensions des SPIC, CE, 23 mai 2003, *Communauté de communes Artois-Lys*, n° 249995.

413. CE, Ass., 30 décembre 2014, *Sté Armor SNC*, n° 355563.

414. CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, préc. V. M. Lombard, « Dans quelle mesure est-il encore utile de se référer à la liberté du commerce et de l'industrie ? », *RJEP*, n° 690, octobre 2011.

415. CE, 25 juin 1948, *Sté du Journal l'Aurore*, GAJA, n° 60, 11<sup>e</sup> éd. 2011.

416. CE, 24 mars 2006, *Société KPMG*, n° 288460, GAJA, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd. 2013, n° 111.

417. V. J.-M. Sauvé, « L'entreprise et la sécurité juridique », intervention lors du colloque organisé par la Société de législation comparée au Conseil d'État, 21 novembre 2014.



Si l'ensemble de ces règles sont énoncées clairement dans la jurisprudence, les personnes publiques peuvent éprouver des difficultés à en mesurer précisément les implications dans la conduite de leur action économique. Des ressources documentaires pourraient être développées à cet effet. C'est une des finalités du guide, élaboré dans le cadre de la présente étude. Pour les questions les plus délicates, une saisine du Conseil d'État est également possible.

**Proposition n° 28 : Permettre aux personnes publiques de mieux prendre en compte la jurisprudence administrative au regard notamment du respect de la liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'elles agissent dans le domaine économique :**

- 1) en mettant à leur disposition des outils d'information adaptés (v. not. le guide mentionné à la proposition n° 50) ;
- 2) en saisissant le Conseil d'État des questions présentant une difficulté particulière.

***Vecteur :** action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État  
(ministres concernés, Conseil d'État)*

## **2.3.2. Une action encadrée par un foisonnement de textes de nature, de portée et d'articulation très diverses**

### ***2.3.2.1. Une dispersion des textes spécifiquement applicables à l'action économique des personnes publiques***

#### **■ Des textes transversaux volumineux et éclatés**

Certains des textes transversaux qui régissent l'action économique des personnes publiques ont été codifiés : code des marchés publics (appelé à devenir un code de la commande publique intégrant d'autres formes de contrats), code général de la propriété des personnes publiques, code de l'urbanisme, code des juridictions financières, code pénal (incrimination des comportements d'agents publics en matière économique, comme la prise illégale d'intérêt ou le favoritisme), code général des collectivités territoriales (encadrement des aides aux entreprises).

Aucun de ces codes ne traite spécifiquement de l'action économique des personnes publiques. Cette problématique est abordée sous l'angle, soit des personnes publiques (code général des collectivités territoriales), soit des modes d'action (code général de la propriété des personnes publiques), soit encore des juridictions (code pénal, code des juridictions financières). La structure de ces codes n'identifie pas clairement le lien avec l'action économique<sup>418</sup>.

418. Si le code général des collectivités territoriales comporte des dispositions rangées sous des intitulés « interventions économiques » ou « développement économique », elles ne regroupent pas l'ensemble des règles relatives à cette action, notamment ce qui se rattache à la police des marchés. En ce qui concerne les autres codes, le lien avec l'action économique n'est pas non plus pris en compte, soit qu'il soit diffus dans l'ensemble de la matière

Ces dispositions ne sont pas homogènes et elles comportent des exigences très variables pour l'action des personnes publiques. Le code des marchés publics fixe de nombreuses règles de fond et surtout de procédure, qui donnent par ailleurs lieu à un contentieux abondant. L'encadrement des interventions économiques des collectivités territoriales est beaucoup plus limité, celles-ci restant maîtresses des modalités concrètes selon lesquelles elles conduisent leur action économique.

Ces codes n'épuisent toutefois pas la matière et **d'autres dispositions transversales** applicables à l'action économique des personnes publiques ne sont pas codifiées.

C'est par exemple le cas de l'octroi de subventions (art. 9-1 et suivants de loi n° 2000-321 du 12 avril 2000), de la gouvernance des EPIC (loi du n° 83-675 du 26 juillet 1983) ou des contrats de partenariat (ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004).

Cette dispersion peut être source de difficultés. Si un code de l'action économique des personnes publiques ne présenterait pas de plus-value significative par rapport aux codes existants<sup>419</sup>, un regroupement minimal des dispositions autonomes serait opportun, à l'image de la démarche adoptée pour les règles de gouvernance des sociétés et les prises de participations publiques, qui a permis de regrouper en un seul texte, l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, de très nombreuses dispositions jusqu'alors éparées. L'élaboration d'un recueil de ces textes renforcerait par ailleurs leur accessibilité.

#### ■ *Des textes sectoriels nombreux et peu articulés*

L'approche largement **sectorielle** de la régulation économique a entraîné l'adoption d'un grand nombre de textes « en silo » issus du droit de l'Union, de sorte qu'il n'est pas possible de remédier efficacement à cette fragmentation par une initiative purement nationale. Mais cette approche et ses conséquences affectent aussi d'autres politiques ne relevant pas d'une régulation économique d'origine européenne, comme par exemple le logement.

Cette configuration favorise les **chevauchements entre secteurs** et concourt à la faible lisibilité de *corpus* conçus indépendamment les uns des autres et peu articulés entre eux. C'est notamment le cas des secteurs « voisins » comme les textes bancaires et boursiers ou ceux relatifs à l'audiovisuel et aux communications électroniques.

---

(code des marchés publics), soit qu'il ne constitue qu'un usage possible de mécanismes de portée plus générale (code de la propriété des personnes publiques).

419. Aucun des pays étrangers étudiés n'a élaboré de code de l'action économique des personnes publiques. Les textes régissant ces questions restent comme en France très éclatés. Dans certains pays, quelques textes, sans constituer de véritables codes, sont des références de portée assez générale pour l'action économique des personnes publiques, comme par exemple, en Pologne, la loi sur la liberté des activités économiques du 2 juillet 2004 (modifiée en dernier lieu en janvier 2015) ou, en Argentine, la loi dite d'administration financière et des systèmes de contrôle du secteur public (*Ley* 24.156) et la loi générale du système budgétaire national (*Ley* 28.411).



En outre, la régulation **intersectorielle**, spécialement en matière de concurrence et de consommation, interfère avec les régulations sectorielles, comme l'illustre l'exemple de la répartition des rôles entre la DGCCRF et l'ARCEP en matière de protection des consommateurs<sup>420</sup>.

### **2.3.2.2. La question récurrente de l'application du droit commun économique à l'action des personnes publiques**

#### ■ *L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques*

Objet d'une jurisprudence abondante<sup>421</sup>, l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques n'est pas contestable dans son principe : l'article 53 de **l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986** relative à la liberté des prix et à la concurrence précisait qu'elle était applicable à « *toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* ».

Le droit de la concurrence s'applique aux personnes publiques agissant comme de véritables **opérateurs** comme cela a été jugé dès 1996<sup>422</sup>, ainsi que dans le cadre de la commande publique depuis l'arrêt *Millon et Marais* de 1997<sup>423</sup>. Cette solution vaut également en matière de réglementation de police<sup>424</sup>.

La décision *Ordre des avocats au barreau de Paris* confirme que la liberté du commerce et de l'industrie et la libre concurrence sont complémentaires, la première concerne le principe de l'intervention, la seconde ses modalités<sup>425</sup>. Depuis lors, le juge a **autonomisé** les fondements de l'application de ces règles en dégagant un principe de « libre concurrence » indépendant de ses sources textuelles<sup>426</sup>.

#### ■ *L'application des autres dispositions du droit commun économique*

Plus généralement, les activités économiques conduites par les personnes publiques qui s'apparentent à celles d'opérateurs privés relèvent le plus souvent du droit commun. Il est par ailleurs de plus en plus largement admis que lorsqu'elles réglementent une activité ou interviennent par des actes unilatéraux, il leur appartient de respecter les règles qui régissent les activités concernées<sup>427</sup>.

---

420. Par ex. s'agissant de l'interprétation de l'article L. 33-1 du code des postes et communications électroniques.

421. V. not. sur celle-ci *Collectivité publique et concurrence*, EDCE, 2002, n° 53, p. 253s.

422. CE, Sect., 8 novembre 1996, *FFSA*, n° 122644 ; CJEG, 1997, p. 232, concl. Bonichot ; *AJDA*, 1997, p. 142, chr. D. Chauvaux et T.-X. Girardot.

423. Sect., 3 novembre 1997, n° 169907.

424. CE, Sect., avis contentieux, 22 novembre 2000, *Sté L. et P. publicité*, n° 223645 ; CE, 15 mai 2009, *Sté Cie des bateaux mouches*, n° 311082.

425. V. les conclusions D. Casas, sous la décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.

426. CE, 21 mai 2008, *Société Nouvelle de Remorquage du Havre (SNRH) et Société de Remorquage Maritime de Rouen*, n° 291115.

427. Dans le prolongement de la jurisprudence *Société Lambda* : CE, 6 décembre 1996, *GAJA*, Dalloz, 19<sup>e</sup> éd., 2013, n° 97.



Certains cas sont **explicitement réglés** par les textes<sup>428</sup>. En droit des sociétés, l'ordonnance du 20 août 2014 précitée règle de manière explicite la plupart des questions d'articulation entre les dispositions du code de commerce et la situation spécifique de l'État actionnaire. En droit bancaire, les prêts et avances remboursables de même que les garanties constituent des opérations de crédit qui relèvent du monopole bancaire mais le code monétaire et financier prévoit explicitement qu'il ne s'applique pas à certaines personnes publiques<sup>429</sup>.

Dans d'autres cas, la **jurisprudence** a précisé les cas d'applicabilité du droit commun aux personnes publiques. C'est ainsi qu'a été admise l'application du droit de la consommation aux personnes publiques lorsqu'elles agissent comme des professionnels<sup>430</sup> mais non lorsqu'elles agissent, à la manière de consommateurs, dans le cadre d'un marché public<sup>431</sup>. D'une manière plus générale, le droit de la consommation s'impose aux personnes publiques dans l'ensemble des actes qu'elles édictent<sup>432</sup>. En droit boursier, le sort de l'actionnaire public en cas de retrait obligatoire doit suivre le droit commun<sup>433</sup>.

L'adoption plus systématique de dispositions expresses sur les conditions dans lesquelles la loi ou le règlement s'applique aux personnes publiques contribuerait à renforcer la sécurité juridique, y compris au profit des opérateurs privés qui sont en relation avec les personnes publiques exerçant une activité économique.

---

428. L'examen des expériences étrangères confirme une large application du droit commun des affaires et notamment du droit de la concurrence aux personnes publiques, avec des aménagements plus ou moins significatifs. Aux États-Unis, en 1943, dans un arrêt *Parker v. Brown*, la Cour Suprême a créé le *State-action exemption*, principe selon lequel une loi étatique peut contrevenir aux lois fédérales sur la concurrence, pour autant que la loi en question soit adoptée dans le cadre d'une politique étatique claire, et que l'État contrôle activement le régime anticoncurrentiel. En Pologne, le principe est l'application du droit commun aux personnes publiques, notamment s'agissant de ses entreprises publiques. En Israël, le principe est l'application du droit de la concurrence aux entreprises publiques pour autant qu'elles agissent comme opérateurs économiques (législation de 1988). À Singapour, la personne publique ne peut intervenir dans la sphère économique qu'en présence d'un intérêt public marqué (résultant notamment de l'absence de l'initiative privée) et dans le cadre des règles édictées par le *Competition act* signé en 2006.

429. Art. L. 511-6 et L. 518-1 du code monétaire et financier.

430. CE, 11 juillet 2001, *Société des eaux du nord*, n° 221458.

431. CE, 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, n° 264712.

432. V. par ex., pour une application à une décision de l'autorité de régulation des télécommunications des règles applicables en matière de vente non sollicitées : CE, 15 octobre 2003, *ADEIC et a.*, n° 240645.

433. CE, 4 juillet 2012, *Département de Saône et Loire*, n° 356168 ; Cass. Com, 21 janvier 2014, n° 12-29475 ; v. A. Delion, *Les pouvoirs de l'AMF, les offres publiques de retrait et les participations publiques*, 1<sup>er</sup> avril 2014, p. 229.



**Proposition n° 29 : Clarifier et rendre plus accessibles les lois et règlements en matière d'action économique des personnes publiques :**

1) en regroupant la législation et la réglementation non codifiées applicables en matière d'action économique des personnes publiques dans un nombre limité de textes ;

**Vecteur :** *loi et règlements concernés*  
(SGG, commission supérieure de codification, ministres concernés)

2) en assurant une veille des chevauchements de compétence entre régulations économiques afin que les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires pour y remédier soient préparées par les services concernés ;

**Vecteur :** *rapports d'activité des régulateurs ; évaluation quinquennale des secteurs régulés (v. infra 3<sup>e</sup> partie, proposition n° 47)*  
(SGG, régulateurs, ministres concernés)

3) en précisant dans les textes de droit commun susceptibles de concerner les personnes publiques, les dispositions qui s'appliquent effectivement à ces dernières, notamment en matière de droit de la concurrence.

**Vecteur :** *loi et règlements concernés*  
(SGG, ministres de l'économie, des finances et de la justice)

### **2.3.3. Un contrôle juridictionnel de plus en plus approfondi**

#### **2.3.3.1. Une action économique de plus en plus portée devant le juge**

##### ■ *Un contentieux varié et éclaté*

L'action économique des personnes publiques suscite un contentieux important et qui va même aujourd'hui croissant. Il est très varié et affecte tous les domaines dans lesquels cette action se développe.

Le contentieux de l'action économique des personnes publiques porte d'abord sur la légalité des décisions prises dans ce cadre : la réglementation économique et les décisions prises sur son fondement ainsi que les sanctions auxquelles elles peuvent donner lieu, qu'elles soient prises par les administrations classiques, les autorités de régulation ou les organismes constitués pour « porter » leur action (groupements privés ou publics) ; les concours financiers qu'elles octroient, quels qu'en soient les formes (subventions, garanties, prêts et avances) ; les contrats qu'elles passent, notamment dans le cadre de marchés ou délégations de service public, les actes de gestion de leur domaine ...

Le contentieux de la responsabilité du fait de cette action est non moins abondant et peut être engagé en l'absence de toute question de légalité (responsabilité du fait des lois et décisions administratives régulières notamment pour rupture d'égalité devant les charges publiques).



Du fait de la place du droit privé dans les règles applicables aux personnes publiques agissant en matière économique, ce contentieux n'est pas réservé à la juridiction administrative. Le législateur est par ailleurs intervenu pour confier certains contentieux, notamment dans les secteurs régulés, à la juridiction judiciaire et en particulier à la cour d'appel de Paris, en s'efforçant de constituer des blocs de compétence, dont la pertinence mériterait d'être périodiquement réexaminée. Au fil des contentieux, des cas de figure peuvent en effet apparaître qui n'ont pas été envisagés par le législateur au moment où il a défini ces blocs de compétence<sup>434</sup>.

Au sein de chaque ordre de juridiction, la compétence contentieuse n'est pas non plus unifiée, en raison de la diversité des personnes publiques en cause et des modalités de leurs actions : le contentieux des actes des autorités de régulation sectorielle relève du Conseil d'État en premier et dernier ressort, sauf en ce qui concerne leur volet indemnitaire qui relève en premier ressort des tribunaux administratifs, de même par exemple que les marchés et délégations et les aides des collectivités territoriales.

### ■ *Un contentieux de plus en plus attractif pour les entreprises*

Les raisons de la forte dynamique du contentieux de l'action économique publique sont en partie subjectives : retentissement des succès obtenus contre l'administration dans quelques affaires symboliques ; rôle de la crise économique dans la moindre acceptabilité des décisions publiques qui affectent les intérêts des entreprises ou qui ne leur accordent pas un marché ou un avantage ; utilisation stratégique du recours au juge pour des concurrents.

Mais il faut surtout y voir les effets de l'efficacité croissante du juge de l'action économique.

Des voies de droit autorisant des réponses rapides peuvent depuis longtemps être mobilisées devant le juge judiciaire dans le cadre de l'action économique des personnes publiques (comme le référé devant la cour d'appel de Paris). La juridiction administrative a développé à son tour ce type de procédure avec la réforme opérée par la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 sur les procédures de référés administratifs. Les entreprises ont largement utilisé les nouvelles procédures de référé-suspension<sup>435</sup>, de référé mesures utiles et même de référé liberté, la liberté du commerce et de l'industrie ayant été reconnue comme une liberté fondamentale au sens de l'article L.521-2 du code de justice administrative<sup>436</sup>. Il en va de même des procédures d'urgence spécifiques comme le référé précontractuel en matière de marchés publics et de délégations de service public.

434. Par ex., les recours directs exercés contre les décisions du rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refusant la protection du secret des affaires ou accordant la levée de ce secret ont été jugés relever, « *en l'absence de disposition législative expresse en attribuant la contestation à la juridiction judiciaire* », de la juridiction administrative (CE, 10 octobre 2014, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, n° 367807).

435. V. par ex. pour un cas où la condition d'urgence a été regardée comme satisfaite compte tenu des particularités du marché en cause, tenant notamment à sa croissance rapide et à son caractère fortement concurrentiel (décret dit « VTC ») : ordonnance du 5 février 2014, *SAS Allocab*, n°s 374524, 374554.

436. CE, JR, 8 juin 2005, *Commune de Houilles*, n° 281084.



Le juge dispose aussi d'armes plus efficaces. Les textes ont notamment reconnu au juge administratif un nouveau pouvoir d'injonction et d'astreinte qui lui permet d'exercer une pression réelle sur les personnes publiques (L. 911-1, L. 911-2 et L. 911-4 du code de justice administrative). La jurisprudence a ouvert la voie à une modulation des effets des décisions juridictionnelles qui permet de répondre de manière plus fine et plus adaptée aux spécificités des requêtes économiques (y compris le besoin de stabilité juridique des acteurs) : annulation différée dans le temps et autres dispositifs originaux, comme le « *qui mieux n'aime* »<sup>437</sup> ; essor du plein contentieux qui permet de réformer la décision, notamment dans le cadre de l'action des autorités de régulation (sanctions, mais aussi règlement des différends entre opérateurs...) ; admissibilité de principe, dans le cadre de l'excès de pouvoir, de la divisibilité d'autorisation assorties de conditions<sup>438</sup>...

Enfin le juge, malgré le caractère technique de ce contentieux, n'hésite plus à exercer un plein contrôle sur les choix techniques de l'administration, en matière de concurrence ou dans le secteur de l'audiovisuel par exemple. Dans ces contentieux, le juge n'est par ailleurs plus seulement conduit à apprécier la légalité d'une décision en fonction de ses effets immédiats, mais à tenir compte de ses effets économiques potentiels, en portant ainsi sur ces affaires une appréciation qui fait une place de plus en plus importante à l'analyse économique<sup>439</sup>.

#### ■ *Un contentieux qui conduit à repenser le rôle et les moyens du juge*

De plus en plus acteur du processus, le juge est amené à décider en dernier lieu de la pertinence de l'action économique et de sa proportionnalité, en devenant en quelque sorte un régulateur ultime. Le métier du juge de l'action économique des personnes publiques évolue donc sans cesse, le contraignant à revoir ses méthodes d'instruction et de jugement.

Les différents instruments à sa disposition pour conduire ses investigations dans des dossiers complexes sont largement utilisés en matière économique, comme le recours à des expertises<sup>440</sup> et à des procédures plus originales comme « l'enquête à la barre » ou sur les lieux<sup>441</sup>, l'« *Amicus curiae* », méthode introduite en 2010<sup>442</sup>, ou « l'avis technique »<sup>443</sup>, introduit dans le même temps, et dont l'une des premières

---

437. Dispositif selon lequel la personne publique peut soit réparer en nature en remédiant au désordre qu'elle a provoqué, soit réparer en argent.

438. CE, Ass., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision*, n° 363978.

439. V. not., sur ces deux aspects, à propos du contrôle des injonctions prononcées par l'Autorité de la concurrence dans le cadre d'une autorisation de concentration, CE, Ass., 21 décembre 2012, *Société Groupe Canal Plus et autres*, n° 362347.

440. Art. R. 621-1 et suivants du code de justice administrative.

441. Art. R. 623-1 du code de justice administrative ; procédure qui a notamment été mise en œuvre sur le marché du renseignement téléphonique : CE, Sect., 25 juin 2004, *Sté Scoot France* ; *Sté Fonecta*, n°s 249300, 249722.

442. Art. R. 625-3 du code de justice administrative issu de l'article 46 du décret n° 2010-164 du 22 février 2010.

443. Art. R. 625-2 du code de justice administrative.





prises en œuvre a concerné le marché de l'électricité<sup>444</sup>. Les textes organisent par ailleurs la possibilité pour les juridictions de consulter les autorités de régulation économique dans certains domaines<sup>445</sup>.

La technicité des questions économiques peut gêner l'instruction du dossier par le juge, notamment dans le contentieux de l'excès de pouvoir où les personnes publiques hésitent à lui communiquer leurs arguments techniques. Le secret des affaires constitue une source encore plus importante de gêne pour le juge de l'action économique publique, lorsqu'il doit comparer les mérites de différents projets ou différentes situations d'entreprises en litige sans disposer des éléments qui, couverts par le secret des affaires, ne pourraient être communiqués à l'autre partie, à la différence de ce qui est autorisé par la loi, dans la limite du respect des droits de la défense, pour les régulateurs eux-mêmes<sup>446</sup>.

La place de l'analyse concurrentielle (définition du marché pertinent, identification d'une position dominante, d'effets anticoncurrentiels d'une mesure ou des distorsions qui peuvent venir d'un statut ou d'avantages accordés à un opérateur public) et celle des techniques comptables, budgétaires ou financières dans les dossiers qui lui sont soumis amènent enfin le juge à se prononcer sur des terrains où il n'a pas nécessairement bénéficié d'une formation *ad hoc*. Tous les juges n'étant pas confrontés à ces questions et ces matières étant par ailleurs évolutives, un renforcement de la formation initiale serait probablement moins pertinent qu'un effort ciblé sur la formation continue des juges qui ont à en traiter.

La technicité même de ces questions et l'ampleur de leurs enjeux plaident même pour une spécialisation des juges, qui est déjà engagée au sein de la juridiction judiciaire : ainsi la cour d'appel de Paris est-elle principalement compétente en matière de contentieux de la régulation économique. La spécialisation<sup>447</sup> au sein des juridictions administratives est plus limitée<sup>448</sup>, même si certaines d'entre elles ont des compétences spéciales en matière économique : le Conseil d'État en matière de contrôle des concentrations<sup>449</sup>, la cour administrative d'appel de Paris pour connaître de décisions du CSA en matière de diffusion de services locaux de radio et de télévision<sup>450</sup>. Le dispositif existant pourrait être complété par la création au sein de certaines juridictions de « pôles spécialisés » dans les contentieux les plus techniques assortie, au besoin, d'une formation spécifique des juges qui y sont affectés.

---

444. CE, 28 mars 2012, *Société Direct Énergie et autres*, n° 330548.

445. V. not. l'art. L. 462-3 du code de commerce relatif à la saisine pour avis de l'Autorité de la concurrence par les juridictions.

446. V. à propos du Conseil de la concurrence puis de l'Autorité de la concurrence, CE, 13 février 2006, *Sté Fiducial informatique et Sté Fiducial expertise*, n° 279180 ; CE, Ass. 21 décembre 2012, *Société groupe Canal plus et autres*, n° 362347.

447. Inversement, des déspecialisations peuvent intervenir pour les contentieux économiques ne soulevant pas de questions techniques particulières, comme c'est le cas des recours contre les décisions de la commission nationale d'aménagement commercial : art. R. 311-3 du code de justice administrative issu du décret n° 2013-730 du 13 août 2013.

448. V. néanmoins, au Conseil d'État, la spécialisation de certaines sous-sections de la section du contentieux du Conseil d'État en matière fiscale.

449. 7° de l'article R.311-1 du code de justice administrative.

450. 2° de l'article R.311-2 du code de justice administrative issu du décret du 13 août 2013.



**Proposition n° 30 : Rendre plus efficace le contentieux de l'action économique des personnes publiques en réévaluant :**

- 1) la pertinence des blocs de compétence juridictionnelle existant en matière de contentieux de l'action économique des personnes publiques ;
- 2) les conséquences du développement du contentieux économique sur l'office des juges et, en particulier, les pouvoirs d'instruction, le traitement de l'urgence, les aménagements possibles à la protection du secret des affaires et la constitution de pôles spécialisés.

*Vecteur : étude demandée par le Gouvernement*

### **2.3.3.2. La force d'attraction d'autres types de règlement des litiges**

#### ■ *La place croissante du juge répressif*

L'action économique des personnes publiques fait peser, sur les agents publics qui l'exercent, un risque de répression non négligeable.

Une répression spécifique et originale a été mise en place, à partir de 1948, avec la création de la **Cour de discipline budgétaire et financière** (CDBF), compétente pour juger les manquements commis par les ordonnateurs<sup>451</sup> et dont la procédure a été récemment jugée conforme à la Constitution<sup>452</sup>.

Le champ des justiciables, particulièrement large, couvre l'ensemble des agents des personnes publiques mais aussi des représentants des organismes soumis au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes, c'est-à-dire notamment les entreprises publiques et les organismes bénéficiant de concours financiers publics. L'essentiel de l'action économique des personnes publiques<sup>453</sup> est susceptible de donner lieu à des poursuites devant la CDBF au titre de l'exécution des recettes et dépenses ou de la gestion des biens<sup>454</sup>, des avantages injustifiés procurés à autrui<sup>455</sup> ou d'agissements ayant causé un préjudice grave à une entreprise publique<sup>456</sup>. Tout manquement à une « règle » quelle qu'en soit la nature (règle budgétaire, mais aussi du droit de la commande publique ou encore du droit des sociétés par exemple) est en outre susceptible de constituer une infraction.

Le caractère extensif des incriminations a contrasté avec la parcimonie des poursuites engagées pendant de nombreuses années. Le nombre de saisines a connu toutefois une nette augmentation en 2014 du fait notamment de « *la plus grande sensibilisation des chambres de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes à la saisine de la CDBF* »<sup>457</sup>.

451. Loi n° 48-1484 du 25 septembre 1948, codifiée aux articles L.311-1 et suivants du code des juridictions financières. L'exécution de la dépense, relève quant à elle des comptables, justiciables de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes.

452. Décision n° 2014-423 QPC du 24 octobre 2014.

453. À l'exception de celles n'ayant aucun impact financier comme les activités normatives, les déclarations publiques ou certaines mesures d'accompagnement.

454. Article L. 313-1 à L. 313-4 du code des juridictions financières.

455. Article L. 313-6 du code des juridictions financières.

456. Article L. 313-7-1 du code des juridictions financières.

457. Rapport d'activité de la CDBF pour 2014 (février 2015), p. 6.

Avec un champ plus étroit mais des enjeux symboliques et pratiques plus lourds, l'action économique des personnes publiques est également susceptible de donner lieu à des **poursuites pénales**, soit contre les personnes morales de droit public (à l'exception de l'État<sup>458</sup>) soit, plus fréquemment, à l'encontre des agents à l'origine de l'infraction.

Plusieurs incriminations du code pénal concernent spécifiquement l'action économique des personnes publiques ou y sont mises en œuvre à titre principal. C'est notamment le cas des manquements au devoir de probité comme la prise illégale d'intérêt<sup>459</sup> ou encore du délit dit de « favoritisme » en matière de marchés publics ou de délégation de service public<sup>460</sup>.

D'autres infractions peuvent être commises par les personnes publiques et leurs agents lorsqu'elles agissent comme des opérateurs économiques (par exemple, en matière d'abus de biens sociaux<sup>461</sup>) ou non (par exemple, en matière de divulgation de fausse information sur les marchés financiers<sup>462</sup>).

Le principal attrait de la voie répressive pour les entreprises plaignantes est de les dispenser de la charge de la preuve des infractions commises par les personnes ou agents publics, qui pèse sur l'autorité de poursuite<sup>463</sup>. Le succès de la démarche présente en plus l'attrait symbolique d'une véritable « condamnation ». Elle peut ainsi, compte tenu de ces différents avantages par rapport aux autres voies de droit ouvertes aux opérateurs, faire partie d'une stratégie contentieuse par « le dépôt de plainte » ou une dénonciation.

Mais en matière pénale plus encore qu'en matière disciplinaire, la mise en jeu de ces voies de droit doit conserver un caractère exceptionnel. Le juge répressif n'est en outre pas toujours le mieux placé pour se prononcer sur l'action économique des personnes publiques, dont on a déjà souligné les pièges et les aspérités techniques.

Cependant la voie d'une dépénalisation, déjà explorée avec un succès mitigé dans le cadre de la vie des affaires<sup>464</sup>, serait sans doute encore plus difficile à faire accepter pour les agents publics, compte tenu de l'exemplarité dont ils doivent faire preuve. La jurisprudence récente du Conseil constitutionnel appliquant le principe « *non bis in idem* » au cumul des sanctions administratives et pénales pourrait également conduire à un réexamen des cas dans lesquels le maintien d'une incrimination se justifie<sup>465</sup>.

Il faut en tout état de cause faire confiance aux autorités de poursuite pour rechercher le meilleur équilibre par une mise en œuvre mesurée de ces procédures répressives, étant précisé qu'en matière pénale, la constitution de parties civiles limite les marges d'appréciation sur l'opportunité des poursuites.

---

458. Article 121-2 du code pénal.

459. Articles 432-12 et 432-13 du code pénal.

460. Article 432-14 du code pénal.

461. Articles L. 241-3 et L. 242-6 du code de commerce.

462. Article L. 465-2 du code monétaire et financier.

463. V. not. B. Warusfel, « Le droit économique et ses juges », *Rue St-Guillaume*, n° 152, 2008.

464. V. le rapport du 20 février 2008 du groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon.

465. Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015.



## ■ L'attrait des modes alternatifs de règlement des litiges

Le recours à l'**arbitrage** suppose d'autoriser les personnes publiques à recourir à des juges privés, ce qui ne va pas de soi, même en matière d'action économique.

A l'heure actuelle, la règle demeure la prohibition du recours à l'arbitrage des personnes publiques<sup>466</sup>, même si des dérogations de plus en plus nombreuses ont été prévues en droit interne pour l'autoriser au profit de certaines entités ou dans certaines matières<sup>467</sup>. Des conventions internationales prévoient de plus en plus souvent le recours à l'arbitrage pour les besoins d'une opération particulière<sup>468</sup>. Il doit être souligné que la transformation en société anonyme d'entreprises publiques instituées sous forme d'établissement public les soustrait par voie de conséquence à la prohibition de principe du recours à l'arbitrage, comme cela a été le cas de La Poste<sup>469</sup>.

Certaines réflexions conduites sur ces questions ont conclu à l'intérêt d'élargir encore le recours à l'arbitrage pour les personnes publiques tant pour les contrats internationaux que dans les opérations purement internes<sup>470</sup>. Il arrive que des élargissements ponctuels soient décidés<sup>471</sup>. Cependant, au regard des intérêts en cause et des graves mécomptes observés à l'occasion de certaines procédures, le Conseil d'État recommande la plus extrême circonspection à l'égard de l'extension du champ d'application de l'arbitrage dans les litiges impliquant directement ou indirectement des intérêts publics. En tout état de cause, l'arbitrage ne saurait permettre de se soustraire à l'application des lois d'ordre public<sup>472</sup>.

---

466. CE, avis n° 339710 du 6 mars 1986 : « Il résulte des principes généraux du droit public français, confirmés par les dispositions du premier alinéa de l'article 2060 du Code civil que, sous réserve des dérogations découlant de dispositions législatives expresses ou, le cas échéant, des stipulations de conventions internationales incorporées dans l'ordre juridique interne, les personnes morales de droit public ne peuvent pas se soustraire aux règles qui déterminent la compétence des juridictions nationales en remettant à la décision d'un arbitre la solution des litiges auxquels elles sont parties et qui se rattachent à des rapports relevant de l'ordre juridique interne » (EDCE 1987, n° 38, p. 178).

467. Ces dérogations sont rappelées à l'article L. 311-6 du code de justice administrative. D'autres dérogations ont par ailleurs été prévues pour les contrats de partenariat (art. 11 de l'ordonnance du n° 2004-559 du 17 juin 2004) ou la construction ou la rénovation d'enceintes sportives ainsi que pour les équipements connexes destinés à accueillir l'UEFA Euro 2016 (art. 3 de la loi n° 2011-617 du 1<sup>er</sup> juin 2011).

468. Comme le tunnel du Mont Blanc (convention franco-italienne du 14 mars 1953) ; le tunnel sous la Manche (traité de Cantorbéry du 12 février 1986) ou le Musée universel d'Abou d'Abi (accord du 6 mars 2007).

469. Le 6° de l'article L. 311-6 du CJA est désormais dépourvu d'effet utile de ce point de vue.

470. V. not. l'étude du Conseil d'État, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, 4 février 1993 ; groupe de travail présidé par D. Labetoulle sur l'arbitrage, 13 mars 2007 ; rapport établi par M. Prada sur *Certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, mars 2011.

471. V. not. la proposition de loi n° 2887 du 19 octobre 2010 de P. Clément sur l'arbitrage des différends impliquant des personnes publiques, qui n'a jamais été examinée. Des dispositions étendant le recours à l'arbitrage aux marchés de partenariat conclus par les personnes publiques, sous la condition d'application de la loi française, sont instituées par l'article 90 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

472. V. par ailleurs la décision du Tribunal des conflits du 17 mai 2010, *INSERM c/ Fondation Sausgstad*, n° C 3754 qui se prononce pour la compétence de la juridiction administrative pour connaître des recours contre les sentences arbitrales impliquant le contrôle de la conformité à certaines règles impératives du droit public français (notamment occupation du domaine public, commande publique...)

Le développement des modes **non juridictionnels** de règlement des litiges, y compris devant la juridiction administrative, paraît de nature à sécuriser l'action économique<sup>473</sup>.

La conciliation, prévue à l'article L. 211-4 du code de justice administrative, a été étendue aux cours administratives d'appel, tandis qu'étaient introduites aux articles L. 771-3 et suivants du même code des dispositions propres à la médiation dans les différends transfrontaliers. Le recours à ces procédés, particulièrement en matière d'action économique, gagnerait à se développer<sup>474</sup>. Une clarification de l'objet et du champ propres de ces deux dispositifs et la définition de règles plus précises, notamment quant à leurs effets sur les délais de recours contentieux, pourraient y contribuer<sup>475</sup>.

Il faut également encourager le recours à la transaction, soit comme issue d'une médiation ou d'une conciliation réussie, soit directement après des échanges entre les parties elles-mêmes sans intervention d'un tiers. Plusieurs circulaires du Premier ministre rappellent l'intérêt de cette procédure<sup>476</sup>, notamment en matière d'action économique des personnes publiques, comme en témoigne encore dans la période récente le règlement de l'affaire *Ecomouv*.

**Proposition n° 31 : Développer les modes alternatifs de règlement des litiges économiques, notamment devant la juridiction administrative** en clarifiant l'objet et le champ des deux dispositifs actuellement en vigueur dans le code de justice administrative en matière de médiation et de conciliation et en précisant les règles qui s'y appliquent, notamment quant à leurs effets sur leurs délais de recours contentieux.

**Vecteur:** loi

(SGG, ministre de la justice, Conseil d'État)

473. Le recours administratif préalable obligatoire relève de la même logique en imposant un dialogue préalable entre l'administration et le requérant. Il présente l'intérêt de pouvoir être mis en œuvre dans des matières touchant à l'ordre public et aux prérogatives de puissance publique pour lesquelles le recours aux modes alternatifs de règlement des litiges n'est pas possible. V., sur les enjeux des RAPO, le rapport du Conseil d'État, *Les recours administratifs préalables*, La documentation Française, 2008 ; un cadre de droit commun des RAPO a depuis lors été introduit par l'article 14 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit et des procédures à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 et aux articles 19-2 et 20-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000.

474. V. en ce sens, les actes du colloque du 17 juin 2015 organisé à Paris sur la médiation et la conciliation devant la juridiction administrative, Ed. L'Harmattan, à paraître.

475. Des dispositions en ce sens sont prévues dans le projet de loi sur la justice du XXI<sup>e</sup> siècle. Les difficultés d'articulation de ces deux corps de règles s'expliquent probablement par le fait que des modifications ont été introduites en 2011 par deux textes ayant cheminé parallèlement. La modification de l'article L. 211-4 sur la conciliation a été introduite par la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 tandis que les dispositions de l'article L. 771-3 et suivants du CJA sur la médiation dans les différends transfrontaliers sont issues de l'ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 prise sur le fondement de l'habilitation figurant à l'article 198 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 pour transposer la directive 2008/52/CE du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale (V. par ailleurs, sur ces questions, le rapport du Conseil d'État, *Développer la médiation dans le cadre de l'Union européenne*, 29 novembre 2010).

476. V. en dernier lieu, circulaire du 6 avril 2011 relative au développement du recours à la transaction pour régler amiablement les conflits (JO du 8 avril 2011).





# Quelles conditions de l'efficacité de l'action économique ?

Trois préceptes conditionnent l'efficacité de l'action économique des personnes publiques :

- recourir à un nombre limité d'acteurs étroitement coordonnés (3.1) ;
- tenir compte, dans la prise de décision, de la complexité et de la temporalité particulières des questions économiques (3.2) ;
- choisir les outils pertinents pour atteindre les objectifs poursuivis (3.3).

## 3.1. L'action doit être conduite par un nombre limité d'acteurs étroitement coordonnés

Si de nombreuses entités sont présentes dans le champ de l'action économique publique, toutes n'en sont pas des « acteurs », dotés du pouvoir d'agir par eux-mêmes, directement<sup>477</sup>.

Même ainsi délimité, le nombre des acteurs reste très élevé au niveau national (3.1.1) mais aussi, malgré un effort de regroupement, au niveau décentralisé (3.1.3). Entre ces deux niveaux, l'articulation optimale reste à trouver (3.1.2).

### 3.1.1. Un mouvement centrifuge affectant les autorités nationales dont il faut contenir l'ampleur et les effets

Parmi les autorités nationales, le Parlement occupe une place croissante en matière économique. Si le constituant a écarté l'idée d'un « *bicamérisme économique* »<sup>478</sup> lors du référendum du 27 avril 1969, les prérogatives du Parlement en matière de

477. Il en va notamment ainsi des organismes de conseil, d'expertise, d'évaluation (CESE, France stratégie) ou de contrôle (corps d'inspection et de contrôle). D'autres intervenants, bien que dotés d'un vrai pouvoir de décision dans le champ économique, n'en usent pas dans un sens déterminé, ainsi des juridictions économiques de l'ordre judiciaire ou administratif. La Cour des comptes, qui exerce à la fois des fonctions d'évaluation et de contrôle et des fonctions juridictionnelles, n'est pas non plus regardée comme un acteur économique au sens de la présente étude. Ces institutions et organismes jouent néanmoins un rôle essentiel dans le processus de décision (V. *infra* 3.2.1.)

478. Selon l'expression de Ph. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, LGDJ, 7<sup>e</sup> éd. n° 1248.



finances publiques<sup>479</sup> lui permettent d'exercer son contrôle sur l'action économique des autorités exécutives, à raison de son impact sur les grands équilibres budgétaires<sup>480</sup>.

Le Parlement a ainsi su utiliser les moyens renforcés qu'il tient des réformes intervenues depuis 1995<sup>481</sup> et surtout de la révision constitutionnelle de 2008<sup>482</sup>, pour étendre son influence sur les textes économiques. L'initiative parlementaire en matière économique, qu'il s'agisse des propositions de lois ou des amendements, reste très dynamique<sup>483</sup>. L'action économique est aujourd'hui une question plus partagée que dans le passé avec le Parlement même si, en dernier ressort, le Gouvernement conserve la capacité de faire adopter ses réformes<sup>484</sup>.

L'action économique nationale reste toutefois largement le fait des autorités exécutives<sup>485</sup>. Or, leur nombre et leur diversité obligent à veiller constamment à la cohérence de cette action.

### ***3.1.1.1. Le morcellement des questions économiques dans l'administration centrale***

#### **■ Le rattachement de certaines compétences économiques au Premier ministre**

L'importance des lois de finances pour la conduite de l'action gouvernementale et la transversalité des questions économiques ont parfois justifié le cumul du portefeuille de l'économie avec celui de chef du Gouvernement, y compris sous la V<sup>e</sup> République<sup>486</sup>.

Si ce cumul apparaît aujourd'hui daté, il n'est pas rare que soient rattachés au Premier ministre certains membres du Gouvernement compétents en matière

---

479. V. en particulier le pouvoir de contrôle dont il dispose avec l'appui de la Cour des comptes, notamment sur les lois de règlement (article 47-2 de la Constitution).

480. L'impact est direct lorsque l'action mobilise une recette ou une dépense. Il est aussi indirect par l'effet de l'action économique sur le niveau d'activité et donc les recettes fiscales qui en résultent.

481. En particulier l'instauration de la session unique de neuf mois. S'y ajoutent le renforcement du rôle des commissions parlementaires et des offices d'évaluation, ainsi que l'introduction de la LOLF en 2001 (ou l'institution des lois de financement de la sécurité sociale en 2005, qui comportent le plus souvent un important volet économique, par exemple sur le prix ou la fiscalité du médicament).

482. Comme la discussion en séance publique du texte voté par la commission, les études d'impact accompagnant les projets de loi, l'obligation de ratification explicite des ordonnances... D'autres droits reconnus au Parlement ont également partiellement dessaisi l'exécutif de ses prérogatives traditionnelles, comme la procédure mise en place en matière de nomination des principaux dirigeants d'entreprises publiques (art. 13 al. 5).

483. Le volume des amendements soulève d'ailleurs des difficultés particulières (v. *infra* 3.2.)

484. V. par ex. le recours à l'article 49-3 de la Constitution pour l'examen du projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, adopté en lecture définitive à l'Assemblée nationale le 9 juillet 2015.

485. Outre la maîtrise que le Gouvernement conserve sur la procédure législative, l'action économique nationale est largement le fait d'actes, réglementaires et individuels, des autorités administratives.

486. V. not. pendant le Gouvernement de R. Barre entre 1976 et 1978.





économique (secrétaire d'État chargé de l'économie numérique<sup>487</sup>, ministre chargé de la mise en œuvre du plan de relance<sup>488</sup>) et, plus fréquemment, certains services économiques (Commissaire général aux investissements<sup>489</sup>).

Ce type d'organisation, souvent motivé par la transversalité des compétences ou par leur lien avec la prospective, comporte l'inconvénient d'alourdir la charge administrative des services du Premier ministre aux dépens de leurs missions de coordination. Par ailleurs elle n'apporte pas toujours les avantages espérés en termes de visibilité, d'autorité ou de capacité d'arbitrage. Dès lors qu'ils sont de véritables acteurs<sup>490</sup> et que leur compétence principale est économique, le regroupement de ces services et ministres sous la responsabilité du ministre chargé de l'économie paraît préférable.

### ■ *Les hésitations sur la répartition des compétences économiques entre ministères*

La diffusion de l'action économique dans les différentes politiques publiques conduit nécessairement, en France comme dans la plupart des autres pays<sup>491</sup>, à ce qu'elle soit prise en charge par d'autres ministères que celui ou ceux dont c'est la mission principale. Des domaines tels que les transports ou l'agriculture relèvent ainsi depuis toujours de ministères particuliers dits « **sectoriels** ». Cet éclatement est aujourd'hui assumé et même valorisé, la dimension économique de ces ministères étant mise en exergue dans leurs intitulés (accent mis sur l'agroalimentaire au ministère de l'agriculture, sur le développement durable au ministère de l'écologie...) et leur organisation elle-même évolue dans cette logique<sup>492</sup>.

---

487. E. Besson, du 18 mars 2008 au 15 janvier 2009, puis N. Kosciusko-Morizet, du 15 janvier 2009 au 13 novembre 2010.

488. P. Devedjian, de décembre 2008 à novembre 2010.

489. Au Premier ministre, puis au ministre du redressement productif (décret n° 2014-404 du 16 mai 2014 relatif aux attributions de ce ministre, dont la publication a conduit A. Juppé et M. Rocard à renoncer à leur co-présidence du conseil de surveillance du programme d'investissements d'avenir), puis à nouveau au Premier ministre, pour des motifs d'ailleurs légitimes tenant au caractère stratégique de cette mission à l'ampleur des ressources mobilisées et aux engagements de très long terme qu'ils représentent.

490. Conformément à la définition qui en a été donnée ci-dessus, les organismes consultatifs ne sont pas des acteurs au sens des présents développements.

491. Cet éclatement de la compétence économique entre différents ministères n'est en effet pas propre à la France. Plusieurs pays ont d'ailleurs éprouvé le besoin de mettre en place des structures de coordination collégiales des questions économiques comme le secrétariat de liaison de la politique macroéconomique au Canada, le conseil de cabinet en Italie, le *National economic council* en Israël ou le Conseil de coordination économique en Turquie. Cette coordination des questions économiques au sein du Gouvernement est parfois assurée par des ministères particuliers, comme le « ministère de la revitalisation économique » au Japon, en sus de l'action propre du Premier ministre.

492. Les ministères chargés de ces secteurs ont d'ailleurs pris conscience de l'importance économique de leur activité, en constituant des services dédiés à ces questions. Par ex., le « service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable » du commissariat général au développement durable du ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie.



La répartition des rôles entre ministères économiques et financiers et ministères sectoriels est une question d'opportunité dans un contexte économique donné. Le constituant lui-même a refusé en 2008 d'imposer une organisation gouvernementale particulière<sup>493</sup>.

Il importe néanmoins, dans le domaine économique plus qu'ailleurs, d'assurer une certaine stabilité dans la définition des périmètres des différents ministères afin d'assurer la continuité et la cohérence de l'action dans le temps et de ne pas en oublier les enseignements.

À cet égard, les allers-retours opérés entre le ministère de l'économie et celui du travail en matière d'emploi<sup>494</sup> ou avec celui du développement durable en matière d'énergie<sup>495</sup> ont pu être dommageables pour la conduite de l'action économique.

L'expérimentation de regroupements innovants au service d'objectifs prioritaires de politique économique peut avoir un sens, à condition toutefois de ne pas entraîner une instabilité permanente de l'organisation gouvernementale. Il faut privilégier la définition de périmètres homogènes pour les différents ministères afin qu'ils aient la responsabilité de l'ensemble d'un domaine donné, le Premier ministre conservant bien entendu son pouvoir d'arbitrage pour éviter les chevauchements de compétences.

**Proposition n° 32 : Clarifier l'organisation gouvernementale en matière économique**

1) préférer le rattachement des administrations concourant directement à l'action économique au ministre chargé de l'économie plutôt qu'aux services du Premier ministre ;

***Vecteur :** textes d'organisation des services du Premier ministre et des services du ministre chargé de l'économie*

2) favoriser la stabilité de l'organisation gouvernementale en matière économique en constituant, pour le ministère de l'économie et les ministères sectoriels, des blocs de compétence homogènes.

***Vecteur :** décret de composition du Gouvernement ; décrets d'attributions. (SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels)*

Certaines compétences déterminantes pour l'action économique échappent au ministre chargé de l'économie alors même qu'elles ont un caractère **transversal**.

493. Il avait été notamment envisagé de fixer un nombre maximum de départements ministériels qui se serait imposé au Président de la République et au Premier ministre lors de la formation du Gouvernement.

494. Entre mai 2007 et novembre 2010.

495. Traditionnellement rattachée au ministère de l'industrie, lui-même regroupé avec celui chargé de l'économie, l'énergie a ensuite été rattachée au ministère du développement durable (2007-2010) puis au ministère chargé de l'économie (2010-2012), avant de revenir au ministère chargé du développement durable (depuis 2012).



Cette circonstance s'explique parfois par le niveau auquel ces compétences sont exercées : ainsi l'action économique locale relève du ministre de l'intérieur, chargé des collectivités territoriales<sup>496</sup>. Il en va de même de l'organisation retenue depuis 2014 pour l'action économique internationale, désormais rattachée au ministre des affaires étrangères afin d'en renforcer les synergies avec l'action diplomatique générale.

La compétence du ministre de la justice en matière de droit des affaires, exercée notamment par la sous-direction du droit économique à la direction des affaires civiles et du sceau, se justifie par les responsabilités anciennes de la Chancellerie à l'égard de certaines professions réglementées et l'appui qu'elle peut apporter aux autres ministères en matière de droit économique. On peut toutefois s'interroger sur l'étendue de ses compétences propres pour élaborer « *les textes législatifs et réglementaires relatifs au droit commercial et à celui des sociétés et groupements économiques de droit privé* »<sup>497</sup>. Autant il est naturel que le droit pénal des affaires reste, compte tenu de la spécificité même de la matière pénale, une compétence de la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) et, par suite, du ministre de la justice, autant il serait opportun de formaliser, en matière de droit commercial et notamment de droit des sociétés commerciales, la coordination des travaux de ses services avec ceux du ministre chargé de l'économie.

**Proposition n° 33 : Mieux articuler les compétences des administrations centrales en droit des entreprises en formalisant les conditions d'une coordination plus étroite entre le ministre de la justice et le ministre de l'économie dans la préparation des projets de texte en matière de droit commercial et de droit des sociétés commerciales.**

**Vecteur : décret d'attribution du ministre de l'économie**

#### ■ *La recherche d'une configuration optimale des ministères économiques et financiers*

La définition des attributions du ou des ministres de l'économie et des finances fluctue selon les gouvernements et pose la question récurrente de l'unification ou de la dissociation des sphères « économie » et « finances »<sup>498</sup>. Après l'essai de configurations diverses<sup>499</sup> le schéma actuel, jusque-là inédit en France mais inspiré

496. Compétent à la fois sur l'organisation des services déconcentrés de l'État et les relations avec les collectivités territoriales, par l'intermédiaire du secrétariat général (DMAT) et de la direction générale des collectivités locales (DGCL) ; cette dernière est aujourd'hui placée sous l'autorité conjointe du ministre chargé de la décentralisation, de la réforme de l'État et de la fonction publique, au titre de ses compétences en matière de décentralisation.

497. Art. 3 de l'arrêté du 1<sup>er</sup> décembre 2014 fixant l'organisation en sous-directions de la direction des affaires civiles et du sceau.

498. La signification actuelle de la compétence ministérielle désignée par le mot « finances » est d'ailleurs à la fois indéterminée et ambiguë et renvoie selon le cas aux finances publiques ou aux missions historiques de la direction générale du Trésor.

499. Soit en faisant du ministre du budget un ministre délégué, soit en fusionnant l'ensemble de ces fonctions dans un grand ministère, soit en faisant du ministre du budget, chargé aussi des comptes publics, un ministre plein, de même rang que celui de l'économie. Plus récemment, la sphère « Bercy » a été morcelée entre quatre ministres de plein exercice.



des pratiques allemandes, distingue d'une part, les finances publiques et la sphère financière privée (marchés, banques et assurances) et, d'autre part, les autres questions économiques.

L'organisation interne du ministère a par ailleurs beaucoup évolué ces dernières années, avec notamment la création en 2006 d'une nouvelle direction générale, rebaptisée depuis « direction générale des entreprises » (DGE)<sup>500</sup>. Si cette restructuration a eu le mérite de renforcer la visibilité de ces services, ceux-ci restent assez hétérogènes et largement tournés vers certains secteurs d'activités ou types d'entreprises (PME, entreprises artisanales...) <sup>501</sup>. La compétence « entreprises » reste divisée entre la DGE et la direction générale du Trésor (sous-direction du financement des entreprises et des marchés financiers), qui traitent l'une et l'autre de questions relatives à l'environnement et à la gouvernance des entreprises<sup>502</sup> ainsi que de restructurations industrielles<sup>503</sup>.

Bien que la DGE soit déjà d'une taille significative<sup>504</sup>, il pourrait être utile de la renforcer sur les questions transversales intéressant les entreprises pour que celles-ci disposent, au sein des ministères économiques et financiers, d'un interlocuteur référent sur l'ensemble de leurs problématiques.

### ***3.1.1.2. La montée en puissance des organismes indépendants ou autonomes***

#### **■ La conjonction de trois logiques de segmentation**

De **grandes institutions historiques** interviennent de manière autonome dans l'action économique publique. La Banque de France, dotée dès sa création d'une autonomie de gestion par rapport à l'État, dispose depuis 1993 d'une véritable indépendance. Chargée de la politique monétaire, elle exerce aussi différentes missions en vertu de la loi ou de conventions passées avec l'État<sup>505</sup>. La Caisse des dépôts et consignations, dont l'indépendance a été voulue dès sa création pour préserver les fonds qui lui sont confiés, joue elle aussi un rôle important dans la conduite de l'action économique, notamment en matière de financement d'activités d'intérêt général.

500. Décret n° 2014-1048 du 15 septembre 2014 modifiant le décret n° 2009-37 du 12 janvier 2009 relatif à la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services.

501. En particulier, la DGE dispose de services transversaux (comme son bureau du droit des affaires), mais ils ne sont pas chargés à titre principal des règles applicables aux sociétés commerciales. Sa sous-direction du droit des entreprises n'a de compétence réglementaire propre qu'en matière d'entreprises artisanales.

502. V. not. le bureau du financement et du développement des entreprises de la DGTrésor et son bureau de la stabilité financière, de la comptabilité et de la gouvernance des entreprises (art. 4 de l'arrêté du 21 avril 2009 portant organisation de la direction générale du Trésor).

503. Le secrétariat du comité interministériel de restructuration industrielle est assuré par la sous-direction du financement des entreprises de la DG Trésor tandis qu'une sous-direction de la DGE est chargée de la « *réindustrialisation et des restructurations d'entreprises* ».

504. 1300 agents (source : site DGE). V. les interrogations similaires sur le périmètre de la nouvelle « DG Grow » créée au sein de la Commission européenne.

505. Elles entretiennent un lien plus ou moins étroit avec ses missions monétaires. Il en va ainsi de ses enquêtes de conjoncture. La Banque de France est par ailleurs partie prenante de la supervision bancaire mise en œuvre au niveau européen (v. *supra*, 1<sup>e</sup> partie).



Les **régulateurs indépendants ont émergé plus récemment**, et en premier lieu dans le champ économique, avec la création en 1967 de la Commission des opérations de bourse<sup>506</sup>. Les autorités indépendantes ont vocation à assurer l'impartialité de la fonction d'encadrement d'un secteur économique lorsque l'État reste lié à des opérateurs historiques ou que le pouvoir politique pourrait être tenté par d'autres formes d'ingérence. Des secteurs économiques variés relèvent désormais de régulations économiques propres : banque, assurance, audiovisuel, transport, énergie...

La période actuelle voit l'essor des **agences**, qui sont des organismes exerçant une activité non marchande et bénéficiant d'une certaine autonomie sans être indépendantes du Gouvernement. Héritières parfois des anciens « offices »<sup>507</sup>, elles sont nombreuses dans le champ économique (Business France, INPI, APCE, CCI France...). Elles assument des tâches de gestion spécialisées, les administrations centrales se concentrant sur les fonctions stratégiques.

#### ■ *Une dynamique qui affecte les équilibres des acteurs et entre eux*

Après avoir été très soutenu, le rythme de création et la croissance des moyens de ces entités indépendantes ou autonomes se sont récemment ralentis en France, comme dans un certain nombre de pays ayant poussé très loin ce mouvement inspiré du modèle des agences américaines<sup>508</sup>. La tendance est aujourd'hui plutôt à leur regroupement et à leur consolidation<sup>509</sup>, tandis que ces institutions sont invitées à faire des efforts budgétaires et à maîtriser le niveau de leurs emplois<sup>510</sup>.

---

506. Ordonnance n° 67-833 du 28 septembre 1967.

507. Offices qui sont distincts des ordres professionnels, lesquels assurent des fonctions d'encadrement des professions plus proches de celles de certaines autorités de régulation.

508. Dans un grand nombre de pays, leur multiplication a créé des problèmes de frontières ou d'efficacité. Il en va notamment ainsi, par exemple, au Brésil, où le nombre, le rôle et la légitimité de ces agences sont fréquemment remis en question. En Italie, le foisonnement de ces organismes est un élément du débat politique et des conflits de compétence ont été récemment tranchés par la juridiction administrative (décision du Conseil d'État italien de mai 2012). En Espagne, un mouvement de consolidation a été engagé dans le domaine de la concurrence avec la fusion en 2013 de 8 agences sectorielles.

509. La tendance au regroupement des AAI se manifeste dans les secteurs de l'énergie, de la communication électronique et de la poste, des marchés financiers, de la banque et des assurances. De même, un effort de rationalisation a été engagé en ce qui concerne les agences, se traduisant par un recours rationalisé à ce modèle et par le regroupement de certaines, en application d'une circulaire du Premier ministre du 9 avril 2013 faisant suite aux préconisations de plusieurs rapports, dont l'étude du Conseil d'État sur *Les agences, une nouvelle gestion publique ?* (étude annuelle 2012) et le rapport de l'Inspection générale des finances sur *L'État et ses agences* (mars-sept 2012). Une nouvelle circulaire sur le pilotage des opérateurs a été annoncée par la communication en conseil des ministres du secrétaire d'État à la simplification en date 27 mai 2015 sur la rationalisation des opérateurs et des agences.

510. Une normalisation a été engagée à la Caisse des dépôts et consignations et à la Banque de France tandis que les régulateurs étaient appelés à une modération budgétaire et financière. Les agences ont quant à elles été soumises à des règles budgétaires et comptables, de transparence et de plafond d'emploi analogues à celles de l'État.



## La consolidation des agences dans le domaine économique

### *L'exemple de la BPI*

La création de la Banque publique d'investissement (loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012) est l'aboutissement d'un long processus de regroupement de plusieurs entités, issues de la Caisse des dépôts et consignations, de l'Anvar (1967), du CEPME (1980) et de SOFARIS (1982).

Le regroupement du CEPME et de SOFARIS a donné naissance à la BDPME (1996), qui a elle-même été regroupée avec l'Anvar pour constituer OSEO (2005). Le rapprochement de CDC entreprises, du FSI et d'OSEO marque la naissance officielle de Bpifrance (2013). La dernière étape du processus est marquée par le regroupement des différentes structures au sein d'une société de gestion unique, Bpifrance investissement (2014). La BPI dispose aujourd'hui de 42 antennes locales, réunies en 22 directions régionales, qui constituent le cœur de son fonctionnement.

Conséquence de ces regroupements successifs, les missions de la BPI s'articulent autour de six métiers, qui sont le produit de l'intégration successive des différentes structures : garanties (ex SOFARIS), activités de crédit (ex BDPME), soutien à l'innovation (ex Anvar), activités d'apports de fonds (ex CDC entreprises), financement des PME (ex Avenir entreprises) et capital-développement (ex FSI).

### *L'exemple d'Expertise France*

La création d'Expertise France, le 1er janvier 2015, est le résultat de la fusion de six opérateurs publics de coopération technique internationale : Adecri, Adetef, FEI, GIP Esther, GIP international et GIP SPSI. Placée sous la tutelle conjointe des ministères chargés de l'économie et des affaires étrangères, la nouvelle agence d'expertise technique internationale intervient dans plus de 80 pays.

La mission d'Expertise France est d'accompagner les pays partenaires de la France « *dans la mise en place de réformes, dans les domaines des finances publiques, du développement économique, de la santé, du développement durable, de la protection sociale et de l'emploi, de la stabilité, sécurité et sûreté, de la gouvernance et des droits humains* ».

Mais **l'attractivité** de ces organismes reste forte, comme en témoigne l'attribution continue de fonctions supplémentaires, créées par le législateur ou résultant de transferts de services, parfois sans lien évident avec leurs missions initiales. Ces dévolutions peuvent mettre en péril l'équilibre interne de ces entités en rendant plus délicat l'exercice de leurs missions et en compliquant leur gouvernance<sup>511</sup>.

Pour être pertinents, ces accroissements de compétence doivent satisfaire plusieurs conditions cumulatives : en premier lieu, être justifiés par la plus-value que la spécificité organique de l'organisme bénéficiaire apporte par rapport à d'autres

511. Outre l'atteinte à l'efficacité de la structure sur son champ de compétence initial, on constate un fréquent alourdissement des organes de gouvernance (v. not. la structure devenue très complexe du groupe Caisse des dépôts et consignations ou les différents collèges de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution).



modes d'exercice de cette compétence<sup>512</sup> ; en deuxième lieu, la cohérence interne des attributions de ces structures doit être préservée par la définition de champs d'intervention recoupant les limites naturelles du secteur ou une « compétence métier » clairement définie<sup>513</sup> ; en troisième lieu, l'entité elle-même doit être préalablement consultée sur la soutenabilité et la faisabilité des missions qu'il est envisagé de lui confier<sup>514</sup> ; en quatrième lieu, les fonctions nouvelles doivent être isolées des précédentes lorsqu'elles sont de nature différente, en recourant aux méthodes éprouvées en ce domaine<sup>515</sup> ; en cinquième lieu, la pertinence de ces transferts doit être régulièrement vérifiée, et en cas de résultats négatifs ou décevants il faut y renoncer, en procédant au besoin à des ré-internalisations<sup>516</sup> ; enfin, un réexamen périodique de la cohérence de la mission et de l'organisation de chacune de ces entités s'impose.

L'essor de ces entités ne saurait par ailleurs obérer le **maintien d'une capacité d'expertise** suffisante au sein des administrations centrales de l'État.

Elles captent en effet des ressources matérielles et humaines importantes et développent une compétence technique qui ne se trouve pas ou plus dans les administrations centrales<sup>517</sup>. Elles prennent en outre l'avantage sur ces dernières par leur proximité avec les professionnels et les instances internationales, ainsi qu'avec les instances européennes, qui jouent un rôle de poids dans la définition du cadre de régulation<sup>518</sup>. Les administrations centrales traditionnelles ne sont plus toujours en capacité d'exercer le rôle stratégique qui est le leur, y compris même parfois pour l'élaboration des textes normatifs.

---

512. En particulier, il ne faut recourir au modèle de l'AAI que lorsqu'il est utile, pour l'exercice d'une compétence, d'assurer l'indépendance de l'entité par rapport à l'administration centrale ou son fonctionnement collégial (le modèle de direction par une autorité unique, ministre ou directeur d'administration centrale selon les sujets, prévalant au sein des ministères).

513. Le positionnement de l'ARAF a pu soulever des interrogations à cet égard. En revanche, la différence de nature de la régulation audiovisuelle et des communications électroniques conduit à envisager avec prudence un éventuel rapprochement de l'Autorité de régulation des postes et communications électroniques (ARCEP) et du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA).

514. Les textes ne prévoient que rarement des consultations de ce type et les règles de consultation des comités techniques n'y pourvoient pas non plus. Le cas de la régulation du transport routier, qu'il a été envisagé de confier à l'ARAF sans consultation préalable, illustre ce phénomène.

515. Signature d'une convention (moyennant rémunération comme à la BDF ou à la CDC), dévolution par un acte unilatéral, recours à la comptabilité analytique pour assurer une séparation au moins comptable des fonctions lorsque leurs interférences seraient de nature à créer des difficultés.

516. V. not. le cas de l'Agence nationale des services à la personne intégrée à la DGE (décret n° 2014-753 du 2 juillet 2014).

517. Ainsi par exemple des rapports entre la direction générale du Trésor (de l'ordre de 8 agents au bureau « Finent 1 » Epargne et marchés financiers) et l'AMF (457 agents en équivalent temps plein en 2014), ou entre cette même direction et la CDC. La création de l'ADLC, dans la mesure où elle attire certains membres des équipes de la DGCCRF, soulève le même type de questions, notamment en matière de contrôle des concentrations.

518. Les entités en cause disposant de relais au niveau européen, elles développent une expertise et une influence avec laquelle il est difficile de rivaliser. Le poids de la réglementation technique d'origine européenne ne fait que renforcer ce mouvement.



## ■ La cohérence de l'action économique des entités publiques

Les régulateurs ont été conçus « en silo », de manière essentiellement sectorielle, comme d'ailleurs le droit qu'ils doivent appliquer (v. *supra* 2.3.2). Le développement d'instances de régulation au niveau européen renforce la difficulté, qui n'est plus seulement horizontale mais verticale, comme en matière bancaire<sup>519</sup>. Ce champ, bien identifié en doctrine, est celui de « l'interrégulation » et appelle une vigilance particulière<sup>520</sup>.

Des questions de frontière et de périmètre se posent aussi s'agissant des institutions traditionnelles et des agences. Ainsi, la coexistence au sein de l'État des deux entités « *holding* » que sont la BPI et l'APE, quoique globalement harmonieuse, n'évite pas les problèmes de cohérence des portefeuilles et d'actionnariats conjoints<sup>521</sup>.

La prévention ou la résolution de ces difficultés n'étant pas suffisamment assurée par les méthodes de coordination classiques, des solutions plus formalisées ont été parfois mises en œuvre : consultations, obligatoires ou non<sup>522</sup>, collèges réunissant plusieurs instances, participations croisées aux organes de gouvernance (par exemple en matière bancaire et financière). Ces différents modes de travail en réseau méritent d'être développés.

La coordination de l'action de ces entités **avec l'action du Gouvernement** est une question plus délicate encore.

Elle ne soulève pas d'objection de principe pour les organismes non indépendants, où elle peut être assurée par un renforcement de leur contrôle, et par un vrai pilotage de leurs contrats d'objectifs de performance<sup>523</sup>. Ces contrats, généralement triennaux, donnent lieu à un suivi au moins annuel de l'exécution du contrat en cours. Ces rendez-vous annuels gagneraient à préparer l'avenir en traitant de ce qui aura vocation à figurer dans le prochain contrat triennal.

Il ne faut pas exclure par principe une coordination avec les entités indépendantes, reposant en premier lieu sur une relation de confiance réciproque et un dialogue continu. La présence d'un représentant du Gouvernement auprès de ces autorités n'est pas non plus, en elle-même, une atteinte à leur indépendance. À condition d'encadrer son rôle, le représentant du Gouvernement peut favoriser des échanges plus transparents avec le régulateur qui, sinon, pourraient emprunter d'autres canaux plus officieux.

---

519. La répartition des compétences entre la Banque de France et la Banque centrale européenne en matière de contrôle macroprudentiel est encore incertaine sur certains points particuliers.

520. V. coll. sous la direction de G. Eckert et J.-Ph. Kovar (ss. dir), « L'interrégulation », *Droit, Justice et économie*, L'Harmattan, 2015.

521. Cette situation entraîne une double instruction des projets, nécessite une coordination constante et s'accompagne d'une certaine déperdition d'énergie.

522. Organisées par certains textes, comme en matière de consultation de l'Autorité de la concurrence (ADLC).

523. Une nouvelle circulaire en traitera prochainement (v. l'annonce qui en a été faite dans la communication en conseil des ministres précitée du 27 mai 2015).





Des articulations s'imposent par ailleurs dans certains cas particuliers, notamment lorsque la loi a opéré une répartition fine des compétences entre l'entité indépendante et l'administration centrale, comme c'est le cas entre l'Autorité de la concurrence et la DGCCRF<sup>524</sup>. L'élaboration de programmes de travail ou *a minima* une information renforcée sur les programmes envisagés serait un élément de nature à favoriser leur coordination.

Il serait en revanche souhaitable de limiter les allers-retours entre les entités indépendantes et les administrations centrales, que comportent notamment les procédures en matière de tarifs du gaz<sup>525</sup> ou de fixation du taux de l'épargne réglementée<sup>526</sup> qui tendent, par leur complexité, à déresponsabiliser les différents protagonistes.

**Proposition n° 34 : Maintenir l'équilibre et les articulations nécessaires entre les administrations économiques, les agences et les régulateurs indépendants**

1) procéder à un réexamen systématique de la capacité d'expertise des administrations centrales au regard de celle des régulateurs économiques et la maintenir ou la rétablir au niveau nécessaire pour leur permettre d'assurer les fonctions stratégiques et de concevoir les politiques dont elles ont la charge ; au besoin, procéder à des rééquilibres ;

**Vecteur :** action du SGG et du Gouvernement  
(ministres chargés de l'économie et des finances et ministres sectoriels concernés, en liaison avec le Parlement pour les AAI)

2) assurer une articulation transparente entre l'administration centrale et les opérateurs, agences ou autorités administratives indépendantes intervenant dans le même champ économique en recourant :

- pour les agences, à des contrats triennaux d'objectifs de performance donnant lieu, chaque année, à une actualisation permettant de préparer le prochain contrat pluriannuel ;

**Vecteur :** action du Gouvernement et des opérateurs, contrats triennaux

- pour les entités indépendantes, à des collaborations formalisées et transparentes prenant la forme *a minima* d'informations réciproques.

**Vecteur :** loi ; action du Gouvernement et des AAI  
(ministres chargés de l'économie et des finances, AAI concernées)

524. En matière de pratiques anticoncurrentielles, la DGCCRF dispose de sa propre capacité de contrôle et peut en outre être sollicitée par l'Autorité de la concurrence pour en diligenter. Il importe alors que les campagnes de contrôle soient coordonnées.

525. Art. L. 445-3 du code de l'énergie ; art. 3 et 5 du décret n° 2009-1603 du 18 décembre 2009 relatif aux tarifs réglementés de vente de gaz naturel.

526. Règlement du comité de la réglementation bancaire et financière n° 86-13 du 14 mai 1986 relatif à la rémunération des fonds reçus par les établissements de crédit.



### 3.1.2. Pour une meilleure articulation entre l'action nationale et l'action locale

#### 3.1.2.1. L'État doit encourager et accompagner l'action économique locale

■ Éviter d'entraver l'action locale par la définition d'un cadre général trop strict

L'État et les collectivités territoriales ne sont pas placés sur un pied d'égalité. Certes, la République est « *décentralisée* » depuis la révision constitutionnelle de 2003 et le principe de « *libre administration des collectivités territoriales* » consacré dès 1979 par le Conseil constitutionnel<sup>527</sup> protège leur liberté d'action, notamment en matière économique. Mais à la différence de ce qui s'applique dans les États fédéraux ou même régionalisés<sup>528</sup>, la politique économique reste de la compétence du Gouvernement en vertu de l'article 20 de la Constitution et la loi elle-même rappelle depuis 1982 que « *l'État a la responsabilité de la politique économique et sociale* »<sup>529</sup>.

Pour l'essentiel, les collectivités territoriales mettent en œuvre des dispositifs conçus par l'État<sup>530</sup>. Surtout, les choix de l'État peuvent réduire fortement leur marge de manœuvre en affectant leur équilibre financier<sup>531</sup>, en modifiant leurs ressources propres, en augmentant leurs dépenses obligatoires ou en réduisant leurs dotations<sup>532</sup>. Les organismes représentant les collectivités territoriales

527. Aux termes du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 72 de la Constitution dans la rédaction retenue dès 1958, les collectivités territoriales « *s'administrent librement par des conseils élus et dans les conditions fixées par la loi* ». La valeur constitutionnelle du principe de libre administration des collectivités locales a été reconnue par le Conseil constitutionnel dès la décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979.

528. Les collectivités territoriales ne disposent pas de prérogatives comparables à celles d'États fédérés comme aux États-Unis, au Canada, ou en Allemagne, ni même de pouvoirs aussi étendus que leurs homologues des pays régionalisés comme l'Espagne (art. 148 à 150 de la Constitution), l'Italie (art. 117 de la Constitution), mais aussi dans une certaine mesure, le Royaume-Uni (tendance encore renforcée depuis l'adoption du *Localism act* de 2011). Ces différents systèmes présentent leurs spécificités propres mais ont pour point commun de définir les compétences économiques comme des matières généralement partagées entre l'État et les structures locales (États ou régions).

529. Art. 5 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions, repris notamment aux articles L. 2251-1 et L. 3231-1 du CGCT.

530. Les règles en cause leur laissent néanmoins des marges plus ou moins importantes. Les collectivités territoriales ne peuvent définir les conditions dans lesquelles elles passent un marché public, mais les choix qu'elles font dans l'application du cadre général ont un impact décisif. De même, elles ne peuvent créer un nouvel impôt, mais peuvent en moduler certains éléments.

531. L'examen des expériences étrangères confirme que la question des ressources des collectivités est l'élément déterminant de leur capacité à conduire une véritable action économique. Si le Canada est l'une des fédérations qui fait le plus de place aux initiatives locales, c'est aussi parce que les provinces perçoivent 50 % des revenus fiscaux du pays. Il en va de même dans les pays émergents. L'Indonésie, qui s'est engagée dans un ambitieux mouvement de décentralisation, a alloué 30 % des recettes aux budgets des autorités locales. À l'inverse, l'absence de ressources locales significative est le signe des États les plus centralisés, comme c'est le cas au Chili où les 345 municipalités ne disposent pas des ressources nécessaires pour exercer réellement l'ensemble des compétences qui leur sont dévolues.

532. L'équilibre financier des collectivités territoriales est lui-même assez largement défini par les lois de finances préparées par les services de l'État (direction du budget et DGCL en

(comité national d'évaluation des normes, comité des finances locales), dont la saisine préalable à l'adoption de toute norme ou contrainte financière ayant une incidence sur ces collectivités est obligatoire, n'ont qu'un rôle consultatif. Et le juge constitutionnel, s'il vérifie que le législateur ne prive pas de toute autonomie les collectivités territoriales, laisse une grande marge d'appréciation à l'État dans la gestion des finances publiques<sup>533</sup>.

Conscient du risque de priver les collectivités territoriales de toute capacité d'initiative économique, le Gouvernement a, dans la période récente, pris plusieurs engagements en ce domaine<sup>534</sup>. Il faut souhaiter qu'ils soient durablement respectés.

#### ■ *Appliquer le principe de subsidiarité dans l'action économique territoriale*

L'État ne se borne pas à définir un cadre général d'action pour les collectivités territoriales, il a également une action économique propre dans les territoires, qui doit être mieux articulée avec celle de ces collectivités. « L'État territorial » doit en effet éviter de concurrencer l'action économique locale. La Constitution elle-même prévoit que la répartition des rôles doit être conçue dans une logique de subsidiarité<sup>535</sup>.

La multiplication même des structures et des organismes de l'État ou dont il assure plus ou moins directement le pilotage est source d'une excessive complexité. Le regroupement des services déconcentrés dans le cadre de la réforme de l'administration territoriale de l'État (REATE) n'épuise pas la réflexion<sup>536</sup>. L'État est en effet également présent *via* les chambres consulaires, en particulier les chambres de commerce et de l'industrie<sup>537</sup>, et par l'intermédiaire des agences qui ont eu tendance ces dernières années à développer un réseau local important dans le domaine économique<sup>538</sup>. L'action territoriale de l'État coexiste enfin avec les très actifs réseaux locaux de la Banque de France et de la Caisse des dépôts et consignations.

---

particulier). La définition des dépenses obligatoires ainsi que des transferts (intégralement compensés mais seulement à la date du transfert) ou créations de charges (non spécialement compensées) sont également des facteurs décisifs.

533. À noter toutefois la vigilance du Sénat sur les législations qui peuvent emporter des contraintes pour les collectivités territoriales.

534. V. not. la circulaire du 9 octobre 2014 sur l'allègement des contraintes normatives applicables aux collectivités territoriales.

535. Aux termes du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article 72 de la Constitution : « *Les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon* ».

536. Au niveau régional, on dénombre plusieurs directions importantes en matière économique, à commencer par les DIRECCTE, ayant vocation à jouer le rôle de guichet unique des entreprises pour l'État en région, sous réserve des compétences spécifiques de la DRFIP. D'autres directions sectorielles jouent également un rôle comme les DRAAF en matière d'agroalimentaire et les DREAL en matière notamment industrielle.

537. Bien qu'administrées par des chefs d'entreprises, les CCI sont des établissements publics de l'État placés sous la tutelle du ministre de l'économie (DGE) et qui ont, outre quelques fonctions de gestion spécifiques de certaines écoles et infrastructures économiques, des activités de service public importantes en matière d'accompagnement des entreprises (V. art. L. 710-1 du code de commerce).

538. Not. en matière de financement, d'innovation ou d'accompagnement à l'international.



Cet éparpillement complique la tâche des préfets, qui sont chargés de coordonner les efforts de ces différentes instances notamment pour les entreprises en difficulté<sup>539</sup>. Leur mission devrait être facilitée par le décret du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration, qui leur donne une autorité renforcée sur le réseau territorial des agences<sup>540</sup>.

Au-delà, les contraintes budgétaires et surtout la nécessité d'éviter les recoupements des tâches conduisent à envisager de nouvelles mutualisations. L'illisibilité de l'édifice et la dilution des responsabilités incitent à éviter les situations où le même type d'activités est assuré par les services de l'État, les CCI, les institutions spéciales (Banque de France, Caisse des dépôts et consignations), et parfois les collectivités territoriales elles-mêmes.

Il n'est pas souhaitable pour autant de réduire drastiquement la présence territoriale de l'État<sup>541</sup>, indispensable pour assurer le contact avec les entreprises et relayer sur le terrain les orientations nationales. Il pourrait cependant être envisagé d'organiser des délégations de gestion ou des dédoublements fonctionnels permettant de faire assurer par les collectivités territoriales des missions pour le compte de l'État ou de confier aux CCI des tâches de gestion pour le compte de ces collectivités ou pour celui des services déconcentrés de l'État.

La simplification passe aussi par une **répartition plus claire des compétences** dans le domaine de l'action économique pour déterminer qui doit agir, à la manière de ce qui est entrepris sur la loi NOTRe entre niveaux de collectivités territoriales (v. *infra* 3.1.3).

De nombreuses actions se superposent à l'heure actuelle, par exemple en matière de commerce de proximité<sup>542</sup>, d'entreprises en difficulté<sup>543</sup>, d'accompagnement international<sup>544</sup>, ou de pôles de compétitivité<sup>545</sup>. La plupart de ces actions, peu ou pas articulées entre elles, deviennent dès lors largement concurrentes. Il n'existe pas de critère clair et uniforme permettant de distinguer ce qui doit relever de l'État ou des collectivités territoriales<sup>546</sup>.

539. Dans le cadre de différents comités, tels que le Comité départemental des aides aux entreprises en difficulté (CODEFI), Comité régional de restructuration industrielle...

540. Décret n° 2015-510 du 7 mai 2015 portant charte de la déconcentration.

541. Allant plus loin encore, le rapport du 13 avril 2015 de France stratégie, *Quelle action publique pour demain ? 5 objectifs, 5 leviers*, évoque l'hypothèse, discutée dans ses ateliers, d'une disparition à l'horizon 2025 des services déconcentrés non régaliens, p.51.

542. Le Gouvernement veille au développement équilibré des différentes formes de commerce en contribuant à la dynamisation du commerce de proximité en vertu de l'article L. 750-1-1 du code de commerce relatif au FISAC, mais sans préjudice de l'action des collectivités locales et notamment des communes dans le même domaine.

543. La répartition des rôles n'est pas toujours très claire, l'État et les collectivités intervenant concurremment sur ces questions (CIRI, mais aussi CODEFI). Des redondances existent également en ce qui concerne les régimes d'aides (v. rapport de l'IGF sur les aides publiques aux entreprises, *Pour des aides simples et efficaces au service de la compétitivité*, 18 juin 2013).

544. Cf. encadré *infra*.

545. Entre les pôles nationaux et des pôles à dimension régionales, comme les PRIDES en PACA. V. *Les pôles de compétitivité : bilan et perspectives d'une politique industrielle et d'aménagement du territoire*, rapport du Sénat n° 40 (2009-2010) du 14 octobre 2009.

546. La taille des entreprises, les logiques de filière et d'aménagement sont des critères ponctuellement utilisés. On peut également privilégier le niveau local pour les actions mobi-

Cette situation favorise la dispersion des efforts, la dilution des responsabilités, parfois même des marchandages (financements croisés) et des problèmes de cohérence (redondances, interférences ou contradictions). Il est donc préférable de limiter l'enchevêtrement des compétences et de constituer des blocs de compétence pour responsabiliser les acteurs, tout en assurant une étroite collaboration entre eux.

***Rationaliser l'action d'une pluralité d'acteurs dans un même domaine : l'exemple de l'accompagnement des entreprises à l'international***

La fusion progressive des différentes entités intervenant en matière d'internationalisation des entreprises pour le compte de l'État a abouti à la création de « *Business France* ». Établissement public national à caractère industriel et commercial, placé sous la tutelle des ministères des affaires étrangères et de l'économie, « *Business France* » est le fruit de la fusion au 1<sup>er</sup> janvier 2015 d'UBIFRANCE et de l'Agence française pour les investissements internationaux (AFII).

« *Business France* » valorise et promeut l'attractivité de l'offre de la France, de ses entreprises et de ses territoires. Dans le domaine de l'exportation, de l'investissement ou des partenariats internationaux, il a pour mission d'accompagner les entreprises françaises et internationales du début jusqu'à l'aboutissement de leurs projets. Les missions de « *Business France* » portent sur le développement international des PME et ETI et à leurs exportations, la prospection et l'accueil des investisseurs étrangers en France ; la promotion de l'attractivité et de l'image économique de la France, de ses entreprises et de ses territoires ainsi que sur la gestion et le développement du volontariat international en entreprises (VIE).

La coordination de son action avec celles des régions et des CCI est notamment assurée par la représentation de ces dernières à son conseil d'administration. En outre, un partenariat stratégique a été conclu en mars 2015 entre cette agence et le réseau international des CCI pour mobiliser de manière plus efficiente les moyens de leurs réseaux respectifs en se focalisant sur six grandes filières prioritaires à l'export définies par le ministère des affaires étrangères : agroalimentaire, ville durable, santé, technologies de l'information et de la communication, culture et création, tourisme.

■ *Prolonger le contrôle nécessaire des collectivités territoriales par un appui à leur action*

**Les contrôles traditionnels** sont certes toujours présents. Il s'agit d'abord du contrôle de légalité, qui est mis à rude épreuve en matière économique, compte tenu de la montée en puissance des collectivités territoriales dans ce domaine, de la sophistication croissante des outils employés alors que les préfetures disposent de moyens limités, et de la complexité du droit à appliquer (en matière d'aides d'État notamment).

---

lisant une certaine inventivité (comme la gestion des réseaux d'énergie).



Dans l'exercice de son contrôle, l'État s'efforce de plus en plus d'être partenaire de la collectivité territoriale. **Il s'agit moins de contraindre que d'inciter et d'orienter.**

Au-delà du strict respect de la légalité, le contrôle des services déconcentrés se manifeste par la préoccupation de prémunir les collectivités contre la tentation d'une concurrence destructrice, relayant l'action plus générale de l'État en faveur de l'égalité entre territoires (notamment en termes de péréquation entre les ressources des collectivités)<sup>547</sup>.

En matière économique et financière, les services déconcentrés sont amenés à conseiller les collectivités territoriales en les sensibilisant aux risques qu'elles prennent dans leur action économique, notamment en matière d'investissement public. C'est notamment le rôle du réseau de la DGFIP, en contact permanent avec les collectivités dont il tient les comptes.

Ces fonctions d'appui et de soutien vont par ailleurs au-delà de l'action quotidienne de l'État vis-à-vis des collectivités décentralisées, avec par exemple la création du fonds de soutien aux emprunts à risque<sup>548</sup> et de l'agence de financement France locale<sup>549</sup> ou encore, dans un domaine différent, de « l'agence de développement économique dans les territoires »<sup>550</sup>.

### ***3.1.2.2. S'appuyer sur la relation État-région pour assurer la cohérence des interventions***

La région constitue le niveau essentiel de la déconcentration<sup>551</sup> comme de la décentralisation économiques<sup>552</sup>. C'est donc à l'échelon régional que l'action économique de l'État doit être articulée avec celle des collectivités territoriales, dans une approche partenariale.

---

547. La concurrence entre collectivités locales, notamment au plan économique, est un phénomène qui affecte la plupart des pays. Le traitement de ces difficultés peut être assuré directement au niveau de l'État, y compris dans des structures fédérales (c'est ainsi qu'a notamment été traitée aux États-Unis, dans les années 70, la concurrence que se sont livrés le Kansas et le Missouri). Certains pays ont mis en place des traitements de proximité, comme en Afrique du Sud, où les gouvernements provinciaux peuvent intervenir en cas de concurrence entre municipalités.

548. Art. 92 de la loi n° 2013-1278 du 29 décembre 2013 de finances pour 2014.

549. Agence de financement des collectivités locales : article L. 1611-3-2 du CGCT issu de la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013. Cette loi traite plus généralement des financements dits « toxiques », fixe le cadre juridique du recours à l'emprunt pour les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics et limite le type d'emprunts envisageables, notamment en devises.

550. Annoncée par le Président de la République en février 2015 et dont le principe a été confirmé en mai 2015 (Partenariat entre l'État et les régions pour le développement et l'emploi dans les territoires, 12 mai 2015).

551. Les textes ne confèrent plus explicitement de rôle économique au préfet de région, contrairement à ce qu'il en était en 1982 (art. 63 et 65 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004) mais la préfecture de région reste le maillon essentiel des services déconcentrés en matière économique. La réforme de l'administration territoriale de l'État, intervenue en 2009 et 2010, a renforcé cet état de fait. Ces directions travaillent sous l'autorité du préfet de région et des SGAR dont le rôle en matière de coordination économique est essentiel.

552. V. *infra* 3.1.3.



La création à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2016 de grandes régions en application de la loi du 16 janvier 2015<sup>553</sup> ne pourra que renforcer cette relation charnière, les collectivités régionales étant désormais plus aptes que par le passé à mener de nouvelles actions économiques. L'État a commencé à réfléchir à l'évolution de l'organisation des services déconcentrés dans le cadre de la réforme territoriale, tout spécialement s'agissant des régions<sup>554</sup>.

#### ■ *Un partenariat à nouer dans les actions*

Le dialogue entre l'État et les régions repose depuis de nombreuses années sur la **contractualisation** et, en particulier, sur les contrats de plan État-région<sup>555</sup> dont la logique planificatrice s'est affaiblie. Le levier du plan d'investissement d'avenir peut permettre de redonner une dimension stratégique et prospective à ces contrats, qui pourraient également assurer la coordination de l'action de l'État et de la région en matière d'aide aux entreprises<sup>556</sup>. La même démarche pourrait être mise en œuvre s'agissant des pôles de compétitivité, qui sont cofinancés par l'État et les régions.

Mais cette approche plus partenariale peut se prolonger aussi dans la définition concertée entre l'État et les collectivités territoriales d'un plan d'action économique dans le ressort de la région. C'est l'une des ambitions de la loi NOTRe lorsqu'elle confie à la région le soin d'élaborer un schéma de développement économique, d'innovation et d'internationalisation (SRDREII), associant l'État, en amont, à son élaboration, et en aval à son approbation<sup>557</sup>. La discussion de ce plan pourrait devenir l'élément central de l'articulation entre l'action économique de l'État et des régions.

Une procédure favorisant la transmission au Gouvernement, des propositions des régions relatives aux **évolutions des textes législatifs et réglementaires** ou aux expérimentations à mettre en œuvre à l'échelle de leur territoire, dans le domaine de l'action économique, serait également de nature à stimuler cette approche partenariale<sup>558</sup>.

#### ■ *Un partenariat reposant sur une responsabilisation dans les moyens*

À la suite d'une expérimentation conduite en ce domaine, il a été décidé de confier aux régions **la gestion des fonds structurels européens**<sup>559</sup>. Mais il ne saurait s'agir d'un transfert pur et simple, l'État restant responsable, vis-à-vis des institutions européennes, des éventuels manquements des régions. L'État dispose, en cas de

---

553. Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral.

554. V. *L'évolution de l'organisation régionale de l'État consécutive à la nouvelle délimitation des régions*, rapport de l'IGF, avril 2015.

555. V. *supra* 1.3.1.1

556. Cette piste a été évoquée par le président de l'ARF, lors de sa conférence de presse du 27 mai 2015.

557. V. pour le dernier état connu de ce texte, celui issu de son examen par la Commission mixte paritaire le 9 juillet 2015.

558. La loi NOTRe comporte une disposition de ce type (article L. 4221-1 du CGCT issu de l'article 1<sup>er</sup> de la loi).

559. L'État confie aux régions qui le demandent la gestion de tout ou partie des programmes européens de la période 2014-2020 en qualité d'autorité de gestion ; le I de l'article 78 de



condamnation, d'une action récursoire contre la région, mais celle-ci peut, en pratique, sembler difficile à mettre en œuvre. Afin que cette perspective reste crédible et que les régions soient incitées à une saine gestion de ces fonds dont les montants sont très significatifs, les modalités pratiques et une doctrine d'emploi de ces actions récursoires pourraient être rapidement précisées.

S'agissant des ressources propres des collectivités territoriales, il est essentiel, dans le prolongement de la réforme territoriale, de la compléter rapidement par des textes donnant aux collectivités territoriales des **ressources fiscales et financières** en rapport avec leur organisation et les compétences qui leur sont reconnues. Ce réexamen du niveau des ressources des collectivités serait l'occasion de modifier la nature et la composition de celles-ci en faisant en sorte qu'elles comportent une part plus importante de « fiscalité économique »<sup>560</sup>. Les régions pourraient ainsi être directement intéressées, d'un point de vue financier, aux résultats de l'action économique qu'elles conduisent sur leur territoire<sup>561</sup>.

**Proposition n° 35 : Clarifier le rôle respectif de l'État et des collectivités territoriales en matière économique**

1) privilégier des blocs de compétence au niveau de l'État ou des collectivités en définissant des critères clairs de répartition ; fonder l'action économique propre de l'État territorial sur le principe de subsidiarité ;

**Vecteur : loi**

2) saisir l'occasion de la réforme de l'administration territoriale de l'État pour renforcer, par des redéploiements :

- les services de l'État chargés du contrôle de légalité des décisions économiques des collectivités locales ;
- les structures de conseil et d'appui de l'État au profit des collectivités territoriales qui entendent conduire une action économique sur leur territoire.

**Vecteur : règlement ; circulaire**

*(Premier ministre, ministre de l'intérieur, ministre de l'économie)*

---

la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 relative à la modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles organise un transfert temporaire de compétences qui prend effet à la date à laquelle cette qualité est acquise en application de la procédure de désignation des autorités de gestion.

560. La réforme de la taxe professionnelle en 2010 a conduit selon certaines analyses à une perte d'autonomie fiscale et financière des collectivités territoriales, en particulier des régions et des départements (v. not. rapport d'information du Sénat n° 611 (2011-2012) de Ch. Guéné, fait au nom de la Mission commune d'information sur la taxe professionnelle, du 26 juin 2012).

561. Cette piste a été retenue par l'ARF et a été reprise dans le document qu'elle a signé le 12 mai 2015 avec l'État, intitulé *Partenariat entre l'État et les régions pour le développement et l'emploi dans les territoires*.





**Proposition n° 36 : Organiser un réel partenariat économique entre l'État et les régions**

1) en mobilisant davantage les contrats de plan État/région (CPER), ainsi que les futurs schémas de développement économique (SRDEII) ;

***Vecteur :** schémas régionaux de développement économique, d'innovation et d'internationalisation, contrats de plan État-régions*

2) en facilitant la transmission par les régions de propositions d'évolution des lois et règlements ou de propositions d'expérimentation utiles à la conduite de leur action économique ;

***Vecteur :** action des personnes publiques concernées*

3) en accompagnant les régions dans la conduite de leur action économique :

- en réexaminant les ressources dont elles disposent au regard de leurs nouvelles compétences à l'issue de la réforme territoriale ;
- en augmentant la part de la fiscalité économique dans leurs ressources.

***Vecteur :** loi  
(ministre des finances et des comptes publics ;  
ministre de l'intérieur ; Parlement*

**3.1.3. Un mouvement centripète dans la répartition des compétences économiques entre collectivités qui ne règlera pas toutes les questions.**

**3.1.3.1. Réussir la polarisation de l'action autour du binôme région/métropole**

■ *L'affirmation progressive des régions face aux autres collectivités*

Depuis leur création, les régions exercent des compétences particulières en matière économique. Ces prérogatives se sont renforcées jusqu'à faire de la région le « chef de file » des collectivités territoriales en matière de développement économique<sup>562</sup>, rôle consacré à l'article L.1511-1 du code général des collectivités territoriales : « La région coordonne sur son territoire les actions de développement économique des

562. La loi du 5 juillet 1972 qui les institue sous forme d'établissements publics mentionne explicitement leur rôle en matière économique (art. 4 de la loi n° 72-619 du 5 juillet 1972), qui demeure après leur transformation en collectivités territoriales par la loi du 2 mars 1982 (art. 59 de la loi n° 82-213 du 2 mars 1982), laquelle leur confère des compétences particulières notamment en matière d'aides aux entreprises, tandis qu'elles se voient dotées d'un rôle central en matière de planification par la loi du 29 juillet 1982 (loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification). Le plan de la région est prévu par la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 (v. art. L. 4251-1 du CGCT ; art. 103 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 ; art. 1<sup>er</sup> de la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales).



*collectivités territoriales et de leurs groupements* ». La région joue par ailleurs un rôle premier dans la distribution des aides directes aux entreprises, mais cette primauté restait jusqu'ici relative, chaque collectivité pouvant user de sa clause générale de compétence pour favoriser le développement économique<sup>563</sup>.

Le rôle économique des régions est sensiblement renforcé par deux réformes territoriales récentes. D'une part, leur efficience économique est accrue par la révision de la carte des régions issue de la loi du 16 janvier 2015 qui, en réduisant leur nombre de 22 à 13 a conduit à une augmentation de leur taille<sup>564</sup>.

D'autre part, la loi NOTRe réaffirme leur primauté en matière de compétence économique dans les territoires, tout en privant de support juridique celle du département, par la suppression concomitante de sa clause générale de compétence<sup>565</sup>. La plupart des aides économiques seront désormais attribuées par la région. Par ailleurs, prolongeant un dispositif expérimental mis en place par la loi de 2004<sup>566</sup>, la loi institue un schéma régional de développement économique d'innovation et d'internationalisation avec lequel les actions des autres personnes publiques devront être compatibles et qui devrait constituer l'outil principal de la région en matière d'action économique<sup>567</sup>.

#### ■ *L'émergence des métropoles et la recherche de nouveaux équilibres*

Ce mouvement en faveur des régions s'est accompagné d'une prise de conscience de l'importance stratégique des grands centres urbains en matière de développement économique avec le phénomène de « *métropolisation de la croissance* »<sup>568</sup>. Afin de favoriser un effet d'entraînement et d'éviter que ces centres urbains deviennent des isolats d'activité ou absorbent l'essentiel des richesses au détriment des territoires alentours, une meilleure articulation a été recherchée avec les régions.

Le volet économique de la réforme territoriale met en œuvre ces principes. Le législateur a ainsi institué un cadre adapté à l'émergence des métropoles en les dotant d'un statut spécifique et en leur confiant des compétences importantes en matière de développement économique<sup>569</sup>. La réforme de la carte régionale s'est employée à

---

563. L'ensemble des collectivités territoriales ainsi que leurs groupements sont fondés à intervenir en matière de développement économique, y compris en accordant des aides aux entreprises sous certaines conditions. Comme l'indique la Cour des comptes dans son rapport sur *Les aides des collectivités territoriales au développement économique* de 2007, l'aide au développement économique a été « *considérée* [par le législateur de 1982] *plus que toute autre, comme une compétence inhérente à la légitimité de chaque collectivité de maîtriser le développement de son territoire* ».

564. Loi n° 2015-29 du 16 janvier 2015 relative à la délimitation des régions, aux élections régionales et départementales et modifiant le calendrier électoral. Sur la dimension économique de ce redécoupage, v. not. les déclarations de B. Cazeneuve, ministre de l'intérieur, en lecture définitive, 8 décembre 2014.

565. Ce qui devrait avoir pour conséquence la disparition de la plupart des agences de développement économique constituées par ces derniers.

566. Prévu pour une durée de 5 ans par la loi du 13 août 2004 (art. 1<sup>er</sup> préc.).

567. Art. L.4251-16 du CGCT créé par la loi NOTRe.

568. B. Lajudie, *Réforme régionale : un enjeu pour la croissance ?*, France Stratégie, juillet 2014.

569. V. la loi n° 2010-1563 du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales et de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 dite « MAPTAM ».



associer chaque nouvelle région à de grandes métropoles, afin de favoriser les effets d'entraînement. Mais la dernière étape de la réforme, qui porte sur la répartition des compétences entre la région et la métropole, est aussi la plus délicate.

Les débats sur le projet de loi NOTRe ont en particulier porté sur les prérogatives reconnues aux métropoles dans l'élaboration<sup>570</sup> et surtout la mise en œuvre du schéma économique régional en cas de désaccord entre la métropole et la région<sup>571</sup>. La solution consistant à permettre à la métropole d'élaborer dans ce cas un document d'orientations stratégiques qui prend en compte le schéma régional sans être nécessairement compatible avec lui, semble acquise<sup>572</sup>.

### **3.1.3.2. Contenir les risques d'une dispersion de l'action des collectivités**

#### **■ L'action économique locale restera nécessairement dispersée**

**En matière de développement économique**, la concentration du pouvoir entre les mains de la région restera partielle, même après la loi NOTRe. Pour la plupart des aides aux entreprises, les communes, les EPCI et les métropoles pourront toujours intervenir en complément de la région, sous réserve de son accord<sup>573</sup>. Les métropoles sont, en même temps que la région, compétentes pour soutenir et participer aux pôles de compétitivité<sup>574</sup>, pour les organismes œuvrant en faveur de la création d'entreprises<sup>575</sup> ou le versement d'aides pouvant contribuer au maintien de l'activité<sup>576</sup>. Les communes, les EPCI et la métropole de Lyon devraient rester compétents pour les aides à l'immobilier d'entreprise<sup>577</sup>.

Le schéma de développement économique n'assure la cohérence de cet ensemble que pour l'octroi des aides aux entreprises<sup>578</sup>.

Au-delà, l'action économique au sens large reste disséminée dans l'ensemble des politiques locales. Il en va notamment ainsi des investissements publics, des services publics industriels et commerciaux, de l'urbanisme, de la construction des routes ou du tourisme<sup>579</sup>. Il en résulte qu'un certain nombre de compétences propres des communes, EPCI, métropoles mais aussi des départements eux-mêmes ont une dimension économique que le schéma ne peut prendre en

570. La métropole est déjà associée de plein droit à l'élaboration des schémas et documents de planification en matière économique (VI de l'article L. 5217-2 du CGCT). Mais ce mécanisme pourrait être adapté par la loi NOTRe qui instituerait une procédure spécifique en ce domaine.

571. Les collaborations ou transferts volontaires ne soulèvent pas de difficultés: la loi prévoit la possibilité pour la région de déléguer à la métropole des compétences en matière de développement économique (art. L. 4221-1-1 du CGCT).

572. Le Sénat s'est rallié sur ce point à la position de l'Assemblée nationale le 28 mai 2015 : v. art. L.4251-14.

573. Art. L. 1511-2 du CGCT.

574. Art. L. 3641-1 et L. 5217-2 du CGCT.

575. Art. L. 1511-7 du CGCT.

576. Les collectivités et leurs groupements peuvent notamment verser des aides à l'installation ou au maintien de professionnels de santé L. 1511-8 du CGCT.

577. Art. L. 1511-3 du CGCT.

578. Art. L. 4251-16 du CGCT créé par la loi NOTRe.

579. V. sur ce point le rapport de la Cour des comptes de 2007 précité.



compte. Si certains de ces aspects peuvent relever d'autres schémas (comme les schémas d'aménagement), ceux-ci n'ont pas un objet proprement économique et ne pourront assurer la cohérence d'ensemble de cette action.

### ■ Une dispersion dont il faut maîtriser les effets

La dissémination de la compétence économique entre collectivités territoriales présente les inconvénients d'une action conduite par une pluralité d'acteurs<sup>580</sup>. En outre, certaines collectivités n'ont pas la capacité de mener seules une action économique ni d'en assumer les risques, notamment lorsque leur territoire est d'une taille insuffisante pour une action économique pertinente.

Cette dissémination n'est toutefois pas sans avantage, notamment en termes de maillage territorial. Les interventions multiples, malgré leurs défauts, limitent le risque « d'angle mort » de l'action économique des personnes publiques, en augmentant les chances que des questions qui le méritent soient prises en charge par au moins une collectivité. En outre, la dissémination de l'action économique entre de très nombreuses collectivités permet de multiplier les expériences et contribue ainsi à un effet de « laboratoire d'idées »<sup>581</sup>.

Ces avantages pourraient être renforcés par le développement des mutualisations<sup>582</sup> entre collectivités regroupées pour porter un projet d'intérêt commun ou pour « jumeler » des projets présentant de fortes similitudes et qu'elles peuvent instruire et financer ensemble<sup>583</sup>. Une autre piste consiste à promouvoir les expérimentations réussies en créant par exemple des banques d'informations pour permettre des échanges et encourager les bonnes pratiques.

Pour faciliter le partage de projets ou d'expériences, il est possible de s'appuyer sur différents acteurs dont ce n'est pas la mission première mais dont ces mutualisations pourraient constituer le prolongement naturel, comme les associations d'élus (AMF, ADCF, ARF)<sup>584</sup>. Il serait aussi envisageable de mettre à contribution les régions elles-mêmes qui pourraient, sur leur territoire, promouvoir les dispositifs innovants des collectivités qui s'y trouvent. Les agences de développement régional pourraient aussi reprendre ce rôle que les agences de développement départementales avaient peu à peu développé. Certains organismes spécialisés (comme la CDC, la BPI ou l'Agence France Locale) pourraient aussi être mobilisés à cet effet, notamment sur les aspects financiers.

---

580. Déperdition d'énergie et de ressources, illisibilité pour les destinataires de l'action, notamment les entreprises, ou au contraire attitudes de « chasseur de primes », dilution des responsabilités et problèmes d'évaluation des résultats...

581. Les collectivités confrontées à des difficultés au plan local sont en effet amenées à créer des dispositifs variés et ingénieux qui n'auraient sans doute pas été développés si l'action avait été prise en charge par une structure unique. C'est une manifestation très atténuée, dans l'État unitaire qu'est la France, de la théorie du « laboratoire de la démocratie » propre aux États fédéraux identifié aux États-Unis depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, v. *infra* 3.2.3.1.

582. V. sur la question des mutualisations, mais davantage dans une logique de gestion : rapport IGA-IGF, issu du rapport *Les mutualisations au sein du bloc communal*, décembre 2014.

583. Comme les « *project bonds* » promus par la Caisse des dépôts et consignations.

584. Ces pratiques existent déjà de manière embryonnaire à l'ARF ; l'ADCF délivre également des conseils et diffuse les bonnes pratiques par une revue et un observatoire.



**Proposition n° 37 : Assurer la cohérence de l'action économique des différentes collectivités et favoriser leurs collaborations**

1) rechercher le bon degré de précision de la stratégie régionale de développement économique, d'innovation et d'internationalisation pour assurer la cohérence de l'action économique locale sans restreindre excessivement les initiatives locales ;

**Vecteur** : *schémas régionaux de développement économique, d'innovation et d'internationalisation (régions, préfet de région)*

2) développer les mutualisations de projets en matière économique en sollicitant à cet effet des organismes tels que la CDC, BPI, « Agence France locale » pour lesquels cette activité constituerait un prolongement naturel de leurs missions.

**Vecteur** : *textes d'organisation des organismes concernés, conventions passées avec ces organismes (organismes de financement, associations d'élus)*

## 3.2. Des décisions mieux préparées et expertisées afin de les adapter à la complexité et à la temporalité des questions économiques

Malgré sa dimension politique et parfois son impact médiatique, la décision en matière économique est d'abord technique et suppose une instruction minutieuse en amont (3.2.1). Le processus de décision doit être adapté au destinataire, notamment aux entreprises (3.2.2). Une fois la décision mise en œuvre, il importe enfin que ses effets soient précisément évalués (3.2.3).

### 3.2.1. Mieux expertiser les décisions économiques

#### 3.2.1.1. La décision économique reste insuffisamment instruite

■ *Mieux connaître les ressources disponibles et celles qui le seront bientôt*

L'expertise est **foisonnante** sur les questions économiques et plus particulièrement sur les mesures que pourraient prendre les pouvoirs publics. Outre les analyses des services instructeurs, nombreuses sont celles issues des structures d'expertise ou d'observatoires publics. Les institutions d'évaluation et de contrôle<sup>585</sup>, les assemblées parlementaires<sup>586</sup>, les agences, la Banque de France, la Caisse des

585. C'est l'une des missions essentielles de la Cour de comptes. Le Conseil économique, social et environnemental s'est lui-même doté d'une structure de prospective et d'évaluation.  
586. Celles-ci développent cette même fonction dans le cadre de leur mission d'évaluation des politiques publiques, *via* notamment le comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques (CEC). Mais les travaux des commissions y contribuent également avec les rapports d'information.



dépôts<sup>587</sup> et les régulateurs produisent également des études. Les organismes internationaux conduisent leurs propres travaux, parfois spécialement consacrés à la France comme ceux de l'OCDE. Les collectivités territoriales enfin, élaborent les leurs, avec les associations d'élus.

Outre ces sources institutionnelles, les personnes publiques et tout spécialement le Gouvernement font appel à des contributions extérieures, venant de groupes de travail ou de personnalités<sup>588</sup>. S'y ajoutent des contributions spontanées d'universitaires, chercheurs, « *think tank* », organismes professionnels.

Ces ressources pourraient encore être enrichies en favorisant les travaux de recherche économique sur la situation française. La mise à disposition du public des données recueillies permettrait aux chercheurs du monde entier de travailler sur des données françaises et de produire ainsi des analyses utiles à la situation économique et au moyen d'agir sur celle-ci de manière pertinente.

Pourtant, ces sources ne sont **pas pleinement exploitées**. Certaines restent inédites<sup>589</sup>. Surtout, leur foisonnement même nuit à leur bonne diffusion : il n'est pas rare qu'une même question fasse l'objet de travaux parallèles qui s'ignorent jusqu'à ce qu'ils soient rendus publics, et ce malgré la création d'une bibliothèque des rapports publics notamment destinée à recenser les rapports en cours<sup>590</sup>.

L'accès des services instructeurs et des décideurs à ces travaux, y compris lorsqu'ils ne sont pas publics, devrait donc être facilité, par la création d'une plateforme interministérielle dédiée aux administrations, qui recenserait aussi utilement les rapports en cours, les thèmes qu'ils abordent et le calendrier qu'ils suivent<sup>591</sup>. Des restrictions seraient possibles lorsque ces travaux présentent un caractère confidentiel s'opposant à une diffusion même au sein de l'administration, sur décision expresse de l'autorité à l'origine de ces travaux.

**Proposition n° 38 : Répertoire des travaux d'analyse et de recherche en cours et publier ceux qui sont achevés sur une base interministérielle accessible aux seules administrations et régulièrement mise à jour, avec des classements thématiques à entrées multiples.**

*Vecteur : site extranet à usage des administrations  
(services du Premier ministre ; ministre de l'économie)*

587. Soit par elle-même soit dans le cadre de la Banque publique d'investissement.

588. Les rapports commandés en matière économique sont nombreux et ont donné lieu selon le cas à des revues très larges (Rapports dits « Attali », « Gallois », « Pébereau », « Pisani-Ferry »...) ou au contraire à des contributions plus ciblées.

589. Les rapports commandés à un organe d'inspection ne sont pas diffusés si leurs commanditaires n'y consentent pas, empêchant ainsi un diagnostic partagé.

590. Circulaire du 28 janvier 1999 relative à la diffusion gratuite des rapports officiels sur l'Internet.

591. Elle faciliterait aussi l'identification des services ressources.



### ■ Mieux analyser les ressources disponibles pour les décideurs publics

Au-delà du problème d'accès à la ressource, le décideur public ne dispose pas, le plus souvent, d'une **synthèse critique** des éléments, arguments, chiffres et positions des services ou organismes qui lui proposent la mesure.

La profusion des études disponibles décourage le plus souvent leur analyse préalablement à la décision dans des délais compatibles avec le rythme de l'action publique en matière économique. Les notes soumises aux décideurs abordent un grand nombre de questions de portée inégale et trop peu hiérarchisées. Les réunions d'arbitrage ne se concentrent pas assez sur les questions justifiant leur « remontée » au niveau politique.

Le travail préparatoire à la décision et à l'arbitrage doit donc corriger ces défauts et se focaliser sur une présentation triée et hiérarchisée de l'ensemble des études et éléments pertinents nécessaires aux arbitrages demandés.

#### 3.2.1.2. *Le dispositif des évaluations préalables pourrait être systématisé*

##### ■ Améliorer le dispositif issu de la révision de 2008 pour les mesures législatives

La France, comme d'autres pays européens au même moment<sup>592</sup>, s'est dotée d'une procédure d'évaluation préalable à l'issue de la révision constitutionnelle de 2008<sup>593</sup>. Cette procédure s'impose à la plupart des projets de loi que le Gouvernement soumet au Parlement. Elle oblige le Gouvernement à exposer les motifs de la réforme et ses principales conséquences prévisibles.

Cette procédure s'avère décevante. Notamment destinées à éclairer *ex ante* les choix proposés par le projet de loi, les études sont trop souvent élaborées une fois la décision prise et s'emploient à justifier *a posteriori* de son bien-fondé. Les données qui y figurent sont souvent peu utiles et difficilement vérifiables ; elles ne permettent pas réellement de mesurer la pertinence des options

---

592. En Espagne, une évaluation préalable systématique a été instituée par décret-loi en 2009 et un guide aidant à son élaboration a été publié. Comme en France, elle est soumise au Conseil d'État, qui rend un avis public sur son contenu. En Italie, la loi du 28 novembre 2005 prévoit une évaluation avant l'examen des textes en conseil des ministres puis par le comité de législation ; la loi du 11 novembre 2011 renforce l'évaluation préalable des textes ayant un impact sur les entreprises. Le champ des évaluations préalables est variable dans les autres pays. Aux États-Unis, les projets de loi sont évalués par le *Congressional Budget Office* et le *Joint Committee on Taxation*, selon plusieurs modèles économiques. L'évaluation n'est pas systématique mais, de fait, tous les grands projets en font l'objet. Depuis 2011, la présidence rend obligatoire l'évaluation de l'impact économique de la réglementation des agences et départements fédéraux et des lignes directrices ont été publiées à cet effet (quantification et monétisation des coûts et bénéfices non quantifiables, identification des incertitudes). L'Afrique du sud a mis en place une évaluation préalable (*regulatory impact assessment*) depuis 2007 pour la législation (lois, ordonnances, décrets) ou les quasi-régulations (guides et codes de bonne pratique) mais très peu d'études sont rendues publiques. Au Canada, seule l'évaluation des impacts environnementaux est obligatoire mais, dans les faits, une évaluation importante de tous les aspects du projet est réalisée.

593. Articles 8 à 12 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009, pris pour l'application du troisième alinéa de l'article 39 de la Constitution, introduit par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.



retenues (notamment à la lumière des alternatives possibles) ni d'en évaluer les effets. Surtout, le champ de ces études est très parcellaire. Ces défauts sont particulièrement sensibles en ce qui concerne l'impact économique des projets.

**Le champ** de l'évaluation préalable gagnerait à être étendu aux propositions de loi qui représentent une part de plus en plus importante des textes adoptés<sup>594</sup>, sous réserve toutefois de ne s'appliquer qu'aux propositions effectivement inscrites à l'ordre du jour des assemblées, qui sont peu nombreuses. Une solution alternative, moins lourde, consisterait à instituer une faculté d'examen, à la manière de ce qui existe pour les demandes d'avis au Conseil d'État<sup>595</sup>. Les assemblées pourraient ainsi s'engager à procéder à des évaluations préalables pour les dispositions significatives, notamment économiques<sup>596</sup>. La question des moyens matériels et humains nécessaires à la réalisation de telles évaluations reste délicate, les assemblées ne disposant pas de toutes les informations nécessaires. Il faudrait envisager un concours, en tant que de besoin, des administrations compétentes selon des modalités à définir conjointement par le Gouvernement et le Parlement.

L'évaluation préalable des amendements n'a pas non plus été instituée, alors que certains d'entre eux peuvent modifier profondément le texte initial et rendre largement caducs les éléments d'analyse figurant dans l'évaluation préalable. Une obligation d'évaluation préalable allégée pourrait être utilement prévue pour les amendements d'origine gouvernementale qui modifient sensiblement l'impact économique d'un projet de loi. Si l'évaluation préalable des amendements d'origine parlementaire pourrait quant à elle constituer un frein au droit d'amendement, rien n'interdit en revanche au Gouvernement de procéder à une telle évaluation pour éclairer la position qu'il adoptera en séance à l'endroit desdits amendements<sup>597</sup>.

Un réexamen du **contenu** même des évaluations, en les concentrant sur les aspects essentiels s'impose par ailleurs. Dans son état actuel, la loi organique du 15 avril 2009 prévoit que ces études exposent de manière précise notamment « *l'évaluation des conséquences économiques et financières* ». Le guide de légistique prescrit d'analyser les impacts notamment macroéconomiques ainsi que les impacts catégoriels par secteurs ou types d'entreprises les plus concernés. L'expérience montre toutefois que les développements qui y sont consacrés sont trop succincts et n'analysent pas assez les effets économiques, l'accent étant

---

594. 23,5 % des textes adoptés par l'Assemblée nationale sous la XIV<sup>e</sup> législature (v. rapport d'information du 9 octobre 2014 de L. La Raudière et R. Juanico, sur la simplification législative n° 2268).

595. Aux termes du dernier alinéa de l'article 39 de la Constitution : « *Dans les conditions prévues par la loi, le président d'une assemblée peut soumettre pour avis au Conseil d'État, avant son examen en commission, une proposition de loi déposée par l'un des membres de cette assemblée, sauf si ce dernier s'y oppose* ».

596. Une proposition de résolution, déposée par B. Accoyer (n°739 du 21 février 2013) et tendant à modifier le règlement de l'Assemblée nationale afin de joindre une étude d'impact aux propositions de lois discutées en séance publique, n'a pas été examinée.

597. Les assemblées peuvent en tout état de cause décider de faire procéder elles-mêmes à une évaluation préalable de certains amendements dans les conditions prévues par leur règlement (article 15 de la loi organique n° 2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution).





plutôt mis sur les conséquences budgétaires des mesures<sup>598</sup>. Ces insuffisances justifieraient l'introduction de prescriptions plus fermes dans le guide de légistique et leur réitération dans les indications méthodologiques adressées aux services instructeurs par le secrétariat général du Gouvernement.

L'évaluation préalable, qui constitue un élément faisant corps avec le processus d'élaboration des projets, doit demeurer du ressort des services qui portent ce projet. Un **contrôle externe** de sa qualité permettrait néanmoins d'en renforcer la crédibilité. La contre-expertise des mesures du projet de loi ayant un impact économique significatif pour la croissance et l'activité demandée par le Gouvernement à France Stratégie confirme la pertinence d'une telle démarche.

Sans aller jusqu'à la création d'un nouvel organisme indépendant du Gouvernement à la manière de ce qui existe dans plusieurs États voisins<sup>599</sup>, il pourrait être confié à un organisme extérieur à l'administration qui a proposé la mesure, un contrôle de pertinence et de qualité sur les études d'impact des projets de loi ayant une portée économique significative<sup>600</sup>. Son résultat devrait être rendu public.

#### ■ *Étendre la démarche, de manière adaptée, à certaines décisions administratives*

Les règlements et décisions administratifs ne font pas tous aujourd'hui l'objet d'une véritable évaluation préalable de portée générale, même lorsqu'ils ont un impact économique important<sup>601</sup>. Une circulaire du Premier ministre en date du 17 février 2011 prescrit pour tout projet de texte comprenant des mesures concernant les entreprises, une analyse d'impact circonstanciée. Utile lorsqu'elle a été décidée, cette prescription n'est plus suffisante aujourd'hui eu égard à l'importance prise par les textes non législatifs dans la vie économique<sup>602</sup>.

Il en va d'abord ainsi des **ordonnances**, qui constituent des actes réglementaires au stade de leur adoption, bien qu'elles interviennent dans le domaine de la loi. Or, un nombre croissant de réformes économiques interviennent par ordonnances

598. Les instruments à la disposition des administrations pour évaluer la charge administrative sur les entreprises, notamment l'outil Oscar, et la mission d'expertise « Simplification et évaluation » du CGEFI restent par ailleurs sous-utilisés.

599. Il s'agit en particulier du *Regulatory policy Committee* (RPC) britannique, institué en 2009 et du *Normenkontrollrat* (NKR) allemand, institué en 2006. V. pour une étude approfondie de ces deux modèles, le rapport d'information de l'Assemblée nationale sur la simplification législative du 9 octobre 2014 précité.

600. La contre-expertise pourrait être totale ou se limiter à une vérification de la méthodologie et du sérieux et de ce que les administrations ressources, surtout lorsqu'elles ont un rôle transversal, ont bien été associées et consultées.

601. V. not. pour des obligations d'évaluation préalable particulières : le cas des déclarations d'utilité publique (art. R. 122-2 et s. du code de l'environnement) ; le recours aux partenariats public-privé (ord. n° 2004-559 du 17 juin 2004), la création des commissions à caractère consultatif (décret n° 2006-762 du 8 juin 2006) ; les normes concernant les collectivités locales (circulaire du 7 juillet 2011) ; les créations d'agence (circulaire du 9 avril 2013)...

602. La création annoncée par le Gouvernement le 3 décembre 2014 d'un « Comité impact entreprise » constitué de chefs d'entreprises et appelé à travailler avec France Stratégie, dont les fonctions et l'organisation précises ne sont pas encore connues, ne pallie pas les insuffisances actuelles du dispositif d'évaluation préalable des textes réglementaires ayant un impact sur les entreprises.



dans un souci de rapidité<sup>603</sup>. Les obligations qui encadrent le texte d'habilitation sont minimales et le texte de ratification est en principe dispensé d'évaluation préalable. Le guide de légistique invite déjà à procéder à une évaluation préalable aussi complète que celle qui aurait été exigée pour un projet de loi. Cette recommandation est inégalement suivie, faute sans doute d'un véritable engagement du Gouvernement dans sa mise en œuvre. Elle doit être rappelée.

Les **décrets et les arrêtés** réglementaires pourraient de la même manière faire l'objet d'une évaluation préalable, même si elle pourrait être plus sommaire que les ordonnances. Le dispositif aujourd'hui imposé par la circulaire du Premier ministre de 2011 pour les textes ayant un impact sur les entreprises pourrait être renforcé et systématisé<sup>604</sup>.

Au-delà, il est légitime de s'interroger sur les décisions réglementaires des autorités administratives indépendantes, des agences, des collectivités territoriales ainsi que des décisions individuelles susceptibles d'avoir un impact économique important, qui mériterait dans certains cas d'être évalué et rendu public<sup>605</sup>.

La principale difficulté est ici la délimitation du champ de l'obligation d'étude d'impact compte tenu du caractère fondamentalement extensif de la matière et des risques juridiques associés à une définition trop imprécise.

Parmi ces décisions, celles portant sur des investissements coûteux méritent une attention particulière. Les principales décisions d'investissement de l'État doivent désormais faire l'objet d'une évaluation économique depuis 2013<sup>606</sup>. La disposition sur les investissements des collectivités territoriales soumise au Parlement dans le cadre de la loi NOTRe ne porte pas sur l'évaluation du bien-fondé de la décision d'investissement mais uniquement sur son impact pluriannuel sur les dépenses de fonctionnement<sup>607</sup>. Il serait souhaitable d'aller plus loin et d'étendre à l'ensemble des personnes publiques, selon des modalités à définir, un cadre inspiré du régime institué pour les investissements de l'État.

---

603. La loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit et des procédures administratives était ainsi essentiellement un texte d'habilitation.

604. La publicité prévue par la circulaire du 17 juillet 2013 sur la mise en œuvre du gel de la réglementation pourrait notamment être rendue plus accessible et plus visible.

605. Les dispositions législatives telles que celles prévues par l'article 42-3 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 imposant au CSA une évaluation préalable avant de donner son agrément à une modification des modalités de financement lorsqu'elle porte sur le recours ou non à une rémunération de la part des usagers (dites « passage en gratuit ou en payant ») de certaines chaînes de télévision pourraient être étendues à d'autres décisions individuelles ayant un impact économique significatif.

606. V. sur l'évaluation des investissements, le régime, qui ne concerne que l'État et ses établissements publics, de l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 précisé par le décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013.

607. Article L. 1611-9 du CGCT : « Pour toute opération exceptionnelle d'investissement dont le montant est supérieur à un seuil fixé par décret en fonction de la catégorie et de la population de la collectivité ou de l'établissement, l'exécutif d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales présente à son assemblée délibérante une étude relative à l'impact pluriannuel de cette opération sur les dépenses de fonctionnement (...) ».



**Proposition n° 39 : Étendre le champ de l'évaluation préalable des textes relevant du domaine de la loi et améliorer sa qualité**

1) s'engager à procéder à une évaluation préalable des amendements d'origine gouvernementale qui modifient sensiblement l'impact économique d'un projet ou d'une proposition de loi ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

2) recommander l'évaluation préalable des propositions de loi inscrites à l'ordre du jour des assemblées parlementaires, avec le concours des ministères ;

**Vecteur :** *délibération du bureau du Sénat  
et de la conférence des présidents de l'Assemblée nationale*

3) renforcer l'évaluation préalable des ordonnances ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

4) organiser un contrôle de qualité des évaluations préalables des projets de loi ayant un impact économique significatif, confié à un organisme extérieur à l'administration qui a préparé le projet ; rendre publics ses résultats ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

5) faire respecter l'obligation d'analyser les impacts économiques dans les évaluations préalables, en renforçant les prescriptions pertinentes du guide de légistique et des indications méthodologiques adressées aux services instructeurs des projets de loi.

**Vecteur :** *guide de légistique, autres outils méthodologiques*

**Proposition n° 40 : Développer les évaluations au-delà du domaine législatif pour les décisions ayant un impact économique significatif**

1) mettre en place, pour chaque personne publique, une doctrine en matière d'évaluation préalable de ses décisions susceptibles d'avoir un impact économique important ; rendre publique cette doctrine et préciser notamment les cas dans lesquels les résultats des évaluations seront rendus publics dans le respect des secrets protégés par la loi ;

**Vecteur :** *doctrine publique des personnes publiques concernées*

2) étendre le dispositif d'évaluation des investissements prévu pour l'État aux autres personnes publiques, en adaptant le régime à la situation de chacune.

**Vecteur :** *loi  
(ministre de l'économie ; ministre de l'intérieur)*



## 3.2.2. Associer les entreprises aux décisions pour leur permettre de les anticiper

### 3.2.2.1. Améliorer les conditions du dialogue avec les entreprises

#### ■ Rendre plus transparentes les relations avec les groupes d'intérêt

L'activité de « *lobbying* »<sup>608</sup> des groupes d'intérêt, longtemps ignorée<sup>609</sup>, prend une importance nouvelle en France, notamment dans le champ économique<sup>610</sup>.

En réponse, les obligations déontologiques des responsables publics ont été précisées et renforcées notamment par la loi relative à la transparence de la vie publique<sup>611</sup> et devraient l'être pour tous les agents publics<sup>612</sup>. Mais au-delà des obligations déontologiques et des mesures de prévention applicables aux décideurs publics<sup>613</sup>, l'activité des groupes d'intérêt reste à ce jour peu encadrée.

Un cadre a certes été défini pour le Parlement : le Sénat a adopté trois textes en ce sens en octobre 2009<sup>614</sup> ; l'Assemblée nationale a suivi une démarche similaire<sup>615</sup>. Ces dispositifs qui prévoient un enregistrement préalable des groupes, la publicité de leur participation aux travaux parlementaires (recensement de leurs auditions) et en contrepartie, un accès facilité aux travaux des assemblées, sont d'ordre facultatif et incitatif, et peu d'organisations sont aujourd'hui répertoriées. Rien n'est en revanche prévu pour le Gouvernement et les administrations centrales, alors qu'une part essentielle de l'activité des groupes d'intérêt est orientée vers l'exécutif (cabinets et parfois administrations).

---

608. V. sur cette question, not. G. Houillon, *Le lobbying en droit public*, Bruylant, 2012 ; v. le rapport du groupe de travail de l'Assemblée nationale sur *Les lobbies à l'Assemblée nationale*, Ch. Sirugue, 27 février 2013.

609. Étrangère à la conception française de l'intérêt général et de la prise de décision publique, inspirée par les idées rousseauistes et qui n'est pas conçue comme le fruit d'une confrontation des intérêts particuliers, la manière de prendre en compte ces intérêts n'a donc pas fait l'objet d'une réflexion particulière jusqu'à très récemment.

610. Du fait des fédérations professionnelles, des cabinets de conseil, des grandes entreprises qui se dotent de responsables des « relations publiques », de la « stratégie » ou « de la prospective » lorsqu'il ne s'agit pas de fonctions essentielles des « secrétaires généraux ». Cette activité devient aussi de plus en plus professionnalisée. V. dénonçant cet état de fait : rapport *Transparency International France, Transparence et intégrité du lobbying, un enjeu de démocratie, état des lieux citoyen du lobbying en France*, octobre 2014 ; v. aussi, sur l'étude comparée de l'encadrement du lobbying en Europe, son rapport de mars 2015 *Lobbying en Europe : influence cachée, accès privilégié* (en anglais).

611. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

612. Lettre rectificative du 17 juin 2015 au projet de loi (n° 1278) relatif à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires.

613. Le cadre répressif est quant à lui analysé de manière critique dans le rapport de J.-L. Nadal du 7 janvier 2015 sur l'exemplarité des responsables publics, *Renouer la confiance publique*.

614. Le bureau du Sénat a adopté le 7 octobre 2009 un nouveau chapitre de son instruction générale (chapitre XXII bis), un code de conduite applicable aux représentants des groupes d'intérêts et un arrêté de la questure n° 2010-1258 du 1<sup>er</sup> décembre 2010 définissant les droits d'accès au Palais du Luxembourg des représentants des groupes d'intérêt.

615. Un nouveau dispositif a été décidé par le bureau de l'Assemblée nationale le 26 juin 2013 qui a adopté un code de conduite pour les représentants d'intérêts.



Il serait préférable de définir un **cadre unique applicable aux groupes d'intérêt**<sup>616</sup>, sans distinguer selon qu'ils conduisent leurs activités auprès du Parlement, du Gouvernement, des collectivités territoriales, d'autorités administratives indépendantes ou d'opérateurs. Il pourrait *a minima* consister en une obligation faite à tout intervenant, préalablement à l'exercice de son activité, de s'enregistrer sur un répertoire public recensant ses domaines d'activité et le cas échéant, ses démarches auprès des responsables publics.

Lorsque ces groupements ont participé à un processus ayant abouti à une décision devant faire l'objet d'une étude d'impact, il pourrait être fait mention de leur contribution.

**Proposition n° 41: Définir un cadre législatif pour l'ensemble des activités des groupes d'intérêt**

1) prévoir l'enregistrement de ces groupes sur un registre public recensant notamment leurs domaines d'activité et leurs interventions auprès des responsables publics ;

2) mentionner dans les études d'impact les contributions de ces groupes.

**Vecteur : loi**

*(Premier ministre, ministre de l'économie)*

■ *S'assurer de la représentativité économique des interlocuteurs des pouvoirs publics*

Les chambres de commerce et d'industrie sont qualifiées par le code de commerce de « *corps intermédiaire de l'État* » exerçant « *une fonction de représentation des intérêts de l'industrie, du commerce et des services auprès des pouvoirs publics ou des autorités étrangères* » et « *assurant l'interface entre les différents acteurs concernés* »<sup>617</sup>. Mais leur statut d'établissements publics de l'État les empêche d'assurer pleinement ce rôle de représentation, les chambres ayant surtout une utilité pour faire connaître aux pouvoirs publics, indépendamment de toute revendication particulière qu'elles ne sauraient porter, l'opinion des chefs d'entreprises et des éléments concernant leur situation.

D'autres enceintes favorisent ce dialogue, comme le CESE<sup>618</sup> et divers comités spécialisés (conférence nationale de l'industrie, commission permanente de concertation pour les services, commission nationale de concertation des professions libérales)<sup>619</sup>.

616. V. la communication du ministre des finances et des comptes publics au conseil des ministres du 22 juillet 2015, qui annonce un projet de loi pour la transparence de la vie économique comportant des dispositions dans ce domaine.

617. Art. L. 710-1 du code de commerce.

618. Compte tenu de son organisation actuelle, qui ne lui permet pas aisément de travailler en lien avec l'administration centrale ou les parlementaires dans l'élaboration des projets de loi ou les propositions de loi, le CESE semble davantage mobilisable pour l'évaluation *ex post* que pour l'évaluation *ex ante* des réformes.

619. Avec un profil certes différent, le « comité impact entreprise » annoncé par le Gou-



L'existence de telles structures ou « corps intermédiaires » n'épuise toutefois pas la question de la représentation des intérêts économiques et des entreprises auprès des pouvoirs publics. Elle se distingue de la **représentativité** des organisations patronales régie par la loi du 5 mars 2014, qui ne traite explicitement que du champ social<sup>620</sup>. Si le régime de la représentativité sociale livre des enseignements utiles, une réflexion spécifique sur la représentativité économique est nécessaire<sup>621</sup>, l'action économique des personnes publiques devant pouvoir s'appuyer sur un dialogue transparent avec des représentants du monde des entreprises.

#### ■ Renforcer la concertation préalable à l'adoption de nouveaux dispositifs

La prise en compte du point de vue des entreprises et des acteurs économiques en général est un élément essentiel de la qualité, de l'acceptabilité et donc de l'efficacité de la norme à laquelle ils seront ensuite assujettis<sup>622</sup>.

La réglementation **économique a innové** en ce domaine, en procédant au recueil des observations des acteurs sur les projets alors même qu'aucun texte ne l'imposait. C'est ainsi que se sont développées les « consultations de place »<sup>623</sup> dans le domaine financier et, plus généralement, les consultations ouvertes avec mise en ligne de projets de réglementation. La plupart des régulateurs et même des ministères suivent désormais une telle démarche, par exemple en matière de droit commercial<sup>624</sup> ou de marchés publics<sup>625</sup>.

---

vernement le 3 décembre 2014 déjà mentionné pourrait contribuer à cette représentation. 620. Loi n° 2014-288 du 5 mars 2014 relative à la formation professionnelle, à l'emploi et à la démocratie sociale.

621. V. not. sur la réforme de la représentativité patronale, le rapp. de J.-D. Combrexelle, directeur général du travail, du 23 octobre 2013 : « *Non sans perplexité en effet, l'auteur du présent rapport a pu constater à quel point cette question de la représentativité et donc de la légitimité des acteurs était peu présente dans certaines instances à objet économique – y compris des instances communautaires ou nationales ayant des pouvoirs décisionnels...* ».

622. L'examen des expériences étrangères fait apparaître différents modèles d'organisation du dialogue entre les pouvoirs publics et le monde des affaires, notamment à travers les procédures de consultation qu'ils ont mis en place. La Suisse a institué depuis 2005 un cadre spécifique mettant en œuvre l'article 147 de sa Constitution en matière de consultation sur les textes significatifs. Un dispositif de consultation assez systématique existe également en Norvège. Au Canada, le dialogue est assuré par la chambre de commerce et le conseil canadien des chefs d'entreprise. De même, en Arabie saoudite, le dialogue est assuré par l'intermédiaire, principalement, des 28 chambres de commerce. Au Brésil, le dialogue a lieu de manière informelle dans le cadre de la Confédération nationale de l'industrie et par le biais du Conseil de développement économique et social, ainsi que par la Fédération des industries de Sao Paulo (qui représente une part très importante du PIB brésilien). Le système japonais est plus original. La culture du consensus y est très forte et le dialogue entre l'administration et le monde des affaires est donc continu et structuré au plus haut niveau par des comités consultatifs ou des relations nouées directement avec les bureaux des ministères techniques.

623. Appuyé sur un comité dédié, le Comité « Place de Paris 2020 » a été installé par le ministre des finances en juin 2014 (communiqué du ministre de l'économie du 16 juin 2014).

624. Le ministère de la justice a mis en place une page spécifique de son site internet sur ces consultations publiques, auxquelles il a procédé récemment sur la réforme du droit des contrats (jusqu'au 30 avril 2015) ou dans le passé sur la simplification du droit des sociétés, l'efficacité de la justice commerciale ou encore la transparence sociale et environnementale des entreprises.

625. La direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers a lancé une



Ces consultations et concertations restent néanmoins ponctuelles et subordonnées au bon vouloir des personnes publiques.

Le renforcement des consultations préalables obligatoires ne constitue pas la voie la plus adaptée. Souvent lourdes et formalistes, elles seraient par ailleurs très difficiles à circonscrire dans leur champ d'application compte tenu de la difficulté même à délimiter le périmètre des questions économiques. Il ne semble ainsi pas souhaitable de retenir, pour les textes économiques, un dispositif analogue à celui de l'article L. 1 du code du travail<sup>626</sup>.

Le Premier ministre pourrait toutefois demander aux membres du Gouvernement de soumettre **systématiquement à consultation ouverte** tout projet de texte de portée significative. Les autorités administratives indépendantes et les collectivités territoriales qui adoptent des projets de règlement ou de décision ayant un impact économique pourraient procéder de même.

Il serait possible à cet égard de s'inspirer, pour ces « consultations ouvertes » volontaires, du cadre de référence mis en place par l'article 16 de la loi du 17 mai 2011 pour les consultations obligatoires<sup>627</sup>.

**Proposition n° 42 : Procéder à une consultation publique sur tous les projets de texte et de décision ayant un impact économique significatif en s'inspirant du cadre prévu pour les consultations ouvertes obligatoires par la loi du 17 mai 2011.**

*Vecteur : circulaire du Premier ministre ;  
engagements des autorités compétentes  
(personnes publiques concernées)*

### 3.2.2.2. Permettre aux entreprises de mieux anticiper

#### ■ Limiter le nombre d'interventions sur un même champ économique

Les fluctuations de la conjoncture, le souci de réagir immédiatement aux difficultés économiques et la pression politique et médiatique amènent les personnes publiques à intervenir de manière très fréquente, en revenant parfois sur des dispositifs à peine entrés en application. Le phénomène est très accentué en matière fiscale, où une part très importante du code général des impôts est modifiée chaque année, et parfois plusieurs fois dans l'année.

---

concertation publique sur le projet de décret portant mesure de simplification des marchés et contrats relevant de la commande publique en mars 2014, puis sur projet d'ordonnance transposant le volet législatif des directives « marchés publics » en décembre 2014.

626. En vertu de l'article L. 1 du code du travail : « Tout projet de réforme envisagé par le Gouvernement qui porte sur les relations individuelles et collectives du travail, l'emploi et la formation professionnelle et qui relève du champ de la négociation nationale et interprofessionnelle fait l'objet d'une concertation préalable avec les organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau national et interprofessionnel en vue de l'ouverture éventuelle d'une telle négociation ».

627. Art. 16 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, précisé par le décret n° 2011-1832 du 8 décembre 2011 relatif aux consultations ouvertes sur l'internet.



L'instabilité de la norme et l'insécurité juridique qui en résulte constituent l'un des reproches majeurs faits par les entreprises aux pouvoirs publics. Elles empêchent en effet les entreprises de se projeter dans l'avenir et d'anticiper raisonnablement les conséquences de leurs choix de gestion ou la rentabilité de leurs investissements.

Le premier remède est de s'abstenir de retoucher fréquemment les dispositifs économiques. Bien souvent la perturbation résultant de la modification d'un mécanisme peut annuler le bénéfice qui en est attendu. Un dispositif imparfait mais bien connu est ainsi souvent préférable à une évolution aux effets imprévisibles. « L'option zéro » doit donc être expertisée dans l'évaluation préalable, ainsi que toutes les alternatives à la modification de la norme.

Les personnes publiques doivent aussi pouvoir s'engager à ne pas modifier un dispositif pendant un délai déterminé, comme il en a été décidé s'agissant des cinq « *dispositifs fiscaux essentiels* » pour l'investissement et la vie des entreprises gelés dans le cadre du pacte de compétitivité<sup>628</sup>. De même, le Gouvernement s'est engagé à ne pas modifier le cadre réglementaire des délais de paiement<sup>629</sup>. Le développement de ce type de « moratoires » concourt à renforcer substantiellement la prévisibilité et l'efficacité de la norme.

**Proposition n° 43: Étudier les avantages de l'abstention à intervenir en matière économique**

1) renforcer l'analyse de « l'option zéro » dans les évaluations préalables en mesurant de manière précise et chiffrée les coûts induits par tout changement normatif ;

**Vecteur :** *évaluations préalables requises par les textes*

2) développer les « moratoires » sur les dispositifs économiques essentiels, notamment en matière de fiscalité et de normes.

**Vecteur :** *engagement public des autorités compétentes ;  
textes instituant les dispositifs concernés  
(SGG, ministre de l'économie et ministres sectoriels concernés)*

■ **Utiliser les procédures disponibles pour maîtriser le temps de la mise en œuvre**

Compte tenu de la volatilité de la conjoncture économique et de l'instabilité de l'environnement des entreprises, l'efficacité d'un dispositif d'action économique dépend très largement de la date à laquelle il est mis en œuvre. Il peut même produire des effets opposés à ceux attendus lorsqu'il est appliqué trop tard. C'est particulièrement vrai dans le domaine de la création d'entreprises et de l'aide aux entreprises en difficulté.

628. Crédit d'impôt recherche (CIR) ; dispositifs favorisant la détention et la transmission d'entreprises (« pactes d'actionnaires ») ; exonérations relatives aux Jeunes entreprises innovantes (JEI) ; incitation aux investissements dans les PME ; contribution économique territoriale (CET).

629. « Délais de paiement : l'État s'engage à la stabilité réglementaire », communiqué de presse du ministère de l'économie en date du 13 février 2014.





L'action économique des personnes publiques doit donc pouvoir suivre des **procédures de décision rapides** lorsque l'urgence l'impose<sup>630</sup>. Comme d'autres pays, la France s'est dotée de règles tenant compte de cette nécessité<sup>631</sup>.

La procédure législative accélérée a précisément cet objet<sup>632</sup>. Si la procédure réglementaire ne comporte pas de dispositifs d'urgence formalisés s'appliquant à l'ensemble du processus, il est possible de raccourcir les délais des consultations préalables obligatoires, très consommatrices de temps<sup>633</sup>. Les agences, les AAI ou les collectivités territoriales maîtrisent très largement les délais applicables à leurs procédures.

Aussi bien, le retard dans la mise en œuvre des décisions prises tient davantage à la **gestion des priorités**, notamment dans le calendrier parlementaire, et aux injonctions contradictoires faites à l'administration, qui doit tout à la fois instruire les textes d'application des lois déjà votées, dialoguer longuement avec l'ensemble des parties prenantes, préparer de nouvelles dispositions législatives et évaluer de manière de plus en plus précise les conséquences des mesures envisagées.

Le recours aux procédures accélérées ne parvient pas à compenser ces retards car il intervient trop souvent sans motif réel d'urgence. Il serait vain de chercher

---

630. Il est acquis depuis longtemps en jurisprudence que l'urgence puisse, même sans texte, habilitier les autorités compétentes à adopter les mesures requises par les circonstances avec des contraintes juridiques moins fortes qu'en droit commun (v. not. la jurisprudence développée dans le prolongement de la décision CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, GAJA n° 31, D, 2013).

631. La plupart des pays étudiés disposent de procédures d'urgence mobilisables dans le domaine de l'action économique. Aux États-Unis, l'*International emergency economic powers act* est une loi fédérale autorisant le Président à réglementer le commerce après avoir déclaré une situation d'urgence nationale en réponse à une menace inhabituelle et extraordinaire. En Italie, l'urgence en matière économique est prise en compte par l'utilisation du décret-loi (prévue par l'article 77 de la constitution) ; le gouvernement en a récemment fait usage pour des mesures urgentes de relance de l'économie (2013) ou encore le décret « *Sblocca Italia* » de septembre 2014 contenant des mesures de soutien aux investissements et de simplification administrative. En Espagne, les décrets royaux permettent au gouvernement de légiférer rapidement (article 86 de la constitution) et ont souvent été utilisés ces dernières années dans le contexte de crise économique, notamment pour la création d'un fonds de restructuration du secteur bancaire (2009), d'un fonds de garantie des dépôts (2011), d'une banque de défaillance (2012) ou encore pour la réforme du marché du travail (2012). En Argentine, l'article 9 de la Constitution permet de prendre des décrets d'urgence en matière économique et budgétaire, à l'exception du domaine fiscal.

632. Le recours à l'amendement de textes dont la discussion est déjà assez avancée au Parlement est aussi parfois utilisé pour gagner du temps. Cet expédient crée des risques au regard de la jurisprudence constitutionnelle sur le droit d'amendement et elle est rendue périlleuse du fait de l'absence à ce jour de véritable expertise technique et juridique des amendements, même d'origine gouvernementale, v. *supra* 2.2.1.2 (sur l'expertise juridique) et 3.2.1.2 (sur l'expertise technique).

633. V. not. le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif. Certaines procédures de consultation en urgence sont par ailleurs organisées par des textes particuliers, comme en ce qui concerne le CNEN qui prévoit même une décision en 72 heures en vertu du VI de l'article L. 1212-2 du CGCT.



à restreindre son usage par des critères définis *a priori* : par nature, les situations d'urgence se conçoivent mal dans l'abstrait et un encadrement renforcé pourrait être source de ralentissement et d'insécurité des procédures<sup>634</sup>.

Outre la maîtrise du flux de nouvelles dispositions (v. *supra*), c'est donc la programmation<sup>635</sup> et la maîtrise des calendriers qu'il faut améliorer, comme le montre l'expérience acquise en matière de « pilotage de l'activité normative » pour l'application des lois et les transpositions de directives européennes<sup>636</sup>.

Le calendrier est aussi influencé par le **contentieux**, des recours purement dilatoires pouvant retarder l'action et sa mise en œuvre. Certains champs de l'action économique des personnes publiques y sont très propices, comme les marchés publics.

Si le droit au recours doit être préservé<sup>637</sup>, des mécanismes permettant d'en limiter les effets négatifs ont été expérimentés<sup>638</sup>.

En matière d'urbanisme, l'ordonnance du 18 juillet 2013<sup>639</sup> a ainsi retenu un certain nombre de dispositifs, dont la possibilité de suspendre la procédure contentieuse lorsque l'acte ou la décision contestée peut faire l'objet d'une régularisation<sup>640</sup>. Sous réserve d'un bilan positif des premières applications de ces mécanismes, d'autres domaines économiques pourraient se voir appliquer des dispositions de cette nature, propres à atténuer les effets négatifs des recours contentieux sur la temporalité de l'action économique. Le Gouvernement pourrait demander au Conseil d'État d'étudier les conditions et moyens d'une telle extension.

---

634. À ce jour, la possibilité ouverte à la suite de la révision de 2008 par le deuxième alinéa de l'article 45 de la Constitution, à la conférence des présidents de deux assemblées de s'opposer conjointement à la mise en œuvre de la procédure accélérée n'a jamais permis d'y faire obstacle.

635. Un grand nombre de pays pratiquent une forme de programmation annuelle des principales mesures à intervenir, notamment dans le domaine économique. C'est le cas aux États-Unis avec le discours sur l'état de l'Union ou au Royaume-Uni avec le discours du Trône. Au Canada, outre le discours du Trône, un plan d'action économique annonce les principales décisions à venir, parfois pour plusieurs années, permettant de sécuriser les opérateurs.

636. Circulaire sur la qualité du droit du 7 juillet 2011.

637. Il a même été renouvelé dans certains cas, v. par ex., pour les contrats : CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

638. La plupart des pays sont confrontés à la multiplication des contentieux dans le champ de l'action économique des personnes publiques. Les méthodes retenues pour limiter l'utilisation de ces voies de droit à des fins dilatoires sont assez variées. Certains systèmes mettent à la charge du perdant, comme en Argentine, l'essentiel des coûts qu'il aura engendré. L'Italie a développé les procédures non contentieuses pour limiter les recours en matière de marchés publics. Des solutions plus extrêmes sont parfois aussi retenues, comme en Egypte, où les recours contre les privatisations ont été fermés aux tiers à l'opération.

639. Ordonnance n° 2013-638 du 18 juillet 2013 relative au contentieux de l'urbanisme mettant en œuvre en matière d'urbanisme certaines préconisations du rapport de D. Labetoulle, 25 avril 2013 *Construction et droit au recours, pour un meilleur équilibre*.

640. Le texte retient aussi une définition stricte de l'intérêt à agir, la possibilité de condamner le requérant à des dommages et intérêts si le recours excède ses intérêts légitimes, l'obligation d'enregistrer auprès de l'administration fiscale les transactions par lesquelles les requérants se désistent contre une somme d'argent...



**Proposition n° 44 : Se doter des moyens de maîtriser le calendrier de mise en œuvre des réformes en matière économique**

1) s'engager publiquement sur la programmation des mesures économiques et sur les délais de leur mise en œuvre ; en assurer le respect sauf circonstance exceptionnelle ;

**Vecteur :** *action du Gouvernement*  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)

2) étudier les conditions dans lesquelles les effets dilatoires des recours contentieux sur les dispositifs d'action économique publique pourraient être prévenus à la lumière d'un premier bilan de l'application des dispositions retenues, en matière d'urbanisme, par l'ordonnance du 18 juillet 2013.

**Vecteur :** *demande d'étude ou d'avis au Conseil d'État*  
(SGG ; Conseil d'État)

■ *Favoriser la mise en application effective des mesures*

L'action économique des personnes publiques sur les entreprises sera d'autant plus efficace que celles-ci **auront pu s'y préparer**, même si les stratégies de contournement sont parfois possibles<sup>641</sup>.

Les conditions d'entrée en vigueur des mesures doivent faire l'objet d'un examen attentif<sup>642</sup> prenant en compte les exigences du principe de sécurité juridique et au-delà, le temps nécessaire aux entreprises pour s'y adapter. Il faut donc prévoir une entrée en vigueur différée et le cas échéant, des dispositions transitoires permettant une mise en œuvre progressive du dispositif.

Au demeurant, ces principes inspirent la procédure des dates communes d'entrée en vigueur instituée par la circulaire du Premier ministre du 23 mai 2011<sup>643</sup>, dispositif original qui ne connaît pas de véritable équivalent dans les autres pays étudiés<sup>644</sup>.

641. Les entreprises peuvent parfois exploiter des informations sur les intentions d'une personne publique pour obtenir un gain ou en éviter les effets. Certaines décisions gagnent à cet égard à ne pas être annoncées à l'avance, notamment en matière de cession ou d'acquisitions de participations, afin qu'elles ne pèsent pas sur le cours des titres à acheter ou à vendre.

642. L'association des entreprises à l'élaboration des projets de texte économique, déjà préconisée *supra* en 3.2.2.1 est également un moyen de favoriser la prévisibilité de l'action.

643. Ce régime s'applique à l'ensemble des textes réglementaires concernant les entreprises. Le différé d'entrée en vigueur est d'au moins deux mois en principe et la prise d'effet de ces règles est programmée, sauf circonstances particulières, soit un 1<sup>er</sup> janvier, soit un 1<sup>er</sup> juillet.

644. Mais dans de nombreux pays, les règles d'entrée en vigueur des textes réservent un temps d'adaptation plus important que ce qui résulte, en France, du principe posé par l'article 1<sup>er</sup> du code civil (entrée en vigueur, en principe, le lendemain de la publication). Par exemple, en Norvège, les lois entrent en vigueur un mois après leur parution au Journal officiel. En Pologne, le délai est en principe de 14 jours et de 6 mois pour les codes ; il résulte par ailleurs de la jurisprudence dans ce pays que les lois introduisant de nouveaux impôts doivent être publiées avant le 30 novembre de l'année précédent celle à laquelle elles s'appliquent.



L'application de ce dispositif reste néanmoins assez limitée : moins d'une quinzaine de textes en font l'objet pour l'échéance du 1<sup>er</sup> juillet 2015, ce qui est faible au regard du nombre de textes intéressant les entreprises et publiés au Journal officiel dans les six mois précédents. Une pratique plus systématique devrait être recommandée.

L'application effective des mesures par les entreprises peut aussi être favorisée par **un effort d'accompagnement**.

Pour les mesures économiques de portée générale, il s'agit de publier, en même temps que le texte qui les institue, les éléments permettant de mieux en comprendre le contenu et les exigences<sup>645</sup>. Les circulaires, notamment, remplissent cette fonction. Elles occupent une place essentielle en particulier en matière fiscale, où elles engagent l'administration<sup>646</sup>. Les textes et la jurisprudence ont renforcé leur portée et l'exigence de transparence pour leur élaboration et leur diffusion<sup>647</sup>.

La publication des lignes « directrices » ou de la doctrine suivie par l'administration pour permettre aux entreprises de comprendre de quelle manière un dispositif sera précisément appliqué est également très utile<sup>648</sup>.

Le droit de consulter l'autorité compétente sur une situation individuelle dans le cadre du *rescrit*<sup>649</sup> ou d'autres mécanismes inspirés par une philosophie proche<sup>650</sup> facilite la mise en œuvre du dispositif et mérite d'être élargi.

Il en est de même du maintien au profit des entreprises d'un accès permanent et ouvert aux administrations pour échanger sur les difficultés qu'elles rencontrent dans l'application des textes. Le recours à des forums, physiques ou électroniques, permet notamment d'assurer un dialogue continu entre les personnes publiques et les opérateurs économiques.

#### ***L'adaptation des processus de décision : l'exemple de la procédure administrative américaine***

La procédure réglementaire américaine relève pour l'essentiel d'un texte adopté initialement en 1946 – l'« *Administrative procedure act* » (APA) – dont les principaux éléments sont :

- la publication, deux fois par an, de l'*Unified Agenda of Federal Regulatory and Deregulatory Actions*, élaboré par l'*Office of Information and Regulatory Affairs* (OIRA)

645. La publication de notices des décrets (circulaire du Premier ministre du 7 juillet 2011) concourt à ce mouvement, en livrant des informations synthétiques sur l'objet du texte, le public visé, les normes qu'il applique, sa date d'entrée en vigueur ainsi qu'une description sommaire de son contenu.

646. Régime de l'article L. 80 A du Livre des procédures fiscales.

647. V. le décret n° 2008-1281 du 8 décembre 2008 relatif aux conditions de publication des instructions et circulaires ; v. aussi, quant au régime contentieux CE, Sect. 8 décembre 2002, *Mme Duvignères*, n° 233618 ; GAJA n° 108 Dalloz, n° 2013.

648. V. par ex., les lignes directrices de la DGCCRF ou la doctrine de l'État actionnaire.

649. V. not. en matière fiscale, l'article L. 80 B du livre des procédures fiscales.

650. V. not. sur ce point les « certificats de projet » (Ordonnance n° 2014-356 du 20 mars 2014) ainsi que l'étude du Conseil d'État, *Le rescrit* : sécuriser les initiatives et les projets, La documentation Française, 2014.



et la *General Services Administration* (GSA) ; cette publication permet de faire l'inventaire de toutes les règles en cours d'élaboration, fournit des éléments de calendrier et identifie les secteurs pouvant être affectés ;

- la justification par les agences, lors de la phase active d'élaboration des nouvelles normes, de la teneur de leurs projets par des analyses détaillées contenant des études d'impact et une évaluation des risques ;

- la publication des projets de règle au *Federal Register*, accompagnés d'analyses et de documents explicatifs ; cette publication ouvre un délai durant lequel le public peut soumettre ses commentaires aux agences, qui se doivent d'y répondre (de manière collective) et de prendre en compte ces commentaires dans le texte final ;

- une fois ce texte publié, les nouvelles règles n'entrent en vigueur que 30 jours après leur publication, 60 jours pour les « *major rules* » ; les agences publient alors des lignes directrices pour préciser l'interprétation qu'elles en retiendront.

**Proposition n° 45 : Aider les entreprises à s'adapter aux nouvelles mesures prises en matière économique**

1) appliquer de manière plus systématique les dates communes d'entrée en vigueur des dispositifs applicables aux entreprises ;

2) développer le recours aux lignes directrices au sein des administrations économiques ; renforcer le recours au rescrit ; assurer au moyen des nouvelles technologies un dialogue continu avec les entreprises sur les conditions de mise en œuvre des textes et décisions économiques.

**Vecteur :** action des personnes publiques concernées  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)

### 3.2.3. Développer l'expérimentation et l'évaluation *ex post*

#### 3.2.3.1. Renforcer l'expérimentation

■ *Un recours insuffisant à l'expérimentation*

Compte tenu des limites de la modélisation, la mesure exacte de l'impact d'un dispositif économique nouveau ne peut être effectuée sans un test permettant d'apprécier ses résultats en grandeur réelle en les comparant à ceux d'un « contrefactuel », c'est-à-dire une zone ou une population à laquelle la mesure n'a pas été appliquée. L'intérêt de cette méthode a conduit à réviser la Constitution pour permettre la dérogation nécessaire au principe d'égalité (articles 37-1 et 72)<sup>651</sup>.

651. La France est l'un des rares pays à disposer d'un cadre juridique organisant les expérimentations. Les pays fédéraux n'en éprouvent pas le besoin ; leur structure même permet de tester les dispositifs au niveau des États fédérés, qui sont des « laboratoires de la



Malgré son utilité, l'expérimentation demeure très limitée aujourd'hui, et n'a été que peu utilisée dans le champ économique<sup>652</sup>. Un élargissement de sa pratique dans ce domaine est possible sans modification des textes. La culture de l'expérimentation doit se développer aussi bien dans l'État que dans les collectivités territoriales et être davantage valorisée dans le débat public par rapport à la pratique dominante consistant à annoncer des réformes « toutes faites ».

Il pourrait notamment être prescrit aux services instructeurs de justifier dans les études d'impact des raisons pour lesquelles il n'a pas été possible de tester d'abord la mesure par une expérimentation. Un rapport annuel au Parlement sur le recours à l'expérimentation conduirait sans doute à constater la faible dynamique du dispositif et peut-être à en rappeler l'intérêt au législateur.

### ■ *La rigueur requise dans la conduite des expérimentations*

Si le RSA reste un exemple d'une démarche expérimentale, sa généralisation alors que les résultats de l'expérimentation n'étaient pas connus a montré la difficulté à mener jusqu'à son terme ce type de procédure dans des conditions rationnelles. De même, la fin avant le terme prévu de l'expérimentation est très dommageable pour l'exploitation de ses résultats. Si les résultats d'un dispositif s'avèrent inférieurs aux attentes, cela ne doit pas conduire à l'interrompre brutalement, au prix d'une perte des éléments d'information qui auraient permis d'élaborer un mécanisme plus pertinent<sup>653</sup>.

L'expérimentation peut aussi prendre la forme d'une mise en œuvre très progressive des réformes, sur des publics et des territoires différents, afin de pouvoir tirer les enseignements des premières étapes avant le déploiement définitif.

---

démocratie » (selon l'expression du juge Brandeis de la cour suprême des États-Unis). C'est de cette façon que sont conduites un certain nombre d'expérimentations dans les *Länder* allemands, mais aussi dans certains pays émergents à structure fédérale, comme le Brésil ou l'Inde. La pratique de l'expérimentation est plus ou moins intense selon les pays. La Chine est habituée aux projets pilotes, qu'elle généralise ensuite lorsqu'ils donnent satisfaction. Au contraire, le Japon pratique peu l'expérimentation, ce qui est considéré par certains observateurs comme l'une des causes de la rigidité de son économie. Il en va de même de la Pologne, où le manque d'expérimentation est perçu comme l'une des causes d'instabilité de la législation économique, qui n'est finalement testée qu'en grandeur nature et qui doit être modifiée ou adaptée très fréquemment (par exemple, en matière de marchés publics).

652. V. not. les fonds structurels européens avec la loi n° 2004-809 du 13 août 2004 sur le fondement de l'article 37-1 ; l'expérimentation du revenu de solidarité active (RSA) sur le fondement de l'article 72 al. 4 par la loi n° 2007-1224 du 21 août 2007 ; les certificats de projet de l'ordonnance n° 2014-356 du 20 mars 2014 relative à l'expérimentation du certificat de projet sur le fondement de l'article 37-1 de la Constitution.

653. Le cas des internats d'excellence, bien que ne relevant pas du champ économique, en constitue une illustration. La décision de supprimer ces établissements, créés à partir de 2009, a été annoncée en 2013.



**Proposition n° 46 : Développer les expérimentations et les conduire dans des conditions permettant d'en tirer les enseignements :**

1) justifier systématiquement, le cas échéant dans l'étude d'impact, des motifs pour lesquels le recours à l'expérimentation n'a pas été possible ;

**Vecteur :** guides méthodologiques à l'attention des administrations centrales

2) remettre chaque année au Parlement un rapport sur les expérimentations conduites ou lancées dans l'année écoulée ;

**Vecteur :** décret ; loi le cas échéant

3) mener les expérimentations à leur terme afin de pouvoir en tirer des données et informations pertinentes ;

**Vecteur :** action du Gouvernement ; texte mettant fin à l'expérimentation

4) encourager les expérimentations prenant la forme d'une mise en œuvre progressive d'un dispositif nouveau pour pouvoir en ajuster les paramètres à la lumière des premières expériences.

**Vecteur :** loi ou règlement introduisant la mesure  
(SGG, ministères concernés)

### 3.2.3.2. L'évaluation a posteriori devrait devenir systématique

#### ■ Développer l'évaluation ex post des textes

L'évaluation *ex post* reste trop peu pratiquée aujourd'hui<sup>654</sup>. Les résultats de ces évaluations ne sont pas toujours relayés ni exploités par les décideurs publics. Souvent, un dispositif existant n'est évalué qu'une fois que la décision a été prise de le modifier.

Il serait intéressant de s'inspirer de la pratique européenne des « *review clauses* » (voire des « *sunset clauses* »<sup>655</sup>) obligeant à une évaluation approfondie des dispositifs économiques afin qu'ils soient modifiés si l'évaluation montre des résultats insuffisants. L'évaluation *ex post* pourrait être conduite par le service qui a porté la mesure, mais en s'appuyant sur une contreexpertise indépendante dont les résultats seraient rendus publics. Les modalités de financement de l'évaluation devraient être prévues dès l'adoption de la mesure initiale.

654. Cette situation n'est pas propre à la France. Quelques pays ont certes inscrit dans les textes le principe et parfois les modalités d'une évaluation *ex post*, comme la Suisse (v. encadré), la Norvège (§ 16 du règlement de la gestion financière de l'État), l'Italie (loi n° 246 du 28 novembre 2005 de vérification de l'impact réglementaire ; création en 2012 d'un Commissariat à la révision des dépenses publiques) ou l'Afrique du sud (élaboration d'un guide d'évaluation approuvé en 2011) mais l'évaluation *ex post* n'y est pas systématique pour autant.

655. Les « *sunset clauses* » emportent la caducité de la mesure au terme d'un certain délai et/ou si elle n'a pas été évaluée. Les « *review clauses* » se bornent à imposer l'évaluation, sans que son défaut ait des conséquences sur la pérennité de la mesure.



### *L'évaluation a posteriori et sa méthodologie : l'exemple de la Suisse*

Aux termes de l'article 170 de la Constitution de la Confédération Suisse : « *L'Assemblée fédérale veille à ce que l'efficacité des mesures prises par la Confédération fasse l'objet d'une évaluation* ». La législation comprend un nombre croissant de clauses d'évaluation obligeant les administrations à vérifier l'efficacité des mesures qu'elles adoptent.

En 2001, le Contrôle fédéral des finances (CDF) a créé un centre de compétences pour les audits de rentabilité et les évaluations. Les évaluations apprécient aussi systématiquement et objectivement que possible les effets de l'action publique non seulement sur le public cible, mais aussi son impact sur l'ensemble de la société, au terme d'une analyse pluridisciplinaire.

Avant chaque évaluation, le CDF réalise une étude de faisabilité pour s'assurer que les audits, qui mobilisent d'importantes ressources, fourniront des résultats utilisables. Cette étude de faisabilité approfondit l'ébauche du projet, détermine la méthodologie d'évaluation, règle la question de la disponibilité et de l'accès aux informations. Elle prévoit aussi quelle technique d'analyse il conviendra d'utiliser et quelles personnes interroger. Sur 10 critères retenus par le CDF, 8 au moins doivent être satisfaits pour entamer l'évaluation. Il faut, par exemple, que le programme soit en vigueur depuis quelques années, que ses prestations (*output*) soient quantifiables, que le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale disposent d'une marge de manœuvre suffisante et que les résultats de l'évaluation soient disponibles à temps pour les discussions politiques.

#### ■ *Améliorer les revues des politiques publiques dans le domaine économique*

La révision générale des politiques publiques (RGPP) a constitué une innovation dans la conduite de la réforme de l'État « *à partir de segments d'activités concrets, mis à plat et analysés dans leur fonctionnement et leurs effets* »<sup>656</sup>. La modernisation de l'action publique engagée à compter de 2012 a élargi l'objectif de ces audits, au-delà de la seule réduction des coûts, ainsi que la liste des organismes concernés, en y incluant désormais les opérateurs et les collectivités territoriales.

En matière d'action économique des personnes publiques, des évaluations ont été conduites sur l'efficacité du dispositif d'appui à l'internationalisation de l'économie française, le soutien aux entreprises, le pilotage de la politique d'économie sociale et solidaire, les dispositifs d'incitation fiscale à l'investissement outre-mer, le contrôle des entreprises, l'aide et l'accompagnement des entreprises...

Ces travaux ont jusqu'à maintenant assez peu concerné les secteurs régulés. Leur importance dans le champ économique justifierait pourtant qu'ils fassent l'objet d'évaluations approfondies des résultats des régulations économiques au regard des objectifs poursuivis. Cet examen devrait aussi porter sur la pertinence du choix de maintenir le recours à une régulation sectorielle, au regard notamment des

---

656. V. *Bilan de la RGPP et conditions de réussite d'une nouvelle politique de réforme de l'État*, rapport IGA, IGAS, IGF, septembre 2012.





objectifs déjà atteints – par exemple, la substitution d'un marché concurrentiel à un monopole public –. L'indépendance des régulateurs ne fait pas obstacle au principe même de ces évaluations, dont les modalités devront cependant être adaptées : le Parlement pourrait notamment y être associé.

**Proposition n° 47 : Systématiser l'évaluation *a posteriori***

1) développer les clauses de réexamen (« *review clauses* ») dans les textes instituant un nouveau dispositif en prévoyant les modalités de financement de l'évaluation ;

**Vecteur** : *texte introduisant le dispositif initial*  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)

2) conduire une évaluation périodique des résultats des régulations sectorielles au regard des objectifs qui leur sont assignés par la loi, comprenant le réexamen de la pertinence du choix de maintenir une régulation sectorielle.

**Vecteur** : *loi s'agissant des régulateurs indépendants*  
(Parlement, ministères concernés)

### 3.3. Choisir l'outil le mieux adapté à l'objectif poursuivi

Le choix des outils pertinents est une condition de l'efficacité de l'action économique des personnes publiques. Il est pourtant peu étudié et il ne fait pas même l'objet d'une définition ni de classifications partagées (3.3.1). La palette des outils et leur consistance sont par ailleurs très évolutives. Ils doivent régulièrement s'adapter aux évolutions du contexte et des besoins (3.3.2). La diversité des outils d'action économique et leurs implications sont mal connues des personnes publiques qui les utilisent. C'est sur ce point que les progrès les plus importants peuvent et doivent être faits (3.3.3)

#### 3.3.1. La nécessaire définition de la notion d'outil d'action économique

##### 3.3.1.1. Un choix crucial

■ *La notion d'outil d'action économique*

La fréquence d'utilisation du terme « outil » dans le champ économique tient à son caractère polysémique. L'expression peut ainsi se rapporter à une politique entière (la facilitation du crédit est un « outil » de politique économique), ou à des institutions (les agences et les régulateurs sont des « outils » d'action économique).



La présente étude retient un sens plus étroit du terme : l'outil est ce qui reste d'une action lorsqu'on fait abstraction des objectifs qu'elle poursuit, des personnes ou organes qui en décident et des procédures suivies pour l'engager. L'outil est donc seulement l'instrument mobilisé par la personne publique pour agir.

Mais l'outil n'est pas non plus l'équivalent d'une « mesure » ou d'un « dispositif ». L'outil est duplicable, transversal, et peut être utilisé dans la plupart des secteurs et pour différents objectifs. Il est le mécanisme générique, la « matrice » de la mesure ou du dispositif, qui constitue, en quelque sorte, l'outil paramétré. La création d'une garantie à l'export au profit des PME est ainsi une mesure, l'outil mobilisé est la garantie publique, qui peut être mis en œuvre à d'autres fins.

Ce paramétrage est affaire d'appréciation économique et politique et surtout un choix d'opportunité. Mais l'outil lui-même est un élément technique dont l'usage est encadré par un régime juridique : subventions, prêts, sociétés, marques...

Les outils en cause sont ceux qui sont susceptibles d'être utilisés pour les besoins de l'action économique telle qu'on l'a définie plus haut selon un critère finaliste<sup>657</sup>, c'est-à-dire conçus pour atteindre un objectif économique. Mais l'approche doit se concentrer sur ceux dont les effets sont mesurables sur leurs destinataires directs, sans être étendue aux leviers macroéconomiques utilisés dans le cadre des politiques monétaires et budgétaires<sup>658</sup>.

Les outils d'action économique, au sens de la présente étude, peuvent donc être définis de manière synthétique comme l'ensemble des mécanismes génériques utilisables par les personnes publiques lorsqu'elles élaborent, dans un domaine et un contexte donnés, des mesures particulières pour atteindre des objectifs microéconomiques.

### ■ Une palette hétérogène

À part la finalité économique, il n'y a que peu de points communs entre une subvention, la privatisation d'une entreprise, la création d'une zone d'aménagement concerté (ZAC), l'accompagnement d'entrepreneurs, un marché public ou une campagne de communication.

Certains outils sont économiques par nature comme l'octroi d'un prêt ou d'une garantie ou la création d'une entreprise publique. D'autres sont économiques en raison de l'usage qui en est fait : réglementer ou communiquer ne sont pas des activités réservées au champ économique. D'autres enfin sont susceptibles d'usages et d'effets économiques multiples comme les marchés publics<sup>659</sup>.

657. V. *supra* 1.3.3

658. V. *supra* 1.1.1

659. Le marché public peut être un outil économique en tant que la personne publique investit ou consomme un bien ou un service ; externalise une activité non économique qu'elle aurait pu prendre en charge (par exemple, le nettoyage de ses locaux) ; ou cherche à favoriser certaines types d'entreprises (respectant des normes sociales et environnementales) plutôt que d'autres. V. pour une approche doctrinale de la notion « d'outil » proche de celle retenue dans la présente étude, en matière de commande publique, S. Saussier et J. Tirole, « Renforcer l'efficacité de la commande publique », Conseil d'analyse économique, note n° 22 avril 2015.



Les outils mobilisés relèvent du droit public (réglementer une activité, définir un zonage en matière d'urbanisme économique) ou du droit privé (une garantie et un prêt sont des mécanismes du droit commun des affaires). Les actes qui en constituent le support peuvent être formalisés (décision d'une autorité de régulation) ou non (une déclaration publique, un conseil donné au guichet à une entreprise). Ils sont unilatéraux (l'octroi d'une subvention par une collectivité territoriale) ou contractuels (un marché, une garantie et certaines modalités de subvention). La plupart permettent d'agir directement, d'autres indirectement, à travers la création d'une nouvelle personne juridique (groupement d'intérêt économique ou société anonyme par exemple)...

### 3.3.1.2 *L'intérêt d'une classification des outils*

#### ■ *Les classifications possibles*

Les outils peuvent être regroupés en fonction de la nature des pouvoirs mobilisés par les personnes publiques (usage ou non de prérogatives de puissance publique), du degré de contrainte exercé (mesures s'imposant à tous ou bien incitant à modifier un comportement), de leur caractère dépensier ou non (action emportant un coût immédiat, différé ou nul), du positionnement de la personne publique vis à vis des opérateurs privés (faire, faire faire, contribuer ou aider, encourager, accompagner, surveiller, interdire, punir) ...

Mais aucune de ces classifications n'est éclairante à elle seule.

#### ■ *La classification proposée*

L'étude du Conseil d'État propose de retenir une typologie organisée autour de **huit familles**<sup>660</sup>.

Il s'agit de la fiscalité incitative<sup>661</sup> (la fiscalité de rendement n'ayant pas en principe d'objectif économique direct), des concours financiers (essentiellement apportés aux entreprises ou à leurs projets), de la gestion du domaine (public comme privé, immobilier, mobilier mais aussi immatériel), de la conduite d'activités économiques d'intérêt général (régies, délégations de service public, commande publique), des entreprises et participations publiques, de la législation et la réglementation économiques (incluant aussi les actes de mise en œuvre), des déclarations publiques (prises de positions individuelles ou communication économique générale) et, enfin, des activités d'accompagnement (principalement au profit des entreprises).

Les cinq premières familles ont pour point commun la mobilisation **d'une valeur économique** par une personne publique, pour la mettre à la disposition des acteurs économiques ou au contraire la leur retirer, afin d'influer sur leur comportement. C'est le cas de la fiscalité incitative (réduction d'impôt ou au contraire prélèvement supplémentaire), des concours financiers, de la gestion du domaine (la valeur patrimoniale de celui-ci est le ressort de l'outil), de la conduite

660. V. schéma *infra*.

661. Au sens large, c'est-à-dire incitative comme dissuasive. On parle parfois aussi de fiscalité comportementale.



d'activités économiques (la personne publique produit, fait produire ou consomme un bien ou un service doté d'une valeur économique) ainsi que de la création d'une entreprise publique (qui va bénéficier d'apports ou de dotations et dont l'activité produira de la valeur économique).

Les trois familles suivantes que sont la législation économique, les déclarations publiques et les activités de conseil et d'accompagnement reposent sur une logique différente. Le coût de ces activités est indépendant de l'effet attendu de l'outil. L'efficacité de l'outil repose d'abord **sur l'autorité juridique ou morale de la personne publique et son expertise.**

### 3.3.2. Des outils par nature évolutifs et qui doivent le rester

La liste des outils et leur régime évoluent en permanence à l'initiative de l'État, principal concepteur d'outils, mais aussi des collectivités territoriales, qui cherchent à adapter leurs moyens au contexte économique et aux contraintes juridiques.

#### 3.3.2.1. Une palette d'outils qui doit évoluer avec les besoins

##### ■ Des mutations sur le long terme

Les outils d'action économique des personnes publiques ont considérablement évolué depuis trente ans avec **l'essor de la régulation.**

Cette notion renvoie tout à la fois à une organisation spécifique, pour garantir l'indépendance du régulateur à l'égard du pouvoir politique, et à des modes d'action différents de l'action économique traditionnelle. Sous l'influence du droit européen, des contraintes budgétaires et des pratiques anglo-saxonnes, les personnes publiques agissent moins directement comme opérateur économique. Le nombre des entreprises publiques diminue et dans celles qui subsistent, le poids des acteurs publics tend à se réduire. Les personnes publiques ouvrent progressivement les marchés à la concurrence et s'interdisent d'aider les opérateurs historiques, sauf lorsque cela leur est nécessaire pour assurer des missions particulières. Dans le même temps, elles évitent de contraindre les entreprises privées, sauf motifs impérieux d'intérêt général.

Ces mutations ont eu un effet direct sur les outils employés, comme l'illustre le relatif déclin de l'EPIC par rapport à la société anonyme qui permet plus facilement un retrait progressif de l'actionnaire public ; ou encore le recours au droit souple, de préférence à la « police économique », pour agir sur les comportements collectifs.

**Plus récemment, la crise financière** et celle des dettes souveraines depuis 2008 ont conduit à la résurgence d'outils anciens (comme l'idée de nationaliser certains actifs) mais aussi au développement d'outils innovants pour faire face à des risques nouveaux.

Ce mouvement touche la réglementation économique, comme l'a montré par exemple le recours à des dispositifs de « quotas » (du type quotas d'émission de gaz à effet de serre). Il concerne aussi les contrats publics, de plus en plus diversifiés



dans les textes et utilisés de manière plus fine par les acteurs, qui cherchent à promouvoir des catégories d'entreprises dont l'utilité économique et sociale est jugée plus élevée (PME, entreprises innovantes ou socialement responsables).

Les outils financiers restent très dynamiques, notamment la fiscalité compte tenu de l'absence de coût facial et de la plus grande latitude qu'elle offre au regard du droit européen. La subvention reste un outil privilégié d'intervention sur les projets ou alors prend la forme d'un cofinancement avec des fonds privés en recherchant des effets de levier (évolution du « *financing* » au « *funding* »). Le développement des fonds souverains et des fonds de pension mérite également d'être évoqué. L'ingénierie financière est toujours plus sophistiquée, notamment à l'initiative de l'Union européenne (utilisation des fonds structurels notamment).

Des outils administratifs classiques sont par ailleurs revisités à des fins économiques. L'approche par les « sols » se développe, notamment l'utilisation de plus en plus fine du droit de l'urbanisme (notamment à Paris et Lyon). Les personnes publiques ont compris l'importance de la communication et de l'image dans l'action économique et ont, dans ce domaine, une approche de plus en plus professionnalisée (« *French Tech* »). Le recours aux marques publiques se fait aussi plus stratégique. Les fonctions de médiation et d'accompagnement plutôt économes des deniers publics progressent (pour l'export mais aussi l'implantation des entreprises ou la structuration de « grappes » ou de « filières »), les personnes publiques jouant ainsi un rôle de facilitateur pour les entreprises, qu'elles soient en difficulté ou en quête de développement.

#### ■ *La palette d'outils doit rester évolutive*

Les mutations des outils doivent être connues pour pouvoir anticiper les évolutions futures. Ainsi, le délaissement d'un outil peut conduire à le faire évoluer, voire à créer un outil nouveau ayant vocation à le remplacer.

L'institution, en partenariat avec France Stratégie, d'une fonction de veille et de prospective en matière d'outils d'action économique des personnes publiques pourrait permettre d'anticiper les évolutions à l'œuvre. Il s'agirait d'observer les innovations locales, en liaison avec les régions et associations d'élus, (v. *supra* 3.2.3) et d'identifier grâce au réseau diplomatique les évolutions pertinentes dans les différents pays de développement économique comparable au nôtre.

### **3.3.2.2. Des évolutions qui s'imposent aussi au régime des différents outils**

#### ■ *Les réformes déjà réalisées ou engagées*

L'évolutivité du régime juridique des outils a été illustrée par trois modifications législatives récentes et de portée significative : l'urbanisme économique a été modifié par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises ; les subventions ont été encadrées par la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire ; le droit des sociétés et participations publiques a été refondu par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014.



D'autres réformes en cours ou annoncées portent sur les outils des collectivités locales avec la loi NOTRe, sur les contrats de la commande publique<sup>662</sup> et sur le pouvoir de sanction des autorités de régulation, qui devrait être adaptée dans les prochains mois pour tenir compte de la décision du Conseil constitutionnel du 18 mars dernier (*non bis in idem*)<sup>663</sup>.

#### ■ Les autres évolutions à envisager prioritairement

Pour aller plus loin dans l'adaptation des outils aux besoins, plusieurs évolutions doivent être préconisées en priorité.

Les premières pourraient porter sur le **domaine des personnes publiques**, question qui n'a pas été épuisée par l'adoption du code général de la propriété des personnes publiques et par la jurisprudence rendue sur celui-ci.

Des évolutions sont souhaitables en ce qui concerne les conditions dans lesquelles les autorisations d'occupation privative du domaine public doivent être délivrées. Dans le cas où ces autorisations s'insèrent dans des conventions ayant un objet plus large (par exemple délégation de service public) et pour lesquelles une procédure de publicité et de mise en concurrence s'impose, cette procédure s'applique aussi à ces autorisations. Pour les autorisations et les contrats ayant pour seul objet l'occupation privative d'une dépendance du domaine public, la jurisprudence s'est fondée sur l'absence de disposition législative ou réglementaire ou de principe imposant à une personne publique d'organiser une procédure de publicité préalable, même si l'occupant a la qualité d'opérateur sur un marché concurrentiel<sup>664</sup>. Naturellement, il n'est pas interdit à l'autorité gestionnaire du domaine de prévoir la mise en œuvre d'une procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence, afin de susciter des offres concurrentes. Elle doit alors naturellement la respecter.

Mais il est nécessaire d'aller au-delà afin de favoriser une meilleure valorisation du domaine ainsi qu'une compétition plus profitable entre les acteurs et, en conséquence, de consacrer dans le droit positif une solution rendant obligatoire une telle procédure de publicité ainsi que, le cas échéant, de mise en concurrence.

Par ailleurs, un bilan devrait être dressé afin d'apprécier la nécessité de maintenir, pour le régime des autorisations d'occupation temporaire du domaine public (AOT), les différences existantes selon qu'elles portent sur le domaine public de l'État ou celui des collectivités territoriales. La simplification du droit pourrait justifier une uniformisation des règles applicables. Il en va de même des différences dans les conditions de cession notamment en matière de déclassement préalable du domaine public.

---

662. Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 qui entrera en vigueur au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2016.

663. V. sur cette décision, *supra* 2.2.3.1 et 2.3.3.2.

664. CE, Sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris*, n° 338272 (affaire du Stade Jean Bouin) ; CE, 8 juin 2011, *Port autonome de Marseille*, n° 318010 ; v. C. Vautrot-Schwartz, « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », *Contrats et marchés publics*, n° 12, décembre 2012.



Il s'agirait en outre d'aborder la définition et le régime du domaine immatériel, qui n'ont pas été précisés par le code général de la propriété des personnes publiques<sup>665</sup>. La question de l'appartenance des marques publiques au domaine public ou au domaine privé des personnes publiques mériterait aussi d'être clarifiée. Le régime des marques publiques pourrait, au besoin, déroger au droit commun. Par ailleurs, la question du droit d'utilisation par des tiers de l'image des biens publics et de la valorisation de cette image par la personne publique devrait être examinée afin de définir le régime juridique qui lui sera applicable.

**Proposition n° 48 : Actualiser le droit de la propriété des personnes publiques en :**

- 1) introduisant des règles de transparence des procédures d'octroi d'autorisations d'occupation privative du domaine public ;
- 2) uniformisant les règles applicables au domaine de l'État et à celui des collectivités territoriales ;
- 3) clarifiant le régime juridique du domaine immatériel des personnes publiques, notamment pour les marques publiques et définissant le régime juridique de l'image des biens publics.

**Vecteur : loi**

*(ministre des finances et des comptes publics ; ministre de l'intérieur)*

D'autres évolutions concernent les **entreprises publiques**. Si le régime vient d'être refondu en ce qui concerne les sociétés et participations de l'État et si le projet de loi pour la croissance et l'activité comporte des dispositions complétant ces règles en ce qui concerne les opérations sur le capital des sociétés et les participations locales, d'autres évolutions sont souhaitables.

Le principal champ à explorer dans le cadre d'une nouvelle réforme éventuelle est celui des EPIC qui connaissent des mutations profondes dont il faut sans doute tirer les conséquences.

Après l'intervention de l'ordonnance 2014-948 du 20 août 2014, ils sont désormais les seuls dont la gouvernance reste régie par la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, dont la complexité et la lourdeur sont connues ; les différences de régime avec le droit des sociétés anonymes publiques ne s'imposent plus et devraient être réexaminées. Le schéma très original retenu pour le groupe public SNCF qui « filiale » un établissement public et permet donc de placer un EPIC à l'intérieur d'un groupe et non plus seulement à sa tête ouvre des perspectives nouvelles, dont il faudra faire le bilan avant d'envisager de le décliner pour d'autres entreprises publiques<sup>666</sup>.

665. V. sur ce point, not. Ph. Terneyre, « Les actifs immatériels des personnes publiques », *RJEP*, n° 714, décembre 2013, étude 16.

666. Deuxième alinéa de l'art. L. 2102-4 du code des transports, introduit par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.



La jurisprudence de la CJUE amène par ailleurs à poser la question de la garantie « implicite » dont disposeraient les EPIC<sup>667</sup>. Afin de se prémunir contre toute difficulté, il conviendrait soit de rapprocher par les textes les conditions de liquidation de l'établissement public de celles des entreprises de droit commun, en faisant ressortir qu'il n'y a pas de reprise systématique des engagements, soit de prévoir une rémunération de cette garantie<sup>668</sup>.

Les règles transversales de fonctionnement des entreprises publiques devraient également être réexaminées.

Les organes délibérants des entreprises publiques continuent de faire coexister un certain nombre d'agents des personnes publiques exerçant des fonctions diverses (représentants des personnes publiques actionnaires, commissaires du Gouvernement, représentant de l'État désigné dans le cadre de l'action spécifique ; contrôle général économique et financier<sup>669</sup>). Si chaque représentation a sa logique propre, il conviendrait de clarifier les relations entre elles et de s'interroger sur le bien-fondé de leur cumul éventuel.

La réflexion devrait également porter sur les mouvements de personnels entre les entreprises publiques et les « *holdings* » publics. S'il est habituel, dans le secteur privé, que des collaborateurs de la structure mère puissent ensuite travailler au sein des autres sociétés du groupe, de tels mouvements sont susceptibles de méconnaître les règles de déontologie voire de relever de la prise illégale d'intérêts<sup>670</sup> lorsque la structure mère est une administration publique comme c'est le cas pour les participations de l'État.

**Proposition n° 49 : Adapter le régime des entreprises et prises de participations publiques sur les points suivants :**

- 1) rénover le statut des EPIC en ce qui concerne la garantie dont ils sont réputés bénéficier et adapter leur gouvernance ;
- 2) clarifier les rôles des différents agents représentant l'État qui siègent dans les conseils ou y assistent ;
- 3) étudier les conditions juridiques dans lesquelles les agents chargés des participations de l'État peuvent travailler ensuite au sein des sociétés de ce périmètre.

**Vecteur : loi**

*(ministre de l'économie, ministre de l'intérieur, ministre de la justice)*

667. Même si elle n'a pas eu à se prononcer sur les appréciations opérées par le tribunal à la suite de la Commission européenne, le fait que la Cour de Justice ait refusé de censurer son arrêt accreditte l'idée qu'elle soutient la thèse de la garantie implicite des EPIC développée par la Commission européenne.

668. V. sur ce point, l'analyse développée dans l'étude du Conseil d'État sur *Les établissements publics*, La documentation Française, 2009, p. 25.

669. V. sur ce point l'étude du Conseil d'État sur *Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises*, La documentation Française, 2015.

670. Art. 432-13 du code pénal.



### 3.3.3. Mieux utiliser les outils

#### 3.3.3.1. Associer un outil à un objectif et choisir l'outil le plus efficace pour parvenir à l'objectif

##### ■ « Un outil - un objectif »

De la « règle de Tinbergen », selon laquelle la politique économique doit reposer sur autant d'instruments qu'elle s'assigne d'objectifs<sup>671</sup>, peuvent être déduits deux principes d'utilisation des outils de cette politique.

Le premier est de **définir préalablement l'objectif poursuivi**.

Ce principe n'est pas toujours appliqué par les personnes publiques lorsqu'elles décident d'une mesure économique dont elles présument qu'elle est bonne pour l'économie et dont elles font l'annonce sans procéder préalablement à l'identification précise des objectifs et de leur hiérarchisation<sup>672</sup>, en fonction notamment de leur caractère plus ou moins direct<sup>673</sup>. Une telle inversion de l'ordre des facteurs présente de nombreux risques<sup>674</sup>.

Le second principe, qui est au cœur de la règle de Tinbergen, est de **n'assigner à chaque outil mobilisé qu'un seul objectif**, parmi ceux qui auront été définis. Facile à énoncer, ce principe se heurte à des difficultés de mise en œuvre tenant notamment aux multiples interférences entre politiques publiques.

Surtout, son importance est méconnue par les décideurs publics, pour lesquels il est souvent préférable qu'un outil puisse concourir à plusieurs objectifs économiques, prouvant ainsi sa « polyvalence » ou sa « rentabilité », ou encore que plusieurs instruments interviennent au soutien de la même politique, établissant ainsi son caractère prioritaire et la détermination des personnes publiques à la mettre en œuvre<sup>675</sup>.

Pourtant, la pluralité d'outils au service d'une même politique contribue à l'accumulation et à la stratification des mesures dans le temps et sur un même territoire, sans examen sérieux de leur compatibilité. La pluralité des objectifs poursuivis par le moyen d'un seul outil rend plus compliquée et moins fiable

---

671. J. Tinbergen, économiste néerlandais, prix Nobel d'économie en 1969 notamment pour ses travaux *On the Theory of Economic Policy*, 1952.

672. La hiérarchisation des outils peut aussi avoir un enjeu juridique : certains outils peuvent être utilisés avec l'idée d'optimiser leurs effets économiques mais ils ne doivent pas non plus être détournés de leur objet : par exemple, un marché public peut être passé dans des conditions qui favorisent les PME et non pour aider les PME ; une réglementation de police doit être faite pour assurer la sécurité des personnes et des biens et non pour favoriser les fabricants des équipements requis à cet effet.

673. Ainsi, par exemple, l'objectif immédiat d'une mesure d'incitation à l'acquisition de véhicules verts est l'acquisition de ces véhicules, et plus indirectement la croissance de la part qu'ils représentent dans le parc automobile pour contribuer à un meilleur environnement, objectif plus diffus, moins immédiat et non économique.

674. Elle est notamment source des plus grandes difficultés en termes de compatibilité avec le droit européen (cf. *supra* 2.2.2).

675. V. aussi le recours aux « plans d'action(s) » et leur catalogue d'outils mobilisés au soutien des mêmes objectifs ou d'objectifs voisins.



l'évaluation de son efficacité<sup>676</sup>. Au total, ces erreurs de méthode ne favorisent pas la lisibilité de l'action et aggravent les risques d'interférences entre les dispositifs qui peuvent soit se contrarier mutuellement soit combiner leurs effets pour produire un résultat excessif par rapport à l'objectif, et donc contre-productif. La fiscalité sectorielle illustre bien ces deux graves inconvénients (v. encadré ci-après).

#### ■ Choisir le meilleur outil

La « règle de Mundell »<sup>677</sup> complète la règle de Tinbergen en énonçant que pour réaliser ses objectifs, une politique économique doit mobiliser chaque instrument en fonction de l'avantage comparatif dont il dispose par rapport aux autres instruments.

Or, si les personnes publiques ont au moins une vision diffuse de leurs objectifs économiques, elles ne disposent que d'informations parcellaires sur la palette des outils à leur disposition, sur leur adéquation à différents usages dans un contexte donné, ainsi que sur leur degré de substituabilité, leurs proximités et leurs complémentarités<sup>678</sup>. Dès lors, le choix de ces outils est trop souvent gouverné par les habitudes ou la connaissance nécessairement aléatoire de modèles utilisés par d'autres. Il en résulte une exploitation insuffisante ou défectueuse, par les personnes publiques, de la diversité des instruments disponibles.

**Proposition n° 50 : Élaborer un guide des outils d'action économique afin de mieux faire connaître aux administrations les différents outils à leur disposition ainsi que leur substituabilité, leur proximité et leur complémentarité.**

*Vecteur : guide élaboré par le Conseil d'État*

### 3.3.3.2. Objectiver la comparaison des mérites de chaque outil par une analyse rationnelle

#### ■ Des biais dans les choix des outils dont l'influence doit être limitée

Les outils sont sujets à certains effets de mode ou d'image<sup>679</sup>. Des outils, nouveaux ou largement médiatisés, peuvent exercer une attraction particulière sur les personnes publiques. Il a pu en aller ainsi des partenariats public-privé lorsqu'ils

676. V. dans le même sens, la contribution de Louis Gallois, *infra* p. 261.

677. R. A. Mundell, économiste canadien, notamment auteur de *The Appropriate Use of Monetary and Fiscal Policy for Internal and External Stability*, *Staff Papers* (International Monetary Fund), vol. 9, n° 1 (mars 1962).

678. Ainsi par ex., entre subventions d'une part et prêts et avances remboursables d'autre part, les premières, versées « à fonds perdus » étant plus adaptées aux faibles montants tandis que les seconds, ayant vocation à être restitués à la personne publique à l'échéance convenue, peuvent prendre utilement le relais au-delà de certaines sommes.

679. Par ex., on a pu parler d'un mouvement général de remunicipalisation de l'eau à la suite notamment de la décision prise par la ville de Paris à cet égard. La réalité et l'ampleur du phénomène restent toutefois difficiles à apprécier.



ont été institués ou aujourd'hui de certaines techniques d'ingénierie financière, comme les fonds d'investissement<sup>680</sup> et, plus généralement, l'idée que l'action publique doive s'inspirer des pratiques usuelles de la vie des affaires.

C'est ainsi que pour échapper à un droit public jugé trop contraignant, des personnes publiques ont eu recours à des montages *sui generis*, souvent très sophistiqués et dès lors difficiles à maîtriser, comme les contrats complexes conçus dans les années 1990 pour contourner l'application des règles de la commande publique<sup>681</sup>.

Le choix de l'outil peut aussi être influencé par le souci de la personne publique d'appuyer son dispositif sur un mode de gestion commode, sans s'interroger plus avant sur sa pertinence. Ainsi, concevoir une aide aux entreprises en recourant à la fiscalité incitative plutôt qu'à une subvention présente l'avantage d'en faire assurer le contrôle par la DGFIP, administration expérimentée disposant d'un réseau territorial très solide, tout en allégeant le fardeau des services qui auraient dû, eu égard à l'objet de l'aide, être chargés de sa gestion.

Les modes de comptabilisation des coûts engendrés par l'utilisation de certains outils influent également sur les choix. Ainsi les « dépenses fiscales », si elles sont économiquement et financièrement assimilables à des dépenses publiques, ne sont généralement pas prises en compte dans les objectifs chiffrés que le Gouvernement se fixe pour maîtriser le déficit.

De même, un outil favorisant la qualification de la dépense comme un « investissement » permettra de bénéficier de règles budgétaires favorables, notamment pour les collectivités territoriales qui pourront le financer par l'emprunt. C'est également le cas désormais dans le cadre de la discipline budgétaire européenne, comme le montrent les dernières mesures présentées dans le cadre du plan Juncker<sup>682</sup>. Et le recours aux dotations en capital permet de ne pas comptabiliser la dépense correspondante comme relevant des normes de dépense (dépense dite « non maastrichtienne »).

*L'utilisation excessive des outils : l'exemple de la fiscalité incitative dans les différents secteurs*

La fiscalité sectorielle ne fait pas l'objet d'une définition précise ni d'un recensement systématique à l'heure actuelle. La multiplication des mécanismes originaux fait que l'on n'a parfois pas conscience d'avoir créé un impôt comme cela a pu être le cas de la contribution au service public de l'électricité (CSPE) en 2006 ou bien de certains systèmes de bonus-malus pour la consommation d'énergies en 2013.

680. Par ex., le modèle des « fonds souverains » a ainsi pu inspirer la création du Fonds stratégique d'investissement, aujourd'hui intégré à la Banque publique d'investissement.

681. V. Ph. Terneyre, « Les montages contractuels complexes », *AIDA*, 1994, n° spécial, p.43.

682. V. sur ce point la communication de la Commission européenne du 13 janvier 2015 déjà mentionnée, *supra* 1.1.3.



La fiscalité sectorielle est très largement utilisée en France. Les études conduites par l'Inspection générale des finances sur les impôts à faible rendement, périmètre qui recoupe en partie celui de la fiscalité sectorielle, ont identifié une centaine de prélèvements spécifiques procurant des recettes inférieures à 100 millions d'euros, soit un nombre jusqu'à dix fois supérieur à celui constaté dans les autres États européens par les travaux de la Commission européenne.

Les objectifs propres de cette fiscalité sont divers et parfois contradictoires : outre l'aspect incitatif et « l'internalisation des externalités », il peut y avoir des objectifs de rendement, la substitution à un prix (pour l'utilisation d'infrastructures), la compensation de charges (comme celles du service public de l'électricité), la captation d'une rente de situation (par exemple dans le secteur financier) ou encore les taxes « agressives » frappant une activité que les pouvoirs publics souhaitent décourager.

La fiscalité sectorielle est par ailleurs conçue sans recherche d'une cohérence minimale avec la fiscalité générale : lorsqu'elles tendent aux mêmes fins, le cumul de la fiscalité sectorielle et de la fiscalité générale peut emporter des effets excessifs et le cas échéant contreproductifs ; lorsqu'elles tendent à des fins différentes, leurs effets ont tendance à se compenser au risque de manquer ainsi les différents objectifs qui leur étaient assignés : les bénéfices du crédit impôt recherchent sont-ils largement neutralisés, dans le secteur pharmaceutique, par la fiscalité spécifique qui le frappe<sup>(\*)</sup>.

(\*)V. sur ce point, les actes du colloque Fiscalité sectorielle organisé par le Conseil d'État le 5 juin 2015 ; à paraître dans la collection « Droits et Débats », La documentation Française.

#### **Proposition n° 51 : Assurer une fonction de veille des outils**

1) confier à France Stratégie la mission de concevoir un dispositif d'identification des évolutions à l'œuvre dans l'utilisation des outils disponibles ; identifier celles qui seraient opportunes, notamment à la lumière des expériences locales et étrangères ;

2) intégrer dans la fonction de veille des outils un outil d'analyse et d'observation des biais dans le choix de ces outils (effets de mode, modalités de prise en compte dans les normes de dépense publique, effet de contournement des règles publiques...) et de la sur-utilisation ou sous-utilisation qui peut en découler.

**Vecteur** : *texte d'organisation de France Stratégie*

#### **■ Identifier et appliquer effectivement des critères rationnels pour le choix des outils**

Les biais méthodologiques dans le choix des outils peuvent être évités en recourant à une analyse rationnelle reposant sur quatre groupes de critères.

Le premier groupe correspond aux critères relatifs à l'adéquation de l'outil à l'objectif poursuivi : il s'agit d'anticiper les effets de la mesure sur les acteurs



économiques, y compris les effets non désirés, leurs réactions possibles et les résultats envisageables<sup>683</sup>. C'est notamment à ce stade qu'il faut s'interroger sur le recours à une mesure plutôt contraignante ou plutôt incitative. La possibilité de paramétrer la mesure au plus juste en fonction du contexte doit également être prise en compte.

Le deuxième groupe rassemble les critères relatifs aux ressources publiques mobilisées par l'outil à court et à long terme. Il convient ainsi de prendre en compte le coût immédiat, le coût différé à long terme ainsi que les éventuels aléas ou risques. Il ne s'agit pas seulement de coûts ou de risques financiers (comme ceux d'un prêt ou d'une garantie) mais aussi des coûts administratifs (procédures d'instruction, de décision, personnels et locaux mobilisés, fournitures, prestations extérieures à solliciter...) et des risques notamment juridiques dans l'emploi de l'outil (qui eux-mêmes supposent un niveau d'expertise pour en évaluer les coûts).

Le troisième groupe recouvre les critères relatifs au contrôle et à l'évaluation. Il s'agit d'une part de déterminer quels contrôles la personne publique pourra opérer sur les acteurs dont elle veut orienter, influencer, aider ou réglementer l'activité ou avec lesquels elle aura contracté et ce, afin de déterminer si les intéressés se sont conformés à leurs obligations (unilatérales ou résultant de leurs engagements). Il s'agit d'autre part de prévoir, indépendamment du comportement des acteurs directement visés par la mesure, comment les effets attendus pourront être évalués et mesurés.

Le quatrième groupe réunit les critères relatifs à la capacité des personnes publiques à tirer les enseignements de l'évaluation ou d'un changement de circonstance pour faire évoluer l'outil ou y renoncer. C'est la question de la mutabilité de la mesure et de l'outil qu'elle mobilise, et de l'irréversibilité de fait de certains dispositifs (effets d'entraînement et de cliquet), notamment quand les acteurs en deviennent dépendants ou que l'abandon de la mesure est politiquement risqué ou coûteux.

**Proposition n° 52 : Se doter des moyens de choisir le meilleur outil pour atteindre l'objectif économique que l'on assigne en appliquant la méthode suivante :**

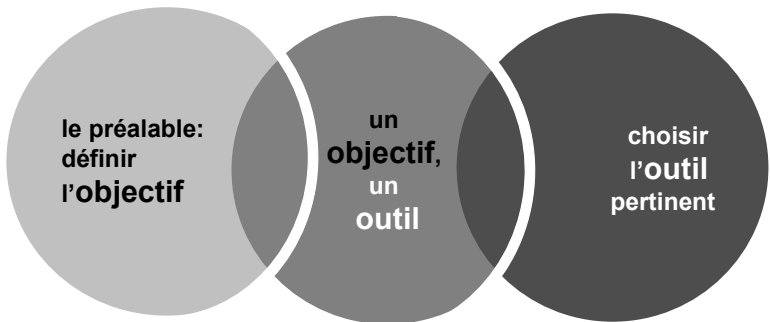
- 1) préalablement à la décision d'agir, expliciter les objectifs que l'on entend poursuivre de manière hiérarchisée ;
- 2) définir un outil par objectif ;
- 3) procéder à une analyse systématique des mérites comparés des différents outils disponibles avant de les mettre en œuvre au regard des quatre groupes de critères que sont :
  - l'adéquation à l'objectif ;
  - les ressources mobilisables ;
  - les possibilités de contrôle et d'évaluation ;
  - la capacité à faire évoluer l'outil ou à y renoncer.

***Vecteur : action des personnes publiques***

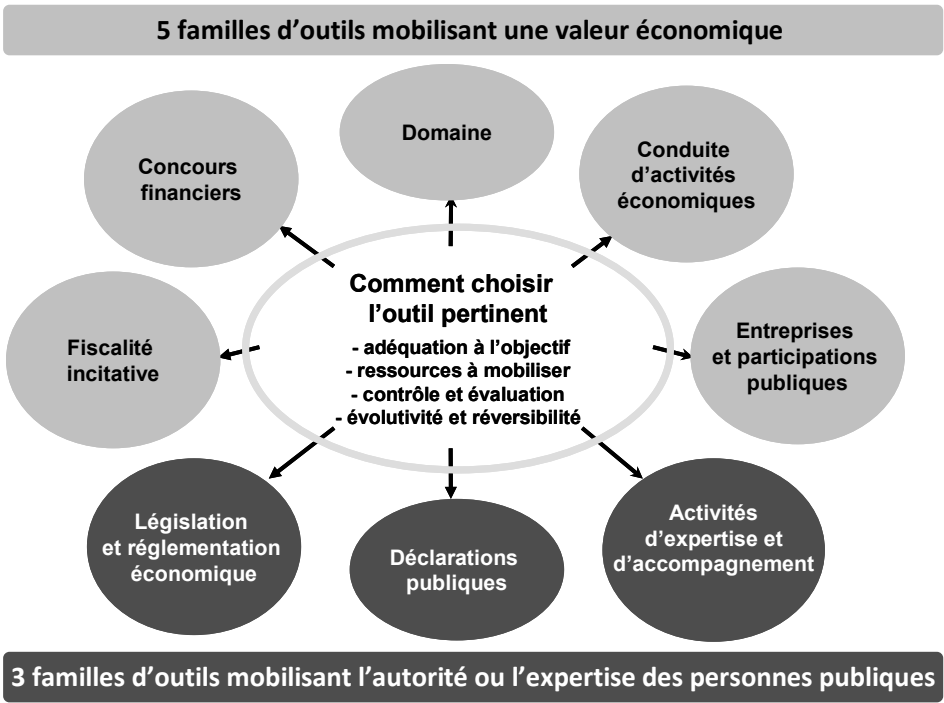
683. V. pour une illustration, en matière de commande publique, S. Saussier et J. Tirole, *op. cit.*



Choisir un outil par objectif en comparant leurs mérites respectifs



Les 8 familles d'outils d'action économique



# Conclusion

Un constat s'impose : l'importance de l'action économique des personnes publiques et des choix qui la sous-tendent reste méconnue des personnes publiques elles-mêmes.

Elles ignorent d'abord *ce que recouvre exactement leur action économique*, ce qui n'est pas surprenant : le concept même d'action économique des personnes publiques n'est pas défini par les textes ni par la jurisprudence et a peu retenu la doctrine ; il n'existe en outre aucune cartographie ni aucun recensement de cette action, des domaines dans lesquels elle se déploie, des objectifs qu'elle poursuit ou même des acteurs qu'elle fait intervenir.

Elles ignorent ensuite *les marges de manœuvre dont elles disposent alors qu'elles sont considérables* : cela est dû à une perception excessive des transferts opérés au niveau européen en matière de politique monétaire et budgétaire ainsi que des conséquences de l'internationalisation des économies ; mais cela est dû aussi à une vision faussée de leurs marges de liberté au plan juridique, notamment au regard du droit européen qui ne fait nullement obstacle à l'action économique des personnes publiques pourvu qu'elle soit pensée *ab initio* dans ce cadre de référence.

Elles ignorent enfin, *les méthodes qui permettent de conforter leurs décisions économiques* : rares sont les personnes publiques qui procèdent à une authentique évaluation de leurs mesures ; encore plus rares sont celles qui expérimentent un dispositif avant de le généraliser ; quant aux principes méthodologiques qui conditionnent les décisions rationnelles que sont l'identification des objectifs, la règle du « un outil-un objectif » et la sélection du meilleur outil à cette fin, ils sont souvent négligés.

La présente étude comporte 52 propositions pour progresser sur ces trois points. La plupart d'entre elles peuvent être mises en œuvre immédiatement. D'autres appellent une réflexion spécifique des personnes publiques, invitées à s'en saisir en priorité pour les faire aboutir dans les meilleurs délais.



Plus inhabituel, le Conseil d'État a cru pouvoir mettre en œuvre lui-même certaines de ses propositions. Il s'agit de celles tendant à faire mieux connaître aux personnes publiques les outils à leur disposition pour agir sur l'économie ainsi que le cadre juridique interne, européen et international dans lequel leur utilisation s'inscrit. C'est l'objet du *Guide des outils d'action économique des personnes publiques* élaboré dans le cadre de la présente étude annuelle et qui a vocation à être enrichi et actualisé au fil du temps.

Cependant, les outils les mieux adaptés et utilisés de la manière la plus rationnelle possible ne peuvent produire les résultats escomptés si les acteurs économiques n'ont pas le sentiment d'évoluer dans un environnement favorable. Utiles, voire indispensables, les organismes, mesures et procédures visant à promouvoir la compétitivité et l'attractivité du pays ne suffisent pas à instaurer un tel climat. Les personnes publiques doivent aussi parvenir à changer le regard que portent les opérateurs économiques sur leur action et à leur inspirer confiance. Cela prend du temps et suppose de la volonté, de la constance et de la cohérence dans la conduite de l'ensemble des politiques publiques.





# Récapitulatif des mesures proposées

## Première partie – Quelle place pour l'action économique des personnes publiques ?

### 1.1. Le transfert des leviers macroéconomiques majeurs au niveau européen laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique nationale

#### **Proposition n° 1 : Mesurer les interférences produites par les lois et règlements nationaux dans la transmission en France des effets de la politique monétaire**

Confier à une mission commune du ministère des finances et des comptes publics et de la Banque de France le soin :

- 1) de recenser les règles et procédures concernées et d'analyser leurs effets sur la courbe des taux d'intérêt ;
- 2) de proposer les évolutions permettant de limiter ces interférences sans remettre en cause les buts d'intérêt général poursuivis par ces règles et procédures.

**Vecteur** : rapport conjoint du ministre des finances et des comptes publics et de la Banque de France  
(ministre des finances et des comptes publics et Banque de France)

#### **Proposition n° 2 : Œuvrer à la simplification de la surveillance budgétaire**

- 1) exploiter dans l'immédiat toutes les souplesses ouvertes par la communication de la Commission du 13 janvier 2015 ;

**Vecteur** : action du Gouvernement

- 2) répondre à l'invitation de la Commission du 1<sup>er</sup> juillet 2015 en lui proposant les modalités selon lesquelles le cadre budgétaire pourrait être simplifié dans le cadre des traités actuels ;

**Vecteur** : action du Gouvernement

- 3) engager les travaux préparatoires à une simplification des traités et notamment l'intégration des mécanismes intergouvernementaux (TSCG, MES) dans le cadre du droit de l'Union européenne.

**Vecteur** : action du Gouvernement puis nouveau Traité  
(SGAE, ministre des finances et des comptes publics)



**Proposition n° 3 : Assurer une mise en œuvre optimale du semestre européen à l'échelon national**

1) élaborer, en accord avec les services de la Commission européenne, un *corpus* commun des différents documents budgétaires français requis pour le semestre européen ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(SGAE, ministre des finances et des comptes publics)

2) définir les modalités de l'information de l'Assemblée nationale et du Sénat, dans le cadre du semestre européen, le cas échéant, en cohérence avec les conventions qui pourraient être proposées par la Commission européenne aux Parlements nationaux ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des finances et des comptes publics,  
secrétaire d'État aux relations avec le Parlement)

3) fournir au Haut Conseil des finances publiques, le plus en amont possible, les éléments de nature à mieux éclairer son appréciation.

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(Premier ministre, ministre des finances et des comptes publics)

**Proposition n° 4 : Expertiser les conditions et les conséquences, en matière financière et juridique, d'une éventuelle capacité budgétaire propre de l'Union.**

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(SGAE et ministre des finances et des comptes publics)

**Proposition n° 5 : Veiller à la complémentarité du plan d'investissement européen avec les plans et dispositifs d'investissements nationaux en complétant les missions du Commissariat général à l'investissement à cet effet.**

**Vecteur** : décret d'organisation du CGI  
(Commissariat général à l'investissement)

## 1.2. L'action économique des personnes publiques, pour conserver sa portée, doit tenir compte des exigences d'une économie ouverte

### Proposition n° 6 : Mieux protéger les intérêts économiques de l'Union

1) conduire une réflexion sur les dispositifs institutionnels à même de répondre aux menaces sur la stabilité financière de l'Union ou de la zone euro ; envisager à cet effet de confier à une autorité européenne la tâche de coordonner les mesures répressives au niveau de l'Union ou de la zone euro ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

(SGAE, ministre des finances et des comptes publics, ministre de la justice)

2) inviter la Commission européenne à faire des propositions en matière de veille des investissements étrangers dans les secteurs sensibles, afin d'être à même de prendre les mesures nécessaires, adéquates et proportionnées ; décliner le dispositif au niveau national en organisant un dispositif de veille des entreprises stratégiques.

**Vecteur :** action du Gouvernement

(SGAE, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique)

### Proposition n° 7 : Renforcer l'efficacité de notre diplomatie économique

1) renforcer la présence de la France dans les instances d'élaboration des normes techniques internationales ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

2) valoriser davantage le rôle de Paris comme l'une des grandes capitales de la diplomatie économique, qui accueille notamment le siège de l'OCDE ; participer plus activement aux travaux de cette dernière organisation ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

3) associer plus étroitement les entreprises à la définition de la position de la France dans les négociations internationales qui les concernent ;

**Vecteur :** action du Gouvernement

4) renforcer la présence de représentants des administrations, des universités et des entreprises françaises dans les colloques et rencontres internationales sur les questions économiques et plus particulièrement sur le rôle de l'action économique des personnes publiques.

**Vecteur :** action du Gouvernement

(ministre des affaires étrangères, ministre de l'économie, autres ministres)



**Proposition n° 8 : Promouvoir les liens linguistiques et juridiques**

1) promouvoir les liens économiques au sein de la communauté francophone ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères et Business France)

2) renforcer les moyens de la fondation pour le droit continental par des dispositifs innovants, sur le modèle de ceux bénéficiant à d'autres fondations d'initiative publique.

**Vecteur** : loi  
(ministre des affaires étrangères, ministre de la justice et ministre des finances et des comptes publics, en liaison avec la Fondation)

**Proposition n° 9 : Mieux tirer parti des classements internationaux**

1) renforcer la présence française dans les comités qui définissent les critères des classements internationaux lorsqu'ils appellent des réserves ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)

2) sensibiliser les administrations nationales aux conséquences des classements ;

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)

3) introduire les critères des classements internationaux dans les indicateurs d'objectifs de performance des administrations concernées.

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères,  
ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, SGMAP)

**Proposition n° 10 : Renforcer les objectifs de compétitivité et d'attractivité dans la définition de la stratégie de modernisation de l'action publique (MAP)**

En faire des axes spécifiques de la stratégie de la MAP et s'appuyer sur les comparaisons internationales ainsi que sur le « ressenti » des entreprises pour définir le contenu de ces axes de modernisation publique.

**Vecteur** : action du Gouvernement  
(SGMAP, France Stratégie)



**Proposition n° 11 : Prévenir les pratiques de *dumping***

1) vérifier systématiquement que les mesures prises au titre de l'amélioration de la compétitivité et de l'attractivité, respectent les autres intérêts en présence (sociaux, environnementaux...) et prévenir le risque qu'elles soient regardées comme une pratique déloyale au sein de l'Union en prenant au besoin l'attache de la Commission européenne (voir proposition n° 19) ;

**Vecteur :** *action du Gouvernement*

2) lutter contre la concurrence fiscale entre États membres de l'UE en appuyant les initiatives de la Commission européenne en matière de transparence fiscale et d'harmonisation des bases d'imposition des sociétés.

**Vecteur :** *action du Gouvernement*  
(SGG, SGAE, France Stratégie, ministre des affaires étrangères)

**1.3. La dispersion de l'action économique dans les politiques publiques n'exclut pas un pilotage d'ensemble**

**Proposition n° 12 : Mieux organiser la prospective publique en matière économique et se doter d'une stratégie économique nationale formalisée**

1) confier à France Stratégie un rôle de référent en matière de prospective publique et de mise en réseau des travaux des centres de prospective ;

**Vecteur :** *décret d'organisation de France Stratégie*

2) demander à France Stratégie d'élaborer un document de référence portant sur la « stratégie économique nationale » et intégrant les engagements pris par la France au niveau européen ; définir les axes de cette stratégie nationale susceptibles d'être déclinés par les autres personnes publiques, notamment les collectivités locales ; concevoir cette stratégie sur une période pluriannuelle (3 à 5 ans) ;

**Vecteur :** *décret d'organisation de France Stratégie*

3) organiser une large concertation sur le contenu de cette stratégie avant un débat au Parlement.

**Vecteur :** *action du Gouvernement*  
*et inscription à l'ordre du jour des assemblées*  
(France Stratégie, ministre des finances et des comptes publics, ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, ministre de l'intérieur, Parlement)



**Proposition n° 13 : Faire l'inventaire de l'action économique des personnes publiques**

- 1) demander à l'INSEE et à la direction du budget de faire une cartographie précise de l'action économique des personnes publiques, le cas échéant, avec l'appui de France Stratégie et des inspections et corps de contrôle concernés ;
- 2) élaborer un document de référence permettant de disposer d'une vision d'ensemble de cette action.

**Vecteur** : action du Gouvernement

*(INSEE, France Stratégie, direction du budget, inspections et corps de contrôle)*

**Proposition n° 14 : Moderniser le contenu et l'utilisation des agrégats économiques**

- 1) demander à l'INSEE de préciser le mode d'emploi des principaux agrégats économiques en tenant compte, à la fois, des usages envisagés et des marges d'appréciation liées aux précautions scientifiques nécessaires à l'élaboration de ce document ;

**Vecteur** : action du Gouvernement

*(INSEE)*

- 2) engager une réflexion sur la manière de valoriser dans le calcul du PIB les activités des services non marchands, notamment celles des services publics, non pas à leur prix de revient mais en tenant compte de leur valeur ajoutée effective et monétarisée ;

**Vecteur** : action du Gouvernement

*(INSEE)*

- 3) définir le contenu des nouveaux indicateurs mentionnés par la loi du 13 avril 2015 en tenant compte des objectifs fixés dans le document de stratégie économique nationale (voir proposition n°12) ;

**Vecteur** : action du Gouvernement

*(INSEE et France Stratégie)*

- 4) intégrer les résultats de ces nouveaux indicateurs dans l'évaluation préalable des lois financières.

**Vecteur** : évaluations préalables des lois financières

*(ministre des finances et des comptes publics,*

*ministre des affaires sociales et de la santé)*



## Deuxième partie – Quels fondements juridiques de l'action économique des personnes publiques ?

### 2.1. Un cadre constitutionnel souple mais dont il ne faut pas sous-estimer les exigences pour l'action économique

**Proposition n° 15 : Mieux prévenir le risque de déclarations d'inconstitutionnalité des textes économiques dans le cadre du contrôle *a priori***

1) énoncer explicitement, au moins dans les travaux préparatoires de la loi, les objectifs qu'elle entend poursuivre pour chacun de ses éléments significatifs en veillant à leur cohérence avec le dispositif retenu, dans la perspective du contrôle de constitutionnalité dont elle pourra faire l'objet ;

**Vecteur :** *prises de positions du Gouvernement lors de l'examen des projets et des propositions de lois au Parlement (SGG en liaison avec les ministères concernés)*

2) procéder à un examen approfondi de la conformité constitutionnelle des dispositions relatives à l'action économique des personnes publiques figurant dans des propositions de loi ou dans les amendements ; en cas de difficulté particulière, solliciter l'avis du Conseil d'État.

**Vecteur :** *action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État (SGG et les ministres concernés, Conseil d'État)*

**Proposition n° 16 : Mieux évaluer les conséquences à tirer des déclarations d'inconstitutionnalité portant sur des textes économiques en procédant à une analyse complète des conséquences de ces décisions sur d'autres dispositifs existants ou à venir et en sollicitant si nécessaire l'avis du Conseil d'État.**

**Vecteur :** *action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État (SGG, ministres concernés, Conseil d'État)*

**Proposition n° 17 : Mieux prévenir les QPC en matière économique**

1) procéder à un examen systématique, lors de l'élaboration des décrets simples et des arrêtés, des conséquences qui pourraient en être tirées dans le cadre d'une QPC contre la disposition législative dont ils font application ; solliciter si nécessaire l'avis du Conseil d'État ;

**Vecteur :** *action du Gouvernement, saisine du Conseil d'État*

2) procéder à un examen du même type pour les circulaires de portée significative.

**Vecteur :** *action du Gouvernement, saisine du Conseil d'État (SGG et les ministres concernés ; Conseil d'État)*



## 2.2. Des normes conventionnelles plus structurantes que contraignantes en matière économique et dont il est possible de mieux tirer parti

**Proposition n° 18 : Renforcer la capacité des administrations centrales à porter devant la Commission européenne les problématiques et les projets de texte (y compris les actes délégués) prioritaires pour la France en matière d'action économique :**

- 1) en contribuant systématiquement aux consultations ou travaux conduits par la Commission européenne sur ces sujets ;
- 2) en l'absence d'initiative de la Commission européenne, en l'incitant à faire des propositions.

**Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGAE et ministres concernés)

**Proposition n° 19 : Coopérer davantage avec la Commission européenne pendant l'élaboration des dispositifs nationaux d'action économique :**

- 1) en la consultant le plus en amont possible en cas de doute sur leur compatibilité avec le droit de l'Union ou sur la nécessité de les notifier ;
- 2) en procédant aux notifications requises dès leur finalisation, avant de les rendre publics et d'engager les procédures d'adoption.

**Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGAE et ministres concernés)





**Proposition n° 20 : Exploiter au mieux la procédure des questions préjudicielles**

1) lorsqu'une personne publique est partie à un litige qui peut donner lieu à une question préjudicielle, communiquer au juge les éléments techniques plaçant dans le sens de la compatibilité avec le droit de l'Union et proposer subsidiairement une rédaction de la question tenant compte des éléments d'analyse justifiant la position soutenue ;

**Vecteur** : *mémoires produits devant le juge national  
(SGAE et ministres concernés)*

2) demander aux administrations de l'État et à ses établissements publics de signaler systématiquement au SGAE les questions que les juridictions nationales ont décidé de renvoyer à la CJUE pour qu'elles fassent l'objet d'un examen interministériel ; inviter les autorités administratives indépendantes, les collectivités territoriales et leurs établissements publics à procéder de même ;

**Vecteur** : *action du Gouvernement  
(SGG, SGAE et ministres et autorités concernés)*

3) susciter les observations d'autres pays au soutien des autorités françaises dans les questions préjudicielles transmises par les juridictions françaises ;

**Vecteur** : *action du Gouvernement  
(RP, SGAE et ministres concernés)*

4) formuler des observations sur les questions préjudicielles posées par d'autres pays qui intéressent les positions défendues par les autorités françaises quant à leur propre action économique.

**Vecteur** : *observations dans les questions préjudicielles*

**Proposition n° 21 : Rendre plus efficace la coordination et la négociation des affaires économiques européennes**

1) élaborer un guide des procédures et de la coordination des affaires européennes au sein des administrations ; le mettre en ligne sur le site du SGAE ;

**Vecteur** : *action du Gouvernement ;*

2) diversifier les méthodes de travail des administrations pour associer davantage les entreprises, les collectivités territoriales et les autorités de régulation à l'élaboration et à la défense des positions françaises auprès des institutions de l'Union, notamment dans le cadre d'échanges informels avec ces institutions.

**Vecteur** : *action du Gouvernement ;  
(SGAE, représentation permanente auprès de l'UE, ministres concernés)*



**Proposition n° 22 : Favoriser les mobilités des agents français au sein des institutions européennes, notamment en valorisant mieux les expériences d'expert national détaché (END) dans les parcours professionnels par la mobilisation de dispositifs appropriés de gestion de ressources humaines :**

- 1) avant le départ des agents, évoquer les perspectives et les postes susceptibles d'être occupés lors du retour dans l'administration d'origine ;
- 2) avant leur retour, faire plusieurs propositions de postes tenant compte de l'expérience effectivement acquise et des responsabilités nouvelles susceptibles d'être assumées.

**Vecteur :** action du Gouvernement.

*(SGAE, Direction générale de la fonction publique, secrétaires généraux et directeurs des ressources humaines des ministères)*

**Proposition n° 23 : Procéder à un examen approfondi du risque conventionnel que peuvent receler des dispositions ayant un impact économique, notamment celles figurant dans des propositions de loi ou dans les amendements aux projets et propositions de loi ; en cas de difficulté particulière, saisir le Conseil d'État.**

**Vecteur :** action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État  
*(SGG, SGAE, ministères concernés, Conseil d'État)*

**Proposition n° 24 : Favoriser une diffusion de l'expertise européenne dans les administrations et son fonctionnement en réseau :**

- 1) mettre en place, au sein des ministères, des pôles d'expertise légers composés de « correspondants Union » plutôt que de grands services spécialisés dans les questions européennes afin de responsabiliser davantage les administrations et leurs agents aux enjeux européens ; les organiser en réseau animé par le SGG avec l'appui du SGAE ;

**Vecteur :** décrets et arrêtés d'organisation des ministères  
*(la mesure pouvant être utilement étendue, de manière volontaire, dans les AAI, les entreprises publiques et les collectivités locales) ;  
circulaire du Premier ministre  
(Premier ministre, ministres concernés, SGG en liaison avec le SGAE) ;*

- 2) organiser, dans un cadre ministériel et interministériel, des formations opérationnelles en droit des aides d'État, en formation initiale dans les écoles de fonctionnaires et en formation continue au profit des administrations elles-mêmes.

**Vecteur :** action du Gouvernement ;  
*(DGAFP, réseau des écoles de service public, ministres)*

**Proposition n° 25 : Améliorer l'accessibilité du droit de l'Union en créant des portails internet thématiques traitant à la fois des questions de droit de l'Union et de droit interne sur les principaux champs de l'action économique.**

***Vecteur :** action du Gouvernement  
(ministres concernés)*

**Proposition n° 26 : Permettre aux personnes publiques de mieux prendre en compte la jurisprudence de la CEDH lorsqu'elles agissent dans le domaine économique en mettant à leur disposition des outils d'information adaptés ; saisir le Conseil d'État sur les questions de droit présentant une difficulté particulière.**

***Vecteur :** action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État  
(SGAE, ministres concernés, Conseil d'État)*

**Proposition n° 27 : Sécuriser l'action économique des personnes publiques en prenant mieux en compte les traités internationaux**

1) en constituant sous l'égide du ministère des affaires étrangères, à destination des personnes publiques, une base de données recensant les stipulations de traités et accords internationaux regardées par la jurisprudence comme ayant un effet direct et en mettant l'accent sur celles qui présentent un intérêt dans le champ économique ;

***Vecteur :** action du Gouvernement  
(ministre des affaires étrangères)*

2) en rappelant aux administrations, en cas de pluralité de traités applicables sur une même question, qu'elles doivent veiller à se placer clairement dans le champ du traité qu'elles entendent mettre en œuvre, afin de sécuriser leurs décisions et en invitant les autres personnes publiques (AAI, collectivités territoriales...) à faire de même.

***Vecteur :** action des personnes publiques concernées  
(SGG, ministres et autres autorités concernés)*

**Proposition n° 28 : Permettre aux personnes publiques de mieux prendre en compte la jurisprudence administrative au regard notamment du respect de la liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'elles agissent dans le domaine économique :**

1) en mettant à leur disposition des outils d'information adaptés (v. not. le guide mentionné à la proposition n° 50) ;

2) en saisissant le Conseil d'État des questions présentant une difficulté particulière.

***Vecteur :** action du Gouvernement ; saisine du Conseil d'État  
(ministres concernés, Conseil d'État)*



## 2.3. Un bloc de légalité favorable à une action économique des personnes publiques soumise à un contrôle juridictionnel rigoureux

### **Proposition n° 29 : Clarifier et rendre plus accessibles les lois et règlements en matière d'action économique des personnes publiques :**

1) en regroupant la législation et la réglementation non codifiées applicables en matière d'action économique des personnes publiques dans un nombre limité de textes ;

**Vecteur :** *loi et règlements concernés*  
(SGG, commission supérieure de codification, ministres concernés)

2) en assurant une veille des chevauchements de compétence entre régulations économiques afin que les dispositions législatives ou réglementaires nécessaires pour y remédier soient préparées par les services concernés ;

**Vecteur :** *rapports d'activité des régulateurs ; évaluation quinquennale des secteurs régulés (v. infra 3<sup>e</sup> partie, proposition n° 47)*  
(SGG, régulateurs, ministres concernés)

3) en précisant dans les textes de droit commun susceptibles de concerner les personnes publiques, les dispositions qui s'appliquent effectivement à ces dernières, notamment en matière de droit de la concurrence.

**Vecteur :** *loi et règlements concernés*  
(SGG, ministres de l'économie, des finances et de la justice)

### **Proposition n° 30 : Rendre plus efficace le contentieux de l'action économique des personnes publiques en réévaluant :**

1) la pertinence des blocs de compétence juridictionnelle existant en matière de contentieux de l'action économique des personnes publiques ;

2) les conséquences du développement du contentieux économique sur l'office des juges et, en particulier, les pouvoirs d'instruction, le traitement de l'urgence, les aménagements possibles à la protection du secret des affaires et la constitution de pôles spécialisés.

**Vecteur :** *étude demandée par le Gouvernement*

**Proposition n° 31 : Développer les modes alternatifs de règlement des litiges économiques, notamment devant la juridiction administrative** en clarifiant l'objet et le champ des deux dispositifs actuellement en vigueur dans le code de justice administrative en matière de médiation et de conciliation et en précisant les règles qui s'y appliquent, notamment quant à leurs effets sur leurs délais de recours contentieux.

**Vecteur:** *loi*  
(SGG, ministre de la justice, Conseil d'État)

## **PARTIE 3 – Quelles conditions de l'efficacité de l'action économique ?**

### **3.1. L'action doit être conduite par un nombre limité d'acteurs étroitement coordonnés**

**Proposition n° 32 : Clarifier l'organisation gouvernementale en matière économique**

1) préférer le rattachement des administrations concourant directement à l'action économique au ministre chargé de l'économie plutôt qu'aux services du Premier ministre ;

***Vecteur :** textes d'organisation des services du Premier ministre et des services du ministre chargé de l'économie*

2) favoriser la stabilité de l'organisation gouvernementale en matière économique en constituant, pour le ministère de l'économie et les ministères sectoriels, des blocs de compétence homogènes.

***Vecteur :** décret de composition du Gouvernement ; décrets d'attributions. (SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels)*

**Proposition n° 33 : Mieux articuler les compétences des administrations centrales en droit des entreprises en formalisant les conditions d'une coordination plus étroite entre le ministre de la justice et le ministre de l'économie dans la préparation des projets de texte en matière de droit commercial et de droit des sociétés commerciales.**

***Vecteur :** décret d'attribution du ministre de l'économie*



**Proposition n° 34 : Maintenir l'équilibre et les articulations nécessaires entre les administrations économiques, les agences et les régulateurs indépendants**

1) procéder à un réexamen systématique de la capacité d'expertise des administrations centrales au regard de celle des régulateurs économiques et la maintenir ou la rétablir au niveau nécessaire pour leur permettre d'assurer les fonctions stratégiques et de concevoir les politiques dont elles ont la charge ; au besoin, procéder à des rééquilibrages ;

**Vecteur** : action du SGG et du Gouvernement  
(ministres chargés de l'économie et des finances et ministres sectoriels concernés, en liaison avec le Parlement pour les AAI)

2) assurer une articulation transparente entre l'administration centrale et les opérateurs, agences ou autorités administratives indépendantes intervenant dans le même champ économique en recourant :

- pour les agences, à des contrats triennaux d'objectifs de performance donnant lieu, chaque année, à une actualisation permettant de préparer le prochain contrat pluriannuel ;

**Vecteur** : action du Gouvernement et des opérateurs, contrats triennaux

- pour les entités indépendantes, à des collaborations formalisées et transparentes prenant la forme *a minima* d'informations réciproques.

**Vecteur** : loi ; action du Gouvernement et des AAI  
(ministres chargés de l'économie et des finances, AAI concernées)

**Proposition n° 35 : Clarifier le rôle respectif de l'État et des collectivités territoriales en matière économique**

1) privilégier des blocs de compétence au niveau de l'État ou des collectivités en définissant des critères clairs de répartition ; fonder l'action économique propre de l'État territorial sur le principe de subsidiarité ;

**Vecteur** : loi

2) saisir l'occasion de la réforme de l'administration territoriale de l'État pour renforcer, par des redéploiements :

- les services de l'État chargés du contrôle de légalité des décisions économiques des collectivités locales ;

- les structures de conseil et d'appui de l'État au profit des collectivités territoriales qui entendent conduire une action économique sur leur territoire.

**Vecteur** : règlement ; circulaire  
(Premier ministre, ministre de l'intérieur, ministre de l'économie)

**Proposition n° 36 : Organiser un réel partenariat économique entre l'État et les régions**

1) en mobilisant davantage les contrats de plan État/région (CPER), ainsi que les futurs schémas de développement économique (SRDEII) ;

**Vecteur** : schémas régionaux de développement économique, d'innovation et d'internationalisation, contrats de plan État-régions

2) en facilitant la transmission par les régions de propositions d'évolution des lois et règlements ou de propositions d'expérimentation utiles à la conduite de leur action économique ;

**Vecteur** : action des personnes publiques concernées

3) en accompagnant les régions dans la conduite de leur action économique :

- en réexaminant les ressources dont elles disposent au regard de leurs nouvelles compétences à l'issue de la réforme territoriale ;

- en augmentant la part de la fiscalité économique dans leurs ressources.

**Vecteur** : loi  
(ministre des finances et des comptes publics ;  
ministre de l'intérieur ; Parlement

**Proposition n° 37 : Assurer la cohérence de l'action économique des différentes collectivités et favoriser leurs collaborations**

1) rechercher le bon degré de précision de la stratégie régionale de développement économique, d'innovation et d'internationalisation pour assurer la cohérence de l'action économique locale sans restreindre excessivement les initiatives locales ;

**Vecteur** : schémas régionaux de développement économique, d'innovation et d'internationalisation  
(régions, préfet de région)

2) développer les mutualisations de projets en matière économique en sollicitant à cet effet des organismes tels que la CDC, BPI, « Agence France locale » pour lesquels cette activité constituerait un prolongement naturel de leurs missions.

**Vecteur** : textes d'organisation des organismes concernés, conventions passées avec ces organismes  
(organismes de financement, associations d'élus)



### 3.2. Des décisions mieux préparées et expertisées afin de les adapter à la complexité et à la temporalité des questions économiques

**Proposition n° 38 : Répertoire les travaux d'analyse et de recherche en cours et publier ceux qui sont achevés sur une base interministérielle accessible aux seules administrations et régulièrement mise à jour, avec des classements thématiques à entrées multiples.**

**Vecteur :** *site extranet à usage des administrations (services du Premier ministre ; ministre de l'économie)*

**Proposition n° 39 : Étendre le champ de l'évaluation préalable des textes relevant du domaine de la loi et améliorer sa qualité**

1) s'engager à procéder à une évaluation préalable des amendements d'origine gouvernementale qui modifient sensiblement l'impact économique d'un projet ou d'une proposition de loi ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

2) recommander l'évaluation préalable des propositions de loi inscrites à l'ordre du jour des assemblées parlementaires, avec le concours des ministères ;

**Vecteur :** *délibération du bureau du Sénat et de la conférence des présidents de l'Assemblée nationale*

3) renforcer l'évaluation préalable des ordonnances ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

4) organiser un contrôle de qualité des évaluations préalables des projets de loi ayant un impact économique significatif, confié à un organisme extérieur à l'administration qui a préparé le projet ; rendre publics ses résultats ;

**Vecteur :** *circulaire du Premier ministre*

5) faire respecter l'obligation d'analyser les impacts économiques dans les évaluations préalables, en renforçant les prescriptions pertinentes du guide de légistique et des indications méthodologiques adressées aux services instructeurs des projets de loi.

**Vecteur :** *guide de légistique, autres outils méthodologiques*



**Proposition n° 40 : Développer les évaluations au-delà du domaine législatif pour les décisions ayant un impact économique significatif**

1) mettre en place, pour chaque personne publique, une doctrine en matière d'évaluation préalable de ses décisions susceptibles d'avoir un impact économique important ; rendre publique cette doctrine et préciser notamment les cas dans lesquels les résultats des évaluations seront rendus publics dans le respect des secrets protégés par la loi ;

***Vecteur :** doctrine publique des personnes publiques concernées*

2) étendre le dispositif d'évaluation des investissements prévu pour l'État aux autres personnes publiques, en adaptant le régime à la situation de chacune.

***Vecteur :** loi  
(ministre de l'économie ; ministre de l'intérieur)*

**Proposition n° 41: Définir un cadre législatif pour l'ensemble des activités des groupes d'intérêt**

1) prévoir l'enregistrement de ces groupes sur un registre public recensant notamment leurs domaines d'activité et leurs interventions auprès des responsables publics ;

2) mentionner dans les études d'impact les contributions de ces groupes.

***Vecteur :** loi  
(Premier ministre, ministre de l'économie)*

**Proposition n° 42 : Procéder à une consultation publique sur tous les projets de texte et de décision ayant un impact économique significatif en s'inspirant du cadre prévu pour les consultations ouvertes obligatoires par la loi du 17 mai 2011.**

***Vecteur :** circulaire du Premier ministre ;  
engagements des autorités compétentes  
(personnes publiques concernées)*



**Proposition n° 43: Étudier les avantages de l'abstention à intervenir en matière économique**

1) renforcer l'analyse de « l'option zéro » dans les évaluations préalables en mesurant de manière précise et chiffrée les coûts induits par tout changement normatif ;

***Vecteur :** évaluations préalables requises par les textes*

2) développer les « moratoires » sur les dispositifs économiques essentiels, notamment en matière de fiscalité et de normes.

***Vecteur :** engagement public des autorités compétentes ;  
textes instituant les dispositifs concernés  
(SGG, ministre de l'économie et ministères sectoriels concernés)*

**Proposition n° 44 : Se doter des moyens de maîtriser le calendrier de mise en œuvre des réformes en matière économique**

1) s'engager publiquement sur la programmation des mesures économiques et sur les délais de leur mise en œuvre ; en assurer le respect sauf circonstance exceptionnelle ;

***Vecteur :** action du Gouvernement  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)*

2) étudier les conditions dans lesquelles les effets dilatoires des recours contentieux sur les dispositifs d'action économique publique pourraient être prévenus à la lumière d'un premier bilan de l'application des dispositions retenues, en matière d'urbanisme, par l'ordonnance du 18 juillet 2013.

***Vecteur :** demande d'étude ou d'avis au Conseil d'État  
(SGG ; Conseil d'État)*

**Proposition n° 45 : Aider les entreprises à s'adapter aux nouvelles mesures prises en matière économique**

1) appliquer de manière plus systématique les dates communes d'entrée en vigueur des dispositifs applicables aux entreprises ;

2) développer le recours aux lignes directrices au sein des administrations économiques ; renforcer le recours au rescrit ; assurer au moyen des nouvelles technologies un dialogue continu avec les entreprises sur les conditions de mise en œuvre des textes et décisions économiques.

***Vecteur :** action des personnes publiques concernées  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)*

**Proposition n° 46 : Développer les expérimentations et les conduire dans des conditions permettant d'en tirer les enseignements**

1) justifier systématiquement, le cas échéant dans l'étude d'impact, des motifs pour lesquels le recours à l'expérimentation n'a pas été possible ;

**Vecteur** : guides méthodologiques à l'attention des administrations centrales

2) remettre chaque année au Parlement un rapport sur les expérimentations conduites ou lancées dans l'année écoulée ;

**Vecteur** : décret ; loi le cas échéant

3) mener les expérimentations à leur terme afin de pouvoir en tirer des données et informations pertinentes ;

**Vecteur** : action du Gouvernement ; texte mettant fin à l'expérimentation

4) encourager les expérimentations prenant la forme d'une mise en œuvre progressive d'un dispositif nouveau pour pouvoir en ajuster les paramètres à la lumière des premières expériences.

**Vecteur** : loi ou règlement introduisant la mesure  
(SGG, ministères concernés)

**Proposition n° 47 : Systématiser l'évaluation *a posteriori***

1) développer les clauses de réexamen (« *review clauses* ») dans les textes instituant un nouveau dispositif en prévoyant les modalités de financement de l'évaluation ;

**Vecteur** : texte introduisant le dispositif initial  
(SGG, ministère de l'économie et ministères sectoriels concernés)

2) conduire une évaluation périodique des résultats des régulations sectorielles au regard des objectifs qui leur sont assignés par la loi, comprenant le réexamen de la pertinence du choix de maintenir une régulation sectorielle.

**Vecteur** : loi s'agissant des régulateurs indépendants  
(Parlement, ministères concernés)



### 3.3. Choisir l'outil le mieux adapté à l'objectif poursuivi

**Proposition n° 48 : Actualiser le droit de la propriété des personnes publiques en :**

- 1) introduisant des règles de transparence des procédures d'octroi d'autorisations d'occupation privative du domaine public ;
- 2) uniformisant les règles applicables au domaine de l'État et à celui des collectivités territoriales ;
- 3) clarifiant le régime juridique du domaine immatériel des personnes publiques, notamment pour les marques publiques et définissant le régime juridique de l'image des biens publics.

**Vecteur : loi**  
*(ministre des finances et des comptes publics ; ministre de l'intérieur)*

**Proposition n° 49 : Adapter le régime des entreprises et prises de participations publiques sur les points suivants :**

- 1) rénover le statut des EPIC en ce qui concerne la garantie dont ils sont réputés bénéficier et adapter leur gouvernance ;
- 2) clarifier les rôles des différents agents représentant l'État qui siègent dans les conseils ou y assistent ;
- 3) étudier les conditions juridiques dans lesquelles les agents chargés des participations de l'État peuvent travailler ensuite au sein des sociétés de ce périmètre.

**Vecteur : loi**  
*(ministre de l'économie, ministre de l'intérieur, ministre de la justice).*

**Proposition n° 50 : Élaborer un guide des outils d'action économique afin de mieux faire connaître aux administrations les différents outils à leur disposition ainsi que leur substituabilité, leur proximité et leur complémentarité.**

**Vecteur : guide élaboré par le Conseil d'État**

**Proposition n° 51 : Assurer une fonction de veille des outils**

1) confier à France Stratégie la mission de concevoir un dispositif d'identification des évolutions à l'œuvre dans l'utilisation des outils disponibles ; identifier celles qui seraient opportunes, notamment à la lumière des expériences locales et étrangères ;

2) intégrer dans la fonction de veille des outils un outil d'analyse et d'observation des biais dans le choix de ces outils (effets de mode, modalités de prise en compte dans les normes de dépense publique, effet de contournement des règles publiques...) et de la sur-utilisation ou sous-utilisation qui peut en découler.

***Vecteur :** texte d'organisation de France Stratégie*

**Proposition n° 52 : Se doter des moyens de choisir le meilleur outil pour atteindre l'objectif économique que l'on assigne en appliquant la méthode suivante :**

1) préalablement à la décision d'agir, expliciter les objectifs que l'on entend poursuivre de manière hiérarchisée ;

2) définir un outil par objectif ;

3) procéder à une analyse systématique des mérites comparés des différents outils disponibles avant de les mettre en œuvre au regard des quatre groupes de critères que sont :

- l'adéquation à l'objectif ;
- les ressources mobilisables ;
- les possibilités de contrôle et d'évaluation ;
- la capacité à faire évoluer l'outil ou à y renoncer.

***Vecteur :** action des personnes publiques*





---



# Annexes

**Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées**

**Annexe 2 – « Groupe de contact » de l'étude annuelle :  
constitution et composition**

**Annexe 3 – Que reste-t-il du Colbertisme?**







## Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées

Les fonctions mentionnées sont celles exercées au moment de l'audition.  
Sauf indication contraire, les auditions ont eu lieu au Conseil d'État

| Personne auditionnée                                                                                                                                                                                                   | date                                            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------|
| Mme Delphine d'AMARZIT, <i>chef du service du financement de l'économie à la direction générale du trésor – ministère des finances et des comptes publics, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique</i> | 6 janvier 2015                                  |
| Mme Agnès BENASSY-QUERE, <i>présidente déléguée du Conseil d'analyse économique</i>                                                                                                                                    | 2 décembre 2014                                 |
| Mme Pervenche BERES, <i>parlementaire européen</i>                                                                                                                                                                     | 29 juin 2015, Centre d'information sur l'Europe |
| M. Didier BERTRAND, <i>directeur de la mission métropole du Grand Paris</i>                                                                                                                                            | 16 janvier 2015                                 |
| M. Bruno BEZARD, <i>directeur général du trésor – ministère des finances et des comptes publics, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique</i>                                                           | 25 mars 2015                                    |
| Mme Marie-Caroline BONNET-GALZY, <i>commissaire générale à l'égalité des territoires</i>                                                                                                                               | 10 février 2015                                 |
| Mme Danielle BOURLANGE, <i>directrice générale de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État</i>                                                                                                                      | 3 décembre 2014                                 |
| Mme Nicole BRICQ, <i>sénatrice de la Seine et Marne</i>                                                                                                                                                                | 15 juin 2015                                    |
| M. Pierre CARDO, <i>président de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires</i>                                                                                                                               | 1 <sup>er</sup> décembre 2014                   |
| M. Gilles CARREZ, <i>président de la commission des finances de l'Assemblée nationale</i>                                                                                                                              | 10 juin 2015                                    |
| M. François CAVARD, <i>directeur général des services de la ville du Havre</i>                                                                                                                                         | 23 janvier 2015                                 |
| Mme Carole CHAMPALAUNE, <i>directrice des affaires civiles et du Sceau – ministère de la justice</i>                                                                                                                   | 10 juin 2015                                    |



|                                                                                                                                                                                                                                           |                  |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------|
| M. Gérard COLLOMB, <i>maire de Lyon, président de l'Association des communautés urbaines de France – ACUF</i>                                                                                                                             | 3 mars 2015      |
| Mme Hélène CROCQUEVIEILLE, <i>directrice générale des douanes et des droits indirects – ministère des finances et des comptes publics</i>                                                                                                 | 24 novembre 2014 |
| Mme Anne-Marie DESCOTES, <i>directrice générale de la mondialisation, du développement et des partenariats – ministère des affaires étrangères et du développement international</i>                                                      | 5 décembre 2014  |
| M. Julien DUBERTRET, <i>ancien directeur du budget – ministère des finances et des comptes publics</i>                                                                                                                                    | 25 mars 2015     |
| M. Nicolas DUFOURCQ, <i>directeur général de la Banque publique d'investissement – BPI</i>                                                                                                                                                | 13 février 2015  |
| M. Pierre DUQUESNE, <i>ambassadeur représentant permanent de la France auprès de l'OCDE</i>                                                                                                                                               | 9 juin 2015      |
| M. Pascal FAURE, <i>directeur général des entreprises (ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique)</i>                                                                                                                       | 29 octobre 2014  |
| M. Yves GAUDEMET, <i>professeur à l'université Panthéon-Assas, membre de l'Institut de France</i>                                                                                                                                         | 4 décembre 2014  |
| M. Michel GREVOUL, <i>chef du service des achats de l'État (SAE) – ministère des finances et des comptes publics, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique</i>                                                             | 3 décembre 2014  |
| Mme Nathalie HOMOBONO, <i>directrice générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) – ministère des finances et des comptes publics, ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique</i> | 28 novembre 2014 |
| Mme Catherine de KERSAUSON, <i>présidente de la chambre régionale des comptes Auvergne-Rhône Alpes</i>                                                                                                                                    | 28 janvier 2015  |
| M. Philippe LADOUCKETTE, <i>président de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)</i>                                                                                                                                               | 25 novembre 2014 |
| M. Michel LALANDE, <i>secrétaire général du ministère de l'intérieur</i>                                                                                                                                                                  | 23 décembre 2014 |
| M. Alain LAMASSOURE, <i>parlementaire européen</i>                                                                                                                                                                                        | 3 juillet 2015   |



|                                                                                                                                                                    |                               |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|
| M. Bruno LASSERRE, <i>président de l'Autorité de la concurrence</i>                                                                                                | 28 novembre 2014              |
| M. Serge LASVIGNES, <i>secrétaire général du Gouvernement</i>                                                                                                      | 6 janvier 2015                |
| M. Philippe LAURENT, <i>maire de Sceaux, secrétaire général de l'Association des maires de France (AMF)</i>                                                        | 10 février 2015               |
| M. Philippe LEGLISE-COSTA, <i>secrétaire général des affaires européennes</i>                                                                                      | 12 mai 2015                   |
| M. Pierre-René LEMAS, <i>directeur général de la Caisse des dépôts et consignations</i>                                                                            | 1 <sup>er</sup> décembre 2014 |
| Mme Marie-Christine LEPETIT, <i>cheffe de l'inspection générale des finances</i>                                                                                   | 27 octobre 2014               |
| M. Gilles Pierre LEVY, <i>président de chambre à la Cour des comptes</i>                                                                                           | 28 janvier 2015               |
| Mme Martine LOMBARD, <i>professeur à l'université de Panthéon-Assas, membre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)</i> | 30 mars 2015                  |
| M. Jean MAÏA, <i>directeur des affaires juridiques – ministères financiers</i>                                                                                     | 8 octobre 2014                |
| M. André MARCON, <i>président de CCI France</i>                                                                                                                    | 8 juin 2015                   |
| M. Vincent MAZAURIC, <i>directeur général adjoint des finances publiques (DGFIP) – ministère des finances et des comptes publics</i>                               | 25 novembre 2014              |
| M. Denis MORIN, <i>directeur du budget – ministère des finances et des comptes publics</i>                                                                         | 19 novembre 2014              |
| M. Serge MORVAN, <i>directeur général des collectivités locales (DGCL) – ministère de l'intérieur</i>                                                              | 22 décembre 2014              |
| M. Christian NOYER, <i>gouverneur de la Banque de France</i>                                                                                                       | 19 décembre 2014              |
| Mme Muriel PENICAUD, <i>directrice générale d'UBI France</i>                                                                                                       | 1 <sup>er</sup> décembre 2014 |



|                                                                                                                                                                                      |                                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------|
| M. Jean PISANI-FERRY, <i>commissaire général à la stratégie et à la prospective - France Stratégie</i>                                                                               | 6 janvier 2015                     |
| M. Guillaume POITRINAL, <i>co-président du Conseil de la simplification pour les entreprises, président de Woodeum et Cie</i>                                                        | 28 janvier 2015                    |
| M. Gérard RAMEIX, <i>président de l'Autorité des marchés financiers (AMF)</i>                                                                                                        | 18 novembre 2014                   |
| M. Rémy RIOUX, <i>secrétaire général adjoint du ministère des affaires étrangères et du développement international</i>                                                              | 11 février 2015                    |
| M. Luc ROUSSEAU, <i>vice-président du conseil général de l'économie, de l'industrie, de l'énergie et des technologies</i>                                                            | 31 octobre 2014                    |
| M. Alain ROUSSET, <i>président de l'Association des régions de France (ARF)</i>                                                                                                      | 14 janvier 2015,<br>Siège de l'ARF |
| Mme Isabelle ROUX-TRESCASES, <i>administrateur général, chef de mission de contrôle général économique et financier, chef du service du contrôle général économique et financier</i> | 3 novembre 2014                    |
| M. Noël de SAINT PULGENT, <i>inspecteur général des finances, chef de la mission de contrôle économique et financier des transports</i>                                              | 28 octobre 2014                    |
| M. Jean-Louis SCHILANSKY, <i>président de la section des activités économiques du conseil économique, social et environnemental (CESE)</i>                                           | 23 janvier 2015                    |
| M. Louis SCHWEITZER, <i>commissaire général à l'investissement</i>                                                                                                                   | 16 janvier 2015                    |
| M. Jean-Ludovic SILICANI, <i>président du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes – ARCEP</i>                                             | 18 novembre 2014                   |
| M. Jean-Luc TAVERNIER, <i>directeur général de l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE)</i>                                                           | 2 décembre 2014                    |
| M. Jean-Claude TRICHET, <i>ancien gouverneur de la Banque de France et ancien président de la Banque centrale européenne</i>                                                         | 7 janvier 2015                     |
| M. Régis TURRINI, <i>commissaire de l'Agence des participations de l'État (APE)</i>                                                                                                  | 30 octobre 2014                    |



## Liste des personnalités auditionnées à la Commission européenne et au Conseil de l'Union européenne les 20, 21 et 22 janvier 2015

### Commissaires européens

M. Pierre MOSCOVICI, *commissaire européen aux affaires financières et économiques, fiscalité et douanes*

---

Mme Margrethe VESTAGER, *commissaire européenne à la concurrence*

---

M. Antoine COLOMBANI, *cabinet de M. TIMMERMANS, Premier vice-président de la Commission européenne, chargé de l'amélioration de la législation, des relations interinstitutionnelles, de l'État de droit et de la Charte des droits fondamentaux*

### Directeurs généraux de la Commission européenne

M. Marco BUTI, *directeur général ECFIN de la Commission européenne*

---

M. Daniel CALLEJA CRESPO, *directeur général "marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME" (GROW) de la Commission européenne*

---

M. Dominique RISTORI, *directeur général "énergie" de la Commission européenne accompagné de Anne-Charlotte BOURNOVILLE, conseillère du DG*

---

M. Luis Romero REQUENA, *directeur général du service juridique de la Commission européenne accompagné de Patrick HETSCH, directeur général adjoint, de Johannes LAITENBERGER, directeur général adjoint et de Vittorio DI BUCCI, directeur "Aides d'État"*

### Directeurs généraux adjoints de la Commission européenne

M. Pierre DELSAUX, *directeur général adjoint à la direction générale "marché intérieur, industrie, entrepreneuriat et PME" (GROW) de la Commission européenne*

---

M. Olivier GUERSENT, *directeur général adjoint à la direction générale "stabilité financière, services financiers et union des marchés de capitaux" de la Commission européenne*

---

M. Mauro Raffaele PETRICCIONE, *directeur général adjoint à la direction générale "commerce" de la Commission européenne*



## **Secrétariat général de la Commission européenne**

M. CONRAD, *chef d'équipe «France» du secrétariat général de la Commission européenne, unité «Gouvernance publique»*

---

M. Marcel HAAG, *chef d'unité au secrétariat général de la Commission européenne, unité «Gouvernance publique»*

---

M. Baudouin REGOUT, *économiste, ancien expert au Bureau des conseillers de politique européenne, secrétariat général de la Commission européenne, unité «Gouvernance publique»*

## **Conseil de l'Union européenne**

M. Hubert LEGAL, *directeur général du service juridique du Conseil de l'Union européenne*

## **Représentation permanente de la France auprès de l'Union européenne (RPUE)**

M. Pierre SELLAL, *ambassadeur de la France auprès de l'Union européenne*

---

M. Étienne OUDOT de DAINVILLE, *ministre-conseiller pour les affaires financières, chef du service des affaires économiques et monétaires de la RPUE*

---

Mme Cécile CHADUTEAU-MONTPLAISIR, *adjointe au ministre-conseiller pour les affaires financières*



## Annexe 2 – « Groupe de contacts » de l'étude annuelle : constitution et composition

---

Le « groupe de contact » constitué dans le cadre des travaux d'élaboration de l'étude annuelle 2015 du Conseil d'État a eu pour rôle de mettre en débat les orientations qui lui ont été présentées afin de les enrichir ou de les nuancer.

Le groupe est composé de hautes personnalités ayant une large expérience dans le domaine de l'action économique qui leur confère une légitimité incontestable.

Il s'agit moins d'un groupe de travail que d'une sorte de comité scientifique informel, dont la qualification et la légitimité résultent de la connaissance et des pratiques du milieu économique de ses membres. La perception et la compréhension des enjeux de l'action économique des personnes publiques ont nourri les échanges et ont été utiles aux délibérations de la section du rapport et des études du Conseil d'État.

Le groupe s'est réuni à deux reprises pendant la durée de l'élaboration de l'étude, le 5 mai et le 23 juin 2015.

### **Composition :**

M. Michel BARNIER, *ancien commissaire européen*

M. Julien DUBERTRET, *ancien directeur du budget  
(ministère des finances et des comptes publics)*

M. Yves GAUDEMET, *professeur à l'université de Panthéon-Assas,  
membre de l'Institut de France*

M. Antoine GOSSET-GRAINVILLE, *avocat associé chez BDGS*

M. Laurent LE MESLE, *premier avocat général à la Cour de cassation*

Mme Martine LOMBARD, *professeur à l'université de Panthéon-Assas,  
membre de l'ARCEP*

M. Francesco MARTUCCI, *professeur à l'université de Panthéon-Assas*

M. Jean PISANI-FERRY, *commissaire général à la stratégie et à la prospective*

M. Louis SCHWEITZER, *commissaire général à l'investissement*

M. Jean-Claude TRICHET, *ancien gouverneur de la Banque de France  
et ancien président de la Banque centrale européenne*







## Annexe 3 – Que reste-t-il du « Colbertisme » ?

Le « Colbertisme » n'a peut-être jamais existé, mais il appartient aujourd'hui si sûrement à l'Histoire de France qu'Alain Guery a pu écrire « *toute intervention de l'État dans la vie des entreprises industrielles, toute protection qui leur est donnée vis-à-vis de la concurrence étrangère sont très sommairement et rapidement qualifiées de Colbertisme et condamnées comme tel.* »<sup>684</sup>

En vérité, c'est à la III<sup>e</sup> République que nous devons la notion de « Colbertisme » et le culte sans réserve qui sera longtemps consacré à la figure du « Grand Colbert », aux côtés de Sully ou de Turgot<sup>685</sup>. Pourtant, ni Sully, dont l'action s'inspirait des premiers « penseurs » du mercantilisme<sup>686</sup>, ni Turgot, véritable théoricien de l'économie, n'ont laissé leur nom à un corps de doctrine. Le Colbertisme, lui, fait encore l'objet aujourd'hui de débats passionnés. Voilà bientôt quarante ans, Alain Peyrefitte dénonçait le Colbertisme comme le début du déclin français<sup>687</sup>. Il y voyait la matrice du carcan séculaire dont la France devait se délivrer pour devenir enfin une Nation moderne et se doter d'une économie efficace. Le réquisitoire est sévère : Colbert aurait soumis, en France, tout « esprit d'entreprise » à l'État, dressé les « forces vives » du pays à attendre leur salut de la bureaucratie, et nourri la fiscalité royale des bénéfices de l'économie au lieu d'utiliser l'arme fiscale pour gagner la guerre économique.

Le coup de grâce vint quelques années plus tard avec la publication des travaux de l'historien Daniel Dessert qui révéla le rôle central de Colbert dans la construction d'un État concussionnaire au profit du Cardinal de Mazarin et de ses clientèles<sup>688</sup>.

Dès lors que reste-t-il du Colbertisme ?

Si le mot est une invention du XIX<sup>e</sup> siècle, il n'est pas interdit de s'interroger sur la réalité du concept économique et politique qu'il recouvre. Colbert n'est pas un théoricien mais un homme d'État chargé de faire face à une situation donnée : relever la France des désastres de la Fronde et financer la politique militaire d'un « Roi de Guerre »<sup>689</sup>. Pour y parvenir, il va puiser son inspiration dans la pensée des « mercantilistes ». Certes, l'État est toujours intervenu dans l'économie, en battant monnaie comme en prélevant l'impôt, mais la théorisation d'une « *intervention*

684. A. Guery, « Industrie et Colbertisme ; origines de la forme française de la politique industrielle ? » *Histoire, économie et Société*, 1989, 8<sup>e</sup> année, n° 3, L'industrialisation, pp. 297-312.

685. C. Amalvi, *Les héros de l'Histoire de France. Recherche iconographique sur le panthéon scolaire de la troisième République*, Paris, Phot'œil, 1979.

686. P. Deyon, *Le mercantilisme*, Paris, Flammarion, 1969.

687. A. Peyrefitte, *Le Mal Français*, Paris, Plon, 1976.

688. D. Dessert, *Argent, pouvoir et société au Grand Siècle*, Paris, Fayard, 1984 et *Fouquet*, Paris, Fayard, 1987.

689. J. Cornette, *Le Roi de guerre : Essai sur la souveraineté de la France du Grand Siècle*, Paris, Payot, 1993.



consciente de l'État dans la vie économique » est une invention du premier XVII<sup>e</sup> siècle. Antoine de Montchrestien publie le premier *Traité d'économie politique français en 1615*<sup>690</sup>, dans lequel il n'hésite pas à comparer l'intervention directe de l'État sur l'activité économique, alors en plein chaos, à la pierre philosophale ! Il serait injuste, pour autant, de réduire le mercantilisme au choix de l'autarcie et de la rétention monétaire. L'État doit encourager mais aussi encadrer ces activités pour en tirer le plus grand profit et, s'il doit fermer ses frontières aux denrées que la Nation est capable de produire en suffisance, il doit au contraire les ouvrir pour s'approvisionner en cas de pénurie. En réalité, le mercantilisme n'entend les échanges « économiques » qu'en termes de Nations. L'État intervient pour faire de la Nation un organisme économique capable d'affronter les autres Nations et c'est la pensée libérale introduite en France par les physiocrates qui cessera d'envisager les échanges en termes de Nations pour les remplacer par celui d'individus. Le citoyen devient alors un producteur et un consommateur libre, il cesse d'être le sujet d'un Royaume-Nation.

Colbert a fait face au contexte économique de son temps en forgeant des solutions avec les ressources intellectuelles qui sont alors à sa disposition, ce que Lucien Febvre appelait « l'outillage mental »<sup>691</sup>. À la mort de Louis XIII, les dépenses militaires du Royaume ont été multipliées par quinze par rapport au début du règne précédent. L'État a dû engager le tour de vis fiscal le plus sévère depuis la guerre de Cent ans, bousculant la vieille société féodale et donner naissance, dans la douleur, à ce qu'il est aujourd'hui convenu d'appeler un État centralisé, administré et lourdement fiscalisé. La Fronde fut la réponse vigoureuse, désordonnée et finalement impuissante, à cette transformation de la France.

La politique de Colbert devait avant tout combler un immense déficit, rassurer les gens de finances qui avancent au Roi ses recettes fiscales et continuer à payer ces guerres qui accélèrent, alors, la construction de l'État. Le domaine royal est repris en main dès le début des années 1660, des coupes sombres diminuent les rentes et les intérêts de fermes, les grandes enquêtes de réformation de noblesse font la chasse aux « privilégiés fiscaux ». Les aides et les gabelles sont régulièrement augmentées mais l'impôt ne peut plus financer, à lui seul, la politique de grandeur<sup>692</sup>.

L'État doit alors intervenir directement dans la vie économique du pays, quitte à se substituer aux initiatives de la société marchande.

Dès 1664, Colbert évoque la question de la balance du commerce extérieur et les moyens de le rendre positif. La création cette même année des deux compagnies françaises des Indes, occidentales et orientales est, comme l'écrit Olivier Chaline, « le premier signe d'une politique économique française agressive ». Les tarifs

---

690. A. de Montchrestien, *Traité de l'économie politique* (1615), édition critique par F. Billa-cois, Genève, Droz, 1999.

691. L. Febvre, *Le problème de l'incroyance au XVI<sup>e</sup> siècle. La religion de Rabelais*, L'évo-lution de l'Humanité, Paris, 1947.

692. V. pour cet aspect et le détail de la politique « colbertiste » qui suit, O. Chaline, *Le règne de Louis XIV*, Paris, 2009.



douaniers fixés par Colbert doublent le prix des textiles et multiplient alors par sept le prix du tabac. C'est un véritable « *choc catholique et douanier* » qui s'abat sur l'Europe protestante et industrielle.

Un fois le « pré carré » de la consommation française fermé aux importations, une politique industrielle digne de ce nom peut être mise en place. Elle va se développer selon deux axes qui marquent encore aujourd'hui la relation entre l'État et l'activité économique. D'un côté l'État, par le biais d'une nouvelle réglementation et sous le contrôle des inspecteurs des manufactures, va veiller à la bonne qualité des marchandises et, par là même, aux profits « raisonnables » de ceux qui les fabriquent. De l'autre côté, par la construction du système des manufactures, l'État intervient directement dans l'organisation de la production industrielle. On distingue alors les manufactures appartenant directement à l'État et chargées de répondre à la commande « publique », comme les Arsenaux ou les Gobelins, les « manufactures royales » qui, sans appartenir à l'État, sont placées sous son étroit contrôle et, enfin, les manufactures simples qui bénéficient de privilèges qui peuvent leur être retirés à tout moment. Il convient de noter que les fameux « privilèges » ou monopoles accordés à ces différentes manufactures et auxquels on se plut à attribuer, trois siècles plus tard, l'indolence industrielle de notre pays, n'étaient jamais acquis définitivement.

L'intervention directe de l'État n'est pas un choix théorique – on dirait aujourd'hui idéologique – mais bien une réponse pragmatique à ce que le ministre considère comme une défaillance du corps social. Pour Herbert Lüthy, historien de la banque protestante<sup>693</sup>, l'action de l'État est en réalité un palliatif aux interdits religieux, imposés à la France par la Contre Réforme, qui entravent le développement de la sphère financière dans toute l'Europe méridionale.

Quel que soit son moteur religieux, théorique ou politique, c'est donc bien à cet ensemble de mesures plus ou moins bien coordonnées, à ces trente-trois règlements et à ces cent cinquante édits que l'on donnera le nom de « colbertisme ».

L'intervention directe de l'État dans la vie économique marquera durablement notre pays et le colbertisme, comme volonté de classer, d'organiser, de dénombrer pour mieux taxer, restera profondément ancré dans les pratiques étatiques et politiques de la France.

Les nationalisations de 1945 et de 1981, la planification, la création ou le maintien de grandes entreprises publiques, ou encore la politique de contrôle des changes – qui apparaît en France après la première guerre mondiale pour être réintroduit en 1939, puis 1968, et ne disparaître officiellement qu'en 1989 –, sont autant de « buttes témoins » de l'ère colbertiste.

L'économiste Richard F. Kuisel, intrigué par les marques profondes du « Colbertisme » sur l'identité de la France, désignera ce mode de gestion de l'économie, où se mêlent inextricablement intervention de l'État, « corporatisme » et forces du marché, comme le « style gaulois »<sup>694</sup>.

693. H. Lüthy, *Le passé présent. Combats d'idées de Calvin à Rousseau*, Monaco, 1965.

694. R. F. Kuisel, *Le capitalisme et l'État en France. Modernisme et dirigisme au XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1984.



Ainsi le « Colbertisme », forgé *a posteriori* par et pour l'école de la République, est-il devenu une « réalité » historique indissociable de l'exception française. Ce concept anachronique, qui correspond bel et bien à une pratique de l'économie politique inscrite dans un contexte historique donné, celui de la construction et du parachèvement de l'État absolutiste, a donc fini par être emblématique d'une certaine idée de la France.



---



# Contributions

**La gouvernance économique dans le contexte institutionnel européen,**  
*par Christian de Boissieu*

**L'action économique des personnes publiques : quelques réflexions  
concernant l'État,** *par Louis Gallois*

**Constitution et action économique des personnes publiques : support  
ou contraintes,** *par Yves Gaudemet*

**L'Europe peut mieux réglementer,** *par Frans Timmermans*





# La gouvernance économique dans le contexte institutionnel européen

---

*par Christian de Boissieu,*

*professeur d'économie à l'université de Paris Panthéon-Sorbonne  
et au Collège d'Europe à Bruges,  
ancien président du Conseil d'analyse économique*

La crise mondiale a suscité, depuis quelques années, une forte demande d'État, l'État étant envisagé spécialement dans ses fonctions de protecteur, de régulateur et de stabilisateur. Dans le même temps, la difficulté des pouvoirs publics de répondre au défi du chômage en général, du chômage des jeunes en particulier, alimente le désenchantement vis-à-vis de l'action économique publique et de ses résultats. Entre demande et déception, où se fixe l'équilibre, comment se déplace-t-il au gré des chocs du court terme, de la combinaison des opportunités et des risques ? L'objet de cet article est d'évoquer trois aspects de l'action économique publique : 1- le contexte macroéconomique prévisible de cette action ; 2- la quête d'une nouvelle gouvernance dans le monde et en Europe ; 3- les exigences à satisfaire pour donner à la fois plus de légitimité et d'efficacité à cette action.

## **Le contexte prévisible**

Le contexte macroéconomique de l'action économique publique va s'organiser autour de trois axes : la poursuite de la mondialisation et de l'intégration européenne ; la perspective d'une croissance modérée en France et, en moyenne, dans la zone euro, avec comme conséquence une tension persistante sur les budgets publics ; la confirmation et l'accentuation de nouveaux rôles pour l'État comme agent économique. La conjugaison de ces trois tendances va limiter les marges de manœuvre à la disposition de l'État et des autres opérateurs publics, conduisant à valoriser l'importance de la qualité et de l'efficacité des interventions publiques.

## **Poursuite de la mondialisation et de l'intégration européenne**

La crise mondiale, enclenchée en août 2007 et aggravée par la faillite de *Lehman Brothers* en septembre 2008, n'a pas engendré de retour généralisé du protectionnisme, à la différence de la crise de 1929. Elle a cependant enfanté des éléments de fragmentation de l'espace économique mondial. Une fragmentation commerciale partielle, alimentée par le blocage des négociations à l'OMC, et marquée par l'essor des accords commerciaux bilatéraux (Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (TTIP) en cours de négociation



entre l'Europe et les États-Unis, TPP pour le partenariat trans-Pacifique...). Le bilatéralisme n'est pas l'ennemi du multilatéralisme, mais il ne peut quand même pas prétendre le remplacer !

Également, une fragmentation financière partielle, marquée non par une réduction de la mobilité potentielle infinie des capitaux qui reste intacte mais par une diminution de leur mobilité effective : frilosité accrue de certains investisseurs, accentuation de certaines asymétries d'information qui poussent à rester dans son espace national (« biais domestique ») ou à accroître les primes de risque dans l'hypothèse d'investissements directs ou d'investissements de portefeuille à l'étranger, tassement des flux internationaux de capitaux au pic de la crise mondiale. Les mêmes causes provoquant les mêmes effets, une fragmentation financière analogue a été ressentie à l'intérieur de l'Europe, et l'Union bancaire ainsi que l'Union des marchés de capitaux constituent les réponses à la fois institutionnelles et fonctionnelles pour enrayer un tel mouvement.

L'hypothèse centrale faite ici est que ces poussées de fragmentation vont être surmontées et qu'elles ne vont remettre en cause ni la mondialisation de l'économie ni la globalisation de la finance. Mondialisation et globalisation ont été renforcées par les nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC), et l'innovation technologique en matière de communication et d'information est à la fois irréversible et foisonnante. Elle n'a aucune raison de ralentir à l'horizon des dix prochaines années, bien au contraire, et cela va renforcer la mondialisation. Une mondialisation qui, *grosso modo*, a résisté aux nombreux chocs systémiques depuis 2007. Certes, les travaux de Suzanne Berger ont montré que la « première » mondialisation, celle de la période 1880-1914, n'avait pas survécu aux coups de boutoir de la Première guerre mondiale et de la crise de 1929. *A contrario*, on perçoit l'importance des chocs qu'il faudrait envisager pour ne pas valider l'hypothèse privilégiée ici...

Évoquer la mondialisation, c'est parler des opportunités mais aussi des contraintes qu'elle crée. Alors que vont subsister des causalités anciennes, s'affirment déjà de nouveaux équilibres et de nouveaux rapports de force avec la montée irrésistible des grands pays émergents (Chine, Inde, Brésil,...). Voici deux illustrations de la coexistence d'anciens et de nouveaux rapports de force, avec à la clef des défis pour l'Europe : 1- Nous allons continuer à vivre, pendant au moins quelques années, dans un monde où la causalité va des taux longs américains vers les taux longs européens (et non l'inverse), et cela découle de la profondeur et de la liquidité des marchés financiers américains. Espérer un « découplage » des taux européens dans le scénario d'une remontée des taux longs américains relèvera du vœu pieux pour encore quelque temps ! 2- Sur les deux déterminants essentiels de la compétitivité dans le monde de demain, à savoir la technologie et la formation (initiale, continue,...), les grands pays émergents nous rattrapent beaucoup plus vite que prévu. Ainsi, la Chine est déjà sur la « frontière technologique », ou très proche, sur nombre de productions, y compris sur des activités pour lesquelles les pays les plus avancés, y compris le nôtre, pensaient disposer d'une avance confortable : le nucléaire, l'automobile, les TGV...





Ce n'est pas sous-estimer les avantages de la globalisation financière que de rappeler les contraintes qu'elle suscite et va continuer de susciter pour les politiques économiques nationales. Ces contraintes sont souvent résumées par le « triangle d'incompatibilité » de R. Mundell et T. Padoa-Schioppa : on ne peut pas avoir à la fois une parfaite mobilité des capitaux, des taux de change stables et des politiques monétaires nationales autonomes. L'un des trois pôles doit céder. Lors de la mort du régime de *Bretton-Woods* en 1973, c'est la stabilité des changes qui a été sacrifiée, avec le passage aux changes flottants au plan mondial. Des changes flottants qui ont toutes les raisons de prévaloir encore longtemps, tant les conditions de retour à des changes moins instables semblent hors de portée, du moins à l'horizon des dix à quinze prochaines années... Avec l'euro, monnaie unique aujourd'hui de dix-neuf pays européens et qui est la forme la plus poussée de fixité des changes, c'est l'autonomie des politiques monétaires nationales qui a été remise en cause avec le passage à une politique monétaire unique pour les pays-membres. À partir de ce triangle, on peut, sur le papier du moins, imaginer des combinaisons variées. Mais, pour éclairer les choix publics, le dilemme souligné par Hélène Rey en 2013 est éclairant : des politiques monétaires nationales autonomes ne sont concevables que si elles s'accompagnent, *via* des politiques macroprudentielles, d'une gestion des flux internationaux de capitaux. Autrement dit, contrairement à ce que suggère le triangle *Mundell/Padoa-Schioppa*, le flottement du taux de change ne suffit pas à donner de l'autonomie à la politique monétaire nationale. En même temps, le contrôle des changes n'est certainement la panacée, et il serait aujourd'hui encore plus « poreux » qu'avant dans le monde du *Net*. La leçon concrète du dilemme de H. Rey est loin d'être évidente. Nous en trouvons une application indirecte avec les débats soulevés par la mise en place d'une taxe sur les transactions financières (TTF) par une partie (11 pays) de la zone euro. Cette TTF, mesure incitative ou plutôt désincitative, n'a rien à voir avec un contrôle des changes. Mise en œuvre, elle aurait malgré tout une incidence sur la localisation des activités financières, *via* des arbitrages réglementaires, et sur les flux de capitaux.

De même que la mondialisation va se poursuivre, de même l'intégration européenne va se renforcer, non pas malgré la crise de la zone euro depuis 2010 mais à cause d'elle. L'heure est clairement à l'approfondissement, non à l'élargissement, et il est difficile de faire les deux en même temps. Jacques Delors l'avait déjà dit avec force. L'hétérogénéité de la zone euro, le renforcement nécessaire de la gouvernance économique et politique européenne, la crise grecque, le scénario d'un possible « *Brexit* », tout cela appelle des réponses politiques et des changements institutionnels. L'hypothèse faite ici est que l'Europe à plusieurs vitesses, qui est plus qu'un scénario pour demain puisqu'elle est déjà la réalité d'aujourd'hui, va s'organiser plus et mieux pour permettre à un « noyau dur » de pays d'aller de l'avant. Comme par le passé, les chocs majeurs affrontés depuis 2010 devraient en définitive provoquer un rebond de la construction européenne.



## Croissance modérée et pression persistante sur les budgets publics

Tout dépend bien sûr de l'horizon temporel choisi. D'ici 2020, la croissance économique en moyenne dans la zone euro va certes s'accélérer, la reprise devant être en principe notable en 2016-2017 en comparaison de 2014 et même de 2015. Mais il ne faut pas non plus s'attendre à des chiffres mirobolants : la croissance effective d'un pays ou d'une zone ne peut pas s'écarter durablement de sa croissance potentielle, elle-même déterminée par des facteurs d'offre (la démographie, en l'espèce la croissance de la population active, la quantité de travail sur le cycle de vie qui dépend donc également de l'âge de la retraite, les gains de productivité qui sont intimement dépendants du rythme d'investissement). Or la croissance potentielle de la zone euro et de la France en particulier n'est pas aujourd'hui à 3 % par an ; elle serait plutôt de l'ordre de 1 à 1,3 %. C'est justement pourquoi il faut mettre en œuvre des réformes sur le marché des biens, sur le marché du travail,... pour relever la croissance potentielle, la croissance effective et mordre ainsi progressivement sur le chômage. Tout cela prendra du temps et il nous faudra des années pour retrouver durablement des croissances de 2 à 3 %.

Donc, même si l'accélération de la croissance va soulager un peu les budgets publics par le jeu des stabilisateurs automatiques (augmentation des recettes fiscales, réduction de certaines dépenses publiques), cela ne suffira pas pour revenir dans les normes du pacte de stabilité et de croissance et pour dissiper les tensions budgétaires. Le défi de la maîtrise des dépenses de l'État et des collectivités locales va rester prégnant. D'autant plus que tous les emprunteurs, publics comme privés, sont exposés à un choc sur les taux d'intérêt. Malgré des taux historiquement bas, les charges d'intérêt représentent environ 15 % des dépenses du budget de l'État en France. Avec une remontée prévisible des taux dans les deux-trois ans qui viennent, les marges budgétaires vont se restreindre : pour respecter nos engagements européens, il va falloir être encore plus ambitieux pour le contrôle des dépenses de fonctionnement, en évitant de sacrifier l'avenir (les dépenses d'investissement). La séquence pourrait être la suivante : d'abord, hausse des taux longs en Europe sous l'influence des taux longs américains, puis dans un second temps possible relèvement du taux directeur de la Banque centrale européenne (BCE) et des taux courts à partir de 2017 au vu de l'amélioration de la conjoncture et du rebond de l'inflation. Comme toujours, le calendrier exact d'un tel choc demeure incertain, alors que son sens est quant à lui prévisible. En France comme ailleurs, une gestion fine (« *fine tuning* ») de la dette publique à tous les niveaux (en priorité État et collectivités locales) peut permettre, préventivement, de réduire la sensibilité des budgets publics face à ce choc de taux, sans pouvoir prétendre la ramener à zéro.

La pression persistante sur les budgets publics malgré la reprise économique favorise l'essor de certains mécanismes financiers. En voici trois illustrations, qui viennent s'ajouter aux formules de Partenariat Public-Privé là où elles existent : 1- le recours plus systématique à des effets de levier. Grâce à l'essor des cofinancements public-privé, il y a là un effet multiplicateur dont le plan Juncker constitue, en Europe, une notable illustration. En effet, dans ce plan, 21 milliards d'euros d'argent public débouchent sur un financement total de 315 milliards,



et l'importance de l'effet de levier (de 15) soulève des interrogations et même quelques doutes. Dans chaque pays-membre, des effets de levier du même style, mais pas nécessairement de même ampleur, vont devenir monnaie courante. 2- l'essor des garanties de l'État, sans déboursement d'argent public *ex ante* (et souvent aussi *ex post*). Un exemple tourné vers l'avenir : dans le financement du projet ExpoFrance 2025 visant à obtenir pour Paris et la France l'Exposition universelle à l'échéance indiquée, il est prévu un emprunt relais entre 0,5 et 1 milliard d'euros pour combler le décalage dans le temps entre recettes et dépenses, emprunt qui serait garanti par l'État français. À ce stade, ce projet ne prévoit pas de sollicitations directes des budgets publics. 3- le développement de financements hors budget. Il est dopé, et va le rester dans l'avenir, par les fortes contraintes sur les budgets publics qui poussent à des formes nouvelles de « débudgétisation ». Pour l'Europe, sont visées ici les procédures et les circuits financiers sollicitant la Banque européenne d'investissement, le Fonds européen de stabilité financière (FESF) désormais remplacé par le MES (Mécanisme Européen de Stabilité)... En France, on note le rôle élargi de la BPI, qui comme la BEI, voit son impact démultiplié par des effets de levier. Ces circuits de financement, formellement hors budgets publics même s'ils sont alimentés en partie par de l'argent public et même s'ils peuvent être rendus attractifs grâce à des incitations fiscales (différentes formes de niches fiscales), permettent d'exploiter au mieux l'abondance d'épargne privée et de desserrer des contraintes de financement. Au plan européen, par exemple, ils ont pour effet de contourner le plafond de fait (car non inscrit dans les textes fondateurs) à 1 % du budget communautaire par rapport au PIB de l'Union européenne. À tous les niveaux, se pose la question du contrôle démocratique, en particulier parlementaire, de ces opérations hors budgets publics mais qui impliquent directement les pouvoirs publics (État, collectivités locales...), et apparaît donc un défi majeur mais qui n'est pas nouveau : comment concilier d'un côté réactivité et efficacité, de l'autre responsabilité (« *accountability* ») et contrôle démocratique ?

### **Le nouveau rôle des États : une transition qui s'accélère**

Pour reprendre la typologie proposée il y a longtemps par Richard Musgrave et depuis largement partagée, l'État assure trois rôles économiques principaux : 1- une fonction d'allocation, par laquelle il pallie les lacunes du marché : production de biens et services collectifs, correction et internalisation de certaines externalités non ou mal prises en compte dans le système des prix (pollution à l'origine d'externalités négatives, infrastructures publiques, éducation, santé... créatrices d'externalités positives). 2- Une fonction de stabilisation de la conjoncture, marquée du sceau de l'héritage keynésien et organisée autour de la mise en œuvre de politiques (monétaires, budgétaires...) contra-cycliques. 3- la fonction de redistribution (des revenus, des patrimoines, des dotations territoriales...), exercée en particulier *via* la politique fiscale.

Cette trilogie, qui peut d'ailleurs s'appliquer à l'ensemble des opérateurs publics et pas seulement à l'État, va rester pertinente dans l'avenir. Avec l'intégration européenne, la fonction de stabilisation est, dans une proportion significative, transférée à Francfort (BCE) et à Bruxelles (coordination des politiques budgétaires



nationales par l'entremise de la Commission européenne et du Conseil). L'État-nation va demeurer le principal producteur de biens et services collectifs (défense nationale et sécurité, éducation, santé, ...) et le principal correcteur des externalités, épaulé de façon croissante dans ces fonctions par les collectivités décentralisées mais aussi par des agences indépendantes chargées de missions de services publics. La fonction de redistribution va, elle aussi, continuer à relever pour l'essentiel de l'État-nation : même à l'intérieur de l'espace économique régional le plus intégré au monde qu'est la zone euro, les perspectives d'harmonisation et d'intégration fiscales entre pays-membres paraissent éloignées...

La trilogie de *Musgrave* rend mal compte des transitions déjà engagées et qui vont s'accélérer. Recul de l'État actionnaire avec la poursuite des privatisations : en avril 2015, d'après l'Agence des participations de l'État, la valeur des participations de l'État français était d'environ 110 milliards d'euros (dont 83 milliards dans des entreprises cotées). Essor de l'État incitateur pour encourager l'investissement, la R&D, les pôles de compétitivité, la transition énergétique, la lutte contre le changement climatique... et ce malgré le durcissement des contraintes budgétaires qui conduisent à réduire les dépenses fiscales. Essor de l'État régulateur, presque dans tous les domaines, sous la pression de la crise, face aux excès de la déréglementation (exemple spécialement frappant à propos de la banque et de la finance), face à des demandes du corps social pour moins d'instabilité, pour une concurrence effective et loyale... Là où la transition serait indispensable et où elle ne se fait pas spontanément, c'est dans la passage à un État éclairé du long terme et réducteur d'incertitudes. La mort inévitable, au cours des années 1980, de la planification indicative à la française a laissé un vide dans cette fonction chère à Pierre Massé de l'État réducteur d'incertitudes, qui n'a pas été comblé par les nouvelles stratégies face à la mondialisation et à l'intégration européenne. Nous y reviendrons plus loin.

## **À la recherche de nouvelles gouvernances**

### ***Gouvernance mondiale : rêver un peu mais pas trop !***

L'ONU et un certain nombre d'institutions spécialisées qui lui sont rattachées ont pris depuis vingt ans un rôle croissant dans la gouvernance économique mondiale. Cela tient à la multiplication et à l'aggravation des crises, et au renforcement de leur dimension économique, sociale, écologique, financière... Dans le contexte de budgets publics fortement contraints, de creusement des inégalités, de taux de croissance souvent insuffisants pour couvrir ce que François Perroux appelait les « *coûts de l'homme* », il devient de plus en plus difficile et arbitraire de séparer les diverses facettes d'un même défi. L'intégration nécessaire du géopolitique, du militaire, du sécuritaire, du social, de l'écologique, de l'économique et du financier, conduit à faire de « l'économie politique » comme la concevaient les grands penseurs du 18<sup>e</sup> et du 19<sup>e</sup> siècles.

Il existe un écart flagrant entre d'un côté l'élargissement des compétences économiques de l'ONU et des institutions dans sa mouvance, de l'autre côté les limites persistantes de leur contribution à l'établissement d'une gouvernance économique mondiale digne de ce nom et à la hauteur des défis à relever. L'ONU



et ses institutions spécialisées couvrent désormais presque tout le champ des défis sociétaux. Les Objectifs du millénaire pour le développement (OMD), affichés en 2000 pour l'horizon 2015, ont marqué les esprits par leur caractère ambitieux et intégrateur. La difficulté de la démarche, apparue très vite, est de concrétiser ces grands axes dans des politiques publiques et de se mettre d'accord sur les bons indicateurs quantitatifs. La crédibilité globale de l'exercice demeure entachée par l'écart entre les principes affichés et la réalité. C'est à la lumière de ce constat qu'il faudrait aujourd'hui ajuster la démarche des OMD.

L'ONU a aussi joué un rôle important dans les débats internationaux pour « aller au-delà du PIB » en intégrant des dimensions humaines, sociales et environnementales négligées en comptabilité nationale, et ce avant même le rapport Stiglitz-Sen-Fitoussi (2009) et les multiples travaux engendrés à sa suite. C'est ainsi que les indicateurs de développement humain (IDH) sont devenus des références et des comparatifs incontournables, désormais complétés par des indicateurs de développement durable.

L'implication de l'ONU dans la lutte contre le changement climatique est une condition nécessaire, mais pas suffisante, pour l'obtention d'accords internationaux engageant réellement (donc pas seulement facialement) les pays signataires. Le rapport Stern (2006), réalisé à l'initiative de la Grande-Bretagne mais qui a eu en fait un écho mondial, avait bien posé le problème à l'articulation de l'écologie et de l'économie : en l'espèce, le coût de la non-action surpasse, et de loin, le coût de l'action. La convention cadre des Nations unies sur le changement climatique va donner lieu à la fin de 2015 à la COP 21 réunie à Paris, conférence dans laquelle les autorités françaises et, espérons-le, nombre d'autres responsables placent beaucoup d'espoirs. Comment dépasser le stade des meilleures intentions pour aller vers des engagements précis et jugés suffisamment contraignants par ceux qui les acceptent, qu'il s'agisse des États-Unis, de l'Europe, des grands pays émergents (Chine, Inde...)... ? L'équation est plus facile à poser qu'à résoudre.

Afin de donner du contenu et de l'effectivité à la gouvernance mondiale, plusieurs axes sont à emprunter.

### *1- Débloquer une OMC paralysée*

Depuis trop d'années, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) est à l'arrêt, empêtrée dans des négociations commerciales bloquées par le jeu des intérêts nationaux et du soupçon généralisé. D'où la multiplication des accords commerciaux bilatéraux, déjà évoquée. Certes, nous ne sommes pas dans les années 1930, nous ne sommes pas menacés par le retour d'un protectionnisme généralisé qui ne ferait que des perdants. Mais la vigilance s'impose, et le bilatéralisme doit être vu comme un complément, et non comme un concurrent, du multilatéralisme. La partie de l'OMC qui fonctionne encore réellement est constituée par l'Organe de règlement des différends (ORD), qui tranche les litiges commerciaux interétatiques. Il faut veiller à sa bonne marche, car le dispositif ainsi mis en place devrait inspirer d'autres domaines que le commerce.



## 2- Accélérer l'aggiornamento des organismes de Bretton Woods

Le FMI et la Banque mondiale font partie de la galaxie ONU. La Banque mondiale, versée dans le financement de projets et de programmes généralement à long terme, avait commencé sa mue vers plus de pragmatisme et de bénévolence à l'égard des pays en développement depuis assez longtemps. Du côté du FMI, l'évolution est plus récente. On a même vu – tout peut arriver ! – le FMI faire son *mea culpa* en 2013-2014 à propos de la gestion de la crise grecque et plus généralement des politiques d'austérité appliquées en Europe, dont l'effet combiné a conduit à des récessions excessives... Le débat sur la stratégie et la conditionnalité des organismes de *Bretton Woods* est loin d'être clos. Il se double d'un débat de gouvernance. La crise mondiale et l'affirmation du format G20 (par rapport au format G7/G8) ont conduit à un accord de principe pour accroître le poids des grands pays émergents (Chine, Inde,...) dans la gouvernance du FMI et de la Banque mondiale. Le Congrès américain bloque la ratification de tels accords, conduisant ainsi ces mêmes pays émergents, par une impatience qu'on peut comprendre, à multiplier les initiatives en faveur de banques de développement régionales (Banque asiatique d'investissement pour les infrastructures...). Il serait temps d'ajuster les composantes de la gouvernance mondiale selon les nouveaux rapports de force dans l'économie mondiale.

## 3- Résister à « l'inflation institutionnelle »

Face à un problème nouveau, ou à un problème ancien mais récemment reconnu comme prioritaire, la tentation est grande de créer une nouvelle institution internationale, rattachée ou non à la famille ONU. C'est ainsi que fleurissent, sous la pression des crises, des projets pour créer une Organisation mondiale de l'environnement (OME), une Organisation mondiale de la finance (OMF) calquée sur l'OMC... Avant de se lancer dans des créations, il faudrait d'abord améliorer la coordination entre les institutions internationales existantes, et le chantier est grand ouvert, tant l'articulation entre le FMI (le monétaire et le financier) et l'OMC (le commercial), entre d'une part le FMI et la Banque mondiale, d'autre part l'Organisation internationale du travail (le social) laisse à désirer de nouvelles instances dans un paysage déjà chargé risquerait de compliquer encore un peu plus les problèmes de coordination... Plutôt qu'une OMF qui pourrait connaître les mêmes déconvenues que l'actuelle OMC, il faut renforcer les compétences de la Banque mondiale et du FMI, sous les conditions préalables que ces deux organismes accentuent leur pragmatisme et leur distanciation idéologique vis-à-vis de politiques excessivement orthodoxes et encore qualifiées aujourd'hui de « consensus de Washington », et qu'ils rééquilibrent leur gouvernance au profit des pays du Sud comme indiqué plus haut. Plutôt qu'une OME, il faut accroître les pouvoirs de l'ONU dans la lutte contre le changement climatique et favoriser le rebond de l'OMC.

## 4- Durcir les règles internationales

La crise mondiale depuis 2008 a été gérée en dehors du groupe ONU, *via* le G20, le Conseil de stabilité financière (à Bâle)... Le FMI a été en pratique plus sollicité pour aider à traiter la crise de la zone euro (il est l'un des acteurs de la fameuse « troïka ») que pour répondre aux différents défis posés par la crise



mondiale. Une lacune essentielle de la gouvernance mondiale présente tient au fait que le G20 tout comme le G7/G8 ou le Conseil de stabilité financière ne peuvent émettre que des recommandations. Dans cet univers de la « *soft law* », chacun rentre chez soi après chaque sommet du G20 et décide unilatéralement de ce qu'il va faire des recommandations arrêtées ensemble. Nous aurions vraiment besoin d'un droit un peu plus « dur », d'une gouvernance mondiale plus musclée comportant des règles contraignantes et des sanctions crédibles vis-à-vis des pays déviants. Le dispositif mis en œuvre pour le Conseil de sécurité de l'ONU n'est pas transposable tel quel pour les questions économiques et sociales, et par ailleurs il suscite lui-même un certain nombre de critiques. Mais les résistances face à l'affirmation d'une gouvernance économique mondiale sont politiques, et non pas techniques ou procédurales. La conscience croissante des enjeux collectifs, en particulier du changement climatique, ainsi que la fréquence des évolutions « gagnant-gagnant » vont pousser à plus et mieux d'intégration et de coordination, au plan mondial comme en Europe, et ce malgré les résistances fréquentes au nom de la souveraineté nationale, réelle ou illusoire. Il reviendra aux responsables politiques de saisir les opportunités pour mettre en place une gouvernance mondiale effective et crédible, dans laquelle la galaxie ONU tiendra forcément une place de choix sans être aucunement exclusive.

### ***Gouvernance européenne : des attentes légitimes***

#### ***1- La politique monétaire de la BCE***

Face au risque de déflation, face aux exigences de la reprise, la BCE met en œuvre, tout spécialement depuis juin 2014, une politique pragmatique et très accommodante. Ce faisant, elle a catalysé depuis cette date un recul du taux de change de l'euro, d'autant plus que dans le même temps la *Fed* a commencé à diminuer son activisme monétaire. Depuis la mi-2014, la politique de change n'est plus un sujet tabou pour la BCE, et cet *aggiornamento* est plus que bienvenu dans le contexte mondial de la « guerre des monnaies » où l'arme du taux de change est employée par chacun pour améliorer de façon fort peu coopérative sa situation...

Il faut saluer également le souci de la BCE d'être plus transparente et plus responsable (« *accountable* »). La publication des délibérations du Conseil des Gouverneurs va dans le bon sens, même si les comptes-rendus sont moins détaillés que ceux accessibles aux États-Unis ou en Grande-Bretagne. Pour le reste, demeurent trois interrogations majeures.

Quelle est l'efficacité réelle de la politique monétaire conventionnelle, qui recourt à l'arme des taux d'intérêt, dans un contexte où les taux réglementés s'appliquent à une part significative de l'épargne privée ? Ce débat ne concerne pas que la France, mais disons qu'il nous touche tout spécialement vu le poids de l'épargne à taux réglementés chez nous. Force est de constater que l'émotion suscitée périodiquement lors de l'ajustement – surtout s'il s'agit d'une baisse... – des taux du livret A et d'autres produits financiers à taux réglementés n'a pas reculé malgré le recours des autorités monétaires à une formule liant ces taux à des indicateurs « objectifs » (taux du marché monétaire, taux d'inflation).



Quelle sera l'efficacité réelle de la politique monétaire non conventionnelle de la BCE, en particulier du QE (« *quantitative easing* ») annoncé en janvier 2015, mis en œuvre à compter de mars 2015 en principe jusqu'en septembre 2016 ? Certes, les achats massifs d'obligations publiques et privées vont à la fois fournir des liquidités à l'économie et conforter le régime en vigueur de bas taux d'intérêt. Mais la transmission de ces impulsions monétaires vers le crédit et vers le financement de l'économie réelle (consommation, investissement,...) n'a rien de mécanique. Elle est conditionnée, et va le rester, par le jeu des canaux de transmission déjà évoqués à propos des taux réglementés mais qui mettent en action bien d'autres effets, par l'impact du QE sur la confiance et les anticipations des agents privés... Même si la politique monétaire est par définition unique dans la zone euro, ses effets au point d'arrivée dans les pays-membres diffèrent car les structures de financement (par exemple les poids respectifs des financements bancaires et des financements de marché) ainsi que les canaux de transmission varient d'un pays à l'autre. Un tel état de fait, qui complique la tâche de la BCE, ne va pas se dissiper d'un coup de baguette magique...

Avec l'Union bancaire en Europe, mise en place depuis novembre 2014, comment la BCE va-t-elle articuler, et dans certaines circonstances particulières concilier, les deux missions qui lui incombent, sa fonction monétaire et son rôle prudentiel de supervision des banques de la zone ? Dans le contexte actuel, la politique monétaire et la politique prudentielle ne soulèvent pas de dilemme spécial. Le jour où, pour des raisons monétaires (rebond de l'inflation,...), la BCE devra remonter sensiblement ses taux directeurs, des conflits seraient susceptibles d'apparaître entre l'objectif de stabilité monétaire et la quête de la stabilité financière, car un tel relèvement des taux courts, surtout s'il est brutal, pourrait fragiliser les banques qui se financent sur le marché monétaire.

## *2- Gouvernance budgétaire européenne : progrès et limites*

Le Traité sur la stabilité, la coordination et gouvernance (TSCG) de 2012 est à la fois le produit de la crise dans la zone euro et le support d'une gouvernance budgétaire améliorée dans la zone. Les progrès sont multiples : affinement des indicateurs, avec la promotion nécessaire des soldes budgétaires structurels (c'est-à-dire corrigés des mouvements conjoncturels et de leurs incidences sur les recettes et les dépenses publiques); renforcement du cadrage macroéconomique, avec l'intervention du Haut Conseil des finances publiques et d'organismes semblables dans les autres pays-membres ; extension des procédures de concertation entre la Commission et chaque pays *via* le semestre européen et le « *six pack* ».

Le dispositif mis en place donne un meilleur cadrage et une meilleure assise au pacte de stabilité et de croissance (PSC). Il est cependant relativement complexe et difficile à partager avec les non-spécialistes ; la sémantique utilisée constitue un peu une barrière à l'entrée... Un débat récurrent, déjà apparu lors de la réforme du PSC de 2003, est de savoir s'il faut faire sortir certaines dépenses publiques prioritaires du calcul des soldes budgétaires. Ce débat ressurgit aujourd'hui à propos des dépenses de défense et de sécurité vu le niveau élevé des menaces terroristes. La difficulté tient en ce que des exemptions même justifiées vont en





susciter d'autres beaucoup moins légitimes. C'est pourquoi, même si le clivage entre les dépenses publiques de fonctionnement et d'investissement est essentiel au regard de l'impératif de croissance et de réduction du chômage, il demeure très délicat de valider une logique d'exemptions.

Le renforcement de la gouvernance budgétaire européenne bute par ailleurs sur des limites intrinsèques. Certaines sont de nature politique, et découlent par exemple des faibles avancées de l'Europe, empêtrée dans les pièges de l'unanimité, en matière d'harmonisation fiscale. Sur un sujet apparemment technique comme le rapprochement de l'impôt sur les sociétés dans le marché unique, la Commission européenne, battant en retraite, a dû depuis quelques années abandonner ses ambitions sur la convergence des taux pour se cantonner dans l'harmonisation de l'assiette, et même là, et même dans le seul dialogue franco-allemand, l'exercice se révèle compliqué et décevant. Dans un tel contexte où la coordination budgétaire atteint vite ses limites, il n'est pas étonnant que le projet des euro-bonds, si présent dans les débats européens de 2011 à 2013, ait été renvoyé *sine die*...

La gouvernance budgétaire européenne bute aussi sur la question des sanctions à l'égard des pays qui dévient durablement des normes du PSC. De ce point de vue, la réforme du pacte de stabilité n'a rien changé : les déviants doivent en principe effectuer des dépôts non rémunérés à la BCE proportionnés, entre autres références, à l'ampleur du dépassement. En pratique, ce dispositif a perdu très vite toute crédibilité. Il n'a jamais été appliqué malgré la fréquence des cas de dépassement, sans doute aussi – ce n'est pas le seul motif – parce qu'il est déstabilisant : les pays-membres en difficulté le seraient encore plus du fait de l'obligation de dépôts. Le temps est probablement venu de remettre dans le débat des propositions avancées il y a quelques années par différents responsables européens, tournant autour de l'idée de sanctions politiques (pertes temporaires des droits de vote dans les instances européennes pour les pays déviants) ou financières (pour ceux-là, privation temporaire de l'accès à tout ou partie des fonds structurels). De toute façon, il paraît délicat d'affiner les règles de la gouvernance budgétaire européenne sans, parallèlement, améliorer le contenu et la crédibilité de la surveillance et des sanctions éventuelles à mettre en œuvre.

*Last but not least*, la crise de la zone euro a rouvert le débat sur l'hétérogénéité de cette zone et la manière d'y faire face. La question posée va bien au-delà du cas de la Grèce, puisqu'elle touche aux divergences réelles, aux écarts de compétitivité et de soldes extérieurs intra-zone. Sans revenir sur les critères théoriques des « zones monétaires optimales » et la distance observée en l'espèce entre les prescriptions de la théorie et la réalité, il faut observer que le projet et les ambitions européens sont forcément interpellés par les turbulences depuis 2010. La spécificité de l'Europe aujourd'hui, c'est moins l'existence de l'hétérogénéité – Paris est hétérogène du point de vue économique et social, la France aussi... – que son ampleur, son accentuation contrairement à l'espoir que la monnaie unique allait précipiter des convergences réelles, et surtout l'insuffisance de moyens politiques et budgétaires pour gérer une telle hétérogénéité. Le Nobel Robert Mundell nous expliquait il y a plus de cinquante ans que des pays ne peuvent se marier par la monnaie que si la mobilité du travail entre ces pays est forte. La mobilité du travail



va demeurer faible à l'intérieur de l'Europe à l'horizon des cinq prochaines années (pour s'en tenir à cet horizon), pour de multiples raisons. Il faudra alors compter sur l'autre « jambe », à savoir l'accroissement des transferts publics centralisés, pour gérer les inévitables asymétries et hétérogénéités intra-zone. En étant conscient que relancer cette piste, c'est ouvrir la boîte de Pandore du budget européen où se mêlent de manière inextricable considérations techniques et arguments politiques.

### *3- Un souhait à propos du plan Juncker*

Le plan Juncker de 315 milliards d'euros sur trois ans va, sans aucun doute, contribuer à conforter la croissance dans l'UE. Il a, entre autres, le mérite de mettre au centre du dispositif la BEI qui doit et peut jouer un rôle accru dans le recyclage de l'épargne privée, abondante dans l'espace européen, vers le financement des investissements. Ce plan repose, nous l'avons vu, sur l'hypothèse d'un fort effet de levier concernant le financement par des capitaux privés. À propos du tempo, c'est maintenant, non pas dans deux-trois ans, qu'il convient de soutenir la croissance et l'emploi en Europe. C'est pourquoi il est hautement souhaitable que les décaissements des premiers projets financés interviennent sans tarder. Les procédures mises en place doivent être orientées vers cette exigence de réactivité, parfaitement compatible avec des objectifs et des contraintes de sécurité et de rentabilité.

### *4- Institutionnaliser l'Europe à plusieurs vitesses*

L'Europe est déjà à plusieurs vitesses (ou, ce qui revient au même, à géométrie variable). Plus exactement, la réalité est déjà celle de plusieurs Europe à plusieurs vitesses, car l'aire de référence varie d'un thème à l'autre. Cette aire n'est pas la même pour l'Europe du marché unique, pour l'Europe de Schengen, pour l'Europe de l'euro, pour l'Europe de la défense, pour l'Europe de la TTF..., et cette multiplication des aires pertinentes, expression d'une Europe « à la carte », complique sérieusement la gouvernance européenne. Sous l'angle juridique, la formule de la coopération renforcée, par exemple mise en œuvre pour la TTF, et celle de la coopération structurée permanente en matière de défense et de sécurité sont des outils nécessaires à l'institutionnalisation d'une Europe à géométrie variable. Ils ne sont certainement pas suffisants pour installer dans la durée une telle configuration.

Parmi les critères de différenciation mais aussi de convergence des pays européens, l'appartenance ou non à l'euro doit primer sur les autres considérations. La zone euro, probablement stabilisée pour quelque temps dans sa composition avec le maintien de la Grèce et la gestion dans le temps, sans précipitation, de nouvelles entrées, est l'aire de référence pertinente pour la stratégie d'approfondissement. Les projets soutenus par la France et quelques autres partenaires pour mettre en place un Parlement de la zone euro comme sous-ensemble du Parlement européen, pour concevoir un budget propre de la zone euro comme sous-partie du budget communautaire, pour renforcer et vraiment institutionnaliser l'Eurogroupe comme instance décisionnelle des chefs d'État ou de Gouvernement et des ministres des finances, arrivent au bon moment de l'histoire européenne et méritent d'être mis en œuvre. Le saut qualitatif proposé est à la fois essentiel et compliqué. Les



obstacles vont être de toutes sortes, juridiques (il faudra changer une partie des traités fondateurs), politiques... Comment contourner le fait qu'il faut l'unanimité pour lever l'exigence de l'unanimité ? Peut-on compter sur une attitude plus ouverte à ces évolutions de la part des pays hors euro de l'UE, en particulier de la Grande-Bretagne, de la Suède ou de la Pologne ? En quoi de telles avancées peuvent-elles être influencées par les choix propres de la Grande-Bretagne à l'horizon 2017 ? Nous sommes à la veille d'une difficile course d'obstacles, mais le jeu en vaut la chandelle.

## **Nouvelles logiques, nouvelle légitimité de l'action économique publique**

### ***L'État régulateur : à la recherche de la qualité***

Toute crise majeure provoque un mouvement de reréglementation, et celle enclenchée depuis 2007-2008 ne fait pas exception. Ce mouvement concerne différents secteurs, et comme souvent, il est parfaitement compatible avec la poursuite de la libéralisation dans d'autres secteurs. Pour être clair et concret, la reréglementation de la banque et de la finance depuis la faillite de *Lehman Brothers* va de pair, dans nombre de pays dont la France, avec le renforcement de la concurrence sur le marché des biens et services (exemple en France de la loi Macron) et de l'assouplissement de certaines règles sur le marché du travail. Une Organisation internationale comme l'OCDE exhorte constamment les pays-membres à marcher sur les deux jambes, c'est-à-dire à combiner les réformes du marché des biens et du marché du travail. Plus facile à dire qu'à faire...

Nous allons nous concentrer sur le domaine bancaire et financier, car il s'agit d'un thème dominant depuis 2008 et sur lequel des initiatives importantes ont été prises par le G20, par le Conseil de stabilité financière... Dans l'UE, ces initiatives ont donné lieu à l'adoption de nombre de directives et règlements. Ces nouveaux textes, ainsi que le démarrage de l'Union bancaire et le projet d'Union des marchés de capitaux vont entraîner une nouvelle répartition des compétences entre les régulateurs nationaux (en France, l'Autorité de contrôle prudentiel et de régulation, l'Autorité des marchés financiers, l'Autorité des normes comptables...) et les superviseurs et régulateurs européens (BCE, Autorité européenne des marchés financiers (ESMA), Autorité bancaire européenne (EBA), Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (EIOPA)...). Mais, à tous les niveaux, le défi est le même : il ne s'agit pas d'ajouter des milliers de pages de réglementation à celles existantes, mais de privilégier le critère de la qualité de cette réglementation. Prenons l'exemple du dispositif Bâle III, la nouvelle réglementation prudentielle des banques. La plus ou moins grande qualité de ce dispositif est liée à sa capacité à concilier trois objectifs qui peuvent se révéler dans certains cas difficilement compatibles : 1- la sécurité et la stabilité du système financier ; 2- un financement suffisant (en quantité et qualité) de l'économie réelle ; 3- une concurrence loyale entre les opérateurs proposant des services bancaires et financiers, ce qui renvoie au mythe « *level playing field* » des anglo-saxons mais aussi à la régulation de la finance parallèle (« *shadow banking* »).



Afin de concilier au mieux ce qui pourrait l'être difficilement, l'attention doit être portée sur la question du calibrage, pivot de la qualité de la réglementation. Pour prolonger l'exemple de Bâle III, de nombreuses simulations sur les effets économiques prévisibles de cette nouvelle réglementation ont été effectuées. Malgré cela, on peut penser que le nouveau dispositif n'a pas été parfaitement bien calibré dans le contexte européen : il risque d'avoir des conséquences négatives pour le financement bancaire de l'économie réelle, en particulier pour le financement bancaire des PME et des ETI. Dans l'arbitrage entre le souci de la stabilité financière et l'exigence de financements au service de la croissance et de l'emploi, l'équilibre obtenu ne paraît pas optimal. On l'aura compris à la lumière de cet exemple qui peut être généralisé, la recherche du bon calibrage des normes et standards est un exercice complexe. Les aspects juridiques sont essentiels. Ils doivent être complétés par des travaux plus nombreux et approfondis sur l'économie politique des réglementations, un domaine qui enfin se développe en France mais dans lequel notre pays accuse encore un retard notable vis-à-vis des pays anglo-saxons. Parmi les sujets qui méritent aujourd'hui plus d'attention et mieux d'intégration des approches juridiques, économiques, financières et comptables, on peut citer, et la liste n'a rien d'exhaustif, la régulation de la finance parallèle (« *shadow banking* »), la connaissance et la surveillance des transactions sur les marchés de gré à gré d'instruments dérivés (objet du règlement européen EMIR), la régulation du « *trading* haute fréquence »,...

### ***Renforcer le souci d'efficacité et la culture de l'évaluation***

La LOLF a imposé une rationalisation budgétaire et administrative qui fournit désormais un cadre de référence à l'action publique. Appliquée au budget de l'État, il s'agit de l'étendre aux autres opérateurs publics, en particulier aux collectivités locales. Car la maîtrise des budgets de ces collectivités devient un enjeu européen et national de première importance. La RGPP ? La MAP ? Les sigles se succèdent plus vite que la réalité ne bouge. Le souci de l'efficacité des dépenses publiques n'est pas nouveau, comme en attestent les expériences dans les années 1960-1970 du PPBS aux États-Unis ou de la RCB en France. Les tensions budgétaires en cours redonnent une nouvelle légitimité à la démarche, en particulier dans un domaine comme la défense et la sécurité où les contraintes budgétaires viennent contrecarrer des demandes additionnelles dopées par les nouveaux conflits et les nouvelles formes de terrorisme.

La problématique de l'efficacité des dépenses publiques ne doit pas se substituer aux choix du Gouvernement et du Parlement, mais elle doit les éclairer. La volonté politique fait parfois défaut, mais la méthodologie de l'efficacité de l'action publique pêche elle aussi souvent par incomplétude. Qu'il s'agisse de dépenses de défense, d'éducation, d'intervention économique..., les défis n'ont pas vraiment changé depuis des années malgré des progrès indéniables dans la modélisation : comment bien identifier l'ensemble des coûts et avantages, directs et indirects, associés à telle ou telle dépense publique ? Comment valoriser les externalités, positives ou négatives, engendrées ? Quel est le bon taux d'actualisation à retenir, et qu'indique-t-il vraiment sur la façon dont une société, par l'entremise de ses responsables publics, affiche sa préférence pour le présent et donc sa dépréciation du futur ?



L'évaluation de l'action économique publique sollicite des critères d'efficacité, mais son ambition est plus large que la seule efficacité puisqu'elle intègre aussi, pour reprendre la typologie de Musgrave, des critères relatifs aux fonctions de stabilisation et de redistribution exercées par la puissance publique. L'évaluation *ex post* des politiques publiques est déjà délicate, l'évaluation *ex ante* l'est plus encore et pourtant c'est elle qui est la plus indispensable pour éclairer les choix publics. La France s'efforce de rattraper son retard en la matière vis-à-vis des États-Unis, et il ne faut pas sous-estimer le rôle joué par France Stratégie pour ancrer chez nous, et à propos de beaucoup de domaines de la politique économique, une culture d'évaluation *ex post* et *ex ante*. Il nous faut redoubler d'ambition et de résultats car l'évaluation sert à la fois des objectifs d'efficacité, de transparence et de qualité du débat démocratique.

### **Retrouver le sens du long terme**

Transition énergétique, lutte contre le changement climatique, développement durable, dépenses d'avenir (R&D, éducation, santé...) conséquences du vieillissement, la liste est longue des défis relevant par essence d'une problématique de longue période.

Il n'y a pas que les marchés financiers qui soient myopes, et encore ne le sont-ils pas toujours... Les États et d'autres opérateurs publics se sont souvent laissés contaminer par le court-termisme ambiant. Plusieurs facteurs ont poussé dans le même sens, et continuent de le faire : les crises à répétition, les aléas d'une mondialisation et d'une globalisation financière mal régulées, la gestion du cycle électoral par les gouvernants quelle que soit leur couleur politique... Le temps de la planification indicative à la française est révolu depuis longtemps. Pourtant, la nécessité de se projeter dans le long terme n'a jamais été si prégnante, qu'il s'agisse de relever la croissance potentielle et la croissance effective, de faire respecter une trajectoire pour les finances publiques ou de mettre en œuvre les réformes structurelles, catégorie au contenu ô combien hétérogène et ambigu.

Du côté français, l'impératif du long terme a mal résisté à la mort de la planification indicative. Durant ces dernières années, les travaux de la Commission Attali, ceux de la Commission Juppé-Rocard pour le grand emprunt, le programme de dépenses d'avenir qui en a découlé, amplifié par delà l'alternance politique, le rôle de coordination joué par le Commissariat général à l'investissement (CGI), témoignent d'un retour graduel, mais trop lent, du long terme. De grandes ambitions pour Paris et la France comme les JO de 2024 ou l'Exposition universelle de 2025 contribueraient, si elles étaient concrétisées, à nous redonner le sens du long terme et à inscrire l'action économique publique dans la longue période, qu'il s'agisse de dépenses d'infrastructure, de nouveaux partenariats public-privé, de liens resserrés entre la politique culturelle et l'action économique... Si je suis engagé à fond dans le projet ExpoFrance 2025, c'est aussi parce qu'il faut laisser aux jeunes générations autre chose que de la dette et du chômage, et parce qu'il y a là un vecteur puissant pour que notre pays et notre corps social trouvent ou retrouvent le sens du long terme.





# L'action économique des personnes publiques : quelques réflexions concernant l'État

*Par Louis Gallois,  
président du conseil de surveillance de PSA Peugeot Citroën,  
ancien commissaire général à l'investissement*

Sur un sujet aussi vaste, je me suis limité à quelques réflexions « parcellaires » concernant l'État.

## 1. Les changements à l'œuvre

Ils sont de plusieurs ordres et conduisent à un « paysage » très différent de celui qui a structuré l'action économique de l'État depuis l'après-guerre jusqu'à la décennie 1990.

- Le premier changement, c'est la **mondialisation** qui à la fois, renforce et diversifie la concurrence, internationalise les chaînes de production et modifie l'équilibre des forces avec la montée des émergents. L'action de l'État doit s'adapter, se réorganiser alors qu'elle perd des capacités d'impact du fait même de cette mondialisation.

- Le deuxième changement, c'est **l'irruption du numérique** ; il va bouleverser le fonctionnement de l'économie, générer de nouveaux acteurs, accélérer les évolutions. L'État sera lui-même impacté et les points d'application de son action vont profondément changer.

Une part croissante des décisions économiques relève de l'Union européenne et ne sont plus entre les mains des États. Les évolutions à venir, en particulier dans la **zone euro** en voie d'intégration, amplifieront certainement ce phénomène.

- L'État pour sa part dispose de **moyens plus limités** du fait des contraintes budgétaires ; cette situation concerne également les collectivités locales. Il est donc conduit à agir plus largement à travers la loi et le règlement, au risque, d'ailleurs, de rendre de plus en plus complexe le dispositif de régulation de l'économie.

- De nouveaux acteurs émergent en France même : **les régions** se jugent plus proches des réalités du terrain et aspirent à un rôle économique accru que leur confère d'ailleurs la loi dite NOTRe. Les **autorités indépendantes de régulation** – hors influence directe de l'État – se sont multipliées comme autant de démembrements de l'action publique.

- Enfin, et c'est pour partie la cause ou la conséquence des changements évoqués plus haut, le **cadre « idéologique » de l'action de l'État** a profondément changé : le colbertisme « pompidolien » a mauvaise presse ; les nationalisations



sont devenues un épouvantail. L'État, à cours d'argent d'ailleurs, est sommé de se désengager, sauf lorsqu'il y a crise car on se plaint alors de son inaction. L'action de l'État est jugée légitime sur « l'écosystème » des entreprises ; elle est suspecte dès qu'elle s'engage dans le soutien sectoriel – d'ailleurs largement banni par la réglementation européenne –, ou dans toute tentative de « planification » de l'évolution économique.

## **2. Pour une action économique publique reconnue et efficace**

Il convient tout d'abord de dénoncer le procès en légitimité. Expression de la démocratie, l'État n'a pas à s'autocensurer même s'il doit connaître les limites de sa pertinence.

- Le marché n'est pas omniscient. La thèse selon laquelle il se trompe moins que les États a été contrebattue par la crise de 2008. Laissé à lui-même, il peut conduire à la loi du plus fort – les GAFA (Google, Apple, Facebook, Amazon) aujourd'hui – ou à la loi de la jungle : l'institutionnalisation du travail « au noir » par UBERpop.
- La puissance publique – sous le contrôle des électeurs – exprime l'intérêt général... qui a le droit de s'exprimer !
- Aucun pays – sauf peut-être la Pologne dans les deux ou trois années qui ont suivi la chute du Mur – n'a renoncé aux outils de l'action économique publique même lorsqu'il multiplie les professions de foi les plus libérales.

Quelques principes doivent, semble-t-il, guider l'action économique publique.

### ***Clarté des objectifs***

Ce n'est pas le plus simple, tant l'État, surtout dans un pays comme la France, est attendu sur tous les sujets – même quand son action, on l'a vu, peut être jugée suspecte : croissance, emploi, compétitivité, indépendance, équilibres sociaux et régionaux, redistribution, environnement ... Il appartient à l'État, à tous moments et de façon claire, explicite, de « prioriser », de hiérarchiser les objectifs et d'établir leur cohérence. Cela relève largement du débat démocratique et c'est le rôle éminent de la politique. Mais si on ne fait pas ce travail, si on ne cherche pas à dégager des consensus aussi larges que possible, même provisoires, si *in fine*, on ne tranche pas, on établit une confusion qui rend inaudible le discours et indéchiffrable, incompréhensible, l'action de l'État.

### ***Cohérence***

La mise en cohérence des mesures mises en œuvre pour atteindre les objectifs est essentielle. L'État doit vérifier constamment la cohérence des dispositions qu'il adopte avec les objectifs prioritaires qu'il a définis. Cela veut dire que les études d'impact, et les évaluations des actions menées méritent d'être systématisées. Cette cohérence doit être affichée et d'une certaine manière, « mise en scène ». C'est cela qui éclaire les acteurs économiques et leur donne confiance.





### ***Visibilité, prévisibilité, stabilité***

Une fois les priorités choisies, l'État ne doit pas craindre de donner sa vision de l'avenir à construire, non pas pour revenir à la défunte « planification à la française », mais pour donner de la visibilité aux acteurs économiques. À cet égard, le Commissariat général à la stratégie (par exemple le Commissariat au Plan) peut jouer un rôle très utile « d'éclaireur » pour le compte de l'État, notamment sur les priorités qu'il retient. À partir de là, il convient d'éviter – ce qui est une plaie française – le raz de marée législatif et réglementaire qui est un aveu de faiblesse de l'État ; et ne pas nous livrer à notre sport favori : les embardées et les changements constants de règles ou de dispositifs qui paralysent les acteurs économiques.

### ***Souplesse et rapidité d'action***

La mondialisation et l'irruption du numérique vont réclamer beaucoup plus de capacité d'adaptation et de vitesse dans la prise et la mise en œuvre des décisions.

### ***Persévérance***

C'est le dernier principe ; il est essentiel car l'action publique ne produit ses effets positifs que dans le temps. Les réformes Schroeder en Allemagne ont été portées – *ne varietur* – par trois majorités différentes et deux chanceliers de bords opposés ! Mais le résultat est là ; c'est un défi adressé à notre fonctionnement démocratique et électoral et au raccourcissement du temps médiatique.

## **3. Les outils à renouveler**

Le choix des outils est déjà, en lui-même, une indication sur le contenu d'une action publique jugée souhaitable. Je vais néanmoins tenter de me concentrer sur les instruments nouveaux ou renouvelés dont l'État dispose.

**L'État a déployé récemment des outils nouveaux** ; il est encore trop tôt pour mesurer leur efficacité de long terme mais ils produisent déjà de premiers résultats encourageants. À titre d'exemple :

**Le Programme des Investissements d'Avenir (PIA)** géré par le Commissariat Général à l'Investissement est le plus important d'entre eux. Constitué d'une petite équipe très diversifiée dans son recrutement de chargés de mission de grande qualité, le CGI assure la coordination interministérielle et propose les décisions au Premier ministre dans des conditions de bureaucratie minimum. Les financements offerts par le PIA épousent les besoins exprimés – subventions, avances remboursables, prêts, ou encore dotations en capital – avec une grande souplesse sans référence à l'annuité budgétaire. Tout cela fait frémir la Cour des Comptes ! Le PIA finance exclusivement « ce qui prépare l'avenir », « ce qui marche » : recherches, innovations, technologies clés, rupture numérique, transition énergétique... ; il accompagne les pôles de compétitivité, finance des structures partenariales (institut de recherche technologique (IRT), instituts pour la transition énergétique (ITE), sociétés d'accélération du transfert de technologies (SATT), Instituts Carnot...), appuie les programmes de la « France



Industrielle » ou de la *French Tech*, dote BPI France. Il y a là une véritable novation dans l'action de l'État, trop méconnue car elle peut indiquer les voies vers une action publique souple, adaptable et efficace.

J'ai cité la **France Industrielle**. Le caractère innovant de cette initiative vient non pas de ses objectifs mais de ce qu'elle est, en fait, animée par les chefs d'entreprises « gestionnaires » d'une action publique que l'État soutient et finance.

**BPI France** connaît un démarrage prometteur. Elle a réussi à se défaire du précédent désastreux des sociétés de développement régional (SDR) et montre un dynamisme en accord avec les activités et les entreprises qu'elle finance. Elle doit encore démontrer la puissance de son effet de levier sur les financements privés.

Le **contrôle des investissements étrangers** dans des secteurs stratégiques établi en 2014 répond clairement à une lacune de notre dispositif juridique : presque tous les pays en disposent, notamment les États-Unis et l'Allemagne. C'est un outil défensif mais légitime et efficace pour permettre à l'État de fixer les conditions de l'investissement (affaire General Electric-Alstom) et assurer leur conformité avec l'intérêt national.

D'autres instruments plus anciens ont fait l'objet d'une « rénovation » utile. Un exemple :

L'APE a établi une véritable doctrine de l'État actionnaire qui clarifie le rôle de ce dernier au sein des entreprises publiques ou privées dans lesquelles il est investi.

Cette réforme importante introduit de la cohérence dans un domaine où elle était loin d'être évidente et où l'action de l'État suscite, on l'a vu plus haut, débat. Elle renforce la légitimité de l'action publique en explicitant les motifs – stabilisation des actionnariats (PSA, Renault), importance stratégique ou préoccupations d'indépendance nationale (énergie, défense), missions de service public (hôpitaux, SNCF, RATP) – de la présence de l'État mais aussi de son retrait et donc de la mobilité de son portefeuille de participation.

Enfin, **certains outils pourraient utilement faire l'objet d'une telle rénovation**

Les **aides diverses et multiples** constituent un maquis dans lequel seules les entreprises d'une certaine taille peuvent se repérer. Une simplification paraît nécessaire après évaluation. Elle conduirait très probablement à des économies significatives. L'IGF s'était livré à cet exercice ; peu de décisions ont été prises à la suite de son rapport tant les lobbies sont prompts à réagir. Comme le disait fort justement Jean-Pierre Raffarin : « *dans chaque niche (fiscale), il y a un chien !* » La capacité à résister aux corporatismes et aux lobbies est une vraie question de gouvernance pour l'action publique économique.

Le même constat pourrait être fait concernant la **fiscalité**. Son impact économique est trop rarement évalué et des distorsions reconnues ne sont pas corrigées : par exemple, notre fiscalité avantage l'épargne non risquée à court terme et est



presque dissuasive pour l'épargne risquée à long terme au moment même ou l'efflorescence de *Start up* en France doit être soutenue par un investissement en fonds propres accru.

La **simplification du droit du travail** et surtout la recherche de l'équilibre entre ce qu'il revient à l'État de fixer, aux partenaires sociaux de négocier et aux juges de décider constitue un très grand chantier qui nécessite un débat national préalable ; tant on touche ici à de grands équilibres économiques et sociaux qui structurent l'activité économique et la société française, elle-même.

Une réflexion sur le **paritarisme**, issue de l'après-guerre, qui joue un rôle essentiel dans la gestion des grands systèmes sociaux ou la formation professionnelle devrait également être menée. Tel qu'il est, ce système paraît, à certains égards, figé et incapable de se réformer. Comment le rénover là aussi sans un débat où se trouvera posée la question du rôle de la puissance publique, actuellement en « porte-à-faux » par rapport aux partenaires sociaux gestionnaires des dispositifs ?

\* \* \*

Sur tous ces sujets, dont chacun mesure la difficulté mais où les réformes paraissent indispensables, la méthode est décisive. C'est un élément essentiel de l'efficacité de son action économique. Il lui faut trouver l'équilibre entre, d'une part, la nécessaire concertation – on peut ici s'inspirer des pays nordiques, plus habitués au consensus – et la tout aussi nécessaire prise de décision face aux conservatismes et aux corporatismes. Pour assumer ses responsabilités – notamment économiques – l'État, et à travers lui, la société française doivent apprendre à préparer et à mener des réformes !





# Constitution et action économique des personnes publiques : support ou contraintes

*Par Yves Gaudemet,  
membre de l'Institut,  
professeur à l'université de Paris Panthéon-Assas*

1- L'action économique des personnes publiques s'inscrit dans un contexte aujourd'hui largement tributaire de la construction européenne, sans préjudice de multiples conventions internationales ; la présente étude du Conseil d'État en rend compte excellemment. Non moins naturellement et évidemment, cette action économique ne prend corps et réalité qu'à travers le droit, celui qui émane de ces personnes publiques sans doute mais aussi et d'abord celui qui s'applique à elles.

Or ce droit – spécialement celui de la seconde catégorie – est aujourd'hui multiforme, procède de sources variées et parfois concurrentes, s'exprime dans un langage qui, de la régulation au conventionnement, des directives aux expérimentations, pour une large part, n'est plus celui du droit public classique. C'est dans cet espace de droit, à la fois distendu et toujours plus rempli, que se développe l'action économique des personnes publiques.

Tout particulièrement – et se seront là les limites des observations qui suivent – cet espace a été occupé toujours davantage ces dernières années par les exigences d'une constitutionnalité dont le contenu enflé et dont la sanction – je dirais presque parfois la force d'intimidation – est désormais efficacement assurée. Ces règles, principes, objectifs de rang ou de valeur constitutionnel sont au fondement de l'action économique des personnes publiques, comme d'ailleurs de toute l'action publique, mais ils sont aussi le cadre obligé de cette action économique et de sa formulation normative ou paranormative.

À cela, chacun le sait, l'institution de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) par la loi constitutionnelle du 28 juillet 2008 et l'ordonnance organique du 10 décembre 2009 a eu une part déterminante. C'est ce dont on voudrait rendre compte dans les quelques observations qui suivent, usant, parfois à contrecourant, de la liberté d'analyse qui est l'apanage de la doctrine universitaire mais respectueux, on l'espère, de la prestigieuse hospitalité que m'offre aujourd'hui l'étude annuelle du Conseil d'État.

2- De belles et riches manifestations sont venues célébrer opportunément les cinq années d'existence de la QPC, disponible dans toute instance contentieuse depuis le 1<sup>er</sup> mars 2010. Des bilans détaillés et argumentés ont été publiés, tant des QPC transmises aux cours suprêmes en qualité de filtre que de celles portées devant le Conseil constitutionnel, attestant uniformément la pleine et rapide acclimatation de cette nouveauté dans toutes les procédures contentieuses. Alors que, au



moment du vote de la loi constitutionnelle de 2008 – acquise au Congrès à une voix de majorité –, on escomptait un nombre limité et un rapide tarissement des QPC, cette procédure est aujourd’hui entrée dans les mœurs procédurales au point d’y apparaître parfois davantage comme un artifice dilatoire qu’animée par un objectif altruiste de promotion des droits et libertés fondamentaux<sup>695</sup>.

Le constat est général : la QPC est un succès au regard des objectifs qui lui étaient assignés ; elle fait du Conseil constitutionnel une véritable cour constitutionnelle, ce qu’il n’était pas dans le cadre du contrôle préventif ; elle assure le « rapatriement » progressif devant les juridictions nationales d’un contrôle de conventionalité, notamment celui des juridictions européennes, dont la sanction ultime leur échappait jusqu’alors ; l’importance qu’elle a prise, au rythme des procédures, permet une sorte de revue de toutes les lois en vigueur dont la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit peut désormais être discutée ; notre droit se trouverait ainsi « purgé » d’inconstitutionnalités d’origine ou acquises, sans que le temps ne fasse rien à l’affaire.

3- Fort bien ; il n’y a rien à retrancher à ceci, sauf, se tournant maintenant vers les aspects institutionnels, à apprécier comme ce gonflement du bloc de constitutionnalité, les outils qu’il utilise dont le principe de proportionnalité, une forme d’incertitude dans le balancement des droits et objectifs constitutionnels, son immédiateté enfin pèsent – légitimement peut-être mais de plus en plus en tous les cas – sur le processus normatif et, puisque c’est notre sujet, sur le droit de l’action économique des personnes publiques.

Soyons immédiatement concrets et donnons une tournure d’exemples actuels à la question donc il est ici débattu. Est-il normal qu’il faille une décision, voire peut-être deux du Conseil constitutionnel pour savoir si et comment les pouvoirs publics sont habilités à réformer la profession de taxi et à ouvrir ce marché du transport particulier à des voitures de transport avec chauffeur (VTC)<sup>696</sup> ? Ou bien pour savoir si et comment il est loisible au législateur d’aménager les dérogations au repos dominical, voire de régler lui-même la périodicité d’ouverture de magasins le dimanche<sup>697</sup> ? Ou bien encore – et ce sera notre dernier exemple – pour savoir si les conditions de suspension de la fourniture de l’eau potable aux abonnés qui ne paient pas leurs factures respectent la proportionnalité de cette mesure à l’atteinte à la liberté contractuelle et à la liberté d’entreprendre qu’elle signifie<sup>698</sup> ?

Qu’on comprenne bien : il n’est pas question de critiquer ces décisions rappelées ici à titre d’exemples ; ce n’est pas la vulnérabilité de telle ou telle loi existante à la censure du Conseil constitutionnel qui est directement en cause. Ce qui, différemment, doit être bien perçu, c’est l’aléa que fait peser un bloc de constitutionnalité toujours élargi et aux contours parfois incertains sur l’action économique que les pouvoirs publics et tout particulièrement le Parlement sont légitimes à conduire. Or on voit bien que la promotion du mécanisme de la QPC,

695. V. déjà, à propos d’un premier projet non abouti de contrôle de constitutionnalité par voie d’exception ; Y. Gaudemet, « Éviter la chicane », *Le Monde*, 3 juin 1993.

696. V. déjà, CC, 22 mai 2015, *Sté UBER France SAS et a*, décision n° 468/469/472 QPC.

697. V. déjà CC, 4 avril 2014, *Société Séphora*, décision n° 2014-374 QPC.

698. CC, 29 mai 2015, *Sté SAUR SAS*, n° 2015-470 QPC.



son emploi devenu quasi systématique dans toutes les matières du droit, l'appel du Conseil constitutionnel à des méthodes et des critères d'une grande plasticité, tout cela contribue puissamment à cet élargissement rapide et parfois difficile à cerner des exigences des lois et libertés que la Constitution garantit et concourt, de la part des auteurs de la loi et dans la confection de celle-ci, à une attitude de précaution, d'hésitation, parfois même d'abstention.

C'est parce que la QPC a réussi et que la Constitution, sous toutes ses formes, a gagné toutes les branches du droit, que le travail législatif – et notamment la détermination des outils juridiques de l'action économique des personnes publiques – s'en trouve compliqué, davantage contraint et parfois exposé à un simple présumé de constitutionnalité qui peut s'avérer fragile.

4- Cette apparente contradiction ne surprendra que les moins avertis ; inhérente au principe de la QPC, elle est devenue manifeste du jour où celle-ci a pris l'ampleur que l'on sait ; elle avait été annoncée sans que le message, il est vrai, rencontrât à l'époque beaucoup d'écho<sup>699</sup>.

Elle tient, pour le dire d'un mot, à ce que la réforme de 2008 a été pensée principalement sinon exclusivement en termes de droit substantiel et de promotion du Conseil constitutionnel – une plus large protection des droits et libertés constitutionnelles et ceci par une véritable cour constitutionnelle – et fort peu dans la perspective de l'équilibre des institutions que nous ont légué des siècles d'histoire constitutionnelle.

5- Rappelons-en les termes. La France – l'a-t-on assez mesuré lors de la réforme ? – a une ancienne tradition de contrôle préventif, s'entendant d'un contrôle de constitutionnalité de la loi avant son entrée en vigueur et pour faire obstacle à celle-ci dans ses dispositions contraires à la Constitution.

Les Parlements de l'Ancien régime ne faisaient pas autre chose lorsqu'ils invoquaient les lois fondamentales du Royaume – c'est-à-dire la Constitution coutumière de la France monarchique – pour refuser l'enregistrement des édits royaux. Le Sénat de l'An VIII voulu par Sieyès avait la même mission de contrôle de la constitutionnalité des lois votées par le corps législatif qui lui étaient déférées par le Tribunat. Et la France républicaine a repris cette tradition du contrôle préventif confié désormais au Conseil d'État qui, depuis 1945 en vertu de la loi et depuis 1958 en application de la Constitution elle-même, est saisi de tous les projets de loi avant leur examen par le Parlement aux fins principalement d'en apprécier la conformité à la Constitution.

Ce contrôle préventif – que beaucoup de pays nous envient – a été renforcé sous la V<sup>e</sup> République et aurait pu l'être encore. L'institution en 1958 du Conseil constitutionnel dont le contrôle inclut, depuis 1971, le respect de l'ensemble des normes de valeur constitutionnelle et qui peut, depuis 1974, être saisi par

---

699. Y. Gaudemet, « L'exception d'inconstitutionnalité, une aventure institutionnelle ? », *Revue L'ENA hors les murs*, octobre 2008, p. 35 ; « Questions à la question prioritaire de constitutionnalité », *RJEP*, février 2010, p. 1.



l'opposition parlementaire, est venu donner une véritable sanction à l'avis du Conseil d'État au stade du projet de loi : le Conseil constitutionnel, lorsqu'il est saisi de la loi adoptée par le Parlement à laquelle l'avis donné par le Conseil d'État est systématiquement joint peut interdire la promulgation et donc l'entrée en vigueur de celles de ses dispositions qui seraient contraires à la Constitution.

On faisait valoir que ce contrôle préventif pouvait être lacunaire ; il est exact que le Conseil constitutionnel ne peut pas se saisir lui-même et que l'opposition parlementaire peut – cela s'est vu –, pour des raisons d'opportunité politique, choisir de ne pas le saisir. C'est pourquoi le Comité de réflexion présidé par Édouard Balladur, à l'origine de la loi de 2008, avait un moment imaginé, dans la tradition du contrôle préventif, la voie d'un renforcement de celui-ci en confiant au nouveau Défenseur des droits la faculté, comme l'opposition parlementaire et à défaut d'initiative de celle-ci, de saisir le Conseil constitutionnel de toute loi susceptible d'affecter des droits fondamentaux avant sa promulgation. Cette solution présentait l'avantage de s'inscrire naturellement dans le système de contrôle préventif à la française en en comblant les lacunes ; elle pouvait aussi se réclamer de la proximité du Médiateur de la République, qui devait laisser la place au Défenseur des droits, et du Parlement ; elle avait encore la vertu d'objectiver des saisines en les soustrayant au jeu partisan et de ne pas les inscrire non plus dans un processus juridictionnel qui ne correspondait pas à l'office du Conseil constitutionnel saisi au titre du contrôle préventif. Cette voie – dont on avait cru pouvoir souligner l'intérêt et la cohérence<sup>700</sup> – a été abandonnée : l'institution du Défenseur des droits, désormais inscrite à l'article 71-1 de la Constitution, ne comporte aucune compétence de saisine du Conseil constitutionnel.

6- C'est le choix différent de l'exception d'inconstitutionnalité qui a été fait, mais d'une exception d'inconstitutionnalité progressivement aménagée pour devenir la QPC et déboucher possiblement sur une abrogation de la loi.

En cela, la réforme de 2008 constitue une véritable rupture institutionnelle. Reste que le contrôle *a posteriori* ne chasse pas le contrôle préventif mais s'y superpose. Et c'est là qu'apparaissent les difficultés.

7- Le Conseil constitutionnel, jusqu'alors complément et auxiliaire du pouvoir législatif, assurant la conformité de la loi à la Constitution lors de sa fabrication, bascule pour l'essentiel de ses attributions du côté de la juridiction et devient un juge avec pouvoir d'abrogation sur l'ensemble des lois ; encore, complication supplémentaire, le Conseil constitutionnel partage-t-il en réalité cette juridiction constitutionnelle sur les lois avec l'ensemble des juridictions par le jeu du renvoi, et tout spécialement avec les cours suprêmes dans leur fonction de filtre qui leur permet, en refusant le renvoi, d'avoir le dernier mot sur la constitutionnalité d'une loi.

La réforme de 2008 a mis en place un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois que l'on pourrait dire diffus dans son déclenchement – la multiplicité des QPC en atteste – et partagé en fait dans sa sanction entre le Conseil constitutionnel et les cours suprêmes des deux ordres de juridiction agissant en tant que filtre.

---

700. Y. Gaudemet, *La conformité des lois à la Constitution, pourquoi faire simple quand on peut faire compliqué*, D. 2008, p. 1703.





8- C'est donc désormais par la voie juridictionnelle que, pour l'essentiel, se forment, se développent, s'étendent l'ensemble des principes, règles et objectifs constitutionnels ; enrichissement certainement, mais aussi source de complexité voire d'incertitude. D'autant que le Conseil constitutionnel a retenu une conception large des droits et libertés que la Constitution garantit et sur lesquels il exerce sa juridiction<sup>701</sup>, qu'il a repris du contrôle préventif tout un éventail de méthodes qui ne s'imposaient pas évidemment dans le cadre d'un contrôle juridictionnel, telle celle de la constitutionnalité sous réserve d'interprétation, qu'il donne la place que l'on sait au principe de proportionnalité, par nature facteur d'incertitude, et qu'il a fait un usage souple et téléologique de la notion de « *changement de circonstances* » permettant des revirements de jurisprudence.

Sur le fond ensuite, le juge constitutionnel a conduit avec succès un travail de « réintégration nationale » des exigences conventionnelles, tout spécialement celles de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans son interprétation généreuse des droits garantis par la Convention éponyme. La décision du Conseil constitutionnel sur la garde à vue, se prévalant d'autre part d'un changement de circonstances, constitue un évident exemple d'une telle « réintégration » à titre de principe constitutionnel de ce qui était d'abord une exigence conventionnelle<sup>702</sup>. Plus proche de nous – et qui touche directement l'action économique des personnes publiques – la consécration par le Conseil constitutionnel du principe *ne bis in idem* fait directement suite à la condamnation de l'Italie par la Cour européenne des droits de l'homme pour avoir manqué à ce principe<sup>703</sup> ; de même que – et toujours dans le domaine de l'action économique – les exigences aujourd'hui sans doute excessives de séparation des instances d'instruction, de poursuite et de sanction imposées aux autorités économiques de régulation ont leur source première dans les solutions du droit conventionnel.

Le bloc de constitutionnalité ainsi s'étend et se développe et il le fait largement d'un droit et de notions, voire de méthodes venus d'ailleurs.

9- Il le fait d'autre part au titre de la juridiction, c'est-à-dire dans le cadre d'un débat contradictoire, public, richement argumenté, naturellement commenté ; autrement dit, porteur d'un message juridique – doté sans doute d'une autorité particulière, celle que la Constitution donne aux décisions du Conseil constitutionnel –, mais qui reste soumis à interprétation et doit être dégagé des circonstances de chaque espèce ; cependant que, de plus en plus manifeste, se pose la question non entièrement résolue de l'exécution des décisions du Conseil

---

701. V., par une sorte d'*a contrario*, R. Noguellou, « Synthèse sur les normes non invocables en QPC », *D. adm.*, juin 2015, p. 5.

702. CC, 30 juillet 2010, *Daniel W et a.*, décision n° 2010-14/22 QPC, abrogeant les dispositions correspondantes du code pénal avec effet au 1<sup>er</sup> juillet 2011 ; CC, 18 novembre 2011, *Mme Élise et a.*, décision n° 2011-191/194/195/196/197 QPC déclarant le nouveau texte conforme à la Constitution sous réserve d'interprétation concernant l'audition de témoins.

703. CC, 18 mars 2015, décision n° 2014-453/454 QPC, *Bulletin Joly Sociétés*, juin 2015, p. 273, note A. Gaudemet ; faisant suite à CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens c/ Italie*, n° 18 640/10.



constitutionnel, selon les formes qu'elles peuvent revêtir, réserves d'interprétation, abrogation différée<sup>704</sup>, abrogation de lois rétroactives ou bien qui ont entièrement exécutées...<sup>705</sup>.

11- C'est toute cette jurisprudence constitutionnelle, perpétuellement enrichie et de plus en plus difficile à saisir avec certitude, que l'avis du Conseil d'État doit désormais inclure lorsque celui-ci est saisi d'un projet de loi, notamment pour déterminer le cadre législatif de l'action économique des personnes publiques puisque c'est de cela qu'il s'agit ici. C'est un travail complexe, mené dans des délais contraints, avec une marge d'aléa qui devient irréductible ; ajoutons au passage que la décision récente et surprenante du Président de la République d'en faire un travail public – puisque désormais les avis du Conseil d'État sur les projets de loi seraient, au nom de la transparence, systématiquement rendus publics –, outre qu'elle expose inutilement celui-ci, ne simplifiera pas l'exercice, tout au contraire.

C'est qu'en effet le contrôle de constitutionnalité concernant l'activité économique des personnes publiques (et privées) procède du maniement de principes et objectifs aux contours parfois incertains et qui doivent être combinés, hiérarchisés et proportionnés dans leurs exigences respectives, tels la liberté d'entreprendre, le droit de propriété, le principe d'égalité sous sa forme notamment de l'égalité devant les charges publiques, la garantie des droits ou encore la liberté contractuelle.

12- Prenons là encore quelques exemples dans l'actualité récente d'avis donnés par le Conseil d'État sur des projets de loi, avis portant principalement – comme c'est la loi du genre – sur la conformité desdits projets à la Constitution et qui, faute peut-être aussi d'avoir été entendus par le Gouvernement et par le Parlement dans la discussion de la loi, n'ont pas pu prévenir telle ou telle difficulté constitutionnelle révélée par la suite.

La consultation du Conseil d'État sur le projet de loi s'est ainsi avéré impropre à prévenir des censures majeures de la politique économique tracée par le législateur : réduction dégressive des cotisations de sécurité sociale<sup>706</sup>, taxe générale sur les activités polluantes<sup>707</sup>, loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat ou « loi TEPA »<sup>708</sup>, taxe carbone<sup>709</sup>, imposition des revenus à 75 %<sup>710</sup>, pacte de responsabilité<sup>711</sup>, loi visant à reconquérir l'économie réelle dite

704. V. encore l'exemple de la garde à vue, cité *supra* note n° 7.

705. V., pour s'en tenir aux données récentes, Rapport du Conseil d'État pour 2014, La documentation Française, 2015, p. 53, *Bilan de la mise en œuvre des questions prioritaires de constitutionnalité* ; S. Ferrari, « L'exécution par le juge administratif des décisions QPC rendues par le Conseil constitutionnel », *RDP*, 2015, à paraître.

706. CC, 6 août 2014, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2014*, décision n° 2014-698 DC.

707. CC, 18 octobre 2010, *SITA FD SA et a.*, décision n° 2010-57 QPC, conformité sous réserves d'interprétation.

708. CC, 9 août 2012, *loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat*, décision n° 2012-654 DC.

709. CC, 29 décembre 2009, décision n° 2009-599 DC.

710. CC, 29 décembre 2009, décision n° 2009-599 DC ; puis validation pour les entreprises versant à des salariés un revenu annuel supérieur à 1 million d'euros, par CC, 29 décembre 2013, décision n° 2013-684 DC.

711. CC, 6 août 2014, décision n° 2014-698 DC.



« loi Florange »<sup>712</sup>. Plus anciennement, les réserves d'interprétation – inattendues – du Conseil constitutionnel sur la loi habilitant le gouvernement à créer des contrats de partenariat public-privé n'a pas fini de peser sur la mise en place de ces contrats, éléments pourtant indispensables et universels du droit de la commande publique<sup>713</sup>.

Et ce sont là des censures ou des réserves d'interprétation avérées. Mais en deçà, la perspective, désormais inéluctable, d'une possible censure ultérieure une fois la loi votée et sans limitation de durée pèse en permanence sur la fonction consultative du Conseil d'État saisi du projet de loi et rend plus difficile et plus aléatoire l'avis donné dont la première fonction est pourtant, à l'origine, d'assurer un chemin de certitude au texte qu'on voudrait désormais pourvu que ce que le doyen Vedel appelait « *un brevet de constitutionnalité* ».

A-t-on bien réalisé que, de la sorte, le Conseil d'État, par son avis, s'engage désormais sur un chemin dans lequel la loi est moins protégée d'une abrogation pour inconstitutionnalité que ne l'est un décret illégal ou devenu illégal dont l'exception d'illégalité invoquée n'emporte pas, par elle-même, abrogation.

13- Le succès de la QPC est aujourd'hui acquis et célébré ; les droits et libertés que la Constitution garantit, largement compris, sont mieux assurés et ils le sont « prioritairement » par le juge constitutionnel national. À cela il n'y a rien à retrancher et on ne peut que joindre sa voix au chœur déjà nombreux et vigoureux des louangeurs de la réforme.

Notre propos était seulement de rappeler ici – *cum grano salis* – que, outre l'ouverture d'un terrain propice à la chicane dans toutes les procédures juridictionnelles, il faut mettre en regard de ce succès une réelle fragilisation du processus législatif et, au principe de celui-ci, du premier examen de constitutionnalité du projet de loi par le Conseil d'État. Le couple que celui-ci forme avec le Conseil constitutionnel – conforté par une certaine proximité qui n'est pas que géographique – a pu dans un premier temps renforcer l'autorité de ses avis, relayés et sanctionnés par le Conseil constitutionnel qui intervenait, lui aussi, au titre de la fabrication de la loi (contrôle préventif). Mais l'avènement et le succès de la QPC font nécessairement basculer le Conseil constitutionnel du côté de la juridiction et c'est dans sa jurisprudence abondante et subtile, nourrie de droit conventionnel, que le Conseil d'État doit désormais chercher le chemin de constitutionnalité qu'il a pour tâche première de baliser et de rendre sûr pour le législateur qui s'y engage.

La loi – et tout spécialement celle de l'action économique des personnes publiques – est plus difficile à fabriquer et l'avis du Conseil d'État sur le projet de loi doit aussi inciter à la prudence. N'y a-t-il pas là un frein excessif aux réformes économiques dont tout particulièrement aujourd'hui la nécessité est reconnue ?

---

712. CC, 27 mars 2014, *loi visant à reconquérir l'économie réelle*, décision n° 2014-692 DC.

713. CC, 2 décembre 2004, décision n° 2004-506 DC ; et par la suite CC, 24 juillet 2008, décision n° 2008-567 DC.





# L'Europe peut mieux réglementer

*Par Frans Timmermans,  
Premier vice-président de la Commission européenne*

Le message envoyé lors des élections européennes de 2014 a été clair: trop de nos concitoyens et d'entreprises – en particulier de PME – s'inquiètent de ce que Bruxelles et ses institutions établissent des règles qu'ils ne sont pas toujours en mesure de comprendre ou d'appliquer. La Commission européenne est à leur écoute: nous voulons restaurer leur confiance dans la capacité de l'Union européenne à élaborer une législation de qualité, au service des citoyens et des économies européennes.

L'amélioration et la simplification de la réglementation européenne est dès lors l'une des priorités essentielles de la Commission Juncker, et un aspect central de sa stratégie de soutien à la croissance et aux investissements.

Améliorer la réglementation ne consiste pas à légiférer «plus » ou «moins ». Il ne s'agit pas non plus de déréglementer certains domaines d'action ou de leur accorder une priorité moindre, ni de compromettre les valeurs qui sont chères aux Européens, que ce soit la protection sociale, la défense de l'environnement ou les droits fondamentaux, y compris la santé, pour n'en citer que quelques-unes. Améliorer la réglementation consiste à faire en sorte que les objectifs fixés soient effectivement réalisés, et qu'ils le soient sans imposer de charge inutile à ceux qui sont chargés de l'appliquer ou de la respecter.

Ce principe s'applique aux nouveaux actes législatifs comme au vaste *corpus* législatif existant de l'Union européenne. Dans bien des cas, un seul ensemble de règles adoptées au niveau européen remplace une mosaïque constituée de 28 réglementations nationales différentes, facilitant la vie des citoyens et des entreprises, simplifiant le cadre juridique, réduisant les charges réglementaires dans l'ensemble du marché unique et garantissant une plus grande prévisibilité réglementaire. C'est la raison pour laquelle il importe d'autant plus que chaque mesure appartenant au corpus de règles européennes soit adaptée à son objet, moderne, efficace, proportionnée, opérationnelle et aussi simple que possible.

Les institutions européennes ne peuvent, et ne devraient pas, intervenir chaque fois qu'un problème se pose dans l'Union européenne, mais plutôt concentrer leur action là où elle a une vraie valeur ajoutée.

Nous avons commencé par donner corps à cette nouvelle stratégie en proposant un nombre restreint de nouvelles initiatives, dans des domaines prioritaires. Le premier programme de travail de la Commission Juncker, pour l'année 2015, reflète ce changement d'optique. Il comporte 23 nouvelles initiatives, issues des orientations politiques sur la base desquelles elle a été élue par le Parlement européen. Au cours des cinq années précédentes, chaque programme de travail



annuel comptait, en moyenne, plus de 130 propositions de nouvelles initiatives.

La Commission a ensuite, le 19 mai dernier, adopté un nouveau paquet de mesures pour l'amélioration de la réglementation<sup>714</sup>, qui complète, renforce et modernise les dispositifs existants dans ce domaine.

La Commission s'engage d'abord à ouvrir davantage le processus d'élaboration des politiques européennes, afin de favoriser l'examen de ses initiatives par le public et permettre à celui-ci d'y apporter sa contribution. L'objectif est de mieux écouter et mieux interagir avec ceux qui mettent ces législations en œuvre et ceux qui en bénéficient, et qui sont donc les mieux à même d'en commenter l'impact ou de proposer des améliorations possibles aux règles existantes.

Nous lancerons prochainement un portail internet permettant à chacun de suivre les initiatives et de participer aux nouvelles consultations publiques lorsque nous procéderons à l'évaluation des politiques existantes ou préparerons de nouvelles propositions. Les parties intéressées bénéficieront de nouvelles possibilités de faire des commentaires tout au long du cycle décisionnel, allant de la feuille de route initiale à la proposition finale de la Commission. Après l'adoption d'une proposition par la Commission, tout citoyen ou toute partie intéressée disposera de huit semaines pour transmettre des commentaires ou des suggestions qui alimenteront le débat législatif au Parlement et au Conseil.

Cette approche transparente s'appliquera également à la législation dérivée, c'est-à-dire aux actes délégués et aux actes d'exécution. Pour la première fois, les projets de mesure modifiant ou complétant la législation existante, ou établissant des dispositions techniques spécifiques, seront rendus publics quatre semaines avant leur adoption. Les parties intéressées pourront ainsi faire des commentaires avant l'adoption de ces mesures par la Commission ou par des experts des États membres.

La Commission a également amélioré ses outils pour améliorer la qualité de la réglementation. De nouvelles lignes directrices intégrées, concernant en particulier les études d'impact et les évaluations, s'appliquent désormais à nos travaux. Elles garantissent notamment la prise en compte des incidences économiques, sociales et environnementales ainsi qu'en matière de droits fondamentaux.

J'ai également souhaité que la Commission porte une attention particulière aux règles ayant des répercussions sur les PME, qui ont trop souvent le sentiment d'être bloquées par les charges administratives. Le principe «*Think Small First* » (priorité aux PME) continuera à jouer un rôle central, de façon à permettre la mise en place de dispositifs allégés pour les PME, y compris des exemptions pures et simples pour les micro-entreprises, chaque fois que cela est possible et pertinent.

Le comité d'analyse d'impact sera remplacé par un comité d'examen de la réglementation au rôle renforcé, puisqu'il vérifiera la qualité non seulement des études d'impact mais aussi des évaluations *ex post* de la réglementation. Si elle décide d'entreprendre une action sans fournir d'analyse d'impact adéquate à

---

714. [http://ec.europa.eu/smart-regulation/better\\_regulation/documents/com\\_2015\\_215\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/smart-regulation/better_regulation/documents/com_2015_215_fr.pdf)



l'appui de sa proposition, la Commission devra en indiquer clairement les raisons. La composition du comité lui permettra de rendre un avis impartial ; il sera constitué d'un président et de six membres qui, pour la première fois, lui seront affectés à temps plein, trois d'entre eux étant recrutés hors de la Commission.

Je suis convaincu que l'amélioration de la réglementation doit être un engagement partagé par les institutions européennes. La Commission doit évidemment s'assurer de la qualité de ses propositions législatives – qui restent cela même : des propositions. Elles sont destinées à être examinées et adoptées par les colégislateurs. Il est rare que les propositions ressortent telles quelles du processus législatif: elles sont modifiées par le Parlement européen et le Conseil. Une fois adopté, l'acte législatif est transposé au niveau national ou régional par les États membres, ce qui peut avoir des répercussions, tant positives que négatives, sur les effets bénéfiques et les coûts qu'il induit. Or, entre 2007 et 2014, la Commission a produit plus de 700 analyses d'impact. Sur la même période, le Parlement européen a analysé l'impact d'une vingtaine de modifications. Quant au Conseil, il n'a analysé l'impact d'aucune de ses modifications. C'est l'une des raisons pour lesquelles la Commission a proposé un nouvel accord inter-institutionnel «mieux légiférer». Nous invitons notamment les colégislateurs à analyser l'impact de toutes les modifications substantielles proposées au cours de la procédure législative. La décision relève toujours du politique, mais les analyses d'impact constituent un outil essentiel pour s'assurer que celle-ci soit la mieux informée possible.

Les formalités administratives ne sont pas uniquement le fait de Bruxelles. Nous demandons aux États membres d'éviter toute «surréglementation» injustifiée lors de la transposition des règles de l'UE en droit national. Les mesures additionnelles introduites lors de la transposition aident parfois à réaliser plus facilement les objectifs de la législation dans un contexte local ou visent à maximiser les effets positifs du texte original, mais elles peuvent aussi imposer des charges supplémentaires importantes. Nous voulons donc inviter les États membres à justifier toute «surréglementation».

Si la tendance naturelle des responsables politiques est de se concentrer sur de nouvelles initiatives, il nous faut cependant accorder au moins autant d'attention au réexamen de la législation existante afin de déterminer ce qui peut être amélioré ou simplifié. Le programme d'analyse du *corpus* législatif européen (dénommé «REFIT») a donc été renforcé. Il sera désormais l'une des composantes essentielles du programme de travail annuel de la Commission. Plus ciblé, il examinera les principales sources d'inefficacité et de charges inutiles et s'attachera à quantifier autant que possible les coûts et les bénéfices des actions conduites à l'échelle européenne. La Commission travaille déjà activement à la réduction des charges dans des domaines tels que la TVA, les marchés publics, les statistiques commerciales et la chimie; des évaluations complètes d'autres secteurs sont en cours. La Commission continuera par ailleurs à passer les législations sectorielles au crible afin de relever les dispositions obsolètes qui ne sont plus adaptées à leur objet ou qui sont excessivement contraignantes en vue de proposer leur abrogation. REFIT ne consiste pas en un examen ponctuel de la législation, mais en un engagement durable à ne pas alourdir le *corpus* législatif de l'Union européenne



et à faire en sorte qu'il reste performant.

Pour identifier des pistes d'amélioration et de simplification, nous avons mis sur pied un nouveau forum d'experts – la «plateforme REFIT» –, chargée de recueillir des propositions, de les analyser et de les transmettre à la Commission. Cette plateforme sera constituée d'experts nommés par les autorités de chaque État membre, ainsi que de personnes issues de petites entreprises, d'ONG, de syndicats, d'organisations de consommateurs et d'autorités régionales et locales. Nous cherchons à savoir concrètement ce qui, de l'avis des experts qui sont confrontés quotidiennement à notre législation, peut être amélioré. La Commission répondra à toutes les suggestions de la plateforme et expliquera systématiquement comment elle entend en assurer le suivi. Elle invitera les États membres à réserver le même traitement aux suggestions ayant trait à la transposition et à la mise en œuvre au niveau national.

Nous souhaitons que les entrepreneurs, les travailleurs, les PME puissent se consacrer pleinement à la conception, la création, la production et la commercialisation de leurs produits et services – et non perdre leur temps à étudier des recueils de règles ou à remplir des formulaires. Il en va de notre compétitivité, et de la confiance qu'ont les Européens dans la capacité de leurs institutions à élaborer une législation de qualité, au service d'économies dynamiques et innovantes.





# Liste des abréviations et des acronymes

|               |                                                                                          |
|---------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>AAI</b>    | Autorité administrative indépendante                                                     |
| <b>ADCF</b>   | Assemblée des communautés de France                                                      |
| <b>ADECRI</b> | Agence pour le développement et la coordination des relations internationales            |
| <b>ADETEF</b> | Assistance au développement des échanges en technologies économiques et financières      |
| <b>ADLC</b>   | Autorité de la concurrence                                                               |
| <b>AFII</b>   | Agence française pour les investissements internationaux                                 |
| <b>AMF</b>    | Association des maires de France<br>Autorité des marchés financiers                      |
| <b>ANVAR</b>  | Agence nationale de valorisation de la recherche                                         |
| <b>AOT</b>    | Autorisation d'occupation temporaire (du domaine public)                                 |
| <b>APCE</b>   | Agence pour la création d'entreprises                                                    |
| <b>APE</b>    | Agence des participations de l'État                                                      |
| <b>ARAF</b>   | Autorité de régulation des activités ferroviaires                                        |
| <b>ARF</b>    | Association des régions de France                                                        |
| <b>BEI</b>    | Banque européenne d'investissement                                                       |
| <b>BPI</b>    | Banque publique d'investissement                                                         |
| <b>CCI</b>    | Chambre de commerce et d'industrie                                                       |
| <b>CDC</b>    | Caisse des dépôts et consignations                                                       |
| <b>CESE</b>   | Conseil économique, social et environnemental                                            |
| <b>CGCT</b>   | Code général des collectivités territoriales                                             |
| <b>CIRI</b>   | Comité interministériel de restructuration industrielle                                  |
| <b>CJUE</b>   | Cour de justice (de l'Union européenne)                                                  |
| <b>CODEFI</b> | Comité départemental d'examen des difficultés de financement des entreprises             |
| <b>CPER</b>   | Contrat de plan État/région                                                              |
| <b>DACG</b>   | Direction des affaires criminelles et des grâces                                         |
| <b>DGCCRF</b> | Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des Fraudes |



|                        |                                                                                         |
|------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>DGCL</b>            | Direction générale des collectivités locales                                            |
| <b>DGE</b>             | Direction générale des entreprises                                                      |
| <b>DGTrésor</b>        | Direction générale du trésor                                                            |
| <b>EPCI</b>            | Établissement public de coopération intercommunale                                      |
| <b>EPIC</b>            | Établissement public industriel et commercial                                           |
| <b>ETI</b>             | Entreprise de taille intermédiaire                                                      |
| <b>FEI</b>             | Fonds européen d'intégration                                                            |
| <b>FISAC</b>           | Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce                      |
| <b>GIP</b>             | Groupement d'intérêt public                                                             |
| <b>INPI</b>            | Institut national de la propriété industrielle                                          |
| <b>LOLF</b>            | Loi organique relative aux lois de finances                                             |
| <b>MAP</b>             | Modernisation de l'action publique                                                      |
| <b>N O T R e (loi)</b> | Loi portant nouvelle organisation territoriale de la République                         |
| <b>PME</b>             | Petites et moyennes entreprises                                                         |
| <b>RGPP</b>            | Révision générale des politiques publiques                                              |
| <b>SGG</b>             | Secrétariat général du Gouvernement                                                     |
| <b>SIEG</b>            | Services d'intérêt économique général                                                   |
| <b>SPSI</b>            | Schémas pluriannuels de stratégie immobilière                                           |
| <b>SRDEII</b>          | Stratégie régionale de développement économique, d'innovation et d'internationalisation |
| <b>TFUE</b>            | Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne                                      |
| <b>TUE</b>             | Traité sur l'Union européenne                                                           |
| <b>UE</b>              | Union européenne                                                                        |

## Références bibliographiques

|                  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                  |
|------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Rec.             | Références consultables au Recueil Lebon                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| T.               | Références consultables aux Tables du Recueil Lebon                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <http://...>     | Références consultables sur internet, les adresses mentionnées entre < > ayant été consultées entre janvier et juillet 2014                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| <i>ArianeWeb</i> | Références consultables dans la base de jurisprudence des décisions et avis contentieux du Conseil d'État et des cours administratives d'appel (décisions, analyses et avis ayant été retenus pour leur apport à la jurisprudence, sélection de conclusions de rapporteurs publics). < <a href="http://www.conseil-état.fr/fr/base-de-jurisprudence/">http://www.conseil-état.fr/fr/base-de-jurisprudence/</a> > |



# Table des matières

|                                                                                                                                                                                 |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| ■ <b>SOMMAIRE</b> .....                                                                                                                                                         | 3  |
| ■ <b>AVANT-PROPOS</b> .....                                                                                                                                                     | 5  |
| ■ <b>SYNTHESE</b> .....                                                                                                                                                         | 9  |
| <b>1- Étude annuelle – L’ACTION ÉCONOMIQUE<br/>DES PERSONNES PUBLIQUES</b> .....                                                                                                | 25 |
| ■ <b>INTRODUCTION</b> .....                                                                                                                                                     | 27 |
| ■ <b>Première partie</b>                                                                                                                                                        |    |
| <b>QUELLE PLACE POUR L’ACTION ÉCONOMIQUE<br/>DES PERSONNES PUBLIQUES ?</b> .....                                                                                                | 31 |
| <b>1.1. Le transfert des leviers macroéconomiques majeurs au niveau européen<br/>laisse de grandes libertés pour la conduite de la politique économique<br/>nationale</b> ..... | 31 |
| – <b>1.1.1. Les conséquences du transfert du levier monétaire<br/>à la Banque centrale européenne</b> .....                                                                     | 32 |
| 1.1.1.1. Une indépendance et un mandat longtemps mal compris .....                                                                                                              | 32 |
| . <i>La spécificité de la Banque centrale européenne est fondée sur les textes</i> .....                                                                                        | 32 |
| . <i>La politique monétaire européenne ne constitue pas pour autant un isolat<br/>de la politique économique</i> .....                                                          | 33 |
| . <i>Le changement dans la perception du rôle de la BCE dû aux interventions<br/>non conventionnelles</i> .....                                                                 | 35 |
| 1.1.1.2. Une politique monétaire qui laisse d’importantes marges<br>de manœuvre à la politique économique nationale .....                                                       | 35 |
| . <i>La France n’a plus la maîtrise de sa politique monétaire et de change</i> .....                                                                                            | 35 |
| . <i>Des conséquences limitées pour la conduite de la politique économique nationale</i> ..                                                                                     | 36 |
| . <i>Veiller aux conditions de la transmission de la politique monétaire</i> .....                                                                                              | 37 |
| – <b>1.1.2. L’exercice du levier budgétaire dans le cadre<br/>de la surveillance renforcée des finances publiques<br/>au niveau européen</b> .....                              | 39 |
| 1.1.2.1. La surveillance renforcée des politiques budgétaires .....                                                                                                             | 39 |
| . <i>La crise financière a conduit à l’adoption d’un cadre plus sophistiqué<br/>et contraignant</i> .....                                                                       | 39 |
| . <i>Un cadre excessivement lourd et complexe</i> .....                                                                                                                         | 40 |
| . <i>Un cadre trop récent pour être réformé mais qui peut être interprété<br/>avec souplesse</i> .....                                                                          | 41 |
| 1.1.2.2. Une politique budgétaire qui conserve de très importantes marges<br>de manœuvre dans un cadre normatif et procédural auquel il faut encore<br>s’accoutumer .....       | 42 |
| . <i>Les autorités nationales ne sont pas dessaisies de leurs compétences budgétaires</i> ..                                                                                    | 42 |
| . <i>La conduite de la politique budgétaire est plus complexe et plus lourde</i> .....                                                                                          | 45 |



|                                                                                                                                                     |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| – 1.1.3. L'émergence d'un levier budgétaire propre de l'Union européenne.....                                                                       | 48        |
| 1.1.3.1. L'esquisse d'une utilisation du budget de l'Union européenne<br>à des fins de stabilisation.....                                           | 48        |
| . <i>Les limites économiques de l'unification monétaire sans budget central</i> .....                                                               | 48        |
| . <i>L'amorce de dispositifs financiers de stabilisation limités aux cas de crises</i> .....                                                        | 49        |
| . <i>La perspective encore lointaine d'un budget de stabilisation hors crise</i> .....                                                              | 49        |
| 1.1.3.2. La montée en puissance des interventions financières<br>de soutien à l'économie.....                                                       | 50        |
| . <i>Une mobilisation audacieuse des fonds et programmes spécifiques</i> .....                                                                      | 50        |
| . <i>Une mobilisation nouvelle sur l'investissement</i> .....                                                                                       | 51        |
| . <i>L'articulation avec les programmes nationaux</i> .....                                                                                         | 51        |
| <b>1.2. L'action économique des personnes publiques, pour conserver sa portée,<br/>doit tenir compte des exigences d'une économie ouverte .....</b> | <b>52</b> |
| – 1.2.1. Les conséquences de l'ouverture des économies en matière de territorialité<br>du droit et de défense des intérêts nationaux .....          | 53        |
| 1.2.1.1. La mobilité des acteurs fragilise l'autorité du cadre national .....                                                                       | 53        |
| . <i>Le droit et les systèmes sont mis en concurrence par les opérateurs économiques</i> .....                                                      | 53        |
| . <i>Le choix du juge et l'extraterritorialité de la loi économique</i> .....                                                                       | 54        |
| 1.2.1.2. La défense des intérêts économiques des États et de l'Union<br>reste néanmoins possible .....                                              | 56        |
| . <i>L'impasse d'un « patriotisme économique » tourné exclusivement<br/>            vers la protection des opérateurs nationaux</i> .....           | 56        |
| . <i>La défense des intérêts stratégiques est néanmoins possible</i> .....                                                                          | 57        |
| – 1.2.2. L'emploi de la diplomatie économique .....                                                                                                 | 58        |
| 1.2.2.1. La France a pris toute la mesure de l'importance<br>d'une diplomatie économique .....                                                      | 58        |
| . <i>Une conversion progressive à la diplomatie économique</i> .....                                                                                | 58        |
| . <i>Des tensions persistantes entre les dimensions politique et économique<br/>            de la diplomatie</i> .....                              | 59        |
| 1.2.2.2. Les atouts de la France.....                                                                                                               | 60        |
| . <i>Les atouts de la France dans une diplomatie multilatérale toujours plus éclatée</i> ...                                                        | 60        |
| . <i>Le poids de la France au sein de l'Union européenne, géant économique,<br/>            est un atout déterminant</i> .....                      | 61        |
| . <i>L'importance des liens juridiques et linguistiques</i> .....                                                                                   | 62        |
| – 1.2.3. Développer les politiques d'attractivité et de compétitivité.....                                                                          | 63        |
| 1.2.3.1. Une concurrence exacerbée entre les systèmes étatiques .....                                                                               | 63        |
| . <i>L'extension du champ de la notation et de l'évaluation comparée</i> .....                                                                      | 63        |
| . <i>L'influence grandissante des classements internationaux</i> .....                                                                              | 64        |
| 1.2.3.2. Renforcer l'attractivité et la compétitivité par une approche équilibrée .....                                                             | 67        |
| . <i>Systématiser les politiques d'attractivité et de compétitivité</i> .....                                                                       | 67        |
| . <i>Prévenir les pratiques de « dumping »</i> .....                                                                                                | 69        |
| <b>1.3. La dispersion de l'action économique dans les politiques publiques<br/>n'exclut pas un pilotage d'ensemble.....</b>                         | <b>71</b> |
| – 1.3.1. Les formes du pilotage de l'action économique des personnes publiques .....                                                                | 71        |
| 1.3.1.1. La planification générale fait place à une prospective très dynamique .....                                                                | 71        |
| . <i>L'essoufflement du plan de la Nation</i> .....                                                                                                 | 71        |
| . <i>L'essor de la prospective publique</i> .....                                                                                                   | 72        |



|                                                                                                               |           |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1.3.1.2. La formalisation des choix dans un document de référence<br>reste néanmoins utile .....              | 73        |
| . <i>La formalisation existe dans de nombreux secteurs</i> .....                                              | 74        |
| . <i>Une formalisation de la stratégie économique nationale reste à développer</i> .....                      | 75        |
| <b>- 1.3.2. La nécessaire cartographie de l'action économique<br/>des personnes publiques</b> .....           | <b>77</b> |
| 1.3.2.1. Une action en quête d'un cadre conceptuel .....                                                      | 77        |
| . <i>L'approche de la doctrine</i> .....                                                                      | 77        |
| . <i>Le critère de l'objectif économique</i> .....                                                            | 77        |
| . <i>La mutabilité de l'action économique</i> .....                                                           | 78        |
| 1.3.2.2. Les enjeux d'une cartographie de cette action .....                                                  | 78        |
| . <i>L'esquisse d'un zonage en cercles concentriques</i> .....                                                | 78        |
| . <i>Préciser et partager ce zonage : un enjeu d'opérationnalité</i> .....                                    | 80        |
| <b>- 1.3.3. Disposer d'évaluations précises des performances globales</b> .....                               | <b>81</b> |
| 1.3.3.1. Des limites inhérentes à la statistique qui soulèvent<br>des questions nouvelles .....               | 82        |
| . <i>L'intérêt et les limites des agrégats</i> .....                                                          | 82        |
| . <i>Des difficultés nouvelles liées au rôle que les textes font désormais jouer<br/>à ces agrégats</i> ..... | 83        |
| 1.3.3.2. Le débat spécifique autour de la mesure globale qu'est le PIB .....                                  | 84        |
| . <i>Une critique croissante du PIB comme mesure globale de la performance</i> .....                          | 84        |
| . <i>Des évolutions possibles du PIB lui-même</i> .....                                                       | 84        |
| . <i>L'adjonction d'autres indicateurs</i> .....                                                              | 85        |

## ■ Deuxième partie

### QUELS FONDEMENTS JURIDIQUES

#### DE L'ACTION ÉCONOMIQUE DES PERSONNES PUBLIQUES ? .. 89

##### 2.1. Un cadre constitutionnel souple mais dont il ne faut pas sous-estimer les exigences pour l'action économique..... 89

|                                                                                                            |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>- 2.1.1. Une constitution économique pondérée</b> .....                                                 | <b>90</b> |
| 2.1.1.1. Des textes constitutionnels admettant largement l'action économique .....                         | 90        |
| . <i>La Constitution prend en compte l'action économique</i> .....                                         | 90        |
| . <i>Les déclarations des droits n'abordent qu'assez peu les libertés économiques</i> .....                | 91        |
| . <i>Un débat résiduel sur la nécessité de compléter les textes constitutionnels</i> .....                 | 92        |
| 2.1.1.2. Un droit prétorien historiquement modéré en matière économique .....                              | 95        |
| . <i>Des bornes constitutionnelles assez éloignées</i> .....                                               | 95        |
| . <i>Des principes qui laissent une certaine liberté au législateur</i> .....                              | 96        |
| <b>- 2.1.2. Un contrôle de constitutionnalité <i>a priori</i> très présent</b> .....                       | <b>98</b> |
| 2.1.2.1. Un contrôle approfondi sur l'action économique des personnes publiques ..                         | 98        |
| . <i>La délimitation du champ du contrôle</i> .....                                                        | 98        |
| . <i>Les éléments du contrôle</i> .....                                                                    | 99        |
| . <i>La modulation des techniques de contrôle</i> .....                                                    | 100       |
| 2.1.2.2. Le risque d'inconstitutionnalité des textes économiques<br>doit être mieux pris en compte .....   | 101       |
| . <i>La résonance particulière des déclarations d'inconstitutionnalité<br/>en matière économique</i> ..... | 101       |
| . <i>Mieux intégrer le risque constitutionnel au processus de décision</i> .....                           | 102       |



|                                                                                                                                                                 |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| – 2.1.3. Un contrôle rendu plus exigeant par la question prioritaire de constitutionnalité.....                                                                 | 104        |
| 2.1.3.1. L'essor du procès constitutionnel économique.....                                                                                                      | 104        |
| . Une voie de droit particulièrement profitable aux entreprises.....                                                                                            | 104        |
| . Un débat constitutionnel de plus en plus présent dans le contentieux économique.....                                                                          | 105        |
| 2.1.3.2. L'approfondissement du procès constitutionnel économique.....                                                                                          | 106        |
| . La consolidation des normes de référence.....                                                                                                                 | 106        |
| . L'extension des normes soumises à contrôle.....                                                                                                               | 107        |
| . La concentration et la contextualisation du contrôle.....                                                                                                     | 108        |
| <b>2.2. Des normes conventionnelles plus structurantes que contraignantes en matière économique et dont il est possible de mieux tirer parti .....</b>          | <b>110</b> |
| – 2.2.1. Bien qu'imprégné par l'idée de marché, le droit de l'Union admet la légitimité d'une action économique des personnes publiques .....                   | 110        |
| 2.2.1.1. Un droit relativement équilibré.....                                                                                                                   | 110        |
| . La « constitution économique » de l'Union et son évolution.....                                                                                               | 110        |
| . Une place prépondérante mais pas exclusive de l'idée de marché.....                                                                                           | 111        |
| . Plusieurs articles du TFUE traitent de l'action économique des personnes publiques et lui confèrent ainsi une forme explicite de reconnaissance .....         | 112        |
| 2.2.1.2. Des marges d'interprétation qui dépendent surtout de la manière d'appliquer les traités .....                                                          | 113        |
| . Une interprétation des traités qui varie selon les thèmes et les époques.....                                                                                 | 113        |
| . Le cas particulier des aides d'État .....                                                                                                                     | 114        |
| – 2.2.2. Un droit dans l'élaboration duquel il est utile de s'investir et qui doit être mieux pris en compte dans la conduite de l'action économique.....       | 116        |
| 2.2.2.1. Le dialogue avec les institutions européennes permet de sécuriser l'action économique des personnes publiques .....                                    | 116        |
| . Promouvoir un cadre européen favorable à l'action économique des États membres.....                                                                           | 116        |
| . Convaincre de la conformité des mesures nationales au droit de l'Union .....                                                                                  | 117        |
| . S'organiser pour peser davantage dans le dialogue avec l'Union .....                                                                                          | 119        |
| 2.2.2.2. Mieux prendre en compte le droit de l'Union dans la conception de l'action économique des personnes publiques .....                                    | 121        |
| . Le droit de l'Union est pris en compte trop tardivement dans l'action économique.....                                                                         | 121        |
| . Repenser l'organisation des administrations et la formation des agents .....                                                                                  | 122        |
| . Rendre plus clair et plus accessible le droit de l'Union .....                                                                                                | 123        |
| – 2.2.3. La montée en puissance d'autres normes internationales.....                                                                                            | 124        |
| 2.2.3.1. L'emprise croissante du droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en matière économique..... | 124        |
| . La protection conventionnelle du droit de propriété.....                                                                                                      | 125        |
| . Un droit processuel qui pèse sur la répression économique .....                                                                                               | 126        |
| 2.2.3.2. L'essor d'autres normes internationales intéressant l'action économique.....                                                                           | 127        |
| . Des normes hétérogènes par leur forme et leur force contraignante.....                                                                                        | 127        |
| . Des normes qu'il est essentiel de recenser et de concilier.....                                                                                               | 130        |
| <b>2.3. Un bloc de légalité favorable à une action économique des personnes publiques soumise à un contrôle juridictionnel rigoureux.....</b>                   | <b>131</b> |
| – 2.3.1. Une action admise de longue date par la jurisprudence .....                                                                                            | 131        |
| 2.3.1.1. L'admissibilité de principe des initiatives économiques publiques.....                                                                                 | 131        |
| . L'encadrement des activités économiques privées.....                                                                                                          | 131        |
| . La conduite d'activités économiques propres .....                                                                                                             | 132        |



|                                                                                                                                |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 2.3.1.2. L'admission vigilante des atteintes apportées aux initiatives privées.....                                            | 134 |
| . <i>La légalité conditionnée des activités économiques des personnes publiques</i> .....                                      | 134 |
| . <i>La légalité conditionnée des restrictions apportées par la puissance publique aux activités économiques privées</i> ..... | 135 |
| -2.3.2. Une action encadrée par un foisonnement de textes de nature, de portée et d'articulation très diverses .....           | 136 |
| 2.3.2.1. Une dispersion des textes spécifiquement applicables à l'action économique des personnes publiques.....               | 136 |
| . <i>Des textes transversaux volumineux et éclatés</i> .....                                                                   | 136 |
| . <i>Des textes sectoriels nombreux et peu articulés</i> .....                                                                 | 137 |
| 2.3.2.2. La question récurrente de l'application du droit commun économique à l'action des personnes publiques.....            | 138 |
| . <i>L'application du droit de la concurrence aux personnes publiques</i> .....                                                | 138 |
| . <i>L'application des autres dispositions du droit commun économique</i> .....                                                | 138 |
| -2.3.3. Un contrôle juridictionnel de plus en plus approfondi .....                                                            | 140 |
| 2.3.3.1. Une action économique de plus en plus portée devant le juge .....                                                     | 140 |
| . <i>Un contentieux varié et éclaté</i> .....                                                                                  | 140 |
| . <i>Un contentieux de plus en plus attractif pour les entreprises</i> .....                                                   | 141 |
| . <i>Un contentieux qui conduit à repenser le rôle et les moyens du juge</i> .....                                             | 142 |
| 2.3.3.2. La force d'attraction d'autres types de règlement des litiges .....                                                   | 144 |
| . <i>La place croissante du juge répressif</i> .....                                                                           | 144 |
| . <i>L'attrait des modes alternatifs de règlement des litiges</i> .....                                                        | 146 |

## ■ Troisième partie

### QUELLES CONDITIONS DE L'EFFICACITÉ

#### DE L'ACTION ÉCONOMIQUE ?..... 149

#### 3.1. L'action doit être conduite par un nombre limité d'acteurs

##### étroitement coordonnés ..... 149

##### -3.1.1. Un mouvement centrifuge affectant les autorités nationales dont il faut contenir l'ampleur et les effets .....149

|                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.1.1. Le morcellement des questions économiques dans l'administration centrale.....            | 150 |
| . <i>Le rattachement de certaines compétences économiques au Premier ministre</i> ..              | 150 |
| . <i>Les hésitations sur la répartition des compétences économiques entre ministères</i> ..       | 151 |
| . <i>La recherche d'une configuration optimale des ministères économiques et financiers</i> ..... | 153 |

|                                                                                  |     |
|----------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.1.2. La montée en puissance des organismes indépendants ou autonomes .....   | 154 |
| . <i>La conjonction de trois logiques de segmentation</i> .....                  | 154 |
| . <i>Une dynamique qui affecte les équilibres des acteurs et entre eux</i> ..... | 155 |
| . <i>La cohérence de l'action économique des entités publiques</i> .....         | 158 |

##### -3.1.2. Pour une meilleure articulation entre l'action nationale et l'action locale.....160

|                                                                                                            |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.2.1. L'État doit encourager et accompagner l'action économique locale .....                            | 160 |
| . <i>Éviter d'entraver l'action locale par la définition d'un cadre général trop strict</i> ...            | 160 |
| . <i>Appliquer le principe de subsidiarité dans l'action économique territoriale</i> .....                 | 161 |
| . <i>Prolonger le contrôle nécessaire des collectivités territoriales par un appui à leur action</i> ..... | 163 |

|                                                                                                  |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 3.1.2.2. S'appuyer sur la relation État-région pour assurer la cohérence des interventions ..... | 164 |
| . <i>Un partenariat à nouer dans les actions</i> .....                                           | 165 |
| . <i>Un partenariat reposant sur une responsabilisation dans les moyens</i> .....                | 165 |



|                                                                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| – 3.1.3. Un mouvement centripète dans la répartition des compétences économiques entre collectivités qui ne réglera pas toutes les questions..... | 167        |
| 3.1.3.1. Réussir la polarisation de l'action autour du binôme région/métropole.....                                                               | 167        |
| . <i>L'affirmation progressive des régions face aux autres collectivités.....</i>                                                                 | 167        |
| . <i>L'émergence des métropoles et la recherche de nouveaux équilibres.....</i>                                                                   | 168        |
| 3.1.3.2. Contenir les risques d'une dispersion de l'action des collectivités .....                                                                | 169        |
| . <i>L'action économique locale restera nécessairement dispersée.....</i>                                                                         | 169        |
| . <i>Une dispersion dont il faut maîtriser les effets.....</i>                                                                                    | 170        |
| <b>3.2. Des décisions mieux préparées et expertisées afin de les adapter à la complexité et à la temporalité des questions économiques .....</b>  | <b>171</b> |
| – 3.2.1. Mieux expertiser les décisions économiques.....                                                                                          | 171        |
| 3.2.1.1. La décision économique reste insuffisamment instruite .....                                                                              | 171        |
| . <i>Mieux connaître les ressources disponibles et celles qui le seront bientôt.....</i>                                                          | 171        |
| . <i>Mieux analyser les ressources disponibles pour les décideurs publics .....</i>                                                               | 173        |
| 3.2.1.2. Le dispositif des évaluations préalables pourrait être systématisé .....                                                                 | 173        |
| . <i>Améliorer le dispositif issu de la révision de 2008 pour les mesures législatives ..</i>                                                     | 173        |
| . <i>Étendre la démarche, de manière adaptée, à certaines décisions administratives ..</i>                                                        | 175        |
| – 3.2.2. Associer les entreprises aux décisions pour leur permettre de les anticiper .....                                                        | 178        |
| 3.2.2.1. Améliorer les conditions du dialogue avec les entreprises .....                                                                          | 178        |
| . <i>Rendre plus transparentes les relations avec les groupes d'intérêt .....</i>                                                                 | 178        |
| . <i>S'assurer de la représentativité économique des interlocuteurs des pouvoirs publics.</i>                                                     | 179        |
| . <i>Renforcer la concertation préalable à l'adoption de nouveaux dispositifs .....</i>                                                           | 180        |
| 3.2.2.2. Permettre aux entreprises de mieux anticiper .....                                                                                       | 181        |
| . <i>Limiter le nombre d'interventions sur un même champ économique.....</i>                                                                      | 181        |
| . <i>Utiliser les procédures disponibles pour maîtriser le temps de la mise en œuvre ....</i>                                                     | 182        |
| . <i>Favoriser la mise en application effective des mesures.....</i>                                                                              | 185        |
| – 3.2.3. Développer l'expérimentation et l'évaluation <i>ex post</i> .....                                                                        | 187        |
| 3.2.3.1. Renforcer l'expérimentation .....                                                                                                        | 187        |
| . <i>Un recours insuffisant à l'expérimentation .....</i>                                                                                         | 187        |
| . <i>La rigueur requise dans la conduite des expérimentations .....</i>                                                                           | 188        |
| 3.2.3.2. L'évaluation <i>a posteriori</i> devrait devenir systématique.....                                                                       | 189        |
| . <i>Développer l'évaluation ex post des textes .....</i>                                                                                         | 189        |
| . <i>Améliorer les revues des politiques publiques dans le domaine économique.....</i>                                                            | 190        |
| <b>3.3. Choisir l'outil le mieux adapté à l'objectif poursuivi .....</b>                                                                          | <b>191</b> |
| – 3.3.1. La nécessaire définition de la notion d'outil d'action économique.....                                                                   | 191        |
| 3.3.1.1. Un choix crucial.....                                                                                                                    | 191        |
| . <i>La notion d'outil d'action économique .....</i>                                                                                              | 191        |
| . <i>Une palette hétérogène .....</i>                                                                                                             | 192        |
| 3.3.1.2. L'intérêt d'une classification des outils.....                                                                                           | 193        |
| . <i>Les classifications possibles .....</i>                                                                                                      | 193        |
| . <i>La classification proposée .....</i>                                                                                                         | 193        |
| – 3.3.2. Des outils par nature évolutifs et qui doivent le rester .....                                                                           | 194        |
| 3.3.2.1. Une palette d'outils qui doit évoluer avec les besoins.....                                                                              | 194        |
| . <i>Des mutations sur le long terme .....</i>                                                                                                    | 194        |
| . <i>La palette d'outils doit rester évolutive .....</i>                                                                                          | 195        |





|                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 3.3.2.2. Des évolutions qui s'imposent aussi au régime des différents outils.....                                | 195        |
| . <i>Les réformes déjà réalisées ou engagées</i> .....                                                           | 195        |
| . <i>Les autres évolutions à envisager prioritairement</i> .....                                                 | 196        |
| <b>-3.3.3. Mieux utiliser les outils</b> .....                                                                   | <b>199</b> |
| 3.3.3.1. Associer un outil à un objectif et choisir l'outil le plus efficace<br>pour parvenir à l'objectif ..... | 199        |
| . <i>« Un outil - un objectif »</i> .....                                                                        | 199        |
| . <i>Choisir le meilleur outil</i> .....                                                                         | 200        |
| 3.3.3.2. Objectiver la comparaison des mérites de chaque outil<br>par une analyse rationnelle .....              | 200        |
| . <i>Des biais dans les choix des outils dont l'influence doit être limitée</i> .....                            | 200        |
| . <i>Identifier et appliquer effectivement des critères rationnels pour le choix<br/>des outils</i> .....        | 202        |
| <b>■ CONCLUSION</b> .....                                                                                        | <b>205</b> |
| <b>■ RÉCAPITULATIF DES MESURES PROPOSÉES</b> .....                                                               | <b>207</b> |
| <b>■ ANNEXES</b> .....                                                                                           | <b>229</b> |
| Annexe 1 – Liste des personnes auditionnées.....                                                                 | 231        |
| Annexe 2 – « Groupe de contacts » de l'étude annuelle :<br>constitution et composition .....                     | 237        |
| Annexe 3 – Que reste-t-il du « Colbertisme » ? .....                                                             | 239        |
| <b>■ CONTRIBUTIONS</b> .....                                                                                     | <b>243</b> |
| La gouvernance économique dans le contexte institutionnel<br>européen .....                                      | 245        |
| L'action économique des personnes publiques :<br>quelques réflexions concernant l'État .....                     | 261        |
| Constitution et action économique des personnes publiques :<br>support ou contraintes .....                      | 267        |
| L'Europe peut mieux réglementer .....                                                                            | 275        |
| <b>■ LISTE DES ABRÉVIATIONS ET DES ACRONYMES</b> .....                                                           | <b>279</b> |
| <b>■ TABLE DES MATIERES</b> .....                                                                                | <b>281</b> |
| <b>2- Guide des outils d'action économique</b> .....                                                             | <b>289</b> |





---



# **Guide des outils d'action économique**

Le guide des outils d'action économique a été établi par Charles Touboul, maître des requêtes, rapporteur général-adjoint, avec le concours d'Angélique Delorme et Pauline Pannier, auditrices, et de Mylène Bernabeu, premier conseiller de tribunal administratif, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études.

Dans le cadre de leur stage à la section du rapport et des études, Marius Amiel, Céline Bevillon, Morgan Bunel, Aurélie Maugran, Anass Mourjane, Etienne Seche et Christopher Smague ont participé aux travaux.

De plus, Déborah Attias, Eva Biezunski, Mathilde Bouscatel, Manon Fritisse, Léonissa Gabri, Solène Hamon, Sarah Kolf, Camille Langlade Demoyen, Antonina Lewandowska, stagiaires à la délégation au droit européen de la section du rapport et des études, ont apporté leur contribution dans le domaine du droit de l'Union européenne.

---

# Sommaire

|                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>INTRODUCTION .....</b>                                                                      | <b>5</b>   |
| <b>1. Famille “fiscalité incitative”</b>                                                       |            |
| <b>FICHE 1 – Fiscalité incitative.....</b>                                                     | <b>7</b>   |
| <b>2. Famille “concours financiers”</b>                                                        |            |
| <b>FICHE 2 – Subventions .....</b>                                                             | <b>17</b>  |
| <b>FICHE 3 – Prêts et avances remboursables .....</b>                                          | <b>27</b>  |
| <b>FICHE 4 – Fonds d’investissement .....</b>                                                  | <b>35</b>  |
| <b>FICHE 5 – Garanties.....</b>                                                                | <b>45</b>  |
| <b>3. Famille “domanialité”</b>                                                                |            |
| <b>FICHE 6 – Domaine .....</b>                                                                 | <b>55</b>  |
| <b>FICHE 7 – Contrats dédiés aux opérations de construction .....</b>                          | <b>67</b>  |
| <b>FICHE 8 – Marques publiques.....</b>                                                        | <b>81</b>  |
| <b>FICHE 9 – Patrimoine immatériel des personnes publiques .....</b>                           | <b>91</b>  |
| <b>4. Famille “activités économiques”</b>                                                      |            |
| <b>FICHE 10 – Exercice d’une activité économique par les personnes<br/>    publiques .....</b> | <b>99</b>  |
| <b>FICHE 11 – Gestion en régie directe.....</b>                                                | <b>109</b> |
| <b>FICHE 12 – Marchés publics.....</b>                                                         | <b>119</b> |
| <b>FICHE 13 – Délégations de service public.....</b>                                           | <b>131</b> |
| <b>5. Famille “entreprises et participations publiques”</b>                                    |            |
| <b>FICHE 14 – Établissements publics industriels et commerciaux.....</b>                       | <b>142</b> |
| <b>FICHE 15 – Sociétés et participations publiques .....</b>                                   | <b>149</b> |
| <b>FICHE 16 – Sociétés locales à statut spécifique (seml, spl, spla,<br/>    semop) .....</b>  | <b>159</b> |
| <b>FICHE 17 – Groupements .....</b>                                                            | <b>171</b> |



|                                                                |            |
|----------------------------------------------------------------|------------|
| <b>6. Famille “législation et réglementation économiques”</b>  |            |
| <b>FICHE 18 – Encadrement des activités économiques (I) :</b>  |            |
| <b>objet du cadre .....</b>                                    | <b>183</b> |
| <b>FICHE 19 – Encadrement des activités économiques (II) :</b> |            |
| <b>modalités de mise en œuvre.....</b>                         | <b>193</b> |
| <b>FICHE 20 – Protection des intérêts stratégiques</b>         |            |
| <b>dans les entreprises.....</b>                               | <b>203</b> |
| <b>FICHE 21 – Urbanisme économique .....</b>                   | <b>211</b> |
| <b>7. Famille “déclarations publiques”</b>                     |            |
| <b>FICHE 22 – Prises de positions publiques.....</b>           | <b>223</b> |
| <b>FICHE 23 – Communication économique.....</b>                | <b>231</b> |
| <b>8. Famille “accompagnement en matière économique”</b>       |            |
| <b>FICHE 24 – Accompagnement en matière économique.....</b>    | <b>241</b> |
| <b>TABLE DES MATIERES.....</b>                                 | <b>249</b> |



---

# Introduction

■ Dans le cadre de son étude annuelle 2015 sur *L'action économique des personnes publiques*, le Conseil d'État examine plus particulièrement la question des outils à la disposition des personnes publiques pour agir sur l'économie.

Cette étude en donne une définition : l'outil d'action économique est le mécanisme générique utilisable par la personne publique lorsqu'elle élabore, dans un domaine et un contexte donnés, une mesure particulière pour atteindre un objectif microéconomique.

Elle formule une cinquantaine de propositions. Parmi elles figure l'élaboration d'un guide destiné à mieux faire connaître aux personnes publiques ces différents outils d'action économique.

Il a semblé possible au Conseil d'État de mettre en œuvre lui-même cette proposition.

C'est l'objet du présent guide.

■ Chaque outil recensé est traité dans une fiche définissant son mécanisme, l'usage qui peut en être fait dans le domaine économique et son cadre juridique aux plans interne comme européen.

Le guide est structuré autour de 8 « familles » : fiscalité incitative ; concours financiers ; domanialité ; activités économiques ; entreprises et participations publiques ; législation et réglementation économiques ; déclarations publiques ; accompagnement en matière économique.

La version initiale de ce guide, qui a vocation à être régulièrement actualisé, comporte 24 fiches-outils.







## FICHE 1

**Fiscalité incitative**

## 1. Notion de fiscalité incitative

La fiscalité incitative désigne l'ensemble des prélèvements fiscaux ayant pour but d'orienter le comportement des personnes susceptibles d'y être assujetties.

### 1.1. Un prélèvement de nature fiscale

Un impôt, une taxe fiscale ou une « imposition de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution, est un prélèvement perçu par voie d'autorité au profit de personnes publiques ou de personnes privées chargées d'une mission de service public.

Cette notion se distingue :

- d'une redevance pour service rendu qui trouve sa contrepartie dans un bien ou un service (CE Ass., 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, au rec. p. 578 ; Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, n° 293229, au rec. p. 349) ;
- d'une redevance domaniale qui trouve sa contrepartie dans l'occupation du domaine (CE, 28 juillet 1999, *Cofiroute*, n° 189412, au rec. p. 256) ;
- d'une cotisation de sécurité sociale qui correspond à un versement à caractère obligatoire ouvrant des droits aux prestations et avantages servis par un régime obligatoire de sécurité sociale (CC, n° 93-325 DC du 13 août 1993, cons. 119 ; CC, n° 2014-698 DC du 6 août 2014, cons. 12-13).

### 1.2. Un objectif principal d'incitation

En principe, une mesure fiscale a vocation à procurer des ressources aux personnes publiques pour financer leurs activités d'intérêt général comme cela résulte des termes mêmes de l'article 13 de la déclaration de 1789, y compris sous forme de redistribution. On parle parfois de « fiscalité de rendement ».

La fiscalité est dite « incitative » ou « comportementale » lorsque la mesure vise à titre principal non à prélever des ressources mais à orienter le comportement des acteurs dans un sens déterminé. L'impôt incitatif peut prendre la forme :

- soit d'un nouvel impôt pesant sur des activités ou des comportements que l'on décourage [en les rendant moins attractifs] ; l'incitation revêtant alors un caractère négatif, la fiscalité est dite « désincitative » ou « dissuasive » ;



- soit de taux réduits ou d'une exonération, d'une déduction ou d'une réduction d'un impôt (pouvant aller jusqu'au crédit d'impôt) existant ou créé pour l'occasion ; l'incitation est alors positive.

La fiscalité incitative se distingue aussi des prélèvements qui, quelle que soit leur dénomination (pénalité, amende, surtaxe ou taxe additionnelle...) ont pour but non d'orienter mais de réprimer des comportements. Lorsque l'objectif est de réprimer un manquement, le prélèvement obligatoire constitue une sanction pécuniaire qui obéit à un régime propre (v. sur cette distinction CC, n° 84-184 DC du 29 décembre 1984 ; CC, n° 2010-84 QPC du 13 janvier 2011, cons. 27-29 ; CC, n° 2013-371 QPC du 7 mars 2014, cons. 4).

## **2. L'usage économique de la fiscalité incitative**

Ayant pour objet d'encourager ou de dissuader certains comportements, la fiscalité incitative est fréquemment utilisée pour poursuivre des objectifs économiques (soutien à la création d'entreprise, à l'investissement...) ou partiellement économiques (développement durable, économie sociale...).

### **2.1. Fiscalité incitative et règles contraignantes**

Contrairement à la réglementation des activités économiques, la fiscalité ne contraint pas directement l'exercice de ces activités. Elle présente ainsi un avantage certain pour les entreprises qui s'accommodent plus facilement de mesures qui leur laissent le choix soit de supporter un coût supplémentaire, soit de changer de comportement. Elle est particulièrement adaptée lorsque le comportement souhaité par le législateur ne pourrait être érigé en norme contraignante sans atteinte excessive à la liberté d'entreprendre et/ou au principe d'égalité des entreprises concernées. La fiscalité présente ainsi de moindres risques de contrariété aux normes supérieures, notamment constitutionnelles, qu'une réglementation impérative.

Les effets des mesures incitatives sont moins immédiats qu'une disposition impérative puisqu'il faut laisser le temps aux entreprises de s'approprier le dispositif et d'en tirer les conséquences. La fiscalité incitative est donc moins réactive qu'une mesure purement et simplement impérative.

Les différences entre réglementation et fiscalité incitative peuvent néanmoins s'estomper, lorsque la norme impérative est elle-même conçue de manière à inciter à des comportements : par exemple, lorsque les textes définissent plusieurs régimes possibles pour les entreprises en prévoyant des formalités ou des procédures plus légères selon les choix opérés entre ces différents régimes.

## 2.2. Fiscalité incitative et autres mécanismes incitatifs

La dépense, notamment sous forme de subvention, est l'autre mécanisme financier incitatif à la disposition des personnes publiques. La « dépense fiscale », contrairement à la dépense classique, s'apparente à un manque à gagner. Relevant toutefois de la fiscalité et non du budget, la fiscalité incitative échappe aux règles applicables au vote des crédits budgétaires. La dépense fiscale est toutefois économiquement très proche d'une véritable dépense pour le budget des personnes publiques concernées. Or, son coût est plus difficile à évaluer pour les finances des collectivités concernées que dans le cas d'une subvention où les décaissements sont mesurables. Ces dépenses font l'objet d'un suivi particulier dans le cadre de l'examen des lois de finances par le Parlement (art. 51 et 54 de la loi organique n° 2001-692 du 1 août 2001 relative aux lois de finances).

Les articles 19, 20 et 21 de la loi n° 2014-1653 du 29 décembre 2014 de programmation des finances publiques (LPFP) pour les années 2014 à 2019, qui reprennent et complètent des dispositions des LPFP antérieures, ont en outre pour objet d'encadrer et de plafonner le recours aux « dépenses fiscales ». Leur montant annuel ne pourra ainsi excéder 80,6 milliards d'euros en 2015, 81,8 milliards d'euros en 2016 et 86 milliards d'euros en 2017.

La fiscalité incitative présente en outre une grande proximité avec certains mécanismes originaux, mais aussi plus complexes à instituer, de type « marchés de quotas » (v. fiche « *encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre* »). Plus simple à mettre en œuvre, la fiscalité incitative est aussi plus rigide. Le coût mis à la charge des assujettis est en effet défini à l'avance, indépendamment de leur réaction, dont il ne pourra être tenu compte qu'en « ajustant » le dispositif fiscal, c'est-à-dire en le modifiant. Au contraire, le mécanisme de marché permet de moduler le coût par une situation de marché, c'est-à-dire par le comportement des différents acteurs.

## 3. La compétence pour instituer une mesure fiscale incitative

### 3.1. Compétence exclusive du législateur

Les mesures fiscales ne peuvent être instituées que par la loi, l'article 34 de la Constitution réservant à celle-ci la détermination des règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures. En application de ces dispositions, les règles relatives à un prélèvement fiscal prennent place normalement dans une loi ordinaire. Elles peuvent également figurer dans une loi de finances, les mesures fiscales y étant toujours éligibles.

De manière générale, le législateur doit épuiser sa compétence pour éviter une censure pour incompétence négative, conformément à la jurisprudence du Conseil



constitutionnel en la matière (CC, n° 85-198 DC du 13 décembre 1985, cons. 11-12). Néanmoins, en matière fiscale, des renvois limités de certains aspects de la mesure au pouvoir réglementaire sont admis (par exemple, la fixation d'un taux à l'intérieur d'une fourchette de taux, CC, n° 2000-442 DC du 28 décembre 2000, cons. 32 ; ou bien la définition technique de l'assiette, CC, n° 2001-456 DC du 27 décembre 2001, cons. 41).

Par ailleurs, il est à noter l'orientation récente consistant à faire des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale - si elles affectent les recettes de la sécurité sociale - le vecteur exclusif, sauf exception, des mesures fiscales, dans le but de mieux maîtriser la fiscalité sectorielle et/ou incitative (v. le « troisième principe » énoncé par la circulaire du 14 janvier 2013, relative aux règles pour une gestion responsable des dépenses publiques, JORF n° 12 du 15 janvier 2013 ; également *Guide de Légistique*, point « 5.2.7. Créer, modifier ou supprimer une taxe fiscale »).

### **3.2. « Approche incitative » de la fiscalité locale**

En vertu du principe de libre administration des collectivités territoriales, celles-ci disposent d'une compétence fiscale qu'elles exercent dans les limites définies par la loi, qui l'encadre étroitement. Non seulement les collectivités territoriales ne peuvent créer de dispositifs fiscaux qui leur seraient propres sans disposition législative, mais la faculté qui leur est reconnue de fixer le taux de certains impôts institués par la loi est par ailleurs encadrée par des limites strictes figurant notamment aux articles 1636 B *sexies* et suivants du code général des impôts.

Ce n'est ainsi qu'en modulant les taux au sein de ces fourchettes que les collectivités territoriales peuvent retenir une approche incitative de la fiscalité qui leur est affectée. Il ne s'agit pas pour autant d'une véritable fiscalité incitative de la même nature que celle pour laquelle des règles constitutionnelles particulières s'appliquent (v. *infra* point 4.). La loi peut également prévoir la possibilité pour les assemblées délibérantes des collectivités territoriales de prononcer des exonérations temporaires d'impôts locaux à des fins incitatives (v. par exemple, les articles 1465 et suivants du code général des impôts).

## **4. Exigences constitutionnelles spécifiques en matière de fiscalité incitative**

La fiscalité incitative constitue un outil spécifique eu égard aux exigences constitutionnelles particulières qui s'imposent à elle. Outre celles applicables à l'ensemble des textes fiscaux, le Conseil constitutionnel opère en effet un contrôle renforcé de la cohérence des règles d'imposition retenues par le législateur au regard de l'objectif que la mesure fiscale est censée poursuivre, en se fondant tant sur le principe d'égalité devant la loi fiscale que sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques.

Le Conseil constitutionnel juge en effet que : « conformément à l'article 34 de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être assujettis les contribuables ; que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs » (CC, n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 34 ; CC, n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, cons. 80).

Il juge, de même : « qu'aux termes de l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (CC, n° 2012-251 QPC du 8 juin 2012, cons. 3).

Ainsi, en matière de fiscalité incitative, « le contrôle du Conseil constitutionnel est plus approfondi qu'en matière de fiscalité à finalité de simple rendement. En effet, lorsque les différences de traitement imposées résultant des différences d'assiette ou de taux de l'impôt sont fondées sur la volonté du législateur de susciter des comportements favorables à des buts d'intérêt général que le législateur a définis, le Conseil procède à un contrôle de l'adéquation entre la définition de l'assiette ou du taux et l'objet ainsi poursuivi par la loi » (Commentaire au cahier du Conseil constitutionnel sous cette dernière décision).

C'est sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité qu'ont ainsi été annulées les exemptions à la taxe générale sur les activités polluantes (CC, n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, cons. 32-38), à la taxe sur la diffusion d'imprimés (CC, n° 2002-464 DC du 27 décembre 2002, cons. 55-57) ou à la contribution carbone (CC, n° 2009-599 DC du 29 décembre 2009, cons. 77-83).

Le Conseil constitutionnel se livre enfin, à un contrôle de proportionnalité de la rupture d'égalité induite entre contribuables du fait de la mesure avec le but poursuivi, à une comparaison entre le moyen mis en œuvre constitué par l'avantage accordé au contribuable et l'objectif à atteindre qui est le comportement souhaité : « 3. Considérant que si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition qu'il fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ; » (CC, n° 2007-555 DC du 16 août 2007).

L'objectif revendiqué par les pouvoirs publics doit ainsi être clairement conçu et être en adéquation avec les mesures incitatives ou dissuasives qu'il est censé justifier. Le Conseil constitutionnel a ainsi sanctionné la création d'une contribution perçue sur « les boissons énergisantes », instaurée par la loi de financement de la sécurité



sociale pour 2013, au motif que « l'objectif de santé publique de lutte contre la consommation d'alcool chez les jeunes ne saurait en effet justifier une mesure pénalisant les « boissons énergisantes » » (CC, n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012).

Le Conseil peut être amené à vérifier dans son appréciation de l'intérêt général le rapport existant entre le coût ou le gain pour l'État et l'objectif poursuivi : « 20. Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires que le crédit d'impôt résultant de la construction ou de l'acquisition d'une habitation principale antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi tend à soutenir la consommation et le pouvoir d'achat ; que, toutefois, en décidant d'accroître le pouvoir d'achat des seuls contribuables ayant acquis ou construit leur habitation principale depuis moins de cinq ans, le législateur a instauré, entre les contribuables, une différence de traitement injustifiée au regard de l'objectif qu'il s'est assigné ; que cet avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ; qu'il en résulte une rupture caractérisée de l'égalité des contribuables devant les charges publiques ; » (CC, n° 2007-555 DC du 16 août 2007, préc.).

## 5. Application du régime des aides d'État à la fiscalité incitative

Une mesure fiscale favorable peut présenter le caractère d'une aide d'État qui sera illégale si elle n'est pas notifiée ou regardée comme compatible avec les exigences de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, ci-après TFUE, (v. communication de la Commission du 10 décembre 1998, 98/C 384/03). La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) s'attache surtout au caractère sélectif de la mesure, au plan catégoriel ou géographique, étant précisé qu'une mesure peut échapper à la qualification d'aide d'État lorsque son caractère sélectif est justifié « par la nature ou l'économie du système » (CJUE, 15 novembre 2011, *Commission c. Gibraltar*, aff. C-106/09P, points 71-75 et 145-146). Au regard des articles 107 et 108 du TFUE, les États membres ne peuvent donc pas, en principe, instaurer un avantage fiscal sélectif sans y avoir été autorisés au préalable par la Commission européenne, laquelle peut revenir à tout moment sur l'autorisation accordée.

En revanche, une imposition de toute nature n'entre en tant que telle dans le champ d'application de l'article 107 du TFUE que si elle constitue le mode de financement d'une mesure d'aide, de sorte qu'elle fait partie intégrante de cette mesure (CJCE, 21 octobre 2003, *Van Calster*, aff. C-261/01, points 49-54 ; CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, aff. C-174/02, points 25-26). Le Conseil d'État a jugé que pour qu'une taxe fasse partie intégrante d'une mesure d'aide, « il doit exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente, en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide » (CE, 27 juillet 2009, *Société Boucherie du marché*, n° 312098, au rec. p. 305).

## 6. Autres règles découlant du droit de l'Union en matière de fiscalité incitative

### 6.1. Mesures équivalentes à des droits de douane et taxes indirectes discriminatoires

Afin de garantir la neutralité de la fiscalité sur le fonctionnement du marché intérieur, l'article 30 du TFUE pose l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane. Le critère d'identification des taxes d'effet équivalent réside dans leur fait générateur, c'est-à-dire le franchissement d'une frontière (CJCE, 2 juillet 1969, *Sociaal fonds voor de diamantarbeiders*, aff. 2 et 3/69, point 18 ; CJCE, 31 mai 1979, *SARL Denkvit Loire*, aff. 132/78, point 9).

En dehors des taxes d'effet équivalent à des droits de douane, les États peuvent créer ou maintenir des impositions intérieures, sous réserve qu'elles respectent les interdictions prévues par les articles 110 et suivants du TFUE visant à garantir que les marchandises ne font l'objet d'aucun traitement fiscal défavorable après qu'elles ont franchi la frontière.

Le premier alinéa de l'article 110 du TFUE interdit les discriminations fiscales qui pénalisent les produits étrangers par rapport aux produits nationaux dès lors que ceux-ci sont similaires. Le second alinéa de cet article interdit en outre aux États membres d'adopter toute mesure fiscale constitutive d'un protectionnisme défensif favorisant un produit national par rapport à un produit étranger concurrent.

### 6.2. Atteintes aux quatre libertés

La fiscalité directe relève, certes, de la compétence fiscale des États membres, mais ces derniers doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit de l'Union. Ainsi les États membres ne sauraient adopter ou mettre en œuvre des dispositions nationales qui portent atteinte aux libertés fondamentales garanties par le TFUE (CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann c/ Belgique*, aff. C-204/90 ou CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93).

Lors de l'imposition des bénéfices, des revenus ou de la fortune de leurs contribuables, les États peuvent aider ou inciter ces derniers à supporter certaines charges financières, en leur proposant en contrepartie des régimes fiscaux favorables. Cependant, le droit de l'Union a en principe pour conséquence que les avantages ainsi consentis ne sauraient être exclusivement conférés, à situation équivalente, aux seuls nationaux ou résidents – à la seule exception de l'hypothèse dans laquelle la résidence constituerait un critère de distinction pertinent au regard de l'objet de la mesure.

A titre illustratif, ont été jugés incompatibles avec le droit de l'Union, des dispositifs fiscaux concernant par exemple le « *splitting tarif* » ou fractionnement de revenus (arrêt *Schumacker*, préc.), les frais de garde ou de scolarisation des enfants (CJCE, 11 septembre 2007, *Schwartz et Gootjes-Schwartz*, aff. C-76/05), les retraites et les fonds de pension (arrêt *Bachmann c. Belgique*, préc.), les modalités d'imposition



des contrats d'assurance-maladie (CJUE, 18 mars 2010, *Gielen*, aff. C-440/08) ou d'assurance-vie (CJCE, 4 mars 2004, *Commission c/ France*, aff. C-334/02), ou encore l'exonération de droits de mutation à titre gratuit sur les dons et legs consentis à des organismes sans but lucratif résidents (CJCE, 27 janvier 2009, *Hein Persche*, aff. C-318/07).

Une restriction prohibée au regard des libertés prévues par le TFUE n'est pas constituée en l'absence de situations objectivement comparables au regard de l'objet de la mesure fiscale en cause. C'est ainsi que la CJUE a jugé que, s'agissant des impôts directs, une personne physique résidente n'est pas dans une situation comparable à celle qui est non-résidente, ce qui justifie la possibilité de les traiter différemment. Ces situations deviennent néanmoins comparables lorsque le non-résident perçoit dans l'autre État membre la totalité ou la quasi-totalité de ses revenus. Cet autre État devra alors lui accorder les mêmes avantages liés à sa situation personnelle et familiale que ceux qu'il consent à ses propres résidents (arrêt *Schumacker*, préc.).

Une restriction peut également être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, sous réserve qu'elle soit appropriée et proportionnée quant aux objectifs poursuivis. Parmi ces raisons impérieuses, figurent la cohérence fiscale (arrêt *Bachmann c/ Belgique*, préc.), la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres (CJUE, 21 mai 2015, *Verder Labtec*, aff. C-657/13), la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle fiscal (CJUE, 15 septembre 2011, *Halley*, aff. C-132/10) et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales (CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05).

En outre, des justifications fondées sur le lien de rattachement avec la société nationale tendent à apparaître dans la jurisprudence plus récente. La Cour a ainsi jugé qu'une restriction à l'une des libertés de circulation puisse être justifiée par la préservation du patrimoine historique et culturel national (CJUE, 18 décembre 2014, *X*, aff. C-87/13 et CJUE, 18 décembre 2014, *Q*, aff. C-133/13). Elle a également considéré qu'en matière de politique sociale, les États membres sont en droit de réserver certains avantages aux personnes présentant un lien de rattachement suffisant avec la société nationale (CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05 ; CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06 ; CJCE, 1<sup>er</sup> octobre 2009, *Gottwald*, aff. C-103/08).

Il est précisé que la Cour a toujours exclu comme justification d'une restriction la perte de recettes fiscales (CJUE, 22 décembre 2010, *Trankeederei*, aff. C-287/10) et la poursuite d'un objectif purement économique tel que la promotion de l'économie nationale (CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98).

### 6.3. Concurrence fiscale dommageable

L'Union européenne se montre également soucieuse d'éviter les comportements s'apparentant à de la concurrence fiscale dommageable même si, hors du champ des aides d'État, cette vigilance ne repose pas sur un instrument juridique contraignant (code de conduite du 1<sup>er</sup> décembre 1997).



## 7. Droit international

La fiscalité ne peut être élaborée en méconnaissance des règles de territorialité de l'impôt, notamment quant à la détermination du lieu de l'assiette imposable au regard des principes inspirés de la convention modèle OCDE et de leur traduction dans les conventions fiscales (v. not. sur ce point le rapport de la mission d'expertise sur l'économie numérique, janvier 2013).

## 8. Les composantes de la fiscalité incitative

Le régime d'une taxe fiscale peut être décomposé en neuf éléments : la catégorie des assujettis, le fait générateur de l'impôt, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition, les modalités d'établissement et de liquidation de l'impôt, les modalités du recouvrement, l'exercice du contrôle et la prescription, les sanctions, le contentieux (v. pour le détail de chacun de ces éléments, le *Guide de légistique*, point 5.2.7 préc.).

## 9. Suppression des mesures fiscales incitatives

La loi fiscale peut avoir une portée rétroactive sans pour autant méconnaître la Constitution à la condition que cela soit justifié par un motif d'intérêt général et que cette rétroactivité ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles. Les stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme sont néanmoins de nature à renforcer les exigences en ce domaine.

Le problème majeur qui se pose en matière fiscale est celui de la compatibilité de la « petite rétroactivité » des lois de finances, notamment des lois de finances rectificatives avec l'article 1<sup>er</sup> du protocole additionnel n° 1 à la Convention. Ces lois, lorsqu'elles viennent s'appliquer aux revenus et résultats de l'année en cours, peuvent en effet remettre en cause des mesures favorables aux contribuables dans des conditions telles qu'elles portent atteinte à un « bien » au sens de ces stipulations.

À défaut de créances certaines (créances auxquelles la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la qualité de « biens » au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole précité), les dispositions fiscales peuvent en effet procurer aux contribuables une espérance légitime d'obtenir une somme d'argent ou une valeur patrimoniale. Cette espérance est qualifiée de « légitime » et par suite, regardée comme un bien par la Cour à condition qu'elle revête une base suffisante en droit interne, ce qui est assurément le cas lorsqu'elle est fondée sur une disposition légale ou un acte juridique (CEDH gr. ch., 7 juin 2012, *Centro Europa*, n° 38433/09).



Par exemple, une entreprise peut nourrir l'espérance légitime de bénéficier d'un crédit d'impôt en raison des dispositions d'une loi de finances antérieure, à partir du moment où le dispositif est entré en vigueur pour une durée prévue. Dès lors, la suppression du crédit d'impôt avant le terme prévu par cette loi peut aller à l'encontre de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1. En revanche, si le crédit d'impôt n'est pas limité dans le temps, la solution n'est plus aussi évidente : en effet, il s'agit de déterminer si le contribuable peut raisonnablement espérer en bénéficier pour une durée indéterminée.

Il convient à cet égard de porter une attention particulière à la suppression ou à la modification, dans un sens défavorable aux contribuables, des dispositions fiscales à vocation incitative, qui peuvent avoir fait naître dans le chef des contribuables des « espérances légitimes ».

Dans sa décision *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/EPI* du 9 mai 2012 (plén. fisc., n° 308996, au rec. p. 200), le Conseil d'État a ainsi jugé que le crédit d'impôt institué par la loi de finances pour 1998 dont l'objectif était de favoriser la création d'emplois et qui garantissait une certaine stabilité du mécanisme puisqu'elle prévoyait qu'il s'appliquerait pour une durée de trois ans, était de nature à laisser espérer au contribuable son application sur l'ensemble de la période prévue. Dans cette mesure, il l'a qualifié de bien au sens de l'article 1<sup>er</sup> du protocole n° 1.

Enfin, poursuivant plus largement un objectif de sécurité juridique par l'encadrement de l'entrée en vigueur de la loi fiscale, il convient de relever qu'a été rendue publique le 1<sup>er</sup> décembre 2014 une charte de « nouvelle gouvernance fiscale » qui pose le principe de « non-rétroactivité » et « non-rétrospectivité » en matière fiscale.

Ce document prévoit que les changements de fiscalité n'affecteront plus ni les exercices déjà clos ou les années passées, ni même les exercices ou les années en cours. Les acteurs, en particulier les entreprises qui sont visées au premier chef par cette mesure, devraient y gagner en visibilité puisque ces principes tendent à garantir que les « règles du jeu » seront connues suffisamment à l'avance. La charte énonce trois exceptions au principe de non-rétroactivité : les dispositions interprétatives ; les mesures législatives dites « de validation » ; les dispositions susceptibles d'entraîner des comportements d'optimisation postérieurement à leur publicité. De même, la charte réserve la possibilité de prévoir la rétrospectivité de mesures favorables aux contribuables.



FICHE 2

## Subventions

### 1. Notion de subvention

Les subventions sont définies à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dite DCRA, récemment créé par l'article 59 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, comme « *des contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* ».

Cette définition légale vise en particulier à prévenir le risque de requalification de certaines subventions en marchés publics, ce qui peut être le cas lorsque la subvention sert à financer un projet d'initiative publique ou peut être regardée comme la rémunération d'une prestation ou la contrepartie d'un service rendu (v. not., CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 284412, au rec. p. 114 ; CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-Les-Plages*, n° 342520, au rec. p. 255). La subvention se distingue également d'une délégation de service public en ce qu'elle n'a pas pour objet de mettre à la charge de l'organisme bénéficiaire l'organisation, la gestion et le fonctionnement d'un service public.

Les subventions se distinguent également :

- des sommes octroyées au titre de prêts et avances remboursables, qui ont vocation à être restituées ;
- des exonérations fiscales (ou « dépenses fiscales »), qui ne donnent pas lieu à un décaissement ;
- des garanties, qui confèrent un avantage au bénéficiaire, mais qui ne donnent pas lieu à décaissement.



## 2. Usage économique des subventions

Les subventions constituent l'un des mécanismes les plus classiques de concours financiers des personnes publiques à des entreprises. Elles présentent une certaine simplicité par rapport à d'autres outils relevant des techniques d'ingénierie financière et permettent de définir des conditions relativement souples en matière d'affectation et de contrôle de l'utilisation aux fins prévues.

Les subventions, versées « à fonds perdus » par la collectivité publique, sont possibles, sans limitation de montant. Toutefois, elles peuvent également constituer la première tranche d'un dispositif plus complexe, comprenant des aides versées sous d'autres formes (avances remboursables, dotations en capital notamment...).

Certains usages spécifiquement économiques des subventions sont par ailleurs prévus et régis par des textes particuliers. Il en va par exemple ainsi des subventions de l'État pour des projets d'investissement (décret n° 99-1060 du 16 décembre 1999). Les subventions consenties aux entreprises par les collectivités publiques ont, en règle générale, un caractère de soutien à l'investissement.

Il existe une grande variété de dispositifs et de régimes différents de subventions.

### **→ Pour approfondir**

V. pour un recensement des dispositifs par le réseau des chambres de commerce et d'industrie : [les-aides.fr](http://les-aides.fr).

## 3. Le respect des libertés économiques

### **3.1. Les règles de droit interne**

L'attribution de subventions est conditionnée, comme toutes les interventions économiques des personnes publiques, au respect de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que du principe d'égalité. A ce titre, le Conseil d'État a jugé qu'une délibération d'un conseil général qui se borne à prévoir le versement d'une subvention destinée à un ou plusieurs organismes gérant des cartes permettant aux étudiants résidant dans le département de bénéficier de prestations d'assurances et de services à un tarif préférentiel, sans désigner l'organisme attributaire ni préciser les conditions auxquelles est subordonné le versement de ladite subvention, ne méconnaît pas la liberté du commerce et de l'industrie et ne confère pas, en elle-même, à l'un des organismes proposant ce type de service un avantage contraire au principe d'égalité (CE, 16 janvier 2006, *Département des Landes*, n° 258320, aux T. pp. 744-753-756).



## 3.2. Application du régime des aides d'État aux subventions

### 3.2.1. Conditions d'application du régime

Les subventions aux entreprises sont susceptibles de relever du régime des aides d'État de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), et, sous réserve des exceptions exposées ci-dessous, d'être incompatibles avec le marché intérieur. **Cinq éléments cumulatifs** doivent être réunis pour qu'une subvention soit qualifiée d'aide d'État :

1. *L'existence d'une entreprise* (au sens du droit de l'Union, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, est une entreprise ; une activité économique consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné : cf. fiche « *L'exercice d'une activité économique par les personnes publiques* ») ;
2. *L'imputabilité de la mesure aux collectivités publiques et son financement au moyen de ressources publiques* ;
3. *L'octroi d'un avantage* : l'entreprise doit bénéficier d'un avantage économique certain, obtenu dans des conditions économiques anormales de marché ;
4. *La sélectivité de la mesure* ;
5. *Les effets potentiels de la mesure sur la concurrence et les échanges au sein de l'Union* : la subvention doit être susceptible de renforcer la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes dans les échanges entre États membres ; dans la pratique, dès lors que les trois premiers critères sont remplis, la Commission européenne présume qu'il y a une distorsion de la concurrence et un impact sur les échanges entre États membres.

Conformément à l'article 108 §3 du TFUE, sauf exceptions, tout projet de subvention entrant dans la catégorie des aides d'État doit faire l'objet d'une notification préalable à la Commission afin que celle-ci autorise sa mise en œuvre.

→ **Pour approfondir**

<http://www.europe-en-france.gouv.fr/Centre-de-ressources/Aides-d-etat.>

### 3.2.2. Exemptions à l'obligation de notification

#### ■ *Aides de minimis*

Les entreprises peuvent bénéficier de subventions pour un montant maximal de 200 000 € sur une période de trois exercices fiscaux. En outre, d'autres plafonds sont fixés pour certains secteurs économiques spécifiques. Par suite, ces aides, qui ne sont pas des aides d'État au sens de l'article 107 §1 du TFUE, ne doivent pas être notifiées à la Commission.



## ■ Régimes d'exemption par catégorie

En vertu du règlement général d'exemption par catégorie (règlement UE n° 651/2014), sont exemptées de notification à la Commission européenne certaines aides, présumées compatibles avec le marché intérieur, car elles respectent les critères fixés par le règlement : elles servent un objectif d'intérêt général, ont un effet incitatif évident, sont appropriées et proportionnées, sont octroyées en toute transparence et soumises à un mécanisme de contrôle ainsi qu'à une évaluation régulière et n'altèrent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Ce règlement liste les catégories d'aides auxquelles il s'applique (par exemple, aides à finalité régionale, aides à l'investissement et à l'emploi en faveur des PME, aides pour la protection de l'environnement...).

### **3.2.3. Dérogations facultatives au principe d'incompatibilité avec le marché intérieur**

L'article 107 §3 du TFUE prévoit des dérogations facultatives au principe d'incompatibilité avec le marché intérieur des aides d'État posé par l'article 107 §1 du TFUE. Peuvent être compatibles, à condition de satisfaire certaines exigences :

*« 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 »*

Sur la base de ces dispositions, la Commission a adopté un certain nombre de textes (décisions, communications, lignes directrices, encadrements) dans lesquels elle précise, pour chaque catégorie d'aides, les critères qu'elle applique pour apprécier leur compatibilité avec le marché intérieur.

Comme indiqué au point **3.2.1.**, ces aides, susceptibles d'être compatibles avec le marché intérieur, doivent néanmoins faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne.



## 4. Compétence pour octroyer les subventions

### 4.1. Subventions de l'État

La définition d'un régime de subvention n'entre dans aucune des matières que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur (v. not. sur ce point, les conclusions de S. Austry sous la décision d'assemblée *Pelletier et a.* (6 avril 2001, n°s 224945 et a., au rec. p. 176), qui estime que : « *Ce n'est que lorsque l'institution d'un régime d'aide relève par ailleurs de principes dont la Constitution réserve la détermination au législateur que [le Conseil d'État écarte] comme le Conseil constitutionnel la compétence du pouvoir réglementaire. (...) Tel est notamment le cas en ce qui concerne la définition des prestations sociales et la détermination des conditions exigées pour en bénéficier qui relève des principes fondamentaux de la sécurité sociale (voyez pour les allocations de logement - CC, 7 avril 1960, n°60-4 L, p.31, l'allocation prénatale ou de maternité - CC, 22 décembre 1961, n°61-17 L, p.43, des prestations familiales - CC, 8 novembre 1972, n°72-74 L, p.34, ou même de l'aide sociale proprement dite - CE, 12 juin 1998, fédération des aveugles et handicapés visuels de France, p.223) »). Ainsi, lorsqu'elles sont octroyées par l'État directement, l'instauration d'un régime de subventions peut relever du domaine réglementaire (v. par exemple, le décret n° 2014-1056 du 16 septembre 2014 relatif à la prime d'aménagement du territoire pour l'industrie et les services).*

Le versement de subventions suppose néanmoins l'ouverture des crédits nécessaires en loi de finances. Elles font par ailleurs l'objet d'un suivi particulier dans le cadre de ces lois (v. not. article 54 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) en ce qui concerne la loi de règlement).

### 4.2. Subventions des collectivités territoriales

**Point de vigilance :** les règles de compétence en matière d'octroi de ces concours financiers vont évoluer en raison des dispositions figurant dans la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe).

Les subventions octroyées par les collectivités locales sont régies par les dispositions des articles L. 1511-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

Les subventions, comme les autres aides aux entreprises, relèvent en principe de la région. Le conseil régional « définit le régime et décide de l'octroi des aides aux entreprises dans la région » qui revêtent la forme de subventions.

Les départements, les communes et leurs groupements ne peuvent participer au financement de ces aides que dans le cadre d'une convention passée avec la région. Toutefois, en cas d'accord de la région, la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales auteur d'un projet d'aide ou de régime d'aides peut le mettre en œuvre seul (art. L. 1511-2 du CGCT). Une convention peut être conclue entre l'État et une collectivité territoriale autre que la région ou un groupement pour compléter ces aides ou régimes d'aides (art. L. 1511-5 du CGCT).



Les communes peuvent enfin verser des aides économiques dans les conditions prévues aux articles L. 2251-1 et suivants du CGCT dans certains cas particuliers (zones rurales, quartiers sensibles...).

Les aides accordées par les collectivités territoriales ou leurs groupements au titre du présent article et de l'article L. 1511-3 ont pour objet la création ou l'extension d'activités économiques. Les subventions versées aux entreprises en difficulté ne relèvent donc pas de ces dispositions. Il en résulte également, comme le juge le Conseil d'État, qu'une subvention versée à une association dont l'objet est la promotion des opérations de parrainage en faveur d'une société, ainsi que de l'équipe engagée par cette société dans un rallye automobile, ne peut entrer dans le champ des aides qui ont pour objet la création ou l'extension d'activités économiques, et est donc illégale (CE, 26 juin 1996, *Département de l'Yonne*, n° 161283, aux T. p. 743).

Dans tous les cas, la décision d'attribution de subventions relève de l'organe délibérant, ou, sur sa délégation, de la commission permanente. L'organe exécutif de la collectivité reste compétent pour prendre les mesures d'exécution utiles, comme signer les actes nécessaires à la mise en œuvre de la décision d'octroi.

### **4.3. Subventions des autres organismes**

Les établissements publics obéissant au principe de spécialité, ils ne peuvent octroyer de subventions que si leurs statuts le prévoient expressément, ou s'ils y sont autorisés par la loi.

Divers organismes sont habilités à soutenir les entreprises à travers l'attribution de subventions, par exemple, la Banque publique d'investissement (loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012), le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (FISAC) (art. 750-1-1 du code de commerce).

## **5. Procédure d'octroi et de récupération**

### **5.1. Octroi**

L'État ou l'organisme accordant la subvention décide l'objet, le montant, les modalités d'octroi et les éventuels cas de récupération des subventions dans le respect des lois et règlements, s'il en existe qui s'appliquent, et des règles générales qu'il a lui-même, le cas échéant, préalablement fixées. Celui-ci peut notamment fixer des conditions à leur octroi en fonction des objectifs qu'il entend poursuivre.

Les procédures de sélection des bénéficiaires de la subvention peuvent varier en fonction du régime de subvention et des modalités afférentes. Les demandes peuvent être, dans certains cas, instruites par des comités administratifs ou ouverts à des professionnels.





Lorsque le montant dépasse un seuil fixé par décret (23 000 euros en vertu du décret n° 2001-495 du 6 juin 2001), l'organisme qui attribue la subvention doit conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée (art. 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000). Cette obligation ne s'impose pas aux organismes qui bénéficient de subventions pour l'amélioration, la construction, l'acquisition et l'amélioration des logements locatifs sociaux prévues au livre III du code de la construction et de l'habitation.

Lorsque la subvention dépassant ce même montant est octroyée à une société commerciale, la convention peut prévoir, dans les conditions d'utilisation, une clause relative au versement de dividendes, au sens de l'article L. 232-12 du code de commerce, ou au versement de rémunérations ou avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux pendant toute la durée de la convention et jusqu'à trois ans après la fin de la convention (art. 10 de la loi précitée du 12 avril 2000).

En sus du dispositif précité, l'article 17 de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 et son décret d'application n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 instituent, de manière générale, une obligation d'évaluation préalable pour les projets d'investissements civils financés par l'État et ses établissements publics ainsi que les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire, avec contre-expertise indépendante préalable, au-delà d'un certain seuil.

## 5.2. Récupération

L'attribution d'une subvention par une personne publique crée des droits au profit de son bénéficiaire. Toutefois, de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention (CE, 5 juillet 2010, *CCI de l'Indre*, n° 308615, au rec. p. 238).

*A contrario*, la jurisprudence admet largement la récupération des aides lorsque les conditions initiales ont été définies précisément et n'ont pas été respectées (CE, 8 juillet 1988, *Premier ministre c/ Société Angérienne des Bois Déroulés et Contreplaqués S.A.B.D.E.C.*, n° 69220, au rec. p. 280 ; CE, 26 novembre 1993, *Ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire c/ Société industrielle française du tout terrain*, n° 103579, au rec. p. 595).

Lorsque la convention comporte une clause relative au versement de dividendes ou de rémunérations et que celle-ci n'a pas été respectée, un titre exécutoire peut être émis pour obtenir le remboursement de tout ou partie de la subvention. Il en va de même lorsqu'un texte prévoyait des pièces justificatives de l'utilisation de la subvention et que celles-ci n'ont pas été produites (CE, 23 mars 1990, *Société Multitransports A. Jamon*, n°s 67122, 77501 et 77502, aux T. pp. 547, 549-550,



598 et 654-655). Le montant du remboursement ne peut excéder le montant total de ces versements, effectués depuis le début de la convention (art. 10 de la loi précitée du 12 avril 2000).

Par ailleurs, une subvention entrant dans la catégorie des aides d'État, accordée de manière illégale (c'est-à-dire sans avoir été notifiée à la Commission ou octroyée avant que la Commission ait statué sur sa compatibilité) et déclarée incompatible par la Commission, doit être récupérée afin de rétablir la situation économique existant préalablement au versement de l'aide.

## **6. Obligations de transparence et contrôle des bénéficiaires des subventions**

### **6.1. Contrôles propres à l'octroi des subventions (article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000)**

Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. Le compte rendu financier est déposé auprès de l'autorité qui a versé la subvention dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée.

Le budget et les comptes de tout organisme de droit privé ayant reçu une subvention, la convention (pour les subventions dépassant 23 000 euros) et le compte rendu financier de la subvention (pour celles faisant l'objet d'une affectation déterminée) doivent être communiqués à toute personne qui en fait la demande par l'organisme qui a attribué la subvention ou par les autorités administratives qui détiennent ces documents, dans les conditions prévues par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978.

Les organismes de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives ou des organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial une subvention supérieure à un montant fixé par décret (153 000 euros en vertu du décret n° 2001-495 précité) doivent déposer à la préfecture du département où se trouve leur siège social leur budget, leurs comptes, les conventions prévues au présent article et, le cas échéant, les comptes rendus financiers des subventions reçues pour y être consultés.

### **6.2. Autres contrôles de droit commun**

S'agissant des subventions de l'État, les organismes bénéficiaires peuvent être contrôlés par l'inspection générale des finances (IGF) (art. 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier ; article 43 de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier dite DDOEF), le Contrôle général économique et financier (CGEFi) (art. 2 du décret n° 55-733 du 26 mai 1955), et sont justiciables de la Cour

des comptes (art. 31 préc. ; art. 111-7 du code des juridictions financières) et de la Cour de discipline budgétaire et financière (c de l'art. L. 312-1 du même code).

S'agissant des subventions accordées par les collectivités locales, l'article L. 1611-4 du CGCT permet de soumettre le bénéficiaire au contrôle des délégués de la collectivité. L'organisme est aussi soumis au contrôle des chambres régionales des comptes. Les dispositions de l'article 31 de l'ordonnance n° 58-896 préc., qui prévoient le contrôle de l'IGF, trouvent également à s'appliquer.

En outre, aux termes de l'article L. 211-4 du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes assure la vérification des comptes des « établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales ou leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1500 euros ».

### **6.3. Contrôles spécifiques**

En ce qui concerne les subventions accordées au titre des fonds européens comme le Fonds européen de développement régional (FEDER), le Fonds social européen (FSE) ou le Fonds de cohésion, il existe des règles spécifiques et complexes de contrôle des bénéficiaires.

Pour les dépenses des programmes cofinancés par les fonds structurels pour la période 2007-2013 (art. 62 du règlement (CE) 1083/2006 du 11 juillet 2006), a été ainsi instaurée une nouvelle autorité, l'autorité d'audit, incarnée en France par la Commission interministérielle de coordination des contrôles (CICC). Elle est le garant de la bonne mise en œuvre des fonds structurels et dispose pour ce faire de pouvoirs élargis en matière de contrôle (elle effectue environ 500 contrôles d'opérations par an par l'intermédiaire de contrôleurs en région agissant sous sa responsabilité). Elle réalise en outre des audits pour s'assurer du bon fonctionnement des systèmes de gestion et de contrôle des programmes opérationnels (6 ou 7 missions par an). Elle transmet à la Commission européenne un rapport annuel de contrôle et un avis sur les résultats des contrôles et des audits réalisés « au cours de la précédente période de 12 mois prenant fin au 30 juin de l'année concernée ».

Pour la période de programmation 2014-2021, la CICC doit en outre donner, aux termes du règlement (CE) 1303/2013 du 17 décembre 2013, un avis préalable à la désignation des autorités de gestion et de certification des programmes opérationnels. Elle est également chargée, chaque année, de donner un avis sur les comptes annuels produits par les autorités de gestion et de certification.





**FICHE 3**

## **Prêts et avances remboursables**

### 1. Notion de prêts et avances remboursables

Les prêts et avances remboursables ont pour objectif de fournir aux entreprises la mise à disposition temporaire de fonds. Les prêts sont destinés à être systématiquement remboursés par l'entreprise, à la différence des avances remboursables, qui ne seront remboursées intégralement qu'en cas de réussite du projet de recherche et d'innovation qu'elles financent.

En outre, parmi les prêts, on peut distinguer :

- les prêts d'honneur à la création d'entreprise, généralement à taux nuls, octroyés aux personnes physiques qui créent leur entreprise ;
- les prêts à l'investissement, ciblés sur la réalisation de projets d'investissement ;
- les prêts en trésorerie.

Les modalités des prêts et avances remboursables peuvent donc différer, notamment en ce qui concerne l'existence et le montant d'un taux d'intérêt (prêts à taux réduits, prêts à taux nuls) ; les avances remboursables à l'aéronautique française, à titre d'exemple, sont rémunérées.

### 2. L'usage économique des prêts et avances

Pour les collectivités publiques, les prêts à des taux avantageux ou les avances remboursables peuvent apparaître comme une solution attrayante pour soutenir des projets en particulier. En effet, ces modes d'intervention, généralement attachés à un type de projet ou de réalisation, peuvent permettre d'inciter au développement d'une activité économique particulière ou à la mise en œuvre d'un projet conforme aux intérêts de la collectivité. D'autre part, ils sont en principe recouvrables, même si ce recouvrement dépend, notamment dans le cas des avances remboursables, de la réussite du projet financé. Ce type d'interventions peut également permettre de solvabiliser le développement des entreprises dans des cas où celles-ci ne trouveraient pas nécessairement un financeur autre que l'État, compte tenu des risques encourus. Ils peuvent également constituer un effet de levier pour faciliter l'accès de l'entreprise à des financements auprès d'établissements de crédit traditionnels. Enfin, un prêt ou une avance remboursable constitue une simple avance de trésorerie et s'inscrit au bilan de l'entreprise. Il n'est donc pas assujéti à l'impôt, à la différence d'une subvention.



Toutefois, ces mécanismes exposent tout particulièrement au risque de soutenir des projets dont la viabilité économique et financière est insuffisante, pour un coût élevé pour la collectivité. En effet, les avances remboursables, en particulier, ont pour effet de mettre en commun les risques, puisqu'elles ne sont remboursées qu'en cas de succès des programmes ; en cas d'échec, les fonds publics sont perdus, l'avance devenant en réalité une subvention. De ce fait, l'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable présente un risque pour les finances de la collectivité publique, ce qui nécessite que ceux-ci soient octroyés dans le cadre d'une procédure rigoureuse, tant en matière d'analyse de l'intervention économique que de gestion des finances publiques.

Un prêt ou avance remboursable peut constituer la première tranche d'un dispositif plus complexe, comprenant des aides versées d'une nature différente (subventions, garanties, dotations en capital...). Ces mécanismes sont souvent utilisés de manière concomitante par les personnes publiques.

### **3. Le recours aux prêts et avances**

#### **3.1. État**

##### ***3.1.1. Ouverture des crédits budgétaires par une loi de finances***

Les prêts et avances remboursables se rattachent, au sens de la loi organique relative aux lois de finances du 1<sup>er</sup> août 2001 dite LOLF, aux charges budgétaires de l'État, sous le titre 7 : « Dépenses d'opérations financières » (art. 5 de la LOLF). A ce titre, les crédits affectés à des prêts ou avances remboursables doivent être ouverts par les lois de finances, dans le cadre budgétaire classique de missions et de programmes.

En application de l'article 22 de la loi organique, de tels crédits ne peuvent être ouverts ni exécutés dans le cadre de comptes de commerce, qui ont vocation à retracer les opérations à caractère industriel et commercial effectuées à titre accessoire par des services de l'État non dotés de la personnalité morale.

En revanche, des crédits affectés à des prêts ou avances remboursables peuvent être ouverts dans le cadre des comptes de concours financiers, dont l'article 24 de la LOLF précise qu'ils retracent les prêts et avances consentis par l'État. L'article 19 de la loi organique rappelle que les comptes de concours financiers, à l'instar des autres comptes spéciaux, ne peuvent être ouverts que par une loi de finances. Dans ce cas, un compte distinct doit être ouvert pour chaque débiteur ou catégorie de débiteurs.



La mise en œuvre de prêts et avances dans le cadre d'un compte de concours financiers s'accompagne d'un certain nombre d'obligations prévues par la LOLF :

- ils sont accordés pour une durée déterminée ;
- sauf dérogation par décret en Conseil d'État, ils sont rémunérés à un taux d'intérêt qui ne peut être inférieur à celui des obligations ou bons du Trésor de même échéance ou, à défaut, d'échéance la plus proche.

L'article 24 précité de la LOLF prévoit également les modalités de recouvrement de ces prêts dans le cas où le débiteur n'honorerait pas ses échéances (recouvrement immédiat, rééchelonnement par une décision publiée au Journal officiel, ou constatation d'une perte probable).

Lorsqu'un compte de concours financiers a été ouvert par une loi de finances, les crédits qui y sont affectés peuvent être mis en œuvre par décret, ou, si un décret le prévoit, par simple arrêté (v. par exemple, le décret n° 60-703 du 15 juillet 1960 modifié portant organisation du compte spécial « Prêts du fonds de développement économique et social », lequel renvoie les décisions de versement à un arrêté du ministre chargé de l'économie, accompagné d'une convention passée entre l'État et l'emprunteur déterminant les modalités des prêts).

### **3.1.2. Octroi par voie réglementaire**

L'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable n'entre pas dans le champ des matières que l'article 34 de la Constitution fait relever de la compétence exclusive du législateur. Ainsi, lorsqu'il est initié par l'État, l'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable peut être décidé par un acte réglementaire. L'acte réglementaire portant création du régime de prêt ou d'avance remboursable en fixe les modalités essentielles et notamment l'objet, la nature des bénéficiaires et le quantum ou plafond des fonds avancés.

Cependant, la pratique peut également être de procéder par convention, ce qui est le cas par exemple dans le cadre du soutien au secteur de l'industrie aéronautique.

## **3.2. Collectivités territoriales**

**Point de vigilance :** les règles de compétence en matière d'octroi de ces concours financiers vont évoluer en raison des dispositions figurant dans la loi portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe).

### **3.2.1. La région**

La région, qui a la compétence la plus étendue en matière d'interventions économiques, peut décider d'octroyer des aides aux entreprises dans la région sous forme de « *prêts et avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que celles du taux moyen des obligations* » (art. L. 1511-2 du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT) ; ces aides doivent avoir pour objet la création ou l'extension d'activités économiques.

La gestion de ces avances peut être déléguée par la région à des établissements publics.



### 3.2.2. Le département et la commune

Si le département et la commune ont en principe un cadre d'intervention plus restreint, puisqu'ils ne disposent pas de la compétence en la matière (cf. art. L. 3231-1 du CGCT pour le département), cette restriction est aujourd'hui tempérée par de nombreuses possibilités permettant aux départements et communes d'accorder des prêts et avances remboursables.

- Possibilité d'intervention en complément de la région

En application du 2<sup>e</sup> alinéa de l'article L. 1511-2 du CGCT, les départements, les communes et leurs groupements peuvent participer au financement, voire à la mise en œuvre des prêts et avances remboursables de la région dont l'objet est la création ou l'extension des activités économiques, dans le cadre d'une convention passée avec la région.

- Autres cas de figure

En principe, il résulte des dispositions du CGCT que l'intervention des collectivités locales en matière d'aides directes aux entreprises pour favoriser le développement économique est limitée par la loi aux aides accordées en complément de la région ; ces dispositions interdisent notamment les aides accordées en complément de primes octroyées par l'État (CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or*, n° 58463, au rec. p. 156, sur l'illégalité d'une prime départementale aux entreprises artisanales pour la création d'un premier emploi). Cependant, seules les aides directes sont subordonnées à l'intervention de la région (CE sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473, au rec. p. 391).

Cependant, la loi laisse aujourd'hui la possibilité aux communes et aux départements d'accorder des prêts et avances remboursables dans le cadre d'une convention passée directement avec l'État (art. L. 1511-5 du CGCT). Ainsi, des aides peuvent être attribuées dans ce cadre par des communes ou des départements sans la présence de la région et même sans devoir constater la carence de celle-ci. Une copie de la convention est en ce cas portée à la connaissance du président du conseil régional par le préfet de région.

Sur cette base, le Conseil d'État a ainsi jugé que des actions de politique agricole ou industrielle d'intérêt local ne peuvent être entreprises par des collectivités territoriales et leurs groupements que dans le cadre de conventions conclues avec l'État et fixant les modalités des aides qu'ils peuvent consentir (CE, 18 novembre 1991, *Département des Alpes-Maritimes*, n° 73398, au rec. p. 395).

- Aides aux entreprises en difficulté

En ce qui concerne le département, l'article L. 3231-2 du CGCT permet ainsi à celui-ci d'intervenir dans le domaine économique pour accorder des aides ayant pour objet de favoriser le développement économique dans les conditions prévues aux articles L. 1511-1 à D. 1511-56 du même code. Plus particulièrement, l'article L. 3231-3 habilite un département qui souhaite assurer le maintien des services nécessaires à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural, d'accorder





des aides aux entreprises en difficulté en vue du redressement de celles-ci, dans le cadre d'une convention passée avec elles. Ces interventions, comme celles visées à l'article L. 3231-2, doivent faire l'objet d'un avis préalable du conseil municipal de la commune où est située l'entreprise concernée.

La jurisprudence reconnaît par ailleurs aux collectivités territoriales la possibilité d'une intervention au soutien des entreprises en difficulté sur leur territoire, à la condition que ces interventions poursuivent un but d'intérêt général, par exemple en vue de favoriser le maintien de l'activité économique et de l'emploi sur le territoire (CE, 10 mai 1985, *Société Boussac Saint-Frères*, n° 31604, au rec. p. 145).

### **3.3. Les établissements publics**

Les établissements publics obéissant au principe de spécialité, ils ne peuvent octroyer des prêts ou avances remboursables que si leurs statuts le prévoient expressément, ou s'ils y sont autorisés par la loi.

## **4. Le respect des textes et libertés économiques**

### **4.1. Les règles de droit interne**

L'intervention des personnes publiques en la matière est naturellement conditionnée au respect des règles du droit de la concurrence ; en outre, elle est conditionnée au respect du monopole bancaire prévu à l'article L. 511-5 du code monétaire et financier, en vertu duquel il est interdit à toute autre personne qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque, et notamment de crédit, à titre habituel.

Cette interdiction ne concerne toutefois ni l'État (*via* le Trésor public), ni la Banque de France, ni la Caisse des dépôts et consignations, en application des dispositions combinées des articles L. 511-6 et L. 518-1 du même code.

La violation de cette interdiction est réprimée pénalement en application de l'article L. 571-3 du même code ; la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé, sur cette base, la notion d'habitude en estimant ainsi que plusieurs prêts successifs à une même société ne caractérisaient pas à eux seuls l'exercice à titre habituel de la profession de banquier (Crim., 2 mai 1994, n° 93-83.512, *Bull. crim.*, n° 158). En ce qui concerne les collectivités locales, le Conseil d'État fait également application de cette interdiction de se substituer à l'intervention du secteur bancaire, en censurant par exemple un département ayant décidé de créer un fonds de prêts aux collectivités locales pour offrir aux communes bénéficiant de subventions départementales des « subventions en capital remboursables par annuités » et porteuses d'intérêt (CE, 30 novembre 1994, *Préfet de la Meuse*, n° 145198, au rec. p. 518).



## **4.2. L'application du régime des aides d'État**

Les prêts et avances remboursables accordés aux entreprises sont susceptibles de relever du régime des aides d'États de l'article 107 §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) si elles ne sont pas octroyées dans des conditions de marché et, sous réserve, des exceptions exposées ci-dessous, d'être incompatibles avec le marché intérieur.

### **4.2.1. Aides de minimis**

Les entreprises peuvent bénéficier d'aides d'État pour un montant maximal de 200 000 € sur une période de trois exercices fiscaux. En outre, d'autres plafonds sont fixés pour certains secteurs économiques spécifiques. Par suite, ces aides ne doivent pas être notifiées à la Commission européenne, conformément à l'article 108 §3 du TFUE. Les aides allouées sous d'autres formes qu'une subvention notamment les prêts et avances remboursables doivent faire l'objet d'un calcul « équivalent subvention-brut », afin de pouvoir les mesurer et s'assurer du respect des règles de cumuls d'aides.

### **4.2.2. Régimes d'exemption par catégorie**

En vertu du règlement général d'exemption par catégorie (règlement UE n° 651/2014), sont exemptées de notification à la Commission européenne certaines aides, présumées compatibles avec le marché intérieur, car elles respectent les critères fixés par le règlement : elles servent un objectif d'intérêt général, ont un effet incitatif évident, sont appropriées et proportionnées, sont octroyées en toute transparence et soumises à un mécanisme de contrôle ainsi qu'à une évaluation régulière, et n'altèrent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Ce règlement liste les catégories d'aides auxquelles il s'applique.

### **4.2.3. Dérogations facultatives**

L'article 107 §3 du TFUE prévoit des dérogations facultatives. Peuvent être compatibles, à condition de satisfaire certaines exigences :

*« 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 »*

Ces aides, susceptibles d'être compatibles avec le marché intérieur, doivent néanmoins faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne, conformément à l'article 108 §3 du TFUE.

## 5. Les modalités de mise en œuvre

Même en l'absence de texte spécifique, la légalité d'une aide directe ou indirecte est conditionnée à l'existence de motifs d'intérêt général et de contreparties suffisantes (décision *Commune de Fougerolles*, préc.).

Pour ce qui est des collectivités territoriales, la convention à signer entre le département ou la commune et l'État, en application de l'article L. 1511-5 du CGCT, doit l'être avec le préfet de département (art. 59 du décret n° 2004-374 du 29 avril 2004 relatif aux pouvoirs des préfets, à l'organisation et à l'action des services de l'État dans les régions et départements). Une circulaire du ministre de l'intérieur (DGCL) n° INTB0200005C du 7 janvier 2002 précise les conditions de signature d'une telle convention : une convention spécifique doit être conclue ; elle doit porter sur des actions préalablement définies et non sur une politique globale de soutien au développement économique local ; et la convention doit préciser un certain nombre d'informations relatives à l'aide :

- le type d'entreprises bénéficiaires,
- les secteurs d'activité économique concernés,
- la nature de l'aide,
- le montant de l'aide,
- l'assiette des dépenses éligibles,
- les zones géographiques qui peuvent bénéficier de l'aide,
- les modalités de versement,
- la durée d'application de la convention,
- le régime d'aide approuvé par la Commission,
- les modalités pratiques de mise en œuvre,
- les moyens et la méthodologie prévus pour l'évaluation du dispositif,
- les informations à transmettre au préfet pour l'élaboration des rapports prévus par le droit de l'Union.



## 6. Contrôle

---

Aux termes de l'article L. 211-4 du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes assure la vérification des comptes des « *établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales ou leurs établissements publics apportent un concours financier supérieur à 1500 euros* ». La notion de concours financier s'interprète de façon extensive et inclut les prêts ou avances remboursables, dès lors que l'aide dépasse, en valeur, le seuil de 1 500 euros.

En outre, en application de l'article 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958, les organismes qui font appel au concours de l'État, d'une collectivité locale ou d'un établissement public, sous forme notamment de prêts ou d'avances, sont soumises aux vérifications de l'inspection générale des finances, et, pour les organismes qui bénéficient du concours des départements ou des communes, de l'inspection générale de l'administration. Les fonctionnaires de ces corps d'inspection ont en vertu de cet article tous les pouvoirs d'investigation nécessaires à l'examen, sur pièces et sur place des écritures, du bilan et des comptes dans leurs parties relatives à la gestion et à l'emploi de l'aide accordée conformément au but pour lequel elle a été sollicitée.



## FICHE 4

## Fonds d'investissement

## 1. Notion de fonds d'investissement (capital-investissement)

La notion de capital-investissement ne fait pas l'objet d'une définition juridique propre, même si le code monétaire et financier prévoit plusieurs statuts de fonds dans lesquels investir à ce titre [cf. *infra*].

D'un point de vue économique, le capital-investissement, plus connu sous la terminologie anglaise de « *private equity* », consiste en un investissement en fonds propres, dans une société non cotée. Cet investissement s'accompagne généralement d'un rôle actif d'appui et de conseil sur la stratégie à suivre par l'entreprise financée, et d'une rémunération de l'investisseur par la réalisation d'une plus-value lorsqu'il revend ses parts de la société.

On distingue **quatre types de capital-investissement**, selon le stade de développement de l'entreprise auquel cet investissement intervient :

- lors de la création de l'entreprise : on parle alors de « capital-risque » ;
- pour le développement et la croissance de celle-ci : « capital-développement » ;
- à un stade de consolidation ou de transmission à une nouvelle équipe dirigeante : « capital-transmission » ou LBO (« *leverage buy-out* ») ;
- lors du rachat d'une entreprise en difficulté : « capital-retournement ».

Les collectivités publiques peuvent investir dans des fonds d'investissement mais sous certaines conditions et limites destinées à diminuer les risques encourus par les finances publiques.

## 2. L'usage économique des fonds d'investissement

L'un des attraits principaux du recours au capital-investissement tient à la perspective d'un retour sur investissement pour la personne publique concernée. En outre, la participation d'investisseurs privés et publics au sein du fonds d'investissement entraînant un effet de levier important, le fonds d'investissement constitue un outil potentiellement très efficient. Enfin, les fonds de capital-investissement sont particulièrement adaptés aux besoins des entreprises innovantes ou à forte

croissance (« *start-up* »). Ils permettent de répondre aux carences du marché et de faciliter l'accès des entreprises au financement, notamment dans le domaine de l'innovation, où les risques parfois élevés limitent l'action des investisseurs privés.

Toutefois, tout investissement en capital s'accompagne de risques significatifs de perte en capital, du fait des incertitudes quant aux perspectives de développement des sociétés dans lesquelles le fonds investit. De même, la valeur à laquelle les titres pourraient ultérieurement être cédés est difficile à déterminer *a priori*. Ces investissements présentent également un risque de faible liquidité, car le capital-investissement constitue par définition un investissement dans des actifs non cotés. En outre, pour des personnes publiques, le recours à des fonds d'investissement implique une certaine technicité et un suivi par des personnels qualifiés, disposant d'une solide expérience en la matière. Enfin, dans ces dispositifs, c'est la société de gestion qui est responsable de la gestion effective des prises de participation et cessions du fonds. Dès lors, la collectivité publique dispose d'une latitude plus réduite dans le choix des entreprises bénéficiaires que dans le cadre de subventions.

Des dispositifs innovants visant à faciliter le développement des investissements existent également, à l'image des plateformes de financement participatif (*crowdfunding* ; v. pour un recensement par la BPI : [tousnosprojets.fr](https://tousnosprojets.fr)).

### 3. Compétences en matière de fonds d'investissement

#### 3.1. État

Elle prend principalement la forme de deux institutions et d'un programme [cf. *infra*], dont les modalités de mise en œuvre passent essentiellement par la voie conventionnelle. Ainsi, la création d'un fonds abondé par l'État ne nécessite pas de texte législatif ou réglementaire spécifique.

#### 3.2. Collectivités territoriales

##### ■ La région

Le financement des entreprises, qui relève de l'action économique, est au nombre des compétences de la région en application de l'article L. 4211-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT). Cet article prévoit que ce financement peut prendre principalement **trois formes** :

- en application du 9° de cet article, la participation à un fonds commun de placement à risques (FCPR) ou la constitution d'un fonds d'investissement auprès d'une société de capital-investissement, à vocation régionale ou interrégionale ;
- en application du 11°, la participation à un fonds d'investissement de proximité (FIP) ;

- et en application du 12°, le versement de dotations à un fonds de participation en lien avec les fonds structurels européens.

Chacune de ces interventions prend la forme de conventions avec la société ou le fonds concerné.

Il est à noter qu'en application de l'article L. 4221-1-1 du même code, ces compétences peuvent être transférées à la métropole à l'initiative du conseil régional ou sur demande du conseil de la métropole.

#### ■ *Le département et la commune*

En principe, les prises de participation financière du département et de la commune sont interdites respectivement par les articles L. 3231-6 et L. 2253-1 du CGCT, à l'exception des participations dans les sociétés d'économie mixte et sous réserve qu'une telle prise de participation soit autorisée par un décret en Conseil d'État. Dans ce cas, un tel décret fixe généralement un montant plafond à cet investissement, ainsi qu'un plafond à l'engagement cumulé des collectivités locales (hors région) qui sollicitent cette autorisation à 33 % du capital de la société.

D'autre part, en application du 11° de l'article L. 4211-1 précité, les communes, établissements publics de coopération intercommunale et départements peuvent également participer financièrement à la mise en œuvre d'un FIP dans le cadre d'une convention signée par la région. Cependant, ces collectivités ne peuvent détenir des parts de la société de gestion du FIP.

## 4. Le respect des principes et libertés économiques

### **4.1. Les règles de droit interne**

La participation d'une personne publique à un fonds d'investissement doit respecter les autres textes législatifs et réglementaires éventuellement applicables ainsi que les principes généraux du droit tels que le principe d'égalité, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les principes tirés des règles de concurrence.

### **4.2. L'application du régime des aides d'État**

La participation des personnes publiques à un fonds d'investissement est strictement encadrée, notamment par des lignes directrices de la Commission européenne (cf. Communication de la Commission européenne du 22 janvier 2014, dont certains passages sont cités ci-après).

Cette communication s'applique seulement aux régimes de financement des risques mis en œuvre par des intermédiaires financiers ou des plateformes de négociation alternatives, excepté pour les incitations fiscales aux investissements directs dans des entreprises admissibles. Par conséquent, une mesure par laquelle un État membre ou une entité publique réalise des investissements directs dans



des entreprises sans faire intervenir de telles structures intermédiaires ne relève pas du champ d'application des règles relatives aux aides d'État en faveur du financement des risques énoncées dans cette communication (cf. points n°s 19 et 20 de ce texte).

La participation à un fonds d'investissement est susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article 107 §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). En conséquence, en vertu de l'article 108 §3 du TFUE, la participation à un fonds d'investissement doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne, sauf si une mesure de financement des risques relève du champ d'application des dispositions du règlement général d'exemption par catégorie n° 651/2014 du 17 juin 2014 relatives au financement des risques en faveur des PME prévues à l'article 21 de ce texte, et en respecte toutes les conditions.

Toutefois, les collectivités peuvent choisir de concevoir des mesures de capital investissement de manière à ce qu'elles ne comportent pas d'éléments d'aide d'État.

En règle générale, une intervention publique dans la sphère économique peut être considérée comme ne constituant pas une aide d'État dès lors qu'est rempli le critère de « *l'opérateur en économie de marché* », c'est-à-dire que cette intervention est effectuée dans les « *conditions normales du marché* » et ne donne pas lieu « *à un avantage accru en faveur de leur destinataire* ».

Ainsi, la participation publique à un fonds d'investissement doit respecter la jurisprudence de la CJUE afin de ne pas être qualifiée d'aide d'État, ce qui suppose le respect des **trois conditions** suivantes :

- la participation simultanée d'investisseurs publics et privés ; cette condition est respectée si les investisseurs publics et privés investissent conjointement dans le fonds d'investissement « *dans le cadre d'une seule et même opération* » ;
- la participation au fonds effectuée dans les mêmes conditions par les investisseurs privés et publics : le respect de cette condition implique notamment une similitude au niveau du partage des risques, de la rémunération et du niveau de subordination pour une même classe de risque ;
- l'« *importance économique réelle* » de la participation de l'investisseur privé ; la Commission européenne estime que 30 % d'investissement privé peut être considéré comme « *économiquement important* ».

Toute aide au financement des risques qui ne satisfait pas au critère de l'opérateur en économie de marché et qui ne relève pas, par ailleurs, du champ d'application d'un règlement *de minimis* et ne remplit pas toutes les conditions applicables aux aides au financement des risques établies dans le règlement général d'exemption par catégorie n° 651/2014 préc., doit être notifiée à la Commission avant sa mise en œuvre. Celle-ci en évaluera la compatibilité sur la base des principes et des critères fixés dans sa communication 2014/C 19/04 du 22 janvier 2014.





## 5. Les modalités de mise en œuvre

### 5.1. Dispositifs nationaux

L'essentiel des prises de participation pouvant se faire par la voie conventionnelle, les modalités dépendent du contenu de chaque convention.

De fait, les dispositifs nationaux en matière de fonds d'investissements sont mis en œuvre le plus souvent par des organismes spécialisés et/ou dans le cadre de certains programmes.

#### ■ *Organismes spécialisés*

Deux organismes interviennent à titre principal :

- **la caisse des dépôts et consignations** qui, aux termes de l'article L. 518-2 du code monétaire et financier, est un investisseur de long terme qui contribue au développement des entreprises et au développement économique local et national ;
- **la banque publique d'investissement** (ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement) ; ce groupe se compose :
  - d'une part, de *l'établissement public BPI-Groupe*, chargé de promouvoir et soutenir l'innovation et le transfert de technologie, et de favoriser le développement et le financement des PME ; il intervient pour ce faire, directement ou, dans le cadre de conventions passées à cet effet, par l'intermédiaire de ses filiales, de sociétés dans lesquelles il détient une participation ou de toute société dont l'État détient, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital ;
  - d'autre part, de *la société anonyme BPI-Groupe* chargée également de soutenir la croissance par l'innovation et le transfert de technologies, ainsi que de contribuer au développement économique en prenant en charge une partie du risque résultant des crédits accordés aux PME et en répondant aux besoins spécifiques de financement des investissements de celles-ci ; les modalités d'exercice par la société et ses filiales de leurs missions d'intérêt général sont fixées par un contrat d'entreprise pluriannuel conclu entre la société anonyme et ses deux actionnaires principaux, à savoir l'État et l'établissement public BPI-Groupe.

Les droits exclusifs ou spéciaux accordés à ce type d'organismes de même que les conditions dans lesquelles ils peuvent intervenir pour le compte de l'État dans un secteur concurrentiel, doivent respecter les principes de la commande publique.

#### ■ *Dispositif des investissements d'avenir*

Ce programme, créé par l'article 8 de la loi n° 2010-237 de finances rectificative pour 2010 et complété par la loi n° 2013-1278 de finances pour 2014, constitue le principal vecteur financier d'investissement en capital de l'État aujourd'hui. Il consiste en des



investissements financiers ciblés, lesquels peuvent être mis en œuvre par le biais de conventions de gestion entre l'État et des organismes gestionnaires, au nombre desquels la Caisse des dépôts, l'Agence nationale de la recherche ainsi que d'autres organismes listés par le décret n° 2010-442 du 3 mai 2010.

Un certain nombre de conditions de mise en œuvre, de gestion et de suivi doivent être respectées :

- les conventions doivent faire l'objet d'un avis des commissions des finances et des autres commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ;
- les fonds doivent être déposés chez un comptable du Trésor ;
- les commissions des finances des deux assemblées doivent être informées de l'usage fait de ces fonds ;
- un rapport annuel doit être déposé par le gouvernement à ce sujet.

## **5.2. Dispositifs locaux**

### ***5.2.1. Dotation ou participation d'un fonds commun de placement à risques (FCPR), d'un fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) ou d'un fonds d'investissement de proximité (FIP)***

#### **■ Cadre général**

La participation des régions dans de tels dispositifs est prévue par les 9° et 11° de l'article L. 4211-1 du CGCT.

La structure du fonds d'investissement associé au fonds proprement dit une société de gestion chargée de le gérer. En vertu de l'article L. 532-1 du code monétaire et financier, la société de gestion doit être agréée par l'autorité des marchés financiers (ci-après AMF). En contrepartie de sa gestion du fonds, la société de gestion est rémunérée : le calcul et les modalités des frais de gestion sont fixés dans le règlement du fonds. Par ailleurs, la collectivité doit être informée de manière régulière de l'utilisation par la société de gestion des fonds apportés.

La société de gestion de portefeuille peut gérer plusieurs fonds. Elle est seule habilitée à prendre les décisions relatives aux investissements. C'est également elle qui assure le suivi des participations du fonds. Elle peut néanmoins se faire assister par un comité, composé des principaux porteurs et de spécialistes, qui n'a néanmoins qu'un rôle consultatif.

La société de gestion choisit, parmi une liste établie par le ministre chargé de l'économie (L. 214-24-5 du code monétaire et financier), un dépositaire du fonds, qui a principalement deux missions : d'une part, la garde des actifs du fonds et d'autre part, le contrôle de la conformité des opérations réalisées par la société de gestion. La garde des actifs comprend (i) la conservation des instruments financiers et, (ii) pour les autres actifs, la vérification qu'ils sont la propriété du fonds et la tenue d'un registre spécifique à ces actifs. Le dépositaire du fonds exerce ainsi un contrôle de police, qu'il est en mesure de mettre en œuvre en consultant la comptabilité du fonds, qui est mise à sa disposition.



La responsabilité du dépositaire à l'égard des porteurs de parts d'un fonds d'investissement peut être mise en cause directement, ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion, selon la nature des rapports existants entre le dépositaire, la société de gestion et les porteurs de parts (L. 214-24-11 du code monétaire et financier).

La responsabilité de la société de gestion peut également être recherchée.

Les porteurs de parts ne sont tenus des dettes de la copropriété qu'à concurrence de l'actif du fonds et proportionnellement à leur quote-part (art. L. 214-24-39 de ce code).

■ *Les fonds de capital investissement ouverts à des investisseurs non professionnels*

Les fonds de capital investissement destinés à tous publics doivent être agréés par l'Autorité des marchés financiers (AMF). La procédure est précisée par l'instruction AMF n° 2011-22.

Les FCPR, FCPI et FIP relevant de cette catégorie présentent des spécificités, mais ils sont soumis à une règle commune aux fonds de capital investissement ouverts à des investisseurs professionnels, à savoir qu'il est impossible pour les porteurs d'obtenir le rachat de leurs parts avant l'expiration d'une période qui ne peut excéder 10 ans. Cette disposition a conduit les sociétés de gestion à plafonner à 10 ans la durée de vie des fonds de capital investissement (position-recommandation AMF n° 2012-11).

-- *Les FCPR*

Les fonds communs de placement à risque sont investis en titres de capital de sociétés qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers ou étranger à hauteur de 50 % minimum (art. L. 214-28 du code monétaire et financier).

-- *Les FCPI*

Les fonds communs de placement dans l'innovation (art. L. 214-30 de ce code) sont des FCPR dont l'actif est constitué, pour 70 % au moins, de titres financiers, parts de société à responsabilité limitée et avances de compte courant émis par des sociétés innovantes, lesquelles sont définies par le montant de leurs dépenses de recherches (représentant 15 % de charges fiscalement déductibles de l'exercice précédent, ou 10 % pour les entreprises industrielles) ou par la création de produits, procédés ou techniques dont le caractère innovant et les perspectives de développement économique sont reconnus, en application de l'article D. 214-59 du même code, par la société anonyme OSEO. Soumis à des conditions de composition d'actifs plus contraignantes que celles des FCPR, les FCPI bénéficient en contrepartie d'un régime fiscal de faveur.

Si les FCPI ne sont pas explicitement mentionnés par l'article L. 4211-1 du CGCT, leur rattachement à la catégorie des FCPR semble les rendre néanmoins éligibles à un investissement public. L'investissement des régions dans ces fonds serait également plafonné à 50 % du montant du fonds.



## -- Les FIP

Les fonds d'investissement de proximité (art. L. 214-31 du même code) sont des FCPR dont l'actif est constitué, pour 70 % au moins, de titres financiers, parts de société à responsabilité limitée et avances en compte courant émis par des PME qui exercent principalement leurs activités dans une zone géographique choisie par le fonds et limitée à quatre régions limitrophes au maximum et dont l'objet n'est pas la détention de participations financières.

Le VI de l'article L. 214-31 précité prévoit en outre une limitation propre à l'investissement des collectivités territoriales dans ces fonds, en plafonnant à :

- 10 % du capital les parts d'un seul investisseur personne morale de droit public ;
- 30 % du capital les parts détenues par des personnes morales de droit public prises ensemble.

### ■ *Les fonds professionnels de capital-investissement*

Sauf dispositions contraires, les fonds professionnels de capital-investissement sont régis par les règles applicables aux FCPR, FCPI et FIP (art. L. 214-159 du code monétaire et financier).

Ils font l'objet d'une simple déclaration à l'AMF (instruction AMF n° 2012-06) et sont réservés à des clients professionnels. Ces derniers n'incluent pas de plein droit les régions (seuls l'État, la Caisse des dépôts et consignations et d'autres investisseurs institutionnels ou réglementés, sont au nombre des clients professionnels de plein droit en application de l'article D. 533-11 de ce code).

En principe, l'investissement des régions se fait donc en priorité dans les fonds de capital investissement ouverts à des investisseurs non professionnels, lesquels devant être agréés par l'AMF.

L'ampleur de la participation des régions dans un tel fonds est limitée, le montant total des dotations ou des souscriptions versées par une ou plusieurs régions ne pouvant excéder 50 % du montant total (art. L. 4211-1 9° du CGCT).

Contrairement aux FCPR ouverts à des investisseurs non professionnels, le règlement d'un fonds professionnel de capital-investissement peut prévoir que le rachat des parts à la demande des porteurs peut être bloqué pendant une période excédant dix ans (art. L. 214-160 III du code monétaire et financier).

### **5.2.2. Versement de dotations à un fonds de participation en lien avec les fonds structurels européens**

L'article L. 4211-1 12° du CGCT prévoit que la région peut également participer, par le versement de dotations, à des fonds de participation issus de l'article 44 du règlement (CE) n° 1083/2006 du Conseil du 11 juillet 2006 (Fonds structurels et Fonds de cohésion) pour des opérations d'ingénierie financière à vocation régionale, notamment dans le cadre de l'initiative JEREMIE.



Le dispositif JEREMIE pour « *Joint European Resources for Micro to Medium-sized Enterprises* » vise à mobiliser des ressources européennes conjointes pour les microentreprises et les PME. Ce dispositif offre aux États membres de l'Union européenne, par le biais de leurs autorités de gestion nationales ou régionales, la possibilité d'utiliser une partie des ressources versées par les Fonds structurels de l'UE, le fonds européen de développement régional (FEDER) et le fonds social européen (FSE), pour financer des instruments relevant de l'ingénierie financière au profit des PME. Ces instruments peuvent être des fonds de capital à risque, de garantie ou de prêts. Il s'agit d'une initiative élaborée par la Commission européenne et le Fonds européen d'investissement (FEI), qui fait partie du groupe de la Banque européenne d'investissement (BEI).

A cet effet, la région peut agir à travers deux actions :

- soit verser des fonds à la BEI ou au FEI ou à un autre organisme agréé ;
- soit constituer un fonds de participation qui peut prendre la forme d'un fonds communs de placement (FCP) ou d'une société d'investissement à capital variable (SICAV), en sélectionnant un organisme gestionnaire du fonds, conformément à l'article 44 du règlement CE précité. Ce fonds de participation investira dans plusieurs autres fonds.

Le fonds de participation joue le rôle de « fonds de fonds », dont l'activité consiste à financer des intermédiaires financiers mettant en œuvre les investissements. Aucun fonds n'est attribué directement aux PME. Le « fonds de fonds » peut être constitué par des investisseurs uniquement publics (région/FEDER par exemple). Néanmoins, une procédure d'appel à manifestation d'intérêt doit être passée pour le choix des intermédiaires financiers.

En outre, les fonds ainsi engagés sont limités à hauteur de 1,5 M€ par an et par PME. Les investissements doivent être réalisés au moins à hauteur de 50 % par un co-investisseur privé. L'opération doit être initiée par l'opérateur privé et offrir les mêmes conditions de risque, de subordination et de rémunération aux co-investisseurs. Les fonds ainsi engagés représentent une aide et doivent se conformer aux règles européennes applicables en matière de cumul des aides.





**FICHE 5**

## **Garanties**

### 1. Notion de garantie

La notion de garantie ne fait pas l'objet d'une définition unique dans les textes ou la jurisprudence. Il s'agit d'une manière générale de l'engagement permettant au créancier d'une obligation de se prémunir contre le risque de défaillance du débiteur de celle-ci.

La garantie peut avoir des objets très divers (garantie d'emprunt, garantie monétaire et garantie de change, garantie des fonds d'épargne, garantie de bonne fin de certaines opérations, garantie de passif, garantie liée à des opérations de défaillance) et poursuivre des objectifs variés (permettre le lancement d'une opération qui sans cela serait trop risquée ou non assurée d'équilibre financier, obtenir de meilleures conditions financières pour leurs bénéficiaires...).

Seules seront envisagées ici les garanties dites explicites, c'est-à-dire celles consenties expressément par un garant au profit d'un débiteur (v. sur la question des garanties implicites, qui seraient attachées à un statut, notamment celui d'établissement public, la fiche relative aux EPIC).

### 2. L'usage économique de la garantie

Le premier attrait de la garantie tient à son caractère indolore. La garantie ne coûte rien pour le garant au stade de son octroi et elle ne constitue pas une dépense publique. Elle peut même permettre, en apparence, une économie de dette dans la mesure où la collectivité publique évite de s'endetter elle-même pour financer certaines activités. Elle constitue de ce point de vue une technique de débudgétisation.

Au stade de l'appel de la garantie, la charge financière de la dette est aléatoire, puisqu'il n'est pas certain que la collectivité publique sera appelée et, quand bien même elle le serait, les sommes à déboursier dépendent de multiples facteurs. L'impact peut néanmoins s'avérer considérable sur ses finances, ce qui justifie un traitement rigoureux au plan juridique et comptable, et que des précautions soient prises.



Réciproquement, les mécanismes de garantie tendent à déresponsabiliser leurs bénéficiaires, qui n'ont plus à subir immédiatement (mais le garant dispose contre eux d'un recours subrogatoire) les conséquences d'un manquement à leurs engagements. Il est donc essentiel que la garantie soit limitée dans son montant ou que le garant se tienne informé de la situation du garanti.

En lieu et place d'une garantie consentie sur leurs propres deniers, les collectivités publiques peuvent avoir intérêt à privilégier la simple prise en charge des frais d'une garantie bancaire. Dans ce cas, la collectivité publique acquitte les commissions liées à la souscription de la garantie, permettant ainsi au bénéficiaire de profiter d'une garantie à titre gratuit, sans avoir à subir sa défaillance éventuelle (v. not. art. L. 1511-3 du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT).

### 3. Possibilité pour une personne publique d'octroyer une garantie

#### 3.1. Garanties de l'État

L'article 34 de la loi organique n° 2001-692 du 1<sup>er</sup> août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) a instauré un mécanisme d'autorisation préalable en loi de finances pour les garanties futures. Son article 34 relatif au contenu des lois de finances, dispose que : « *II- Dans la seconde partie, la loi de finances de l'année : / (... ) 5° Autorise l'octroi des garanties de l'État et fixe leur régime* ».

Il s'agit d'une compétence « *exclusive* ». Seules les lois de finances peuvent prévoir de telles garanties, ce qui inclut les lois de finances de l'année, mais aussi les lois de finances rectificatives. Ce monopole des lois de finances a une large portée quant aux garanties concernées, puisqu'il couvre non seulement les garanties d'emprunt mais aussi les garanties de passif, les garanties d'opérations particulières (stabilisation de taux d'intérêt ou en faveur d'activités liées au commerce extérieur...).

La LOLF distinguant l'octroi des garanties et la fixation de leur régime, la loi de finances doit nécessairement en prévoir les modalités essentielles. La notion de régime de la garantie ne couvre cependant pas tous les aspects de celle-ci mais seulement la détermination de son objet, de son bénéficiaire direct, de sa nature (totale ou non, conditionnelle ou non) et de son quantum ou plafond, ou à défaut, les principales dispositions destinées à limiter l'engagement financier de l'État.

Le législateur organique a veillé à intégrer dans son dispositif les garanties passées, par un mécanisme de validation (art. 61 de la LOLF et article 80 de la loi de finances rectificative pour 2003). Quant aux garanties consenties antérieurement et qui n'auraient pas été autorisées en loi de finances en application de l'article 61 de la LOLF, elles n'en demeurent pas moins valables (CC, décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001).





Un suivi des garanties octroyées est assuré dans les conditions prévues par la LOLF, qui prévoit notamment une annexe récapitulant pour chaque dispositif de garantie de l'État, le régime de cette garantie, y compris son éventuelle rémunération, une analyse du risque faisant apparaître l'exposition brute de l'État et son exposition nette tenant compte des possibilités de récupération (art. 80). Les dispositions sur la comptabilité de l'État renforcent par ailleurs les règles d'évaluation des engagements hors bilan, dont les garanties (art. 54).

## **3.2. Garanties des collectivités locales**

Les garanties susceptibles d'être accordées à des personnes privées par les communes, les départements et les régions sont strictement encadrées par les articles L. 2252-1 et suivants, L. 3231 4 et suivants et L. 4253-1 et suivants du CGCT.

### **3.2.1. Personnes et opérations éligibles**

Les dispositions précitées ne régissent que des garanties accordées aux personnes morales de droit privé. Les garanties entre personnes publiques ne relèvent donc pas de ces dispositions et ne sauraient être regardées comme proscrites par ces dernières.

Les seules garanties envisagées par le législateur sont des garanties d'emprunt susceptibles de donner lieu à un tableau d'amortissement (CE, 16 janvier 1995, *Ville de Saint-Denis*, n° 141148, au rec. p. 34 ; CE, Sect. Int., avis n° 358102, 19 décembre 1995), ce qui exclut notamment les garanties de loyers, la garantie pertes financières...

Des restrictions particulières existent s'agissant des garanties aux associations et sociétés sportives (art. L. 113-1 du code du sport et art. 2 de la loi n° 2011-617 du 1<sup>er</sup> juin 2011), ainsi qu'aux associations culturelles (art. 2 de la loi du 9 décembre 1905 ; v. CE Sect., 9 oct. 1992, *Commune de Saint-Louis*, n° 94455, au rec. p. 358 ; v. néanmoins, art. L. 442-17 du code de l'éducation et art. L. 2252-4 du CGCT).

### **3.2.2. Règles prudentielles**

Les articles L. 2252-1, L. 3231-4 et L. 4253-1 du CGCT fixent **quatre règles prudentielles** :

- 1<sup>re</sup> règle - la limitation du montant total des engagements garantis par la collectivité qui ne peut excéder 50 % (art. D. 1511-32 du CGCT) des recettes réelles de la section de fonctionnement ;
- 2<sup>e</sup> règle - la répartition des risques : le montant des annuités garanties ne doit pas excéder un certain pourcentage pour un même emprunteur, soit 10 % (art. D. 1511-34) ;
- 3<sup>e</sup> règle - le plafonnement des différentes garanties – accordées par les collectivités territoriales pour un même emprunt ne doivent pas excéder un certain pourcentage, fixé à 50 % (art. D. 1511-35 du CGCT) ;
- 4<sup>e</sup> règle - la réalisation du risque : les collectivités ne doivent pas être obligées de rembourser dans ce cas toutes les sommes dues, mais doivent pouvoir rembourser selon l'échéancier prévu initialement.



Des régimes plus souples existent en matière de logement (art. 2 de la loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement), au profit des organismes d'intérêt général (art. 200 et 238 bis du code général des impôts) et les opérations d'aménagement (art. L. 300-4 à L. 300-5-2 du code de l'urbanisme).

## **4. Respect des libertés économiques**

### **4.1. Droit interne**

L'octroi d'une garantie par une personne publique doit non seulement respecter les principes constitutionnels et les principes généraux du droit, les régimes d'octroi mais aussi les autres textes législatifs et réglementaires éventuellement applicables. En particulier, les garanties à titre onéreux constituant des opérations de crédit, leur octroi à titre de profession habituelle relève en principe du monopole bancaire, mais qui ne s'impose pas au Trésor public (art. L. 511-6 et L. 518-1 du code monétaire et financier).

### **4.2. Droit de l'Union relatif aux aides d'État**

Aux termes de l'article 107 §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), « *sont incompatibles avec le marché commun, 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* ».

La communication 2008/C 155/02 du 20 juin 2008 de la Commission européenne sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE (devenus art. 107 et 108 du TFUE) aux aides d'État sous forme de garanties définit les garanties comme généralement liées à un prêt ou à une autre obligation financière.

Au sens de l'article 107 §1 du TFUE, une garantie octroyée par un organisme public représente un transfert de ressources. En effet, la garantie d'emprunt par l'État présente l'avantage de faire supporter par l'État le risque qui est associé à un emprunt. Or cette prise de risque devrait normalement être rémunérée par une prime appropriée. Lorsque l'État renonce à tout ou partie de cette prime, il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques. Pour autant, une garantie publique n'est constitutive d'une aide d'État que lorsqu'elle fausse la concurrence en favorisant certaines entreprises et/ou certaines productions, et qu'elle affecte les échanges entre États membres.

La communication précise que si une garantie individuelle ou un régime de garanties accordées par l'État n'apportent aucun avantage à une entreprise, ils ne constituent pas des aides d'État. Pour déterminer si une garantie ou un régime



de garanties accorde un tel avantage, la jurisprudence constante de la Cour de justice affirme que la Commission européenne doit fonder son appréciation sur le principe de l'investisseur dans une économie de marché.

Selon ce principe, il convient de tenir compte des possibilités effectives d'une entreprise bénéficiaire d'obtenir des ressources financières équivalentes en ayant recours au marché des capitaux. Il n'y a pas d'aide d'État lorsqu'une nouvelle source de financement est offerte à des conditions qui seraient acceptables pour un investisseur privé dans les conditions normales d'une économie de marché. La communication précise les conditions dont la réunion permet d'exclure l'existence d'une aide.

## **5. Les modalités d'octroi**

### **5.1. La procédure d'octroi**

#### **5.1.1. L'octroi par la personne publique elle-même**

L'autorité compétente pour octroyer la garantie de l'État est généralement définie par la disposition législative qui l'a autorisée. En l'absence de précision de cette dernière, la compétence revient en principe au Premier ministre, par décret sur le rapport et au contreseing du ministre chargé du budget.

L'autorité compétente au sein des collectivités locales est l'organe délibérant de la collectivité (CE, 19 octobre 1994, *Caisse de garantie du logement social*, n° 141953) qui doit définir de manière précise le contenu de la garantie. L'organe exécutif de la collectivité reste compétent pour prendre les mesures d'exécution utiles, comme signer les actes nécessaires à la mise en œuvre de la décision d'octroi dans le respect de celle-ci.

Les procédures par lesquelles la personne publique va instruire et sélectionner les candidats à l'obtention d'une garantie sont variées et dépendent du type de garantie. Les demandes peuvent être, dans certains cas, instruites par des comités administratifs ou ouverts à des professionnels.

#### **5.1.2. L'octroi par une personne désignée à cet effet**

Lorsqu'elles sont conduites par un tiers, les activités en cause sont le plus souvent menées par un seul organisme. Dans certains cas, l'organisme dispose d'un véritable « droit exclusif » qui prend la forme d'un acte unilatéral de puissance publique l'investissant d'une mission, qui doit respecter les exigences du droit de l'Union. Dans les autres cas, l'État doit tenir compte des candidatures qui pourraient provenir des divers opérateurs intéressés en recourant à un marché public ou à une délégation de service public.



## 5.2. L'acte octroyant la garantie

### 5.2.1. Formalisation de l'acte

Si l'article 1326 du code civil dispose que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui a souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite de sa main, de la somme en toutes lettres et en chiffres et si l'article 2015 du même code indique, par ailleurs, que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès, cela n'impose pas un formalisme particulier.

S'agissant des garanties des collectivités locales, la décision d'octroi effectif de la garantie à une personne donnée peut résulter de la seule délibération de l'organe délibérant, même si elle n'a pas été concrétisée ensuite par un acte constatant la garantie (Civ. 1<sup>re</sup>, 7 décembre 1999, *Westpac Banking corporation*, n° 97-13193).

S'agissant des garanties de l'État, les dispositions de loi de finances peuvent consister en un octroi direct de la garantie ou seulement autoriser l'octroi de celle-ci, ce qui n'oblige pas l'État à l'accorder effectivement et ce qui ne crée pas directement de droits pour ses bénéficiaires.

### 5.2.2. Acte unilatéral ou contractuel

Le caractère unilatéral ou contractuel de l'acte octroyant la garantie peut être prédéterminé par les textes ou non. Dans ce dernier cas, il y a une liberté de choix pour la personne publique.

Lorsqu'il existe, le choix entre garantie unilatérale et garantie conventionnelle relève d'une appréciation au cas par cas. De façon générale, une convention comportant les précautions nécessaires se justifie d'autant plus, que la garantie porte sur des montants importants et /ou que son objet ou ses conditions revêtent une certaine complexité. Des combinaisons entre acte unilatéral et contrat sont très fréquentes.

### 5.2.3. Acte administratif ou de droit privé

Pour les garanties unilatérales des personnes publiques, l'acte est présumé administratif, sauf s'il relève de la gestion du domaine privé ou de la gestion d'un service public industriel et commercial.

Le contrat portant la garantie de la personne publique est d'une manière générale considéré comme annexe au contrat principal (contrat d'emprunt, contrat relatif à une opération particulière), et la jurisprudence applique ainsi la « théorie de l'accessoire ». Le contrat de garantie a donc, en principe, le même caractère que le contrat principal (Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mars 1997, *Commune des Orres*, n° 95-15234).

L'application de la théorie de l'accessoire connaît néanmoins des limites. Un contrat de garantie peut être administratif par lui-même s'il a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun (CE, 28 octobre 2002, *Commune de Moisselles*, n° 232060, aux T. p. 630).



## 6. Les différents types de garanties susceptibles d'être octroyées

### 6.1. La distinction entre cautionnement et garantie autonome

Le cautionnement est défini à l'article 2288 du code civil qui dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». La garantie autonome a été consacrée par le législateur en 2006 par l'article 2321 du même code qui dispose que : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ».

Les garanties autonomes se distinguent ainsi du cautionnement par le fait que leur étendue et leur mise en œuvre sont indépendantes de l'engagement principal. Il y a toujours un lien intellectuel entre le contrat de base et la garantie, même indépendante, mais ce lien n'a pas de traduction juridique.

### 6.2. Portée de la distinction : les conditions de l'appel en garantie

Contrairement au cas d'un cautionnement, le garant autonome ne peut théoriquement invoquer les exceptions tirées du contrat principal pour refuser le paiement, et devra payer en tout état de cause. Par son caractère quasi-automatique, la garantie autonome est plus sûre qu'un cautionnement pour les créanciers du garanti, ce dernier en tirera également avantage en obtenant desdits créanciers des conditions de crédit encore plus favorables. Cette automaticité, favorable aux créanciers, est au contraire très sévère pour le garant et donc pour les personnes publiques qui auront, d'une manière générale, intérêt à éviter au maximum la souscription de tels engagements autonomes, surtout dans ses formes sévères.

La pratique des sûretés a fait émerger plusieurs variantes de chaque type de garanties autonomes qui ne présentent pas toutes la même rigueur pour le garant (« garanties à première demande », « garanties à première demande justifiée », « garanties documentaires »...).

### 6.3. Les risques de requalification et leur prévention

Si la plupart des décisions tendent à requalifier les garanties autonomes en cautionnements, ce qui est plutôt favorable au garant public, il ne faut pas négliger les risques de contestations dans l'autre sens, notamment celui d'une requalification d'un cautionnement en garantie autonome, ce qui augmentera le



risque que la garantie publique soit appelée. Les créanciers, pour qui les garanties autonomes sont plus favorables que les cautionnements, peuvent en effet être tentés d'alléguer devant le juge cette autonomie, lorsque le garant tente d'opposer des exceptions propres à l'exécution du contrat principal.

Afin de prévenir ce risque, l'attention doit d'abord porter sur les formulations employées. L'emploi d'expressions telles que : « *garanties à première demande* », « *engagement irrévocable du garant* » ne conduisent plus à elles seules à qualifier la garantie d'autonome mais le recours à une mention expresse de « *l'inopposabilité des exceptions* » peut incliner le juge vers une telle qualification. De même, si les références à l'engagement principal sont fréquentes dans les cautionnements, les garanties autonomes doivent se suffire à elles-mêmes et pouvoir être mises en œuvre sans référence autre que formelle à l'engagement garanti.

Mais c'est le fond du dispositif qui déterminera le plus directement la qualification de la garantie. Toute garantie, dont les conditions d'appel supposent une appréciation des conditions d'exécution du contrat principal, doit être qualifiée de cautionnement. De même, lorsque l'engagement du garant a pour objet la propre dette du débiteur ou la somme due par ce dernier, il ne peut s'agir que d'un cautionnement.

## **7. L'information du garant sur la situation du garanti**

### **7.1. L'information de droit commun**

Les prérogatives du garant en matière d'information sur la situation du garanti résultent de l'article L. 313-22 du code monétaire et financier. Elles s'imposent aux « *établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale* ». Les personnes morales de droit public ont donc vocation à en bénéficier comme les autres.

La banque devra donc délivrer l'information prévue par cet article consistant au plus tard avant le 31 mars de chaque année à faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir, au risque d'être déchu des intérêts dus depuis la précédente information.

### **7.2. Les contrôles propres à la garantie publique**

Les personnes garanties par l'État sont soumises au contrôle de la Cour des comptes, en vertu de l'article 111-7 du code des juridictions financières, concernant les vérifications des organismes bénéficiant de concours financiers de l'État. Les organismes garantis par les collectivités territoriales sont quant à eux soumis au contrôle des chambres régionales des comptes en vertu de l'article L. 211-4 du même



code. Les dirigeants des organismes bénéficiaires sont également justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière sur le fondement du c) l'article L. 312-1 du même code.

Les organismes garantis par l'État sont susceptibles d'être contrôlés par l'inspection générale des finances (art. 31 de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier) ou par l'inspection générale de l'administration pour les garanties des communes et départements (même texte). Les personnes garanties par l'État peuvent, par ailleurs, être soumises par décret au contrôle économique et financier de l'État, en vertu de l'article 2 du décret n° 55-733 du 26 mai 1955 modifié.

## **8. Dénonciation ou mise en œuvre de la garantie**

### **8.1. Dénonciation de la garantie**

L'acte administratif d'octroi de la garantie est créateur de droits et suit le régime de ces derniers, ce qui implique que son retrait ne soit possible, sauf disposition particulière, que pour illégalité dans le délai de quatre mois suivant l'octroi. La suppression d'une garantie pour l'avenir (abrogation) est quant à elle possible par un acte dit « *contraire* », c'est-à-dire soumis aux mêmes règles de compétence, de procédure et de fond. Dans tous les cas, ces décisions sont soumises à l'obligation de motivation prévue par la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, et à une procédure contradictoire sur le fondement de l'article 24 de la loi n° 2000-231 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations.

En présence d'une convention, c'est le droit commun des sûretés qui s'applique : la garantie peut être résiliée à tout moment par l'État lorsqu'elle a été consentie à durée indéterminée ou lorsque, bien que consentie à durée déterminée, la convention prévoit une telle faculté.

Lorsqu'une collectivité publique retire, de manière irrégulière, la garantie d'emprunt qu'elle a accordée à une personne privée, elle est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de préjudice subi soit par l'emprunteur auquel l'établissement de crédit n'a en définitive pas accordé le prêt, soit par le prêteur qui voit ainsi l'une de ses plus fortes sûretés disparaître.

### **8.2. Mise en œuvre de la garantie**

#### **8.2.1. Contre-garanties**

La collectivité publique peut se constituer des contre-garanties, c'est-à-dire souscrire elle-même des sûretés ayant vocation à être mises en œuvre à son profit au cas où elle serait elle-même appelée en garantie. Cette précaution a un coût



mais évite à la collectivité publique de subir une charge financière très importante en cas d'appel de la garantie qu'elle a consentie.

### **8.2.2. Crédits nécessaires à la dépense**

Pour la garantie de l'État, les dépenses d'appel en garantie sont des « *crédits évaluatifs* » au sens de l'article 10 de la LOLF. Pour les collectivités locales, les dépenses nécessaires à la mise en jeu de la garantie constituent une dépense obligatoire au sens de l'article L. 1612-15 du CGCT.

### **8.2.3. Subrogation**

Lorsqu'elle est appelée en garantie, la collectivité publique est, d'une manière générale, subrogée dans les droits de la personne garantie et dispose alors des mêmes voies de recours que cette dernière. S'agissant d'une créance devenue publique, le recouvrement de cette dernière pourra même être facilité par la mise en œuvre des procédures d'exécution propres aux personnes publiques.





## FICHE 6

## Domaine

## 1. Notion de domaine

### 1.1. La propriété des personnes publiques

Comme les personnes privées, les personnes publiques disposent d'un droit de propriété sur les biens qui leur appartiennent. Cette propriété peut être déterminée par les textes. En cas de litige sur le principe ou l'étendue du droit de propriété d'une personne publique sur un bien, le juge compétent est en principe le juge judiciaire sous réserve des compétences du juge administratif en cas de difficultés pour définir ou fixer les limites du domaine public.

Plusieurs caractéristiques spécifiques s'attachent à la propriété des personnes publiques :

- **l'insaisissabilité**, qui interdit de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'encontre des biens des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale (art. L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P) ;
- **l'incessibilité à vil prix**, qui interdit aux propriétaires publics de céder, aliéner ou échanger leurs biens sans contrepartie suffisante, principe qui découle de la prohibition des libéralités ;
- **la prescription quadriennale**, qui est applicable pour les dettes publiques nées de la gestion de ces propriétés ;
- **des titres exécutoires**, qui peuvent être émis par la collectivité propriétaire pour recouvrer ses créances.

### 1.2. Domanialité publique ou privée

#### 1.2.1. Distinction

L'appartenance d'un bien au domaine public ou au domaine privé peut résulter directement de la loi. Dans les autres cas, ce sont les critères posés par le CG3P qui s'appliquent, et en cas de litige, le juge administratif est compétent pour statuer sur ce point. Les biens relevant du domaine public sont soumis à un régime de droit public (inaliénabilité, imprescriptibilité) et le juge administratif est compétent pour connaître des litiges s'y rapportant. Si le bien relève du domaine privé, les règles du code civil sont applicables et les litiges sont en principe tranchés par le juge judiciaire.

### **1.2.2. Consistance du domaine public**

Le domaine public immobilier peut être naturel ou artificiel.

De manière générale, il est constitué, d'une part, de biens affectés à « l'usage direct du public » ou à « un service public » pourvu qu'ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution de ces missions (art. L. 2111-1 du CG3P) et, d'autre part, des biens qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent « un accessoire indissociable » (art. L. 2111-2 du CG3P). Des dispositions légales du CG3P définissent ou délimitent plusieurs domaines publics spécifiques : maritime, fluvial, routier, ferroviaire, aéronautique et hertzien.

Le domaine public mobilier est constitué des biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique (art. L. 2112-1 du CG3P).

### **1.2.3. Consistance du domaine privé**

Il fait l'objet d'une définition par la négative : il s'agit des biens appartenant aux collectivités publiques qui ne relèvent pas de leur domaine public. Font également partie du domaine privé, par détermination de la loi : les immeubles à usages de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public (art. L. 2211-1 du CG3P) ; les réserves foncières (même article) ; les chemins ruraux (art. L. 2212-1 du CG3P) ; les bois et forêts relevant du régime forestier (même article).

## **2. L'usage économique du domaine**

La valorisation du domaine est généralement appréhendée sous l'angle des ressources financières qu'elle peut procurer à la personne publique propriétaire.

L'usage économique du domaine a une finalité différente. Elle vise à favoriser des activités économiques, indépendamment des ressources que la personne publique pourra en retirer.

### **2.1. L'usage économique par l'occupation**

Le domaine peut d'abord être le siège d'activités économiques conduites par la personne publique elle-même (régie) ou par l'intermédiaire d'une personne qu'elle constitue ou contrôle à cette fin (entreprise publique, société locale), voire par une personne publique avec laquelle elle est en relation.

Le domaine peut faire également l'objet d'une utilisation économique privative, en étant mis à la disposition de personnes privées souhaitant y conduire une activité économique. Afin d'attirer les investisseurs, leur situation comme occupants du domaine est de mieux en mieux assurée, notamment sur le domaine public. Le



domaine peut aussi servir à relancer une activité dans une zone géographique donnée (réhabilitation d'un quartier à travers l'octroi d'autorisations domaniales ou la passation de baux à construction).

## 2.2. Le rôle des acquisitions et cessions

La personne publique peut chercher à acquérir un bien qui deviendra le siège d'une activité économique (acheter un terrain pour qu'y soit édifiée une installation exploitée soit par elle-même soit par une personne privée qui bénéficiera d'une occupation privative). Elle peut de même céder un bien de son domaine à un acquéreur qui se propose de conduire une activité économique sur celle-ci. Cette opération peut constituer une alternative à une occupation privative ou son aboutissement à l'issue d'un certain délai.

La cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur ne saurait être regardée comme méconnaissant le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé, lorsque la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties suffisantes (CE sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473, au rec. p. 391).

Les cessions et acquisitions de parcelles destinées à être le siège d'activités économiques peuvent aussi bien constituer le préalable d'une activité nouvelle qu'un élément de sa pérennité.

Il est souhaitable que les personnes publiques adoptent une stratégie immobilière afin de promouvoir une gestion dynamique et cohérente de leur patrimoine en faisant le lien entre les différentes politiques qui affectent le patrimoine immobilier à moyen et long terme. Pour l'État, ses services déconcentrés et ses opérateurs, c'est en particulier l'objet des schémas pluriannuels de stratégie immobilière (circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État) et de l'expérimentation en cours des schémas directeurs immobiliers régionaux (circulaire du 16 décembre 2014).

Créé en 2007, France Domaine est un service de la Direction générale finances (DGFIP) qui est le responsable de la politique immobilière et domaniale de l'État au nom du ministre chargé du Domaine qui en fixe les orientations. Dans le cadre de la définition de cette stratégie immobilière, France Domaine élabore la doctrine applicable aux opérations immobilières et d'entretien des immeubles ainsi que les méthodes d'analyse économique et de performance immobilière des biens et des projets immobiliers.

Il intervient par ailleurs auprès des collectivités territoriales dans le cadre de leurs opérations immobilières en produisant des avis sur la valeur vénale ou locative des biens immobiliers, dès lors que les collectivités territoriales envisagent de les acquérir, de les prendre à bail ou de les vendre.



## 3. Les différents modes d'acquisition de biens à des fins économiques

### 3.1. Les acquisitions à titre onéreux

#### 3.1.1. Les procédés de droit privé

Les acquisitions à l'amiable d'immeubles ou de meubles à titre onéreux font l'objet de contrats d'achat public, qui sont l'équivalent du contrat de vente des articles 1582 et suivants du code civil. Les contrats par lesquels les collectivités publiques acquièrent à l'amiable des biens immeubles sont de droit privé et se voient donc appliquer l'ensemble des règles du droit civil. Leur passation est assujettie à certaines formalités.

Les personnes publiques recourent également au contrat d'échange, qui relève lui aussi du code civil mais aussi du régime des échanges domaniaux prévu par le code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) et par le CG3P. L'inaliénabilité du domaine public implique l'interdiction d'échanger des dépendances domaniales sans déclassement préalable (sauf dérogation mentionnée *infra*, au point 5.1., 2<sup>e</sup> §).

#### 3.1.2. Les procédés de droit public

Les personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 du CG3P peuvent acquérir des immeubles et des droits réels immobiliers par la voie de l'expropriation, régie par le code de l'expropriation.

Elles peuvent également acquérir par la voie de la préemption. Pour le droit de préemption immobilier, les articles L. 1112-4 et suivants du CG3P renvoient au code de l'urbanisme. S'agissant du droit de préemption mobilier, qui concerne principalement les œuvres d'arts et les archives privées, les articles L. 1112-7 et suivants du CG3P renvoient au code du patrimoine.

### 3.2. Les acquisitions à titre gratuit

Le CG3P organise les modes d'acquisition à titre gratuit selon plusieurs procédés.

Les personnes publiques peuvent percevoir les produits de dons et de legs dans les conditions prévues au CG3P et au CGCT. Ces dons et legs peuvent correspondre à des biens susceptibles de donner lieu à une utilisation économique (terrains, immeubles). Pour l'État (art. L. 1121-1 du CG3P), les dons et les legs sont acceptés par arrêté ministériel du ministre chargé du domaine sauf lorsque la libéralité contient des charges ou conditions. Dans cette hypothèse, il appartient au ministre compétent, qui est tenu de les exécuter, d'accepter ces libéralités au nom de l'État (art. R. 1121-1 du CG3P). S'agissant des établissements publics de l'État, les dons et legs sont acceptés dans les conditions des articles L. 1121-2

et R. 1121-4 du CG3P. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les assemblées délibérantes sont compétentes en vertu des articles L. 1121-4 et suivants du CG3P, qui renvoient aux dispositions du CGCT.

En application de l'article 713 du code civil et de l'article L. 1123 du CG3P, les biens immobiliers qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. La commune peut renoncer à exercer ses droits, sur tout ou partie de son territoire, au profit de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elle est membre. Dans l'hypothèse où la commune ou l'établissement précité renonce à exercer ce droit, l'État devient propriétaire de l'immeuble de plein droit.

## **4. L'occupation du domaine à des fins économiques**

La collectivité propriétaire peut exercer elle-même une activité économique sur le domaine (cf. *supra* point 2.).

Mais les principales questions concernent l'utilisation privative et les droits qui peuvent alors être reconnus à l'occupant, notamment lorsque celui-ci réalise d'importants investissements.

### **4.1. L'occupation privative du domaine public à des fins économiques et ses conséquences**

#### **4.1.1. L'occupation privative du domaine public**

##### **■ Caractères généraux**

Les articles L. 2122-1 et suivants du CG3P prévoient que nul ne peut occuper une dépendance du domaine public sans disposer d'un titre l'y autorisant, ni utiliser ce domaine en dépassant les limites du droit d'usage qui appartient à tous. Le droit d'usage commun du domaine public doit être conforme à la destination particulière de la dépendance domaniale considérée et compatible avec son affectation et à ce que le public est en droit d'y exercer. Les occupations compatibles prolongent et même parfois complètent l'affectation du domaine.

En règle générale, l'occupation du domaine public par une personne privée est conditionnée par l'obtention d'une autorisation délivrée par le propriétaire ou le gestionnaire de la dépendance domaniale occupée (art. L. 2122-1 du CG3P).

Cette autorisation est toujours délivrée à titre :

- **temporaire** (art. L. 2122-2 du CG3P) : l'autorisation d'occupation doit toujours être délivrée pour une durée déterminée et ne peut être renouvelée tacitement, s'agissant tant des actes unilatéraux (CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, n° 189191, au rec. p. 144) que pour les conventions (CE sect., 19 juin 2015, *société immobilière du Port de Boulogne*, n° 369558, sera publiée au rec.) ;



- **précaire et révocable** (art. L. 2122-3 du CG3P) : l'autorisation d'occupation peut toujours être révoquée pour des motifs d'intérêt général.

L'usage privatif du domaine public est personnel (CE, 17 juillet 1998, *Voliotis*, n° 170807). Le titre d'occupation confère à son titulaire un droit exclusif. Il est seul à pouvoir utiliser, jusqu'à la fin ou la révocation de son titre, l'emplacement qui lui a été réservé sur le domaine public et l'autorisation n'est pas transmissible à un tiers. Pour les autorisations constitutives de droits réels, la cession ou la transmission par le preneur du droit réel conféré par le titre est autorisée sous la condition d'obtenir l'agrément préalable du propriétaire ou du gestionnaire du domaine public (v. pour l'État et ses établissements, art. L. 2122-7 du CG3P). Le propriétaire public conserve la maîtrise sur la destination du bien qu'il contrôle dans le cadre des autorisations ou conventions qu'il délivre. L'occupation privative est, sauf exception, prévue par le législateur et soumise au paiement d'une redevance, en contrepartie des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (art. L. 2125-1 et suivants du CG3P).

Mettant fin à une jurisprudence administrative constante, l'article 72 de loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises reconnaît désormais la possibilité de l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public, à condition que l'occupant à titre privatif apporte la preuve de l'existence d'une clientèle propre (art. L. 2124-32-1 du CG3P).

#### ■ *Titres d'occupation*

L'autorisation d'occuper à titre privatif le domaine public peut prendre la forme :

- **d'un permis de stationnement** : il s'agit d'une occupation du domaine public sans emprise au sol, qui ne modifie pas l'assiette du domaine public (ex : terrasses de café installées sur les trottoirs, emplacements réservés aux taxis, points d'arrêt des véhicules de transport en commun, présentoirs de journaux...) ; l'autorité compétente pour l'accorder est celle qui exerce le pouvoir de police sur le domaine ; son attribution repose sur des considérations d'ordre public, et en particulier celle de ne pas entraver la circulation ;
- **ou d'une permission de voirie** : il s'agit d'une occupation du domaine public avec une emprise au sol, qui implique l'exécution de travaux ayant pour conséquence de modifier l'assiette du domaine public (établissement de canalisations dans le sol, installation de mobiliers urbains...) ; la permission de voirie est délivrée par l'autorité responsable de la conservation du domaine ; son attribution repose sur des considérations de gestion patrimoniale ; elle est formalisée par une autorisation d'occupation du domaine public.

Le titre accordé peut indifféremment prendre la forme d'une décision unilatérale ou d'une convention (art. R. 2122-1 du CGPPP). Les conventions d'occupation du domaine public sont des contrats administratifs. Elles sont conclues par le « gestionnaire » du domaine qui n'en est pas nécessairement le propriétaire (art. R. 2122-2 du code précité ; v. CE, 11 octobre 2012, *société Orange France*, n° 351440), généralement, pour une durée déterminée. Cependant, lorsqu'elles ne sont pas assorties de droits réels, ces conventions peuvent ne pas être « à durée

déterminée » c'est-à-dire ne pas contenir de terme (CE, *association « société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes »*, 5 février 2009, n°s 305021 et 309116, au rec. p. 20). La personne publique peut y mettre fin à tout moment. Elle n'est pas tenue de procéder à son renouvellement.

#### ■ *Respect des règles de concurrence*

L'octroi des autorisations et la conclusion des conventions ayant pour seul objet l'occupation du domaine public ne sont soumis à aucune règle de publicité et de mise en concurrence (CE sect., 3 décembre 2010, *Ville de Paris et Association Paris Jean Bouin*, n°s 3382752 et 338527, au rec. p. 472).

Il est néanmoins toujours loisible aux personnes publiques de mettre en œuvre une procédure assurant une publicité ou une mise en concurrence. L'Autorité de la concurrence a formulé des recommandations à ce sujet (v. not. avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits ; avis n° 10-A-04 du 22 février 2010 relatif à une demande d'avis de l'association pour le maintien de la concurrence sur les réseaux et infrastructures). Dans l'hypothèse où la personne publique décide de soumettre la délivrance des titres d'occupation domaniale à une procédure préalable de publicité et de mise en concurrence, elle est tenue de se conformer aux règles qu'elle a instituées tant qu'elle n'aura pas décidé de les abroger (CE, 15 mai 2000, *Territoire Nouvelle-Calédonie c/ Colombani*, n° 193725, au rec. p. 170).

Par ailleurs, les personnes publiques doivent veiller, par la mise en place de modalités adéquates, à ne pas placer l'occupant privatif retenu en mesure de méconnaître le jeu libre et non faussé de la concurrence. L'acte administratif d'autorisation d'occupation ne doit pas avoir pour objet ou pour effet de restreindre la concurrence, de la limiter ou de favoriser un opérateur économique (CE sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n° 202260, au rec. p. 96). Il ne doit pas, en particulier, avoir pour effet de placer automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, en méconnaissance des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce (CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° 348909, au rec. p. 232).

#### **4.1.2. La constitution de droits réels sur le domaine public**

La nécessité de promouvoir le domaine public comme un instrument de développement économique a conduit le législateur à reconnaître la possibilité pour la personne publique de délivrer des autorisations d'occupation temporaires (AOT) du domaine public constitutives de droits réels ou de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA), aussi bien pour l'État (art. L. 2122-6 et L. 2341-1 du CG3P) que pour les collectivités locales (art. L. 1311-5 ; art. L. 1311-2 et suivants du CGCT), qui, tout en présentant des différences, permettent de confier à un opérateur économique le financement et la réalisation, sous sa propre maîtrise d'ouvrage, d'investissements immobiliers qui respectent l'affectation du domaine public sur lequel ils seront édifiés.



La reconnaissance des attributs du propriétaire au titulaire de ces occupations constitutives de droits réels permet à ce dernier de céder certains éléments du bien, de recourir au crédit-bail ou de consentir des sûretés réelles afin d'obtenir des financements pour l'exercice de son activité économique.

#### **4.1.3. Articulation avec le droit de la commande publique**

En premier lieu, sont susceptibles d'être requalifiés en marchés publics, les occupations privatives dont l'objet est, outre l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation et/ou la fourniture de prestation de services et/ou de biens (CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, n° 247298, au rec. p. 476 ; CE, 18 mars 1988, *Société civile des Néo-polders*, n° 69723, au rec. p. 129). Dans le même sens, les occupations privatives du domaine public qui sont le support d'une activité de service public délégué peuvent être requalifiées en délégations de service public (CE, 21 juin 2000, *SARL plage chez Joseph*, n°s 212100 et 212101, au rec. p. 283 ; CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, n° 217639, aux T. p. 1089). Elles sont alors soumises aux règles de passation y afférentes. De plus, dès lors que le montage contractuel envisagé est susceptible d'aboutir à la signature d'une convention de délégation de service public, les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à la passation de ces contrats doivent être respectées et ce, alors même que le contrat pourrait aussi se limiter finalement à une convention d'occupation du domaine public (CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, n° 317671, aux T. p. 840-890).

En second lieu, lorsque l'occupation privative est couplée avec une délégation de service public (art. L. 1311-5 du CGCT et art. L. 2122-6 à L. 2122-14 du CG3P ; CE, 10 juin 1994, *Commune Cabourg*, n° 141633, au rec. p. 300) ou un marché public (CE, *Société Jean-Claude Decaux*, préc.), l'ensemble contractuel qu'ils forment doit être précédé des mesures adéquates de publicité et de mise en concurrence. C'est ce que prévoit expressément l'article R. 1311-2 du CGCT qui dispose que la conclusion des BEA, accompagnés d'une convention non détachable qui constitue un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou une concession de travaux publics, est précédée d'une publicité et d'une mise en concurrence selon les règles applicables à ces contrats. Il prévoit en outre que cette obligation s'applique également aux baux qui comportent des clauses s'analysant comme une convention présentant les caractéristiques des contrats susmentionnés.

**Avertissement** : A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (qui aura lieu au plus tard le 1er avril 2016), qui transpose la directive 2014/24/UE du Parlement et du conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, les AOT et les BEA de l'État et des collectivités territoriales verront leur objet limité aux seules occupations domaniales. Pour les opérations de construction, entretien, maintenance, d'exploitation de l'ouvrage ou d'une mission de service public, l'État et les collectivités territoriales devront recourir systématiquement à un contrat de la commande publique, lequel devra prévoir les conditions d'occupation du domaine public.





## 4.2. L'occupation du domaine privé à des fins économiques

Les personnes publiques ont sur leur domaine privé la même liberté de gestion qu'une personne privée. Elles ont la possibilité de conclure avec un opérateur, des baux relevant du droit privé.

- **Un bail commercial** : il peut être consenti à un particulier, une association, une société ou même à une autre collectivité dès lors qu'il s'agit d'un bien relevant de son domaine privé (art. L. 145-1 et suivants du code de commerce). Le preneur doit être propriétaire du fonds de commerce qu'il exploite (il doit être inscrit au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers selon qu'il détient la qualité de commerçant ou d'artisan). La durée du bail est de neuf ans. Le bail commercial est librement négocié avec le preneur. À l'expiration du contrat, le preneur dispose d'un droit au renouvellement (art. L. 145-8 et suivants de ce code). En cas de refus, même pour une raison d'utilité publique, la personne publique est, sauf exception prévue à l'article L. 145-17 du même code, tenue au paiement d'une indemnité d'éviction (art. L. 145-14 du même code).
- **Un bail professionnel** : il est utilisé pour accueillir des activités libérales (avocat, médecin, kinésithérapeute...). Il doit être conclu par écrit pour une durée au moins égale à six ans. Les baux de plus de 12 ans doivent être établis par un notaire (art. 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière modifiée par loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie du 4 août 2008).
- **Un bail rural** : il s'agit d'un contrat qui organise « *la mise à disposition, à titre onéreux, d'un bien à usage agricole, en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole* » (art. L. 411-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime). Le contrat de bail unit le bailleur, qui met à disposition le bien, et le preneur, qui est alors qualifié de fermier. Le bail rural est conclu en principe pour une durée au moins égale à neuf ans, renouvelable (art. L. 411-5 du même code).
- **Un bail emphytéotique de droit commun** : il confère à l'emphytéote un droit réel sur le bien immobilier confié. Conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans, il peut être reconduit dans la limite d'une durée totale de 99 ans. Le preneur a la charge de réaliser tous travaux d'amélioration, de construction et de démolition définis par le contrat de bail, ainsi que d'entretenir et réparer le bien. Il verse une redevance périodique et paye les contributions et charges inhérentes au bien. Il peut également sous-louer le bien ou encore vendre, échanger ou hypothéquer la jouissance du bail (art. L. 451-1 à L. 451-13 du code rural et de la pêche maritime).
- **Un bail à construction** : il peut être utilisé pour réaliser des logements sociaux, des équipements collectifs, industriels ou commerciaux. Contrairement au bail emphytéotique, le preneur a une obligation de construire (art. L. 251-1 à L. 251-9 et R. 251-1 à R. 251-3 du code de la construction et de l'habitation).
- **Un bail à réhabilitation** : il est réservé à l'amélioration et à la réhabilitation de l'habitat social (art. L. 252-1 à L. 252-4 du code de la construction et de l'habitation ; circulaire n° 94-17 du 27 avril 1994, BOMET 30 mai, p. 27).



## **5. Les cessions du domaine à des fins économiques**

### **5.1. La cession des biens relevant du domaine public**

En application de l'article L. 3111-1 du CG3P, les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles. Par conséquent, la procédure de cession ne peut pas être engagée sans qu'au préalable leur désaffectation du service public ait été constatée et leur déclassement prononcé (art. L. 2141-1 et suivants du CG3P). La désaffectation est un fait matériel et non une décision. Le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public de l'État est prononcé par le ministre gestionnaire ou le cas échéant, le préfet du département. Pour les collectivités territoriales, une délibération de l'assemblée délibérante est requise.

Cependant, par dérogation au principe d'inaliénabilité du domaine public, les cessions et échanges entre personnes publiques sont possibles sans déclassement préalable (art. L. 3112-1 et L. 3112-2 du CG3P). En outre, les modalités de déclassement du domaine public de l'État et de ses établissements publics ont été aménagées afin de permettre de déclasser et vendre un bien immobilier du domaine public sans avoir procédé préalablement à sa désaffectation (art. L. 2141-2 du CG3P), si les nécessités du service public le justifient. La désaffectation devra intervenir de manière effective dans une durée ne pouvant excéder trois ans à compter du déclassement. Des dispositions législatives spéciales ont néanmoins pu déroger à ces règles pour des opérations particulières (v. par ex., art. 49 de la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005).

### **5.2. La cession des biens relevant du domaine privé**

#### **5.2.1. État**

Lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État ou un établissement public de l'État, les immeubles du domaine privé de l'État peuvent être vendus dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État (art. L. 3211-1 du CG3P). Les immeubles du domaine privé de l'État mis, par convention, à la disposition des services précités peuvent être aliénés lorsque cette mise à disposition prend fin (art. R. 3211-1 du CG3P).

Le CG3P prévoit, sauf exceptions listées à l'article R. 3211-7, que l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est soumise à une publicité et une procédure de mise en concurrence soit par adjudication publique soit à l'amiable (art. R. 3211-1 et R. 3211-2 du CG3P). Ces procédures ne sont pas applicables aux cessions d'immeubles mentionnées à l'article R. 3211-7, qui ont lieu à l'amiable sans appel à la concurrence. La publicité est assurée par le préfet qui consent également à la cession (art. R. 3211-6 du CG3P).



Les ventes d'immeubles appartenant aux établissements publics de l'État sont soumises à un régime distinct de celui des ventes des immeubles de l'État (art. L. 3211-13 et R. 3211-31 et suivants du CG3P).

La cession des biens meubles qui ne sont plus utilisés est autorisée. Ces cessions sont soumises aux exigences de publicité et de mise en concurrence soit par adjudication publique, soit par voie de marchés d'enlèvement (art. R. 3211-36 du CG3P). La cession amiable reste possible notamment pour un motif d'intérêt général (art. R. 3211-38 du CGCT).

Des régimes spéciaux sont applicables pour des cessions de biens meubles poursuivant un objectif à caractère historique, artistique, ou scientifique (art. L. 3211-19 du CG3P) ou pour les cessions gratuites de terrains de l'État destinés à la construction de logements sociaux (art. L. 3211-7 du CG3P).

### **5.2.2. Collectivités territoriales**

Aux termes de l'article L. 3211-14 du CG3P, « *les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics cèdent leurs immeubles ou leurs droits réels immobiliers, dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales* ». À la différence des biens du domaine public, les dépendances du domaine privé des collectivités locales sont aliénables et prescriptibles.

Les collectivités territoriales sont libres de céder les biens relevant de leur domaine privé soit par une vente à l'amiable, soit par adjudication publique. En application des dispositions de l'article L. 2241-1 du CGCT, « *le conseil municipal délibère sur la gestion des biens et les opérations immobilières effectuées par la commune. (...) Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis du service des domaines* ».

Contrairement à l'État, les collectivités territoriales ne sont pas soumises aux obligations de publicité et de mise en concurrence avant toute cession de leurs biens immobiliers, sauf lorsque la collectivité décide elle-même de s'y soumettre ou lorsque les contrats de vente immobilière des collectivités territoriales sont couplés avec des contrats de commande publique. La qualification de l'ensemble contractuel dépend alors de l'objet principal de l'opération. Si cet objet principal est la réalisation d'un ouvrage destiné à la personne publique, l'ensemble contractuel pourra recevoir la qualification de marché public ou de concession de travaux avec les conséquences que cela implique en termes d'obligations préalables de publicité et de mise en concurrence (CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Aurox c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05).





## FICHE 7

## Contrats dédiés aux opérations de construction

### 1. Notion de contrats dédiés aux opérations de construction

Outre la procédure de droit commun des marchés de travaux (v. fiche « *marchés publics* »), il existe une grande variété de dispositifs contractuels qui ne sont pas soumis, en principe, au code des marchés publics (ci-après CMP) et dédiés aux opérations de construction.

Ces montages contractuels présentent notamment l'intérêt de permettre des solutions innovantes de financement des opérations de construction. La présente fiche expose certains de ces dispositifs, sans toutefois prétendre dresser une liste exhaustive des outils mis à disposition des personnes publiques.

### 2. Usage économique des contrats dédiés aux opérations de construction

**Trois raisons** peuvent justifier la réalisation d'une opération de construction par une personne publique : la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage répondant à un besoin exprimé par la personne publique ; la possibilité pour la personne publique de saisir une opportunité immobilière ; la volonté de soutenir le marché de la construction en y favorisant les investissements publics et privés.

**Avertissement** : l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, qui entrera en vigueur au plus tard le 1er avril 2016, apportera d'importantes modifications aux contrats faisant l'objet de la présente fiche.

### 3. Le droit commun : les marchés publics

Les marchés publics sont définis, en droit interne, à l'article 1<sup>er</sup> du CMP et, en droit de l'Union, par la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, encore applicable jusqu'au 18 avril 2016, et par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil qui l'abroge (v. fiche « *marchés publics* »).



### 3.1. Marchés publics de travaux

Les marchés publics de travaux constituent des marchés publics ayant pour objet *«soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage»* (art. 1<sup>er</sup>, III du CMP).

### 3.2. Marchés publics de maîtrise d'œuvre

#### 3.2.1. Objet des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les marchés de maîtrise d'œuvre sont des marchés publics ayant pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de mission de maîtrise d'œuvre définis par l'article 7 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 privée, dite MOP, et par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 (art. 74 du CMP).

#### 3.2.2. Règles de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les marchés de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur à 134 000 € hors taxe (HT) pour l'État et 207 000 € HT pour les collectivités territoriales peuvent être passés dans le cadre d'une procédure adaptée (art. 26 et 74 du CMP). Les marchés de maîtrise d'œuvre dont les montants sont supérieurs à ces seuils sont, en principe, passés dans le cadre d'une procédure de concours restreint définie à l'article 70 du CMP. Dans certaines hypothèses limitativement énumérées à l'article 74-III du CMP, la procédure du concours peut ne pas être utilisée. Le pouvoir adjudicateur peut alors avoir recours à la procédure négociée, si les conditions de l'article 35 du code sont remplies, ou à l'appel d'offres. Pour les marchés de maîtrise d'œuvre en vue de la réhabilitation d'un ouvrage ou la réalisation d'un projet urbain ou paysager, la procédure de dialogue compétitif peut être mise en œuvre (art. 74-IV du CMP).

### 3.3. Marchés de conception-réalisation

#### 3.3.1. Recours aux marchés de conception-réalisation

Les marchés de conception-réalisation permettent au pouvoir adjudicateur de *« confier à un groupement d'opérateurs économiques ou, pour les seuls ouvrages d'infrastructure, à un seul opérateur économique, une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux »* (art. 37 du CMP). Cette formule contractuelle permet à l'acheteur de recevoir une prestation globale et lui évite de segmenter les projets techniquement complexes. Ces marchés excluent cependant l'exploitation de l'ouvrage par le titulaire du contrat.

Les marchés de conception-réalisation sont des marchés de travaux car ils ont pour objet principal la réalisation d'un ouvrage.



Ces marchés, dès lors qu'ils relèvent de la loi MOP, constituent une exception au principe de dissociation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur consacré par l'article 7 de cette loi, selon lequel « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ». Ils sont régis par des procédures spécifiques prévues aux articles 37 et 69 du CMP et, pour les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, aux articles 41-1 du décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 et 41-1 du décret n° 2005-1308 du 20 octobre 2005. Les marchés passés par les personnes relevant de l'ordonnance précitée constituent des contrats de droit privé, sauf s'ils remplissent les critères traditionnels du contrat administratif.

Les pouvoirs adjudicateurs soumis à la loi MOP ne peuvent y recourir « *que si un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique ou des motifs d'ordre technique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* », conformément à l'article 18-I de la loi MOP (art. 37 du CMP). Des régimes particuliers existent notamment pour les opérations relatives aux établissements pénitentiaires (loi n° 87-432 du 22 juin 1987 relative au service public pénitentiaire modifiée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice), à la police ou à la gendarmerie nationales (loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure) ou aux établissements publics de santé ou de structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique (art. L. 6148-7 du code de la santé publique).

### **3.3.2. Règles de passation**

Les marchés de conception-réalisation d'un montant supérieur aux seuils de l'article 26 du CMP sont conclus selon une procédure d'appel d'offres restreint qui fait intervenir un jury composé dans les conditions fixées par l'article 24 du même code, complété par des maîtres d'œuvres désignés par le pouvoir adjudicateur (art. 60 et I de l'article 69 du CMP). Il est possible de recourir à la procédure de dialogue compétitif « *dans le cas des opérations limitées à la réhabilitation de bâtiments, et si les conditions définies aux articles 36 et 37 sont réunies* » (art. 67 et II de l'article 69 du CMP) ou à la procédure adaptée si les seuils de l'article 26 du CMP sont respectés (art. 28 et II de l'article 69 du CMP).

Les mêmes dispositions sont applicables aux entités adjudicatrices (art. 168-1 du CMP).

#### **→ A noter**

Pour plus de détails sur le recours à ce type de marchés, il convient de se référer à la fiche technique relative à la passation des marchés de conception-réalisation de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), qui est mise en ligne :

[http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/procedure-conception-realisation.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/procedure-conception-realisation.pdf)



## 4. Les contrats de partenariat

Institués par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 modifiée, les contrats de partenariat permettent à une collectivité publique de confier à une entreprise la mission globale de financer, concevoir tout ou partie, construire, maintenir et gérer des ouvrages ou des équipements publics et services concourant aux missions de service public de l'administration, dans un cadre de longue durée et contre un paiement effectué par la personne publique et étalé dans le temps. Ils ont pour but d'optimiser les performances respectives des secteurs public et privé pour réaliser dans les meilleurs délais et conditions les projets qui présentent un caractère d'urgence ou de complexité pour la collectivité : hôpitaux, écoles, systèmes informatiques, infrastructures. Les contrats de partenariat réalisés par les collectivités territoriales sont régis par les articles L. 1414-1 à L. 1414-16 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

Le contrat de partenariat est un contrat administratif, par lequel un pouvoir adjudicateur « *confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital* ». Le contrat de partenariat peut avoir pour objet « *tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* » (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance n° 2004-559 précitée). La maîtrise d'ouvrage des opérations est assurée par le partenaire privé de l'administration.

La loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat a élargi le champ d'application de ces contrats mais en a restreint les conditions d'utilisation. Le projet doit faire l'objet d'une évaluation préalable justifiant son recours, qui ne pourra être effectif qu'en cas d'urgence, de complexité du projet ou, compte tenu soit des caractéristiques du projet, soit des exigences du service public dont la personne publique est chargée, soit des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projet comparable, en cas de bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorable au contrat de partenariat que ceux d'autres contrats de la commande publique (art. 2-II de l'ordonnance précitée). Ce dispositif a par ailleurs été doté d'instruments permettant la valorisation domaniale et les acquisitions foncières par expropriation (loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés).

A la différence d'un marché public, pour lequel le paiement différé est interdit, la rémunération du cocontractant de l'administration est échelonnée sur toute la durée du contrat. A la différence d'une délégation de service public, cette rémunération n'est pas substantiellement liée à l'exploitation de l'ouvrage. La rémunération peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant.





Les contrats de partenariat sont des marchés publics au regard du droit de l'Union. A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance mentionnée *infra* au point 2., ils en prendront également la qualification en droit interne.

## 5. Les concessions de travaux publics

Régie par les dispositions de l'ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concessions de travaux publics et du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, la concession de travaux publics est un contrat administratif « *dont l'objet est de faire réaliser tous travaux de bâtiment ou de génie civil par un concessionnaire dont la rémunération consiste soit dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix* » (art. 1<sup>er</sup> de l'ordonnance préc.).

La concession de travaux est définie en droit de l'Union comme « *un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix* » (point a du 1° de l'article 5 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession).

La concession de travaux implique le transfert au concessionnaire d'une part du risque d'exploitation de l'ouvrage.

Peuvent y avoir recours l'État et ses établissements publics n'ayant pas un caractère industriel et commercial (décret précité), les collectivités territoriales et leurs établissements publics (art. L. 1415-1 du CGCT), ainsi que les autres organismes mentionnés à l'article 2 de l'ordonnance précitée.

Dans l'hypothèse où le contrat de concession de travaux publics est supérieur à un seuil révisé périodiquement par la Commission européenne (actuellement 5 186 000 € HT), Le pouvoir adjudicateur publie un avis d'appel public à concurrence conforme au modèle fixé par le règlement européen pris à cette fin. Lorsque le montant de la concession est inférieur à ce seuil, le pouvoir adjudicateur choisit librement les modalités de publicité adaptées en fonction des caractéristiques du contrat et notamment de son montant et de la nature des travaux en cause.

## 6. Les concessions d'aménagement

### **6.1. Recours aux concessions d'aménagement**

La concession d'aménagement est le contrat administratif par lequel une personne publique confie à un aménageur, sous sa maîtrise d'ouvrage, la réalisation d'une opération ayant pour objet « *de mettre en œuvre un projet urbain, une politique*



*locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* » (art. L. 300-1 du code de l'urbanisme).

Le concessionnaire assure « *la maîtrise d'ouvrage des travaux et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution* » (art. L. 300-4 de ce code). Le concédant exerce sur le concessionnaire et sur le déroulement des opérations un pouvoir de contrôle et de direction permanent.

La concession d'aménagement peut prévoir que le concessionnaire se procure les biens nécessaires à l'opération par voie d'expropriation ou puisse les acquérir par préemption (art. L. 300-4 préc.). La rémunération du concessionnaire est assurée par la « *vente, la location ou la concession de biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession* » (même article). Il est également possible pour l'autorité concédante de participer au financement de l'opération par des apports en terrain ou des apports financiers (art. L. 300-5 du même code).

Ce régime permet à la collectivité concédante de se décharger de la maîtrise d'ouvrage, d'assurer la cohérence des opérations de construction entre elles et d'effectuer des économies d'échelle. La concession d'aménagement est le mode de réalisation privilégié d'une zone d'aménagement concertée (art. L. 311-1 et suivants de ce code) [v. fiche « *urbanisme économique* »].

## 6.2. Règles de passation

La concession d'aménagement est un contrat *sui generis*, n'appartenant en droit interne ni à la catégorie du marché ni à celle de la délégation de service public. Le droit de l'Union l'assimile aux marchés publics de travaux, soumis à la directive 2004/18/CE précitée (désormais abrogée par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 ; CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Aurox c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05). La passation d'un contrat de concession d'aménagement doit en conséquence respecter les obligations de publicité et de mise en concurrence prévues par la directive.

Tirant les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03), la loi du 20 juillet 2005 impose, en matière d'aménagement tant public que privé, une mise en concurrence pour désigner l'aménageur concessionnaire.

Le régime applicable dépend du risque d'exploitation pris en charge par l'aménageur. Ce dernier permet de qualifier la concession d'aménagement de marché ou de concession au sens du droit de l'Union.

Le choix entre les différentes procédures de passation dépend d'un seuil dont le montant est périodiquement révisé par la Commission européenne (art. 4 de la directive 2014/24/UE préc.). Le seuil applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014 s'élève à 5 186 000 € HT.



Les exigences européennes ont été transposées en droit interne et sont précisées par le code de l'urbanisme (art. R. 300-4 à R. 300-11-7) :

- pour les concessions dont le montant global est égal ou supérieur à ce seuil et si l'aménageur s'expose à une part significative du risque économique de l'opération, les procédures relevant du droit européen des concessions s'appliquent (art. R. 300-4) ;
- pour les concessions dont le montant global est égal ou supérieur à ce seuil et si l'aménageur ne s'expose pas à une part significative du risque économique de l'opération, les procédures relevant du droit européen des marchés s'appliquent (art. R. 300-11-1) ; dans ce cas, les procédures applicables sont l'appel d'offres, le dialogue compétitif ou la procédure négociée si les conditions en sont remplies (art. R. 300-11-12) ;
- pour les concessions dont le montant est inférieur à ce seuil, sont organisées une publicité et une procédure de mise en concurrence préalable adaptées (art. R. 300-11-7) ;
- pour les concessions dont la participation du concédant est inférieure à 135 000 € HT et à condition que les terrains susceptibles, le cas échéant, d'être expropriés ou acquis par voie de préemption ou les terrains appartenant au concédant destinés à être cédés au concessionnaire représentent moins de 10 % des terrains inclus dans le périmètre de l'opération (par ex. cas du titulaire déjà propriétaire de plus de 90 % des terrains), une procédure dite « simplifiée » est possible (art. R. 300-11).

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) dont ils détiennent la totalité du capital (art. L. 327-1 du code de l'urbanisme) habilitées à réaliser toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme (art. L. 300-1) exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur leur territoire (v. fiche « *sociétés locales à statut spécifique* »). En principe, les SPLA se trouvent en quasi-régie avec les collectivités territoriales qui les créent. Ces dernières ne sont donc pas tenues d'appliquer le CMP lorsqu'elles ont recours à ces SPLA. Toutefois, ces sociétés revêtant en principe la qualité de pouvoir adjudicateur soumis à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005, elles doivent appliquer pour l'ensemble de leurs achats les mesures de publicité et de mise en concurrence prévues par cette ordonnance.

## 7. Les conventions d'occupation du domaine public constitutives de droits réels

### 7.1. Bail emphytéotique administratif (BEA)

#### 7.1.1. Recours au BEA

L'impossibilité de conférer des droits réels à un occupant du domaine public constituant un frein au financement privé d'équipements publics, le législateur



est intervenu pour permettre le recours au bail emphytéotique sur le domaine public des personnes publiques, pour l'État et ses établissements publics (dans des cas toutefois limités par l'article L. 2122-5 du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P) et pour les collectivités locales et leurs établissements publics (art. L. 1311-2 et L. 1311-3 du CGCT et L. 2122-20 du CG3P). Ces textes se réfèrent, pour la plupart, aux dispositions du code rural et de la pêche maritime. Toutefois, le bail emphytéotique administratif, dont le régime est spécifique, ne doit pas être confondu avec le bail emphytéotique dont le régime est prévu aux articles L. 451-1 à L. 451-14 du code rural et de la pêche maritime, qui ne peut être conclu que sur le domaine privé des personnes publiques.

Les personnes publiques peuvent notamment avoir recours au BEA pour la réalisation d'une mission de service public ou d'une opération d'intérêt général, ou encore pour la restauration, la réparation ou la mise en valeur d'un bien immobilier ou la construction de logements sociaux. Il peut également s'agir d'une mise à disposition de terrains communaux à une société qui devra y réaliser des bâtiments revenant à la collectivité concédante à la fin du bail (CE sect., 25 février 1994, *SA SOFAP Marignan immobilier*, n<sup>os</sup> 144641 et 145406, au rec. p. 94).

### **7.1.2. Règles de passation**

Les règles de passation applicables au BEA dépendent de la nature de la convention non détachable qui l'accompagne. Lorsque cette dernière constitue un marché public, une délégation de service public, un contrat de partenariat ou un contrat de concession de travaux, la conclusion du BEA est précédée des mesures de publicité et de mise en concurrence y afférentes.

## **7.2. Autorisation d'occupation temporaire couplée à une location avec option d'achat (AOT-LOA)**

### **7.2.1. Recours aux AOT / LOA**

L'autorisation d'occupation temporaire (ci-après AOT), est régie pour le domaine public de l'État par les articles L. 2122-6 et suivants ainsi que R. 2122-9 et suivants du CG3P. Initialement réservée au domaine public de l'État, l'ordonnance n° 2006-460 du 21 avril 2006 a créé une technique similaire bien qu'un peu plus restrictive pour les collectivités territoriales, prévue aux articles L. 1311-5 à L. 1311-8 du CGCT.

Bien que l'AOT n'ait pas été originellement conçue dans ce but, elle peut permettre à l'État de se procurer les locaux dont il a besoin. Elle peut être assortie de la location avec option d'achat (ci-après LOA) qui permet, à partir d'une autorisation d'occupation temporaire (constitutive de droits réels), la réalisation sous maîtrise d'ouvrage privée de constructions remises, dès leur achèvement, à la personne publique. Comme le BEA, ce montage contractuel permet de financer la construction d'équipements publics sur un acte constitutif de droits réels pour le cocontractant de la personne publique.

Pour les besoins « *de la justice, de la police ou de la gendarmerie nationale, de la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité*



*civiles, des armées ou des services du ministère de la défense »* (art. L. 2122-15 du CG3P). La LOA constitue ainsi un « accessoire » de l'AOT, dans le cadre d'un montage de type « aller-retour ».

L'État et le titulaire d'une AOT constitutive de droits réels sur le domaine public peuvent conclure un bail portant sur des bâtiments à construire par le titulaire et comportant au profit de l'État une option lui permettant d'acquérir, avant le terme fixé par l'AOT, les installations ainsi édifiées. Dans ce cas, le bail comporte des clauses permettant de préserver les exigences de service public.

### **7.2.2. Règles de passation**

Bien que ne relevant pas, en droit interne, des marchés publics, les AOT-LOA en matière de construction entrent en principe dans le champ d'application de la directive européenne relative aux marchés publics. Elles répondent en effet à la définition de marché public posée par cette dernière, qui ne s'attache pas à la détention de la maîtrise d'ouvrage par la personne publique. Les règles de publicité et de mise en concurrence imposées par la directive s'appliquent donc.

## **8. Crédit-bail**

### **8.1. Notion de crédit-bail**

Né aux États-Unis sous le nom de *leasing*, le crédit-bail a été introduit en France par l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2 de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 (aujourd'hui, article L. 313-7 du code monétaire et financier). Le crédit-bail constitue une technique contractuelle de financement par laquelle le crédit-preneur, ne disposant pas de la capacité financière pour acheter le bien immédiatement, fait acheter un bien par le crédit-bailleur. Le crédit-preneur loue ensuite le bien durant une période correspondant généralement à la durée d'amortissement de celui-ci. Le crédit-bailleur conserve une garantie sur le bien puisqu'il en demeure propriétaire jusqu'à la fin du bail, à l'issue duquel le crédit-preneur peut acheter le bien à sa valeur résiduelle, le restituer au crédit-bailleur ou éventuellement poursuivre sa location.

Les personnes publiques peuvent se retrouver en situation de crédit-preneur et, plus rarement, en position de crédit-bailleur (seront uniquement développées les modalités de la première hypothèse).

Le crédit bail constitue un dispositif contractuel complexe dans la mesure où il met en œuvre trois acteurs et quatre actes contractuels différents.

Les trois acteurs sont le vendeur du bien, le crédit-bailleur et le crédit-preneur.

Les quatre actes contractuels sont : l'achat du bien par le crédit-bailleur au vendeur ; la location du bien acheté par le crédit-bailleur au crédit preneur ; la promesse de vente du bien à la fin du bail faite par le bailleur au preneur, à sa



valeur résiduelle (prenant en compte le montant des loyers versés) ; généralement, le crédit-preneur agit en tant que mandataire du bailleur pour l'exécution de la vente du bien concerné.

Les collectivités locales peuvent envisager, au titre des aides à l'immobilier d'entreprise visées par l'article L. 1511-3 du CGCT, de financer et construire, dans le cadre d'un crédit-bail, un immeuble adapté aux besoins d'une entreprise. Cet immeuble sera loué sur une longue période (quinze ans en moyenne), et le crédit-preneur bénéficiera d'une option d'achat pour l'immeuble et le terrain. Les loyers pourront correspondre aux échéances des emprunts contractés par la collectivité locale pour financer l'immeuble.

## 8.2. Le recours au crédit-bail

Le crédit-bail présente de multiples intérêts :

- pour le **crédit-preneur public**, cette technique de financement ne nécessite qu'un apport de fonds limité, l'investissement réalisé étant échelonné par des loyers payés par la personne publique au crédit-bailleur ;
- pour le **crédit-bailleur privé**, cette technique offre des garanties importantes, dans la mesure où il reste propriétaire du bien jusqu'au terme du bail et est donc prémuni contre la défaillance du preneur.

Le recours des personnes publiques au crédit-bail fait l'objet de plusieurs restrictions issues de la jurisprudence, en particulier :

- en vertu de l'article 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, lorsqu'ils réalisent un ouvrage destiné à son exploitation, les maîtres d'ouvrage publics remplissent « *une fonction d'intérêt général dont ils ne peuvent se démettre* » ; toutefois, il a été jugé que lorsqu'une personne privée construit, pour le compte d'une personne publique, un ouvrage public tout en gardant la propriété de l'ouvrage pour une longue durée après la réception de l'ouvrage, alors la personne publique ne joue pas le rôle de maître d'ouvrage (v. dans le cas d'une location vente avec option d'achat, CE, 12 octobre 1988, *Ministère des Affaires sociales c/ Sergic*, n° 82053, au rec. p. 338, ou dans le cadre d'un BEA : CE, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, préc.) ;
- dans une décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée 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* » ; le recours au crédit-bail, dérogoire au droit commun de la domanialité publique, doit donc demeurer exceptionnel (CC, décision n° 2004-473 DC du 26 juin 2003).

### 8.3. Règles de passation

Les marchés de services financiers lorsqu'ils sont en relation avec un achat ou une location immobilière n'entrent pas dans le champ d'exclusion du CMP défini à son article 3 et demeurent régis par les dispositions du code. Il en est ainsi des services financiers attachés à un contrat d'acquisition ou de location de biens tels que le crédit-bail.

## 9. Vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

### 9.1. Notion de VEFA

La vente en l'état futur d'achèvement (ci-après VEFA) a été créée par la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967, désormais codifiée au code de la construction et de l'habitation (art. L. 261-1 à L. 261-22 et R. 261-1 à R. 261-33) et pour partie au code civil (art. 1601-1 à 1601-4).

En vertu de l'article 1601-3 du code civil, la VEFA est un contrat dédié à une opération de construction, par lequel le vendeur transfère immédiatement ses droits sur le sol à l'acquéreur, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à construire deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution, l'acquéreur étant tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. La maîtrise d'ouvrage des opérations est à la charge du vendeur, jusqu'à la réception des travaux. La VEFA appartient, avec la vente à terme, à la catégorie des ventes d'immeubles à construire.

Le contrat de VEFA n'est pas un marché public soumis au code des marchés publics (3° de l'article 3 du CMP), et ne peut donc être considéré comme un contrat administratif par détermination de l'article 2 de la loi « Murcef » n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. Au regard des critères jurisprudentiels du contrat administratif, le contrat de VEFA constitue normalement un contrat de droit privé. Une requalification en marché public de travaux peut toutefois être effectuée dans certaines hypothèses (cf. *infra*).

### 9.2. Recours à la VEFA

En vertu du principe de liberté contractuelle des collectivités publiques, érigé au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CC, décision n° 2000-437 DC 19 décembre 2000, *Financement de la sécurité sociale pour 2011*), les collectivités publiques sont, en principe, libres de recourir au contrat de VEFA pour acquérir des biens immobiliers destinés à être affectés aux missions de service public dont elles sont chargées.

Aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de VEFA. Toutefois, le



recours à la VEFA ne doit pas aboutir à un détournement du droit de la commande publique (CE, 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. d'architecture de la Haute Garonne*, n° 57679, au rec. p. 41).

Le principal intérêt du recours à la VEFA réside dans la souplesse qu'elle procure. Le vendeur bénéficie d'une rémunération à mesure de l'avancement des travaux et non à l'achèvement de la construction. L'acquéreur se décharge de la maîtrise d'ouvrage des travaux au profit du vendeur. De plus, la VEFA permet d'étaler le paiement des travaux. En choisissant un tel procédé, la personne publique s'affranchit des règles traditionnelles régissant la construction d'un « immeuble public ». De plus, si la personne publique ne dispose pas des terrains nécessaires à la construction du bâtiment envisagé, le recours à la VEFA permet de s'affranchir du recours à une procédure d'expropriation, et ainsi, d'augmenter la célérité de l'opération. En pratique toutefois, le recours à la VEFA par les collectivités publiques s'avère rare. Le plus souvent, c'est une société d'économie mixte locale qui a recours à la VEFA et qui s'interpose entre la collectivité et le vendeur.

Un régime spécifique de VEFA existe en matière de logement social (art. L. 432-2 du code de la construction et de l'habitation).

### 9.3. Règles de passation

En droit interne, la VEFA n'est pas soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence particulières. Le recours à la VEFA ne saurait toutefois servir à contourner les règles applicables en matière de marchés de travaux. Ainsi, les collectivités publiques « *ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* » (CE, *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. d'architecture de la Haute Garonne*, préc. ; CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, n° 280370, aux T. pp. 620-890).

En outre, les contrats de VEFA peuvent entrer dans le champ d'application de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 et de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 et sont qualifiables de marchés publics de travaux au sens du droit de l'Union. A propos d'une concession d'aménagement incluant une VEFA, la Cour de justice, se fondant sur les dispositions de l'article 1, sous c) de la directive 93/37/CE (relative aux marchés publics), a jugé que « *que l'existence d'un ouvrage doit être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux effectués* » (point 41). Elle a ainsi considéré qu'en l'espèce, la convention litigieuse remplissait une fonction économique. Elle en a alors déduit qu'une « *convention par laquelle un premier pouvoir adjudicateur confie à un second pouvoir adjudicateur la réalisation d'un ouvrage constitue un marché public de travaux au sens de l'article 1<sup>er</sup>, sous a), de la directive, indépendamment du fait qu'il est prévu ou non que le premier pouvoir adjudicateur soit ou devienne propriétaire de tout ou partie de cet ouvrage* » (point 47). Par suite, la convention incluant la VEFA a été considérée dans son ensemble comme un marché public de travaux (CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. C-220/05).





Si la VEFA est qualifiée de marché public de travaux, les obligations de publicité et de mise en concurrence de la directive 2004/18/CE, puis de la directive 2014/24/UE à la date de l'abrogation de la précédente, devront être respectées lorsque le montant de l'opération dépassera 5 186 000 € HT (v. également, CJUE, 25 mars 2010, *Helmut Muller GmbH*, aff. C-145/08, point 67).

## **10. Les contrats globaux spéciaux**

### **10.1. Les contrats globaux sectoriels**

#### ***10.1.1. Recours aux contrats globaux sectoriels***

Les contrats globaux permettent à l'État ou à ses établissements publics de santé et aux structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public, de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la construction à l'entretien et à la maintenance des ouvrages construits. Ils présentent l'avantage pour la personne publique de permettre un paiement différé et globalisé de l'ensemble des prestations.

Ils concernent les domaines suivants (art. 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002) : les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense ; les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur ; les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris ; les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles ; les établissements pénitentiaires ; les centres de rétention et les zones d'attente (art. 35 *septies* de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France) ; les bâtiments ou équipements affectés à l'exercice des missions de l'établissement public de santé ou la structure de coopération sanitaire dotée de la personnalité morale publique (article L. 6148-7 du code de la santé publique).

#### ***10.1.2. Règles de passation***

Ces contrats ne sont pas des « marchés publics » au sens du droit interne. Toutefois, ils constituent des marchés publics au sens du droit de l'Union. En vertu des textes qui les ont créés, ils sont assujettis, pour leur passation, aux procédures prévues par le CMP.

### **10.2. Les contrats globaux de performance énergétique**

Les contrats de performance énergétique (CPE) visent à améliorer le niveau de performance énergétique d'ouvrages existants, par rapport à une situation de référence initiale et comportent un engagement de résultat en matière d'économie d'énergie : la garantie de performance.



Parmi les différents types de contrats de performance énergétique, les plus complets sont les contrats « globaux », qui comportent tout à la fois des travaux, des fournitures et des services. Il ne s'agit pas de contrats *sui generis* : ils s'inscrivent dans le cadre des contrats de la commande publique existants.

Ils peuvent être aujourd'hui conclus sous les trois formes suivantes :

- un contrat de partenariat (« contrat de partenariat de performance énergétique » soumis à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ; v. le clausier-type rédigé par la mission d'appui aux partenariats public-privé, <http://www.economie.gouv.fr/ppp/contrats-performance-energetique>),
- un marché public de performance énergétique en application du CMP (art. 73),
- un marché public de performance énergétique en application de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005.

Le décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 a créé, dans le CMP, une nouvelle catégorie de marché public : le contrat global de performance. Il s'agit pour partie de mettre en œuvre les dispositions de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dite Grenelle II, mais la performance énergétique n'est pas la seule hypothèse concernée : ces contrats comportent des objectifs de performance mesurables, qui peuvent s'exprimer notamment en termes « *de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique* ».

Ils peuvent être conclus afin de remplir des objectifs chiffrés de performance, soit pour la réalisation, l'exploitation ou la maintenance (marchés dits REM ; article 73-I), soit pour la conception, la réalisation et l'exploitation ou la maintenance (marchés dits CREM ; article 73-II). Dans ce dernier cas, il s'agit de marchés de conception-réalisation. La loi Grenelle II avait ainsi modifié l'article 18-I de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 dite MOP pour autoriser le recours aux marchés de conception-réalisation « *lorsque des motifs (...) d'engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* ».

Ces marchés, qui impliquent un fort degré d'intégration des prestations, dérogent aux dispositions de l'article 10 du CMP qui pose le principe de l'allotissement et dont la méconnaissance est constitutive d'un manquement aux règles de mise en concurrence.

En revanche, l'interdiction de paiement différé, et donc l'impossibilité d'un financement privé des ouvrages, subsiste. Cette caractéristique les distingue fondamentalement des contrats de partenariat. Ces marchés ne dérogent pas davantage à la règle de la séparation de la rémunération des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Les pouvoirs adjudicateurs peuvent recourir aux REM et aux CREM tant pour les projets portant sur des bâtiments que pour ceux portant sur des infrastructures telles que l'éclairage public ou la construction-réhabilitation et l'exploitation de canalisations et de réseaux publics si les conditions prévues à l'article 73 du CMP sont remplies.

## FICHE 8

## Marques publiques

## 1. Notion de marque publique

### 1.1. Notion de marque

La marque est définie à l'article L. 711-1 du code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI) : « *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. Peuvent notamment constituer un tel signe :*

*a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;*

*b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;*

*c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ».*

La marque est dite « collective » (art. L. 715-1 du CPI) lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement.

Une distinction doit être opérée entre :

- d'une part, les marques collectives dites « simples » qui donnent une indication de l'origine des produits et services proposés ; elles n'ont qu'un intérêt privé et ne comportent aucune garantie de qualité à l'égard du consommateur ;
- et d'autre part, les marques collectives de certification qui poursuivent un intérêt général et ont une fonction de garantie de certaines qualités ou caractéristiques des produits et services proposés.

Les concepts de « marque » et de « nom de domaine » utilisés sur les sites internet publics (v. art. L. 45 et s. du code des postes et des communications électroniques concernant notamment le « .fr »), sont étroitement liés dans la mesure où ils concourent tous deux à mettre en valeur l'action publique : les noms de domaine sont le reflet d'une identité numérique et correspondent souvent à l'expression d'une marque sur internet. Marques et noms de domaine sont régis par des règles



différentes, mais peuvent interagir. Un nom de domaine peut constituer un obstacle juridique à l'adoption d'une marque, et inversement. Détenir une marque peut en effet permettre d'obtenir un nom de domaine identique ou similaire réservé par un tiers, sous certaines conditions.

Les « noms de domaine » des personnes publiques sont le point d'entrée de l'administration sur internet, ils concourent à mettre en valeur l'action publique et les marques sur internet, et à offrir plus de lisibilité aux internautes (not. avec l'extension « .gouv.fr »).

## 1.2. Marques des personnes publiques

Les « marques publiques », qui relèvent de la définition de droit commun, peuvent désigner une institution, un établissement, une collectivité (par ex. INSEE, CNIL, Paris Sorbonne IV, Château de Versailles...) ; un événement, une activité, une politique publique (tels que la French Tech, Vivapolis, France université numérique...) ; des marques de reconnaissance (les pôles de compétitivité, EPV - Entreprises du Patrimoine Vivant...) ; des labels (Label Rouge, AB...). Elles font partie du patrimoine immatériel des personnes publiques au même titre que les actions ou obligations, les propriétés littéraires ou artistiques (droit d'auteur, base de données...) ou encore les autres titres de propriété industrielle (brevets...) [v. fiche « *patrimoine immatériel des personnes publiques* »].

En outre, la marque publique ne se confond pas avec l'image d'un bien public et l'image de marque d'un tel bien.

## 2. Usage économique des marques publiques

### 2.1. Aperçu général

Les actifs immatériels publics sont aujourd'hui pleinement considérés comme des facteurs de compétitivité et de croissance. Ils constituent une ressource majeure pour l'efficacité des organisations publiques, la création de valeur socio-économique et le développement de l'attractivité économique des territoires (commune, département, région, autres subdivisions administratives...) et des États.

Une marque publique permet de garantir l'origine d'un produit ou d'un service en opérant une distinction claire avec ceux provenant d'une autre entité. Le dépôt d'une marque doit s'inscrire dans une stratégie définie par la personne publique pour que cette marque soit efficace. A cet égard, la marque doit reposer sur les **trois piliers** suivants (v. cahier pratique de l'Agence du patrimoine de l'État (APIE) : « *Marques publiques : comment les protéger ?* ») :

- un **sens**, constitué par les valeurs, la promesse, le positionnement de la marque ;
- des **signes**, correspondant à son identité visuelle (logo, typographie, signature, graphisme), à sa façon de s'exprimer ;



- des **actes**, dans lesquels la marque s'incarne, qui viennent prouver son positionnement et qu'il convient de faire connaître.

Dans un environnement de plus en plus compétitif, valoriser leur marque permet à des opérateurs publics à l'instar des musées ou des universités de développer leur notoriété, leur attractivité et de se différencier. La marque permet avant tout de mettre en place une stratégie globale, de donner du sens et de se développer de façon cohérente.

Une marque publique bénéficiant d'une solide notoriété peut permettre de générer des ressources financières complémentaires (notamment par le développement de produits dérivés, la mise en place de licences de marque, le développement des partenariats et mécénats...). La marque « Louvre » en est un bon exemple.

La marque publique peut aussi être un vecteur d'attractivité, notamment économique, des territoires. Des marques publiques fortes et reconnues concourent en effet à mettre en valeur ces derniers. En ce qui concerne les marques de territoire, elles visent à encourager l'implantation d'entreprises et d'investisseurs potentiels en valorisant les atouts d'un territoire dans une logique de développement des activités à l'échelle nationale ou internationale (v. par exemple, la marque « Alsace »).

Ce potentiel économique de la marque publique doit inciter les collectivités publiques à s'engager dans la voie d'une stratégie de marque solidement définie pour redynamiser un tissu économique local ou diversifier l'environnement économique en faisant interagir les acteurs publics et privés. Le dépôt d'une marque est donc, en soi, une mesure nécessaire mais aucunement suffisante : il doit s'accompagner de la mise en place d'une véritable politique visant à développer et à valoriser la marque, qui ne saurait se résumer à un chapitre du plan de communication de la personne publique.

Le pilotage de la marque offre en effet une réelle opportunité aux administrations publiques de mieux remplir leur mission de service public et de contribuer par là même à leur modernisation.

## **2.2. Intérêt de déposer une marque publique dans un cas déterminé**

La personne publique doit s'interroger sur l'opportunité du dépôt d'une marque. En effet, l'enregistrement d'une marque, son suivi et sa protection génèrent des coûts dont il faut déterminer, particulièrement dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques, s'ils sont justifiés. Tout signe ou dénomination utilisé par la personne publique n'a pas nécessairement besoin d'être déposé à titre de marque. L'entité publique doit déterminer des **critères de sélection pertinents** « *pour élaborer une stratégie efficace de protection et de défense des marques* ».



Les cahiers pratiques de l'APIE précités précisent les différentes questions à se poser lorsqu'une personne publique envisage de déposer une marque :

- quelle est ou quelles sont précisément la ou les marques à protéger ? Par exemple, le Centre Pompidou doit-il déposer, outre la marque «Centre Pompidou», des marques telles que «Centre Georges Pompidou», «Centre national d'art et de culture-Georges Pompidou» (sa dénomination officielle), «Beaubourg» (dénomination communément utilisée par les Parisiens), chacune de ces marques générant des coûts de dépôt et de suivi. La même question se pose de manière plus aigüe encore s'agissant des noms de domaine.
- les destinataires des produits et/ou services désignés par la marque sont-ils externes à l'administration ? Sont-ils actuels ? Sont-ils nombreux ?
- les produits/services visés par la marque font-ils l'objet d'une grande visibilité ?
- la marque est-elle un levier stratégique et/ou politique ?
- existe-t-il des risques de détournements ou d'usurpation ?
- quel est l'objectif poursuivi par le développement de la marque ? Quelle est sa pertinence ?
- quelles sont les ressources financières qui pourront être affectées à la protection et la défense de la marque ?
- à quel moment doit intervenir le dépôt de la marque ? Il doit être suffisamment précoce pour empêcher d'autres de s'approprier la marque, mais, compte tenu des coûts induits et de la nécessité d'exploiter la marque pour que sa protection demeure active, il ne peut porter que sur des signes suffisamment stabilisés<sup>1</sup> et dont l'exploitation est prévue à court terme.

### 3. Cadre juridique des marques publiques

#### **3.1. Droit applicable**

Les personnes publiques sont soumises au droit commun des marques. Les dispositions du CPI et la directive 2008/95/CE du 22 octobre 2008 leurs sont applicables en matière d'acquisition et de protection du titre.

La question du rattachement de la marque d'une personne publique au domaine public ou privé divise la doctrine, même si elle considère majoritairement que le patrimoine immatériel fait partie du domaine privé. En toute hypothèse, l'enregistrement d'une marque permet le bénéfice d'une protection juridique et confère à la personne publique la possibilité d'exercer un droit de propriété sur cette dernière. Les marques publiques sont déposées selon la même procédure que les marques privées et soumises au même régime juridique. Dès lors, elles sont librement cessibles, exploitables et valorisables.

---

1. Dans certains cas, le dépôt préventif de plusieurs marques peut être envisagé concernant des signes hautement exposés (annonce ministérielle...).



### 3.2. Forme de la marque

Le principe est que les droits de marque, comme tous les droits de propriété industrielle, s'acquièrent par le dépôt. La marque doit être déposée auprès d'un organisme national ou international de gestion des droits de propriété industrielle. En France, le dépôt d'une marque se fait auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI). Lorsqu'une marque est déposée et enregistrée, son utilisation est protégée sur le territoire et pour les classes de produits correspondants (principes de territorialité et de spécialité). L'enregistrement d'une marque est parfois symbolisé par les caractères <sup>™</sup> et <sup>®</sup>, qui n'ont pas de valeur juridique en droit français. La marque est régie par les dispositions des articles L. 711-1 et suivants du CPI.

Par exception, des droits de marque peuvent être reconnus sur des marques non enregistrées (la marque « notoire », telle que définie à l'article 6 bis de la Convention de Paris, s'entend d'une marque qui peut jouir d'une protection quand bien même elle ne fait pas l'objet d'un enregistrement), voire étendus au-delà du principe de spécialité (v. article L. 713-5 du CPI, s'agissant de la marque dite de « renommée »).

Ces dispositions s'appliquent toutefois aux marques qui, suite à l'usage intensif et parfois ancien qui en est effectué par leurs titulaires, jouissent d'un degré de connaissance très élevé auprès du public et, partant, bénéficient d'une protection élargie.

La Cour de justice a précisé que la marque de renommée doit présenter un degré suffisant de connaissance qui doit être apprécié au regard du public concerné par la marque en tenant compte de tous les éléments pertinents et notamment la part de marché détenue par cette marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de son usage ainsi que l'importance des investissements réalisés pour la promouvoir (CJCE, 14 septembre 1999, *General Motor Corporation c/Yplon SA*, aff. C-375/97 ; v. aussi CA Paris 25 février 2000 : RJDA 11/00 n° 1057, s'appuyant sur la connaissance du public).

Aussi, le bénéfice de ce régime dérogatoire est soumis à des conditions très strictes. Il est donc préférable pour assurer une protection efficace de déposer les marques nécessaires lorsque c'est pertinent.

Une marque peut prendre plusieurs formes : elle peut être verbale (c'est-à-dire composée uniquement de combinaison de lettres ou de mots), semi-figurative (composée d'éléments verbaux et d'éléments graphiques) ou figurative (composée d'éléments graphiques seulement).



## 4. Les modalités d'acquisition du droit sur une marque publique

### 4.1. Procédure d'enregistrement

La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement (art. L. 712-1 et L. 713-1 du CPI). L'enregistrement de la marque est valable pour une durée de 10 ans, renouvelable indéfiniment.

Aux termes de la circulaire du 5 mars 2010 relative au dépôt et à la gestion des marques de l'État, les marques déposées par les services de l'État (ministères, secrétariats d'État, services à compétence nationale et autorités administratives indépendantes (AAI) non dotées de la personnalité morale) doivent l'être au nom de l'État français. Les personnes publiques dotées de la personnalité morale (collectivités, établissements publics, AAI dotées de la personnalité morale...) déposent en revanche leurs marques en leur nom.

L'APIE (Agence du patrimoine immatériel de l'État), créée en 2007, accompagne les administrations de l'État pour la création, le développement et la protection de leurs marques (par l'élaboration d'une stratégie de communication, la définition d'une stratégie de protection et la clarification d'un portefeuille de marques).

Il appartient à la personne publique souhaitant déposer une marque de vérifier la validité du signe choisi, d'identifier le territoire et les produits et services visés ainsi que de vérifier la disponibilité du signe qu'elle souhaite déposer. L'INPI ne procède pas à une telle vérification. Aux termes de l'article L. 711-4 du CPI, la marque devant être enregistrée ne doit pas porter atteinte à des droits antérieurs (comme une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue, une dénomination ou raison sociale, aux droits d'auteur, ainsi qu'au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale...). L'INPI ne procède pas à une telle vérification ; elle est à la charge de chaque déposant.

Il doit s'agir d'une marque distinctive (ce qui exclut les signes descriptifs ou ceux étant la désignation générique ou usuelle des produits et services visés par la marque), non-trompeuse (sur la nature, la qualité ou la provenance du produit ou service : article L. 711-3 c) du CPI) et licite (l'article L. 711-3 b) du CPI proscribit ainsi tout signe « contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite »).

### 4.2. Étendue de l'enregistrement

La protection de la marque est limitée aux territoires sur lesquels elle a été déposée, en vertu du principe de territorialité. Il est possible toutefois, pour une personne publique comme une personne privée, de protéger sa marque au-delà du territoire français :

- soit par le dépôt d'une marque communautaire auprès de l'OHMI (Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur) ou par l'intermédiaire de l'INPI,



qui la transfère à l'OHMI ; la marque s'obtient par une procédure de dépôt et d'examen unique ; lorsqu'elle est enregistrée, elle produit ses effets dans les 28 pays de l'Union pour une durée de validité de 10 ans renouvelable (règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire) ;

- soit par le dépôt d'une marque internationale auprès de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété industrielle) ; à noter, pour l'examen du dossier, la personne publique doit obligatoirement recourir à un mandataire local pour chaque office de propriété industrielle des pays visés par la marque, ce qui peut occasionner un coût important ;
- soit par le dépôt de marques nationales étrangères directement auprès des offices nationaux.

S'il est procédé à une extension au niveau communautaire ou international dans un délai de six mois à compter du dépôt national ou communautaire, le déposant bénéficie de la date de priorité attachée à la marque initiale et ne pourra se voir opposer de marques identiques ou similaires éventuellement déposées par des tiers à compter de cette date.

La marque est uniquement protégée pour les produits et les services désignés au moment du dépôt (un nouveau dépôt de marque est nécessaire en cas d'élargissement des produits et des services).

L'INPI examine la validité de la marque et de son libellé, et non la disponibilité du signe : elle peut formuler des objections de forme et de fond auxquelles le déposant peut répondre. La publication de la marque au BOPI (Bulletin officiel de la propriété industrielle) intervient entre trois et six semaines après son dépôt. Toute personne intéressée peut, dès la publication au BOPI, présenter des observations dans un délai de 2 mois pour alerter l'INPI sur la non-validité d'une marque (art. L. 712-3 du CPI).

Les propriétaires des marques antérieures ont, par ailleurs, un délai de deux mois pour s'opposer à cet enregistrement (art. L. 712-4 1° du CPI).

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation permet également aux collectivités locales et aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de bénéficier de cette procédure d'opposition en cas d'atteinte à leur nom, leur marque, leur renommée ou en cas d'atteinte à une indication géographique (art. L. 712-4 3° du CPI). Elle a mis en place un dispositif de veille permettant à « toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale [de] demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination (...) » (art. L. 712-2-1 du CPI). Le décret n° 2015-671 du 15 juin 2015, qui modifie le CPI, en fixe les modalités. L'alerte, qui est gratuite et se fait par voie électronique, doit être formulée par la collectivité ou l'EPCI, pour une dénomination ou un nom de pays précis (art. D 712-29). En contrepartie, l'INPI adresse une alerte dans les cinq jours ouvrables suivant la publication du dépôt au BOPI d'une demande d'enregistrement de la marque, contenant la dénomination ou le nom concerné (art. D 712-30).



### 4.3. Portée de l'enregistrement

Une fois la marque enregistrée, celle-ci donne à la personne publique un monopole d'exploitation sur le signe déposé, sur le territoire visé, pour une durée de dix ans, renouvelable indéfiniment (art. L. 712-1 du CPI). Seul le titulaire de la marque a le droit d'exploiter la marque. Il peut cependant autoriser des tiers à l'exploiter, dans le cadre d'un contrat de licence ou d'un règlement d'usage. Il peut par ailleurs la céder à un tiers.

Toutefois, le fait de détenir une marque ne permet pas d'empêcher tout usage du signe par les tiers. Notamment, un tiers peut faire usage d'une marque déposée ou enregistrée s'il ne diffuse pas les produits ou services couverts par cette marque. Cet usage est alors licite et le titulaire de la marque ne peut s'y opposer. Si tel n'est pas le cas, l'usage de la marque « *dans la vie des affaires* » est une condition nécessaire à la caractérisation de la contrefaçon (CA Paris, 30 avril 2003, RG n° 2001/14371 et 2001/17502) et permet donc à son propriétaire, la personne publique, d'en faire interdire son usage. L'usage dans la vie des affaires a été défini par la Cour de cassation comme « *un usage qui tend à l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique* » (Cass. Com. 10 mai 2011, n° 10-18173, Bulletin 2011, IV, n° 72). Toutefois, il n'est pas possible de s'opposer à l'usage de la marque qui est effectué à titre informatif, parodique ou critique.

## 5. Utilisation, gestion et protection d'une marque publique

### 5.1. Utilisation et gestion

Le titulaire doit faire un usage sérieux de la marque, à défaut il encourt une déchéance de ses droits (art. L. 714-5 du CPI). Cette déchéance n'est pas automatique, elle doit être demandée en justice par une personne intéressée. Pour engager une action en déchéance de la marque pour défaut d'exploitation, il faut être en présence d'un défaut d'exploitation de la marque, celui-ci doit être d'une durée de cinq ans. Selon les dispositions de l'article L. 714-5 précité, est notamment assimilé à un usage sérieux de la marque l'« *usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif* » (des modifications mineures, comme la réduction de la police d'écriture, des teintes..., sont ainsi admises).

La gestion d'une marque publique impose à la personne publique une vigilance sur de nombreux aspects. A cet égard, elle doit surveiller la date d'échéance de ses droits si elle souhaite la renouveler pour une nouvelle période de 10 ans (à noter, les offices n'alertent pas les titulaires de droits et le renouvellement suppose le paiement d'une nouvelle redevance).



Les changements concernant la marque (cession, licence, changement de dénomination) doivent en effet être obligatoirement inscrits dans le registre national des marques de l'INPIE pour être ensuite opposables.

L'usage de la marque par des tiers peut être sécurisé par des licences de marques (gratuites ou payantes : v. l'art. 2 du décret n° 2009-151 du 10 février 2009) ou un règlement d'usage (pour les marques collectives) – art. L. 714-1 du CPI. Le droit n'impose pas la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence pour l'attribution de droits portant sur le domaine privé (ex : concession de licence d'une marque sur le domaine privé).

S'agissant du mode de gestion de la marque, la personne publique peut soit procéder à une gestion directe de sa marque soit recourir à des prestataires de service en concluant des contrats de licence. Dans certains cas, le licencié exclusif peut être chargé de la gestion de la marque.

Les marques des services de l'État seront gérées par l'APIE à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015 (v. le décret n° 2015-716 du 23 juin 2015).

C'est le juge judiciaire qui sera compétent en cas de contentieux entre le licencié et la personne publique. Le Tribunal des conflits a jugé que les tribunaux de grande instance sont seuls compétents pour connaître des litiges en matière de propriété intellectuelle, même lorsque ceux-ci impliquent l'État et d'autres personnes morales de droit public (TC, 2 mai 2011, *Société d'équipements industriels urbains c/ Société Frameto c/ commune de Ouistreham*, n° 3770).

## 5.2. Protection de la marque

La protection des marques publiques, qui doit être une démarche active, est assurée par divers dispositifs alternatifs ou complémentaires.

Déposer une marque n'empêche pas un tiers de déposer une marque identique, puisque les offices n'effectuent pas de vérification de disponibilité. Le propriétaire de la marque doit la défendre contre toute utilisation non autorisée ou tout dépôt de marque postérieur portant atteinte à ses droits. Selon l'ampleur du risque identifié, le titulaire de la marque dispose de différentes réponses : la personne publique peut proposer un accord de coexistence, former une opposition (art. L. 712-4 du CPI) ou encore introduire une action civile en contrefaçon (art. L. 716-1 et s. du CPI) ou en nullité de l'enregistrement de la marque (art. L. 714-3 du CPI : action prévue contre l'enregistrement d'une marque qui n'est pas conforme aux dispositions des articles L. 711-1 à L. 711-4). Dans ce dernier cas, la décision d'annulation a un effet absolu. En conséquence, la Cour de cassation a jugé que « *la décision d'annulation d'un enregistrement de marque (...) entraîne la nullité des licences accordées sur la marque dont l'enregistrement est annulé* » (Cass. Com., 15 janvier 2008, n° 06-15889).

La personne publique peut également formuler des observations auprès de l'INPI ou de l'OHMI, notamment lorsque la demande de marque est contraire à l'ordre public ou susceptible de tromper le public (notamment si elle laisse penser à une marque officielle).



En outre, si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice (ar. L. 712-6 du CPI). En cas de succès dans son action, le demandeur est substitué au premier déposant de la marque et il bénéficie ainsi de la date d'antériorité du dépôt litigieux.

Outre ces dispositions issues du CPI, les noms, logos, signatures de marques peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur, laquelle se cumule alors avec celle du droit des marques. Lorsque la personne publique a recours à un prestataire extérieur pour créer son nom, logo, signature de marque, il est indispensable pour la personne publique de veiller à obtenir la cession des droits d'auteur.

La surveillance et la défense des marques par les personnes publiques présentent un bénéfice double : d'une part, faire cesser la tromperie des usagers sur la nature publique d'un produit ou d'un service et d'autre part, faire cesser pour la personne publique, les atteintes à son image, ses valeurs et son action.

S'agissant des administrations civiles de l'État ainsi que des administrations militaires et des forces armées, l'APIE assurera, à compter du 1<sup>er</sup> novembre 2015, la veille des dépôts de marque postérieurs susceptibles de porter atteinte aux marques qu'elles ont déposées et émettra à leur attention des recommandations motivées sur les actions à mener en cas d'atteinte aux marques. Elle engagera, avec leur accord, toute action précontentieuse utile à la protection des marques, notamment la procédure d'opposition à l'enregistrement de marques postérieures leur portant atteinte (3<sup>o</sup> et 4<sup>o</sup> du I de l'article 3 du décret du 23 juin 2015 préc.).



## FICHE 9

## Patrimoine immatériel des personnes publiques

### 1. Notion de patrimoine immatériel des personnes publiques

Le patrimoine immatériel des personnes publiques est composé des actifs qui échappent à toute appréhension matérielle mais qui présentent un potentiel de service utile à l'exécution des missions publiques, certains pouvant faire l'objet d'une évaluation monétaire. Il n'existe pas à ce jour de définition juridique du patrimoine immatériel en général, et de celui de l'État en particulier, ni dans le code général de la propriété des personnes publiques, ni dans aucun autre texte. La notion d'immobilisations incorporelles, par exemple, propre à la comptabilité privée, ne suffit pas pour cerner la réalité des actifs immatériels (v. *infra*).

Des recommandations ont été formulées en décembre 2006 par le rapport de la commission Lévy-Jouyet sur l'économie de l'immatériel. Ce rapport avait abouti à la conclusion que l'État ne valorisait pas suffisamment ses différents actifs immatériels.

L'article 2 du décret 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 permet toutefois, grâce à la liste de prestations assurées par l'État qu'il comporte, de mieux appréhender la notion :

- « 1° Cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle ;
- 2° Participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat ;
- 3° Mise à disposition ou cession d'informations, à l'exclusion des opérations de copie et de transmission mentionnées, respectivement, aux b et c de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 ;
- 4° Location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ;
- 5° Organisation ou participation à l'organisation d'événements de toute nature, notamment colloques et conférences ;
- 6° Valorisation du savoir-faire ou de l'expertise des services de l'État, notamment en matière de formation, recherche et études ;



*7° Mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaire, de communication ou de promotion.*

*Les prestations mentionnées ci-dessus peuvent être accompagnées de prestations complémentaires, telles que la mise à disposition de moyens, donnant lieu à rémunération ».*

Dans cette catégorie d'actifs, figurent des éléments relevant de la propriété intellectuelle, protégés par le code de la propriété intellectuelle (CPI). Il s'agit, notamment, de la propriété littéraire et artistique, du droit d'auteur (logiciels, bases de données, licences...), du droit de la propriété industrielle (brevets et marques : v. la fiche « *marques publiques* »). Le savoir-faire des personnes publiques, quant à lui, ne relève pas de la protection du CPI. S'y ajoutent les fréquences radioélectriques (qui relèvent du domaine public de l'État par détermination de la loi, cf. article L. 2111-17 du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P), ainsi que les quotas de gaz à effet de serre (art. L. 229-15 du code de l'environnement).

## 2. L'usage économique du patrimoine immatériel des personnes publiques

La circulaire du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État fixe **trois objectifs** :

- optimiser l'impact de la gestion du patrimoine immatériel sur l'économie ;
- tirer parti d'une meilleure valorisation des actifs pour accroître les marges de manœuvre budgétaires, moderniser les services publics, soutenir la conduite des politiques publiques au profit des usagers et contribuer au désendettement ;
- prémunir l'État et les usagers contre d'éventuels risques de détournement.

Ces objectifs, de portée générale, constituent une référence pertinente pour les autres personnes publiques.

Les stratégies d'utilisation du patrimoine immatériel des personnes publiques ont vocation à être élaborées en lien avec le service à compétence nationale institué par l'arrêté du 23 avril 2007 : l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), dont les missions ont été récemment renforcées par le décret n° 2015-716 du 23 juin 2015 en mettant en place, à compter du 1<sup>er</sup> novembre, dans une optique d'efficacité renforcée, une gestion mutualisée des marques de l'État confiée à l'agence. Celle-ci pourra également réaliser pour le compte des administrations de l'État des prestations relatives aux noms de domaine.



L'APIE a mis en lumière les diverses facettes de la valorisation du patrimoine immatériel public (*Patrimoine immatériel public : Quel enjeux ? Agence du Patrimoine immatériel de l'État*, coll. « Ressources de l'immatériel », décembre 2011) :

« Valoriser signifie à la fois :

- Savoir identifier les actifs immatériels ;
- Savoir les exploiter efficacement pour mieux remplir sa mission de service public ;
- Inscrire, lorsque c'est possible, la valeur de ces actifs au bilan des états financiers des organismes publics ;
- Optimiser la mise à disposition de ces actifs, notamment auprès des citoyens, des chercheurs, ou d'autres administrations qui peuvent les utiliser pour innover, développer ou consolider leur activité ;
- Développer des services à valeur ajoutée sur la base des actifs dans le prolongement des missions de service public et pour répondre à des besoins d'acteurs privés ou publics ;
- Protéger ces actifs contre les risques d'appropriation induite ».

L'enjeu est donc à la fois la modernisation de l'action publique et la création de valeur au bénéfice de la société dans son ensemble. Notamment, l'immatériel peut favoriser l'innovation et la création de valeur économique, par la diffusion, le partage et la mise à disposition auprès d'acteurs privés, chercheurs, communautés innovantes..., de ressources publiques. La valorisation de ce patrimoine peut aussi s'appuyer sur la circulation et la mutualisation des ressources immatérielles au sein de la sphère publique.

Les personnes publiques ont donc vocation à concevoir des stratégies de valorisation de leur patrimoine immatériel à la fois du point de vue de l'exercice de leur mission et des externalités positives susceptibles d'être produites.

### 3. Règles juridiques communes

#### **3.1. Protection**

Le patrimoine, même immatériel, peut être affecté à un service public (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, n° 181611, au rec. p. 491) et il faut alors protéger cette affectation. La recherche de valorisation ne doit, en outre, pas porter préjudice à la personne publique, à l'exercice de son activité ou à son image.

De telles préoccupations ressortent de réglementations sectorielles, qu'elles soient relatives à l'usage des fréquences hertziennes, à l'utilisation et la réutilisation des données publiques ou encore à la gestion des marques publiques (v. la fiche « *marques publiques* » préc.). Les actifs immatériels des personnes publiques



doivent être protégés des usages abusifs ou jugés illégaux. Ainsi il peut être utile de « déposer » (pour les marques), ou d'enregistrer ces actifs auprès d'organismes habilités à cet effet, pour ensuite, donner un cadre à leur utilisation par des tiers. De même, la propriété intellectuelle poursuit avant tout pour but la protection du processus de création de l'œuvre.

## 3.2. Optimisation

Tout comme les organismes du secteur privé, les personnes publiques doivent en premier lieu chercher à optimiser leurs actifs immatériels en vue d'améliorer leur efficacité interne et la qualité du service rendu aux citoyens (gestion des compétences, gestion des connaissances, stratégie de marque, stratégie digitale, exploitation des données et informations, innovations).

Cette optimisation consiste aussi à accroître le potentiel socio-économique de leurs actifs immatériels et leur valeur d'usage en les diffusant plus largement, en les partageant avec d'autres acteurs (publics et privés) et en favorisant leur appropriation par le tissu économique là où cela semble opportun afin de mettre ce patrimoine immatériel au service de l'attractivité de la France (innovations, données publiques, marques et labels...).

Ces processus relèvent des règles de droit commun ou de dispositions spécifiques comme en matière d'ouverture des données publiques (v. *infra*).

## 3.3. Valorisation économique

La valorisation du patrimoine peut aussi donner lieu à la perception de redevances.

A défaut de dispositions réglementaires spéciales (cas par exemple, de la réutilisation des données publiques : v. *infra* point 6.), la valorisation financière de la propriété immatérielle relève, en ce qui concerne l'État, des dispositions des décrets n°s 2009-151 et 2009-157 du 10 février 2009.

Les rémunérations perçues au titre des prestations énumérées à l'article 2 du décret n° 2009-151 ont la nature de redevances pour services rendus. Leur montant est fixé, pour chaque prestation, selon les caractéristiques de celle-ci, par arrêté du ministre concerné ou par voie contractuelle. Ce décret ne fixe pas de règle de calcul de la redevance et se borne à préciser qu'elle dépend des « caractéristiques de la prestation ». Il y a donc lieu d'appliquer les règles de droit commun sur ce point (v. *Guide de légistique* : 5.2.8. "Créer, modifier ou supprimer une redevance").

Le décret n° 2009-157 pose quant à lui une dérogation au principe de non affectation, puisque les produits résultant de la rémunération sont affectés au budget du ministère intéressé, ce qui devrait inciter les ministères à procéder à une valorisation de leur patrimoine.





## 4. Respect des libertés économiques

Les actes administratifs qui organisent l'exploitation par les personnes publiques de leurs propriétés immatérielles sont soumis au droit de la concurrence (CE, 5 septembre 2001, *Guiavarc'h*, n° 225473).

De même, les actes administratifs fixant les conditions tarifaires d'exploitation des droits de propriété incorporelle dont sont titulaires les personnes publiques sont soumis au droit de la concurrence (CE, 24 juillet 2006, *Société Cegedim*, n° 247769, au rec. p. 759).

Enfin, le principe de liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence apparaissent également opposables aux contrats de cession de droits exclusifs auxquels sont parties les personnes publiques conformément à la jurisprudence *Société Million et Marais* (CE sect., 3 nov. 1997, n° 169907, au rec. p. 406). Ces règles font partie du « bloc de légalité » du droit administratif et leur prise en compte par les personnes publiques relève d'un « but d'intérêt général » (CE 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° 223100, aux T. p. 918).

## 5. Traitement comptable et budgétaire

En vertu du recueil des normes comptables de l'État de 2004, les actifs immatériels qui peuvent être identifiés à des immobilisations incorporelles doivent être comptabilisés en cette qualité au bilan de l'État, s'ils remplissent deux séries de conditions (norme comptable n° 5 du recueil) :

- son coût ou sa valeur doit pouvoir être évalué avec une fiabilité suffisante ;
- l'État doit en avoir le contrôle (c'est-à-dire qu'il doit en maîtriser suffisamment les conditions d'utilisation, par exemple en vertu d'un droit de propriété ou d'un droit d'usage, pour pouvoir bénéficier probablement des avantages économiques futurs ou du potentiel de services attendus correspondants).

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances dite LOLF, certains indicateurs de performance prennent en compte la valorisation du patrimoine immatériel (par ex., dans la présentation du projet de loi de finances (PLF) 2014, le programme 150 « Formations supérieures et recherche universitaire »).

S'agissant des collectivités locales, les éléments incorporels doivent être également comptabilisés conformément aux règles fixées par les instructions budgétaires et comptables qui leur sont applicables : M 14 pour les communes, M 21 pour les départements et M 71 pour les régions.



## 6. Un cas particulier de régime de valorisation : les données publiques

### 6.1. Cadre général

Les dispositions de l'article 10 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, dans leur rédaction issue de l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005, qui transpose en droit interne la directive 2003/98/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la réutilisation des informations du secteur public, posent le principe de libre réutilisation des informations publiques, sous les réserves et dans les conditions prévues par le chapitre II de cette loi et du décret n° 2005-1755 du 30 décembre 2005, pris pour son application. Ces dispositions doivent faire l'objet d'une prochaine modification en vue de transposer la directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, qui a modifié la directive 2003/98/CE dans le sens d'une plus grande ouverture des données publiques.

La voie de l'*Open data* ou ouverture des données publiques (lesquelles sont traitées dans le 3° de l'article 2 du décret n° 2009-151 précité) permet de mettre à disposition des acteurs économiques une multitude de données publiques pouvant être utilisées en vue du développement de produits et services innovants.

L'ouverture et la réutilisation des données publiques sont pilotées, sous l'autorité du Premier ministre, par la mission *Etalab*, qui poursuit la mise à disposition gratuite de ces données, conformément au principe général de réutilisation libre, facile et gratuite fixé par les circulaires du Premier ministre du 26 mai 2011 et du 13 septembre 2013 relatives à l'ouverture des données. Un administrateur général des données, placé sous l'autorité du Premier ministre a été créé par le décret n° 2014-1050 du 16 septembre 2014. Il a notamment pour mission de coordonner l'action des administrations en matière d'inventaire, de gouvernance, de production, de circulation et d'exploitation des données par les administrations.

Des initiatives locales sont également possibles en matière d'*open data* : citons l'exemple de la ville de Rennes, première collectivité qui a ouvert en 2010 un portail de données publiques ([data.rennes-metropole.fr](http://data.rennes-metropole.fr)).

Toutes les données ne peuvent faire l'objet d'une large diffusion à des fins de réutilisation (art. 10 de la loi du 17 juillet 1978) : c'est le cas notamment des données à caractère personnel ou sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle. Il incombe ainsi aux personnes publiques de mener au préalable une étude afin de s'assurer que les données peuvent être librement diffusées.

## 6.2. Possibilité de rémunération et d'octroi de licence

Si la gratuité est adoptée par certains portails (comme [data.gouv.fr](http://data.gouv.fr)), la réutilisation des informations publiques peut, en l'état actuel de la législation (art. 15 de la loi du 17 juillet 1978), donner lieu au versement de redevances au profit de l'administration, que celle-ci soit ou non l'auteur des documents réutilisés (sur les pratiques en la matière, v. rapport remis au Premier ministre en novembre 2013 par M. Trojette sur l'ouverture des données publiques).

En cas de besoin exprimé sur un marché, une personne publique peut ainsi décider, à côté de la diffusion gratuite, de mettre en place des services à valeur ajoutée autour de ses données publiques contre le paiement d'une telle redevance. Il faut pour ce faire que le montant de la redevance soit fixé à l'avance et qu'une licence type ait été élaborée et publiée par voie électronique.

Le montant de la redevance peut inclure les coûts d'anonymisation (s'il s'agit de données à caractère personnel), les coûts de collecte et de production et une « rémunération raisonnable des investissements » de l'administration (dont une part au titre des droits de propriété intellectuelle). Le montant de la redevance ne doit pas être discriminatoire ni supérieur au coût que l'administration s'impute lorsqu'elle utilise ces informations dans le cadre d'activités commerciales (art. 15 de la loi précitée). La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), compétente en matière de réutilisation des données publiques (art. 20 et art. 22 de la même loi), examine les conditions de détermination du montant de la redevance, notamment au regard du principe d'égalité (v. par exemple le conseil n° 20070034 du 5 avril 2007 relatif à un projet de note fixant les règles applicables à la tarification des données géographiques de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole ainsi qu'à leur réutilisation).

En contrepartie du versement de la redevance, le demandeur devient titulaire d'une licence qui mentionne les informations faisant l'objet de la réutilisation, leur source et leur date de mise à disposition, le caractère commercial ou non de leur réutilisation, ainsi que les droits et obligations du licencié, dont le montant de la redevance et les modalités de son paiement (art. 41 du décret du 30 décembre 2005). L'administration ne peut, par le biais de la licence, apporter de restrictions à la réutilisation que pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée, et à condition de ne pas porter atteinte à la concurrence (art. 16 de la loi du 17 juillet 1978).

Les conditions de tarification de la mise à disposition de données publiques par l'État et ses établissements publics administratifs ont été précisées en mars 2012 par les *Lignes directrices relatives à l'instauration de redevances de réutilisation des informations publiques dans des circonstances particulières* du conseil d'orientation de l'édition publique et de l'information administrative.



**Avertissement** : La transposition en cours de la directive 2013/37/UE évoquée ci-dessus devrait notamment conduire à modifier les dispositions de l'article 15 de la loi du 17 juillet 1978 qui prévoient le principe et les modalités de fixation des redevances de réutilisation des données publiques. Ces règles devraient *a minima* évoluer pour prévoir, conformément aux objectifs de la directive, que le montant de la redevance doit en principe être limité aux coûts marginaux supportés par les organismes du secteur public pour la reproduction, la mise à disposition et la diffusion des données. La directive ménage cependant deux exceptions à cet encadrement strict du montant de la redevance : d'une part, s'agissant des organismes du secteur public tenus de couvrir par des recettes propres une part substantielle de certains de leurs coûts ; d'autre part, s'agissant des bibliothèques, musées et archives.



**FICHE 10**

## **Exercice d'une activité économique par les personnes publiques**

### **1. Notion d'exercice d'une activité économique par les personnes publiques**

Les personnes publiques peuvent conduire, par elles-mêmes, des activités économiques, comme la fourniture de bien, ou la prestation de services sur un marché.

Ce type d'action est généralement distingué de celles que les personnes publiques exercent en tant que puissance publique, pour réglementer l'activité des opérateurs privés (v. fiche « *encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre* »).

La présente fiche examine les règles propres à l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques indépendamment du mode de gestion qu'elles auront retenu pour cette activité et qui font l'objet de fiches particulières : régies, délégations de service public, marchés publics, sociétés locales à statut spécifique, autres entreprises publiques.

### **2. Le principe de l'exercice d'activités économiques par les personnes publiques**

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie implique que les personnes publiques ne puissent elles-mêmes prendre en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public. Le respect du droit de la concurrence par les personnes publiques suppose que, lorsqu'elles sont opérateurs, elles ne doivent pas se rendre coupable d'une pratique anti-concurrentielle et plus largement, elles ne perturbent pas le libre jeu de la concurrence.

#### **2.1. La satisfaction de leurs propres besoins**

Les personnes publiques peuvent directement répondre à la satisfaction de leurs propres besoins.



Dans sa décision d'assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres* (n<sup>os</sup> 317827, 317952, 318013 et 318051, au rec. p. 505), le Conseil d'État juge, dans la droite ligne de la jurisprudence *Société Unipain* (CE, 29 avril 1970, n<sup>o</sup> 77235, au rec. p. 280) que les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens. Il leur appartient de déterminer si la satisfaction des besoins résultant de ces missions appelle le recours aux prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci. Par conséquent, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature.

## **2.2. L'exercice d'une activité économique sur un marché**

### **2.2.1. La distinction entre activité de service public et activité économique**

La jurisprudence du Conseil d'État (Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n<sup>o</sup> 275531, au rec. p. 272, dans la droite ligne de sa décision de sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, et de son avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, n<sup>o</sup> 222208, au rec. p. 492) distingue **deux cas** :

- les activités de service public d'une part : « *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* » ;
- les activités économiques d'autre part : « *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. A 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.* »

### **2.2.2. Précisions sur la distinction**

Dans la première hypothèse retenue par la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, il s'agit d'activités de « pur » service public, étrangères à toute logique économique et qui ont lieu hors marché. La jurisprudence y classe par exemple les activités de conseil juridique de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (décision précitée), la diffusion gratuite d'informations relatives aux structures d'accueil recueillies auprès des collectivités territoriales et des acteurs de la petite enfance (CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, n<sup>o</sup> 328731, aux T. p. 664) ou encore la diffusion sur un site internet de l'information sur les prix de vente au détail des carburants (CE, 16 juillet 2014, *Société Sigmalis*, n<sup>o</sup> 368960).



Constitue en revanche, une activité économique emportant intervention sur un marché, par exemple, le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par un département dans le cadre de son action en matière d'aide sociale (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, n° 306911, aux T. pp. 652, 664). Ce sont ces activités qui ont lieu sur un marché concurrentiel, qui doivent respecter tant la liberté du commerce et de l'industrie que le droit de la concurrence.

En droit de l'Union, la définition d'« activité économique » est large. La commission européenne a ainsi estimé que, « *constitue une activité économique toute activité, même en dehors de la recherche de bénéfices, qui participe aux échanges économiques* » (décision 92/521/CEE du 20 juillet 1999 relative à la procédure d'application de l'article 82 du traité CE et de l'article 54 de l'accord EEE-Coupe du monde de football 1998, JOCE L 5, 8 janvier 2000). La Cour de justice retient également une approche fonctionnelle, en considérant qu'une activité économique consiste à offrir des biens et des services sur un marché (CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. 118/85, pts 7 et 8 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, pts 82 à 85).

## **2.3. Conditions de légalité de l'activité économique de la personne publique**

Les personnes publiques peuvent, en principe, prendre en charge une activité économique à la double condition que l'activité s'inscrive dans le cadre de leurs compétences et qu'il existe un intérêt public résultant notamment de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée ou d'autres circonstances comme la satisfaction des besoins de la population.

### **2.3.1. Compétence**

Les personnes publiques ne peuvent agir que dans le cadre de leurs missions (principe de spécialité). Elles ne peuvent exercer d'activités qui ne soient pas en lien suffisamment direct avec les compétences qui leur ont été expressément attribuées. Elles doivent « s'en tenir à l'exercice de la mission ou des missions connexes qui [leur] ont été attribuées et qui sont définies en des termes précis » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrétien, 15 éd. 2001, n° 519). Les collectivités territoriales ne peuvent ainsi agir que dans les limites de leurs compétences, soit que celles-ci soient mentionnées dans un texte, soit qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la clause de compétence générale.

### **2.3.2. Intérêt public**

Désormais, l'intérêt public peut résulter notamment mais pas seulement, de l'absence ou de l'insuffisance de l'initiative privée. Présente par exemple, un tel intérêt, un service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes d'un département, indépendamment de leurs ressources, même si des sociétés privées offrent déjà des prestations de téléassistance (décision *département de la Corrèze*, préc.).



S'agissant des collectivités locales, l'intérêt public local justifiant leur intervention économique peut s'apprécier au regard des besoins futurs de développement de ces collectivités (CE, 18 mai 2005, *Territoire de la Polynésie française*, n° 254199, aux T. pp. 748, 768, 982, 1174 : en l'espèce, les besoins futurs du développement touristique du territoire).

En outre, peut être d'intérêt public la prise en charge d'une activité économique lorsqu'elle constitue le complément ou l'accessoire d'un service public et qu'elle contribue à son équilibre financier ou permet d'amortir les investissements réalisés (v. CE, 4 juin 1954, *Dame Berthod*, au rec. p. 335 : activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, « *tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population* » ; CE, 23 mai 2003, *communauté de commune Artoi-Lys*, au rec. p. 234 : création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui « *contribue à l'équilibre financier global du service d'assainissement non collectif assuré par cette collectivité* »).

## **2.4. Le cas particulier de la candidature à un contrat de la commande publique**

Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public pour répondre aux besoins d'une autre personne publique (avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.). Doivent alors être respectées tant les exigences relatives à l'égal accès à la commande publique que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 1986 (aujourd'hui codifiée au code de commerce).

La candidature d'une collectivité locale et d'un EPCI à un contrat de commande publique doit répondre à un intérêt public, c'est à dire qu'elle doit constituer le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public 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 (CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC*, n° 355563, au rec. p. 433).

La Cour de justice a, pour sa part, réservé dans les motifs d'un arrêt la possibilité d'exclure un soumissionnaire public au cours d'une procédure de sélection par appel d'offres s'il s'avère que celui-ci bénéficie d'une aide d'État incompatible avec le traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale est susceptible de mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises (CJCE, 7 décembre 2000, *Arge*, aff. C-94/99) ; mais en soi, le fait pour un candidat de bénéficier d'une aide d'État compatible avec le Traité ne l'empêche pas de soumissionner à un marché public (CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-universitaria du Careggi-Firenze*, aff. C-568/13).





### 3. Les modalités de l'exercice d'activités économiques

Une fois admise dans son principe, l'intervention d'une personne publique sur un marché concurrentiel ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle elle se trouverait par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci (décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

#### 3.1. L'applicabilité de principe du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, s'applique aux personnes privées comme publiques.

En droit interne, les décisions de section du Conseil d'État *Fédération française des sociétés d'assurance* (8 novembre 1996, n° 122644, au rec. p. 441) et *Société intermarbres et Million et Marais* (3 novembre 1997, n° 169907, au rec. p. 406) ont consacré l'application de ce droit à l'ensemble de l'action administrative, notamment lorsqu'une autorité publique intervient sur un marché concurrentiel.

L'article L. 410-1 du code de commerce, qui introduit le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose que : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

Les dispositions de l'article L. 420-2 du même code s'appliquent également aux opérateurs publics : « (...) *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».

En droit de l'Union, l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) stipule que « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Les articles 101 (accords, décisions ou pratiques susceptibles d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence) et 102 (abus de position dominante) du TFUE s'appliquent aux activités des « entreprises », telles que définies par la Cour de justice de l'Union européenne, c'est-à-dire à toute entité exerçant une activité économique, consistant à « offrir des biens ou des services sur un marché donné », indépendamment de son « statut juridique et de son mode de financement », ainsi que de son but lucratif ou non, dès lors que cette activité est susceptible d'affecter de façon significative le commerce entre États membres.



Les outils classiques du droit de la concurrence s'appliquent à toutes les entités publiques, quelque soit leur statut et leur mode de financement, dès lors que celles-ci exercent une activité économique (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elner c/ Macroton*, aff. C-41/90, rec. CJCE I, p. 1979, pt 21).

L'article 106 §2 du TFUE portant sur « les règles applicables aux entreprises » prévoit toutefois que les règles de concurrence et du marché intérieur s'appliquent aux entreprises chargées de la gestion de SIEG dès lors que ces règles ne font pas obstacle à l'accomplissement de la mission d'intérêt général qui leur est impartie.

### **3.2. Les risques concurrentiels tenant à la situation particulière des personnes publiques**

La présente fiche expose les éléments essentiels en ce domaine (v. pour des développements complets sur la question, *Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs*, « partie II. La pratique de l'Autorité en matière d'analyse concurrentielle des projets de textes normatifs », mis en ligne sur le site internet de l'Autorité de la concurrence).

#### **3.2.1. Nature des risques**

La notion de « situation particulière » fait référence à la nature publique de la personnalité morale qui emporte une série de conséquences spécifiques, tenant notamment au régime de la propriété publique, à l'inapplicabilité du droit des procédures collectives, voire à l'existence d'une garantie implicite. Ces éléments ne disqualifient pas par eux-mêmes la démarche de la personne publique. Cependant, sa légalité sera subordonnée à la condition qu'elle ne s'accompagne d'aucune pratique anticoncurrentielle. L'existence d'une telle pratique s'apprécie concrètement, au regard du comportement adopté par l'opérateur public et de son incidence sur le marché.

La principale difficulté provient de l'exécution simultanée de missions de services publics confiées à un opérateur public en situation concurrentielle. Il ne doit pas exploiter de façon abusive sa position dominante, par exemple en tirant des avantages particuliers de son statut, de sa position particulière ou de ses modalités de fonctionnement ou qui découleraient des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

À cet égard, les prix prédateurs et les subventions croisées constituent des pratiques prohibées qui sont susceptibles de concerner tout particulièrement les opérateurs publics (CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. C-320/91, rec. p. I-2533 ; Aut. conc. avis n° 14-A-10, pt. 57, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international ; avis n° 14-A-11, pt. 60, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière ; avis n° 14-A-12, pt. 35, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement des entreprises)



L'interdiction des prix prédateurs constitue une infraction classique du droit commun des abus de position dominante. Elle constitue également une infraction autonome (art. L. 420- 5 du code de commerce). Les prix sont considérés comme prédateurs lorsqu'ils sont inférieurs à la moyenne des coûts variables ou, s'ils sont supérieurs à la moyenne des coûts variables mais inférieurs à la moyenne des coûts totaux, lorsqu'ils ont été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo*, aff. C-62/86). Pour tenir compte des particularités de pratiques issues des opérateurs publics exerçant à la fois une activité de service public et une activité purement concurrentielle, ce test dit de « prédation », « *tient compte non plus de la moyenne des coûts variables mais de la moyenne des coûts incrémentaux, c'est-à-dire des coûts évitables dans l'hypothèse où l'activité concurrentielle serait abandonnée* » (avis n° 14-A-12, pt. 34, préc.). Cette approche est également validée par la Cour de justice (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. C-209/10). Une telle grille d'analyse implique de pouvoir isoler les coûts liés à la réalisation de l'activité concurrentielle de ceux liés à la mission de service public (v. *infra*, *Séparation comptable* ).

Doit être également proscrite par les personnes publiques la pratique des subventions croisées, qui constitue un abus de position dominante au sens de l'article 102 du TFUE et de l'article L. 420-2 du code du commerce. Elle consiste à utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources procurées par une activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque, même sans entraîner de prix prédateurs, la subvention a pour conséquence une perturbation durable du marché (Cons. Conc., décembre n° 00-D-47, 22 novembre 2000, relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public).

### **3.2.2. Prévention de ces risques**

#### **■ Séparation comptable**

Dans l'hypothèse où la personne publique agit dans le secteur concurrentiel, l'autorité de la concurrence recommande aux personnes publiques de produire une comptabilité analytique fiable et transparente en assurant une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités commerciales sur un marché concurrentiel (v. pour une régie directe, 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).

La directive 2000/52/CE du 26 juillet 2000<sup>1</sup> modifiant la directive 80/723/CE du 25 juin 1980, transposée par l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004, généralise désormais l'obligation de séparation comptable à l'ensemble des entreprises du secteur dont les prestations de services sont susceptibles d'affecter sensiblement

---

1. La directive 2000/52/CE a été « codifiée » dans la directive 2006/11/CE de la Commission 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 (JOCE L 318, 17 novembre 2006).



les échanges au sein de l'Union européenne (art. 2). Elles doivent tenir des comptes séparés pour, d'une part, leurs activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et, d'autre part, leurs activités de service public pour lesquelles elles reçoivent une compensation. Certains organismes publics sont par ailleurs spécialement assujettis à cette exigence par des textes normatifs sectoriels (par ex. les chambres de commerce et d'industrie (CCI), en vertu de l'article L. 710-1 du code de commerce ; les établissements publics de santé, en vertu de l'article R. 6145-7 du code de la santé publique).

La transparence comptable favorise l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts, susceptibles de protéger une régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, mais aussi de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs (CE, avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants* préc., qui précise qu'« (...) un établissement public [ne doit] pas bénéfici[er], 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 (...) qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié » (confirmation récente par la décision *Société Armor SNC*, préc.).

Par exemple, la distribution par les agents du Trésor de produits d'assurance et de prévoyance est légale dès lors qu'elle ne s'exerce que « *dans les conditions du droit commun, selon des modalités financières compatibles avec les règles normales de concurrence, sans utiliser les moyens dont le Trésor dispose dans l'exercice de ses fonctions régaliennes et sans confusion entre ces différentes activités* » (CE, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance*, n° 155896).

De façon plus générale, la comptabilité analytique permet de vérifier que les tarifs pratiqués par les personnes publiques ne perturbent pas le jeu de la concurrence. Ainsi, s'il est admis que la personne publique puisse faire des profits, notamment en mettant à disposition d'opérateurs une base de données, ces droits ne doivent pas 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 offrir une prestation sur un marché (CE, 24 juillet 2006, *Société Cegedim*, n° 247769, aux T. p. 759).

#### ■ Séparation fonctionnelle

La séparation fonctionnelle peut être également préconisée pour éviter l'utilisation des moyens matériels et humains, et non pas seulement financiers, mis à la disposition de l'activité de service public au profit de l'activité concurrentielle. Ainsi, le libre jeu de la concurrence ne doit pas être faussé par le cumul d'activités économiques et de fonctions de régulation sur le même marché (Aut. conc. Avis n°14-A-10, précité, qui concerne Ubifrance qui gère à la fois une procédure de labellisation de certaines entreprises françaises et une procédure d'octroi de subvention à des opérateurs qui étaient ses concurrents sur le secteur de l'accompagnement à l'international).



La Cour de justice a également jugé contraire à l'article 106 du TFUE le fait de « confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils », car cela « revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents » (CJCE, 13 décembre 1991, RTT / GB-Inno-BM SA, aff. C-18/88).





FICHE 11

## Gestion en régie directe

### 1. La notion de gestion en régie directe

#### 1.1. Définition générale

La régie directe est un mode de gestion d'un service public qui consiste en la prise en charge directe du fonctionnement de ce service par la personne publique qui l'a créé, avec ses propres moyens et ses propres agents. Elle s'oppose ainsi à la gestion déléguée du service public.

La régie directe ne doit pas être confondue avec d'autres notions, en particulier avec la *régie intéressée*, qui correspond à une forme de délégation de service public (DSP), sous réserve que le critère financier du risque d'exploitation soit rempli (CE, 19 novembre 2010, *M. Dingreville et autres*, n° 320169, aux T. p. 699), et qui est soumise aux dispositions de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, ou des articles L. 1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT ; v. fiche « *délégations de service public* »). Elle doit être également distinguée de la notion de régies de recettes et des régies d'avances : celles-ci permettent à des agents placés sous l'autorité de l'ordonnateur et la responsabilité du comptable, d'exécuter de manière limitative et contrôlée, un certain nombre d'opérations.

#### 1.2. La gestion d'un service public en régie directe peut revêtir plusieurs formes

Le Conseil d'État a précisé, dans une décision *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007 (n° 284736, au rec. p. 155), que la gestion directe d'un service pouvait revêtir **plusieurs formes** :

- la gestion en régie simple, qui concerne tant l'État que les collectivités territoriales (les services de la collectivité publique prennent directement en charge le service) ;
- la gestion dans le cadre d'une régie à laquelle une collectivité territoriale accorde une autonomie financière, voire une personnalité propre (dans ce dernier cas, la régie correspond en réalité à un établissement public local) ;

- les collectivités publiques doivent également être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire. Un tel organisme peut par exemple être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public.

Dans les deux derniers cas (sous réserve, s'agissant du second cas, que la régie dispose de la personnalité morale), les règles de concurrence qui fondent les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables aux délégations de service public (ci-après DSP) et aux marchés publics n'ont pas vocation à s'appliquer dans les relations entre la personne publique et l'organisme créé pour gérer le service sous réserve que certaines conditions soient remplies (v. décision *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. ; également, CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° 300481, au rec. p. 76, relative à un organisme créé par plusieurs collectivités). Ces conditions liées notamment au contrôle exercé par la personne publique sur l'organisme en cause et au caractère dédié à celle-ci de son activité, ont été posées par la CJUE, dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 (aff. C-107/98, rec. I-8121) ayant donné lieu à la théorie des prestations intégrées ou prestations « in house ».

### 1.3. Intérêts et inconvénients d'une gestion en régie directe

La gestion d'un service public en régie directe évite la création de structures supplémentaires et permet à la personne publique de maîtriser elle-même la politique de service public qu'elle entend mener. Ce mode de gestion est particulièrement adapté à la gestion d'un service public administratif (SPA), mais il peut s'appliquer également aux services publics industriels et commerciaux (SPIC) créés par les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale.

La gestion en régie directe implique toutefois que la personne publique dispose de personnels compétents pour exercer l'activité et soit à même de réaliser les investissements nécessaires. En cas de déficit des SPIC gérés en régie directe, le budget général de la collectivité ne pourra les couvrir.

Il appartient à la collectivité publique de s'interroger (ou de se réinterroger, le cas échéant, avant l'échéance d'une DSP, par exemple) sur ces avantages et inconvénients chaque fois que se pose la question du choix du mode de gestion entre la voie interne ou externalisée (v. *infra* point 6.3.).





## 2. Les hypothèses de gestion d'un service public en régie directe

### 2.1. Certains services publics doivent être gérés sous la forme d'une régie directe

Le droit de l'Union respecte la liberté de choix des personnes publiques entre une gestion directe du service et une délégation de cette gestion par le biais d'une concession de service (« délégation de service public » en droit français). La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession a confirmé cette liberté de choix (art. 2).

En droit interne, il appartient en principe à l'autorité gestionnaire d'apprécier comment la gestion du service public dont elle a la charge doit être assurée (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° 181611, au rec. p. 491). Le juge administratif ne contrôle pas le choix effectué par la personne publique (CE, 18 mars 1988, *Loupias*, n° 57893, aux T. p. 975).

Toutefois, la gestion en régie directe s'impose pour de nombreux SPA. Ainsi, les collectivités territoriales doivent, par exemple, assurer en régie directe les missions qu'elles accomplissent au nom et pour le compte de l'État (état civil, service des élections). Il en va de même en ce qui concerne l'instruction et la délivrance des autorisations de construire. Les missions de police administrative doivent être gérées directement, sauf lorsque la loi ou un texte réglementaire autorise une délégation (CE Ass., 17 juin 1932, *ville de Castelnaudary*, n° 12045, au rec. p. 595, à propos de la police rurale ; CE, 1<sup>er</sup> avril 1994, *commune de Menton et autres*, n° 144152, au rec. p. 175, à propos de la police du stationnement). En matière de cantines scolaires, la confection et la préparation des repas peuvent être déléguées mais non la surveillance des élèves (CE, avis, 7 octobre 1986, n° 340609).

### 2.2. Inversement, certains services publics ne peuvent être gérés en régie directe

La gestion en régie directe simple est exclue lorsque le législateur impose aux collectivités territoriales la création d'un établissement public. C'est le cas, par exemple, en matière d'action sociale, des centres communaux ou intercommunaux d'action sociale, dont le régime juridique est fixé aux articles L. 123-4 et suivants du code de l'action sociale et des familles ou, en matière de vie scolaire, des caisses des écoles dont le régime est fixé aux articles L. 212-10 et suivants du code de l'éducation.

#### → Pour approfondir

v. sur l'intervention de la personne publique sur un marché concurrentiel :  
fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* ».



### 3. Régies simples et régies dotées de l'autonomie financière

#### 3.1. La gestion directe des services publics nationaux

Les SPA de l'État sont gérés directement par les départements ministériels, sous forme de régies simples. La gestion en régie directe, par l'État, de SPIC est devenue exceptionnelle, ces services étant le plus souvent pris en charge aujourd'hui par des établissements publics nationaux ou par des sociétés de droit privé (par exemple, le service des monnaies et médailles, qui constituait une régie directe, a ainsi été transformé en établissement public industriel et commercial en 2007). L'on peut toutefois citer la régie industrielle des établissements pénitentiaires, gérée par un service à compétence nationale, le service de l'emploi pénitentiaire, et dont les activités sont retracées dans un compte de commerce.

#### 3.2. Le recours à des régies dotées de l'autonomie financière est en principe obligatoire pour la gestion, par les collectivités territoriales, de leurs SPIC

S'agissant des SPA, les personnes publiques locales peuvent individualiser leur gestion sous la forme d'une régie autonome, conformément à l'article L. 1412-2 du CGCT. Il s'agit donc d'une simple faculté.

L'article L. 1412-1 du CGCT impose aux collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale choisissant de gérer directement des SPIC, de recourir à la régie dotée de l'autonomie financière (ou à une régie personnalisée). Cette autonomie se traduit concrètement par l'existence d'organes spécifiques (conseil d'exploitation, directeur) et par l'adoption d'un budget propre.

Une dérogation est toutefois prévue à l'article L. 2221-8 du CGCT, qui admet que s'agissant des régies municipales créées avant le 28 décembre 1926, les communes puissent conserver une gestion en régie simple.

### 4. Le régime juridique et financier des régies simples

#### 4.1. Le régime juridique des régies simples

Les services en régie simple n'ont aucune personnalité juridique propre et dépendent directement de la collectivité.

Aucune décision formalisée n'est nécessaire. Il n'est pas besoin de décision créant la régie pour constater qu'elle existe matériellement. L'absence de structure et de budget propre suffit à révéler l'existence d'une régie simple.



Les agents affectés au service sont nécessairement des agents de la collectivité territoriale gérant le service public (CE, 28 novembre 2008, *Abisse*, n° 317587, aux T. p. 755). Le Tribunal des conflits a, par l'arrêt *Berkani* du 25 mars 1996 (n° 03000), considéré que les agents non titulaires travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents de droit public, quel que soit leur emploi. En revanche, les agents affectés à un SPIC sont des agents de droit privé, sauf le directeur de l'ensemble du service et l'agent comptable, s'il a la qualité de comptable public (CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, n° 62529, au rec. p. 67 ; CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, n° 15219, au rec. p. 158 ).

## **4.2. Le régime financier des régies simples**

La régie simple ne bénéficie, en matière budgétaire, d'aucune autonomie par rapport à la personne publique locale dont elle émane.

Toutefois, pour les SPIC gérés en régie simple par les collectivités territoriales, s'impose le principe de l'équilibre budgétaire (CE, 4 juin 1975, *Bocholier*, n° 91057, au rec. p. 332). Cette obligation est reprise par l'actuel article L. 2224-1 du CGCT. L'article L. 2224-2 précise en outre qu'il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des SPIC exploités en régie. Ces services doivent donc être dotés d'une comptabilité distincte, sous la forme d'un budget annexe, où les dépenses et les recettes doivent s'équilibrer sans faire appel au budget général.

Des aménagements sont prévus, dans certains cas, notamment par l'article L. 2221-11 du CGCT, qui dispose que l'établissement d'un budget annexe est facultatif pour les communes de moins de 500 habitants, dès lors qu'elles produisent, en annexe au budget et au compte administratif, un état sommaire présentant, article après article, les montants de recettes et de dépenses affectées au service.

# **5. Le régime juridique et financier des régies dotées de l'autonomie financière**

## **5.1. Le régime juridique des régies dotées de l'autonomie financière**

Les régies dotées de la seule autonomie financière ne bénéficient pas de la personnalité morale. Elles sont créées par l'organe délibérant de la personne publique locale, qui fixe ses statuts et le montant de leur dotation initiale (art. R. 2221-1 du CGCT). Cette dotation initiale représente la contrepartie des créances ainsi que des apports en nature ou en espèce effectués par la collectivité locale de rattachement, déduction faite des dettes ayant grevé leur acquisition. La dotation s'accroît ensuite des apports ultérieurs, des dons et des subventions et des réserves (R. 2221-13 du CGCT).



Les régies dotées de l'autonomie financière sont administrées, sous l'autorité de l'organe délibérant et de l'organe exécutif de la collectivité, par un conseil d'exploitation et un directeur.

Les membres du conseil d'exploitation sont désignés sur proposition de l'exécutif de la personne publique locale compétente, et relevés de leurs fonctions par l'organe délibérant de celle-ci (art. R. 2221-3 et R. 2221-5 du CGCT). Un même conseil d'exploitation peut être chargé de l'administration d'une ou de plusieurs régies autonomes (art. R. 2221-3 précité). Les statuts de la régie, qui sont définis par l'organe délibérant de la personne publique locale concernée, fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement du conseil d'exploitation ainsi que les modalités de quorum (art. R. 2221-4 du CGCT). Le conseil d'exploitation élit son président en son sein.

Le conseil d'exploitation reste subordonné au conseil municipal. Il administre la régie sous le contrôle de l'organe délibérant et de l'exécutif de la collectivité. Il délibère sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'organe délibérant ne s'est pas réservé le pouvoir de décision ou pour lesquelles ce pouvoir n'est pas attribué à une autre autorité. L'organe délibérant vote le budget de la régie, fixe le taux des redevances dues par les usagers de la régie... Il détient également une compétence consultative et peut faire au maire toute proposition utile. Il est tenu au courant de la marche du service.

Dans les communes ou groupements de commune de moins de 3500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal.

Le directeur de la régie est nommé par le maire. Il peut bénéficier d'une délégation de signature de la part du maire. Il est chargé du fonctionnement des services de la régie, de préparer le budget et de procéder aux ventes et aux achats courants.

De même que pour la création, il est mis fin à la régie par une délibération du conseil municipal (art. R. 2221- 16 et 17 du CGCT).

## **5.2. Le régime financier des régies dotées de l'autonomie financière**

Ces régies sont, comme les régies simples, soumises à l'obligation d'équilibre du budget propre retraçant leurs comptes.

Le régime budgétaire des régies dotées de la seule autonomie financière est déterminé par l'article L. 2221-11 du CGCT : les produits et les charges font l'objet d'un budget spécial annexé au budget de la commune. Ce budget est préparé par le directeur, soumis pour avis au conseil d'exploitation, puis voté par le conseil municipal. Le budget comporte deux sections, l'une pour les opérations d'exploitation, l'autre pour les opérations d'investissement. Il est exécutoire et peut être modifié dans les mêmes conditions que le budget de la commune.

L'ordonnateur de la régie est l'exécutif de la personne publique locale. Le comptable est en principe le comptable de celle-ci.

Les régies chargées de la gestion d'un SPIC doivent tenir leur comptabilité conformément à l'instruction dite M 49.



## 6. La réversibilité de la gestion en régie directe

### 6.1. Le passage de la gestion directe à une autre forme de gestion du service public

Indépendamment de l'hypothèse dans laquelle la personne publique décide de ne plus exploiter un service public, la fin de l'exploitation d'un service public en régie directe peut correspondre au passage à un autre mode de gestion du service public. Les régies peuvent être transformées en institutions dotées de la personnalité morale (établissement public, société d'économie mixte, société publique locale...). Ainsi, une commune peut légalement transformer sa régie municipale en société d'économie mixte (CE 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, n° 77659). La personne publique peut aussi choisir d'externaliser la gestion du service public, sous la forme d'une DSP.

### 6.2. La « reprise en gestion directe » de la gestion d'un service public

Cette reprise en gestion directe peut s'effectuer à l'expiration d'un contrat de DSP, ou en cas de résiliation anticipée de contrat (laquelle implique, en général, une indemnisation du délégataire).

La reprise en gestion directe implique de se prononcer sur le sort des biens qui étaient affectés au service concerné et qui étaient utilisés par le délégataire. L'on distingue :

- **les biens propres** : ce sont les biens qui appartiennent au cocontractant dès l'origine ; ils demeurent sa propriété à l'issue du contrat ;
- **les biens de reprise** : ce sont les biens utiles au service mais qui ne sont pas indispensables à son fonctionnement ; ils sont la propriété du cocontractant pendant la durée du contrat et ne reviennent à la personne publique que sur décision en ce sens de celle-ci et moyennant une indemnité.
- **les biens de retour** : il s'agit des biens immeubles indispensables au fonctionnement du service public, destinés à revenir à la personne publique à l'expiration du contrat ; ces derniers appartenant à la personne publique dès l'origine, ils reviennent en principe gratuitement dans son patrimoine, sous réserve qu'ils aient été amortis durant l'exécution du contrat (v. CE Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai c/ société Saint-Quentinoise d'Eclairage*, n° 342788, au rec. p. 477).

Le sort des agents doit également être réglé. Le principe de la continuité des contrats posé par l'article L. 1224-1 du code du travail s'applique.

Lorsque le service public en cause a la nature d'un SPIC, les contrats de travail des anciens salariés du délégataire se poursuivent (Cass. soc., 8 novembre 1978, *La piscine de la dame blanche*, n° 77-40896).



S'agissant de la reprise en régie directe d'un SPA, le Conseil d'État avait jugé que la personne publique pouvait soit maintenir le contrat initial de droit privé, soit proposer un contrat de droit public (CE, sect., 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154, au rec. p. 382). L'article L. 1224-3 du code du travail prévoit désormais que lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un SPA, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat.

### 6.3. Le choix du mode de gestion

Si le choix du mode de gestion est laissé à la libre appréciation des collectivités publiques, qui disposent ainsi d'une très grande latitude, il est recommandé, en vue d'éclairer ce choix par des éléments objectifs, de procéder à une analyse multicritères des avantages et des inconvénients d'une gestion directe et d'une gestion déléguée de chaque service. Une telle évaluation comparative doit être menée préalablement au choix de rester en gestion interne, de déléguer ou de reprendre le service (v. not., *Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?*, sous la direction de Christian Babusiaux – 2005, rapport du groupe de travail mis en place par l'Institut de la gestion déléguée sur le thème « l'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics », en ligne sur <http://www.fondation-igd.org/index.php/archive-des-publications.html>).

En l'état actuel du droit français, il n'existe aucune obligation juridique imposant aux collectivités publiques, la confrontation (ou *Benchmarking*) des différents modes de gestion alternatifs de ses activités, en amont pour le choix du mode de gestion délégué. Seule l'ordonnance n° 2004-559 du 7 juin 2004 sur les contrats de partenariat (art. 2) retient une obligation d'évaluation préalable du recours à cette solution et des avantages qu'elle présente par rapport aux autres. La Commission européenne milite pour la mise en place d'une procédure d'évaluation comparative des modes de gestion des services d'intérêt économique général lors de leur création ou de leur mutation (cf. *Livre blanc sur les services d'intérêt général*).

S'agissant uniquement des DSP, la loi du 29 janvier 1993 dite Sapin, prévoit en son article 42 que : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* » (aujourd'hui codifié à l'article L. 1411-4 du CGCT).



En outre, le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'encontre de la délibération d'une collectivité territoriale se prononçant sur le principe d'une délégation de service public local (CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement et autres*, n° 318342, aux T. pp. 603, 848, 886, 892). A l'appui d'un tel recours, peuvent être utilement invoqués des moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un délégataire pour la gestion du service. En revanche, des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement ne peuvent être utilement invoqués (CE, 4 juillet 2012, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement (Fare Sud) et autres*, n° 350752, aux T. p. 599). En outre, aux termes de la jurisprudence, « *le rapport présenté au conseil municipal en application de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales porte sur les « caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire », et non, (...) sur les choix de gestion s'offrant à la commune* » (CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, n° 338287).

Ainsi, si une phase d'évaluation systématique des modes alternatifs de gestion n'a pas été rendue obligatoire, il convient d'y procéder en identifiant en particulier les points suivants (la liste n'étant pas exhaustive) :

- les caractéristiques (intervention sur un secteur concurrentiel ou pas) et l'objectif poursuivi par le service public concerné (développement économique ou satisfaction d'autres objectifs : environnement, éducation ...) ;
- une analyse financière des modes de gestion potentiels (coûts pour la collectivité et l'utilisateur ; risques supportés par l'investisseur privé...) ;
- le degré de contrôle que souhaite conserver la personne publique sur le service concerné (par ex., la souplesse dans la fixation du tarif de la redevance perçue sur l'utilisateur qui est beaucoup plus grande dans le cadre d'une gestion directe que dans celui d'une gestion déléguée).

Une telle analyse ne doit pas se résumer à une approche théorique des avantages et inconvénients de chaque solution, mais doit conduire à mettre en exergue pour chaque espèce, *in concreto*, la spécificité des solutions pour permettre un choix éclairé de la personne publique. En effet, aucun mode de gestion ne peut être intrinsèquement considéré comme étant supérieur à un autre. Le choix se portera ainsi sur des éléments saillants eu égard au contexte local propre à chaque service. Les éléments à prendre en compte pour la reprise d'un service délégué porteront notamment, sur la qualité offerte par le délégataire qui est ou non satisfaisante, le souhait d'utiliser un service public dans le cadre d'une politique globale nécessitant une maîtrise des choix politiques (solidarité territoriale, politique de développement touristique...), le souci de répondre rapidement aux attentes des usagers, des tarifs pratiqués inférieurs à ceux pouvant être pratiqués dans le cadre d'une gestion directe...







**FICHE 12**

## **Marchés publics**

### 1. La notion de marché public

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup> du code des marchés publics (ci-après CMP), les marchés publics se définissent comme des contrats conclus à titre onéreux, entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et un ou plusieurs opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures et de services. Aux termes de l'article 2 de ce même code, les pouvoirs adjudicateurs, soumis aux règles édictées par ce code, sont d'une part, l'État et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial et, d'autre part, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

En droit de l'Union, la notion de marché public est plus large que la définition donnée par le CMP (v. art. 2.6. de la directive « générale » du Parlement européen et du Conseil 2014/24/UE du 26 février 2014 : *JOUE*, 28 mars 2014, qui abroge la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, encore applicable jusqu'au 18 avril 2016) et les personnes soumises aux directives sur les marchés publics sont plus nombreuses puisque, outre l'État et les collectivités territoriales, sont concernés les « organismes de droit public » (art. 2.1. de la directive 2014/24/UE). Ainsi, relève également de la catégorie des « marchés publics » au sens de la directive précitée, les marchés passés en vertu de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au CMP, laquelle définit plus largement les pouvoirs adjudicateurs que le code précité (art. 3 de l'ordonnance). La présente fiche ne traite toutefois que des marchés publics au sens du code des marchés publics.

Un marché public présente les principales caractéristiques suivantes :

- il a toujours la nature d'un contrat administratif s'il est passé en application du code des marchés publics ;
- il est conclu avec un opérateur économique public ou privé c'est-à-dire une entité qui exerce une activité économique, quels que soient son statut et son mode de financement ;
- il a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures, ou de services ;
- il est conclu à titre onéreux ; le prix est un critère essentiel de la notion de marché public.



Les marchés publics au sens du CMP se distinguent d'autres contrats comme :

- **les délégations de service public (DSP)**, qui sont les contrats conclus par une personne morale de droit public qui confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service ; ainsi, contrairement aux marchés publics, la rémunération du délégataire ne réside pas dans le simple versement d'un prix ;
- **les conventions, qui accompagnent certaines décisions d'octroi de subventions**, et qui ne mettent pas directement à la charge du cocontractant la réalisation d'une prestation en contrepartie du versement d'une somme d'argent ; la subvention est en effet destinée à soutenir financièrement une action engagée, définie et mise en œuvre par un tiers, éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative ;
- **les contrats de partenariat**, qui comportent une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ; le contrat de partenariat ne peut être mis en œuvre que dans le cadre d'une opération complexe ou urgente ou lorsqu'il est démontré que le recours à ce montage est plus avantageux que d'autres types de contrats de la commande publique ; il prévoit, pendant toute sa durée, une rémunération du cocontractant qui n'est pas liée à l'exploitation de l'ouvrage.

**Avertissement : A compter de l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (au plus tard au 1<sup>er</sup> avril 2016) :**

- seront rassemblées au sein d'un corpus juridique unique, les règles communes applicables aux contrats qui sont des « marchés publics » au sens des directives européennes ; cette unification au sein d'un seul texte mettra ainsi fin à la dichotomie entre les acheteurs soumis au CMP et ceux soumis à l'ordonnance de 2005 préc. ;
- le contrat de partenariat deviendra le « marché de partenariat », qui sera précédé d'une évaluation préalable comportant une étude de soutenabilité budgétaire ; l'urgence ne constituera plus l'une des conditions à son recours ni la complexité du projet, cette dernière sera toutefois intégrée dans les éléments de définition du bilan favorable devant conduire à la décision de recourir à ce type de contrat ; le recours au marché de partenariat sera également subordonné à des exigences de seuils devant être fixés par voie réglementaire ; lorsque le marché de partenariat emportera occupation du domaine public, il vaudra autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée et le titulaire a des droits réels sur les ouvrages et équipements qu'il réalise.

Il existe deux formes de procédures qui dépendent du montant total du marché.

Les procédures formalisées s'imposent aux marchés d'un montant égal ou supérieur aux seuils européens. Les personnes publiques passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes (v. *infra* point 4.4.) :

- appels d'offres ouvert ou restreint prévus à l'article 33 du CMP ;
- procédures négociées, dans les cas prévus par l'article 35 ;
- dialogue compétitif, dans les cas prévus par l'article 36 ;
- concours, défini par l'article 38 ;
- système d'acquisition dynamique, défini par l'article 78.

Le montant des seuils des procédures formalisées est modifié tous les deux ans par décret suite à la révision des seuils faite par la Commission européenne. Les nouveaux seuils pour les procédures formalisées applicables au 1<sup>er</sup> janvier 2014 sont les suivants :

- 134 000 euros hors taxes (HT) pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics ;
- 207 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- 414 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 186 000 euros HT pour les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Au dessous de ces seuils, la personne publique est libre d'organiser sa procédure dans le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures (art. 1<sup>er</sup> du CMP). Les marchés peuvent être passés en procédure adaptée en raison de leur montant (art. 26 et 27-III du CMP) ou de leur objet (art. 30 du CMP). Les marchés dont le montant estimé est inférieur à 15 000 euros HT peuvent en outre être passés sans publicité ni mise en concurrence préalables (art. 28).

Ainsi, peuvent être passés en procédure adaptée, les marchés dont les montants sont inférieurs aux seuils rappelés ci-dessus.

Par ailleurs, alors même que le montant total du marché atteint le seuil de procédure formalisée, il est possible de recourir à la procédure adaptée pour les « petits lots », c'est-à-dire ceux dont le montant est inférieur à 80 000 euros HT dans le cadre des marchés de fournitures et services et à 1 000 000 euros HT pour les marchés de travaux (art. 27, III).

Les personnes publiques ne sauraient également fractionner le montant de leurs marchés afin d'alléger leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Est reconnue comme irrégulière la pratique du « saucissonnage » du marché qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant pour rester en-deçà des seuils de procédures formalisées.



L'article 30 du CMP précise enfin que les marchés et les accords-cadres ayant pour objet des prestations de services qui ne sont pas mentionnées à l'article 29 peuvent être passés, quel que soit leur montant, selon une procédure adaptée, dans les conditions prévues par l'article 28 (v. également liste des services figurant dans l'annexe II B de la directive 2014/24/UE).

## 2. Usage économique des marchés publics

L'administration peut ne pas avoir à recourir à un prestataire pour la satisfaction de ses propres besoins (CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, n° 317827, au rec. p. 505, confirmant la jurisprudence *Unipain* (CE, 29 avril 1970, n° 77935, au rec. p. 280) : « (...) *ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de [leurs] besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature* ».

Cependant, l'administration n'étant pas en mesure de satisfaire elle-même l'ensemble de ses besoins, la conclusion de marchés publics s'avère fréquemment nécessaire. Le fait même de solliciter des opérateurs économiques pour des fournitures ou prestations engendre une activité économique. Les marchés publics peuvent également être utilisés, comme les délégations de service public, pour externaliser une activité que la personne publique ne souhaite pas assurer elle-même. Par ailleurs, la commande publique peut être mobilisée pour orienter les acteurs ou favoriser certains types d'opérateurs économiques.

### 2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l'externalisation d'activités économiques

Le marché public a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures ou de services. De la définition des besoins dépend l'objet du marché (travaux, fournitures ou services) et le choix de la procédure.

L'article 1<sup>er</sup> du CMP permet de recourir à différents types de marchés :

- les marchés publics de travaux ont pour objet « *soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage* » ;
- les marchés publics de fournitures sont les marchés conclus avec des fournisseurs et qui ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits ou matériels ;
- les marchés publics de services sont les marchés conclus avec des prestataires de services et qui ont pour objet la réalisation de prestations de services.



Il convient de rappeler que lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées. Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des services et des travaux, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Un marché public ayant pour objet l'acquisition de fournitures et, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation de celles-ci, est considéré comme un marché de fournitures.

Les marchés de service peuvent aussi consister à confier au cocontractant la gestion d'un service public (ils se distinguent alors des DSP par les modalités de rémunération du cocontractant).

## **2.2. L'utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique**

Cette utilisation stratégique de la commande publique est assumée tant en droit interne qu'au niveau européen.

Les nouvelles directives européennes (la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics, dite « secteurs classiques » et la directive 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, dite «secteurs spéciaux») font des marchés publics des instruments pour parvenir à une « croissance intelligente, durable et inclusive » (v. communication de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive ») tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. Les objectifs recherchés peuvent être, notamment, les suivants :

- rendre efficace la dépense publique (directive 2014/24/UE, 26 février 2014, cons. 2),
- faciliter l'accès des PME aux marchés publics (idem),
- réaliser des objectifs sociétaux communs (idem),
- contribuer à la protection de l'environnement et au développement durable (directive 2014/24/UE, 26 février 2014, art. 18.2 et cons. 37),
- promouvoir l'emploi et le travail en vue de l'insertion des individus dans la société (directive 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. 36),
- promouvoir la recherche et l'innovation, principaux moteurs de la croissance (directive 2014/24/UE, 26 févr. 2014, cons. 47 et 49).

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).



### 3. Les leviers d'action économique en amont des procédures de passation

Le choix de la procédure de passation du marché dépend du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. En conséquence, la personne publique doit évaluer et exprimer précisément ses besoins (art. 5 du CMP) tout en procédant à une analyse du marché économique. Elle peut alors recenser la capacité de réponses des entreprises, le niveau de concurrence et envisager le mode de dévolution du marché (marché unique, allotissement, « petits lots », marchés globaux).

#### 3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins

Avant de définir leur besoin, les personnes publiques peuvent (v. pour plus de précisions sur ces points, <http://www.economie.gouv.fr/daj/acheteurs-publics-10-conseils-pour-reussir>) :

- organiser des échanges avec les opérateurs économiques dans l'objectif d'apprécier leur capacité à répondre aux objectifs économiques (sans toutefois rédiger le cahier des charges en fonction des propositions émises par les opérateurs contactés) ;
- connaître le marché économique afin de cerner l'offre et la capacité professionnelle, technique ou financière des opérateurs économiques ;
- valoriser les attraits de la commande publique auprès des entreprises et leur faire connaître les démarches de simplification en la matière.

**Exemples** : communiquer sur les besoins et sur les domaines d'achat au moyen du site internet des personnes publiques ; informer de la planification des achats à venir ; valoriser les stratégies et les solutions innovantes dans la démarche d'achat en structurant l'information.

#### 3.2. La définition précise des besoins

L'évaluation et la définition précises des besoins du pouvoir adjudicateur dans les documents de la consultation constituent une exigence juridique et une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. Elles permettent également pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques. Elles décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Pour éviter toute discrimination, elles doivent être formulées de manière à assurer l'égalité des candidats.

Le pouvoir adjudicateur peut ainsi se référer à des normes ou d'autres documents préétablis en veillant à accepter tout document équivalent, ou exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles.



### 3.3. L'utilisation des prestations supplémentaires et des variantes

Les personnes publiques peuvent demander aux candidats de proposer des prestations supplémentaires qu'elles pourront retenir ou non au moment de l'attribution (au-dessus des seuils prévus par les textes, les variantes sont toutefois en principes exclues. Il faut donc que la personne publique les autorise expressément).

Elles peuvent aussi autoriser les variantes qui sont des « *modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de consultations* » (CE, 5 janvier 2011, *Société technologiques alpine sécurité*, n°s 343206 et 343214, aux T. p. 1007). Les variantes permettent de favoriser l'accès des nouvelles entreprises, des petites entreprises ou d'entreprises innovantes. Ces dernières peuvent proposer des solutions alternatives pour répondre au besoin de la personne publique.

Les variantes introduisent de la souplesse en ce qu'elles permettent de ne pas figer les modalités de réalisation de certains projets, notamment complexes, dès le stade de la consultation.

**Exemple :** Les variantes peuvent permettre à certains opérateurs de présenter des solutions innovantes ou intégrant des considérations environnementales. Il s'agit d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur et elle peut permettre au candidat de remettre une offre moins chère, une offre innovante ou techniquement supérieure.

**Pour leur « bon usage »,** v. les guides et le plan cités *infra* point 4.4., à la fin de la présente fiche.

## 4. Les leviers d'action économique au stade des procédures de consultation et de passation

### 4.1. Identifier les freins à l'accès aux marchés publics

Les personnes publiques doivent identifier les freins à la participation aux procédures de consultation (critères de sélection trop complexes ; formalisme contraignant ; manque de temps pour répondre aux appels d'offres, complexité des dossiers...). Il s'agit de trouver les pistes pour faire jouer au mieux la concurrence.

Si le pouvoir adjudicateur ne peut pas aider les candidats à rédiger leurs offres, il peut cependant, en vertu de l'alinéa 2 du III de l'article 57 du CMP, apporter des précisions aux demandes de renseignements des candidats dans le cadre de la procédure de passation.



**A noter** : pour des conseils en la matière, il convient de se référer aux notices d'informations à disposition des acheteurs publics et des entreprises en appui des formulaires d'aide à la passation et à l'exécution des marchés publics, publiés par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), ainsi que les informations publiées par la direction de l'information légale et administrative (DILA).

## 4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur

Les personnes publiques disposent de plusieurs leviers afin de favoriser l'accès des entreprises à la commande publique. La forme du marché doit être déterminée en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur, mais elle peut s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'allotissement** : L'article 10 du CMP « *érige l'allotissement en principe pour susciter la plus large concurrence entre les entreprises et leur permettre, quelle que soit leur taille, d'accéder à la commande publique. Tous les marchés doivent être passés en lots séparés, lorsque leur objet permet l'identification de prestations distinctes* » (v. *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, édité le 26 septembre 2014 et mis à jour le 13 avril 2015 par la DAJ). L'allotissement est approprié lorsque l'importance des travaux, fournitures ou services à réaliser risque de dépasser les capacités techniques ou financières d'une seule entreprise. Il est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises (PME).
- **Le marché global** : L'article 10 précité autorise le pouvoir adjudicateur à recourir à un marché global lorsque l'allotissement est rendu difficile au regard de considérations techniques, économiques ou financières. L'allotissement n'est pas obligatoire pour les marchés globaux que sont : les marchés de conception-réalisation prévue à l'article 37 du CMP et les contrats globaux sur performance prévu à l'article 73 du CMP qui englobent les marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance (dits REM) et les marchés de conception, de réalisation et d'exploitation ou maintenance (dits CREM) [v. pour des détails sur ces types de marchés, fiche « *contrats dédiés aux opérations de construction* »]. Il en est de même pour les marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs soumis à l'ordonnance du 6 juin 2005.
- **Les marchés spécifiques**. L'acheteur public peut également avoir recours à des formes de marchés spécifiques que sont les marchés à bon de commande (art. 77 du CMP) et les marchés à tranches conditionnelles (art. 72 du CMP). L'accord cadre est en outre un dispositif qui permet à la personne publique de sélectionner plusieurs entreprises qui seront remises en concurrence lors de la survenance du besoin (art. 76 du CMP). Les accords cadres et les marchés à bon de commande permettent d'effectuer des achats à caractère répétitif et sont à privilégier en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire. Les marchés à tranches conditionnelles, dont l'étendue et le besoin à satisfaire sont connus dès la passation du marché, sont à privilégier lorsque l'incertitude ne porte non pas sur le besoin à satisfaire, mais sur sa mise en œuvre.



- **Les marchés réservés** (art. 15 du CMP). Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales.
- **L'insertion de clauses sociales et environnementales.** Les préoccupations sociales et environnementales sont prise en compte par le CMP et l'ordonnance du 6 juin 2005 (art. 14, 15, 30, 53). L'article 14 permet aux acheteurs publics d'imposer aux opérateurs économiques des conditions d'exécution qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social. Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Ces clauses d'exécution permettent à la personne publique de fixer des objectifs d'insertion sociale ou de protection de l'environnement qui seront réalisés par les marchés publics. Elles s'imposent à tous les candidats.
- **Les partenariats d'innovation.** Introduit dans le CMP par le décret n° 2014-1097 du 26 septembre 2014 (art. 70-1 du CMP), le partenariat a pour objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat. L'objectif est de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante ainsi que d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. Sont innovants au sens de l'article 70-1 du CMP, les fournitures, services ou travaux nouveaux ou sensiblement améliorés qui répondent à un besoin qui ne peut être satisfait par des fournitures, services ou travaux déjà disponibles sur le marché. La personne publique peut passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

### 4.3. Le choix des critères d'attribution

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de valoriser d'autres éléments de l'offre que le seul prix. L'acheteur peut choisir parmi la liste de critères d'attribution ceux qu'il entend privilégier pour favoriser la concurrence. Toutefois, il convient de préciser que ces critères ne doivent pas être discriminatoires et doivent rester en rapport avec l'objet du marché.

Les critères sont définis à l'article 53 du CMP. Pour attribuer le marché, la personne publique se fonde alternativement sur les éléments suivants :

- 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, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière de développement des approvisionnements



directs de produits de l'agriculture, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, les coûts tout au long du cycle de vie, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution, la sécurité d'approvisionnement, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles ; d'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;

- soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix.

Pour les marchés passés selon une procédure formalisée autre que le concours, et lorsque plusieurs critères sont prévus, leur pondération est le principe.

La personne publique peut retenir d'autres critères de sélection des offres que ceux énumérés à l'article 53 mais ils doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Il est préférable de retenir plusieurs critères pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

**Exemple :** Les personnes publiques peuvent choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social tout en permettant d'évaluer le niveau de performance de chaque offre. Par exemple, lorsqu'il est prévu que le marché soit exécuté par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, la personne publique peut apprécier les offres au regard du critère de l'insertion professionnelle des publics en difficulté. Ce critère doit être objectif et non discriminatoire.

#### 4.4. Les différentes procédures de marchés publics.

La personne publique choisit, en fonction des besoins qui lui sont propres et de l'objet du marché, la procédure d'achat adéquate. Certaines procédures peuvent s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'appel d'offres ouvert** (art. 33 du CMP) est la procédure de passation des marchés publics à laquelle ont fréquemment recours les acheteurs publics et au terme de laquelle la personne publique se prononce en faveur de l'offre économique la plus avantageuse. Ceci se fait sans aucune négociation et sur des critères précis, objectifs, actés et connus du candidat. Elle est ainsi appelée parce que toute entreprise peut remettre une offre. Elle est organisée par les articles 57, 58 et 59 du CMP. L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. Sa procédure se déroule selon les dispositions des articles 60 à 64 du CMP. Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre (art. 33).
- **Le dialogue compétitif** (art. 36 du CMP), dont la procédure est régie par l'article 67, offre des possibilités importantes pour faciliter les candidatures des entreprises innovantes. Réservé aux marchés complexes, cette procédure



présente l'avantage de permettre de définir avec les candidats la meilleure réponse aux besoins.

- **Le concours** (art. 38 du CMP) est une procédure par laquelle une personne publique choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, « *un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* ». Cette procédure est un levier d'action pour stimuler les solutions innovantes ou favoriser les PME et les très petites entreprises (TPE).
- **Les procédures négociées** (organisées aux art. 65 et 66 du CMP) peuvent être utilisées pour négocier librement le contenu d'une prestation et l'adaptation du prix aux prestations retenues. Le recours à la négociation peut être envisagé chaque fois que le CMP l'autorise pour faciliter l'achat de solutions innovantes.
- **Le système d'acquisition dynamique** (dit « SAD » - art. 78 du CMP) est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures courantes, par lequel le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.

#### → **Pour approfondir**

- le *Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics*, en ligne, édité par la DAJ, préc. ;
- le *Vade-mecum des marchés publics* (2015), en ligne, édité par la DAJ ;
- le *Plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020* (PNAAPD) qui a pour vocation d'organiser les actions nationales en faveur de l'achat public durable et de fédérer les différents acteurs en charge de l'achat public au sein de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics hospitaliers ;
- le *Guide pratique de l'achat public innovant* du 30 janvier 2014, DAJ.





FICHE 13

## Délégations de service public

### 1. La notion de délégation de service public

#### 1.1. La notion de délégation de service public en droit interne

Selon l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite loi Sapin, et l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT) : « *une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

Une délégation de service public (ci-après DSP) se caractérise ainsi, en principe, par **trois critères** :

*L'existence d'un lien contractuel entre la personne publique délégante et son délégataire* ; les dispositions de la loi Sapin ne s'appliquent pas aux dévolutions unilatérales de gestion d'un service public (CE, 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832, aux T. pp. 551-565-578). De même, si les collectivités publiques doivent en principe conclure un contrat avec le délégataire lorsqu'elles décident de confier la gestion d'un service public à un tiers, elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (CE sect., 6 avril 2007, *Ville d'Aix-en-Provence*, n° 284736, au rec. p. 155).

*La prise en charge de la gestion et de l'exploitation d'un service public par le cocontractant* ; l'existence d'une délégation de service public suppose ainsi de caractériser la volonté d'une personne publique d'ériger des activités d'intérêt général en mission de service public et d'en confier la gestion à un tiers, sous son contrôle (CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-les-Plages*, n° 342520, au rec. p. 255).



*La rémunération du cocontractant doit être substantiellement assurée par l'exploitation du service public ; le délégataire doit ainsi assumer une part significative du risque d'exploitation (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, n° 168325, au rec. p. 137 ; CE, 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*, n° 291794, aux T. pp. 805-809-882 ; CE, 5 juin 2009, *Société Avenance-Enseignement et Santé*, n° 298641, aux T. p. 826).*

De manière générale, le contrat de DSP se distingue d'un :

- **marché public** : par le mode de rémunération du cocontractant de l'administration ; lorsque le contrat confie au cocontractant la gestion d'un service public mais que la rémunération de ce cocontractant n'est pas assurée substantiellement par l'exploitation du service, il s'agit d'un marché public.
- **contrat de partenariat** : par la nature des missions et le mode de rémunération ; l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 exclut notamment la possibilité de confier au cocontractant la pleine exploitation d'un service public dans le cadre d'un contrat de partenariat.

Certains services publics ne peuvent être délégués, et doivent être assurés en régie directe [v. fiche « *gestion en régie directe* »].

## 1.2. La notion de délégation de service public en droit de l'Union

Le droit de l'Union ne connaît que deux catégories de contrats en matière de commande publique : les marchés publics, régis par la directive 2014/24/UE, et les contrats de concession, régis par la directive 2014/23/UE. Cette dernière distingue deux catégories de concession, la concession de travaux et la concession de services.

## 1.3. Les règles actuelles s'imposant aux collectivités publiques

**Point de vigilance** : les règles relatives à la passation des DSP vont être prochainement modifiées à l'occasion de la transposition de la directive 2014/23/UE. Cette directive impose en effet de nouvelles règles, tendant notamment à assurer plus de transparence dans le choix du délégataire et conduisant à ce que toutes les concessions soient attribuées selon des critères permettant de constater un « avantage économique global ».

Dans leur rédaction actuelle, la loi du 29 janvier 1993 et le CGCT prévoient que les DSP sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité (appel public à la concurrence) permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. La collectivité publique dresse la liste des candidats admis à présenter une offre après examen de leurs garanties professionnelles et financières et de leur aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public. Elle adresse à chacun des candidats un document définissant les caractéristiques quantitatives et qualitatives des prestations ainsi que, s'il y a lieu, les conditions de tarification du service rendu à l'utilisateur. Les offres ainsi présentées sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire.



Cette procédure ne s'applique pas aux conventions qui sont obligatoirement passées avec un délégataire déterminé en application du monopole fixé par la loi à une entreprise. Elle ne s'applique pas non plus lorsque le 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 (art. 41 de la loi Sapin). Une procédure simplifiée est applicable lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas certains seuils ou lorsque la durée du contrat est brève et que le montant de la délégation n'excède pas un certain seuil annuel.

Par ailleurs, les conventions de DSP doivent être limitées dans leur durée. Celle-ci est déterminée par la collectivité en fonction des prestations demandées au délégataire. Lorsque la réalisation ou le renouvellement d'installations est à la charge du délégataire, la convention de délégation tient compte, pour la détermination de sa durée, de la nature et du montant de l'investissement à réaliser et ne peut dans ce cas dépasser la durée normale d'amortissement des installations mises en œuvre. La jurisprudence a précisé que la durée normale d'amortissement que ne peut légalement dépasser la durée de la convention est - qu'elle coïncide ou non avec la durée de l'amortissement comptable - la durée normalement attendue pour que le délégataire puisse couvrir ses charges d'exploitation et d'investissement compte tenu des contraintes d'exploitation liées à la nature du service et des exigences du délégant ainsi que de la prévision des tarifs payés par les usagers (CE, 11 août 2009, *Société Maison Comba*, n° 303517, aux T. p. 833).

Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les DSP ne peuvent, en principe, avoir une durée supérieure à vingt ans. La durée d'une DSP peut, dans certaines hypothèses, être prolongée par avenant, mais ces dérogations ne permettent pas à l'autorité délégante de procéder par avenants successifs à un allongement répété de la durée de la délégation sans remise en concurrence. Le Conseil d'État a précisé que les modalités de fixation des durées des conventions ou de leurs avenants doivent « *garantir, par une remise en concurrence périodique, la liberté d'accès des opérateurs économiques aux contrats de délégation de service public et la transparence des procédures de passation* » (CE, 8 avril 2009, *Compagnie générale des eaux et commune d'Olivet*, n° 271737, au rec. p. 116).

## 2. La DSP permet d'externaliser une activité économique

La DSP peut concerner des services publics administratifs, mais c'est l'exploitation des services publics industriels et commerciaux (distribution d'eau potable, parcs de stationnement, pompes funèbres, abattoirs...) qui est, le plus souvent, déléguée.



## 2.1. La délégation peut revêtir plusieurs formes

Le premier usage économique de la DSP consiste à externaliser une activité économique d'une personne publique. Le choix de l'externalisation peut résulter de la technicité de l'activité, du manque de moyens matériels et humains à la disposition de la collectivité pour l'assurer ou de la volonté de prémunir la collectivité du risque d'exploitation qu'elle représente pour son équilibre budgétaire.

La collectivité publique conserve, néanmoins, la maîtrise du service, dans la mesure où l'entreprise est tenue de rendre compte de sa gestion sur les plans technique et financier.

Cette externalisation est plus ou moins importante en fonction du type de contrat de délégation qui est privilégié. Les critères de distinction entre ces différents types de contrats ont été posés par la jurisprudence. Ils correspondent notamment aux modalités de rémunération du délégataire et à l'obligation ou non pour celui-ci de réaliser des investissements. Le concessionnaire est rémunéré en principe par les redevances des usagers.

**La concession** est la forme la plus traditionnelle et la plus complète de DSP (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, au rec. p. 125). Elle consiste à confier au délégataire non seulement la gestion d'un service public, mais également la réalisation des investissements nécessaires. L'activité est donc entièrement externalisée.

**L'affermage** se distingue de la concession dans la mesure où les équipements nécessaires à l'exploitation du service public délégué sont fournis au « fermier » (le cocontractant) par la personne publique. Le fermier est ainsi simplement chargé de l'exploitation du service. Le contrat peut néanmoins prévoir que certains travaux de maintenance ou de rénovation sont à la charge du fermier (CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, n° 51022, au rec. p. 152). La rémunération du fermier est tirée de l'exploitation du service mais, à la différence de la concession, le fermier est tenu de verser une contribution à la personne publique en contrepartie de la fourniture de l'ouvrage. La durée des conventions d'affermage est en général plus courte que celle des concessions.

**La régie intéressée** est un mode de délégation mixte de service public par lequel le cocontractant est chargé de faire fonctionner le service public mais il est rémunéré par la collectivité, qui demeure responsable de la direction du service. Ainsi, la rémunération du cocontractant est composée d'une partie fixe versée par la collectivité (« redevance ») et d'une partie indexée sur les résultats d'exploitation. En fonction du niveau de risque assumé par le délégataire, la régie intéressée peut être qualifiée de marché public ou de DSP (v. par exemple, CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais*, n° 198147, au rec. p. 229).

**La gérance** est une forme de DSP reposant sur les mêmes principes que la régie intéressée. Toutefois, le contrat de gérance se distingue de la régie intéressée par le fait que la collectivité décide seule de la fixation des tarifs applicables aux





usagers. De plus, le risque financier est assumé par la collectivité, puisque celle-ci conserve le bénéfice ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire. Le contrat de gérance s'apparente ainsi à un marché de service (CE, 7 avril 1993, *Commune de Guilhaumand-Granges*, n° 156008, aux T. p. 878).

Une convention d'occupation du domaine public peut s'accompagner d'une dévolution de la gestion d'un service public. Il s'agit alors d'une convention mixte dont la passation obéit au régime juridique des délégations institué par la loi Sapin précitée. A titre d'exemple, le juge administratif en a ainsi jugé pour les concessions d'outillage public (CE, 20 décembre 2000, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, n° 217639) ou les sous-concessions de plage dans lesquelles le sous-concessionnaire doit veiller à la salubrité et à la sécurité de la baignade (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph*, n° 212100, au rec. p. 283).

## 2.2. La délégation du service peut n'être que temporaire

A l'expiration du contrat de délégation de service public, la collectivité peut décider de conclure un nouveau contrat, le cas échéant avec le délégataire précédent, sous réserve du respect des règles de mise en concurrence, ou de reprendre la gestion du service public en régie directe.

Il peut également être mis fin, à titre de sanction, ou pour un motif d'intérêt général, à un contrat de DSP avant le terme prévu. Dans le second cas, la collectivité délégante doit indemniser le délégataire.

### → Pour approfondir

Pour la question de la reprise en régie directe de la gestion d'un service public, v. fiche « *gestion en régie directe* ».

## 2.3. Service public non déléguable

Un service public est en principe déléguable, qu'il présente un caractère administratif ou industriel et commercial, « *sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale* » (CE, avis du 7 octobre 1986, n° 340609).

Ainsi, la gestion de certaines activités de service public ne peut être déléguée, comme les activités de « *police administrative générale inhérentes à l'exercice de la « force publique » nécessaire à la garantie des droits* » (CC, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure).



### 3. La DSP peut également être utilisée comme un instrument de politique économique

#### 3.1. Cadre général

Cette utilisation stratégique des DSP est désormais envisagée au niveau européen (directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, qui modifie sensiblement l'encadrement juridique des DSP, cf. *supra*).

Le recours aux concessions « *joue un rôle essentiel parmi les instruments de politique économique pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics* » (cf. communication de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive »).

Les modifications apportées par la directive doivent ainsi permettre :

- d'améliorer les possibilités d'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés des concessions (directive 2014/23/UE, 26 février 2014, cons. 1, 4 et 63) ;
- de favoriser le développement de l'innovation (même directive, cons. 3) ;
- d'inclure, parmi les critères d'attribution, des critères sociaux ou environnementaux (même directive, cons. 73).

La personne publique peut utiliser la délégation de service public comme levier d'action économique à plusieurs stades :

- *en amont de la passation* : identification des leviers économiques potentiels ; possibilité d'un dialogue très en amont avec les entreprises afin d'exprimer les besoins des personnes publiques grâce à différentes plateformes et d'orienter l'offre des entreprises (organisation de forums/salons dédiés, consultation des organismes représentatifs du marché, communication dédiée...) ;
- *au stade de la définition des modalités de candidature* : adaptation des modalités de candidature afin de faciliter l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de délégation ;
- *au stade de la rédaction des critères de sélection* : rédaction et hiérarchisation des critères de sélection de manière à orienter l'offre des entreprises candidates vers des objectifs préalablement définis par les personnes publiques.

#### 3.2. Faciliter l'accès de certaines entreprises, notamment les PME, aux contrats de délégation

Il revient aux personnes publiques d'identifier les catégories d'entreprises à cibler en priorité (PME, entreprises innovantes, entreprises issues de l'économie sociale et solidaire...).

En facilitant l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de délégation, la personne publique délégante doit rester vigilante quant aux risques de violation des principes d'égalité d'accès à la commande publique et de traitement équitable des candidats.

L'importance stratégique du soutien des petites et moyennes entreprises (PME) pour l'économie a notamment été affirmée à plusieurs reprises par les institutions de l'Union européenne, notamment par la communication de la Commission appelant à un « *small business act* pour l'Europe » (communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions du 25 juin 2008, *Think small first : priorité aux PME, un 'small business act' pour l'Europe*).

La catégorie des petites et moyennes entreprises regroupe les entreprises employant moins de 250 personnes et ayant un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros (art. 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008 relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique).

Plusieurs procédés sont envisageables.

### **3.2.1. Agir en amont de la procédure de passation**

Nouer un dialogue avec les catégories d'entreprises ciblées en amont du processus de sélection des candidats permet de faciliter l'accès de ces entreprises aux contrats. Il s'agit, à ce titre, de diffuser une information spécifique à destination des PME, à la fois sur les modalités de présentation des candidatures et sur les besoins des personnes publiques. L'organisation d'un dialogue permet à la fois de transmettre des informations aux entreprises et d'identifier les freins de ces entreprises à l'accès aux contrats.

### **3.2.2. Adapter aux caractéristiques des PME les garanties exigées des candidats**

La commission des délégations de service public de la collectivité délégante dresse une liste des candidats admis à présenter une offre après avoir examiné leurs garanties financières et professionnelles (art. L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales). Concernant les garanties financières, peuvent être pris en compte différents éléments comme le chiffre d'affaires (CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque île guérandaise*, n° 209319, au rec. p. 283) ou le taux d'endettement. De tels critères conduisent, souvent, à privilégier de facto les grandes entreprises, au détriment des PME. Favoriser l'accès des PME aux délégations de service public implique donc de prendre en compte d'autres critères.

### **3.2.3. Permettre la constitution de groupements d'entreprises**

Les dispositions législatives et réglementaires relatives aux délégations de service public n'interdisent pas la candidature d'un groupement d'opérateurs économiques à l'attribution d'un contrat de délégation. Or, permettre aux candidats de présenter



une offre à travers un groupement d'entreprises garantit un meilleur accès des PME aux contrats. Le cas échéant, la personne publique délégante indique aux entreprises candidates de quelle manière les groupements d'entreprises doivent remplir les garanties imposées aux opérateurs économiques candidatant à titre individuel (directive 2014/23/UE, cons. 9, qui est actuellement en cours de transposition).

### **3.3. Privilégier les offres technologiquement innovantes**

Outre l'établissement d'un dialogue avec les entreprises en amont de la procédure de sélection des candidats, qui permet aux personnes publiques d'exprimer leurs besoins et d'attirer l'attention des opérateurs sur le développement d'innovations technologiques pertinentes, deux instruments peuvent être utilisés :

#### **3.3.1. Inclure, dans les avis d'appel à candidatures, des variantes**

Ces variantes peuvent permettre à certains candidats de présenter des solutions technologiquement innovantes. L'abandon d'une variante durant la procédure ne constitue pas nécessairement une irrégularité au regard des obligations de mise en concurrence (décision *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque île guérandaise*, préc.).

Les candidats sont également autorisés à présenter des variantes spontanées, à condition qu'elles ne bouleversent pas l'économie du contrat.

#### **3.3.2. Pendre en compte l'innovation technologique dans les critères de sélection**

Après avoir établi la liste des candidats admis à déposer une offre, la collectivité délégante adresse à chacun des candidats des informations concernant les critères de sélection de l'offre (CE, 23 décembre 2009, *Établissement public musée et domaine national de Versailles*, n° 328827, au rec. p. 502). L'autorité délégante définit librement les critères de sélection des candidats. A cet effet, il est possible pour la collectivité délégante de faire figurer des éléments technologiques parmi les critères de sélection du candidat.

La fixation des caractéristiques des prestations ne doit pas avoir pour effet d'avantager un ou plusieurs candidats, notamment le délégataire sortant, sans être justifiée par les nécessités propres au service public faisant l'objet de la délégation (CE, 5 juin 2007, *Société Corsica Ferries*, n° 305280, aux T. pp. 953-1008).

La collectivité délégante n'est pas tenue d'informer les candidats des modalités de hiérarchisation ou de pondération des critères de sélection, afin de préserver sa capacité à choisir librement le délégataire par voie de négociation (CE, 21 mai 2010, *Commune de Bordeaux*, n° 334845, aux T. pp. 858-896-834).

A l'inverse, si la collectivité délégante décide de préciser les modalités de mise en œuvre des critères de sélection aux candidats, elle ne peut les modifier que dans un délai permettant aux candidats d'agir en conséquence. En aucun cas la modification ne peut avoir lieu après le dépôt des offres (CE, 30 juillet 2014, *Société Lyonnaise des eaux de France*, n° 369044).



L'article 41 de la directive 2014/23/UE, non encore transposée, prévoit que La collectivité délégante peut ainsi, à titre exceptionnel, modifier l'ordre des critères d'attribution afin de tenir compte de la proposition d'une solution innovante présentant des performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel qui n'aurait pas pu être prévue par le pouvoir adjudicateur.

En dépit de la possibilité d'intégrer des éléments technologiques dans les critères de sélection, il n'est pas possible pour la collectivité délégante de retenir un candidat présentant une offre structurellement et manifestement déficitaire. Un tel choix constituerait une erreur manifeste d'appréciation, justifiant l'annulation de la DSP (pour une illustration dans la jurisprudence : CAA Lyon, 12 juin 2014, *Société Semerap*, n° 13LY01340).

### **3.4. Inclure des clauses sociales et environnementales dans les contrats de délégation**

Les clauses sociales et environnementales ont émergé dans les marchés publics et ont progressivement été intégrées dans le code des marchés publics, notamment à l'article 14 [v. fiche « *marchés publics* »].

Des clauses sociales et environnementales peuvent être également incluses dans des contrats de délégation. De telles clauses sont susceptibles d'imposer, par exemple :

l'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales, définie notamment à l'article L. 5132-1 du code du travail ;

le respect d'exigences ayant attrait au développement durable (traitement des déchets, économie d'énergie...) ;

le recours à des acteurs économiques issus de l'économie sociale et solidaire, comme définis à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

La durée, souvent assez longue, du contrat de délégation de service public, rend ce levier particulièrement utile.





FICHE 14

## Établissements publics industriels et commerciaux

### 1. Notion d'EPIC

Les établissements publics industriels et commerciaux (ci-après EPIC) constituent, avec les sociétés commerciales dont plus de la moitié du capital appartient à des entités du secteur public (v. fiche dédiée), les deux grandes catégories d'entreprises publiques.

La présente fiche se concentre sur les règles propres aux EPIC. On se référera pour les règles communes aux différents établissements publics au *Guide de légistique* (fiche n° 5.2.3 ; version novembre 2007). Il est également possible de se référer à l'étude du Conseil d'État sur les établissements publics (EDCE 2010).

#### 1.1. La nature d'établissement public

Les EPIC constituent d'abord des établissements publics, c'est-à-dire des personnes morales de droit public à vocation spéciale créées par une autre personne publique, en principe, l'État (établissement public national) ou une collectivité locale (établissement public local).

Ils doivent être distingués des personnes morales de droit public *sui generis*, que sont les GIP (v. fiche « groupements »), la Banque de France et les autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale.

#### 1.2. Le caractère industriel et commercial

Ce caractère peut résulter de leur texte institutif. Cette qualification ne s'impose toutefois que s'il s'agit d'une loi. Les requalifications sont au contraire possibles en présence d'une qualification résultant d'un décret. De plus, il arrive fréquemment qu'un établissement public gère plusieurs services de nature différente. Dans ce cas le juge ne s'attache pas à la qualification de l'établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré. Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l'établissement, qui est à prendre en considération pour l'application de certains textes, est déterminé à partir de l'activité principale.

Conformément à la jurisprudence du Conseil d'État (16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549, au rec. p. 434), seul un établissement étant par son objet assimilable à une entreprise privée, financé



principalement par les usagers et ayant des modalités d'organisation et de fonctionnement qui ne sont pas propres à l'administration, pourra être qualifié d'industriel et commercial.

## **2. L'usage économique de l'EPIC**

### **2.1. Aspects généraux**

Par nature, l'EPIC a vocation à prendre en charge une activité assimilable à celle d'une entreprise privée, donc à assurer une activité économique. Le recours à l'EPIC par une personne publique lui permet de prendre en charge une activité économique sans en assurer elle-même la gestion. L'EPIC peut recevoir selon les cas, soit une activité entièrement nouvelle, soit une activité qui était jusqu'alors exercée en régie directe (v. fiche « *gestion en régie directe* »). Il s'agit dans ce second cas d'une externalisation de cette mission.

L'EPIC présente certains avantages par rapport au recours à une société anonyme, liés aux prérogatives des personnes publiques dont disposent ces établissements. En effet, les biens des EPIC sont insaisissables (s'appliquent à eux les procédures d'exécution prévues à l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980) ; ils peuvent posséder un domaine public et procéder à des expropriations ; ils peuvent également bénéficier de la prescription quadriennale ; ils peuvent émettre des titres exécutoires et enfin, les procédures de redressement et de liquidation judiciaire leur sont inapplicables (v. *infra*).

Cependant, le statut de l'EPIC présente aussi d'importantes contraintes. Si les EPIC sont soumis à des règles de fonctionnement proches de celles qui s'imposent aux personnes privées, leur régime juridique est souvent complexe du fait de la combinaison d'éléments de droit public et de droit privé. Leurs personnels, à l'exception du chef de l'établissement et de l'agent comptable, sont soumis au droit du travail (CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, n° 15219, au rec. p. 158) mais avec des éléments relevant du droit public. Ils demeurent également soumis à des règles spécifiques telles que l'interdiction de recourir à des clauses compromissaires, sauf autorisation par décret (art. 2060 du code civil), le droit de la commande publique ou le principe de spécialité.

### **2.2. Conséquences de l'absence de capital**

L'absence de capital de l'établissement public fait obstacle en principe :

- à un financement externe autrement que par l'endettement (impossibilité d'une augmentation de capital) et à des partenariats capitalistiques (v. fiche « *sociétés et participations publiques* ») ;
- à sa filialisation par un autre établissement public ou une société anonyme, à la manière d'une filiale ;



- à ce qu'un dividende soit versé à la personne publique qui a créé l'établissement, cette rémunération étant attachée à l'existence d'actions.

Le législateur est néanmoins venu, par des règles de portée générale ou particulière, rapprocher le régime de l'EPIC de celui de la société anonyme. S'agissant par exemple des dividendes, l'article 79 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative prévoit la possibilité pour l'État de percevoir un dividende sur le résultat des établissements publics placés sous sa tutelle. De même, le législateur a récemment placé un EPIC dans une situation analogue à celle d'une filiale dans un groupe public (art. L. 2102-4 du code des transports, introduit par l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire) ; ce dernier schéma, qui est très spécifique, a vocation à demeurer exceptionnel.

### 3. La création des EPIC

D'une manière générale, il convient de limiter la création de nouveaux établissements publics. En ce qui concerne l'État, la circulaire du Premier ministre du 9 avril 2013 tend à rationaliser la création de toute nouvelle agence ou le transfert de missions exercées par l'État à des agences. Tout projet de création d'une agence est subordonné à la réalisation d'une étude d'opportunité et d'impact.

#### 3.1. Niveau de norme

L'article 34 de la Constitution réserve à la loi la fixation des « *règles concernant la création de catégories d'établissements publics* ». La création d'un nouvel établissement public rattaché à une catégorie existante, ou la modification d'une règle, qui n'est pas constitutive d'une catégorie d'établissements publics, peuvent ainsi être prises par décret.

Depuis la décision du Conseil constitutionnel n° 79-108 L du 25 juillet 1979, relative à la nature juridique des dispositions des articles L. 330-1 à L. 330-9 du code du travail relatifs à l'Agence nationale pour l'emploi, la notion de catégorie d'établissements publics s'entend des établissements « *dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue* ».

En premier lieu, l'exercice territorial sous une même tutelle administrative correspond à un rattachement des établissements publics à une même personne publique (CE, 25 octobre 2004, *Asaro et autres*, n° 258540, au rec. p. 387), c'est-à-dire soit à l'État, soit aux collectivités locales, sachant que des établissements publics rattachés à des collectivités territoriales de niveau différent (commune, département ou région) peuvent être considérés comme relevant d'une même tutelle administrative.



En second lieu, la spécialité analogue, autrefois analysée comme une double exigence d'une activité de même nature exercée dans le même domaine d'intervention, ne recouvre plus aujourd'hui qu'une activité de même nature, ce critère étant apprécié de façon souple : ainsi, les écoles de formation de la fonction publique présentent aujourd'hui la même spécialité, et l'Agence nationale des titres sécurisés peut ainsi être rattachée à une catégorie d'établissements publics dont l'objet est la mise en commun des moyens des administrations.

Doivent être définies par la loi, les règles suivantes relatives à une catégorie d'établissements publics : la spécialité de l'établissement, les rapports avec la tutelle, les organes de direction, ainsi que les catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement.

### **3.2. Règles particulières applicables aux établissements publics locaux**

Les règles applicables aux établissements publics locaux, qui relèvent de la libre administration des collectivités locales, sont prévues par la loi.

Les communes et leurs groupements (art. L. 2221-1 du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT), les départements, les régions et leurs établissements publics (art. L. 1412-1), lorsqu'ils entendent exploiter directement des services publics à caractère industriel ou commercial, doivent constituer des régies. Ces régies peuvent être de deux ordres, en application de l'article L. 2221-4 : soit dotées de la seule autonomie financière ; soit dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Dans ce dernier cas, on parle alors d'établissement public local (EPL).

La création d'un EPL relève de la compétence des organes délibérants des personnes publiques locales (art. L. 2221-3 et L. 2221-10 du CGCT). Dans les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, la création d'une régie dotée de l'autonomie financière doit être soumise pour avis à la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1 du CGCT.

La délibération créant l'établissement public doit déterminer son organisation administrative et financière et prévoir notamment, en application de l'article R. 2221-1 du CGCT, les statuts et le montant de la dotation initiale de la régie. L'entrée en vigueur de la délibération est conditionnée au respect des mesures de publicité requises par les textes, et à sa transmission au représentant de l'État.



## 4. La spécialité des EPIC

En raison du principe de spécialité de l'établissement public, le juge administratif sanctionne l'exercice par un établissement d'activités excédant le cadre des missions qui lui ont été confiées, même si ce principe est apprécié avec une exigence un peu moindre pour les EPIC que pour les établissements publics administratifs (EPA).

Dans un avis du 7 juillet 1994 relatif à EdF-GdF (n° 356089), la section des travaux publics du Conseil d'État a précisé que :

*« le principe de spécialité (...) signifie que la personne morale (...) n'a pas de compétence générale »* au-delà de la mission qui lui a été confiée. Il ne lui appartient pas *« d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités »*. Toutefois, selon le même avis, le principe de spécialité *« ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :*

*- d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale (...) ou du moins connexes à ces activités ;*

*- d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public. »*

En outre, la spécialité de l'établissement public s'impose tant à l'établissement (v. not. CE, 19 novembre 1975, *Commune de Thaon-les-Vosges*, n° 94791) qu'à la personne publique sous la tutelle de laquelle il se trouve placé. Ainsi, la délibération de l'organe délibérant de la personne publique locale qui crée la régie énumère le ou les services publics dont cette régie devra assumer la gestion, et cette énumération est limitative. L'EPL est ainsi recevable à contester devant le juge administratif les décisions de la personne publique locale portant atteinte à sa spécialité, et la collectivité territoriale ne peut confier à ses propres organes des compétences qui ne peuvent être exercées que par les organes de la régie.

## 5. Le respect des principes et libertés économiques

### 5.1. Droit interne

La création d'un EPIC n'a pas en elle-même pour effet de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. L'éventuelle atteinte à l'initiative privée, tenant notamment à la concurrence qui pourrait lui être faite par l'établissement, résulte des missions confiées à l'établissement et pourrait s'analyser de la même manière si l'activité était assurée en régie directe. La difficulté éventuelle se situe donc plus en amont, dans la décision prise par la personne publique de prendre en charge une activité économique (v. fiche *« exercice d'une activité économique par les personnes publiques »*).



## 5.2. Droit de l'Union

Le statut même d'EPIC a donné lieu à des contestations au regard du droit des aides d'État.

En effet, la Commission européenne a estimé, dans une décision du 26 janvier 2010, que La Poste bénéficiait, du seul fait de son statut d'établissement public, même industriel et commercial (Cass. civ. 2<sup>e</sup>, 18 janvier 2001, n° 98-23233), d'une garantie implicite (non établie par un texte) mais illimitée de l'État. En effet, selon la Commission, l'inapplicabilité aux établissements publics des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, qui conduit à exclure la possibilité que les établissements publics fassent l'objet d'une faillite ou d'une insolvabilité, garantit à un créancier que sa créance soit toujours remboursée, ce qui ouvre aux établissements publics des conditions de crédit plus favorables que celles du marché, tout en faisant supporter par l'État le risque qui y est associé, et qui devrait normalement être rémunéré par une prime appropriée. Ainsi, ce statut confère aux établissements publics un avantage financé par une ponction sur les ressources publiques, même si l'État n'est pas amené à faire des paiements au titre de la garantie accordée.

Saisi d'un recours de la France, le Tribunal puis la Cour de justice ont confirmé la position de la Commission européenne et jugé que cette garantie illimitée constituait une aide d'État (CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission*, C-559/12 P, décision relative à La Poste).

## 6. Gouvernance des EPIC

### 6.1. EPIC de l'État

Alors que la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public régissait depuis son origine la gouvernance des entreprises publiques nationales, qu'elles aient la forme de sociétés anonymes ou d'EPIC, cette loi n'est plus applicable qu'à ces derniers, à la suite de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014.

#### 6.1.1. Organe délibérant

##### ■ Composition

Les dispositions à prendre ne sont encadrées, en application de la loi du 26 juillet 1983 précitée, que pour les établissements à dominante industrielle et commerciale, plus exactement « *les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles de droit privé* ». Tous

les EPIC nationaux ne sont pas régis par ces dispositions. L'article 4 de cette loi prévoit notamment un certain nombre d'exclusions.

Pour les établissements relevant de la loi du 26 juillet 1983, la loi impose **trois catégories** de membres (art. 2) :

- des représentants de l'État, qui doivent être nommés par décret ;
- des personnalités choisies en raison de leurs compétences ou de leur connaissance des activités en cause (ou encore en leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers dans les établissements chargés d'une mission de service public), également nommés par décret ;
- des représentants élus des salariés.

L'effectif de chacune de ces catégories est fixé par décret, le nombre des représentants des salariés devant être en principe égal au moins au tiers des membres du conseil.

Les règles relatives à la composition équilibrée entre les hommes et les femmes sont précisées aux articles 6-1 et 6-2 de la loi précitée.

#### ■ *Fonctionnement*

La loi prévoit certaines compétences minimales de l'organe délibérant (art. 7), les autres compétences étant fixées par le texte institutif de l'établissement.

Elle prévoit également ses modalités de convocation, en réservant à un tiers de ses membres le droit d'y procéder (art. 8) et en précisant les conditions dans lesquelles les membres de l'organe délibérant disposent des moyens nécessaires à l'exercice de leurs missions (art. 9).

### **6.1.2. Dirigeants**

Le président du conseil d'administration est nommé, parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci, par décret (art. 10 de la loi du 26 juillet 1983), pour la durée de son mandat d'administrateur, c'est-à-dire cinq ans (art. 1<sup>er</sup> du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994).

Il s'agit en principe d'un décret du Président de la République, conformément à l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État. En application de l'article 1<sup>er</sup> de cette même ordonnance, il est pourvu en conseil des ministres aux emplois de direction dans les établissements publics quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres (décret n° 59-587 du 29 avril 1959, qui n'est toutefois pas exhaustif). L'annexe de la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution fixe la liste des emplois ou fonctions pour lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce dans les conditions prévues par cet alinéa (avis des commissions compétentes des assemblées).



Le président du conseil d'administration ou les membres du directoire peuvent être révoqués par décret (art. 10 de la loi du 26 juillet 1983). Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 7 octobre 1992, *M. Reverdy*, n° 106395, au rec. p. 355) que, pour les entreprises dont le président est nommé par décret en conseil des ministres, il n'est pas possible de mettre fin par un décret du Premier ministre aux fonctions de membre du conseil d'administration de l'administrateur qui est président, car ce serait le priver de la qualité qui lui permet d'être président. Préalablement à son remplacement comme administrateur, il faut donc un décret en conseil des ministres mettant fin à ses fonctions de président.

## 6.2. EPIC locaux

Les EPL sont administrés par un conseil d'administration et un directeur désignés par l'organe délibérant de la collectivité de tutelle, sur proposition de l'exécutif local (art. L. 2221-10 du CGCT).

Les statuts de l'EPL fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement de celui-ci, dans les limites définies par les articles R. 2221-4 à R. 2221-11 et R. 2221-18 à R. 2221-25 du CGCT.

## 7. Contrôles

Les EPIC nationaux sont soumis au décret n° 53-707 du 9 août 1953, complété par le décret n° 55-733 du 26 mai 1955. Ils relèvent également du contrôle général économique et financier, de l'inspection générale des finances et de la Cour des comptes.

En application de l'article L. 2221-6 du CGCT, toutes les régies, y compris les EPIC locaux, sont soumises aux vérifications des corps d'inspection nationaux que sont l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale des finances et l'inspection générale des affaires sociales avec le concours, le cas échéant, des inspections ministérielles intéressées (art. R. 2221-12).

## 8. Dissolution

La dissolution d'un établissement public, rare en raison d'une certaine préférence en pratique pour les fusions d'établissements, doit être opérée par un acte de même nature que celui par lequel l'établissement a été créé. En principe, le solde de liquidation est dévolu à la collectivité de rattachement.

Ainsi, en ce qui concerne les EPL sous tutelle d'une commune, ils cessent leur exploitation en exécution d'une délibération du conseil municipal (art. R. 2221-16 du CGCT) ; l'actif et le passif de la régie sont repris dans les comptes de la commune, et le maire est chargé de la liquidation, qu'il peut déléguer à un liquidateur.



FICHE 15

## Sociétés et participations publiques

### 1. Notion de sociétés et participations publiques

Les entreprises publiques sont principalement constituées sous la forme :

- soit d'établissements publics industriels et commerciaux (v. la fiche sur ces établissements) ;
- soit de sociétés commerciales régies en principe par le livre II du code de commerce.

Pour déterminer si une société commerciale appartient au secteur public et constitue ainsi une entreprise publique, il y a lieu de retenir le critère de la détention majoritaire de son capital (CE, 24 novembre 1978, *Schwartz, Defferre et autres*, n°s 04546 et 04565 ; CE, 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n°s 34252 et 34758 ; CE, assemblée générale, avis du 17 septembre 1998, « Entreprises du secteur public », n° 362610 ; CC, décisions n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983 et 96-380 DC du 23 juillet 1996).

La participation majoritaire s'apprécie en tenant compte à la fois des participations détenues directement par les personnes publiques mais aussi par des participations indirectes, c'est-à-dire généralement celles détenues par des sociétés à participation publique dans une même chaîne ininterrompue de participations majoritaires. Même lorsqu'elle est minoritaire, la participation de la personne publique lui conférera des droits dans la gestion de l'entreprise.

La présente fiche traite à la fois des sociétés du secteur public (participation majoritaire) et des participations publiques (minoritaires) dans les sociétés commerciales ordinaires. Les participations des collectivités locales ne pouvant intervenir que dans des sociétés à statut spécifique (v. fiche dédiée), la présente fiche n'aborde que les sociétés et participations de l'État et de ses établissements publics.

Leur régime a été largement refondu par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

**Point de vigilance** : cette ordonnance est ratifiée par le projet de loi pour la croissance et l'activité, qui lui apporte un certain nombre de modifications et de compléments.



## 2. L'usage économique des sociétés et participations publiques

Les entreprises et participations publiques peuvent permettre à la personne publique d'influer sur la conduite de l'activité de la société concernée dans le respect de son intérêt social, sans s'impliquer directement dans la gestion de celle-ci. Les objectifs poursuivis constituent une question d'opportunité. Ils ont été précisés, pour ce qui concerne l'État, dans « les lignes directrices pour l'État actionnaire » définies en 2014.

Le choix de la société anonyme à participation publique peut permettre des ouvertures de capital et ainsi de nouer des partenariats avec d'autres entreprises, contrairement à la forme de l'établissement public. Elle peut aussi permettre de disposer de ressources supplémentaires, notamment en procédant à des augmentations de capital, et ainsi de favoriser le développement de l'entreprise (v. exposé des motifs du projet de loi transformant La Poste en société anonyme ; loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales).

Le recours aux participations publiques suppose la mobilisation d'une ressource en capital. En cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, la personne publique peut, comme les autres actionnaires, être sollicitée pour venir à son soutien, sans y être obligée. Si les difficultés conduisent à la liquidation de l'entreprise, la personne publique peut perdre le capital investi. En contrepartie, en cas de réalisation d'un bénéfice, la personne publique peut bénéficier de dividendes et obtenir ainsi une forme de rémunération du capital investi.

L'admission des titres de l'entreprise sur un marché réglementé présente des enjeux spécifiques au plan financier (fluctuation de la valorisation du titre et donc du patrimoine de la personne publique) mais aussi au plan juridique (application du droit des marchés financiers).

## 3. Opérations en capital (prises et cessions de participations)

A l'exception des nationalisations, elles sont régies par le titre III de l'ordonnance du 20 août 2014 précitée.

### 3.1. Prises de participations

#### 3.1.1. Autorité compétente

##### ■ Par voie d'autorité : nationalisations

Aux termes de l'article 34 de la Constitution, relèvent du domaine de la loi « les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété



*d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». La nationalisation est décidée directement par la loi.

Ces opérations doivent se conformer au cadre qui résulte de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui prévoit que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». La juste et préalable indemnité, qui doit être prévue par le législateur, est contrôlée de façon exigeante par le Conseil constitutionnel (81-132 DC du 16 janvier 1982).

En revanche, l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci, dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 (même décision).

#### ■ *Autres acquisitions*

Les acquisitions autres que les nationalisations, c'est à dire celles convenues entre le vendeur et la personne publique acheteuse, sont décidées par décret lorsqu'elles entraînent le transfert de la majorité du capital d'une société au secteur public, et par arrêté du ministre chargé de l'économie dans les autres cas (art. 24 de l'ordonnance du 20 août 2014 préc.).

### **3.1.2. Application du régime des aides d'État**

Par elles-mêmes, les prises de participation de l'État au capital d'une entreprise ne constituent une aide d'État au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). Toutefois, une mesure accordée au moyen de ressources d'État qui place une entreprise dans une situation financière plus favorable que celle de ses concurrents et qui, pour cette raison, à la fois fausse ou menace de fausser la concurrence et affecte les échanges entre États membres, peut revêtir une telle qualification (CJUE, grande ch., 5 juin 2012, *Commission / EDF*, aff. C-124/10).

La qualification d'aide n'est pas retenue lorsque l'entreprise bénéficiaire aurait pu obtenir le même avantage dans des conditions normales de marché, cette appréciation s'effectuant, pour les entreprises publiques, par application, en principe, du critère de l'investisseur privé : « *Peuvent être notamment requis, à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision [de l'entité publique] est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État membre aurait fait établir (...)* » (même décision, point 84).



## 3.2. Cessions de participations

### 3.2.1. Participations susceptibles d'être cédées

Aux termes du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, « *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* ». Cet alinéa est de nature à s'opposer à toute cession de participation qui entraînerait le transfert au secteur privé de la majorité du capital des entreprises concernées.

#### ▪ Notion de monopole de fait

La notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités (CC, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006).

Selon cette jurisprudence, une entreprise est en situation de monopole de fait à la **double condition** que :

- les secteurs d'activité sur lesquels elle détient une position exclusive ou prépondérante occupent une place importante et non substituable dans l'économie nationale ;
- ces secteurs d'activité représentent la majeure part de son activité globale.

L'approche est « *plus large que celle de 'marché pertinent' retenue par le Conseil de la concurrence pour l'application du droit de la concurrence* » (commentaire au cahier sous cette décision.)

#### ■ *Notion de service public national*

Le Conseil constitutionnel a précisé ce qu'il fallait entendre par la notion de service public national (décision du 30 novembre 2006 préc). Il en distingue **deux catégories**.

La première est constituée des « services publics constitutionnels », c'est à dire des services publics dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle. Il s'agit pour l'essentiel des services publics régaliens tels que la justice, la défense, la diplomatie, la police (commentaire sous la même décision).

La seconde est constituée des services publics autres que constitutionnels dont il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer s'ils doivent être qualifiés de services publics nationaux, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise. Le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée. Toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national (décision du 30 novembre 2006 préc.).



Le Conseil constitutionnel n'a pas fixé de critères précis de définition de cette seconde catégorie. Dans le prolongement des positions adoptées par le Conseil d'État sur ces questions (avis Assemblée générale, 11 mai 2006 ; CE, Sect. 27 septembre 2006, *M. Bayrou*, n° 290716, au rec. p. 404) le Conseil constitutionnel, se prononçant sur la distribution du gaz, retient néanmoins qu'« *il n'y a pas de service public national au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 là où plusieurs opérateurs concurrents interviennent certes dans un secteur d'activité d'intérêt national et soumis par les pouvoirs publics nationaux à des obligations de service public ou d'intérêt général, mais sans qu'aucun ne se voie confier l'exclusivité de ce service* » (Commentaire aux cahiers sous la décision du 30 novembre 2006 préc.).

### **3.2.2. Autorité compétente**

Les dispositions de l'article 34 de la Constitution n'imposent pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur, à qui il est loisible de renvoyer au pouvoir réglementaire (décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation). En application de cette jurisprudence, l'article 22 de l'ordonnance du 20 août 2014 fixe ainsi les actes nécessaires pour procéder aux cessions.

#### **■ Cessions relevant d'une autorisation législative préalable**

Les opérations par lesquelles l'État transfère au secteur privé la majorité du capital d'une société ne peuvent être décidées par décret qu'après avoir été autorisées par la loi lorsque l'État détient directement, depuis plus de 5 ans, plus de la moitié du capital social de la société et si l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- ses effectifs, augmentés de ceux de ses filiales dans lesquelles elle détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital social, sont supérieurs à mille personnes au 31 décembre de l'année précédant le transfert ;
- son chiffre d'affaires consolidé avec celui de ses filiales, telles qu'elles viennent d'être définies, est supérieur à 150 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert.

Le même régime s'applique lorsque la société est entrée dans le secteur public en application d'une disposition législative.

#### **■ Cessions pouvant être réalisées directement par l'autorité réglementaire**

Les opérations de cession de participations par l'État qui n'entrent pas dans les cas ci-dessus sont décidées par décret sans autorisation législative préalable :

- lorsqu'elles entraînent le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société ;
- lorsque la participation de l'État est supérieure au tiers du capital, si la cession a pour conséquence de la ramener en dessous de ce seuil ;
- lorsque la participation de l'État est supérieure aux deux tiers du capital, si la cession a pour conséquence de la ramener en dessous de ce seuil.



Les autres opérations de cession de participations par l'État sont décidées par le ministre chargé de l'économie.

Certains cas de figure font l'objet de dispositions particulières (II de l'art. 24 et art. 25).

### **3.2.3. Fixation du prix**

Les prix d'offre, les prix de cession ou d'acquisition ainsi que les parités d'échange des opérations décidées ou autorisées par l'État sont fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie. Dans les autres cas, le prix est fixé par l'organe compétent de l'organisme cédant (art.25 de l'ordonnance du 20 août 2014).

Selon une jurisprudence du Conseil constitutionnel, 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. Cette règle découle du principe d'égalité. Elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due. Cette protection 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 (CC, décision n° 86-207 du 26 juin 1986).

L'article 25 de l'ordonnance du 20 août 2014 rappelle que la propriété de tout ou partie du capital des sociétés ne peut être cédée à des personnes du secteur privé pour des prix inférieurs à leur valeur.

Pour les principales opérations, la valeur des titres est évaluée par la commission des participations et des transferts selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés. Les prix et parités fixés par le ministre chargé de l'économie ne peuvent être inférieurs à son évaluation (art. 27).

Dans les autres cas, la valeur de l'entreprise est évaluée selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés (art. 28).

Le décret par lequel l'État décide de convertir une action ordinaire en action spécifique doit intervenir avant la saisine de la commission de participation et des transferts (v. fiche « *protection des intérêts stratégiques dans les entreprises* »).

Le juge administratif exerce un contrôle entier sur le prix fixé (CE Ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, n° 82436, au rec. p. 25 ; CE Ass., 18 décembre 1998, *Société générale et autres*, n° 197175).



### **3.2.4. Application du régime des aides d'État**

Les cessions sont susceptibles d'être soumises, comme les acquisitions, au droit des aides d'État (critère de l'opérateur privé en économie de marché, v. *supra*).

## **4. Gouvernance des entreprises**

Elle est organisée par le titre II de l'ordonnance du 20 août 2014.

### **4.1. Organe délibérant**

#### **4.1.1. Composition**

Sont susceptibles de siéger comme membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu :

- l'État, par l'intermédiaire d'un représentant unique ;
- des membres désignés par l'organe compétent de la société, le cas échéant, proposés par l'État ;
- des représentants des salariés.

Les membres désignés par l'organe compétent de la société en dehors d'une proposition de l'État, le sont dans les conditions de droit commun du code de commerce.

#### **■ Représentant de l'État (articles 4 et 5)**

En ce qui concerne la représentation de l'État lui-même dans l'organe délibérant :

dans les sociétés dans lesquels il détient, seul ou avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital, l'État désigne obligatoirement un représentant dans l'organe délibérant ;

dans les sociétés dont il détient directement à lui seul plus de 10 % du capital, il peut désigner s'il le souhaite un représentant dans cet organe ;

dans toutes les autres sociétés, il peut, sur sa proposition ou avec son accord, être désigné par l'organe compétent de la société (l'assemblée générale dans les sociétés anonymes) comme membre de l'organe délibérant ; il désigne alors un représentant.

En application de l'article 5 de la même ordonnance, le représentant de l'État siège et agit avec les mêmes droits et les mêmes pouvoirs que les autres membres de l'organe délibérant, même si on ne peut lui imposer d'être propriétaire d'un certain nombre d'actions, comme le permettent les articles L. 225-25 et L. 225-72 du code de commerce. En outre, les rémunérations qu'il perçoit à raison de l'exercice de ce mandat sont versées au budget de l'État.



#### ■ *Membres proposés par l'État (article 6)*

Lorsque l'État détient seul et directement 10 % à 50 % du capital, un ou plusieurs sièges, dans la limite d'un nombre proportionnel à sa participation (et dont il faut déduire le représentant de l'État nommé en application de l'article 4), sont réservés à des membres qu'il peut proposer.

Lorsque l'État ou ses établissements publics industriels ou commerciaux, seuls ou conjointement, détiennent directement ou indirectement une participation, l'État peut proposer la nomination d'un ou plusieurs membres de l'organe délibérant, dans des conditions précisées par voie réglementaire.

Ces membres, qui peuvent être des agents publics de l'État, représentent les intérêts de l'État en sa qualité d'actionnaire.

#### ■ *Représentant des salariés (articles 7 à 9)*

L'organe délibérant comprend un tiers de représentants de salariés :

- dans les sociétés majoritairement et directement détenues par l'État et d'au moins cinquante salariés ;
- dans les sociétés majoritairement détenues par l'État ou ses établissements publics industriels ou commerciaux (y compris les établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé), directement ou indirectement, et d'au moins deux cent salariés, le nombre de représentants de salariés étant plafonné à trois pour les sociétés de moins de mille salariés.

Pour leur élection et leur statut, ces représentants des salariés sont soumis aux dispositions des chapitres II et III du titre II de la loi du 26 juillet 1983.

#### **4.1.2. Fonctionnement**

Les conditions de fonctionnement de l'organe délibérant des sociétés dont plus de la moitié du capital est détenu par l'État et ses établissements publics, seuls ou conjointement, directement ou indirectement sont prévues aux articles 10 à 14 de cette ordonnance.

Les statuts peuvent déroger à ces articles par une mention expresse.

### **4.2. Dirigeants**

Sauf mention expresse contraire des statuts, les sociétés anonymes à conseil d'administration dont plus de la moitié du capital est détenu par l'État et ses établissements publics, seuls ou conjointement, directement ou indirectement, peuvent être dirigées soit par un président-directeur général (unification), soit par un directeur général (dissociation), conformément aux dispositions de l'article L. 225-51-1 du code de commerce.



Dans les sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État, ces dirigeants sont nommés :

- pour le président-directeur général d'une société anonyme à conseil d'administration, parmi les membres du conseil et sur proposition de ce dernier, par décret ;
- pour le directeur général d'une telle société anonyme à conseil d'administration, sur proposition du conseil d'administration et par décret ;
- pour le président du directoire ou le directeur général unique d'une société anonyme à directoire et conseil de surveillance, sur proposition du conseil de surveillance et par décret ;
- pour les dirigeants mandataires sociaux d'autres sociétés, par décret.

Les nominations des dirigeants des établissements et entreprises du secteur public sont en principe prononcées par décret du Président de la République en application de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958. En application de l'article 1<sup>er</sup> de cette même ordonnance, il est pourvu en conseil des ministres aux emplois de direction dans les sociétés nationales quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres (décret n° 59-587 du 29 avril 1959).

L'annexe de la loi organique n° 2010-837 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution fixe la liste des emplois ou fonctions pour lesquelles le pouvoir de nomination du Président de la République s'exerce dans les conditions prévues par cet alinéa (avis des commissions compétentes des assemblées).

La révocation est prononcée par décret. En cas de vacance, l'État peut désigner la personne chargée d'assurer l'intérim jusqu'à la désignation d'un nouveau dirigeant, par lettre adressée à la société faisant l'objet d'une publicité.







**FICHE 16**

## **Sociétés locales à statut spécifique (seml, spl, spla, semop)**

### **1. La notion de société locale à statut spécifique**

La notion de société locale à statut spécifique recoupe la notion fonctionnelle d'entreprises publiques locales. Elle désigne les sociétés d'économie mixte locales (SEML), les sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), ainsi que les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Il s'agit de sociétés commerciales : elles sont donc, sauf dérogations, soumises au livre II du code de commerce.

Les SPL, SPLA et SEMOP relèvent, sauf règles contraires détaillées pour l'essentiel dans cette fiche, du régime juridique de la SEML.

### **2. L'usage économique d'une société locale à statut spécifique**

#### **2.1. Intérêt du recours à une société locale à statut spécifique pour les personnes publiques**

Les motivations des personnes publiques qui décident de créer une société locale à statut spécifique sont notamment les suivantes :

- un mode de financement d'une opération ne reposant pas uniquement sur les ressources des collectivités territoriales ou de leurs groupements ;
- la présence garantie de la collectivité territoriale au capital de la société et les exceptions de gouvernance qui y sont liées ;
- la société locale à statut spécifique dispose d'un objet plus large que celui d'un GIE, ce qui permet une plus grande diversification de ses activités ;
- le recours à une société locale à statut spécifique permet l'utilisation d'une structure de droit privé et évite certains inconvénients de l'établissement public ;
- cette structure de droit privé demeure contrôlée, tant par la collectivité elle-même que par le représentant de l'État.



## 2.2. Brève analyse comparative des avantages et inconvénients des différentes catégories de sociétés locales

La SEML permet aux collectivités territoriales de faire appel à des capitaux privés par le biais de la constitution d'une société anonyme, afin de réaliser une mission locale d'intérêt général. La collectivité actionnaire est soumise en tant que pouvoir adjudicateur aux exigences de transparence, mise en concurrence et non-discrimination dans ses relations avec la SEML.

La SPL constitue une structure entièrement contrôlée par les collectivités territoriales, ces dernières étant les seules actionnaires de la société. Considérée en principe comme une structure « in house » au sens du droit de l'Union (cf. *infra* point 6.1.), ses relations contractuelles avec ses actionnaires ne sont pas, en principe, soumises au respect d'une procédure de mise en concurrence.

La SEMOP est une société créée pour une durée limitée afin de fournir un cadre de coopération entre une ou plusieurs collectivités territoriales et un ou plusieurs opérateurs économiques, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général – y compris la gestion d'un service public. Le recours à la SEMOP est plus simple que l'utilisation d'un contrat de partenariat, lequel doit être justifié par l'urgence ou par la complexité du projet. La SEMOP peut s'avérer utile dans certains secteurs concurrentiels où l'utilisation d'une SEM paraît moins adaptée. La SEMOP permet en outre d'anticiper les procédures de publicité et de mise en concurrence : la mise en concurrence a lieu pour le choix de l'actionnaire, mais elle n'est plus nécessaire, ensuite, pour la passation du contrat conclu avec l'entité. Il est à noter que cette souplesse n'est pas sans présenter des risques juridiques, qui restent encore à identifier, eu égard au caractère récent de la création de ce type de société.

## 3. Les SEML

### 3.1. L'objet de ces sociétés

Par exception au principe général d'interdiction de prise de participation des collectivités territoriales au capital de sociétés anonymes, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent créer des SEML ou prendre des participations dans ces sociétés. Le régime juridique des SEML, issu pour l'essentiel de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, puis modifié par la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, est aujourd'hui codifié, pour la partie législative, aux articles L. 1521-1 à L. 1525-3 du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT).

L'objet social des SEML est limitativement défini par l'article L. 1521-1. Les SEML ne peuvent être constituées que pour la réalisation d'opérations d'aménagement, de construction et plus généralement pour l'exploitation de SPIC locaux ou d'autres activités locales d'intérêt général. L'objet social est précisé par les statuts de la société.

Ne constitue pas, par exemple, une activité locale d'intérêt général, la création de trois hectares de serres horticoles destinées à la commercialisation en France et à l'étranger de variétés de fleurs et plantes (CE, 10 octobre 1994, *préfet de la Moselle c/commune d'Amnéville*, n°s 141877 et 146693), ni la production, la fabrication et la mise en œuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers divers pour toute clientèle publique ou privée (CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres*, n° 97449, au rec. p. 582).

Si l'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 SEML sur un marché. Il y a seulement lieu de rechercher si les activités en cause présentent un intérêt public suffisant (CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n° 308564, au rec. p. 240).

Selon l'article L. 1521-1 du CGCT, lorsque l'objet d'une SEML inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. Par exemple, s'agissant d'une SEML exerçant une activité principale de gestion d'un centre des congrès et d'organisation de manifestations dans ce centre, il a été jugé que la fourniture de prestations touristiques liées au séjour constituait, pour cette société, un complément normal de son activité principale (CE, décision *Syndicat national des agences de voyage*, préc.).

## **3.2. Le régime juridique de ces sociétés**

### **3.2.1. Organisation et fonctionnement**

Ce sont les règles de droit commun des sociétés commerciales qui s'appliquent (v. fiche éponyme). La collectivité publique doit néanmoins détenir entre 50 % et 85 % du capital de la société.

Plusieurs dérogations au droit commun sont prévues par le CGCT, parmi lesquelles

- a) l'article L. 1524-5 prévoit un dispositif dérogatoire à l'élection des administrateurs par l'assemblée générale ; ainsi, toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit à au moins un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée ;
- b) par dérogation à l'article L. 225-20 du code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ceux-ci sont mandataires ;
- c) en vertu de l'article L. 1524-6, lorsque la collectivité territoriale ou son groupement accorde une garantie d'emprunt à un prêt contracté par une SEML, elle a le droit, à condition de ne pas être actionnaire directement représenté au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, à la nomination d'un délégué spécial ; ce dernier peut être entendu, à sa demande, par les organes de direction.



### **3.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales**

Le capital social des SEML est régi par le droit commun des sociétés, et doit s'élever à 37 000 euros minimum (art. L. 224-2 du code de commerce). Par dérogation, ce seuil s'élève à 150 000 euros pour les SEML d'aménagement et à 225 000 euros pour les SEML ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location (art. L. 1522-3 du CGCT).

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent prendre part à la modification du capital des SEML en tant qu'actionnaires, ou allouer des apports en compte courant d'associé. Dans ce dernier cas, une convention expresse doit être conclue entre la collectivité ou le groupement et la SEML.

### **3.2.3. Moyens d'action : passation de contrats et prises de participation**

Une fois créées par les collectivités territoriales, les SEML disposent de plusieurs modalités d'intervention. Elles peuvent intervenir pour leurs actionnaires, mais également, sous certaines conditions, pour des personnes qui ne participent pas à leur capital (art. L. 1523-1 du CGCT). Elles peuvent également agir, comme toute société anonyme, pour leur propre compte. Ces moyens d'action peuvent être contractuels, ou consister en une prise de participation dans d'autres sociétés commerciales.

L'objet premier des SEML est d'agir pour ses actionnaires, qu'il s'agisse de collectivités territoriales et de leurs groupements ou de personnes privées. Lorsque les SEML agissent pour le compte de collectivités territoriales et de leurs groupements, elles le font en tant que prestataires dans plusieurs cas de figure :

- a) **les opérations d'aménagement** : elles nécessitent la signature d'une concession d'aménagement conclue après une procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes (art. L. 1523-2 du CGCT et art. L. 300-4 du code de l'urbanisme ; v. fiche « *contrats dédiés aux opérations de construction* »), qui doit être approuvée par le conseil d'administration ou de surveillance de la SEML ;
- b) **les opérations de construction** : elles nécessitent également la signature d'une convention approuvée par le conseil d'administration, qui fixe les obligations de la société en contrepartie des financements accordés par la collectivité (subventions ou avances) ;
- c) **les opérations de gestion du service public** : elles sont soumises aux dispositions prévues par le code des marchés publics ou relatives aux délégations de service public.

Lorsque la SEML, personne morale de droit privé, agit en tant que donneur d'ordres pour une autre personne morale non actionnaire, ou pour son propre compte, elle est soumise à 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.



La SEML peut également prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales en vertu de l'article L. 1524-5 du CGCT. Cette prise de participation doit recueillir au préalable l'accord exprès de la collectivité actionnaire, et ne doit pas constituer un détournement de l'interdiction faite aux collectivités territoriales de participer à un organisme à but lucratif, prévue aux articles L. 2253-1 (pour les communes) et L. 3231-6 (pour les départements) du CGCT.

### → *Pour approfondir*

V. la présentation faite dans le guide de la direction générale des collectivités locales (DGCL) sur les SEML, relative aux règles applicables selon que la SEML agit comme prestataire de services ou comme donneurs d'ordres, pp. 81-95.

### **3.2.4. Contrôles**

Les SEML sont soumises, comme toute société, au contrôle d'un commissaire aux comptes (art. L. 225-228 du code de commerce). Ce dernier dispose des mêmes pouvoirs que dans les sociétés anonymes, et est soumis au même régime de responsabilité.

Il existe également un contrôle de la société par la collectivité actionnaire. L'article L. 1524-5 du CGCT prévoit que les organes délibérants des collectivités territoriales ou de leurs groupements se prononcent sur un rapport remis au moins une fois par an par leur mandataire au conseil d'administration ou de surveillance de la SEML. La loi n'a pas prévu la forme selon laquelle la collectivité doit se prononcer : en tout état de cause, une simple délibération suffit. Si le défaut de transmission du rapport du mandataire n'est pas sanctionné par la loi, l'absence ou l'insuffisance de contrôle de la SEML par la collectivité est susceptible d'engager sa responsabilité. Enfin, lorsque la SEML exerce pour le compte de la collectivité actionnaire des prérogatives de puissance publique, elle établit un rapport annuel sur les conditions de leur exercice, qui est présenté à l'organe délibérant de la collectivité et également transmis au préfet (art. L. 1524-3).

Le préfet exerce un contrôle de légalité sur certains actes des collectivités territoriales actionnaires, en contrôlant notamment : les délibérations portant création d'une SEML, fixant le montant de la participation au capital social ou approuvant les statuts de la société ; les délibérations relatives aux contrats passés entre la collectivité actionnaire et la SEML ; les marchés et contrats conclus entre la collectivité et la société.

Le préfet exerce également un contrôle spécifique, quoique restreint, sur les actes de la SEML. Ces actes comprennent les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, les délibérations des assemblées générales, les concessions d'aménagement visées par l'article L. 300-4 du code de l'urbanisme, les comptes annuels de la société et les rapports des commissaires aux comptes.

Ce contrôle spécifique des actes de la SEML peut conduire le préfet à saisir la chambre régionale des comptes (art. L. 1524-2), lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière pesant sur la collectivité actionnaire ou son groupement, ou à accroître le risque encouru par cette collectivité lorsqu'elle a garanti un emprunt contracté par la société.



Les SEML peuvent enfin être soumises au contrôle financier des chambres régionales des comptes, en application de l'article L. 211-4 du code des juridictions financières.

## **4. Les SPL / SPLA**

### **4.1. L'objet de ces sociétés**

Les SPLA ont d'abord été créées à titre expérimental pour 5 ans par la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Ce sont des sociétés anonymes exclusivement publiques. Leur création relève de délibérations des collectivités territoriales actionnaires.

La loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a pérennisé les SPLA, dont le régime est fixé à l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, lequel en définit les caractéristiques principales et renvoie, pour le surplus, au CGCT.

Cette même loi a créé les SPL. Celles-ci sont définies par l'article L. 1531-1 du CGCT. Leur régime juridique est, sauf dispositions contraires, celui des SEML.

Les SPLA ont pour objet social privilégié les opérations d'aménagement, même si la loi pour le développement des SPL du 28 mai 2010 leur a ouvert d'autres domaines d'intervention. Les SPLA peuvent ainsi conduire des opérations de construction et de réhabilitation immobilière ainsi que des missions connexes comme la réalisation des études préalables, l'acquisition et la cession d'immeubles, de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux.

Le champ d'intervention des SPL correspond à l'ensemble des compétences des SEML, ce qui leur permet d'exercer plus d'activités que les SPLA.

Les SPL et SPLA ne peuvent intervenir que pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres.

### **4.2. Le régime juridique de ces sociétés**

#### **4.2.1. Organisation et fonctionnement**

Le régime juridique des SPL et SPLA déroge, sur certains points, au droit commun des sociétés :

- a) par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce prévoyant un nombre minimal d'actionnaires égal à sept, ce seuil est ramené à deux ;
- b) l'actionnariat est strictement public : contrairement à une SEML, il ne peut y avoir d'actionnaires privés ;



c) la nécessité d'un actionnaire majoritaire pour les SPL : contrairement aux SPL, la SPLA doit voir une collectivité territoriale ou l'un de ses groupements détenir la majorité des droits de vote au sein de son conseil d'administration (art. L. 327-1 du code d'urbanisme).

#### **4.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales**

Le droit commun des sociétés s'applique de la même manière aux SPL. Les seuils dérogatoires prévus pour les SEML d'aménagement et de construction leur sont également applicables.

#### **4.2.3. Moyens d'action : passation de contrats et prises de participation**

Les SPL sont soumises à l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 précitée. En tant que pouvoirs adjudicateurs, elles peuvent relever des dispositions du 4° du I de l'article 3 de l'ordonnance, qui s'applique aux « *organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun* », ou de celles du 1° du I de l'article 3, applicable aux « *organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, dont (a) l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur soumis au code des marchés publics ou à la présente ordonnance (...)* ».

Les SPL sont tenues de respecter les règles du code des marchés publics lorsqu'elles agissent dans le cadre d'un mandat prévu par l'article 3 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique.

En l'absence de texte contraire, les SPL ont la possibilité de prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales selon le régime applicable aux SEML. Cette prise de participation doit toutefois s'effectuer sur le territoire de la collectivité actionnaire dans une société commerciale intervenant sur ce territoire. De même, la participation au capital d'autres sociétés ne doit pas remettre en cause la relation de quasi-régie qui lie la SPL à sa collectivité actionnaire.

#### **→ Pour approfondir**

V. la circulaire DGCL du 29 avril 2011 sur le régime juridique des SPL et SPLA, en particulier les § 1.4.1. et 1.4.2.

#### **4.2.4. Contrôles**

Sauf règles contraires, les SPL sont soumises aux mêmes contrôles que les SEML ordinaires.



## 5. Les SEMOP

### 5.1. L'objet de ces sociétés

Instituées par la loi n° 2014-744 du 1<sup>er</sup> juillet 2014, les SEMOP sont destinées à favoriser une nouvelle forme de coopération entre le secteur public local et le secteur privé. Les dispositions législatives les concernant sont codifiées aux articles L. 1541-1 à L. 1541-3 du CGCT.

Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article L. 1541-2 du CGCT, une SEMOP. Celle-ci a pour objet soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales.

Le contrat est conclu pour une durée limitée : la SEMOP est dissoute de plein droit au terme du contrat. Son objet unique ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat (art. L. 1541-1 du CGCT).

Le contrat peut inclure la conclusion, entre la SEMOP et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales, d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de son objet (même article).

### 5.2. Le régime juridique de ces sociétés

#### 5.2.1. Organisation et fonctionnement

L'organisation et le fonctionnement des SEMOP se caractérisent par les particularités suivantes. Tout d'abord, la SEMOP peut, comme la SPL ou la SPLA, n'être constituée que de deux actionnaires. Ensuite, la participation publique au sein d'une SEMOP ne peut être inférieure à 34 %, soit le minimum requis afin de détenir une minorité de blocage, ni supérieure à 85 % (art. L. 1541-1, III du CGCT). Les autres actionnaires détiennent donc entre 15 % et 66 % du capital.

La présidence du conseil d'administration ou de surveillance est, de droit, confiée à un élu de la collectivité territoriale actionnaire.

#### 5.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales

Les SEMOP sont soumises aux mêmes règles que les autres sociétés locales à statut spécifique en ce qui concerne les seuils de capital social.



### **5.2.3. Moyens d'action : passation de contrats et prises de participation**

La question des contrats passés par la SEMOP n'est abordée ni par la loi, ni par les travaux parlementaires et peut susciter des interrogations, qui seront progressivement levées par la jurisprudence.

Constituée sous la forme d'une société anonyme, la SEMOP est une personne morale de droit privé. En raison de la diversité des situations, une analyse doit être menée au cas par cas pour déterminer si les critères d'identification du pouvoir adjudicateur fixés au 1° du I de l'article 3 de l'ordonnance du 6 juin 2005 précitée sont réunis (organisme de droit privé, doté de la personnalité morale, créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et dont, soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur, soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur).

Contrairement aux SEML et aux SPL, la SEMOP ne peut prendre de participations dans une autre société commerciale : créée pour une opération unique, elle n'a pas vocation à diversifier ses activités (art. L. 1541-1).

### **5.2.4. Contrôles**

Les SEMOP sont soumises aux mêmes contrôles internes et externes que les SEML.

## **6. La compatibilité du droit interne avec le droit de l'Union**

### **6.1. Les relations contractuelles avec la collectivité actionnaire**

La Cour de justice définit strictement la notion d'organismes dits « *in house* » ou internes (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire C-107/98 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. C-26/03). Les personnes publiques ne sont pas contraintes de recourir à une procédure de mise en concurrence lorsqu'elles envisagent de conclure un marché public avec des organismes juridiquement distincts, et sur lesquels elles exercent un contrôle analogue à celui exercé sur une structure interne. Les contrats, communément appelés « contrats de prestations intégrées » ou contrats « *in house* », correspondent ainsi à des contrats conclus par une personne publique avec un cocontractant (public ou privé) sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle assure sur ses propres services (pouvoir de direction, de contrôle, financement), et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle. L'article 12 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil intègre dans ses dispositions (« marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public »), la jurisprudence *Teckal* précitée, en en précisant les modalités d'application.



En raison de la présence d'actionnaires privés en leur sein, les SEML sont exclues de la catégorie des opérateurs « *in house* ». La Cour de justice a en effet nettement exclu de l'exception « *in house* » les coopérations entre entités de droit public et organismes privés (CJCE, arrêt *Stadt Halle*, préc.), même si ceux-ci sont très minoritaires en capital. Les contrats conclus entre les personnes publiques et les SEML sont donc soumis aux règles de passation des marchés publics (C'est ce que le Conseil d'État a, au demeurant, jugé dans sa décision du 30 décembre 2002, *département des Côtes d'Armor*, n° 218110, aux T. p. 829, lorsqu'une collectivité locale confie à une SEML l'exécution d'une prestation de service).

Les contrats conclus entre les SPL/SPLA et les personnes publiques actionnaires peuvent en principe être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable. Néanmoins, seul un examen au cas par cas des statuts de chaque société permet de s'assurer du respect des deux critères dégagés par la Cour de justice de l'Union (contrôle analogue et réalisation de l'essentiel de l'activité ; v. la circulaire DGCL du 29 avril 2011 préc., § 11). Cette qualification n'est en effet pas automatique pour le juge, qui procède à une appréciation *in concreto* (v. dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE du 29 novembre 2012, *Econord SpA c/ Comune di Cagno et Comune di Varese*, aff. C-182/11, la décision du CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte et société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise*, n° 365079, au rec. p. 261, qui juge, pour les SPLA créées sur le fondement des dispositions de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, que « *pour être regardée comme exerçant un tel contrôle [un contrôle analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services] sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société* »).

La spécificité de la SEMOP par rapport à la SEML consiste en son mode de mise en concurrence. Une procédure unique permet en effet de choisir la personne privée qui deviendra actionnaire de la SEMOP et d'attribuer le contrat à la société (art. L. 1541-2 du CGCT). Ce dispositif apparaît compatible avec le droit de l'Union : la Cour de justice a en effet admis la possibilité de recourir à des montages reposant sur des partenariats public-privé « institutionnalisés » (PPPI), c'est-à-dire la possibilité de créer, entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, une structure dédiée à une opération donnée, les contrats passés avec cette structure échappant à toute mise en concurrence dès lors que le choix de l'opérateur avait, quant à lui, bien donné lieu à une telle procédure (CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. C-196/08). La Commission européenne avait déjà adopté une position analogue dans sa communication COM(2007) 6661 du 5 février 2008 sur l'application des règles du droit de l'Union aux marchés publics aux partenariats public-privé institutionnalisés, catégorie juridique européenne dont relèvent les SEMOP.



## **6.2. Application du régime des aides d'État**

Dans son avis n° 11-A-18 du 24 novembre 2011, l'Autorité de la concurrence recommande aux collectivités publiques une vigilance particulière lorsqu'elles accordent à des SPL des compensations financières, qui sont susceptibles d'être regardées comme des aides d'État. La même recommandation est valable pour les autres sociétés locales à statut spécifique.





## FICHE 17 Groupements

### 1. La notion de groupements

La notion de groupements désigne l'ensemble des modalités de partenariat institutionnel offertes aux personnes publiques dans le cadre de leur action économique. Elle inclut ici les groupements d'intérêt économique (GIE) et leur pendant, les groupements européens d'intérêt économique (GEIE), les groupements d'intérêt public (GIP), les associations, les fondations et les fonds de dotation.

Elle exclut donc la prise de participation dans une société régie par le droit commercial, ou la création d'établissements publics (v. fiches respectives). Les partenariats entre personnes publiques et privées au sein de sociétés locales font également l'objet d'une fiche spécifique.

Ces différentes formes de groupements ont en commun de disposer de la personnalité juridique, et de représenter ainsi des acteurs à part entière sur un marché.

### 2. L'usage économique d'un groupement

#### **2.1. Intérêt du recours à un groupement pour les personnes publiques**

A l'exception du GIE, les groupements étudiés dans cette fiche ne sont pas autorisés à poursuivre un but lucratif. Les motivations des personnes publiques peuvent notamment être les suivantes :

- l'externalisation et la mise en commun d'activités ;
- la possibilité de conduire des opérations plus larges que celles dévolues à un établissement public, contraint par le principe de spécialité ;
- la possibilité de rejoindre une structure plus souple que la société commerciale, permettant dans la plupart des cas un partenariat avec une personne privée ;
- dans le cas des GIP, le recours à une structure de droit public permettant d'éviter certains inconvénients propres à l'établissement public.



## 2.2. Intérêt comparatif des différentes catégories de groupements

Le GIE, à la différence de la société, n'a pas pour objectif de faire des bénéfices pour lui-même, mais fonctionne seulement dans l'intérêt de ses membres. Néanmoins, à la différence de l'association, le GIE peut avoir un but lucratif.

Le GIP permet de constituer un partenariat souple entre personnes publiques et privées tout en disposant du statut d'une personne publique et des modalités de contrôle associées. Néanmoins, il s'agit d'une structure moins souple que le GIE.

La formule de l'association jouit d'un mode de fonctionnement particulièrement souple, qui peut être adapté pour garantir le contrôle de la personne publique. Son utilisation reste néanmoins risquée (v. *infra* point 5.1.5.).

La fondation constitue un moyen d'affectation irrévocable de biens à la réalisation d'œuvres d'intérêt général, remplissant en ce sens une mission plus spécifique que les autres structures.

Le fonds de dotation combine les avantages de l'association et de la fondation sans leurs inconvénients. Il constitue une modalité pratique de financement des œuvres d'intérêt général, et notamment du mécénat.

## 3. Les GIE et GEIE

### 3.1. La notion de GIE et de GEIE

#### 3.1.1. Définition du GIE

Le GIE a été créé en tant que nouvelle structure juridique par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967 (modifiée par les lois n° 84-148 du 1<sup>er</sup> mars 1984, n° 85-698 du 11 juillet 1985 et surtout n° 89-377 du 13 juin 1989). Son statut est désormais codifié aux articles L. 251-1 à L. 251-23 du code de commerce.

Il s'agit d'une personne morale de droit privé, qui peut être constituée avec ou sans capital, pour une durée déterminée. Bien qu'il soit immatriculé au registre du commerce et des sociétés, il peut être civil ou commercial, selon son objet, c'est-à-dire selon l'activité qu'il exerce réellement. Les textes ne font pas de distinction entre les personnes morales autorisées à participer à un GIE (art. L. 251-1).

La création d'un GIE ou d'un GEIE repose sur l'activité économique des membres et le caractère auxiliaire des activités mises en commun par rapport à leurs activités principales. Si l'objectif premier du GIE n'est pas de faire des profits, il peut toutefois avoir un but lucratif.

Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement (art. L. 251-6).

### **3.1.2. Définition du GEIE**

Le GEIE a été créé par le règlement (CEE) n° 2137/85 du 25 juillet 1985, les dispositions de ce règlement étant directement applicables depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1989. Il s'inspire fortement du modèle français du GIE. Le code du commerce comporte des dispositions le régissant (art. L. 252-1 à L. 252-12).

Les GEIE permettent à des personnes morales de droit public ou privé appartenant à des États différents au sein de l'Union européenne de s'associer « *pour faciliter et développer leur activité économique* ». Les membres du GEIE doivent avoir leur siège statutaire ou légal et leur siège réel dans un pays membre de l'Union européenne.

Les GEIE organisent la coopération de leurs membres dans le cadre de leurs statuts et des dispositions de droit interne qui régissent leur activité. Ils relèvent d'un régime de droit privé.

## **3.2. La prise en compte du droit de l'Union**

### **3.2.1. Concernant les GIE au niveau national**

La personne publique participant à un GIE doit notamment prendre en compte le droit des aides d'État, qui peut s'appliquer aux GIE.

La transparence fiscale des GIE constitue un point de vigilance particulier. La Commission a ainsi notamment conclu à l'illégalité du dispositif fiscal de financement de biens mis en location par des GIE issu de l'article 77 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998, dit « GIE fiscal », en décembre 2006 [aide d'État C 46/2004 (ex NN 65/2004)].

### **3.2.2. Concernant les GEIE au niveau européen**

Le droit des aides d'État s'applique également aux GEIE. Dans un arrêt du 13 octobre 1982 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e.a. c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, aff. jointes 213 à 215/81, point 22), la Cour de justice a rappelé que les dispositions des traités concernent « *les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État* » ; ainsi, lorsque l'avantage financier est octroyé au moyen de ressources de l'Union européenne, il ne saurait être considéré comme une aide d'État ou comme une aide accordée au moyen de ressources d'État.

## **3.3. La participation des personnes publiques à un GIE et un GEIE**

Certains textes législatifs spécifiques prévoient une telle participation : c'est le cas, par exemple, de l'article L. 115-5 du code de la sécurité sociale, qui dispose que les caisses nationales d'assurance maladie, en tant qu'établissements publics, peuvent participer à des GIE.



Pour le reste, n'étant pas interdite par les textes, la participation des personnes publiques à un GIE ou à un GEIE doit être regardée *a priori* comme possible. Elle peut toutefois être subordonnée au respect par ces personnes de certaines règles du droit public, qui peuvent avoir pour conséquence de réduire la très grande liberté reconnue aux membres d'un GIE par le code de commerce.

Par exemple, les collectivités territoriales doivent prendre en compte la règle selon laquelle elles n'ont pas le droit de participer au capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation par décret en Conseil d'État (art. L. 2253-1 du code général des collectivités territoriales).

### **3.4. Le cadre juridique d'un GIE**

#### **3.4.1. La création d'un GIE**

Le GIE peut être créé *ex nihilo* ou par transformation d'une société ou d'une association, sans dissolution. L'acte institutif du GIE est un contrat établi entre ses différents membres (L. 251-8 du code de commerce), pour la rédaction duquel une grande liberté leur est laissée. En conséquence, la plus grande attention doit être apportée à la rédaction de ce contrat constitutif.

La participation de personnes publiques au GIE entraîne des obligations particulières pour :

- les établissements publics : l'approbation de l'autorité de tutelle est nécessaire. La délibération du conseil d'administration relative à cette opération, ainsi que le contrat constitutif du GIE doivent être approuvés par le ministre de tutelle ainsi que par le ministre des finances.
- les collectivités territoriales : l'absence de capital ou de but lucratif du GIE conditionne leur participation, qui à défaut doit être autorisée par décret en Conseil d'État (v. *supra* point 3.3.).

Lorsqu'un texte prévoit explicitement la participation d'une personne publique à un GIE, il organise en général sa participation (par exemple, l'article R. 115-4 du code de la sécurité sociale pour les caisses d'assurance maladie).

De manière plus générale, les représentants de l'État qui administrent ou contrôlent les groupements ne peuvent exercer de mandat supérieur à trois ans (décret 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).

Il peut être constitué avec ou sans capital (art. L. 251-3 du code de commerce). Un GIE constitué sans capital ne connaît pas d'apports, sauf en industrie.

Le GIE ne jouit de la personnalité morale qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. L. 251-4).





### **3.4.2. Modalités d'organisation d'un GIE**

Le contrat du groupement fixe les règles relatives à l'organisation et à l'administration du GIE, qui comprend une assemblée des membres, organe délibérant (art. L. 251-10 du code du commerce), et des administrateurs (art. L. 251-11).

*L'assemblée des membres* : l'article L. 251-10 n'édicte que trois règles, dont une règle impérative, qui énonce que dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité ; dans ce cas, chaque membre dispose d'une voix ; l'assemblée est obligatoirement réunie à la demande d'au moins un quart des membres. Les fondateurs du GIE fixent librement la compétence de l'assemblée. L'assemblée doit néanmoins obligatoirement se réunir en cas d'exercice de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes (art. L. 251-15).

*Les administrateurs* : ils sont nommés par le contrat de groupement, qui détermine leurs attributions et les conditions de leur révocation. De fait, les administrateurs peuvent être des personnes physiques ou morales, membres du groupement ou tiers... Leur nombre est également librement déterminé par le contrat constitutif, tout comme leurs pouvoirs. A défaut de limitation statutaire, les administrateurs d'un GIE sont tenus d'agir dans les limites de l'objet social et de l'intérêt du groupement.

Dans le cas de la participation d'une personne publique au GIE, les représentants de l'État qui administrent ou contrôlent les groupements ne peuvent exercer de mandat supérieur à trois ans (v. *supra* point 3.4.1.).

Le GIE peut disposer de son propre personnel, solution juridiquement plus sécurisée, ou bénéficier d'un personnel mis à disposition par ses membres, dans le respect des règles fixées par ses membres. Le personnel du GIE est de droit privé.

La mise à disposition de personnel est encadrée par le législateur, ce qui implique d'être vigilant dans sa mise en œuvre. Dans le cadre d'une mise à disposition de personnel, les salariés concernés auprès du GIE restent soumis à leur structure d'origine, avec laquelle ils conservent un lien de subordination. De même, pour être licite, la mise à disposition ne doit pas avoir « *pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre* » et ne doit pas avoir un « *but lucratif* » (conditions cumulatives définies à l'art. L. 8241-1 du code du travail). Le membre du GIE sera ainsi particulièrement attentif à définir clairement la tâche du personnel mis à disposition afin d'éviter la constitution d'un délit de prêt illégal de main d'œuvre (art. L. 8243-1). Il devra également veiller à ne pas se rendre coupable de « marchandage » défini comme « *toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluder l'application des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail* » (art. L. 8231-1) et constitutif d'un délit (art. L. 8234-1).

### **3.4.3. Les règles applicables en matière de commande publique**

Ont vocation à s'appliquer aux GIE les textes qui soumettent la passation de certains contrats ne pouvant être qualifiés de marchés publics à des règles de publicité et de mise en concurrence, notamment l'ordonnance n° 2005-650 du 6 juin 2005.



### 3.5. Le contrôle de la gestion et des comptes

La comptabilité du GIE est tenue par un comptable privé, selon les règles du droit privé. Le contrôle des comptes est obligatoire, avec recours à un commissaire aux comptes (art. L. 251-12 du code de commerce). Le contrat constitutif est libre d'organiser ce contrôle, sauf lorsque le GIE compte au moins cent salariés à la clôture d'un exercice : le contrôle des comptes est alors exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes nommés par l'assemblée des membres pour une durée de six exercices.

Le code de commerce prévoit que le contrôle de gestion, confié à des personnes physiques, est exercé dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement (art. L. 251-12). Ce contrôle porte sur le bien-fondé et l'opportunité des actes de gestion des administrateurs. Le contrôleur de gestion dispose de plusieurs pouvoirs prévus par le contrat constitutif afin de mener à bien sa mission : vérification sur pièces, rapports périodiques et annuel à l'assemblée des membres...

Un GIE constitué d'une ou plusieurs personnes publiques est susceptible d'être contrôlé par la Cour des comptes (art. L. 133-2 du code des juridictions financières), ainsi que par les membres du contrôle économique et financier de l'État, dans les conditions prévues par le décret n° 55-733 du 26 mai 1955.

## 4. Les groupements d'intérêt public

Apparus pour la première fois dans l'ordre juridique en 1982, dans le domaine de la recherche (art. 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982), les groupements d'intérêt public (GIP) sont à présent régis par le chapitre II de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui a harmonisé les règles de nature législative applicables jusque-là aux différents GIP et s'est substituée en partie aux nombreux textes qui existaient jusqu'alors, qui ont été abrogés ou modifiés en conséquence par les articles 118 et 119 de cette loi. Le décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 précise les modalités d'application de ce nouveau régime et abroge ou modifie les décrets relatifs aux différentes catégories de GIP créées antérieurement à cette réforme.

### 4.1. La notion de GIP

Le GIP est une personne morale de droit public, dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention, approuvée par l'État, soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre une ou plusieurs personnes morales de droit public et une ou plusieurs personnes morales de droit privé, afin d'exercer ensemble des activités d'intérêt général (art. 98 de la loi du 17 mai 2011).

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas constituer entre eux des GIP pour exercer ensemble des activités qui peuvent être confiées à l'un des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du



code général des collectivités territoriales (par ex., établissements de coopération intercommunale), à l'exception des activités de gestion des programmes opérationnels interrégionaux.

Le Tribunal des conflits a constaté que le législateur, en créant les GIP, avait entendu leur appliquer, par analogie, les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière d'établissements publics proprement dits (v. fiche « *établissements publics industriels et commerciaux* »). Il en résulte qu'il revient à la loi de fixer les règles constitutives des GIP. Pour le reste, les GIP constituent des personnes publiques relevant d'un régime spécifique qui se caractérise par une absence de soumission de plein droit aux lois et règlements régissant les établissements publics (TC, 14 février 2000, *GIP Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris*, n° 03170).

## **4.2. La prise en compte du droit de l'Union**

Le droit des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux GIP (v. *supra* point 3.2.).

## **4.3. Le régime juridique d'un GIP**

### **4.3.1. La création d'un GIP**

La convention constitutive d'un GIP est un contrat relatif à l'organisation du service public et non un acte administratif unilatéral. En ce qui concerne l'approbation et le contenu de la convention constitutive, v. *Guide de légistique* (cas pratiques, fiche 5.2.4.).

### **4.3.2. Missions des GIP (article 98)**

Les membres des GIP exercent ensemble au sein du groupement des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice, ce qui les distingue des GIE.

### **4.3.3. Organisation des GIP (articles 103 à 106)**

L'organe délibérant d'un GIP est l'assemblée générale. Elle doit être majoritairement représentée – en voix ou en capital – par les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. La loi du 17 mai 2011 donne également la faculté à la convention constitutive d'établir un conseil d'administration.

Seule l'assemblée générale a le pouvoir de modifier ou de renouveler la convention constitutive, de transformer le GIP en une autre structure ou de le dissoudre par anticipation. Ces décisions sont prises à l'unanimité ou à la majorité qualifiée, en fonction des stipulations de la convention. Sauf clause contraire, chaque membre dispose d'une voix. L'assemblée générale est obligatoirement réunie à la demande du quart au moins des membres du groupement ou à la demande d'un ou plusieurs membres détenant au moins un quart des voix.



Le fonctionnement du GIP est assuré par un directeur, qui peut être placé sous le contrôle de l'assemblée générale ou du conseil d'administration et dont la désignation se fait dans les conditions prévues par la convention constitutive. Le directeur peut également exercer les fonctions de président du conseil d'administration, si la convention constitutive le prévoit.

Selon le choix opéré par le GIP et quelle que soit la nature de ses activités, tous les personnels, y compris le directeur, sont soumis soit aux dispositions du code du travail, soit à un régime de droit public, sous réserve des dispositions relatives à la mise à disposition prévues par le statut général de la fonction publique.

#### **4.3.4. Les règles applicables en matière de commande publique**

N'étant pas soumis de plein droit aux règles qui s'appliquent aux établissements publics, les GIP n'entrent pas, en particulier, dans le champ d'application du code des marchés publics. En revanche, lorsqu'ils sont susceptibles d'être qualifiés de pouvoirs adjudicateurs, les GIP sont soumis aux règles fixées par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (art. 8 du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public).

Par ailleurs, les personnes publiques qui recourent, pour réaliser des prestations correspondant à leurs besoins, à un GIP dont elles sont membres, exclusivement composé de personnes publiques, peuvent échapper aux règles de publicité et de mise en concurrence, un tel GIP pouvant être regardé comme une structure de quasi-régie, ou « *in-house* » (CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° 300481, au rec. p. 76).

#### **4.4. Le contrôle des GIP**

Le GIP est soumis à un double contrôle technique et financier (art. 114 et 115 de la loi du 17 mai 2011). Sur le plan technique, un commissaire du Gouvernement peut être désigné pour contrôler l'activité du groupement si l'État en est membre. Il dispose d'un droit d'opposition aux décisions mettant en jeu l'existence ou le bon fonctionnement du GIP.

Sur le plan financier, les GIP sont notamment soumis au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Sous certaines conditions, le groupement peut également être soumis au contrôle général économique et financier.

Ce contrôle permet une meilleure préservation des intérêts publics en jeu, notamment dans le cas d'une coopération avec une personne privée.



## 5. Les autres groupements : associations, fondations et fonds de dotation

### 5.1. Les associations

#### 5.1.1. Définition

Selon l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901, l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices. La liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, Ass., 16 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, n° 26638, rec. p. 317), qui a une valeur constitutionnelle (CC, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971). Les associations peuvent être reconnues d'utilité publique par décret du gouvernement après avis du Conseil d'État.

Il existe différentes formes de collaboration entre l'association et la personne publique : elle peut soit participer à la création de l'association, soit y adhérer, mais elle peut également utiliser la réglementation unilatérale ou recourir à une collaboration contractuelle.

A la différence d'une société, l'association a un but non lucratif. Cette caractéristique n'exclut cependant pas la possibilité pour elle d'exercer une activité économique, a fortiori en collaboration avec la personne publique, dès lors que le but n'est pas de partager les bénéfices entre les membres.

#### 5.1.2. La prise en compte du droit de l'Union

Le régime des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux associations (v. *supra* point 3.2.).

#### 5.1.3. Création et organisation

La création de l'association requiert le consentement de deux personnes physiques ou morales. Si la rédaction des statuts est libre, l'objet de l'association doit néanmoins être licite et figurer dans les statuts. Ces derniers sont obligatoires pour les associations déclarées. L'association acquiert la personnalité morale de droit privé dès sa déclaration auprès des autorités de l'État et sa publication au Journal officiel.

Le fonctionnement interne de l'association, ainsi que la répartition des pouvoirs entre les différents organes, est librement déterminé par les statuts. Les dirigeants de l'association exercent leurs fonctions sur mandat de l'assemblée générale. Ce mandat obéit aux règles de droit commun régissant le mandat en droit civil.



#### **5.1.4. Les règles relatives à la commande publique**

Les associations peuvent être soumises à une obligation de mise en concurrence de leurs prestataires lorsqu'elles sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Il est à noter que le premier critère posé par le 1° du I de l'article 3 de cette ordonnance (organisme de droit privé créé afin de satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial) sera le plus souvent rempli.

#### **5.1.5. Les risques liés au recours à des associations**

Ces risques existent dans deux cas de figure majeurs : l'engagement de la responsabilité de la personne publique ; la requalification et les risques liés à la fictivité de l'association.

Même en cas d'usage à bon escient de l'association, la responsabilité de la personne publique peut être engagée tant sur les plans administratif et financier, pour défaut de contrôle ou faute de gestion, que sur le plan pénal, où les agents publics peuvent être mis en cause en cas d'infractions.

La fictivité de l'association, qui correspond à l'hypothèse dans laquelle la structure créée ne dispose d'aucune autonomie et ne constitue qu'un démembrement de la personne publique, augmente les risques encourus par la collectivité publique, qui devient responsable des fautes commises par l'association.

#### **5.1.6. Le contrôle des associations**

Les associations, tout comme les fondations, reconnues d'utilité publique doivent transmettre un rapport d'activité financier à la préfecture de leur siège social, qui exerce un contrôle administratif. Un rapport comptable doit également être transmis, certifié par un commissaire aux comptes. Enfin, ces associations peuvent faire l'objet d'un contrôle par la Cour des comptes depuis la loi n° 91-772 du 7 août 1991 en tant qu'organismes faisant appel à la générosité publique.

### **5.2. Les fondations et fonds de dotation**

#### **5.2.1. Les fondations**

La fondation est une personne morale de droit privé à but non lucratif, qui permet l'affectation irrévocable de biens, droits et ressources à la réalisation d'œuvres d'intérêt général dans un but désintéressé. Elle peut également être reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État. Cette forme particulière d'association a été encouragée par plusieurs textes législatifs, notamment la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 portant création des fondations d'entreprises ou encore la loi n° 2003-721 du 1<sup>er</sup> août 2003 pour l'initiative économique.

Contrairement à l'association, la fondation doit être reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État afin de disposer de la personnalité juridique. Son objet est plus spécifique, et porte exclusivement sur le financement d'œuvres d'intérêt général.



### **5.2.2. Les fonds de dotation**

Institué par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. 140), le fonds de dotation est une personne morale de droit privé, créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée ou indéterminée, à laquelle des biens, droits et ressources sont affectés en vue de la réalisation d'œuvres d'intérêt général.

Le fonds de dotation n'en a pas la libre disposition, mais il doit en tirer des fruits qui seront, soit utilisés pour financer une activité d'intérêt général mise en œuvre directement par lui, soit reversés à d'autres personnes morales à but non lucratif, à charge pour elles de mettre en œuvre une telle activité. Par dérogation, les statuts peuvent fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée.

Le fonds de dotation dispose d'avantages liés à la fois à l'association et à la fondation. Il peut recevoir sans restrictions toute libéralité – ce qui n'est pas le cas de l'association, sauf si elle est reconnue d'utilité publique. A la différence de la fondation, le fonds de dotation n'a pas à être créé par décret en Conseil d'État pour disposer de la personnalité juridique : il en jouit, comme les associations, à compter de la date de publication au Journal officiel de la déclaration du fonds faite à la préfecture. Le principal atout du fonds de dotation réside dans son régime fiscal, qui s'apparente à celui des fondations reconnues d'utilité publique : d'une part, il bénéficie, sous réserve de certaines conditions, d'une exonération d'impôt sur les sociétés (art. 206, 1 bis du code général des impôts, ci-après CGI) ; d'autre part, les versements effectués par des entreprises ou des particuliers à son profit ouvrent droit, sous certaines conditions, au régime du mécénat (art. 200, 1, g du CGI).

Les versements faits au fonds de dotation pour remplir sa mission ne peuvent provenir que de fonds privés, qu'il s'agisse de la dotation initiale ou des fonds ultérieurement reçus. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'a été prévue la possibilité d'un apport de fonds publics, sur autorisation donnée par arrêté interministériel, pour une « œuvre » ou un programme d'actions déterminé et en considération de son importance ou de sa particularité (Conseil d'État, section de l'intérieur et section des finances réunies, avis n° 384577 du 27 octobre 2010).

### **5.2.3. La prise en compte du droit de l'Union**

Le régime des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux fondations et fonds de dotation (v. *supra* point 3.2.).

#### **→ Pour approfondir**

V. sur les fonds de dotation, le jeu de questions-réponses, mis en ligne par la direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers : <http://www.economie.gouv.fr/daj/fonds-dotation>.







**FICHE 18**

## **Encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre**

### **1. Notion d’encadrement des activités économiques**

L’encadrement des activités économiques entendu au sens de la présente fiche, regroupe l’ensemble des législations et réglementations économiques correspondant à la police des activités économiques privées, sans toutefois pouvoir être réduit à cette seule dimension.

Il s’agit pour l’essentiel d’examiner les conditions dans lesquels les textes peuvent régir :

- l’étendue et la structure d’un marché ;
- l’accès à un marché ;
- le fonctionnement d’un marché.

La présente fiche ne traitera pas des textes législatifs et réglementaires traitant d’outils spécifiques, comme les textes instituant une fiscalité incitative, organisant l’urbanisme économique, définissant les conditions d’octroi des subventions, ou fixant le droit des marchés publics. On se reportera aux fiches correspondantes du présent guide.

Les textes encadrant les activités économiques affectent par nature les libertés économiques des opérateurs, résultant du droit interne (liberté du commerce et de l’industrie, liberté d’entreprendre) comme du droit de l’Union (libre circulation des marchandises, des capitaux, libre prestation de service et liberté d’établissement). Leur compatibilité avec les autres traités internationaux doit par ailleurs être vérifiée.

### **2. Les monopoles et droits exclusifs**

#### **2.1. Notion**

Un droit exclusif est un privilège conférant une exclusivité sur un marché. Il s’approche donc de la notion de monopole. Toutefois, il existe des droits exclusifs n’engendrant pas nécessairement une position monopolistique, notamment s’il s’agit de droits exclusifs d’utilisation de certaines installations n’empêchant pas la concurrence de s’exercer par d’autres moyens. C’est le cas, par exemple, des droits exclusifs d’utilisation d’un réseau.



## 2.2. Exigences de droit interne

### 2.2.1. Compétence

Seul le législateur est compétent pour instituer un monopole (CE, sect., 9 octobre 1981, *CCI de Toulon et du Var*, n° 11151). Le pouvoir réglementaire peut, comme le législateur, instituer des droits exclusifs (CE, 19 février 1996, *Syndicat des fabricants de mobilier de bureau et d'atelier, sièges et système d'organisation*, n° 079315).

### 2.2.2. Respect des libertés économiques

L'instauration d'un monopole ou d'un droit exclusif affectant l'initiative des autres opérateurs, il convient de vérifier qu'il n'apporte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du commerce et de l'industrie (v. pour un droit exclusif, CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° 276928, au rec. p. 20).

En ce qui concerne la protection du service public exploité exclusivement sur le domaine public, l'administration dispose de larges prérogatives pour limiter les activités commerciales exploitées sur ce dernier et concurrençant un service public (CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, n° 99532, au rec. p. 117).

## 2.3. Exigences du droit de l'Union

### 2.3.1. Cadre concurrentiel

Les notions de droits exclusifs et spéciaux font l'objet de définitions spécifiques en droit de l'Union.

Les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* » (art. 2, sous f) de la directive 2006/111/CE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises).

Les droits spéciaux sont, quant à eux, « *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 (...) confèrent à une ou plusieurs entreprises (...) des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* » (art. 2, sous g) de la directive 2006/111/CE précitée).

Si l'octroi de droits exclusifs ne contrevient pas, en tant que tel, aux règles européennes protégeant la libre concurrence (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90), cela peut être le cas sous l'angle de la prohibition des abus de position dominante, ne serait-ce que parce que l'octroi de droits exclusifs présuppose la constitution d'une position dominante. Seul l'abus de position dominante est sanctionné (CJCE, 10 juillet 2008, *Bertelsmann et Sony Corporation of America c/*

*Impala*, aff. C-413/06 ; TPICE, 6 juin 2002, *Airtours c/ Commission*, aff. T-342/99 ; CE, 31 juillet 2009, *Société Fiducial audit et Société Fiducial expertise*, n° 305903, au rec. p. 313).

La légalité du droit exclusif dépend, en droit interne comme en droit de l'Union, de la qualité de la prestation offerte et de l'aptitude de l'opérateur à satisfaire la demande. L'attribution de droits exclusifs ne doivent pas mettre leur titulaire en situation d'exploiter une position dominante de façon abusive (CE, 26 mars 1997, *Association française des Banques*, n° 163098, au rec. p. 110).

De même, comme dans le cadre des services d'intérêt économique général (SIEG ci-après), l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux doit toujours s'accompagner de la définition, par l'autorité publique, de la mission pour l'accomplissement de laquelle ces droits sont accordés.

### **2.3.2. Le cas particulier des SIEG et l'exigence impérative d'intérêt général**

Il existe une exception généralisée aux règles du traité, fondée sur la notion de SIEG, inscrite au paragraphe 2 de l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). Ce dernier stipule 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* ». L'arrêt *Corbeau* de la CJCE du 19 mai 1993 (aff. C-320/91) admet l'octroi de droits exclusifs et spéciaux aux SIEG pour la réalisation de leur mission. Cette jurisprudence a été confirmée par la décision *Commune d'Almelo* de la Cour de justice du 27 avril 1994 (aff. C-393/92).

Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG (v. CJCE, 16 novembre 1995, *FFSA e.a./ Commission*, aff. C-244/94) : la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste. Le juge administratif contrôle le bien-fondé de l'attribution de droits exclusifs à l'aune des prescriptions du paragraphe 2 de l'article 106 du TFUE (v. par exemple CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° 218067, au rec. p. 401) et des directives sectorielles (CE, Ass., 17 juin 2015, *La Chaîne Info*, n° 384826, à publier au rec.)

Un acte d'investiture de la part de la puissance publique doit être pris, par exemple, sous la forme d'une habilitation unilatérale ou l'octroi d'une concession de service public (CJCE, *Almelo*, préc.).

Une mesure ne peut être justifiée au regard de l'article 106 § 2 que si elle est nécessaire pour permettre l'accomplissement de la mission et proportionnée.

Un droit exclusif peut par ailleurs être légitimé au regard d'une exigence impérieuse d'intérêt général. De même, l'octroi de droits exclusifs pour un tel motif doit être adéquat et proportionnel (CJCE, 3 mars 1993, *Dieter Kraus*, C-19/92).



### 3. Le contrôle de l'accès à une profession ou à une activité

Le contrôle de l'accès à un marché peut prendre **trois formes**, plus ou moins contraignantes :

- l'exigence, pour l'exercice d'une activité, du dépôt d'une déclaration préalable ;
- la soumission d'une activité à autorisation ;
- l'interdiction pure et simple d'une activité.

#### 3.1. Le cadre juridique national

##### 3.1.1. Compétence

Le contrôle de l'accès au marché, c'est-à-dire l'instauration d'un régime restrictif, est réservé au législateur, en tant qu'il affecte l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre (v. not., CE, 3 septembre 2007, *Amiel c. Ordre national des médecins*, n°s 295344 et 295403, aux T. p. 1053 ). Seule la loi peut limiter l'accès à une profession et en fixer les conditions (art. 34 de la Constitution ; CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne Isle et Dordogne maritimes*, n° 75544, au rec. p. 447). Ainsi, sauf habilitation législative, les autorités détentrices de pouvoirs de police administrative, en particulier le pouvoir réglementaire local, n'ont pas compétence pour subordonner l'exercice d'une activité à une autorisation ou à une déclaration préalable (CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n°s 00590 et 02551, au rec. p. 362). Une restriction qui ne consiste pas en une interdiction générale et absolue peut toutefois être édictée par l'autorité de police locale pour des motifs d'ordre public (CE, Ass., 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes-filmeurs*, n° 49153).

Seules deux hypothèses peuvent légitimer l'intervention du pouvoir réglementaire :

- lorsque le pouvoir réglementaire ne vient que préciser ou compléter une législation restrictive (CE, Sect., 25 juillet 1975, *Min. de l'équipement c/ Sieur Richoux*, n° 96377, au rec. p. 429 ; CE Ass , 7 juillet 2004, *Min. de l'intérieur c/ M. Benkerrou*, n° 255136, au rec. p. 297) ; le pouvoir réglementaire doit toutefois veiller avec attention à ne pas altérer le champ et l'équilibre de la législation ;
- lorsqu'il s'agit de soumettre à un régime d'autorisation préalable des activités s'exerçant sur le domaine public et faisant un usage distinct de l'usage normal des dépendances de ce domaine (CE, *Société des autobus antibois*, préc.).

##### 3.1.2. Respect des libertés économiques

L'instauration de régimes restrictifs par la loi doit respecter la liberté d'entreprendre, qui est un principe de valeur constitutionnelle (CC, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, loi de nationalisation ; n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, loi visant à reconquérir l'économie réelle) et, lorsqu'ils sont introduits par le pouvoir réglementaire, la liberté du commerce et de l'industrie (CE, *Daudignac*, préc.).

En cas de fixation d'un contingent d'autorisations, ce nombre doit être déterminé en considération des équilibres économiques et de la régulation de la concurrence. La pertinence de la fixation de ce contingent est soumise au contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, n° 292855, au rec. p. 278).

S'il n'existe aucun texte encadrant la fixation des critères de délivrance d'une autorisation, l'administration doit veiller à ne pas fixer des conditions susceptibles de méconnaître le principe d'égalité ou le droit de la concurrence (CE, 23 février 1979, *Ville de Strasbourg*, n° 10230, au rec. p. 77 ; CE, 16 juin 1978, *Ville de Clermont-Ferrand*, n° 04193).

## 3.2. Exigences découlant du droit de l'Union

### 3.2.1. Les libertés

Le principe de libre concurrence suppose l'affirmation de la liberté d'accès au marché. En droit de l'Union, cette liberté générale d'accès au marché est traduite par **cinq libertés particulières** : la liberté de circulation des marchandises (art. 28 à 37 du TFUE), la liberté de circulation des personnes (citoyens de l'Union : art. 20 et 21 ; travailleurs : art. 45 à 48), la liberté d'établissement (art. 49 à 55), la liberté de prestation de services (art. 56 à 62), et la liberté de circulation des capitaux (art. 63 à 66).

Ces libertés économiques sont assorties d'un principe général de non-discrimination (à raison de la nationalité : art. 18 du TFUE ; pour les autres critères : v. art. 19 du TFUE, directive 2000/43/CE et directive 2000/78/CE).

### 3.2.2. Les textes d'harmonisation

#### ■ Directive « services »

Le législateur doit se conformer à la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, plus communément appelée « directive services ». Cette directive a pour objectif, entre autres, d'encadrer les régimes d'autorisation voire de tendre à leur suppression dans certains domaines. En particulier :

- pour les services relevant de son champ d'application, elle ne permet aux États membres de recourir au régime d'autorisation que sous certaines conditions énumérées par son article 9, à savoir : 1) le régime d'autorisation ne doit pas être discriminatoire à l'égard du prestataire visé ; 2) seule une raison impérieuse d'intérêt général peut justifier qu'un État membre subordonne l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation ; 3) l'État membre doit établir que l'objectif poursuivi ne pouvait être atteint par une mesure moins contraignante ; les trois principes à respecter sont donc la non-discrimination, la nécessité et la proportionnalité ;
- l'article 10 de la directive fixe des critères encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente ; de même, il prévoit



que toute décision de retrait d'autorisation doit être dûment motivée et doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ;

- son article 13 incite les États membres à faciliter les procédures et les formalités d'autorisation dans le cadre de la liberté d'établissement afin de ne pas rendre celles-ci dissuasives ;
- ses articles 14, 15 et 16 encadrent les exigences qui peuvent accompagner ou constituer les conditions d'une autorisation :
- l'article 14 fournit une liste « d'exigences interdites » (notamment la preuve d'un besoin économique ou encore l'intervention, même indirecte, d'un opérateur potentiellement concurrent dans une procédure d'autorisation) ; de telles exigences ne peuvent être imposées aux prestataires par les États membres ;
- l'article 15 fournit quant à lui une liste d'exigences à évaluer en matière d'établissement des prestataires ; ces exigences, sans être nécessairement contraires à la directive ont en commun le fait de restreindre l'accès aux activités de services ou de rendre celui-ci moins attrayant, notamment pour les prestataires des autres États membres ;
- l'article 16 rappelle que les États membres ne peuvent en principe restreindre la libre prestation de service, notamment en imposant une autorisation préalable à un prestataire établi dans un autre État membre ou d'autres exigences qui constituent des restrictions injustifiées à la libre prestation de services.

Par ailleurs, la directive (art. 6) impose aux États membres la mise en place de « guichets uniques », permettant d'accomplir en ligne les formalités nécessaires à l'accès à une activité de service, en particulier les déclarations, notifications ou demandes nécessaires aux fins d'autorisation auprès des autorités compétentes. Son article 7 affirme le droit à l'information juridique des prestataires (exigences opposables et voies de recours), par l'intermédiaire de ces guichets uniques.

La directive 2006/123/CE prévoit un régime de notification à la Commission des textes, réglementaires ou législatifs, qui subordonnent l'accès aux activités de services ou l'exercice de ces activités à une autorisation, obligation, interdiction, condition ou limite. Elle s'applique à l'ensemble des services, qu'elle définit comme toute activité économique exercée contre rémunération, à l'exception de ceux dont la liste est dressée au point 2 de son article 2.

À la différence de la procédure de notification prévue par la directive 98/34/CE, les notifications opérées dans le cadre de la directive « services » n'empêchent pas les États membres d'adopter les projets de texte en cause. Cependant, afin d'assurer la sécurité juridique des destinataires de la réglementation, la circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2011 recommande de veiller à ce que la notification à la Commission intervienne avant l'adoption et la publication des textes.

## ■ Directive « qualifications professionnelles »

De même, le législateur doit prendre en compte la directive n° 2005/36/CE du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour la liberté d'établissement. Cette dernière modernise le système européen de reconnaissance des qualifications professionnelles en prévoyant un régime général de reconnaissance des formations, complété par un régime sectoriel.

La directive 2013/55/UE, entrée en vigueur le 17 janvier 2014, a modifié en profondeur la directive 2005/36/CE précitée, notamment en introduisant le principe d'accès partiel issu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par dérogation au principe selon lequel la reconnaissance des qualifications professionnelles par l'État membre d'accueil permet aux professionnels d'accéder dans cet État membre à la même profession que celle pour laquelle ils sont qualifiés dans l'État membre d'origine et de l'y exercer dans les mêmes conditions que les nationaux, le principe d'accès partiel permet à un professionnel qualifié dans son État membre d'origine pour exercer certaines activités de les exercer dans l'État d'accueil qui réglemente un ensemble plus large d'activités exercées par une profession réglementée avec des exigences de qualifications professionnelles en conséquence plus importantes. En outre, à l'instar de la « directive services » pour les régimes d'autorisation, les exigences limitant l'accès à une profession ou l'exercice de celle-ci aux titulaires d'un titre de formation particulier, y compris le port de titres professionnels et les activités professionnelles autorisées, doivent être compatibles avec les principes de non-discrimination, nécessité et proportionnalité.

## 4. La normalisation et la réglementation techniques des produits et services

### 4.1. La normalisation

La normalisation renvoie à une « *activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* » (art. 1<sup>er</sup> du décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation). Si les normes techniques sont d'application volontaire, l'article 17 du même décret prévoit la possibilité de les rendre d'application obligatoire par arrêté du ministre de l'industrie.

La coordination de cette activité est assurée en France par l'Association française de normalisation (AFNOR). Au niveau européen, les organismes de normalisation sont : le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) et l'Institut européen de normalisation



des télécommunications (ETSI). L'Organisation internationale de la normalisation (ISO) et le Comité électrotechnique international (IEC) sont les organismes internationaux de normalisation. A l'exception de l'ETSI, les positions françaises sont portées au sein des instances européennes et internationales par l'AFNOR.

## **4.2. La réglementation technique**

### **4.2.1. Droit international**

En droit international, l'accord OTC (« obstacles techniques au commerce »), conclu le 12 avril 1979, et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1980, dans le cadre du cycle de négociations de Tokyo entre les États membres de l'OMC, vise à éliminer les OTC constituant des barrières non-tarifaires au commerce ou des instruments de défense à visée protectionniste.

### **4.2.2. Droit de l'Union**

#### **■ Cadre général**

En droit de l'Union, les réglementations techniques nationales doivent respecter les exigences générales découlant du traité et la jurisprudence, notamment le caractère nécessaire et proportionné de la mesure et sa justification par l'un des intérêts supérieurs définis à l'article 36 du TFUE ou reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice.

Le démantèlement des barrières non-tarifaires au commerce entre les États membres a par ailleurs fait émerger le principe de reconnaissance mutuelle des réglementations techniques nationales, érigé en principe directeur du droit de l'Union (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, aff. 120/78, dite *affaire du cassis de Dijon*). Le règlement CE n° 764/2008 du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre formalise les règles en matière de reconnaissance mutuelle.

Des directives sectorielles peuvent en outre s'appliquer et certaines d'entre elles s'opposent à l'adoption de textes nationaux pour les produits et intérêts concernés.

#### **■ Notifications**

La directive 98/34/CE relative aux produits impose la notification à la Commission européenne des projets de textes comportant des règles techniques. Cette notification doit intervenir au moins trois mois avant leur adoption, à peine d'inopposabilité du texte aux tiers. En outre, le juge administratif regarde l'absence de notification préalable de dispositions contenant des normes techniques comme un vice de procédure justifiant leur annulation (cf. par exemple CE, 10 juin 2013, *M. Pitte*, n° 327375).

La réception de la notification par la Commission européenne ouvre un délai de trois mois durant lequel le texte notifié ne peut pas être adopté. Pendant ce délai (dit « délai de *statu quo* »), qui peut être prolongé dans certains cas, la Commission



et les autres États membres peuvent émettre des observations sur le projet de texte, auxquelles l'État qui notifie est tenu de répondre avant l'adoption du texte.

Sont concernés par cette procédure les projets de textes réglementant les produits de fabrication industrielle et les produits agricoles, quel que soit le type de règle technique en cause : niveau de qualité, caractéristiques d'emploi, sécurité, dimensions, dénomination de vente, terminologie, symboles, essais, emballages, marquage, étiquetage, cycle de vie du produit après sa mise sur le marché, conditions d'utilisation, de recyclage, de réemploi...

Sont également concernés les projets de texte relatifs aux services de la société de l'information, c'est-à-dire tout service assuré normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

## 5. La réglementation des prix

### 5.1. Droit de l'Union

Les États peuvent réglementer les prix sous réserve de ne pas porter atteinte aux libertés de circulation, notamment la liberté de circulation des marchandises (art. 34 à 37 du TFUE). Si une restriction aux libertés de circulation est constatée, les États peuvent tenter de justifier leur réglementation sur la base des dérogations du traité ou des exceptions jurisprudentielles (CJCE, 26 février 1976, *Tasca*, aff. 65/75 : les États membres peuvent fixer des prix maximum ou minimum sous réserve qu'ils ne rendent pas les importations plus difficiles ou impossibles).

En outre, les textes de droit dérivé (règlements, directives) peuvent prévoir un encadrement des prix (y compris sur les marchés de gros) dans certains secteurs régulés, qu'il appartient aux États et plus particulièrement à leurs autorités de régulation de mettre en œuvre.

### 5.2. Droit interne

L'ordonnance n° 86-1243 du 1<sup>er</sup> décembre 1986 a posé le principe selon lequel les prix sont fixés librement par le jeu de la concurrence. Cette disposition est désormais codifiée à l'article L. 410-2 du code de commerce. **Deux exceptions** sont toutefois prévues.

D'une part, une réglementation permanente des prix peut être instituée dans les secteurs où la concurrence par les prix est faible, soit en raison de situations de monopole, soit en raison de difficultés durables d'approvisionnement, soit du fait de dispositions législatives ou réglementaires. Cette réglementation permanente relève d'un décret en Conseil d'État pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur l'existence de ces conditions (CE, 3 mars 1993, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes*



(Cofiroute), n° 105461). Le juge examine les spécificités du marché qui fondent la réglementation des prix (CE, 18 janvier 2006, *Société des ciments antillais*, au rec. p. 24). A titre d'illustration, sont réglementés de manière permanente aujourd'hui les prix des courses de taxis ; les prix des péages autoroutiers ; certains tarifs applicables à la fourniture de gaz et d'électricité.

D'autre part, une réglementation des prix peut être mise en place de manière conjoncturelle, dans le but d'éviter des fluctuations (à la hausse ou à la baisse) excessives des prix, dues à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles, à une calamité publique ou à une situation manifestement anormale de marché dans un secteur déterminé. Une telle réglementation relève d'un décret pris après avis du Conseil national de la consommation. Elle a par exemple été mise en œuvre pour réglementer le prix des produits pétroliers après la crise du Golfe persique (décret n° 90-701 du 8 août 1990).

## 6. Les mécanismes innovants de réglementation

Parmi différents types de réglementation innovante, les marchés de droits occupent une place particulière.

Ceux-ci ont été institués à ce jour en matière de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Ce dispositif repose sur des instruments internationaux et européens. En application du protocole de Kyoto de 1997, la directive 2003/87/CE a créé le Système communautaire d'échange des quotas, qui correspond à un marché d'échange de quotas d'émission de CO<sub>2</sub> (SCEQE). Entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005, ce système constitue un mécanisme innovant d'internalisation des externalités liées à l'émission de gaz à effet de serre (GES). Il a été transposé par l'ordonnance n° 2012-827 du 28 juin 2012 relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2013-2020, codifiée aux articles L. 229-5 et suivants du code de l'environnement.

Le dispositif plafonne les émissions de GES d'entreprises à forte consommation d'énergie, qui sont responsables collectivement de près de 50 % des émissions européennes. Des quotas d'émission sont délivrés aux entreprises concernées : celles dont la pollution effective est inférieure au quota qui leur est alloué peuvent alors vendre leurs droits à polluer sur un marché spécifique, tandis que les autres peuvent dépasser leurs quotas en achetant les excédents sur ce même marché.

Le SCEQE constitue ainsi un mécanisme de réglementation original, visant à la fois la réduction des externalités négatives constituées par la pollution tout en encourageant l'innovation. Ce type de dispositif pourrait être utilisé dans d'autres secteurs.



**FICHE 19**

## **Encadrement des activités économiques (II) : modalités de mise en œuvre**

### **1. Notion**

Lorsque les personnes publiques encadrent une activité économique, cet encadrement donne lieu à des mesures d'application qui constituent autant d'outils, à leur disposition, pour agir sur le comportement des opérateurs concernés.

Sauf exception, ces outils ne diffèrent pas fondamentalement selon qu'ils ont été confiés à des administrations classiques ou à des entités indépendantes ou autonomes.

La présente fiche présente les modalités essentielles à définir.

### **2. Mesures générales précisant les conditions d'application du cadre**

Les personnes publiques peuvent être amenées à préciser les conditions d'application des lois et règlements encadrant les activités économiques.

Ces précisions peuvent être apportées par des actes normatifs (arrêtés, règlements...) lorsque la personne publique concernée est habilitée à y recourir. Il convient de rappeler à cet égard que le pouvoir d'appliquer la loi appartenant au Premier ministre par décret (art. 21 et 37 de la Constitution), les ministres ne sont pas habilités à en fixer eux-mêmes les modalités en dehors d'un texte les y habilitant (CE, 7 février 1936, *Jamart*, n°43321, au rec. p. 172). De même, les autorités indépendantes ne peuvent prendre de telles dispositions que si elles y ont été habilitées par la loi, étant précisé que le législateur ne peut leur confier de telles prérogatives qu'à la condition qu'elles ne concernent que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, conseil supérieure de l'audiovisuel, ci-après CSA).

Ces précisions peuvent plus fréquemment être apportées par le recours au « droit souple » (v. l'étude annuelle du Conseil d'État parue en 2013). Parmi ces outils, figurent :

- l'édiction de lignes directrices, d'instructions, de recommandations ;
- la publication de bonnes pratiques ;
- la délivrance de labels.

### 3. Mesures individuelles d'application à une situation particulière

Il convient de distinguer les mesures individuelles prises dans le cadre de régimes déclaratifs et celles prises dans le cadre de régimes d'autorisation.

#### 3.1. Mesures relevant des régimes déclaratifs

Le régime de déclaration peut se borner à donner à l'administration des informations relatives à l'existence et à l'identité des personnes exerçant l'activité concernée, sans lui conférer d'autre prérogative que celle de veiller au respect de l'obligation de déclaration et de poursuivre, à défaut, les contrevenants devant les instances judiciaires compétentes. Dans ce cas, l'administration est en compétence liée : elle ne pourra pas refuser la délivrance du récépissé de la déclaration.

Certains textes peuvent autoriser l'administration à imposer le respect de prescriptions spéciales, au vu de la déclaration. Tel est le cas, par exemple, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, où les prescriptions édictées par le préfet doivent être respectées.

Certains textes peuvent prévoir l'exercice par l'administration (ou, si nécessaire, par voie de saisine de l'autorité judiciaire) d'un pouvoir d'opposition consécutif au dépôt de la déclaration. Ce régime se rapproche alors de celui de l'autorisation préalable.

#### 3.2. Mesures relevant des régimes d'autorisation préalable

S'agissant de ces régimes, **deux cas** de figure doivent être distingués : soit les textes fixent de manière exhaustive les conditions devant être satisfaites, et lorsque celles-ci le sont, l'administration est tenue de délivrer l'autorisation ; soit les textes donnent à l'autorité publique un certain pouvoir d'appréciation, dans le cadre de critères fixés par la loi ou par des directives internes à l'administration.

Ces conditions, plus ou moins restrictives, peuvent reposer sur des critères juridiques, moraux, matériels ou financiers. L'autorisation peut notamment être subordonnée à des engagements pris par la personne (par exemple, en matière d'autorisations d'utilisation de fréquences par le CSA).

Le texte législatif instaurant un régime d'autorisation pourra se borner à fixer les règles principales (autorité compétente, délais de procédure, éventuelle autorisation tacite, nature des conditions à remplir, durée de validité de l'autorisation, pouvoirs de contrôle et modalités de recours) et renvoyer les autres dispositions à des textes réglementaires d'application.

**Points de vigilance** : il convient de veiller au respect des règles issues de la loi n° 2013-1005 du 12 novembre 2013 habilitant le Gouvernement à simplifier les relations entre l'administration et les citoyens, en modifiant la loi précitée n° 2000-321 du 22 avril 2000, qui renverse le principe du silence vaut rejet. L'article 21 modifié de la loi du 12 avril 2000 dispose ainsi que « *le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation* ». Cet article énumère cependant les cas où, par exception au nouveau principe, le silence de l'administration continue de valoir décision de rejet.

En principe, les autorisations administratives sont accordées en considération de la personne et ne peuvent être cédées à des tiers. La loi peut toutefois autoriser le bénéficiaire à céder son autorisation. Dans cas, elle doit préciser les conditions auxquelles une telle cession est subordonnée et prévoir une information préalable de l'autorité publique compétente, ainsi que, le cas échéant un pouvoir d'opposition de cette autorité. Sauf disposition contraire, les cessions sont effectuées à titre gratuit.

## 4. Mesures susceptibles d'être prises en cas de suspicion de manquements

Une série d'outils, plus ou moins intrusifs et contraignants, peut être déployée pour vérifier le respect de la réglementation. Figurent parmi ces outils les pouvoirs d'enquête, les pouvoirs d'instruction, les pouvoirs de contrôle sur place, éventuellement inopinés, comme les visites domiciliaires.

Ces pouvoirs doivent être strictement encadrés par le législateur.

Ainsi, aucune visite domiciliaire ou perquisition ne peut être effectuée sans le truchement d'un mandat judiciaire dûment motivé. A ces règles, s'ajoutent celles issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres contre France*, req. n° 18497/03), qui estime notamment, que le contrôle du juge ayant autorisé la perquisition et la possibilité de cassation contre l'ordonnance prise par ce juge ne sont pas suffisants pour satisfaire au droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6 paragraphe 1 de la Convention. La possibilité d'engager une procédure d'appel est ainsi nécessaire pour respecter les exigences conventionnelles.

Pour des raisons de garantie des droits et plus précisément d'impartialité, les fonctions d'instruction et d'enquête doivent par ailleurs être strictement séparées des fonctions de sanction (cf. *infra*).



## 5. Mesures susceptibles d'être prises en cas de manquements avérés

### 5.1. Injonctions, mise en demeure, exécution forcée

En cas de non respect de la législation, de la réglementation ou des limites ou conditions imposées par une décision individuelle, l'autorité compétente peut rappeler l'opérateur concerné à ses obligations par une simple mesure d'information. Lorsque l'autorité entend conférer une portée contraignante à cette mesure ou lui faire produire des effets juridiques, elle adresse à l'opérateur des mises en demeure ou des injonctions, dont le régime peut-être fixé par le texte encadrant l'activité économique concernée. La mesure revêtira alors le caractère d'acte faisant grief et pourra faire l'objet d'un recours contentieux.

Les règles de droit commun en matière d'exécution forcée des décisions administratives s'appliquent. Celle-ci ne peut intervenir, en vertu de la jurisprudence (TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, au rec. p. 713), que dans **trois cas** :

- l'exécution doit trouver sa source dans un texte de loi précis ;
- l'administré confronté à l'exécution forcée doit avoir manifesté une mauvaise volonté caractérisée ;
- il n'existe pas de sanctions administratives ou pénales permettant de vaincre la résistance de l'intéressé.

L'exécution forcée ne doit tendre qu'à l'application d'une décision légale, et l'usage de la contrainte ne doit pas excéder ce qui est strictement indispensable, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité.

### 5.2. Remise en cause de l'autorisation accordée

L'autorité compétente peut mettre fin à une autorisation, non seulement dans le cas où le bénéficiaire ne respecte pas les obligations résultant de cette autorisation, mais également dans d'autres hypothèses. Les textes doivent préciser les motifs susceptibles de conduire à la remise en cause d'une autorisation délivrée et les modalités de cette remise en cause (autorité compétente, délais, procédure). Ces modalités doivent être conçues à la lumière **de trois objectifs** : assurer le caractère effectif du pouvoir conféré à l'autorité compétente, garantir les droits du bénéficiaire de l'autorisation, réduire les risques de contentieux.

Les motifs d'un retrait d'une autorisation sont, notamment, les suivants :

- le titulaire de l'autorisation cesse de remplir les conditions subordonnant l'octroi de l'autorisation (CE, sect., 25 juillet 1975, *ministre de l'équipement c. Richoux*, n° 96377, au rec. p. 430) ;
- le retrait est prononcé pour maintenir l'ordre public ; il s'agit alors d'une mesure de police administrative (CE, 22 avril 1955, *Association franco-russe*, n° 15155, au rec. p. 202) ;

- le comportement du bénéficiaire de l'autorisation justifie qu'il soit mis fin à celle-ci, à titre de sanction : l'administration doit alors respecter les règles applicables en matière de motivation des décisions individuelles ainsi que le principe du contradictoire posé notamment par la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration.

Les autorisations d'exercice d'activités économiques sont pour la plupart créatrices de droit, sauf celles emportant occupation du domaine public (avec comme exception les autorisations d'utilisation de fréquences, v. CE, 30 juin 2006, *Société Neuf Télécom SA*, n° 289564, au rec. p. 309).

### 5.3. Sanctions

Le juge constitutionnel a admis (CC, n° 89-290 DC du 28 juillet 1989) que le législateur attribue un pouvoir de sanction à toute autorité administrative « *dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

En matière d'encadrement des activités économiques, un choix existe entre un dispositif de sanction administrative et un dispositif de sanction pénale (on se référera, pour le détail de chaque régime, au *Guide de légistique*, fiche n° 5.2.6).

#### 5.3.1. Sanctions pénales

##### ■ Compétence

C'est, en vertu de l'article 34 de la Constitution, la loi qui fixe les règles en matière de pénale, et donc en matière de sanctions pénales. Cela n'exclut toutefois pas le recours au règlement, pour les contraventions.

Ainsi selon l'article 111-2 du code pénal, si « *la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs* », « *le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants* ». Plus précisément, relèvent de la loi les peines privatives de liberté et les sanctions pénales en matière criminelle et délictuelle. La matière contraventionnelle fait l'objet d'un partage entre le législateur et le pouvoir réglementaire, de la manière suivante :

- le législateur est seul compétent pour définir les catégories de contraventions ;
- le pouvoir réglementaire peut déterminer les contraventions et les peines contraventionnelles pour chacune des catégories définies par le législateur (l'article R. 610-1 du code pénal précise que les contraventions sont déterminées par décrets en Conseil d'État.)



## ■ Règles de fond

Les sanctions pénales doivent notamment respecter :

- *le principe de légalité des délits et des peines* : ce principe, issu de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, exige clarté et précision des textes, pour éviter l'arbitraire (CC, n° 80-127 DC du 20 janvier 1981, loi Sécurité et liberté). Le droit conventionnel européen comporte cette même exigence (v. CEDH, 2 août 1984, *Malone*, série A, n° 82) ;
- *le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère* : ce principe, également issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, est absolu (CC, n° 92-307 DC du 25 février 1992) ;
- *le principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce* (v. par exemple CC, n° 2010-74 QPC du 3 décembre 2010) ;
- *le principe de personnalité des peines*, qui découle des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 (v. par exemple, CC, n° 2010-604 DC du 25 février 2010) ;
- *le principe de nécessité et de proportionnalité des peines* ; ce principe, fondé sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, est toutefois contrôlé sous l'angle de la disproportion manifeste par le Conseil constitutionnel (CC, n° 87-237 DC du 30 décembre 1987) ;
- *le principe d'individualisation des peines* : il implique qu'une sanction pénale ne peut être appliquée que si elle a été expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce (CC, n° 2010-6/7 QPC du 11 juin 2010) ; ce principe exclut donc les peines automatiques, sans pour autant faire obstacle à l'institution, dans certains cas et sous certaines conditions, de peines minimales, comme les amendes forfaitaires (CC, n° 2011-162 QPC du 16 septembre 2011) ;
- *le principe d'égalité devant la loi pénale* (CC, n° 2011-161 QPC du 9 septembre 2011).

### 5.3.2. Sanctions administratives

#### ■ Règles de compétence

Le principe de légalité des délits et des peines implique que les infractions administratives et les sanctions correspondantes soient prévus par un texte (v. CC, n° 88-248 DC du 17 janvier 1989). Ce texte n'est toutefois pas nécessairement une loi. Lorsque le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer certaines règles d'exercice d'une profession, cette compétence peut inclure le pouvoir de prononcer des sanctions administratives (CE Ass., 7 juillet 2004, *ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Benkerrou*, n° 255136, au rec. p. 297).

De même, la détermination des sanctions disciplinaires applicables à une profession relève de la compétence réglementaire (CC, n° 2011-162 QPC du 16 septembre 2011).





## ■ Règles de fond

Plusieurs principes constitutionnels applicables aux sanctions pénales s'imposent également aux sanctions administratives. Toutefois, leur respect est parfois apprécié avec une moindre exigence. Par exemple, en ce qui concerne le principe de légalité des délits, les manquements pouvant être définis par référence à la règle dont le respect s'impose à l'intéressé. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé le nécessaire respect du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention (*v. infra*, Règles de procédure).

Différents types de sanctions administratives sont envisageables, de manière non exhaustive : avertissements et blâmes ; amendes ; retraits d'avantages, d'agréments ou d'autorisations ; fermetures ou suppressions d'établissements ou d'installations ; interdictions d'exercer une profession. Elles peuvent être distinguées en deux grandes catégories : les sanctions administratives privatives de droit, et les sanctions administratives patrimoniales.

## ■ Règles de procédure

Le régime procédural des sanctions administratives a tendance à se rapprocher de plus en plus de celui des sanctions pénales, tout en conservant certaines spécificités.

Sont applicables aux sanctions administratives : le principe du respect des droits de la défense (CE, sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, n° 69751, au rec. p. 133) ; la motivation de la décision de sanction (loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public) ; le caractère contradictoire de la procédure (art. 24 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations).

La particularité la plus notable des sanctions administratives est le fait qu'elles peuvent être prononcées sans intervention du juge. Il existe toutefois des cas où la sanction administrative est prononcée par un organe assimilable à une juridiction, comme les formations disciplinaires des ordres professionnels, dont les décisions rendues en dernier ressort peuvent être attaquées en cassation devant le Conseil d'État.

En ce qui concerne les autorités indépendantes, notamment de régulation, celles-ci peuvent combiner le pouvoir d'adresser des injonctions et celui de prononcer des sanctions. Ceci ne contrevient pas aux règles issues des dispositions de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE sect., 30 juillet 2003, *Société Dubus SA*, n° 250669, au rec. p. 672). Toutefois, la contrepartie de ce pouvoir réside dans le respect des garanties découlant de la notion de procès équitable. Ainsi, si les AAI ne sont pas regardées comme des instances juridictionnelles en droit interne, elles doivent respecter les stipulations de l'article 6 paragraphe 1 de la Convention, notamment au regard des principes de publicité des séances et d'impartialité (*v. Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, COB c. Oury et autres*, n° 97-16440 ; CE Ass., 3 décembre 1999,



Didier, n° 207434, au rec. p. 399 ; CE, 28 octobre 2002, *M. Laurent*, n° 222188, au rec. p. 361). Les règles du procès équitable au sens de la Convention s'appliquent lorsque la sanction est prononcée par un organisme collégial.

Le législateur doit prévoir lui-même, lorsqu'il confie un pouvoir de sanction à une AAI, des garanties de nature à assurer le respect des « *principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une AAI* », ce qui implique notamment une séparation stricte entre les fonctions de poursuite et l'instruction et les pouvoirs de sanction (CC, n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

### **5.3.3. Éléments de choix entre le régime pénal et le régime administratif et questions de cumul**

#### ■ *Éléments de choix*

La sanction administrative est immédiatement exécutoire, sans saisine préalable du juge. Elle permet donc une plus grande rapidité d'intervention. Elle peut également être moins stigmatisante, pour la personne sanctionnée, qu'une sanction pénale. Un tel type de sanction est donc adapté lorsque les manquements consistent en la méconnaissance de règles techniques ou présentent un caractère essentiellement disciplinaire.

#### ■ *Cumul des sanctions*

Si le législateur souhaite instaurer un dispositif qui cumule les deux types de sanctions, une grande vigilance est nécessaire afin de ne pas méconnaître le principe *non bis in idem*, consacré notamment par l'article 4 du protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Si ce principe n'interdit pas de manière générale le cumul des deux types de sanction (CC, n° 89-260 DC du 28 juillet 1989), c'est à la condition qu'au moins l'une des conditions suivantes soit remplie : les dispositions contestées ne tendent pas à réprimer de mêmes faits qualifiés de manière identique ; les deux répressions ne protègent pas les mêmes intérêts sociaux ; les deux répressions aboutissent au prononcé de sanctions de nature différente et les poursuites et sanctions prononcées ne relèvent pas du même ordre de juridiction (v. décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres* ; v. aussi CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10).

En général, le cumul de sanctions administratives et pénales n'est nécessaire que dans **trois hypothèses** :

- lorsque la sanction administrative constitue une solution provisoire dans l'attente d'une sanction pénale (par exemple, la suspension d'une autorisation d'exercer une profession) ;
- lorsqu'il existe une différence de nature entre la sanction administrative et la sanction pénale (l'une pécuniaire, l'autre consistant au retrait d'une autorisation, par exemple) ;
- lorsque la sanction pénale n'a qu'un caractère exceptionnel.

## 6. Contentieux des décisions prises dans le cadre de la réglementation économique

Le contentieux des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique relève en principe de la juridiction administrative. Le législateur peut toutefois attribuer le contentieux de mesures prises à l'égard d'opérateurs économiques à la juridiction judiciaire (par exemple, pour les décisions que prend l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, qui font l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris, en vertu de l'article L. 464-8 du code de commerce). En l'absence de dispositions législatives expresses attribuant la contestation d'une décision d'une autorité administrative indépendante à la juridiction judiciaire, la compétence du juge administratif prévaut (CE, 10 octobre 2014, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, n° 367807).

Le Conseil d'État a admis la recevabilité d'un recours contre les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret, qui sont sans incidence sur la régularité de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, mais qui sont susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les pièces ou éléments en cause (CE, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, préc.).

Le recours formé contre une sanction administrative n'est pas suspensif, mais il peut être fait usage des procédures d'urgence de droit commun. Lorsque le juge est saisi d'un recours contre une sanction infligée par l'administration, il se prononce en qualité de juge de plein contentieux (v. CE, Ass., 16 février 2009, *société ATOM*, n° 274000, au rec. p. 25).

Un recours en responsabilité peut également être engagé. Si l'autorité administrative qui a pris une décision illégale est dotée de la personnalité morale, elle en assumera en principe seule les conséquences. A défaut de personnalité morale distincte de l'État, c'est la responsabilité de ce dernier qui sera susceptible d'être directement engagée.





**FICHE 20**

## **Protection des intérêts stratégiques dans les entreprises**

### **1. Notion de protection des intérêts stratégiques dans les entreprises**

L'activité économique, et notamment celle de certaines entreprises, peut mettre en cause des intérêts publics allant au-delà des motifs d'intérêt général poursuivis par les lois et règlements encadrant l'activité ordinaire de ces entreprises. Ces intérêts supérieurs, parfois dits « stratégiques », sont susceptibles d'être préservés par **deux types** d'outils distincts.

Les personnes publiques, et en particulier l'État auquel la défense de ces intérêts stratégiques incombe le plus souvent, peuvent faire le choix d'assurer la préservation de ces intérêts :

- soit en acquérant tout ou partie de la propriété des entreprises concernées, c'est-à-dire en recourant aux outils du droit des entreprises et participations publiques (v. fiche dédiée) ;
- soit en recourant à des procédés de puissance publique, en prévoyant dans des lois et règlements les droits qu'elles se reconnaissent pour assurer la préservation de ces intérêts.

Cette seconde approche, seule traitée dans la présente fiche, se traduit principalement par **quatre législations**. Trois ont un caractère transversal : l'action spécifique, les commissaires du Gouvernement, les investissements étrangers en France. La quatrième est plus sectorielle : les exportations sensibles.

### **2. L'action spécifique**

#### **2.1. Notion d'action spécifique**

Inspirées du mécanisme des « *golden shares* », les actions spécifiques ont été introduites en droit français par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.



Bien qu'il s'appuie sur une action détenue par l'État, l'outil que constitue l'action spécifique est sans rapport avec les prérogatives qu'un actionnaire pourrait exercer du seul fait de la détention de ce titre.

**Point de vigilance** : ces dispositions n'ont pas été modifiées sur le fond par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, mais l'article 44 du projet de loi pour la croissance et l'activité réécrit une partie de ces dispositions et les introduit à l'article 31-1 de l'ordonnance.

## 2.2. Recours à l'action spécifique

L'action spécifique ne peut être instituée dans n'importe quelle entreprise. Ce mécanisme est réservé aux entreprises dans lesquelles l'État cède une participation majoritaire au secteur privé, c'est-à-dire privatise l'entreprise. Aux termes de l'article 10 de la loi du 6 août 1986 précitée, c'est en effet postérieurement au décret décidant de la cession de cette participation et préalablement à la saisine de la commission de participation et des transferts, qu'un décret distinct détermine, pour chacune des entreprises concernées, si la protection des intérêts nationaux exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis ci-dessous. Dans l'affirmative, ce second décret prononce également cette transformation.

Ce décret prévoit alors les droits attachés à une action spécifique parmi les prérogatives suivantes :

- l'agrément préalable par le ministre chargé de l'économie pour le franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, d'un ou plusieurs des seuils fixés dans le décret mentionné au premier alinéa ci-dessus et calculés en pourcentage du capital social ou des droits de vote ;
- la nomination au conseil d'administration ou de surveillance, selon le cas, d'un ou deux représentants de l'État désignés par décret et sans voix délibérative ;
- le pouvoir de s'opposer, dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie, qui sont de nature à porter atteinte aux intérêts nationaux ; les conditions de ce droit d'opposition ont été fixées par le décret n° 93-1296 du 13 décembre 1993.

L'institution de cette action produit ses effets de plein droit. Hormis les cas où l'indépendance nationale est en cause, l'action spécifique peut à tout moment être définitivement transformée en action ordinaire par décret (ex. le décret n° 2002-1231 du 3 octobre 2002 abrogeant le décret n° 93-1298 du 13 décembre 1993 instituant une action spécifique de l'État dans la Société nationale Elf-Aquitaine).



## 2.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

Le recours à une action spécifique doit être examiné au regard de la liberté de circulation des capitaux établie par l'article 63 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après) et de la liberté d'établissement établie par l'article 49 de ce traité.

Le droit de l'Union ne s'oppose pas, par principe à l'établissement d'une telle mesure, en reconnaissant que selon les circonstances, il peut être justifié « *que les États membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans le domaine des services d'intérêt général ou stratégiques* » (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France*, aff. C- 483-99).

Toutefois, l'entrave à la liberté de circulation des capitaux et à la liberté d'établissement que constitue l'institution d'une action spécifique doit être justifiée, à la double condition d'être motivée par « *des raisons visées à l'article [65] paragraphe 1 du traité ou des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil* » et d'être proportionnée au but poursuivi (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. C-367-98). L'existence de cette double condition a conduit la Cour de justice à rejeter les mesures ayant un caractère trop général et conférant à l'État des pouvoirs discrétionnaires (CJCE, *Commission c. France*, préc.). En conséquence, lors de l'examen du projet de loi pour la croissance et l'activité, le Conseil d'État (avis du 8 décembre 2014, n° 389394) a circonscrit le champ du dispositif à la préservation des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale au sens du droit de l'Union, soit un champ analogue à celui de la législation sur les investissements étrangers (v. *infra* point 4.).

La compatibilité d'une action spécifique avec le droit de l'Union doit ainsi donner lieu à un examen approfondi préalablement à l'intervention du décret l'instituant pour définir s'il peut être recouru à cet outil et, dans l'affirmative, quelles sont les prérogatives susceptibles de lui être attachées.

## 3. Les commissaires du Gouvernement

### 3.1. Notion de commissaires du Gouvernement

Aucun texte général ne définit le statut des commissaires du Gouvernement, le droit positif reconnaissant l'existence de nombreux commissaires du Gouvernement aux attributions variées.

Le commissaire du Gouvernement a pour rôle, au sein d'un établissement public ou d'une société commerciale, de veiller à la cohérence et à la compatibilité des orientations retenues par l'entreprise avec la politique menée, dans ce secteur, par



le Gouvernement. Sa présence doit permettre de « *restituer l'action de l'entreprise dans le contexte plus général des orientations retenues par l'État pour ce secteur d'activité* » (EDCE 2015, *Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises*).

L'institution d'un commissaire du Gouvernement, généralement nommé par le ministre assurant la tutelle technique sur ce secteur, au sein d'un établissement public ou d'une entreprise assure un certain degré de contrôle du Gouvernement sur les décisions stratégiques prises par l'entreprise.

Les missions confiées au commissaire du Gouvernement, représentant de l'État comme « puissance publique » doivent être clairement distinguées des missions exercées au nom de l'État comme « actionnaire ». Les missions du commissaire du Gouvernement se distinguent également du contrôle économique et financier qu'exerce l'État sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent, en vertu du décret n° 55-733 du 26 mai 1955.

## 3.2. Recours au commissaire du Gouvernement

### 3.2.1. Niveau de norme

L'institution d'un commissaire du Gouvernement dans un établissement public n'affecte pas les règles constitutives de cet établissement. Son institution relève donc en principe du pouvoir réglementaire. Au contraire, en ce qui concerne les sociétés commerciales, l'institution d'un commissaire relève des obligations civiles et commerciales dont il appartient à la loi de fixer les règles en vertu de l'article 34 de la Constitution.

L'article 15 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 prévoit que l'État peut, dans des conditions fixées par voie réglementaire, désigner un commissaire du Gouvernement au sein des entreprises où il dispose d'un représentant au sens de l'article 4 de cette ordonnance. Il s'agit des sociétés dont il détient, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital ainsi que celles dans lesquelles il détient à lui seul plus de 10 % du capital. Ce commissaire « *assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu de la société. Le cas échéant, il expose la politique du Gouvernement dans le secteur d'activité de celle-ci* ».

### 3.2.2. Justification

L'institution d'un commissaire du Gouvernement est une pratique dérogatoire du droit commun ; il convient donc de s'interroger sur l'intérêt réel d'une telle mesure et, en particulier, sur sa pertinence vis-à-vis des autres moyens de contrôle dont dispose l'État sur l'action de l'entreprise ou de l'établissement public :

- **dans le cas d'un établissement public** : si la question de l'existence d'un contrôle ne se pose pas, il convient de mesurer la pertinence de l'institution d'un commissaire du Gouvernement vis-à-vis des autres leviers de contrôle (nomination du dirigeant, désignation d'administrateurs, approbation par le ministre de tutelle des délibérations du conseil d'administration...) ;
- **dans le cas d'une société commerciale** : la question de la nécessité d'un





contrôle se pose avec plus d'acuité ; la gestion d'une mission de service public entraînant nécessairement un contrôle de son accomplissement par l'État, le recours à l'institution d'un commissaire du Gouvernement n'est pas systématiquement justifié (EDCE 2015, préc.).

### **3.3. Compatibilité avec le droit de l'Union**

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la fonction de commissaire du Gouvernement, en ce qu'elle consiste à veiller à la conformité de la politique générale de l'entreprise avec les orientations gouvernementales, constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice sur les actions spécifiques énonce les conditions de compatibilité de l'intervention de l'État dans la gestion d'une entreprise avec le droit de l'Union largement transposable au cas du commissaire du Gouvernement (*v. supra*).

## **4. Le contrôle des investissements étrangers**

### **4.1. Objet du contrôle des investissements étrangers**

En vertu de l'article L. 151-1 du code monétaire et financier, les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L. 151-3 du même code, certains investissements étrangers en France, concernant des secteurs stratégiques, sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.

Le ministre dispose de deux mois pour se prononcer sur la demande d'autorisation qui lui est soumise, à l'issue de ce délai son silence vaut autorisation implicite (art. R. 153-8 du code précité). Le ministre peut soit autoriser purement et simplement l'opération, soit l'assortir de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux tels que définis au I de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier (conditions précisées à l'art. R. 153-9) soit la refuser par décision motivée (pour des motifs précisés à l'art. R. 153-10).

S'il constate qu'un investissement étranger est ou a été réalisé en méconnaissance des prescriptions du I ou du II de l'article L. 151-3, le ministre peut enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure. En cas de non-respect de l'injonction, le ministre peut infliger à l'investisseur une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève au double du montant de l'investissement irrégulier.



## 4.2. Champ du contrôle des investissements étrangers

Ce régime d'autorisation concerne les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :

- activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;
- activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus. Ces dispositions ont été codifiées aux articles R. 153-1 et suivants du code monétaire et financier, modifiés en dernier lieu par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014. Douze secteurs d'activités y sont énumérés.

Certains investissements en provenance des États membres de l'Union européenne sont également soumis à la procédure d'autorisation préalable (art. R.153-3 à R. 153-5 du même code) de même que les investissements effectués par certaines entreprises de droit français consistant en l'acquisition de tout ou partie d'une branche d'activité d'une entreprise dont le siège social est établi en France (art. R.153-5-2).

Certaines autorisations peuvent être réputées acquises, notamment dans le cadre de réorganisations intragroupes (art. R.153-6).

## 4.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

Les régimes de contrôle des investissements étrangers sont une restriction à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, qui ne peut être justifiée que par les objectifs poursuivis au sens des articles 52, 65 et 346 du TFUE .

L'application de ce dispositif doit être proportionnée au regard des objectifs poursuivis, et ne pas être motivée, en fait, par des fins purement économiques comme l'a rappelé la Cour de Justice dans son arrêt du 14 mars 2000, *Église de Scientologie*.

La Cour de justice avait en effet estimé que le régime français d'autorisation préalable qui était exigée pour tout investissement direct étranger « *de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique* », sans autre précision constituait une restriction aux mouvements de capitaux. Le décret n° 89-938 réglementant les relations financières avec l'étranger n'indiquait en effet aucunement aux investisseurs concernés les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable était nécessaire (CJCE, 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. C-54/99).

Comme en matière d'action spécifique et de commissaire du Gouvernement, la compatibilité du recours au contrôle des investissements étrangers dépend donc de l'utilisation qui en sera faite dans chaque cas de figure.



## 5. Contrôle des exportations sensibles

Les exportations de la France vers les pays-tiers sont libres, notamment en vertu du règlement n° 1061/2009 portant établissement d'un régime commun applicable aux exportations (version codifiée).

Toutefois, des restrictions sont envisageables, notamment sur le fondement du i) de l'article 36 du TFUE autorisant les États membres à maintenir certaines restrictions d'exportation « *justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* », ou du ii) de l'article 346 TFUE stipulant que « *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* ».

S'agissant des produits liés à la défense, la directive 2009/43/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009, modifiée par la directive 2012/10/UE de la Commission du 22 mars 2012, met en place au niveau intra-européen un système européen d'autorisation fondé sur l'octroi de licence de transfert aux fournisseurs. Elle précise néanmoins en son article 2 qu'elle est « *sans incidence sur la liberté de décision des États membres en matière de politique d'exportation [hors Union européenne] de produits liés à la défense* ».

Au niveau national, le principal régime concerne les exportations de matériels de guerre, régies notamment par l'ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 codifiée dans le code de la défense, qui repose sur un principe de prohibition, mais prévoit un système d'autorisations par étape et une concertation interministérielle permanente. La production, le commerce et le stockage de matériels de guerre ne peuvent se faire qu'après autorisation du ministère de la défense. Un arrêté du 27 juin 2012, transposant les dispositions de la directive 2012/10/UE, détaille la liste des matériels soumis à autorisation préalable d'exportation.

D'autres régimes restrictifs existent (par exemple, biens à double usage, œuvres d'art et biens culturels, marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle...).





FICHE 21

## Urbanisme économique

### 1. La notion d’urbanisme économique

L’urbanisme peut être mis au service du projet économique des personnes publiques, qu’il s’agisse de l’organisation spatiale des activités économiques ou des objectifs de développement qu’elles s’assignent.

Plusieurs catégories de règles d’urbanisme peuvent être distinguées à cette fin :

- « **l’urbanisme de planification** » qui a pour objet de fixer la destination des sols ; il s’exprime à travers des documents d’urbanisme qui servent de référence pour les actions opérationnelles en orientant l’aménagement des territoires et l’utilisation des sols ; les documents d’urbanisme ont des impacts économiques directs, notamment sur les entreprises ; l’élaboration ou la révision d’un document d’urbanisme permet de lier stratégie économique et planification ;
- « **l’urbanisme opérationnel** » qui correspond à la phase de concrétisation des prévisions des documents d’urbanisme ; il se manifeste sous la forme d’opérations ayant pour objet la fourniture de terrains viabilisés (opération d’aménagement), la construction de bâtiments ou le traitement du bâti existant (rénovation, restauration, réhabilitation) ; les procédures d’aménagement les plus utilisées sont la zone d’aménagement concerté (ZAC) et le lotissement, lesquelles poursuivent des finalités notamment économiques, en particulier lorsqu’elles permettent d’organiser le maintien, l’extension ou l’accueil d’activités économiques ;
- « **l’aménagement commercial** » qui contribue à l’attractivité et au dynamisme d’une ville, en régulant l’implantation des commerces ; la mise en œuvre d’une politique de développement commercial permet en outre de mettre en cohérence les enjeux économiques avec les orientations définies dans le cadre de l’aménagement du territoire et du développement durable.

### 2. L’urbanisme de planification

Le schéma de cohérence territorial (SCOT ci-après) et le plan local d’urbanisme (PLU ci-après) sont des documents de programmation qui planifient l’espace dans ses dimensions spatiales, temporelles, environnementales mais également



économiques. Ils permettent d'identifier les espaces à vocation économique, d'optimiser le foncier consacré aux activités, d'accroître et de diversifier l'offre de foncier support du développement économique, de définir une stratégie d'aménagement commercial.

## **2.1. L'usage économique du schéma de cohérence territorial**

### **2.1.1. L'objet du SCOT**

En tant que document de planification, le SCOT fixe les grandes options relatives à l'avenir du territoire. Il doit, comme le PLU, respecter les principes généraux énoncés par les articles L. 110 et L. 121-1 du code de l'urbanisme (CU ci-après) et comporte un rapport de présentation, un projet d'aménagement et de développement durables ainsi qu'un document d'orientation et d'objectifs (art. L. 122-1-1).

En particulier, le SCOT (comme le PLU) permet d'assurer « *la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile* » (art. L. 121-1 2° du CU).

Le SCOT coordonne les différentes politiques publiques autour d'orientations communes et permet la mise en cohérence des documents de planification utilisés par les communes. Son usage économique s'appréhende à travers le volet économique et commercial du rapport de présentation, du projet d'aménagement et de développement durable (PADD) et du document d'orientation et d'objectifs (DOO) contenant le document d'aménagement artisanal et commercial (DAAC).

C'est à travers l'élaboration de ces différents éléments que les collectivités peuvent faire un usage économique, commercial et touristique du SCOT.

### **2.1.2. L'utilisation stratégique du SCOT**

Une utilisation stratégique du SCOT comme outil économique suppose de :

- concevoir un projet cohérent s'appuyant sur une vision globale du territoire, décrit dans le rapport de présentation, à partir d'un diagnostic établi au regard de prévisions économiques et de besoins répertoriés en matière de développement économique (art. L. 122-1-2 du CU) ;
- fixer les objectifs de politiques publiques de développement économique, touristique et culturel dans le projet d'aménagement et de développement durable (art. L. 122-1-3 du CU) ;
- définir les objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal dans le DOO, ainsi que réguler les implantations commerciales et protéger le petit



commerce à travers le DAAC (art. L. 122-1-9 du CU, modifié par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite ALUR) ; ce document fixe les conditions d'implantation des équipements commerciaux, qui du fait de leur importance, seront susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire et le développement durable.

Pour permettre une utilisation stratégique du SCOT, les collectivités se font accompagner dans toutes les phases de son élaboration par différentes personnes associées ou consultées à même d'offrir une expertise, d'animer la concertation, de débattre sur les orientations du PADD, d'élaborer un diagnostic économique, de mettre en évidence des enjeux économiques sur le territoire (art. L. 121-4 du CU). Il peut notamment s'agir de l'État, des régions, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) compétents, ainsi que de divers organismes comme les chambres de commerce et d'industrie (CCI) territoriales, les chambres de métiers, les chambres d'agriculture, les parcs naturels régionaux et des parcs nationaux... Ces organismes assurent la liaison avec les organisations professionnelles intéressées.

Par ailleurs, les études économiques nécessaires à la préparation des documents prévisionnels d'organisation commerciale et artisanale peuvent être réalisées à l'initiative des CCI et des chambres de métiers.

Pour l'élaboration des SCOT, sont, en outre, associés dans les mêmes conditions, les syndicats mixtes de transports créés en application de l'article L. 1231-10 du code des transports, lorsque le schéma est élaboré par un établissement public qui n'exerce pas les compétences définies aux articles L. 1231-10 et L. 1231-11 du même code, et les établissements publics chargés de l'élaboration, de la gestion et de l'approbation des schémas de cohérence territoriale limitrophes (article précité).

## **2.2. L'usage économique du plan local d'urbanisme**

### **2.2.1. L'approche économique du PLU**

Le PLU est le principal document de planification à l'échelle communale ou intercommunale et constitue un document stratégique local permettant la conception d'un projet de territoire. Il se substitue au plan d'occupation des sols (POS), les POS en vigueur à la date d'effet de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains dite SRU restant applicables jusqu'à ce qu'ils soient mis en forme de PLU en application des articles L. 123-1 et suivants. Les POS qui n'auront pas été mis en forme de PLU au plus tard le 31 décembre 2015 seront caducs à compter de cette date.

Le PLU respecte les principes énoncés aux articles L. 110 et L. 121-1. Il comprend un rapport de présentation, un projet d'aménagement et de développement durables, des orientations d'aménagement et de programmation, un règlement et des annexes (art. L. 123-1 du CU).



Le PLU a pour objet de fixer les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols sur le territoire couvert. Ces règles d'utilisation des sols peuvent répondre à des objectifs de développement économique. Le PLU permet la traduction spatiale d'une stratégie économique. La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 précitée encourage le transfert du PLU communal vers un PLU intercommunal (PLUi). Dans un souci de cohérence de l'aménagement de l'espace, les enjeux doivent être appréhendés à une échelle territoriale qui fait sens : l'intercommunalité est l'échelle pertinente pour coordonner les politiques d'urbanisme, d'habitats, de déplacements. Le PLUi constitue ainsi un document de planification privilégié pour répondre aux objectifs de développement économique.

Les communes doivent placer le développement économique et l'emploi au cœur des débats du PLU/PLUi. Pour cela, elles doivent sensibiliser les entreprises aux enjeux économiques liés à l'élaboration du document d'urbanisme. En effet, le PLU concerne tous les acteurs de la vie économique : la contribution des entreprises est essentielle pour prendre en compte la diversité de l'économie et accompagner ses besoins de mutation. Différents acteurs peuvent être associés à la concertation sur le PLU : les chefs d'entreprises, clubs, réseaux, associations d'entreprises peuvent ainsi faire connaître leurs attentes et leurs besoins.

### **2.2.2. Sa mise en œuvre dans le dossier du PLU**

Les communes peuvent mener une réflexion spécifique sur l'économie et le commerce car les éléments qui forment le dossier du PLU contiennent des volets économiques et commerciaux permettant aux collectivités de définir une vision du développement économique pour le territoire (art. L. 123-1-2 du CU). Parmi ces éléments, le rapport de présentation du PLU comprend le diagnostic établi au regard des prévisions économiques et des besoins en matière de développement économique, de surface et de développement agricole, de développement forestier, d'aménagement de l'espace, d'environnement, d'équilibre social de l'habitat, de commerce, de transports, d'équipements et de services. Le PADD arrête quant à lui les orientations générales concernant l'habitat, les transports et les déplacements, le développement des communications numériques, l'équipement commercial, le développement économique et les loisirs (art. L. 123-1-3 du CU).

Les documents d'urbanisme communaux peuvent être utilisés pour donner du foncier ayant vocation à recevoir des activités économiques. Les zones d'activités économiques sont des outils au service de la stratégie de développement économique. Ce sont les zones urbanisées et les zones à urbaniser qui ont vocation à accueillir de telles activités.

L'enjeu économique des documents d'urbanisme se trouve dans la capacité à anticiper les besoins des entreprises pour être en mesure de leur proposer une offre foncière adaptée en termes de disponibilité (offre foncière immédiate, à moyen et long termes), de localisation (territoire urbain, périurbain et rural), de caractéristiques et d'équipement du terrain (taille des parcelles, proximité de réseaux de communication, y compris immatérielle, fluides...), de prix et de modalités juridiques d'occupation (location, acquisition...).





## **3. L'urbanisme opérationnel**

### **3.1. L'usage économique de l'urbanisme opérationnel**

Dans le cadre de l'urbanisme opérationnel, la personne publique intervient sur un périmètre pour réaliser ou faire réaliser une opération d'aménagement. Les finalités de l'opération d'aménagement sont énoncées à l'article L. 300-1 du CU. L'aménagement peut consister à mettre en œuvre un projet urbain, une politique de l'habitat, organiser le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques, favoriser le développement du tourisme et des loisirs...

Toutefois, la réalisation d'une opération d'aménagement nécessite la constitution des réserves foncières en amont de la réalisation du projet. La définition de la politique foncière est la traduction opérationnelle du projet de territoire et des orientations économiques du territoire. Le besoin de foncier économique s'appréhende au moyen d'une confrontation entre la demande, c'est-à-dire les besoins futurs en foncier économique, et l'offre, constituée par les produits fonciers disponibles à court, moyen et long termes.

L'urbanisme opérationnel est intégré dans l'urbanisme de planification puisque les opérations foncières et les opérations d'aménagement doivent être compatibles avec le DOO des SCOT.

### **3.2. Les modes d'acquisition foncière**

#### ***3.2.1. La constitution de réserves foncières***

La constitution d'une réserve foncière correspond à l'acquisition progressive de terrains ou de bâtiments, dans l'intérêt général, au moyen ou non de prérogatives de puissance publique (procédure d'expropriation), afin d'anticiper des actions ou opérations d'aménagement telles que définies à l'article L. 300-1 du CU.

Les réserves foncières doivent permettre de réaliser :

- *des opérations d'aménagement*, telles que les zones d'aménagement concerté (ZAC), les opérations de restauration immobilière, les lotissements, les permis de construire groupés, les remembrements et groupements de parcelles par des associations foncières urbaines ;
- *des actions d'aménagement*, comme par exemple une action de développement social des quartiers, une action d'accompagnement de la politique du logement comme les opérations programmées d'amélioration de l'habitat (OPAH) ou les opérations de résorption de l'habitat insalubre.

Les réserves foncières ont également pour objet de geler les terrains « *en vue de permettre la réalisation d'une action ou d'une opération d'aménagement* » (art. L. 221-1 du CU) éloignée dans le temps. L'achat de terrains dont l'affectation n'est pas définitive au moment de l'acquisition permet d'anticiper la maîtrise foncière en amont de l'opération sans risquer de devoir payer le prix de la spéculation foncière ou se heurter à la rétention des sols.



### **3.2.2. Les établissements publics fonciers**

Les établissements publics fonciers de l'État (art. L. 321-1 du CU) et des collectivités territoriales ou des établissements publics de coopération intercommunale (« établissements publics fonciers locaux » de l'art. L. 324-1 du CU) sont des instruments d'action de la politique foncière. Ils peuvent à ce titre contribuer « *au développement des activités économiques* » (articles précités).

Les établissements publics fonciers sont compétents pour réaliser toutes acquisitions foncières et immobilières dans le cadre de projets conduits par les personnes publiques et pour réaliser ou faire réaliser toutes les actions de nature à faciliter l'utilisation et l'aménagement ultérieur, au sens de l'article L. 300-1, des biens fonciers ou immobiliers acquis. Ils sont compétents pour constituer des réserves foncières (art. L. 321-1 précité).

Les établissements publics fonciers locaux sont compétents pour réaliser, pour leur compte, pour le compte de leurs membres ou de toute personne publique, toute acquisition foncière ou immobilière en vue de la constitution de réserves foncières en application des articles L. 221-1 et L. 221-2 ou de la réalisation d'actions ou d'opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 (art. L. 324-1 du CU).

### **3.2.3. Les procédures d'acquisition**

Les collectivités disposent de diverses procédures pour acquérir du foncier :

- la voie amiable ;
- l'expropriation pour cause d'utilité publique (dont l'expropriation à des fins de constitution de réserve foncière définie à l'article L. 221-1 du CU) ;
- le droit de préemption, lui même décomposé notamment en :

*droit de préemption urbain* (art. L. 211-1 et R. 211-1 et suivants du CU) permettant à son titulaire, dans une zone préalablement définie, de se substituer à l'acquéreur éventuel d'un bien immobilier mis en vente, en vue de la réalisation d'une opération d'aménagement ;

*droit de préemption dans les zones d'aménagement différé*, qui peut être exercé pendant une période de six ans renouvelable à compter de la publication de l'acte qui a créé la zone (définie à l'art. L. 212-1 du CU), et qui est ouvert soit à une collectivité publique ou à un établissement public y ayant vocation, soit au concessionnaire d'une opération d'aménagement (art. L. 212-2 et R. 212-1 et suivants du CU) ;

*droit de préemption des fonds de commerce, fonds artisanaux, et baux commerciaux*, permettant aux communes d'intervenir directement en faveur du développement et du maintien de certaines activités commerciales et artisanales dans un périmètre, préalablement défini, de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité (art. L. 214-1 et suivants et R. 214-1 et suivants du CU).



### 3.3. Les opérations d'aménagement

La jurisprudence a précisé la définition de l'opération d'aménagement, laquelle suppose une volonté et un effort d'organisation et d'agencement d'une partie du territoire, ce qui la différencie de l'opération de construction seule (CE sect., 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, n° 124099, au rec. p. 251 ; CE, 30 juillet 1997, *Ville d'Angers c. Dubois*, n° 160469, aux T. p. 1122).

Les procédures d'aménagement sont :

- la ZAC (art. L. 311-1 et s. et R. 311-1 et s. du CU) : elle permet à une personne publique y ayant vocation, de réaliser ou de faire réaliser l'aménagement et l'équipement de terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés ;
- les *politiques de rénovation urbaine*, plus particulièrement les secteurs sauvegardés (I de l'art. L. 313-1 du CU) et la restauration immobilière (art. L. 313-4 du CU).

L'État, les collectivités locales et leurs établissements publics sont à l'initiative des opérations d'aménagement. Ces personnes publiques peuvent réaliser l'opération elles-mêmes en régie directe ou en régie dotée de l'autonomie financière. Elles peuvent aussi en confier la réalisation à toutes personnes y ayant vocation et agissant pour le compte de la personne publique. Il s'agit des associations foncières urbaines (art. L. 322-2 du CU), des sociétés d'économie mixte locales (art. L. 1521-1 du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT), des sociétés publiques locales d'aménagement (art. L. 327-1 du CU), des établissements publics d'aménagement créés par décret en Conseil d'État (art. L. 321-14 du CU).

Différents modes de gestion de l'aménagement sont ainsi envisageables :

- **la régie directe** est un mode d'exploitation peu fréquent pour les opérations réalisées sous forme de ZAC compte tenu de la complexité des opérations ;
- **le mandat** est le contrat par lequel la collectivité mandante délègue un certain nombre de missions concourant à la réalisation de l'opération d'aménagement à un tiers, le mandataire, qui agit pour le nom et le compte de la collectivité ; ce mode de gestion est également peu utilisé pour le même motif tenant à la complexité des projets nécessitant des compétences variées dont les collectivités ne disposent pas toujours elles-mêmes ;
- **la concession d'aménagement** est le contrat par lequel la personne publique à l'initiative d'une opération d'aménagement (État, collectivité territoriale et leur groupement) confie l'étude et la réalisation à un aménageur public et privé ; ce dispositif est fréquemment utilisé, dès lors qu'il a le double avantage de limiter le besoin de financement public et de transférer la responsabilité et une grande partie du risque financier à un aménageur (v. fiche « *Contrats dédiés aux opérations de construction* »).



## 4. L'aménagement commercial

### **4.1. L'usage économique de l'aménagement commercial**

Le commerce est une composante essentielle de l'aménagement cohérent du territoire. Il doit être appréhendé en fonction des enjeux économiques mais également urbains et sociaux. L'activité commerciale contribue à l'attractivité et au dynamisme d'une ville, à la création d'emplois et de richesses, et a des conséquences sur les flux de transport, les paysages. La personne publique peut orienter le développement commercial en cohérence avec les orientations définies dans le cadre de l'aménagement des territoires. L'objectif est d'éviter les déséquilibres urbains entre le centre ville et la périphérie, entre le petit commerce et le grand commerce.

Pour équilibrer l'implantation des surfaces commerciales dans l'objectif de protéger le petit commerce tout en permettant aux consommateurs de satisfaire leurs besoins, le législateur a institué un régime d'autorisation spécifique pour les projets de création ou d'extension de commerce de détail dès lors que la surface de vente dépasse un certain seuil.

Par ailleurs, la loi du 18 juin 2014 précitée contient plusieurs mesures afin de maintenir les petits commerces de proximité en centre ville. Une commune faisant partie d'un EPCI peut déléguer tout ou partie du droit de préemption à cet établissement, s'il en est d'accord ; la commune ou l'EPCI délégataire lui-même peut déléguer ce droit à un établissement public y ayant vocation, à une société d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale (art. L. 214-1-1 du CU). La loi étend à trois ans le délai dont dispose la commune pour identifier un repreneur du fonds de commerce en cas de mise en location-gérance (art. L. 214-2 du CU). Elle prévoit également l'expérimentation de contrats de revitalisation commerciale pour cinq ans. Ils ont pour objectif de favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités dans des périmètres caractérisés soit par une disparition progressive des activités commerciales, soit par un développement de la mono-activité au détriment des commerces et des services de proximité, soit par une dégradation de l'offre commerciale, ou de contribuer à la sauvegarde et à la protection du commerce de proximité (art. 19 de la loi préc.).

Pour soutenir le commerce de proximité, les élus locaux peuvent s'appuyer sur le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (Fisac). Sa mission consiste à financer des opérations destinées à favoriser la création, le maintien, la modernisation ou la transmission des entreprises de proximité destinées à la population locale (art. L. 750-1-1 du code de commerce).



## **4.2. Le cadre juridique de l'aménagement commercial**

### ***4.2.1. Projets soumis à autorisation d'exploitation***

L'autorisation d'exploitation commerciale est délivrée par m<sup>2</sup> de surface de vente. Les projets commerciaux soumis au régime de l'autorisation d'exploitation commerciale sont précisés par l'article L. 752-1 du code de commerce. Sont principalement concernés les projets ayant pour objet la création ou l'extension de magasin de commerce de détail de plus de 1 000 m<sup>2</sup> de surface de vente, les changements de secteurs d'activité d'un magasin de plus de 2000 m<sup>2</sup> de surface de vente (1000 m<sup>2</sup> pour un commerce à prédominance alimentaire), les créations ou les extensions d'ensembles commerciaux d'une surface de vente supérieure à 1000 m<sup>2</sup>, ainsi que la réouverture d'un commerce ou d'un ensemble commercial, d'une surface de vente supérieure à 1000 m<sup>2</sup>, et ayant perdu sa « commercialité » (c'est-à-dire qui a fermé ses portes pendant une période supérieure à 3 ans).

### ***4.2.2. Projets nécessitant un permis de construire***

L'autorisation d'exploitation commerciale doit être obtenue en même temps que le permis de construire (autorisation unique), ou avant la réalisation du projet si celui-ci n'implique pas l'obtention d'un permis de construire. La procédure diffère selon que le projet nécessite ou non un permis de construire.

Si le projet nécessite un permis de construire, depuis le 15 février 2015, une procédure de « guichet unique », introduite par le décret n° 2015-165 du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial, permet au porteur de projet de déposer un seul dossier, portant à la fois sur la demande de permis de construire et sur la demande d'autorisation d'exploitation commerciale. La demande est déposée auprès de l'autorité compétente en matière de permis de construire, généralement la mairie de la commune d'implantation. Cette autorité saisit pour avis la commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) compétente pour se prononcer sur l'autorisation d'exploitation commerciale (art. R\* 423-13-2 du CU). Les pièces constitutives du dossier de demande sont listées à l'article R. 752-6 du code de commerce et au code de l'urbanisme qui, outre les pièces exigibles pour tout projet de construction soumis à permis de construire, requiert les pièces énumérées à l'article précédent (art. R\* 431-33-1 du CU). Pour les projets ne nécessitant pas de permis de construire, l'article R. 752-7 énumère les pièces demandées.

Si la CDAC émet un avis défavorable au projet, le maire ne peut délivrer le permis de construire demandé. Si la commission départementale émet un avis favorable, le maire peut délivrer un permis de construire qui vaudra, outre l'autorisation de construire, autorisation d'exploitation commerciale.

Si le projet ne nécessite pas de permis de construire, le porteur de projet doit saisir directement la CDAC compétente de sa demande d'autorisation d'exploitation commerciale. La commission rend alors une décision : autorisation ou refus du projet.



### **4.2.3. Décision de la commission**

Dans les deux cas, la CDAC dispose d'un délai de deux mois, à compter de sa saisine, pour se prononcer sur le projet. Si elle ne se prononce pas explicitement, sa décision est réputée favorable (art. L. 752-14 du code de commerce). L'avis ou la décision est notifié dans les dix jours au pétitionnaire et au maire de la commune d'implantation. Si la décision ou l'avis est favorable, un extrait est publié dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département. Cette décision est susceptible de recours. Celui-ci doit être exercé, préalablement à tout recours contentieux, devant la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), dans un délai d'un mois suivant la notification ou la publication de l'avis ou de la décision (art. L. 752-17 du CU). Il s'agit d'un recours administratif préalable obligatoire, sous peine d'irrecevabilité du recours contentieux pouvant être ultérieurement introduit.

### **4.3. Les critères de l'autorisation d'implantation commerciale**

La Commission européenne avait adressé aux autorités françaises, en décembre 2006, un avis motivé en raison de certaines dispositions de la législation relative à l'équipement commercial (art. 28 et suivants de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, modifiée par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat) considérées comme incompatibles avec l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après) sur la liberté d'établissement. L'avis visait le caractère disproportionné de la procédure française quant à la nature des critères servant de fondement aux décisions des anciennes commissions d'équipement.

Il ressort en effet du droit de l'Union, et notamment de l'article 14 paragraphe 5 de la directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur, que les États membres doivent abolir les exigences qui pourraient exister dans leur législation qui prévoient l'application au cas par cas de tests économiques. En particulier, les États membres doivent veiller à ne pas subordonner l'octroi de certaines autorisations à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande de marché, à une évaluation des effets économiques potentiels ou actuels de l'activité. En outre, il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne peuvent pas constituer une justification à une restriction à la liberté d'établissement.

Depuis lors, la France a adopté la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a supprimé les critères permettant une appréciation économique des projets commerciaux. Les projets sont désormais appréciés au regard des critères que sont l'aménagement du territoire, le développement durable et la protection du consommateur (art. L. 752-6 du code de commerce, récemment modifié par la loi du 18 juin 2014 préc., qui détaille de manière plus précise les composantes de ces critères).

La jurisprudence a précisé le cadre d'examen des demandes d'autorisation d'aménagement commercial après l'intervention de la loi du 4 août 2008. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'« *il appartient aux commissions d'aménagement commercial, lorsqu'elles statuent sur les dossiers de demande d'autorisation, d'apprécier la conformité du projet à ces objectifs, au vu des critères d'évaluation mentionnés à l'article L. 752-6 du code de commerce et précisés à l'article R. 752-7 du même code* » (CE, 30 mai 2011, S. A. S. Vinli, n° 336134, aux T. p. 815 ; v. également CE, 4 octobre 2010, *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération senonaise et autres et Société Sens distribution*, n°s 333413 et 333492, au rec. p. 359, précisant que depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, la densité d'équipement commercial de la zone de chalandise concernée ne figure plus au nombre de ces critères).

## **4.4. L'intégration du commerce dans les documents de planification urbaine**

### ***4.4.1. Le lien entre le commerce et les documents de planification***

Les documents de planification intègrent les enjeux et les préoccupations liés au commerce, notamment à travers les objectifs poursuivis par le SCOT et le PLU figurant à l'article L. 121-1 [cf. *supra*]. Les documents de planification doivent notamment assurer « *la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction (...) d'activités économiques (...) ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial (...)* ».

L'autorisation d'exploitation commerciale doit être compatible avec les documents de planification, notamment avec le document d'orientation et d'objectifs des SCOT (art. L. 122-1-15) ou, le cas échéant, avec les orientations d'aménagement et de programmation des PLUi comportant les dispositions prévues au dernier alinéa de l'article L. 123-1-4 du CU.

### ***4.4.2. L'inscription du commerce dans le SCOT***

En matière de commerce, le caractère stratégique du SCOT est affirmé puisqu'il est le seul document à pouvoir placer en son sein le commerce dans une définition transversale des politiques publiques.

Les articles L. 122-1 et suivants du CU précise que le volet commerce est intégré dans le SCOT, en particulier à travers le DOO, lequel a principalement pour objet de définir la politique d'urbanisme et de l'aménagement et de déterminer les objectifs et principes qui s'imposent aux PLU et que devront respecter les permis de construire.

Le DOO détermine également les conditions d'un développement équilibré et arrête des objectifs chiffrés en matière de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain, qui peuvent être ventilés par secteur géographique (art. L. 122-1-5). Parmi les autres objectifs (art. L. 122-1-5 préc. ; art. L. 122-1-8 et L.122-1-9), le DOO précise notamment les orientations relatives à



l'équipement commercial, définit les localisations préférentielles des commerces en tenant compte de l'objectif de revitalisation des centres-villes, du maintien d'une offre commerciale diversifiée, afin de répondre aux exigences d'aménagement du territoire, de cohérence entre équipements commerciaux, de desserte en transports, notamment collectifs, et de maîtrise des flux de marchandises, de consommation économe de l'espace.

#### ***4.4.3. L'inscription du commerce dans le PLU***

Le rapprochement entre l'aménagement commercial et l'urbanisme général est conforté par l'inscription du commerce dans le PLU. Parmi les différents éléments qui composent le PLU, le rapport de présentation doit s'appuyer sur un diagnostic au regard des prévisions économiques et démographiques et des besoins en matière de développement économique, de commerce, d'équipements et de services (art. L. 123-1-1 et 2 du CU).

Le PADD doit définir les orientations générales en matière d'équipement commercial, de développement économique et de loisirs (art. L. 123-1-3 et L. 123-1-4).

Le règlement doit fixer les règles applicables au sein de chaque zone, concernant la nature et les conditions d'occupation de l'espace (art. L. 123-1-5). Le règlement peut fixer les règles relatives à l'usage des sols et la destination des constructions. Les destinations qui peuvent faire l'objet de règles particulières sont énumérées à l'article R. 123-9 parmi lesquelles figurent le commerce et l'artisanat. Dès lors, pour soutenir l'artisanat et le commerce, il est possible d'adopter des règles différenciées propres à ces catégories. Mais les dispositions de cet article ne permettent pas aux rédacteurs du PLU de créer de nouvelles catégories soumises à des règles spécifiques, ni de soumettre certains des locaux relevant de l'une des catégories que le plan énumère aux règles applicables à une autre catégorie (CE, 30 décembre 2014, *Société Groupe Patrice Pichet*, n° 360850).





## 1. Notion de prise de position publique

Une prise de position publique est une manifestation d’opinion ou de volonté qui, sans s’imposer à ses destinataires, est exprimée dans le but d’obtenir un effet précis dans un sens déterminé.

La prise de position publique se distingue de la communication publique, qui a une portée générale et promotionnelle et n’exprime pas une analyse ou une position précise dans une affaire donnée. Elle se distingue également des circulaires et instructions qu’une personne publique est susceptible d’adresser aux agents de ses services, qui s’imposent à ces derniers en vertu du principe hiérarchique.

La prise de position publique ne constitue pas, en principe, une décision administrative, même non formalisée. La prise de position tend en effet à orienter les comportements et non à s’imposer en droit à ses destinataires.

Elle peut être rapprochée à certains égards au « droit souple » tel qu’il a été défini par le conseil d’État (étude annuelle de 2013), mais elle s’en écarte dans la mesure où les outils de droit souple présentent, par leur contenu et leur mode d’élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparentent aux règles de droit.

## 2. Usage économique de la prise de position publique

La prise de position publique est un procédé commode et rapide à mettre en œuvre : elle peut remplacer le recours à une norme contraignante plus complexe à élaborer, notamment au plan procédural, ou des outils mobilisant des ressources financières importantes.

Les prises de position publiques peuvent prendre la forme de déclarations d’intention, de recommandations informelles, de soutiens ou à l’inverse, d’oppositions à certains acteurs ou projets.

Les acteurs économiques ayant tendance à anticiper sur les décisions prises, le seul fait d’exprimer une analyse ou une orientation peut suffire à produire un effet significatif sur ces derniers, notamment dissuasif.



### 3. Les restrictions de fond aux prises de position publiques

#### 3.1. Obligations d'abstention générales applicables à toutes personnes

A l'occasion de prises de position publiques, les acteurs publics sont soumis au droit de la presse, en particulier à la loi du 29 juillet 1881, et peuvent notamment être condamnés pour diffamation publique (art. 29), c'est-à-dire, pour l'imputation de faits précis portant atteinte à l'honneur et la considération (le support de ces faits étant largement entendu (art. 23) : écrit, parole et tout moyen de communication au public par voie électronique, depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique). Ces dispositions sont susceptibles de sanctionner l'atteinte à l'image d'une entreprise qui découlerait de propos diffamatoires visant personnellement les dirigeants ou des responsables sociaux, à l'exclusion de toute critique des produits ou services de l'entreprises ou de l'entreprise elle-même.

L'action en dénigrement, fondée sur les dispositions de droit commun de l'article 1382 du code civil, est quant à elle applicable aux publications de critiques négatives, propos ou commentaires concernant des produits et services, et permet de faire sanctionner et indemniser les atteintes à la réputation d'une société, plus largement que ne le permet l'action en diffamation. Un dénigrement fautif est ainsi défini comme « *un comportement déloyal consistant à répandre des appréciations touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise lorsqu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne physique ou morale qui l'exploite* » (v. CA de Paris, Pôle 1 - Chambre 2, 21 novembre 2013, société Aigle Azur, n° RG : 12/23396).

Toute entreprise dispose ainsi de possibilités de riposte en cas d'atteinte injustifiée à son image (not., une action pénale sur le fondement de l'article 32 de la loi du 29 juillet 1881 prohibant les diffamations envers les particuliers sanctionnées par une amende de 12 000 euros ; une action civile de droit commun pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de la diffamation ou du dénigrement ; un droit de réponse – moyen d'action extrajudiciaire – en vertu de l'article 6-IV de la loi du 21 juin 2004 précitée ou encore la mise en cause éditoriale des éditeurs et des hébergeurs de site prévue également à l'article 6 précité).

#### 3.2. Obligations d'abstention générales applicables aux personnes et agents publics

Une prise de position publique informelle ne fait pas l'objet d'une définition légale et ne repose pas sur un régime juridique particulier. Elle peut néanmoins être proscrite par les textes ou certains principes, comme la nécessité pour les fonctionnaires et agents publics de se conformer au devoir de réserve, de discrétion



et de secret professionnel : « *Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. /Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions....* » (art. 26 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Des textes particuliers proscrivent des prises de position publiques individuelles, notamment des membres des collèges des autorités de régulation. Ainsi, par exemple, l'article 5 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 dispose, à propos du conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), que « *Pendant la durée de leurs fonctions et durant un an à compter de la cessation de leurs fonctions, les membres du conseil sont tenus de s'abstenir de toute prise de position publique sur les questions en cours d'examen (...)* ».

### **3.3. Obligations d'abstention découlant du droit des marchés financiers**

Lorsque les déclarations publiques se rapportent à des entreprises dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé ainsi que dans certaines autres hypothèses prévues par le droit des marchés financiers, ces déclarations sont susceptibles de constituer des manquements boursiers (par ex. manquement d'initié, de communication d'information privilégiée, de diffusion d'informations inexacts, de manipulation de cours). La réglementation boursière s'applique aux personnes publiques et à leurs agents, à l'exception des actions entreprises dans le cadre de la politique monétaire, de change ou de gestion de la dette publique (qui sont hors champ du règlement européen relatif aux abus de marché (Règlement UE n°596/2014, 16 avril 2014 sur les abus de marché, art. 6.1).

La responsabilité pénale des acteurs publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions sur le fondement de délits boursiers (délit d'initié, délit de diffusion d'informations trompeuses, de communication d'informations privilégiées ou de manipulation de cours) est également susceptible d'être engagée. Seul l'État, en tant que personne morale, bénéficie d'une irresponsabilité pénale (art. 121-2 du code pénal).

Le principal risque, s'agissant de déclarations publiques, se situe en matière de diffusion de fausse information.

Aux termes de l'article 632-1 du règlement général de l'Autorité des marchés financiers : « *Toute personne doit s'abstenir de communiquer, ou de diffuser sciemment, des informations, quel que soit le support utilisé, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications inexacts, imprécises ou trompeuses sur des instruments financiers ou sur des produits de base, y compris en répandant des rumeurs ou en diffusant des informations inexacts ou trompeuses, alors que cette personne savait ou aurait dû savoir que les informations étaient inexacts ou trompeuses* ».



Il convient également de considérer les dispositions de l'article L. 465-2 du code monétaire et financier :

- dont le premier alinéa dispose qu'« est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait, pour toute personne, d'exercer ou de tenter d'exercer, directement ou par personne interposée, une manœuvre ayant pour objet d'entraver le fonctionnement régulier d'un marché réglementé ou d'un système multilatéral de négociation en induisant autrui en erreur » ;
- dont le second alinéa dispose qu'« est puni des peines prévues au premier alinéa de l'article L. 465-1 le fait, pour toute personne, de répandre ou de tenter de répandre dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur ou de ses titres admis aux négociations sur un marché réglementé (...) de nature à agir sur les cours desdits instruments ou actifs ».

### 3.4. Obligation d'abstention découlant du droit des aides d'État

Lorsqu'elles favorisent un opérateur, les prises de position publiques sont susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). En effet, la cour de justice de l'Union européenne (CJUE ci-après) a estimé, dans un cas demeuré isolé, mais significatif, que des déclarations gouvernementales pouvaient participer à l'identification d'une aide d'État. Il s'agissait d'annonces du ministre de l'économie, par communiqué de presse, en juillet et décembre 2002 relatives au soutien financier que l'État français se proposait d'apporter à la société France Télécom.

La CJUE s'est prononcée sur la question de savoir si les déclarations publiques faites par les autorités publiques d'une part, et l'annonce de l'offre d'avance d'actionnaire proposée par l'État, d'autre part, constituaient une aide d'État au sens de l'article 107 du TFUE. Elle a fait prévaloir, dans son raisonnement, une approche globale du contrôle de l'élément de transfert de ressources étatiques (CJ, grande chambre, *Bouygues et Bouygues télécom c. Commission e. a.*, 19 mars 2013, aff. Jointes C-399/10 P et C-401/10 P). Selon la CJUE, le Tribunal (dans sa décision, TUE, *Bouygues et Bouygues télécom c. Commission e. a.*, 21 mai 2010, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04) avait commis une erreur de droit en recherchant un lien étroit entre les avantages issus des déclarations et de l'offre d'avance, et une diminution du budget étatique correspondant à chacun de ces avantages.

Elle a ainsi considéré que « plusieurs interventions consécutives de l'État doivent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, être regardées comme une seule intervention » (point 103). Elle a précisé ensuite qu'une « intervention étatique susceptible, à la fois, de placer les entreprises auxquelles elle s'applique dans une situation plus favorable que d'autres et de créer un risque suffisamment concret de la réalisation, à l'avenir, d'une charge supplémentaire pour l'État, peut grever les ressources de l'État » (point 106).

Elle en a déduit qu'il était manifeste que les annonces publiques de l'État devaient être associées à l'offre d'avance d'actionnaire, et que c'était à bon droit que la Commission avait considéré que cette avance constituait un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, en ce qu'elle a permis à France Télécom « *d'augmenter ses moyens de financement et de rassurer les marchés quant à sa capacité de faire face à ses échéances* » (considérant 194 de la décision de la Commission). Enfin, elle a confirmé que l'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros au titre de l'offre d'avance d'actionnaires, qui aurait pu être signée à tout moment, constituait un avantage octroyé au moyen de ressources d'État.

Le TUE, statuant à nouveau dans cette affaire, a quant à lui annulé la décision de la Commission, en considérant que le critère de l'investisseur avisé n'avait pas été correctement appliqué (TUE, 2 juillet 2015, *République française c. Commission européenne*, aff. Jointes T-425/04RENV et T-444/RENV).

## 5. La contestation de la légalité de la prise de position publique

### 5.1. Cas des prises de positions ne constituant pas des actes décisives

Par principe, une simple prise de position publique est dénuée de tout effet contraignant et ne constitue pas par elle-même une décision administrative ou ne révèle pas son existence, ne fait pas grief et ne peut donc être déférée devant le juge administratif.

Les simples mesures d'information, indicatives et autres prises de position, ne modifient pas en principe l'ordonnancement juridique et ne sont pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir. Néanmoins, le juge administratif admet, dans certaines hypothèses et à l'issue d'une démarche *in concreto*, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des prises de position ou mesures d'information dépourvues d'effet décisive si elles risquent d'influencer une procédure en cours (par ex., CE sect., 5 novembre 1993, *S.A. Le Courrier de l'Ouest*, n° 132305, au rec. p. 303 : position prise par l'administration fiscale sur l'applicabilité d'une déduction supplémentaire pour frais professionnels), ou de faire perdre à l'intéressé le bénéfice d'un avantage qui n'est pas conféré par une décision administrative susceptible d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (CE, 17 décembre 1986, *Lazarevitch*, n° 50903). Certaines mesures d'information ou prises de position font également griefs lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la situation de tiers (CE sect., 21 octobre 1988, *Église de scientologie de Paris*, au rec. p. 353 ; CE, 7 août 2008, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, n° 310220, au rec. p. 312).

Lorsque l'autorité publique se borne à exprimer une analyse qui ne comporte pas, en elle-même, d'appréciations susceptibles d'emporter des effets de droit,



l'opinion émise n'est pas susceptible de recours pour excès de pouvoir, quelle que soit la publicité qu'elle a reçue (CE, 11 octobre 2012, *Société Casino Guichard-Perrachon*, n° 357193, p. 361, à propos de l'avis de l'Autorité de la concurrence sur la distribution alimentaire à Paris).

Sont également jugées dépourvues d'effet décisives les réponses ministérielles, écrites ou orales, aux questions posées par des parlementaires (CE, sect., 12 juin 1936, *Hitzel*, au rec. p. 641) mais par exception, le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'encontre de celles qui comportent une interprétation de la loi fiscale (CE sect., 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, n° 272618, au rec. p. 581). Les vœux et recommandations suivent traditionnellement le même sort (CE, 27 septembre 1989, *SA Chopin, S.A.R.L. Editions de Mirandol et Société Presse Mailing*, n°s 74548, 74549 et 74550, pour une recommandation de la CNIL), sauf si la recommandation est rédigée en des termes impératifs (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234, au rec. p. 395).

La prise de position publique prenant la forme d'une déclaration d'intention s'apparente à une simple mesure d'information : elle avertit d'un comportement futur, mais ne comporte encore aucune décision. Elle ne fait donc pas, par elle-même, grief et est insusceptible de faire l'objet d'un recours contentieux (CE, 9 décembre 1988, *Ville d'Amiens et Chambres de commerce et d'industrie d'Amiens et de Rouen*, n°s 97746 et 97747 : le communiqué par lequel le Premier Ministre a rendu public le tracé retenu par le TGV est une simple déclaration d'intention du gouvernement ; CE, 24 septembre 2003, *Syndicat national unifié des impôts*, n°s 248154 et 248441 : annonce par un ministre des diverses possibilités envisagées dans le cadre d'une réforme). Il en est de même d'une délibération d'une commission économique interministérielle, qui ne comporte qu'une déclaration d'intention (CE, 22 avril 1974, *société Établissements Louis Rémusat*, n° 70960, au rec. p. 265).

De même, les avertissements et mises en garde, que peuvent receler une prise de position publique, ne présentent pas de caractère décisive si leur destinataire n'est pas tenu d'y déférer (CE, 1<sup>er</sup> février 1989, *Société-France Antilles et compagnie*, n° 76045, au rec. p. 43 : avertissement adressé par la Commission pour la transparence et le pluralisme de la presse à une entreprise de presse de ce qu'une opération projetée par cette dernière était de nature à porter atteinte à la concurrence).

## 5.2. Cas des positions qualifiées d'actes décisives

Lorsque la déclaration recèle ou révèle une décision administrative, cette dernière fait normalement grief et donc, est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

Une telle décision peut être exprimée par un simple communiqué de presse (CE, 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, n°s 105440, 106591, 110194 et 121353, au rec. p. 289 : le ministre de la santé a reconnu à des organisations syndicales de médecins la qualité d'organisations syndicales représentatives ; CE Ass., 3 mars 1993, *comité central d'entreprise de la SEITA*, n° 132993, au rec. p. 41 : le Premier ministre annonce la délocalisation de divers organismes).

Elle peut également être « révélée » lors d'une conférence de presse (CE, 6 octobre 2000, *Association Promouvoir*, n°s 216901, 217800, 217801 et 218213, au rec. p. 391 : décision relative à la distribution dans les collèges et lycées d'une pilule contraceptive annoncée lors d'une conférence de presse, puis, révélée par le lancement d'une campagne d'information).

## 6. Réparation des dommages causés par les prises de position publiques

De façon générale (et en dehors de l'action civile en dommages-et-intérêts mentionnée *infra*, au point 3.1.), s'il peut être reproché un comportement fautif (promesse non tenue, renseignements erronés, décision entachée d'illégalité...) à l'autorité qui a exprimé la position publique et que cette faute a été à l'origine d'un dommage, la personne qui a subi le dommage peut demander réparation de son préjudice devant le juge administratif.

Une prise de position publique peut en particulier recéler une promesse, qui ultérieurement n'est pas tenue par la personne publique. La promesse est une manifestation de volonté de s'engager à prendre un acte, à conclure un contrat ou à faire bénéficier quelqu'un d'un avantage ou d'une situation quelconque. Le comportement de l'administration ou certains de ses agissements peuvent être analysés par le juge comme un manquement à une promesse, dès lors que la conviction que leur destinataire a pu légitimement acquérir s'est révélée infondée.

Le domaine de l'intervention économique de l'État est particulièrement illustratif de promesses génératrices de fautes de nature à engager la responsabilité de l'administration. Sont ainsi assimilés à des promesses des encouragements précis donnés à une entreprise pour atteindre un objectif économique (CE, 26 octobre 1973, *SCI Résidence Arcole*, n°s 87909 et 87910 ; CE, 26 juin 2002, *Cts de Peretti Della Rocca*, n° 223346). Ne sont pas, en revanche, constitutives d'engagements non tenus de simples intentions ou encouragements imprécis (CE, 15 juillet 1957, *Société de décortilage*, au rec. p. 485 ; CE, sect., 16 novembre 1960, *Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, au rec. p. 621).

*A fortiori*, de véritables engagements pris par l'administration à l'égard d'entreprises, dont elle cherche à orienter l'activité, constituent des fautes engageant sa responsabilité, si ces engagements ne sont finalement pas tenus (CE, 25 juin 1954, *Otto*, au rec. p. 380). À l'inverse, divers encouragements et une promesse de prime, non accompagnés d'un engagement à conclure un contrat, ne sauraient être regardés comme des promesses non tenues (CE, 13 mars 1985, *Sté Barlocher-France-Production SARL*, n° 16173, au rec. p. 79).

De simples incitations économiques sans garantie financière n'en sont pas davantage, car l'administration conserve un pouvoir discrétionnaire en la matière (CE, 18 mai 1956, *Sté Léon Claeys*, aux T. p. 752). Il en est de même pour une



simple proposition sur la possibilité de prévoir une réalisation dans un projet de reconstruction d'un centre ville, dès lors qu'elle ne comporte aucun engagement précis (CE, 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches*, n° 95152).

Enfin, si l'administration ne commet pas de faute à ne pas exécuter un engagement qui était illégal, elle en commet toutefois une en prenant cet engagement (v. par ex. CE sect., 24 avril 1964, *Sté des Huileries de Chauny*, au rec. p. 245, s'agissant de la garantie donnée à des industriels contre une baisse des prix en vue de les inciter à acheter un produit en excédent de leur stock outil).





## FICHE 23

**Communication économique**

## 1. Notion de communication publique

On entend par communication publique la communication institutionnelle de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics ainsi que des entreprises publiques et autres groupements auxquels participent des personnes publiques afin de contribuer à la compréhension de leur action par le public.

La communication publique se distingue :

- de la *communication politique*, faite pour promouvoir des personnalités ou partis politiques notamment à des fins électorales ;
- des *prises de position publiques* des personnes publiques, qui n'ont pas de portée générale et promotionnelle mais se rapportent à une affaire donnée (v. fiche « *prises de position publiques* ») ;
- les *activités d'accompagnement*, qui s'adressent à des personnes déterminées ou, lorsqu'elles présentent un caractère collectif, ne se limitent pas à des activités promotionnelles.

Il n'existe pas de définition précise de ce que recouvre la communication publique. Elle inclut généralement (v. not., rapp. Cour des comptes, *Les dépenses de communication des ministères*, 2011) :

- les sondages et études d'opinion ;
- les campagnes de communication (conception, réalisation, achats d'espaces publicitaires...) ;
- le conseil stratégique et la formation à la communication (dont la préparation à la prise de parole).

Les sondages et études d'opinion de même que le conseil stratégique et la formation se situent en amont ou en aval du message directement au public par les campagnes de communication. Dans une approche limitée aux seuls outils d'action des personnes publiques, seules les campagnes de communication sont à examiner.



## 2. L'usage économique de la communication publique

### 2.1. Au niveau national

La communication nationale peut avoir un rôle quasi macro-économique, en contribuant à un climat de confiance et d'optimisme, essentiel au développement économique. Mais elle poursuit le plus souvent des objectifs plus ciblés, de promotion d'un secteur, d'une activité, d'un territoire, ou des dispositifs de soutien.

La communication économique nationale vise principalement :

- à faire connaître l'action économique des personnes publiques (projets de textes, initiatives publiques, déploiement de dispositifs d'aides...) par le public ; elle est alors un facteur d'acceptation de cette action, notamment lorsqu'elle a été perçue, de prime abord, comme défavorable pour ses destinataires ;
- à modifier par elle-même les comportements individuels et collectifs des citoyens, comme inciter à la création d'entreprises ou aux investissements.

La communication économique nationale peut aussi avoir des objets plus spécifiques, soit ponctuels, comme dans le cadre de la crise financière et des dettes souveraines de 2008, soit plus permanents, comme par exemple en matière de promotion de la France à l'étranger pour inciter aux investissements internationaux (cf. not. le site internet [www.France.fr](http://www.France.fr), créé en 2010 comprenant des dossiers thématiques intitulés « compétitivité et innovation » et « investir en France »).

Elle peut aussi relayer des dispositifs européens, afin de les promouvoir, comme par exemple, les fonds structurels (circ. du 12 févr. 2007 du Premier ministre relative à la communication sur les projets financés par l'Union européenne dans le cadre de la politique de cohésion économique et sociale).

### 2.2. Au niveau local

La communication économique des collectivités locales et de leur groupement est, par nature, largement axée sur un territoire. La compétition croissante entre les territoires, en particulier pour l'implantation d'activités économiques, s'accompagne de l'émergence d'un « marketing territorial ». Il s'agit ainsi de promouvoir un territoire le cas échéant en mobilisant d'autres outils, comme le dépôt d'une marque (v. fiche « *marques publiques* »). La communication économique locale tend ainsi à valoriser ce territoire auprès des investisseurs potentiels et à attirer des personnes susceptibles d'y implanter des activités économiques.

La communication locale peut également servir à favoriser les initiatives locales au plan économique, comme les dispositifs d'accompagnement (v. fiche « *accompagnement en matière économique* »), voire des aides financières proposées par les collectivités concernées (v. les fiches de la famille « *concours financiers* »).



## 2.3. Caractères généraux

La communication est souvent mobilisée en matière économique, en raison de son caractère relativement peu dispendieux par rapport à d'autres outils mais la professionnalisation de cet instrument (appel à des agences de communication, utilisation d'espaces publicitaires) en augmente les coûts.

L'usage de cet outil se caractérise par une certaine dispersion des efforts, qui a conduit à diverses démarches de rationalisation ces dernières années, notamment en ce qui concerne l'État.

## 3. Compétence en matière de communication

### 3.1. L'État et ses établissements publics

#### 3.1.1. Répartition des compétences

Les textes d'organisation des ministères désignent généralement un service plus particulièrement chargé des questions de communication. Celle-ci est assurée le plus souvent en partage avec les services compétents sur le fond mais aussi en lien avec un membre du cabinet du ministre plus particulièrement chargé de ces questions. Certains ministères se sont par ailleurs dotés de porte-parole (v. p. ex. décret n° 2007-1506 instituant un porte-parole au ministère de la justice).

Au niveau déconcentré, le décret n° 2009-587 du 25 mai 2009 confie au secrétaire général pour les affaires régionales la fonction de coordonner la mise en œuvre des actions d'information et de communication de l'État relatives aux politiques publiques dans la région.

Les établissements publics de l'État assurent également leur propre communication dans la limite de leur spécialité et des textes qui les régissent. Ils ont vocation à travailler en collaboration avec le service de communication de leur ministère de tutelle.

La coordination de la communication gouvernementale est confiée au service d'information du Gouvernement, ci-après SIG (décret n° 2000-1027 du 18 octobre 2000 ; arrêté du 15 juin 1990). Il est notamment compétent pour diffuser aux élus, à la presse et au public des informations sur l'action gouvernementale ainsi que pour entreprendre les actions d'information d'intérêt général à caractère interministériel sur le plan national et, en liaison avec les préfets et les ambassadeurs, dans le cadre des services déconcentrés de l'État. Il a également vocation à travailler en lien avec les établissements publics de l'État.



### **3.1.2. Modalités de la coordination**

Les modalités de l'action de coordination du SIG ont été précisées par trois circulaires successives : circ. n° 5140/SG du 23 mars 2006 sur la coordination de la communication gouvernementale, n° 5340/SG du 3 octobre 2008 sur les objectifs et l'organisation de la communication gouvernementale et n° 5574/SG du 16 février 2012 relative à l'Internet de l'État.

Toute action de communication dont le coût global est supérieur à 90 000 euros hors taxe doit ainsi recevoir un agrément délivré par le SIG, au nom du Premier ministre. Le SIG doit être également associé à la procédure de sélection de l'agence de communication ainsi qu'aux différentes structures en charge du pilotage de l'action de communication. La délivrance de l'agrément est soumise à plusieurs critères : opportunité de l'action ; cohérence avec les priorités gouvernementales ; pertinence du type de communication ; impact prévisible compte tenu des moyens mobilisés.

L'ensemble des actions de communication au niveau national ont vocation à être intégrées dans un « planning stratégique », élaboré par le SIG (circ. préc. du 3 octobre 2008).

Le SIG anime le réseau des services de communication de l'État au sein des administrations centrales et déconcentrées. Il conseille les ministères sur les passations de marché de communication et la gestion des campagnes de communication. Depuis 2003, un marché mutualisé d'achat d'espaces publicitaires est passé.

## **3.2. Les collectivités territoriales**

Le Conseil d'État a qualifié la communication municipale de « mission de service public » (CE, 10 juillet 1996, *Coisne*, n° 140606, aux T. p. 1006). Le Tribunal des conflits a affiné cette qualification en l'assimilant à une mission de service public à caractère administratif (TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, n° 03023).

Pour les collectivités locales, le contenu de l'opération de communication économique doit relever de la notion « d'affaires locales ». C'est aussi dans le respect de leurs attributions légales que les exécutifs locaux ont la responsabilité de la direction du service de communication local (CE sect., 25 juillet 1986, *Divier*, n° 55064, au rec. p. 208). Ainsi, en réalisant des actions de communication comportant l'utilisation du mobilier urbain sur un projet modifiant profondément le régime administratif de la commune, le maire ne méconnaît pas les limites de ses attributions légales en qualité d'exécutif de la commune responsable de l'information municipale.

Les communes de plus de 5 000 habitants, les départements et les régions disposent majoritairement d'une direction ou d'un service de la communication pour organiser leurs actions de communication économique (éditions, événements, relations presse, communication interne, communication numérique, communication institutionnelle et image, relation publique, interventions et discours, animation).



Les directions/services de la communication restent diversement rattachées selon le type de collectivité : dans les départements et régions, elle est souvent rattachée au directeur de cabinet, dans les intercommunalités au Directeur général, tandis que dans les communes, les situations sont encore plus diverses : c'est tantôt le Directeur général des services, tantôt le maire (voire l'élu délégué à la communication) qui est l'instance de rattachement.

## **4. Contenu du message**

Dans leurs actions de communication, les personnes publiques sont soumises au droit de la presse et notamment à la loi du 29 juillet 1881 (cas par ex. des bulletins municipaux : Cass. Civ. 2<sup>e</sup>, 18 décembre 1995, *Société Cermef*, n° 93-21476). Elles peuvent notamment être condamnées pour diffamation publique, c'est-à-dire, pour l'imputation de faits précis portant atteinte à l'honneur et la considération (v. fiche « *prises de position publiques* »).

Dans leurs actions de communication, les personnes publiques doivent également respecter le droit à l'image et le droit d'auteur. Une atteinte au droit d'auteur au sens de l'article L. 111-1 du code de la propriété intellectuelle peut être ainsi portée par un maire ayant fait procéder à la reproduction d'un tableau, sans avoir recueilli préalablement l'accord de l'artiste (TA de Nice, 9 mars 2012, *M. Jean-Claude Campana*, n° 1002932).

Elles se doivent également de respecter les secrets protégés par la loi, comme le secret des affaires.

## **5. Supports de communication**

### **5.1. Publications**

Les publications recouvrent l'édition publique (revues, bulletins périodiques) comme la diffusion de prospectus ou de dépliants.

Dans les communes de 3 500 habitants et plus, lorsque la commune diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal, un espace est réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale (art. L. 2121-27-1 du code général des collectivités territoriales (CGCT ci-après), ajouté par la loi n° 2002-276 du 27 février 2002, art. 9, I). Les modalités d'application de cette disposition sont fixées par le règlement intérieur du conseil municipal.



## 5.2. Affichage

Il doit notamment respecter la police de l'affichage dont la responsabilité incombe au maire lorsqu'un règlement local de publicité a été institué. Les publicités, enseignes et pré-enseignes, sont en effet soumises à une réglementation protectrice de l'environnement et du cadre de vie (art. L. 581-1 et suivants du code de l'environnement). Leur installation doit être conforme à des conditions de densité et de format et faire l'objet, suivant les cas, de déclaration ou d'autorisation préalables en mairie ou en préfecture.

## 5.3. Audiovisuel

Au niveau national, le service public audiovisuel est défini par le titre III de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Comme dans la plupart des autres pays européens, les entreprises publiques occupent en France une place importante dans le secteur de l'audiovisuel. La loi n° 2000-719 du 1<sup>er</sup> août 2000 modifiant la loi précitée prévoit la conclusion de contrats d'objectifs et de moyens entre l'État et les sociétés de l'audiovisuel public. L'objectif de ces contrats est de dynamiser et moderniser les relations que les sociétés publiques de l'audiovisuel entretiennent avec l'État, notamment en matière budgétaire ainsi que de définir, pour une durée de quatre ou cinq ans suivant les cas, les orientations stratégiques des sociétés associant des objectifs à des indicateurs précis.

Au niveau local, les articles L. 1425-1 et L. 1425-2 du CGCT définissent le régime d'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques. L'article L. 1426-1 est plus spécialement consacré à la communication audiovisuelle. Il prévoit que « *les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, dans les conditions prévues par la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, éditer un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale et diffusé par voie hertzienne terrestre ou par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (alinéa 1<sup>er</sup>). La collectivité « *conclut avec la personne morale à laquelle est confié le service un contrat d'objectifs et de moyens définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en œuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq ans. Ce contrat est annexé à la convention conclue avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (alinéa 2).

## 5.4. Internet

La création d'un site internet est devenue un moyen privilégié de communication et de promotion des entités publiques. La mise en place de ces sites et leur fonctionnement est soumis au même régime que celui applicable aux personnes privées. La loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 dite LCEN (loi de confiance dans l'économie numérique) généralise l'application de la loi du 29 juillet 1881 à la communication en ligne (art. 6) et règle les conditions d'engagement de la responsabilité pénale et civile des hébergeurs (stockeurs de contenu internet).



## 6. L'externalisation de la communication publique

Le service de communication d'une collectivité publique peut être géré en régie, c'est-à-dire assuré directement par les agents de cette collectivité et selon ses moyens propres.

La mission de communication peut être également assumée par une association créée à cet effet et percevoir des subventions de la commune dès lors que son activité présente un intérêt communal. Toutefois, si ce n'est en réalité qu'une association « transparente », le juge procédera à sa requalification (v. pour des actions d'information entreprises par une association présidée par le maire et ne percevant aucune autre ressource que des subventions municipales : CE 11 mai 1987, *Divier c. Association pour l'information municipale*, n° 62459, au rec. p. 167).

Les entités publiques peuvent faire le choix de l'externalisation en concluant des contrats avec des entreprises privées pour leur confier des opérations relevant de leur mission de service public de la communication. Les règles relatives aux contrats administratifs sont alors en principe applicables. La réponse est certaine pour ceux passés en application du code des marchés publics (art. 2 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes à caractère économique et financier, dite Murcef).

La question de la détermination du régime exact de passation des contrats, à savoir marché public ou délégation de service public, peut se révéler délicate pour la personne publique. Généralement, cette dernière conserve la maîtrise du contenu de l'opération de communication et il n'y a pas à proprement parler d'usager du service public de la communication, ni de prise en charge du service de la communication par le cocontractant. Ces contrats relèveront a priori de la catégorie des marchés publics. Dans cette hypothèse, le contrat porte sur une prestation déterminée (conception, réalisation, relation presse, audiovisuel, évènementiel, édition, web). Les règles de publicité et de mise en concurrence s'appliquent pour le choix du prestataire. Si le contrat confie la maîtrise de l'organisation et de la gestion d'une partie du service public de la communication au contractant, qui supporte alors le risque financier de l'exploitation, ce contrat pourra être qualifié de délégation de service public (*a contrario*, CE, 6 novembre 2009, *Société Prest'Action*, n° 297877, au rec. p. 445).

L'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 et le décret d'application n° 2005-1742 du 30 décembre 2005, pris pour son application, disposent que les marchés de service de conseil en communication ne sont pas soumis aux procédures de marché formalisé. L'entreprise est libre d'organiser la procédure de passation à son gré dans le respect des principes de liberté d'accès, d'égalité et de traitement et de transparence.



## 7. Cas particulier des campagnes menées en périodes pré-électorale ou électorale

Quel que soit le mode de communication (bulletin municipal, organisation d'événements ou diffusion sur un site internet), celui-ci sera soumis d'une part, à l'article L. 52-1 alinéa 2 du code électoral qui mentionne qu'« à compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin » et, d'autre part, à l'article L. 52-8 du même code organisant un contrôle du financement des campagnes des candidats à un scrutin.

Le juge électoral a dégagé des règles encadrant la communication des personnes publiques en période pré-électorale :

- l'action de communication doit pouvoir justifier de son caractère habituel, de l'existence de précédents (et non pas résulter d'une création spécifique en vue des élections) ;
- la périodicité d'une initiative de communication ne doit pas être modifiée (exigence de régularité) ;
- aucun changement dans la forme de la communication (absence de modifications avantageuses) ;
- le contenu doit rester neutre et purement informatif c'est-à-dire éviter toute allusion promotionnelle.

En particulier, la campagne de communication ne doit pas, pendant la période précédant les élections susmentionnée, développer des thèmes « en rapport » avec ceux développés ensuite par l'élu au cours de la période électorale et comporter des messages à caractère promotionnel (CE Ass., 4 juillet 2011, *Élections régionales d'Ile-de-France*, n°s 338033 et 338199, au rec. p. 317). Le juge électoral contrôle l'ampleur et le contenu de l'information diffusée par la campagne de communication pour apprécier si elle relève d'une aide à la campagne d'un candidat. Les actions menées dans le cadre de telles campagnes peuvent être évoquées devant le juge de l'élection concernée, à titre de manœuvres ayant faussé la régularité du scrutin. Ainsi, il peut y avoir violation sans que, compte tenu de l'écart des voix, le scrutin n'ait été altéré (CE 28 janvier. 1994, *Bartolone, Élections cantonales des Lilas*, n° 143531, au rec. p. 41).

Par ailleurs, les dépenses correspondant à de telles campagnes de promotion publicitaire des réalisations et de la gestion de la collectivité au sens du second alinéa de l'article L. 52-1 du code électoral doivent être réintégrées dans le compte de campagne du candidat, ce qui peut aboutir au rejet de ce dernier (v. décision *Élections régionales d'Ile-de-France*, préc.).



## 8. Communication économique et droit de l'Union

Les personnes publiques doivent être vigilantes lorsqu'elles développent une stratégie de communication économique. Au regard du droit de l'Union, des mesures émanant de l'État au profit des entreprises françaises ou afin d'inciter l'achat de produits nationaux constituent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives discriminatoires contraires au traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Par ailleurs, le fait de favoriser les entreprises nationales pour des achats au profit de personnes publiques a les mêmes effets et constitue également une restriction à la libre circulation des marchandises.

Plus précisément, la Cour de justice a reconnu qu'une campagne publicitaire à l'échelle nationale promouvant l'achat de produits nationaux devait être regardée comme une mesure d'effet équivalent prohibée dès lors que l'ensemble de ces activités était imputable à la volonté de l'État de favoriser les produits nationaux et non au seul choix des entreprises privées ou publiques de promouvoir leurs produits (CJCE, 24 novembre 1982, *Commission / Irlande*, aff. C-249/81).

La Cour considère ainsi que même des actes d'un gouvernement dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et consommateurs sur le territoire de cet État. Tel est le cas lorsque la pratique restrictive constitue la mise en œuvre d'un programme défini par le gouvernement qui touche l'ensemble de l'économie nationale et qui vise à freiner les échanges entre États membres par la promotion de l'achat de produits nationaux moyennant une campagne publicitaire à l'échelle nationale et lorsque l'ensemble de ces activités est imputable au gouvernement.





**FICHE 24**

## **Accompagnement en matière économique**

### **1. Notion d’accompagnement en matière économique**

Il s’agit pour les personnes publiques d’apporter un soutien non financier aux entreprises, en leur prodiguant conseil, expertise, en les mettant en relation entre elles ou avec d’autres administrations.

Ces instruments se différencient :

- des *concours financiers* (subventions, prêts et avances, garanties) ; même si les missions d’appui sont souvent combinées à de tels concours, elles ne se confondent pas avec eux ;
- des *mesures réglementaires ou fiscales incitatives* qui constituent des dispositifs obligatoires dont les effets, peuvent seulement être évités en adoptant un comportement déterminé ; au contraire, l’accompagnement n’est pas contraignant ; les personnes auxquelles les dispositifs de ce type s’adressent peuvent décider d’en bénéficier ou non ;
- de la *communication publique généraliste*, qui ne se traduit pas par des activités matérielles autres que la diffusion de supports de communication.

### **2. L’usage économique de l’accompagnement**

#### **2.1. Domaines variés**

Les activités d’accompagnement se déploient dans de nombreux domaines, généralement directement vers les entreprises :

- création d’entreprises ;
- développement des entreprises ;
- financement des entreprises ;
- implantation ou extension des entreprises (foncier et immobilier) ;
- débouchés (partenariats, clientèles) des entreprises ;
- exportation des produits et services ;
- difficultés des entreprises (prévention, essentiellement).



Ces actions peuvent être réalisées directement par des collectivités territoriales ou établissements publics, ou par l'intermédiaire de structures missionnées ou dédiées à ces missions.

## 2.2. Avantages et inconvénients

Ces actions présentent l'avantage de pouvoir être proposées aux entreprises à titre individuel ou collectif.

Leurs effets sont difficiles à mesurer. Il s'agit de formes d'assistance dont la part exacte dans la réussite ou dans l'échec d'un projet peut difficilement être isolée.

## 3. Types d'activités possibles

**Le conseil et l'expertise** renvoient à un soutien technique, généralement dans l'analyse d'une situation ou la conduite d'un projet. Les prestations de conseils et d'expertise prennent des formes diverses : la conception de « *business models* », l'optimisation des recherches de financement ou de projets de création d'entreprises. Elles peuvent également comporter des analyses de risques, des études de marché, la prospection de marchés au niveau national et international ainsi que la mise en relation avec des clients potentiels ou du suivi commercial.

Ces prestations peuvent également recouvrir des missions de promotion permettant de donner plus de visibilité aux entreprises concernées auprès des professionnels.

**L'appui** est plus protéiforme, pouvant comporter des aspects de conseil et d'expertise mais s'étendant aussi à de l'information et à un dialogue, pouvant impliquer une présence physique aux côtés des intéressés dans la conduite d'une démarche de projet.

Les « incubateurs d'entreprise », les pépinières d'entreprises, constituent des structures d'accompagnement plus intégrés des projets de création d'entreprises. Elles encadrent les entrepreneurs et/ou les créateurs en leur fournissant des conseils administratifs, juridiques, des services mutualisés (accueil téléphonique, prestations techniques), une aide au marketing et à la communication, un réseau pour trouver des collaborateurs, de premiers clients ou des fonds.

**L'intermédiation** correspond à la mise en relation de différentes personnes par l'intermédiaire ou au moins à l'initiative de la personne publique. Il s'agit :

- soit d'assurer un traitement global d'une question complexe par des personnes publiques, c'est alors une forme de coordination entre elles (par ex. les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises ou CODEFI) ;
- soit de favoriser des échanges et collaborations entre acteurs privés, pour qu'ils travaillent ensemble, ainsi qu'avec les personnes publiques, sous



différentes formes : la structuration de filières (ex : les 34 plans de la France industrielle ; les pôles de compétitivité) ou les créations de « clusters » (ou grappes d'entreprise) ou encore de groupes d'entrepreneurs pour l'export, se sont ainsi développées au cours des 10 dernières années.

L'intermédiation peut se concrétiser par la conclusion de conventions ou protocoles avec les différents acteurs en présence. Leur portée dépend des clauses qui y sont insérées par les parties.

## **4. Compétence pour conduire ce type d'activités**

Ces activités peuvent ne pas être explicitement prévues par les textes relatifs à la personne publique qui en prend l'initiative ou qui l'assure pour le compte d'une autre. Elles doivent néanmoins se rattacher à une compétence appartenant à la personne publique qui entend l'assurer ou la faire assurer, ce qui est le cas des collectivités territoriales du fait de leur clause générale de compétence.

S'agissant des établissements publics, la conduite de ces activités doit notamment respecter le principe de spécialité. Ce principe ne s'oppose pas à la diversification des activités à condition d'une part que ces dernières soient le complément normal de leur mission statutaire principale, et, d'autre part, qu'elles soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs de bonne gestion des intérêts qui lui ont été confiés, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences (Avis CE, Section des travaux publics, 7 juillet 1994, *Diversification des activités d'EDF/GDF*, n° 356089).

## **5. Modalités de gestion de ces activités**

La conduite de ce type d'activité suppose, pour la personne publique qui en prend l'initiative, de disposer des ressources et du savoir-faire nécessaires. Il est également possible d'externaliser tout ou partie de ces activités en présence d'entités mieux à même que la personne publique initiatrice d'y pourvoir.

### **5.1. Prise en charge par la personne publique initiatrice**

#### ***5.1.1. Par les administrations elles-mêmes***

La prise en charge de ces activités par les administrations peut prendre la forme :

- de services dédiés à cette seule fonction (p. ex, la mission d'appui à la réalisation de contrats de partenariat rattaché au ministre chargé de l'économie et des finances instituée par le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, mais qui ne s'adresse qu'aux collectivités publiques);



- des subdivisions dédiées d'un service ayant un objet plus large (par ex. bureau « du conseil aux acheteurs » de la direction des affaires juridiques des ministères de l'économie et des finances prévu par l'arrêté du 21 avril 2009 portant organisation de cette direction, qui ne s'adresse qu'aux collectivités publiques) ;
- de services non spécifiquement dédiés à ces missions, mais compétents sur le fond (cas des agences de développement économique non personnalisées des collectivités territoriales ou des DIRECCTE instituées par le décret n° 2009-1377 du 10 novembre 2009).

Les textes d'organisation des administrations peuvent être modifiés à cette fin (décrets, arrêtés).

### ***5.1.2. Par des commissions ou comités***

Ces formations collégiales réunissent les personnes intéressées et ne présentent pas de caractère permanent (comme par exemple le CIRI, les CCLF et les CODEFI). Les commissions à caractère consultatif relevant de l'État sont instituées dans les conditions prévues par le décret n° 2006-672 du 8 juin 2006 relatif à la création, à la composition et au fonctionnement de commissions administratives à caractère consultatif.

Ces commissions ne sont pas nécessairement formalisées. Un simple accord ou échange de lettre peut suffire à les constituer. L'existence de l'organisme repose alors sur la participation volontaire de ses membres. Dans ce cas, les textes relatifs à la création et à l'organisation de ces commissions ne sont pas applicables.

Le secrétariat de ces organismes collégiaux peut être assuré par un service d'une personne publique.

### ***5.1.3. Par des agents spécialement désignés à cet effet***

Il est possible de désigner au sein des administrations des agents ayant spécialement cette fonction (p. ex les commissaires au redressement productif : circulaire du 14 juin 2012 du ministre du redressement productif).

Il n'est pas nécessaire pour cela de prévoir un statut d'emploi particulier. Il convient seulement de veiller à ce que les missions confiées à l'intéressé puissent se rattacher aux compétences du service auquel il est affecté.

## **5.2. Externalisation de ces activités**

Les activités d'appui, de conseil et d'intermédiation peuvent être prises en charge par des entités publiques ou privées distinctes de la personne publique initiatrice.

Il peut s'agir :

- d'établissements publics (comme les CCI) ;
- de groupements tels que les GIP, les GIE ou des associations (v. fiche « groupements ») ;



- d'entités auxquelles cette activité est confiée par la voie d'un marché public ou d'une délégation de service public (v. fiches « *marchés publics* » et « *délégations de service public* »).

Des dispositifs originaux sont également envisageables, comme la désignation de personnes physiques pour concourir à ce type d'activité de manière bénévole (cas des conseillers du commerce extérieur régis par le décret n° 2010-663 du 17 juin 2010 portant réorganisation de l'institution des conseillers du commerce extérieur de la France).

## **6. Respect des libertés économiques**

### **6.1. Champ d'application**

La jurisprudence amène à distinguer selon que l'activité en cause est un service public assuré par la collectivité publique ou bien une activité économique (v. sur ces aspects, fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* »).

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. 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 (CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, au rec. p. 272, qui a été rendue en matière de conseil, non aux entreprises, mais aux personnes publiques).

Il a été jugé qu'aucune des attributions de la mission d'appui aux contrats de partenariat public-privé n'emporte intervention sur un marché (même décision). Il a été jugé de même que la diffusion d'information gratuites par la CNAF ne constituait pas une intervention d'une personne publique sur un marché (CE, 28 mai 2010, *Société Enfenconfiance*, n° 328731, aux T. p. 664).

### **6.2. Exigences au regard de la liberté du commerce et de l'industrie**

Lorsqu'elles interviennent sur un marché, les personnes publiques doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (CE Ass., 31 mai 2006, préc.). Celle-ci n'est donc pas une condition nécessaire de l'intervention. Il y a seulement lieu de rechercher si les activités en cause présentent un intérêt public suffisant (CE, 5 juillet 2010, *syndicat national des agences de voyage*, n° 308564, au rec. p. 240).



S'agissant d'une activité de téléassistance aux personnes âgées, il a été jugé que 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 (CE, 3 mars 2010, *département de la Corrèze*, n° 306911, aux T. pp. 652-664).

### **6.3. Exigences au regard du droit de la concurrence interne**

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 (décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

Ces exigences ont été précisées par l'Autorité de la concurrence dans plusieurs avis (v. not. avis n° 14-A-10 du 31 juillet 2014 relatif à la situation de concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international) rappelant la nécessité d'éviter toute pratique anticoncurrentielle, distorsion de concurrence (prix prédateurs, subventions croisées) en raison de son mode de financement et recommandant, lorsque l'entité qui conduit les d'accompagnement exerce d'autres activités en rapport avec celle-ci, de mettre en place une comptabilité analytique en dissociant clairement les prestations de médiation et d'accompagnement relevant de sa mission de service public de celles relevant du champ concurrentiel (v. également sur ces aspects, fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* », préc.).

### **6.4. Exigences au regard du droit de l'Union**

Les personnes publiques, au même titre que les personnes privées, sont tenues de respecter les règles du droit de la concurrence édictées par l'Union européenne dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après) lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché concurrentiel. Les activités de fourniture de prestations d'appui ou de conseil peuvent constituer des activités économiques au regard du droit de l'Union dans la mesure où les personnes publiques se trouvent en concurrence avec des personnes privées qui offrent les mêmes types de prestations. Les personnes publiques doivent alors éviter d'adopter toute pratique anticoncurrentielle à l'égard de leurs concurrents.

Il est recommandé aux personnes publiques concernées d'accorder une attention particulière aux dispositions du droit de l'Union relatives à la prohibition des ententes (art. 101 du TFUE) et de l'abus de position dominante (art. 102 du TFUE). Il est essentiel pour la personne publique proposant des prestations de conseil et d'appui d'être prudente dans la gestion de ses partenariats avec d'autres personnes publiques ou privées.





Un renvoi systématique sur le site internet d'organismes ou institutions publiques à la personne publique offrant des prestations de conseil et d'expertise, sans faire mention de la possibilité de faire également et/ou alternativement appel à des prestataires privés, peut être perçu comme une distorsion de la concurrence au sens de l'article 101 du TFUE. Il convient dès lors d'éviter une orientation systématique vers ces personnes publiques au détriment de leurs concurrents, personnes privées, s'ils existent.

Il est primordial pour la personne publique concernée de définir et établir une distinction claire entre ses activités économiques, c'est-à-dire les prestations de conseil et d'expertise, et ses activités relevant d'une mission de service public.

En effet, les ressources publiques allouées aux missions de service public des personnes publiques ne peuvent être utilisées dans le cadre des activités relevant du domaine concurrentiel. La personne publique bénéficierait dans le cas contraire de conditions plus avantageuses auxquelles les opérateurs privés proposant des prestations similaires n'ont pas accès dans des conditions normales de marché. Un tel comportement de la personne publique consisterait en une distorsion de la concurrence au sens de l'article 102 du TFUE.

## 7. Responsabilité encourue dans le cadre de ces activités

---

Dans son activité d'accompagnement, la personne publique est amenée à délivrer des renseignements aux entreprises. Si la responsabilité de la puissance publique n'est, en principe, jamais retenue lorsque les renseignements délivrés l'ont été soit par un service public ou un agent incompétent, soit à titre gracieux, soit à des tierces personnes, il en va autrement si elle communique à un tiers un renseignement confidentiel sur une entreprise ; elle engage alors sa responsabilité à l'égard de ce dernier.

Si des renseignements erronés ou incomplets sont fournis directement à l'agent économique par un service sur lequel pèse une obligation de renseignement, la responsabilité de la personne publique est susceptible d'être admise si la victime établit un lien de causalité entre le renseignement donné et le préjudice qu'elle a subi (CE, 7 novembre 1986, *Rigaud*, n° 33316) : tel est le cas lorsqu'un service économique donne des renseignements inexacts sur les conditions d'octroi d'une licence d'importation (CE, 21 décembre 1951, *Feiz Karam*, au rec. p. 612) ou lorsque l'administration délivre une brochure comportant des informations erronées ayant entraîné un préjudice pour l'agent économique.





**SOMMAIRE**..... 1

**INTRODUCTION** ..... 3

■ Famille “fiscalité incitative”

**Fiche 1 – Fiscalité incitative** ..... 5

**1. Notion de fiscalité incitative**.....5

– 1.1. Un prélèvement de nature fiscale.....5

– 1.2. Un objectif principal d’incitation.....5

**2. L’usage économique de la fiscalité incitative** .....6

– 2.1. Fiscalité incitative et règles contraignantes .....6

– 2.2. Fiscalité incitative et autres mécanismes incitatifs.....7

**3. La compétence pour instituer une mesure fiscale incitative**.....7

– 3.1. Compétence exclusive du législateur.....7

– 3.2. « Approche incitative » de la fiscalité locale .....8

**4. Exigences constitutionnelles spécifiques en matière de fiscalité incitative** .....8

**5. Application du régime des aides d’État à la fiscalité incitative** .....10

**6. Autres règles découlant du droit de l’Union en matière de fiscalité incitative** .....11

– 6.1. Mesures équivalentes à des droits de douane et taxes indirectes discriminatoires .....11

– 6.2. Atteintes aux quatre libertés.....11

– 6.3. Concurrence fiscale dommageable .....12

**7. Droit international** .....13

**8. Les composantes de la fiscalité incitative** .....13

**9. Suppression des mesures fiscales incitatives** .....13

■ Famille “concours financiers”

**Fiche 2 – Subventions** ..... 15

**1. Notion de subvention** .....15

**2. Usage économique des subventions**.....16

**3. Le respect des libertés économiques**.....16

– 3.1. Les règles de droit interne.....16

– 3.2. Application du régime des aides d’État aux subventions .....17

**4. Compétence pour octroyer les subventions**.....19

– 4.1. Subventions de l’État.....19

– 4.2. Subventions des collectivités territoriales .....19

– 4.3. Subventions des autres organismes .....20



|                                                                                                                 |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>5. Procédure d'octroi et de récupération .....</b>                                                           | <b>20</b> |
| - 5.1. Octroi .....                                                                                             | 20        |
| - 5.2. Récupération .....                                                                                       | 21        |
| <b>6. Obligations de transparence et contrôle des bénéficiaires<br/>des subventions.....</b>                    | <b>22</b> |
| - 6.1. Contrôles propres à l'octroi des subventions<br>(article 10 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000)..... | 22        |
| - 6.2. Autres contrôles de droit commun .....                                                                   | 22        |
| - 6.3. Contrôles spécifiques .....                                                                              | 23        |
| <b>Fiche 3 – Prêts et avances remboursables .....</b>                                                           | <b>25</b> |
| <b>1. Notion de prêts et avances remboursables .....</b>                                                        | <b>25</b> |
| <b>2. L'usage économique des prêts et avances .....</b>                                                         | <b>25</b> |
| <b>3. Le recours aux prêts et avances.....</b>                                                                  | <b>26</b> |
| - 3.1. État.....                                                                                                | 26        |
| - 3.2. Collectivités territoriales.....                                                                         | 27        |
| - 3.3. Les établissements publics .....                                                                         | 29        |
| <b>4. Le respect des textes et libertés économiques.....</b>                                                    | <b>29</b> |
| - 4.1. Les règles de droit interne.....                                                                         | 29        |
| - 4.2. L'application du régime des aides d'État.....                                                            | 30        |
| <b>5. Les modalités de mise en œuvre .....</b>                                                                  | <b>31</b> |
| <b>6. Contrôle.....</b>                                                                                         | <b>32</b> |
| <b>Fiche 4 – Fonds d'investissement.....</b>                                                                    | <b>33</b> |
| <b>1. Notion de fonds d'investissement (capital-investissement) .....</b>                                       | <b>33</b> |
| <b>2. L'usage économique des fonds d'investissement.....</b>                                                    | <b>33</b> |
| <b>3. Compétences en matière de fonds d'investissement .....</b>                                                | <b>34</b> |
| - 3.1. État.....                                                                                                | 34        |
| - 3.2. Collectivités territoriales.....                                                                         | 34        |
| <b>4. Le respect des principes et libertés économiques.....</b>                                                 | <b>35</b> |
| - 4.1. Les règles de droit interne.....                                                                         | 35        |
| - 4.2. L'application du régime des aides d'État.....                                                            | 35        |
| <b>5. Les modalités de mise en œuvre .....</b>                                                                  | <b>37</b> |
| - 5.1. Dispositifs nationaux .....                                                                              | 37        |
| - 5.2. Dispositifs locaux .....                                                                                 | 38        |
| <b>Fiche 5 – Garanties .....</b>                                                                                | <b>43</b> |
| <b>1. Notion de garantie .....</b>                                                                              | <b>43</b> |
| <b>2. L'usage économique de la garantie.....</b>                                                                | <b>43</b> |
| <b>3. Possibilité pour une personne publique d'octroyer une garantie .....</b>                                  | <b>44</b> |
| - 3.1. Garanties de l'État .....                                                                                | 44        |
| - 3.2. Garanties des collectivités locales .....                                                                | 45        |



|                                                                               |           |
|-------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>4. Respect des libertés économiques .....</b>                              | <b>46</b> |
| -4.1. Droit interne .....                                                     | 46        |
| -4.2. Droit de l'Union relatif aux aides d'État .....                         | 46        |
| <b>5. Les modalités d'octroi .....</b>                                        | <b>47</b> |
| -5.1. La procédure d'octroi .....                                             | 47        |
| -5.2. L'acte octroyant la garantie .....                                      | 48        |
| <b>6. Les différents types de garanties susceptibles d'être octroyées ...</b> | <b>49</b> |
| -6.1. La distinction entre cautionnement et garantie autonome .....           | 49        |
| -6.2. Portée de la distinction : les conditions de l'appel en garantie .....  | 49        |
| -6.3. Les risques de requalification et leur prévention .....                 | 49        |
| <b>7. L'information du garant sur la situation du garanti .....</b>           | <b>50</b> |
| -7.1. L'information de droit commun .....                                     | 50        |
| -7.2. Les contrôles propres à la garantie publique .....                      | 50        |
| <b>8. Dénonciation ou mise en œuvre de la garantie.....</b>                   | <b>51</b> |
| -8.1. Dénonciation de la garantie .....                                       | 51        |
| -8.2. Mise en œuvre de la garantie .....                                      | 51        |

## ■ Famille "domanialité"

### Fiche 6 – Domaine ..... 53

|                                                                                                    |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. Notion de domaine .....</b>                                                                  | <b>53</b> |
| -1.1. La propriété des personnes publiques .....                                                   | 53        |
| -1.2. Domanialité publique ou privée .....                                                         | 53        |
| <b>2. L'usage économique du domaine .....</b>                                                      | <b>54</b> |
| -2.1. L'usage économique par l'occupation .....                                                    | 54        |
| -2.2. Le rôle des acquisitions et cessions .....                                                   | 55        |
| <b>3. Les différents modes d'acquisition de biens<br/>à des fins économiques.....</b>              | <b>56</b> |
| -3.1. Les acquisitions à titre onéreux .....                                                       | 56        |
| -3.2. Les acquisitions à titre gratuit .....                                                       | 56        |
| <b>4. L'occupation du domaine à des fins économiques .....</b>                                     | <b>57</b> |
| -4.1. L'occupation privative du domaine public à des fins économiques<br>et ses conséquences ..... | 57        |
| -4.2. L'occupation du domaine privé à des fins économiques.....                                    | 61        |
| <b>5. Les cessions du domaine<br/>à des fins économiques.....</b>                                  | <b>62</b> |
| -5.1. La cession des biens relevant du domaine public .....                                        | 62        |
| -5.2. La cession des biens relevant du domaine privé .....                                         | 62        |

### Fiche 7 – Contrats dédiés aux opérations de construction ..... 65

|                                                                                        |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>1. Notion de contrats dédiés aux opérations de construction .....</b>               | <b>65</b> |
| <b>2. Usage économique des contrats dédiés aux opérations<br/>de construction.....</b> | <b>65</b> |



|                                                                                                           |           |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>3. Le droit commun : les marchés publics .....</b>                                                     | <b>65</b> |
| – 3.1. Marchés publics de travaux .....                                                                   | 66        |
| – 3.2. Marchés publics de maîtrise d’œuvre .....                                                          | 66        |
| – 3.3. Marchés de conception-réalisation .....                                                            | 66        |
| <b>4. Les contrats de partenariat .....</b>                                                               | <b>68</b> |
| <b>5. Les concessions de travaux publics .....</b>                                                        | <b>69</b> |
| <b>6. Les concessions d’aménagement .....</b>                                                             | <b>69</b> |
| – 6.1. Recours aux concessions d’aménagement .....                                                        | 69        |
| – 6.2. Règles de passation .....                                                                          | 70        |
| <b>7. Les conventions d’occupation du domaine public constitutives<br/>de droits réels .....</b>          | <b>71</b> |
| – 7.1. Bail emphytéotique administratif (BEA) .....                                                       | 71        |
| – 7.2. Autorisation d’occupation temporaire couplée à une location avec option d’achat<br>(AOT-LOA) ..... | 72        |
| <b>8. Crédit-bail .....</b>                                                                               | <b>73</b> |
| – 8.1. Notion de crédit-bail .....                                                                        | 73        |
| – 8.2. Le recours au crédit-bail .....                                                                    | 74        |
| – 8.3. Règles de passation .....                                                                          | 75        |
| <b>9. Vente en l’état futur d’achèvement (VEFA) .....</b>                                                 | <b>75</b> |
| – 9.1. Notion de VEFA .....                                                                               | 75        |
| – 9.2. Recours à la VEFA .....                                                                            | 75        |
| – 9.3. Règles de passation .....                                                                          | 76        |
| <b>10. Les contrats globaux spéciaux .....</b>                                                            | <b>77</b> |
| – 10.1. Les contrats globaux sectoriels .....                                                             | 77        |
| – 10.2. Les contrats globaux de performance énergétique .....                                             | 77        |
| <b>Fiche 8 – Marques publiques .....</b>                                                                  | <b>79</b> |
| <b>1. Notion de marque publique .....</b>                                                                 | <b>79</b> |
| – 1.1. Notion de marque .....                                                                             | 79        |
| – 1.2. Marques des personnes publiques .....                                                              | 80        |
| <b>2. Usage économique des marques publiques .....</b>                                                    | <b>80</b> |
| – 2.1. Aperçu général .....                                                                               | 80        |
| – 2.2. Intérêt de déposer une marque publique dans un cas déterminé .....                                 | 81        |
| <b>3. Cadre juridique des marques publiques .....</b>                                                     | <b>82</b> |
| – 3.1. Droit applicable .....                                                                             | 82        |
| – 3.2. Forme de la marque .....                                                                           | 83        |
| <b>4. Les modalités d’acquisition du droit<br/>sur une marque publique .....</b>                          | <b>84</b> |
| – 4.1. Procédure d’enregistrement .....                                                                   | 84        |
| – 4.2. Étendue de l’enregistrement .....                                                                  | 84        |
| – 4.3. Portée de l’enregistrement .....                                                                   | 86        |
| <b>5. Utilisation, gestion et protection d’une marque publique .....</b>                                  | <b>86</b> |
| – 5.1. Utilisation et gestion .....                                                                       | 86        |
| – 5.2. Protection de la marque .....                                                                      | 87        |

|                                                                                      |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Fiche 9 – Patrimoine immatériel des personnes publiques.....</b>                  | <b>89</b> |
| <b>1. Notion de patrimoine immatériel des personnes publiques .....</b>              | <b>89</b> |
| <b>2. L’usage économique du patrimoine immatériel des personnes publiques .....</b>  | <b>90</b> |
| <b>3. Règles juridiques communes.....</b>                                            | <b>91</b> |
| – 3.1. Protection .....                                                              | 91        |
| – 3.2. Optimisation.....                                                             | 92        |
| – 3.3. Valorisation économique.....                                                  | 92        |
| <b>4. Respect des libertés économiques .....</b>                                     | <b>93</b> |
| <b>5. Traitement comptable et budgétaire .....</b>                                   | <b>93</b> |
| <b>6. Un cas particulier de régime de valorisation : les données publiques .....</b> | <b>94</b> |
| – 6.1. Cadre général .....                                                           | 94        |
| – 6.2. Possibilité de rémunération et d’octroi de licence .....                      | 95        |

## ■ Famille “activités économiques”

|                                                                                        |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Fiche 10 – Exercice d’une activité économique par les personnes publiques .....</b> | <b>97</b> |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|

|                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. Notion d’exercice d’une activité économique par les personnes publiques .....</b>           | <b>97</b>  |
| <b>2. Le principe de l’exercice d’activités économiques par les personnes publiques .....</b>     | <b>97</b>  |
| – 2.1. La satisfaction de leurs propres besoins .....                                             | 97         |
| – 2.2. L’exercice d’une activité économique sur un marché.....                                    | 98         |
| – 2.3. Conditions de légalité de l’activité économique de la personne publique.....               | 99         |
| – 2.4. Le cas particulier de la candidature à un contrat de la commande publique .....            | 100        |
| <b>3. Les modalités de l’exercice d’activités économiques .....</b>                               | <b>101</b> |
| – 3.1. L’applicabilité de principe du droit de la concurrence.....                                | 101        |
| – 3.2. Les risques concurrentiels tenant à la situation particulière des personnes publiques..... | 102        |

|                                                  |            |
|--------------------------------------------------|------------|
| <b>Fiche 11 – Gestion en régie directe .....</b> | <b>107</b> |
|--------------------------------------------------|------------|

|                                                                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. La notion de gestion en régie directe .....</b>                                                                                                                 | <b>107</b> |
| – 1.1. Définition générale.....                                                                                                                                       | 107        |
| – 1.2. La gestion d’un service public en régie directe peut revêtir plusieurs formes...                                                                               | 107        |
| – 1.3. Intérêts et inconvénients d’une gestion en régie directe .....                                                                                                 | 108        |
| <b>2. Les hypothèses de gestion d’un service public en régie directe..</b>                                                                                            | <b>109</b> |
| – 2.1. Certains services publics doivent être gérés sous la forme d’une régie directe.                                                                                | 109        |
| – 2.2. Inversement, certains services publics ne peuvent être gérés en régie directe ..                                                                               | 109        |
| <b>3. Régies simples et régies dotées de l’autonomie financière .....</b>                                                                                             | <b>110</b> |
| – 3.1. La gestion directe des services publics nationaux .....                                                                                                        | 110        |
| – 3.2. Le recours à des régies dotées de l’autonomie financière est en principe obligatoire pour la gestion, par les collectivités territoriales, de leurs SPIC ..... | 110        |



|                                                                                                             |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>4. Le régime juridique et financier des régies simples.....</b>                                          | <b>110</b> |
| -4.1. Le régime juridique des régies simples.....                                                           | 110        |
| -4.2. Le régime financier des régies simples.....                                                           | 111        |
| <b>5. Le régime juridique et financier des régies dotées de l'autonomie financière.....</b>                 | <b>111</b> |
| -5.1. Le régime juridique des régies dotées de l'autonomie financière.....                                  | 111        |
| -5.2. Le régime financier des régies dotées de l'autonomie financière.....                                  | 112        |
| <b>6. La réversibilité de la gestion en régie directe .....</b>                                             | <b>113</b> |
| -6.1. Le passage de la gestion directe à une autre forme de gestion du service public....                   | 113        |
| -6.2. La « reprise en gestion directe » de la gestion d'un service public .....                             | 113        |
| -6.3. Le choix du mode de gestion .....                                                                     | 114        |
| <b>Fiche 12 – Marchés publics .....</b>                                                                     | <b>117</b> |
| <b>1. La notion de marché public .....</b>                                                                  | <b>117</b> |
| <b>2. Usage économique des marchés publics .....</b>                                                        | <b>120</b> |
| -2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l'externalisation d'activités économiques..... | 120        |
| -2.2. L'utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique.....                      | 121        |
| <b>3. Les leviers d'action économique en amont des procédures de passation .....</b>                        | <b>122</b> |
| -3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins .....                                            | 122        |
| -3.2. La définition précise des besoins .....                                                               | 122        |
| -3.3. L'utilisation des prestations supplémentaires et des variantes .....                                  | 123        |
| <b>4. Les leviers d'action économique au stade des procédures de consultation et de passation .....</b>     | <b>123</b> |
| -4.1. Identifier les freins à l'accès aux marchés publics .....                                             | 123        |
| -4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur .....            | 124        |
| -4.3. Le choix des critères d'attribution .....                                                             | 125        |
| -4.4. Les différentes procédures de marchés publics. ....                                                   | 126        |
| <b>Fiche 13 – Délégations de service public .....</b>                                                       | <b>129</b> |
| <b>1. La notion de délégation de service public.....</b>                                                    | <b>129</b> |
| -1.1. La notion de délégation de service public en droit interne .....                                      | 129        |
| -1.2. La notion de délégation de service public en droit de l'Union.....                                    | 130        |
| -1.3. Les règles actuelles s'imposant aux collectivités publiques.....                                      | 130        |
| <b>2. La DSP permet d'externaliser une activité économique .....</b>                                        | <b>131</b> |
| -2.1. La délégation peut revêtir plusieurs formes.....                                                      | 132        |
| -2.2. La délégation du service peut n'être que temporaire.....                                              | 133        |
| -2.3. Service public non déléguable .....                                                                   | 133        |
| <b>3. La DSP peut également être utilisée comme un instrument de politique économique.....</b>              | <b>134</b> |
| -3.1. Cadre général .....                                                                                   | 134        |
| -3.2. Faciliter l'accès de certaines entreprises, notamment les PME, aux contrats de délégation.....        | 134        |



|                                                                                                 |     |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| -3.3. Privilégier les offres technologiquement innovantes .....                                 | 136 |
| -3.4. Inclure des clauses sociales et environnementales<br>dans les contrats de délégation..... | 137 |

## ■ Famille “entreprises et participations publiques”

### Fiche 14 – Établissements publics industriels et commerciaux .. 139

|                                                                                |            |
|--------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. Notion d’EPIC .....</b>                                                  | <b>139</b> |
| -1.1. La nature d’établissement public .....                                   | 139        |
| -1.2. Le caractère industriel et commercial .....                              | 139        |
| <b>2. L’usage économique de l’EPIC .....</b>                                   | <b>140</b> |
| -2.1. Aspects généraux .....                                                   | 140        |
| -2.2. Conséquences de l’absence de capital .....                               | 140        |
| <b>3. La création des EPIC .....</b>                                           | <b>141</b> |
| -3.1. Niveau de norme .....                                                    | 141        |
| -3.2. Règles particulières applicables aux établissements publics locaux ..... | 142        |
| <b>4. La spécialité des EPIC .....</b>                                         | <b>143</b> |
| <b>5. Le respect des principes et libertés économiques.....</b>                | <b>143</b> |
| -5.1. Droit interne .....                                                      | 143        |
| -5.2. Droit de l’Union .....                                                   | 144        |
| <b>6. Gouvernance des EPIC .....</b>                                           | <b>144</b> |
| -6.1. EPIC de l’État .....                                                     | 144        |
| -6.2. EPIC locaux .....                                                        | 146        |
| <b>7. Contrôles .....</b>                                                      | <b>146</b> |
| <b>8. Dissolution .....</b>                                                    | <b>146</b> |

### Fiche 15 – Sociétés et participations publiques ..... 147

|                                                                             |            |
|-----------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. Notion de sociétés et participations publiques .....</b>              | <b>147</b> |
| <b>2. L’usage économique des sociétés et participations publiques....</b>   | <b>148</b> |
| <b>3. Opérations en capital (prises et cessions de participations).....</b> | <b>148</b> |
| -3.1. Prises de participations .....                                        | 148        |
| -3.2. Cessions de participations.....                                       | 150        |
| <b>4. Gouvernance des entreprises .....</b>                                 | <b>153</b> |
| -4.1. Organe délibérant.....                                                | 153        |
| -4.2. Dirigeants.....                                                       | 154        |

### Fiche 16 – Sociétés locales à statut spécifique (seml, spl, spla, semop) ..... 157

|                                                                                                                       |            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>1. La notion de société locale à statut spécifique.....</b>                                                        | <b>157</b> |
| <b>2. L’usage économique d’une société locale à statut spécifique ....</b>                                            | <b>157</b> |
| -2.1. Intérêt du recours à une société locale à statut spécifique pour les personnes<br>publiques .....               | 157        |
| -2.2. Brève analyse comparative des avantages et inconvénients des différentes<br>catégories de sociétés locales..... | 158        |



|                                                                                       |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>3. Les SEML.....</b>                                                               | <b>158</b> |
| –3.1. L’objet de ces sociétés .....                                                   | 158        |
| –3.2. Le régime juridique de ces sociétés .....                                       | 159        |
| <b>4. Les SPL / SPLA .....</b>                                                        | <b>162</b> |
| –4.1. L’objet de ces sociétés .....                                                   | 162        |
| –4.2. Le régime juridique de ces sociétés .....                                       | 162        |
| <b>5. Les SEMOP .....</b>                                                             | <b>164</b> |
| –5.1. L’objet de ces sociétés .....                                                   | 164        |
| –5.2. Le régime juridique de ces sociétés .....                                       | 164        |
| <b>6. La compatibilité du droit interne avec le droit de l’Union .....</b>            | <b>165</b> |
| –6.1. Les relations contractuelles avec la collectivité actionnaire.....              | 165        |
| –6.2. Application du régime des aides d’État .....                                    | 167        |
| <b>Fiche 17 – Groupements .....</b>                                                   | <b>169</b> |
| <b>1. La notion de groupements .....</b>                                              | <b>169</b> |
| <b>2. L’usage économique d’un groupement.....</b>                                     | <b>169</b> |
| –2.1. Intérêt du recours à un groupement pour les personnes publiques .....           | 169        |
| –2.2. Intérêt comparatif des différentes catégories de groupements.....               | 170        |
| <b>3. Les GIE et GEIE .....</b>                                                       | <b>170</b> |
| –3.1. La notion de GIE et de GEIE .....                                               | 170        |
| –3.2. La prise en compte du droit de l’Union .....                                    | 171        |
| –3.3. La participation des personnes publiques à un GIE et un GEIE .....              | 171        |
| –3.4. Le cadre juridique d’un GIE .....                                               | 172        |
| –3.5. Le contrôle de la gestion et des comptes .....                                  | 174        |
| <b>4. Les groupements d’intérêt public .....</b>                                      | <b>174</b> |
| –4.1. La notion de GIP.....                                                           | 174        |
| –4.2. La prise en compte du droit de l’Union .....                                    | 175        |
| –4.3. Le régime juridique d’un GIP .....                                              | 175        |
| –4.4. Le contrôle des GIP.....                                                        | 176        |
| <b>5. Les autres groupements : associations, fondations et fonds de dotation.....</b> | <b>177</b> |
| –5.1. Les associations .....                                                          | 177        |
| –5.2. Les fondations et fonds de dotation .....                                       | 178        |
| <br><b>■ Famille “législation et réglementation économiques”</b>                      |            |
| <b>Fiche 18 – Encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre .....</b>    | <b>181</b> |
| <b>1. Notion d’encadrement des activités économiques .....</b>                        | <b>181</b> |
| <b>2. Les monopoles et droits exclusifs .....</b>                                     | <b>181</b> |
| –2.1. Notion .....                                                                    | 181        |
| –2.2. Exigences de droit interne.....                                                 | 182        |
| –2.3. Exigences du droit de l’Union .....                                             | 182        |
| <b>3. Le contrôle de l’accès à une profession ou à une activité .....</b>             | <b>184</b> |
| –3.1. Le cadre juridique national .....                                               | 184        |
| –3.2. Exigences découlant du droit de l’Union.....                                    | 185        |

|                                                                                                |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>4. La normalisation et la réglementation techniques des produits et services .....</b>      | <b>187</b> |
| -4.1. La normalisation .....                                                                   | 187        |
| -4.2. La réglementation technique.....                                                         | 188        |
| <b>5. La réglementation des prix.....</b>                                                      | <b>189</b> |
| -5.1. Droit de l'Union .....                                                                   | 189        |
| -5.2. Droit interne.....                                                                       | 189        |
| <b>6. Les mécanismes innovants de réglementation .....</b>                                     | <b>190</b> |
| <b>Fiche 19 – Encadrement des activités économiques (II) : modalités de mise en œuvre.....</b> | <b>191</b> |
| <b>1. Notion .....</b>                                                                         | <b>191</b> |
| <b>2. Mesures générales précisant les conditions d'application du cadre .....</b>              | <b>191</b> |
| <b>3. Mesures individuelles d'application à une situation particulière</b>                     | <b>192</b> |
| -3.1. Mesures relevant des régimes déclaratifs .....                                           | 192        |
| -3.2. Mesures relevant des régimes d'autorisation préalable .....                              | 192        |
| <b>4. Mesures susceptibles d'être prises en cas de suspicion de manquements.....</b>           | <b>193</b> |
| <b>5. Mesures susceptibles d'être prises en cas de manquements avérés.....</b>                 | <b>194</b> |
| -5.1. Injonctions, mise en demeure, exécution forcée.....                                      | 194        |
| -5.2. Remise en cause de l'autorisation accordée .....                                         | 194        |
| -5.3. Sanctions .....                                                                          | 195        |
| <b>6. Contentieux des décisions prises dans le cadre de la réglementation économique .....</b> | <b>199</b> |
| <b>Fiche 20 – Protection des intérêts stratégiques dans les entreprises.....</b>               | <b>201</b> |
| <b>1. Notion de protection des intérêts stratégiques dans les entreprises.....</b>             | <b>201</b> |
| <b>2. L'action spécifique.....</b>                                                             | <b>201</b> |
| -2.1. Notion d'action spécifique .....                                                         | 201        |
| -2.2. Recours à l'action spécifique .....                                                      | 202        |
| -2.3. Compatibilité avec le droit de l'Union .....                                             | 203        |
| <b>3. Les commissaires du Gouvernement .....</b>                                               | <b>203</b> |
| -3.1. Notion de commissaires du Gouvernement .....                                             | 203        |
| -3.2. Recours au commissaire du Gouvernement.....                                              | 204        |
| -3.3. Compatibilité avec le droit de l'Union .....                                             | 205        |
| <b>4. Le contrôle des investissements étrangers .....</b>                                      | <b>205</b> |
| -4.1. Objet du contrôle des investissements étrangers .....                                    | 205        |
| -4.2. Champ du contrôle des investissements étrangers.....                                     | 206        |
| -4.3. Compatibilité avec le droit de l'Union .....                                             | 206        |
| <b>5. Contrôle des exportations sensibles .....</b>                                            | <b>207</b> |



|                                                                                    |            |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Fiche 21 – Urbanisme économique .....</b>                                       | <b>209</b> |
| <b>1. La notion d’urbanisme économique .....</b>                                   | <b>209</b> |
| <b>2. L’urbanisme de planification .....</b>                                       | <b>209</b> |
| – 2.1. L’usage économique du schéma de cohérence territoriale .....                | 210        |
| – 2.2. L’usage économique du plan local d’urbanisme .....                          | 211        |
| <b>3. L’urbanisme opérationnel .....</b>                                           | <b>213</b> |
| – 3.1. L’usage économique de l’urbanisme opérationnel .....                        | 213        |
| – 3.2. Les modes d’acquisition foncière .....                                      | 213        |
| – 3.3. Les opérations d’aménagement .....                                          | 215        |
| <b>4. L’aménagement commercial .....</b>                                           | <b>216</b> |
| – 4.1. L’usage économique de l’aménagement commercial .....                        | 216        |
| – 4.2. Le cadre juridique de l’aménagement commercial .....                        | 216        |
| – 4.3. Les critères de l’autorisation d’implantation commerciale .....             | 218        |
| – 4.4. L’intégration du commerce dans les documents de planification urbaine ..... | 221        |

## ■ Famille “déclarations publiques”

|                                                                                                 |            |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>Fiche 22 – Prises de positions publiques .....</b>                                           | <b>223</b> |
| <b>1. Notion de prise de position publique .....</b>                                            | <b>223</b> |
| <b>2. Usage économique de la prise de position publique .....</b>                               | <b>223</b> |
| <b>3. Les restrictions de fond aux prises de position publiques .....</b>                       | <b>224</b> |
| – 3.1. Obligations d’abstention générales applicables à toutes personnes .....                  | 224        |
| – 3.2. Obligations d’abstention générales applicables aux personnes<br>et agents publics .....  | 224        |
| – 3.3. Obligations d’abstention découlant du droit des marchés financiers .....                 | 225        |
| – 3.4. Obligation d’abstention découlant du droit des aides d’État .....                        | 226        |
| <b>5. La contestation de la légalité de la prise<br/>        de position publique .....</b>     | <b>227</b> |
| – 5.1. Cas des prises de positions ne constituant pas des actes décisives .....                 | 227        |
| – 5.2. Cas des positions qualifiées d’actes décisives .....                                     | 228        |
| <b>6. Réparation des dommages causés par les prises de position<br/>        publiques .....</b> | <b>229</b> |
| <b>Fiche 23 – Communication économique .....</b>                                                | <b>231</b> |
| <b>1. Notion de communication publique .....</b>                                                | <b>231</b> |
| <b>2. L’usage économique de la communication publique .....</b>                                 | <b>232</b> |
| – 2.1. Au niveau national .....                                                                 | 232        |
| – 2.2. Au niveau local .....                                                                    | 232        |
| – 2.3. Caractères généraux .....                                                                | 233        |
| <b>3. Compétence en matière de communication .....</b>                                          | <b>233</b> |
| – 3.1. L’État et ses établissements publics .....                                               | 233        |
| – 3.2. Les collectivités territoriales .....                                                    | 234        |
| <b>4. Contenu du message .....</b>                                                              | <b>235</b> |

|                                                                                                   |            |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| <b>5. Supports de communication .....</b>                                                         | <b>235</b> |
| - 5.1. Publications .....                                                                         | 235        |
| - 5.2. Affichage .....                                                                            | 236        |
| - 5.3. Audiovisuel .....                                                                          | 236        |
| - 5.4. Internet .....                                                                             | 236        |
| <b>6. L'externalisation de la communication publique.....</b>                                     | <b>237</b> |
| <b>7. Cas particulier des campagnes menées en périodes<br/>pré-électorale ou électorale .....</b> | <b>238</b> |
| <b>8. Communication économique et droit de l'Union .....</b>                                      | <b>239</b> |
| <br><b>■ Famille "accompagnement en matière économique"</b>                                       |            |
| <b>Fiche 24 – Accompagnement en matière économique .....</b>                                      | <b>241</b> |
| <b>1. Notion d'accompagnement en matière économique .....</b>                                     | <b>241</b> |
| <b>2. L'usage économique de l'accompagnement.....</b>                                             | <b>241</b> |
| - 2.1. Domaines variés.....                                                                       | 241        |
| - 2.2. Avantages et inconvénients .....                                                           | 242        |
| <b>3. Types d'activités possibles.....</b>                                                        | <b>242</b> |
| <b>4. Compétence pour conduire ce type d'activités .....</b>                                      | <b>243</b> |
| <b>5. Modalités de gestion de ces activités .....</b>                                             | <b>243</b> |
| - 5.1. Prise en charge par la personne publique initiatrice .....                                 | 243        |
| - 5.2. Externalisation de ces activités .....                                                     | 244        |
| <b>6. Respect des libertés économiques .....</b>                                                  | <b>245</b> |
| - 6.1. Champ d'application.....                                                                   | 245        |
| - 6.2. Exigences au regard de la liberté du commerce et de l'industrie .....                      | 245        |
| - 6.3. Exigences au regard du droit de la concurrence interne .....                               | 246        |
| - 6.4. Exigences au regard du droit de l'Union .....                                              | 246        |
| <b>7. Responsabilité encourue dans le cadre de ces activités .....</b>                            | <b>247</b> |





---

Imprimerie de la Direction de l'information légale et administrative  
N° 652150060-000815 – Dépôt légal : août 2015



**PEFC** 10-31-2190 / Certifié PEFC



**IMPRIM'VERT**®

