

Droit public économique

Jean-Paul Valette

Docteur d'État en droit

Maître de conférences à l'Université Paris-Sud

Chargé de cours à l'Université Paris II-Panthéon-Assas (IPAG)

hachette
SUPÉRIEUR

LES FONDAMENTAUX

LA BIBLIOTHÈQUE DE L'ÉTUDIANT

Collection créée par Caroline Benoist-Lucy

Dans la même collection :

Droit, Politique

- 7 *Les institutions de la V^e République* (Ph. Ardant)
- 9 *La fiscalité en France* (P. Beltrame)
- 12 *Introduction à la science politique* (J.-M. Denquin)
- 16 *Introduction à l'étude du droit* (J.-C. Ricci)
- 17 *La Constitution commentée, article par article* (S.-L. Formery)
- 18 *Finances publiques / Le budget de l'État* (J. Mekhantar)
- 22 *Contentieux administratif* (D. Turpin)
- 34 *Philosophie politique / 1. Individu et société* (M. Terestchenko)
- 35 *Philosophie politique / 2. Éthique, science et droit* (M. Terestchenko)
- 46 *Droit administratif* (J.-C. Ricci)
- 47 *Mémento de la jurisprudence administrative* (J.-C. Ricci)
- 48 *Les grands textes constitutionnels de la France* (S. Formery)
- 57 *Introduction au droit de l'Union européenne* (J. Dutheil de la Rochère)
- 121 *Droit des sociétés* (J. Bonnard)
- 129 *Droit du travail* (M. Le Bihan-Guénolé)
- 132 *Droit pénal général* (P. Canin)
- 137 *Droit des entreprises en difficulté* (J. Bonnard)
- 143 *Droit matériel de l'Union européenne* (J. Dutheil de la Rochère)
- 146 *Méthodes de travail de l'étudiant en droit* (J. Bonnard)
- 147 *Droit public économique* (J.-P. Valette)
- 148 *Droit civil/Les obligations* (P. Canin)
- 149 *Les grandes décisions de la jurisprudence communautaire* (P. Rambaud)
- 156 *Droit civil/Les biens* (R. Desgorges)
- 161 *Quel droit pour l'environnement ?* (S. Maljean-Dubois)

© HACHETTE LIVRE, 2015, 43 quai de Grenelle, 75905 Paris Cedex 15

www.hachette-education.com

ISBN 978-2-01-270900-3

Tous droits de traduction, de reproduction et d'adaptation réservés pour tous pays.

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes des articles L.122-4 et L.122-5, d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective », et, d'autre part, que « les analyses et les courtes citations » dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle, faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause, est illicite ».

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, sans autorisation de l'éditeur ou du Centre français de l'exploitation du droit de copie (20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris), constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles 425 et suivants du Code pénal.

Table des matières



Abréviations et sigles utilisés.....	5
---	----------

Présentation.....	7
--------------------------	----------

CHAPITRE 1

Histoire de l'interventionnisme économique.....	11
--	-----------

I. La monarchie absolue d'Ancien Régime	11
--	-----------

A – Les conceptions mercantilistes et colbertistes	12
--	----

B – L'encadrement de l'activité économique	16
--	----

II. De la Révolution à la III^e République	19
---	-----------

A – La transformation de l'État-gendarme en État-providence	19
---	----

B – Les pouvoirs publics dans l'entre-deux-guerres	24
--	----

III. De la Seconde Guerre mondiale à la IV^e République	28
--	-----------

A – Les choix nationaux.....	28
------------------------------	----

B – L'extension du secteur public	32
---	----

CHAPITRE 2

Sources et principes du droit public économique.....	37
---	-----------

I. Les sources du droit public économique.....	37
---	-----------

A – Les sources internes.....	37
-------------------------------	----

B – Les sources externes.....	46
-------------------------------	----

II. Les principes directeurs du droit public économique.....	55
---	-----------

A – Les principes spécifiques au domaine économique.....	55
--	----

B – Les principes généraux du droit public.....	59
---	----

CHAPITRE 3	
Le secteur public industriel et commercial	65
I. La diversité du secteur public	65
A – La notion d'entreprise publique	65
B – Les formes juridiques de l'entreprise publique	74
II. Le périmètre du secteur public	85
A – L'extension du secteur public	85
B – La réduction du secteur public	91
CHAPITRE 4	
La planification, l'aménagement et le développement durable du territoire	99
I. La politique nationale de planification	99
A – Les aspects généraux	100
B – Les dix plans nationaux	107
II. La mutation de la planification française	112
A – La contractualisation entre l'État, les régions et les entreprises	112
B – L'aménagement et le développement durable du territoire	120
CHAPITRE 5	
La régulation économique et financière	127
I. La régulation de la concurrence	127
A – Le droit de la concurrence	128
B – L'Autorité de la concurrence	136
II. La régulation financière	142
A – Le cadre institutionnel	142
B – Les régulateurs indépendants	150
Conseils bibliographiques	161
Index alphabétique	163

Liste des abréviations et sigles utilisés



AAI	autorité administrative indépendante
API	autorité publique indépendante
C. app.	Cour d'appel (juridiction judiciaire)
C. com.	Code de commerce
C. march. pub.	Code des marchés publics
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
C. pen.	Code pénal
C. urb.	Code de l'urbanisme
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. civ.	chambre civile de la Cour de cassation
Cass. crim.	chambre criminelle de la Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE, Ass.	Assemblée du contentieux du Conseil d'État
CE, sect.	section du contentieux du Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CEE, CE, UE	Communauté économique européenne, Communauté européenne, Union européenne
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJCE, CJUE	Cour de justice des communautés européennes, Cour de justice de l'Union européenne
déc.	décision
EPA	établissement public administratif
EPIC	établissement public industriel et commercial
JO	<i>Journal officiel de la République française</i>
JOCE, JOUE	<i>Journal officiel des Communautés européennes,</i> <i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Rec.	Selon le cas, <i>Recueil des décisions du Conseil constitutionnel,</i> <i>Recueil des arrêts du Conseil d'État</i> ou <i>Recueil de la jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance des Communautés européennes</i>

SEM	société nationale d'économie mixte
SEML	société d'économie mixte locale
SIEG	Service d'intérêt économique général
SIG	Service d'intérêt général
SPA	service public administratif
SPIC	service public industriel et commercial
SPL	société publique locale
SPLA	société publique locale d'aménagement
TA	tribunal administratif
TC	tribunal des conflits

Présentation



La référence au ***droit public économique*** suscite immédiatement des interrogations sur l'existence même d'une telle discipline académique, son champ de compétence ou la manière de l'aborder.

On pourrait assimiler le droit public économique à une ***facette d'un droit économique autonome*** ayant pour mission de régir la production, la répartition et les échanges. Distinct des autres matières juridiques, il engloberait les règles de droit public ou de droit privé relatives aux questions économiques. Cette conception est en germe dans la pensée physiocrate du XVIII^e siècle lorsque Nicolas Baudeau estime qu'une « *législation économique* » doit contribuer à réguler la société, en former la constitution économique. Au XIX^e siècle, Karl Marx accorde la prééminence aux rapports de production dans la société et Pierre-Joseph Proudhon propose une nouvelle organisation sociale fondée sur des accords économiques entre des groupes transnationaux pour dépasser les contradictions sociales et assurer la conciliation universelle ; ils œuvrent ainsi, consciemment ou non, dans le même sens. Il faut pourtant attendre le début du XX^e siècle pour voir Max Weber argumenter la différence radicale entre l'ordre juridique – normatif, logique et systématique – et l'ordre économique qui concrétise la disposition des biens et services, puis les années 1930 afin que François de Kiraly revendique l'autonomie du droit économique au sein de la science juridique.

À partir des années 1960, la ***doctrine privatiste assimile souvent le droit économique au droit de l'entreprise*** envisagée comme unité de production. Claude Champaud met en avant la ressemblance entre les personnes publiques et les personnes privées dans l'action économique, les procédures contractuelles utilisées, et relativise la spécificité des relations avec la puissance publique. Il constate que le recours à l'initiative privée pour gérer certaines missions de service public est devenu courant avec l'essor des concessions, des sociétés d'économie mixte, des sociétés strictement privées, des associations ou des organismes professionnels afin de prendre en main des missions d'intérêt général. Il faut pourtant reconnaître que les ***différences entre l'intervention économique publique et la simple action économique privée*** restent sensibles. Si les formes juridiques de la gestion privée sont de plus en plus fréquemment mises au service des impératifs de service public, c'est moyennant un contrôle

étroit et une régulation stricte par des autorités de tutelle. Si les *pouvoirs publics assument* toujours les *missions de service public*, ils *ne les assurent pas toujours eux-mêmes*. Il n'en demeure pas moins que l'entreprise privée, motivée par la recherche du profit, ne peut s'identifier à une entreprise publique ou à une entité de droit public dont l'existence ne se justifie que par la poursuite de l'intérêt général, et la croyance en sa capacité à réaliser sa mission de manière plus satisfaisante que ne le ferait le secteur privé. Autant dire que les *initiatives publiques conservent leurs particularités*, liées à des techniques particulières de planification, d'organisation, de consultation, de concertation ou de mise en œuvre. Au reste, il n'a jamais été créé en France une juridiction transdisciplinaire droit public-droit privé chargée de l'ensemble du contentieux économique.

Dès lors, à défaut de reconnaître dans le droit économique une discipline autonome, il est possible de défendre une *spécificité du droit public en matière économique*, autrement dit l'existence concomitante d'un droit public économique et d'un droit privé économique. Comment délimiter le champ du premier ? Jusqu'au début des années 1980, on a pu insister sur ses aspects structurels, son organisation économique, notamment à travers le secteur public, mais aujourd'hui seule sa finalité permet vraiment de l'identifier. Le droit public économique peut être ainsi défini comme *la partie du droit public qui permet la réalisation de la politique économique des pouvoirs publics conformément à l'impératif d'intérêt général*. Cette discipline académique prend en compte les interventions de l'État, des collectivités locales et de leurs groupements, des établissements publics, mais également de sociétés privées, associations ou ordres professionnels associés au service public. Il est donc indispensable de *recourir à plusieurs disciplines* pour l'aborder : le droit constitutionnel, le droit international, le droit communautaire, le droit administratif, mais aussi la science politique, l'histoire des institutions, la science économique, les finances publiques, ou le droit privé, principalement commercial. Le droit public économique n'est pas pour autant une juxtaposition de matières, un enseignement pluridisciplinaire. En réalité, une matière spécifique, avec un champ de connaissances qui se précise et se développe chaque jour, est en train de naître. Si le droit administratif y est omniprésent, il n'en est plus qu'un aspect, même s'il reste le plus visible. *L'approche contemporaine* doit être résolument *interdisciplinaire*.

Malgré la multiplication des privatisations d'entreprises publiques depuis une trentaine d'années, le droit public économique est une *discipline en prodigieux essor*. Les normes dont il doit rendre compte n'ont jamais cessé de se développer en raison de dispositions toujours plus complexes et plus subtiles de réglementation, de contrôle ou de régulation de l'économie par les pouvoirs publics, comme en témoignent ces dernières années la loi du 1^{er} août 2003 de sécurité financière,

la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ou la loi du 22 octobre 2010 de régulation bancaire et financière.

Autant de considérations qui obligent à faire des *choix méthodologiques* pour aborder les questions juridiques déterminantes. Nous avons décidé dès la 1^{re} édition de cet ouvrage d'insister sur les *fondements historiques et théoriques* de la discipline, qui permettent d'en apprécier les changements, notamment les hésitations entre une politique d'extension et une politique de réduction du secteur public au cours des années 1980. Il nous a paru nécessaire d'accorder une large place aux effets de la *construction européenne* et à l'installation de modes de plus en plus originaux de *régulation des activités économiques ou financières*. L'apparition d'une politique de *développement durable du territoire*, dans le prolongement de la loi Voynet du 25 juin 1999, encourage également à s'interroger sur l'effectivité de la politique de planification française, longtemps nationale, puis désormais territoriale, et ses perspectives d'avenir. Ces *questions* seront *abordées parallèlement à l'exposé des principes généraux de la discipline*, afin de fournir au lecteur des grilles d'analyse d'une matière qui témoigne du renouvellement du droit et de sa participation, plus que jamais, à la modernité.

Histoire de l'interventionnisme économique

L'intérêt de l'État pour l'économie est ancien. Dès la remise en cause de la féodalité, la monarchie se préoccupe des activités économiques en profonde mutation. À partir du ^{xvi}^e siècle, ses édits, ordonnances et déclarations font de plus en plus référence à des réglementations. Les services royaux prennent de l'importance, même si leurs moyens financiers sont encore limités. À la veille de la Révolution, aux ressources qu'obtient le roi de son domaine s'ajoutent les impôts directs (la taille, la capitation, le vingtième) et les impôts indirects sur la circulation et la vente des marchandises (les aides, la gabelle sur le sel) ou les droits de douane aux frontières (les traites). Tous sont néanmoins contestés et d'un rendement faible.

Cette implication de l'État dans l'économie est rejetée par les révolutionnaires de 1789 qui souhaitent limiter l'action des pouvoirs publics aux fonctions essentielles de la vie en société. La liberté du commerce et de l'industrie devient le maître mot. Au cours du ^{xix}^e siècle, les fonctions de l'État vont pourtant se diversifier et s'étendre, tant sur le plan économique que social. Il faut pourtant attendre la Seconde Guerre mondiale – qui conduit la France vers l'économie dirigée – et les nationalisations décidées dès la Libération pour que s'enracine la conviction que l'intervention publique est indispensable pour accompagner et réguler le progrès économique et social.

I. La monarchie absolue d'Ancien Régime

Sous l'influence des idées mercantilistes, puis colbertistes, le pouvoir royal absolutiste (du ^{xvi}^e au ^{xviii}^e siècle) favorise l'organisation économique et multiplie les réglementations.

A– Les conceptions mercantilistes et colbertistes

L'expansion économique et commerciale de la fin du Moyen Âge, puis le déclin du système seigneurial, coïncident avec l'apparition en Europe, au XVI^e siècle, de la doctrine mercantiliste, rapidement appréciée des monarques désireux d'unifier leur royaume et d'en défendre l'indépendance.

Le mercantilisme français, avec Jean Bodin (1530-1596), Barthélemy de Laffemas (1545-1612) et Antoine de Montchrestien (1576-1621), défend l'État-nation et encourage l'accumulation de métaux précieux. L'aide royale aux entreprises doit également favoriser l'industrialisation et la transformation du commerce. Ces principes imprègnent déjà le règne de Henri IV (1589-1610), mais ils ne sont véritablement appliqués que sous le règne de Louis XIV (1643-1715).

La politique conduite par Jean-Baptiste Colbert, entre 1661 et 1683, repose sur l'idée qu'« il n'y a que l'abondance d'argent dans un État qui fasse la différence de sa grandeur et de sa puissance ». Le colbertisme – adaptation du mercantilisme – pose ainsi les fondements modernes de l'intervention de l'État. Il ne cessera jamais d'être une référence pour les gouvernants jusqu'à l'approche de la Révolution de 1789, préconisant aussi bien l'adaptation des structures économiques que l'essor de la réglementation royale.

1. L'adaptation des structures

Colbert est le « ministre de l'Économie et des Finances » de Louis XIV de 1661 à 1683, même si la fonction n'existe pas encore officiellement. « *Sous la signature du roi* », en tant que surintendant, puis contrôleur général des finances, il renforce la présence de l'État au sein d'institutions et de réglementations économiques souvent anciennes.

→ Les corporations

Les associations d'artisans ou de commerçants apparaissent spontanément au Moyen Âge. Dans une société où la production est dispersée entre des entreprises de petite taille, elles semblent le meilleur moyen de rompre l'isolement des individus, de déterminer et de faire appliquer des directives professionnelles. La monarchie utilise ensuite cet encadrement des gens de métier pour renforcer son autorité, en le transformant en véritable **corps intermédiaire**.

Dès le xvi^e siècle, la création des corporations dépend de lettres patentes ou d'agréments tacites susceptibles d'être remis en cause à tout moment ; chaque statut est homologué par les services royaux. Les corporations ont pour mission de fixer les règles d'accès aux professions et de défendre les intérêts de leurs membres en les protégeant contre le chômage, la concurrence ou la hausse des prix. À cette fin, elles

exercent un pouvoir réglementaire et prononcent des sanctions, sous le contrôle de l'autorité publique qui peut annuler leurs actes.

Cette institution médiévale connaît néanmoins des difficultés : son action corporative apparaît ambiguë, souvent discutable, car elle a du mal à concilier l'intérêt du métier qu'elle défend et l'intérêt public qui devrait toujours s'imposer à elle. Dès lors, Colbert décide de généraliser progressivement les corporations à la plupart des professions commerciales et de les rationaliser ; il en profite pour les rattacher plus étroitement à la puissance publique. Les riches marchands y deviennent pourtant de plus en plus influents car de nombreuses mesures élargissent leurs prérogatives en matière d'embauche ou d'adaptation des règles de production. Si Turgot, alarmé par l'autonomie croissante des corporations, tente de les supprimer en 1776, il quitte le pouvoir avant d'avoir pu étendre son projet à la province. Atténué, le système corporatif se maintient jusqu'à la Révolution.

→ Les manufactures

Il s'agit d'entreprises qui témoignent du désir de la monarchie de s'impliquer dans l'économie.

Le terme de manufacture peut recouvrir diverses réalités qu'il convient de distinguer.

- Les **manufactures du roi** constituent de véritables entreprises d'État à capitaux publics, dirigées par des officiers royaux ou des entrepreneurs privés commandités par la monarchie. La Manufacture des Gobelins (à partir de 1667), la Manufacture de Beauvais, la Savonnerie, la Manufacture de porcelaine de Sèvres ou les Arsenaux sont les plus connues.
- Les **manufactures royales**, dites manufactures privilégiées, sont soutenues et contrôlées par l'État. Ces entreprises privées bénéficient d'aides financières sous la forme de prêts sans intérêts, de subventions ou de primes à la production. Assez souvent titulaires de monopoles, elles échappent à de nombreuses règles qui régissent les corporations, notamment sur l'embauche des personnels.
- Enfin, **quelques entreprises privées** tiennent leur création ou l'exercice de leurs activités des pouvoirs publics, par le biais d'autorisations (l'imprimerie, la librairie) ou d'attributions de concession (les mines).

Au fil du temps, certaines activités glissent d'un statut à un autre. La Manufacture des Gobelins qui avait été fondée au milieu du ^{xv}^e siècle à la demande d'Henri IV sous la forme d'une entreprise privée, est achetée par Colbert au nom du roi (1667) afin de devenir la Manufacture royale des meubles de la Couronne.

Les manufactures sont relancées par Colbert : il en secourt quelques-unes en difficulté (Manufacture des Gobelins), améliore les conditions de travail d'autres (manufactures des hôpitaux) ou favorise des créations (Manufacture d'armes de Saint-Étienne).

Elles sont désormais plusieurs centaines en France, de toutes dimensions. Leur réglementation devient plus sévère : dès 1669, une *Inspection des manufactures* contrôle le respect des règlements royaux, et une *Juridiction des manufactures*, confiée aux maires et échevins, est chargée de juger les infractions constatées.

→ Les compagnies maritimes coloniales

Dès le ^{xvii}^e siècle, la monarchie encourage la création de compagnies à charte pour développer le commerce maritime. Elles bénéficient du **monopole du transport** vers l'Europe des matières premières venues du monde entier, peuvent même battre monnaie et participer à l'effort de guerre. L'essor des colonies françaises en dépend. Si les compagnies **concourent à l'importation** des épices et des métaux précieux, elles **offrent aussi des débouchés** pour les produits manufacturés de la métropole. Ces organismes connaissent rapidement de grandes difficultés. La Compagnie des Indes orientales, créée par Henri IV en 1604, réorganisée quelques années plus tard sans grands résultats, fait l'objet d'un plan de redressement en 1664. Elle dispose désormais de la concession pour cinquante ans du monopole du commerce et de la navigation dans les mers d'Orient et du Sud, obtenant des primes par tonneau de marchandises transporté. Une aide est aussi apportée à la compagnie qui exploite les Antilles françaises. La création de la Compagnie des Indes occidentales (spécialisée dans le sucre), de la Compagnie du Nord (chargée du développement de la Baltique) et de la Compagnie du Levant est encouragée par la monarchie. Toutes bénéficient de **larges subventions de l'État**.

Les compagnies maritimes constituent l'une des premières applications de l'économie mixte, qui associe les finances de l'État et celles d'actionnaires privés. Le succès est pourtant relatif. Malgré les efforts de Colbert et de ses successeurs, les compagnies échouent souvent dans leurs missions : les territoires concédés sont trop vastes pour les moyens dont elles disposent, les transports trop incertains du fait des guerres maritimes, la gestion souvent déplorable. La Compagnie des Indes occidentales disparaît en 1774, la Compagnie de la Baltique à la fin de la guerre avec la Hollande en 1678 et la Compagnie des Indes orientales en 1793.

2. L'essor de la réglementation

Colbert veut faire primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers, tout en prônant un interventionnisme modéré. Il privilégie des mécanismes de régulation et de contrôle qui ne doivent pas empêcher les personnes privées de participer largement à l'essor économique. Cette attitude se pérennise jusqu'en 1789, la monarchie se limitant à renforcer la réglementation douanière, encadrer les techniques de production et adapter l'emploi aux besoins.

→ Le protectionnisme douanier

Les droits douaniers freinent l'accès des produits manufacturés au territoire national dès le règne de François I^{er} (1515-1547), mais c'est avec Colbert qu'apparaît un ambitieux dessein visant à protéger le commerce national de la concurrence internationale.

Si les tarifs du 16 septembre 1664 et du 18 avril 1667 fixent des droits encore relativement peu élevés entre les provinces, ils les augmentent sensiblement sur les importations venant de l'étranger, notamment de Hollande ou d'Angleterre. Alors que les produits agricoles et les matières premières sont peu taxés à l'importation, ils sont lourdement frappés à l'exportation, voire interdits. On veut éviter ainsi de faire courir des risques de famine à une France qui ne produit pas suffisamment de céréales, notamment de blé. Colbert est du reste régulièrement contraint de faire acheter du riz afin de le distribuer aux villes dans le besoin.

Le protectionnisme français entraîne une réaction symétrique de la Hollande et de l'Angleterre, particulièrement dans le domaine viticole. Il ne bénéficie pas globalement aux échanges avec les Anglais, et contribue même à la guerre avec les Hollandais en 1672 – qui prendra fin avec le traité de Nimègue de 1678 obligeant les Français à remettre en cause leur tarif de 1667. Au début du XVIII^e siècle, les exportations françaises l'emportent toujours largement sur les importations de produits étrangers.

→ La qualité de la production

Colbert veut favoriser le développement de produits français de qualité susceptibles de conquérir les marchés étrangers et d'accroître l'entrée de devises.

Une abondante réglementation est adoptée : une quarantaine de règlements et plus de cent cinquante édits sont publiés. Les règles de production du textile comptent plus de deux mille pages, et fixent avec précision jusqu'à la trame du tissu. En matière de laine, les procédés de fabrication sont imposés par des édits de 1669 et une instruction générale de 1671 qui déterminent la longueur, la largeur, la qualité des étoffes et leur teinture. Ne pas respecter ces contraintes entraîne des peines pouvant aller du blâme à la condamnation au carcan ou aux galères.

Cette réglementation corporative et administrative, *appliquée par les jurés des corporations, les inspecteurs et les juges des manufactures*, est *facteur d'inertie* dans la recherche du progrès technique car elle pérennise les techniques traditionnelles. Elle impose aussi des décisions de circonstance, difficiles à appliquer, notamment lorsque Louis XIV tente de lutter par ordonnances – sans succès – contre le luxe des habits, les passements d'or et d'argent, autant d'ornements qu'il juge superflus.

→ La défense de l'emploi

Elle consiste à *attirer en métropole des travailleurs* dans les métiers déficitaires en main-d'œuvre qualifiée (dinandiers, miroitiers, chapeliers, fondeurs, mineurs) et,

en sens inverse, à **empêcher l'émigration** des individus compétents de ces secteurs. En 1682, il est finalement décidé que les ouvriers français ou étrangers ne pourront plus quitter le royaume, sous peine de mort.

B– L'encadrement de l'activité économique

Dès le **xvi^e** siècle, le roi développe les organes ministériels. Il s'ensuit une certaine complexité administrative, particulièrement dans le commerce et l'industrie.

1. L'entourage du monarque

La monarchie d'Ancien Régime a préféré diversifier les conseils autour du roi et accorder de larges prérogatives à de grands commis de l'État, plutôt que de faire assurer la direction et la coordination des services économiques du royaume par un département ministériel spécialisé.

→ Le Conseil du roi

Le monarque a toujours sollicité des avis et accordé une grande importance à son Conseil, qui trouve son organisation définitive sous Louis XIV.

En principe, le Conseil du roi est un **organe consultatif unique**, bien qu'il soit devenu possible de le réunir selon **plusieurs formations**. Au demeurant, le principe de l'unité de l'institution est rappelé dans ses arrêts, qui commencent par la formule : « Le roi en son Conseil ».

Trois « conseils de gouvernement présidés par le roi coexistent :

- le **Conseil d'En-Haut** est chargé de la diplomatie et des affaires intérieures les plus importantes ;
- le **Conseil des dépêches** est compétent pour les affaires internes courantes et l'administration du royaume ;
- le **Conseil royal des finances** dispose de prérogatives particulières. De surcroît, le **Conseil d'État privé, finances et direction** – héritage historique du Conseil du roi des origines – exerce dès 1670 le contrôle financier, ainsi que la justice retenue que le roi ne désire pas confier aux tribunaux. Mais **aucune de ces formations n'a une spécialisation strictement économique**.

→ Les ministres

Dès 1547, le monarque s'entoure de **quatre secrétaires d'État** aux compétences géographiquement déterminées. À la fin du **xvi^e** siècle, chacun obtient une tâche précise : la Guerre, les Affaires étrangères, la Marine, la Maison du roi. Avec le **Chancelier**

(chef de la justice royale, préparateur des ordonnances) et le **chef de l'administration financière**, il s'agit des principaux collaborateurs royaux. Ces autorités *ne forment pas un organe collégial*. Elles ne sont responsables qu'individuellement devant le souverain. L'une d'entre elles peut quelquefois dominer *de facto* les autres, ou être appelée « principal ministre ». Aucun secrétaire d'État n'a jamais été spécialisé dans les affaires économiques, si ce n'est lors de l'institution éphémère, en 1771, d'un cinquième secrétaire.

Il faut insister sur le chef de l'administration financière, qui dirige le corps des intendants des finances et ordonnance toutes les dépenses de l'État. Il a longtemps été appelé *surintendant*. Cependant, après la disgrâce de Fouquet – qui exerçait cette fonction –, Colbert lui succède en 1661, sans le titre, qui devient finalement celui de *contrôleur général des finances* en 1665.

Sous son autorité, les *intendants des finances* dirigent les services financiers et les *intendants du commerce* ont la responsabilité des services économiques. La prééminence du contrôleur général ne sera jamais remise en cause jusqu'en 1789, même si la fonction voit se succéder de nombreuses personnalités qui bénéficient ou non du titre, notamment Pontchartrain, Law, Turgot ou Necker.

Les ministres – sous l'autorité du roi et du contrôleur général – ne se trouvent pas dans la meilleure situation pour exercer leurs prérogatives en raison de la *faible spécialisation des ministères*. L'organisation économique royale reste empirique. Dès lors que le roi associe de nombreuses personnes à la préparation des décisions, les mesures agricoles, commerciales ou industrielles ne sont souvent que le résultat d'interventions croisées, pas nécessairement cohérentes.

2. L'administration du commerce et des manufactures

Sous la pression du développement commercial, puis industriel, la *monarchie réforme régulièrement son administration* au détriment de l'unité de sa politique économique.

→ Le commerce

Après la nomination de Barthélemy de Laffemas comme *contrôleur général du commerce* en 1602, une Commission du commerce est créée. C'est pourtant seulement en 1664 que Colbert établit un Conseil du commerce composé de fonctionnaires et de délégués des grandes villes industrielles. Bellinzani devient son collaborateur immédiat ; il est à la fois intendant général du commerce, inspecteur général des manufactures et directeur général de la Compagnie des Indes orientales.

– En 1700, le *Bureau du commerce* succède au Conseil du commerce, tombé en sommeil. Dès 1708, six intendants du commerce se partagent les généralités du

royaume et les zones d'expansion d'outre-mer. À la mort de Louis XIV, les secrétaires d'État perdent leurs prérogatives ; un département ministériel du commerce est chargé, momentanément, « de tout ce qui concerne le commerce extérieur et intérieur et des manufactures ».

- Dès 1730, le **Conseil royal du commerce** s'installe durablement par démembrement du Conseil d'État privé, finances et direction. À la fin de l'Ancien Régime, il est présidé par le roi et comprend trois ministres. Il a sous sa responsabilité les services chargés du commerce maritime et le bureau pour le commerce intérieur et les manufactures.

Il faut remarquer que la monarchie crée souvent des organismes sous l'influence des nécessités du moment, sans plan préétabli. Ainsi, Colbert ne met en place un **Commissariat aux ponts et chaussées** (1669) qu'après avoir lancé sa politique de grands travaux terrestres, maritimes et fluviaux visant à améliorer les routes qui mènent aux ports, ou de la province vers Paris, et décidé la construction des grands canaux d'intérêt national (canal des Deux Mers, canal de la Loire à la Seine, canal du Languedoc). Cette politique contribue au développement du commerce et de l'industrie, mais souffre de l'absence d'une structure de coordination royale.

→ L'Inspection des manufactures

La **petite industrie** s'exerce essentiellement dans le cadre corporatif et peu de métiers sont librement exercés. Les jurandes – communautés de métier – fixent les règles professionnelles sous le contrôle de l'autorité publique.

Il en va différemment de la **grande industrie** qui prend de l'ampleur dès la fin du XVII^e siècle.

Richelieu avait déjà imaginé des inspecteurs des manufactures sous la forme d'offices héréditaires et vénaux. Colbert les réorganise, le 13 août 1669, en créant l'**Inspection des manufactures** directement rattachée à ses services.

Elle comprend près de 400 inspecteurs nommés par le roi et placés sous la direction d'inspecteurs généraux.

Son rôle est multiple :

- **Enregistrer et faire respecter les règlements** applicables dans tout le royaume et les règlements particuliers propres à certaines villes ou à certains types de fabrications ;
- **Influencer les modes de production** afin de tenir compte du progrès technique ;
- **Développer la qualité des produits.**

Cette administration économique, fortement hiérarchisée, dont la composition et la compétence ont été discutées, n'en obtient pas moins des résultats incontestables dans la modernisation des techniques de la papeterie ou de la dentelle.

Ainsi, de François Ier à Louis XVI, la monarchie n'a jamais cessé de s'intéresser au secteur économique et de tenter d'en réguler certains aspects. Même si la référence terminologique à l'économie dirigée ne peut se justifier qu'à partir du ^{xx}e siècle, on constate déjà de véritables préoccupations des pouvoirs publics en ce sens. La Révolution de 1789 remet néanmoins en cause, provisoirement, cette évolution.

II. De la Révolution à la III^e République

En contradiction avec les principes issus du mercantilisme et du colbertisme, les idées physiocrates se propagent en France dès les dernières années de la monarchie absolue. C'est sous leur influence que les révolutionnaires de 1789 décident de restreindre sévèrement l'intervention économique publique. L'État-gendarme s'impose et il faut attendre les années 1830-1840 pour voir à nouveau les gouvernants diversifier et étendre leurs missions économiques et sociales.

A – La transformation de l'État-gendarme en État-providence

Le clivage entre un État-gendarme replié sur ses fonctions régaliennes (la défense, les affaires étrangères, l'ordre public, les finances, la justice) et un État-providence soucieux d'intervenir dans les domaines économiques les plus divers ne doit pas être entendu avec trop de rigidité. Les deux attitudes ne sont pas exclusives l'une de l'autre, et il serait difficile de dater précisément le moment où l'une l'emporte sur l'autre. En tout cas, au milieu du ^{xix}e siècle, les conséquences parfois désastreuses de l'industrialisation sur la condition ouvrière poussent l'État à multiplier les règles aussi bien économiques que sociales. La marche vers l'État-providence est en route, même si elle ne devient totalement évidente qu'au début du siècle suivant.

1. L'État-gendarme

Les principes de l'État-gendarme sont posés dès 1789, puis mis en œuvre progressivement par de larges mesures de déréglementation.

→ Les choix des révolutionnaires de 1789

À la Révolution les gouvernants qui se succèdent au pouvoir sont influencés par les idées économiques libérales, notamment anglaises et par l'école de pensée des physiocrates. Ces idées se sont développées au début du ^{xviii}e siècle, sans susciter d'intérêt de la part de la monarchie absolue alors au pouvoir.

→ L'inspiration physiocrate

Le règne de Louis XVI témoigne déjà du recul des idées mercantilistes ou colbertistes inspirées de la physiocratie. Quesnay (1694-1774), le marquis de Mirabeau (1715-1789) et Turgot (1727-1781) sont favorables à la libéralisation de la circulation des marchandises, au « **laisser-faire, laissez-passer** ». Ils prônent l'abstention du pouvoir politique dans le domaine économique, qu'il soit agricole, commercial ou industriel. Quesnay voit la source essentielle des richesses dans l'agriculture car elle seule peut produire une valeur supérieure (denrées) à la valeur qu'elle détruit (semences, travail). Ce supplément de richesse représente le produit net.

→ L'inspiration libérale

Les physiocrates qui tiennent pour vérité scientifique que les phénomènes économiques dépendent de lois dérivées de la nature des choses sont proches de l'**école classique anglaise** défendant un **libéralisme** fondé sur la croyance en l'harmonie d'un ordre naturel propre à l'initiative individuelle et à la régulation économique automatique par le marché. Son chef de file, **Adam Smith** (1723-1790), recourt à la métaphore de la main invisible pour justifier sa pensée dans *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations* (1776) : « Tout individu [...] ne se propose pas de promouvoir l'intérêt public. Il ignore d'ailleurs dans quelle mesure il y parvient. Il ne se préoccupe que de sa sécurité propre, que de son gain propre. Et ce faisant, il est conduit par une **main invisible** à atteindre un objectif qu'il n'avait aucunement visé. En poursuivant son intérêt particulier il sert souvent l'intérêt social plus efficacement que dans les cas où il a réellement l'intention de le promouvoir. » Cette défense de l'initiative privée conduit au **libéralisme économique** et à la **réduction drastique du rôle de l'État**. Elle appelle la liberté commerciale, l'abolition des limites au droit de propriété et l'aide accordée aux agriculteurs, véritable classe productive.

► La **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789**, très abstraite, n'envisage guère les missions de l'État. Elle insiste surtout sur la propriété privée, droit naturel imprescriptible, inviolable et sacré, qui ne peut subir d'expropriation par les pouvoirs publics que dans le respect de conditions strictement encadrées. Elle ne mentionne explicitement l'administration qu'à propos de la contribution fiscale des citoyens (art. 13).

► Le **démantèlement de l'administration économique de l'Ancien Régime** est rapide. Les **droits seigneuriaux** sont supprimés dès le 4 août 1790. L'année suivante, deux textes fondamentaux fixent les nouveaux principes.

– Le **décret d'Allarde** des 2 et 17 mars 1791 **abolit le régime corporatif**. Il est désormais reconnu à toute personne le droit de faire négoce et d'exercer la profession

ou le métier qu'elle souhaite, sous réserve de se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police.

- La **loi Le Chapelier** des 14 et 17 juin 1791 **proclame la liberté du commerce et de l'industrie**. Elle interdit toute association ayant pour but la défense d'intérêts professionnels. Aucune association ouvrière n'est possible pour défendre des intérêts communs. Les chambres de commerce sont même supprimées en octobre.

► Dès le 27 avril 1791, **six ministères régaliens** se partagent désormais les missions essentielles de l'État : la Justice, les Finances, la Guerre, la Marine, les Affaires étrangères et l'Intérieur. La définition de leurs compétences révèle la volonté des révolutionnaires de limiter au maximum les interventions économiques.

→ L'ampleur de la déréglementation

De nombreuses mesures sont prises pour atténuer l'intervention économique des pouvoirs publics, sans empêcher l'apparition de réglementations de circonstance.

► L'**administration de l'économie** est **réformée** entre 1789 et 1791, de **nombreux contrôles et prélèvements fiscaux supprimés**. On met fin à la police de la circulation des grains, aux droits de traite sur les marchandises, aux droits d'entrée dans les villes et les villages. Les contraintes pesant sur la gestion des exploitations ou la circulation du numéraire sont abolies. En matière de laine, les droits ne disparaissent pourtant pas, on les modère. Les manufactures royales sont abandonnées, de même que l'Inspection des manufactures qui n'a plus de réglementation à appliquer. Des tribunaux de commerce sont créés dès août 1790.

Le libéralisme se développe également dans le **commerce extérieur**. Les avantages accordés à certaines personnes morales privées pour les relations avec l'Inde, le Sénégal, l'Afrique du Nord et le Levant disparaissent. La Compagnie des Indes orientales est liquidée par le décret du 17 vendémiaire an II (1793). De nombreuses matières premières sont dorénavant admises en franchise, ou faiblement taxées, notamment les produits alimentaires ; peu d'impositions dépassent les 15 %. Les droits sont pourtant maintenus sur le bois, la tannerie ou la pâte à papier.

► Une **réglementation de circonstance** est cependant adoptée, dès la Convention (1793-1795), sous l'influence de la guerre et des crises intérieures. Elle sera développée jusqu'à la fin du I^e Empire (1815).

- Le **Comité de salut public** revient progressivement sur la politique libérale de 1791. Il interdit l'exportation de grains et de farines, adopte la loi du maximum du prix des grains (mai 1793), crée des greniers d'abondance et des cartes de rationnement, puis décide le maximum général des prix et des salaires (septembre 1793).

- **Napoléon Bonaparte** est amené à intervenir en matière commerciale et industrielle par des prêts, des commandes et des travaux publics. Il régit le nouveau la qualité des produits, rétablit les chambres de commerce (1804), fait adopter une loi minière organisant le régime des concessions octroyées par l'administration (1810). L'Empire reste pourtant **modéré dans ses réglementations économiques**. Il met surtout en forme juridique les grands principes de la Révolution avec la promulgation du **Code civil** (1804) et du **Code de commerce** (1807). Ce dernier, qui laisse une grande initiative aux partenaires, se limite à réglementer la faillite, le gage, le chèque, les inventions ou le statut des sociétés anonymes pour favoriser le développement des entreprises privées. Il ne prévoit même pas la moralité comme condition d'accès à la profession commerciale ; les condamnations de droit commun n'empêchent pas de devenir banquier. Le premier statut de la **Banque de France** (1806) attribue à celle-ci un privilège d'émission, sans participation de l'État aux bénéfices ni à la gestion commerciale. L'administration économique se développe néanmoins quelque peu : on crée le Conseil général des fabriques et des manufactures (1810), puis le ministère des Manufactures et du Commerce (1811).

2. L'État-providence

La Charte constitutionnelle du 4 juin 1814 ne remet pas en question le libéralisme économique. Les gouvernants estiment que le système administratif mis en place par Napoléon Bonaparte répond largement aux exigences de son temps. L'intervention publique n'affecte encore qu'incidemment la vie des citoyens ; elle ne cherche pas à transformer l'économie. À partir de la Monarchie de Juillet (1830-1848), on assiste cependant à l'apparition de **nouveaux départements ministériels** par détachement des six ministères régaliens de 1791 (Commerce, Travaux publics, Agriculture). D'une manière générale, la période 1830-1914 témoigne de la diversification des prérogatives économiques et sociales des pouvoirs publics.

→ Les missions économiques

L'État n'a jamais cessé de conforter une protection douanière agricole, commerciale et industrielle à l'égard de l'étranger, mais il a aussi encouragé une modernisation du royaume.

- D'une part, les **pouvoirs publics préservent des compétences économiques anciennes**. Pour des raisons d'ordre public, de défense militaire, de police ou de fiscalité, l'État assure la responsabilité directe de la Manufacture des Gobelins, du transport des correspondances, de la frappe des monnaies, des arsenaux, des manufactures d'armes, de la perception des droits de douane ou du monopole des tabacs et allumettes.

- Mais, d'autre part, on **multiplie les concessions de service public à des partenaires privés** en matière de transport, de distribution d'eau, de gaz, puis d'électricité. À partir de 1842, les transports ferroviaires sont concédés à six grandes compagnies en raison des carences des sociétés qui en avaient la charge précédemment. Les cahiers des charges imposent le respect de quelques principes de service public, comme la continuité du service ou l'égalité entre les usagers. Cette politique de concession est néanmoins ambiguë, révélant un État désireux de ne pas négliger ces questions sans vouloir s'y impliquer fortement. On assiste également au développement des travaux publics du fait des besoins en infrastructures ; la réalisation de réseaux de transport ferré, routier et vicinal devient une priorité. Sous le Second Empire, les voies ferroviaires passent de 4 000 à 19 000 kilomètres. Ces travaux sont aussi un moyen de soutenir l'activité économique privée.

Il faut noter qu'une partie de l'intervention économique n'est pas le fait de l'État, mais des collectivités locales, qui commencent à jouer un rôle significatif en ce domaine, surtout après la loi du 10 août 1871 sur le département et la loi du 5 avril 1884 sur la commune.

→ Les missions sociales

À partir du milieu du XIX^e siècle, les préoccupations sociales de la population deviennent plus pressantes. L'essor du capitalisme industriel a créé un prolétariat ouvrier misérable. Les mouvements d'opinion se multiplient. Lyon connaît l'insurrection des canuts de la soie en 1831.

Dans son *Tableau de l'état physique et moral des ouvriers dans les fabriques de coton, de laine et de soie* (1840), **Louis René Villermé** dresse un bilan affligeant de la condition ouvrière. Il contribue à l'adoption de la **loi du 22 mars 1841 sur le travail des enfants** qui interdit l'emploi d'enfants de moins de huit ans dans les manufactures, et limite à douze heures par jour le travail des enfants âgés de huit à douze ans. C'est la première grande loi sociale française. Les discours d'Albert de Mun, représentant du catholicisme social, et l'encyclique *Rerum novarum* promulguée par Léon XIII en 1891, exhortent également l'État à prendre en compte la détresse humaine.

Une **législation sociale** renforçant les services publics est adoptée par la III^e République : elle concerne l'assistance médicale (1893), le travail des femmes (1892), l'hygiène et la santé (1893 et 1901) ou les premiers bureaux de placement (1910). Le fait syndical est également reconnu par la loi du 21 mars 1884 ; la même année sont créés le ministère du Travail et l'inspection du Travail.

B– Les pouvoirs publics dans l’entre-deux-guerres

Lorsque la guerre éclate, le 1^{er} août 1914, des mesures dirigistes sont immédiatement adoptées. Le commerce avec les pays ennemis est interdit, de même que l’exportation de nombreuses marchandises utiles à l’effort de guerre (armes, navires, aéronefs, chevaux, automobiles, denrées de première nécessité). Un service du ravitaillement de la population civile est rattaché au ministère du Commerce et de l’Industrie, puis au ministère des Travaux publics en 1916. L’État assure désormais la taxation des prix, interdit l’exportation de capitaux, de monnaies métalliques et de billets de banque, prend en main les transports et devient un grand fabricant d’armes. À partir de 1917, des « *comités de matières* » réunissent des représentants des ministères, des producteurs et des utilisateurs. Ils déterminent et contrôlent les besoins de la société. Les textiles, les cuirs, les métaux, l’outillage mécanique et le caoutchouc sont utilisés selon des règles permettant d’en rationaliser l’emploi et de parer à l’urgence. Cette économie dirigée est largement remise en cause après la guerre, mais l’intervention des pouvoirs publics, tant nationale que locale, reprend à la suite de la crise de 1929-1930 et des choix du Front populaire à partir de 1936.

1. L’intervention nationale

Durant l’entre-deux-guerres, l’État se constitue un secteur public économique, tout en adoptant de nombreux textes législatifs ou réglementaires.

→ Le secteur public économique

On assiste au développement de structures qui visent à réguler les marchés et à gérer des pans entiers de l’économie nationale.

► Une série d’organismes sont chargés de coordonner les activités des particuliers, discipliner les marchés économiques, voire parfois prolonger l’activité de l’administration. On crée l’**Office national industriel de l’azote** (1924), l’**Office national des combustibles liquides** (1925), l’**Office du blé** (1926), l’**Office du Niger** (1932), le **Comité de la meunerie** (1936) et le **Comité de la semoulerie** (1938). Mais, face aux difficultés financières, et après quelques scandales, le décret du 20 mars 1939 limite les possibilités d’action de ces organismes.

► Dès 1924, l’État avait créé les Mines domaniales de potasse d’Alsace à partir d’une ancienne société allemande placée sous séquestre en 1918. Il faut pourtant attendre l’arrivée de Léon Blum et des socialistes au gouvernement dans le cadre du **Front populaire** (juin 1936), pour que les **nationalisations** soient présentées comme une technique déterminante du progrès et du changement économique.

- La **loi du 25 juillet 1936** procède à l'étatisation de la **Banque de France**. L'État obtient ainsi la prépondérance dans sa gestion, sans devenir maître de son capital.
- La **loi du 11 août 1936** autorise l'expropriation de certains établissements de **fabrication d'armes et de matériels de guerre**. Le monopole de la **construction de cellules d'avions** est confié à des sociétés nationales. Les entreprises restées privées dans ce secteur sont soumises à l'autorisation préalable et au contrôle de l'État.
- L'économie mixte, qui associe des capitaux publics et privés au sein des entreprises, est choisie lors de la création de la **Société nationale des chemins de fer (SNCF) en août 1937** ; cette technique avait déjà été utilisée pour la Compagnie générale transatlantique en 1933. La SNCF est substituée à plusieurs sociétés qui exploitaient les réseaux de chemins de fer ; l'État s'y réserve 51 % des actions et un contrôle étroit sur l'organisation et le fonctionnement. Il supportera les éventuels déficits et les investissements indispensables.

► Dès le début des années 1920, le **Tribunal des conflits** confirme la **diversification du service public** (TC, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Rec. 91). Le commissaire du gouvernement Matter opère une distinction entre les services qui « sont de la nature, de l'essence même de l'État ou de l'administration publique et ceux qui sont entrepris par l'État occasionnellement ou accidentellement, en conformité avec l'intérêt général car aucun particulier n'en est chargé ». Les premiers relèvent de la compétence administrative, les seconds (pour l'essentiel) de la juridiction judiciaire. Le **Conseil d'État** développe désormais une jurisprudence, distinguant les **services publics administratifs (SPA)** et les **services publics industriels et commerciaux (SPIC)**, deux facettes du service public (CE, 23 décembre 1921, *Société générale d'armement*, Rec. 1109).

→ Le développement de la réglementation

Les interventions des pouvoirs publics se multiplient aussi bien dans le secteur économique que dans le secteur social.

► À la suite de la **crise de 1929**, de nombreuses **mesures économiques protectionnistes** sont adoptées par l'État. Des contingentements frappent de plus en plus lourdement l'admission des produits étrangers, les licences d'importation se multiplient. Une législation sur le vin interdit certaines nouvelles plantations et encourage l'arrachage ou l'abaissement des rendements à l'hectare (1931-1934) ; une législation sur le blé empêche sa vente au-dessous d'un certain prix (1933). Les pouvoirs publics réglementent aussi le commerce extérieur et notamment l'importation de pétrole (1928). Avec le **Front populaire** (1936), ce mouvement s'amplifie. Le gouvernement Léon Blum comporte un ministère de l'Économie ; un comité spécialisé est composé de tous les ministres titulaires de compétences

dans ce secteur. Pour remédier à l'inflation, le Gouvernement réprime d'abord les hausses abusives (1936), puis décide le blocage des prix (1937).

- L'interventionnisme s'intensifie en matière sociale. Les conditions de travail font l'objet de lois sur le repos hebdomadaire (1923), la semaine de quarante heures et les congés payés (1936). Les syndicats, qui ne sont plus considérés comme des coalitions dangereuses pour l'intérêt général, sont associés à certaines décisions.
- La **loi du 24 juillet 1936** sur les **conventions collectives** règle l'ensemble des rapports entre les employeurs et les salariés (embauches, licenciements, salaires, congés et exécution du travail).
- La **loi du 31 décembre 1936** sur l'**arbitrage des conflits du travail** permet aux syndicats de représenter officiellement la profession et de participer à la préparation des lois économiques et sociales. Les premiers règlements professionnels sont élaborés par les partenaires sociaux, mais ce sont les pouvoirs publics qui leur donnent force exécutoire.
- Un **Conseil national économique** composé de représentants des organisations syndicales, de la population, de la consommation et du capital avait été créé par un décret du 16 janvier 1925, sous la forme d'un simple organe de consultation devant contribuer à fixer les priorités gouvernementales économiques et sociales. Dès 1936, il a désormais aussi le pouvoir d'arbitrer certains conflits économiques ou sociaux.

2. L'intervention locale

Si le département et la commune avaient fait l'objet de deux grandes lois, respectivement en 1871 et 1884, ils ne bénéficiaient pratiquement pas de possibilités d'intervention économique propres. Aussi, à la suite de la guerre de 1914-1918, le président du Conseil, Raymond Poincaré, tente d'élargir les prérogatives municipales par décret, et le Conseil d'État est amené à se prononcer à ce propos.

→ Les décrets Poincaré

Au lendemain de la guerre, on recherche un nouvel encadrement juridique de l'intervention économique.

Les municipalités, qui ont pris en charge le ravitaillement des populations pendant la guerre, désirent souvent après le retour de la paix conserver les magasins d'alimentation, boucheries ou boulangeries dont elles ont désormais la responsabilité. Elles y voient un moyen d'assurer l'accès de chacun à ces services, l'initiative privée ne leur paraissant toujours pas en mesure de satisfaire la demande, ou seulement à des prix jugés excessifs. Les élus souhaitent aussi **avoir la possibilité de gérer de nouveaux services publics industriels et commerciaux** de transports, de bains-douches, de piscines ou de lavoirs.

Dans cette logique, les décrets des 5 novembre et 28 décembre 1926 autorisent les communes et les syndicats de communes à exploiter directement des services d'intérêt public à caractère économique et social.

→ Le socialisme municipal

En 1930, le Conseil d'État est amené à se prononcer sur un litige mettant en cause les décrets Poincaré. C'est l'occasion d'une innovation jurisprudentielle qui aura des prolongements importants.

L'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* (CE, sect., 30 mai 1930, Rec. 583) précise que l'insuffisance de l'initiative privée peut justifier l'intervention des collectivités publiques dans le domaine industriel et commercial bien que ces activités restent, en principe, réservées au secteur privé. Les conseils municipaux ont la possibilité de créer des services publics industriels ou commerciaux « si, en raison de circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ».

Cette décision a donné lieu à une jurisprudence fournie, appelée « **socialisme municipal** ». Elle a été le cadre essentiel de l'action économique des collectivités locales françaises jusqu'aux lois de décentralisation de 1982, le Conseil d'État acceptant la création de nombreux services publics locaux dans les domaines de plus en plus diversifiés.

La *justification de l'initiative locale* semblait limitée aux défaillances quantitatives du secteur privé, mais le Conseil d'État l'a étendue à la mauvaise satisfaction d'un besoin (CE, 24 novembre 1933, *Zénard*, Rec. 540) ou à l'impossibilité d'assurer un service permanent de représentations théâtrales de qualité (CE, 21 janvier 1944, *Léoni*, Rec. 26). Il a également estimé que l'intérêt public local peut être satisfait par des activités de caractère commercial sans qu'il soit nécessaire de considérer l'existence ou l'absence d'initiatives privées ; une commune est ainsi autorisée à créer des bains-douches et des lavoirs dans le seul but d'améliorer le service public de l'hygiène (CE, Ass., 19 mai 1933, *Blanc*, Rec. 540).

Le Conseil d'État a même accepté plus tard qu'un *intérêt public*, même *en l'absence de carence de l'initiative privée*, puisse justifier une intervention publique (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272).

Enfin, la *recherche de l'équilibre financier de la collectivité locale* permet le maintien d'un service le temps que les frais d'établissement soient amortis, même si la carence du secteur privé ayant motivé sa création a disparu (CE, 23 juin 1933, *Lavabre*, Rec. 677).

III. De la Seconde Guerre mondiale à la IV^e République

La préparation de la guerre, sa conduite, la débâcle face aux armées allemandes en 1940, l'instauration du régime de Vichy, les gouvernements de la Libération, l'élaboration de la nouvelle Constitution sont autant d'étapes où les formes, l'intensité et les justifications de l'*intervention des pouvoirs publics* occupent le centre des débats. La Constitution adoptée le 27 octobre 1946 présente un vaste programme de nationalisation faisant du secteur public un facteur essentiel de l'essor de l'économie française.

A– Les choix nationaux

1. L'économie de guerre

Dès 1938, face à la menace d'un conflit militaire, une législation d'exception est adoptée dans le cadre des lois constitutionnelles de 1875. Mais la défaite militaire face à l'Allemagne en 1940 conduit à l'instauration du régime autoritaire de Vichy, fortement dirigiste sur le plan économique et social.

→ La législation de 1938-1939

Les gouvernements de la III^e République font adopter par les parlementaires des dispositions propices à faciliter le passage de la situation de paix aux circonstances de guerre dans le respect de principes démocratiques :

- La **loi du 11 janvier 1938** sur l'organisation de la nation pour le temps de guerre **renforce considérablement les pouvoirs économiques de l'État**. Elle prévoit dès le temps de paix les attributions des divers ministères pour le temps de guerre. Le principe retenu est celui de la ressource : les ministres recevront les ressources nationales et assureront leur *contingentement* et redistribution aux utilisateurs. Un premier ministère sera chargé de tous les transports, un deuxième de la production industrielle et de la répartition des produits finis, un troisième de la main-d'œuvre. Le Gouvernement disposera également d'un pouvoir réglementaire élargi afin de prendre toutes les mesures vitales pour la nation. Il pourra multiplier à discrétion les entreprises publiques, et s'appuyer sur les groupements professionnels pour assurer la réquisition des entreprises privées.
- Dès l'entrée en guerre, la **loi du 8 septembre 1939** habilite le Gouvernement à prendre par *décrets-lois* toute une série de mesures **en matière de change, de blocage des prix et salaires**. Les principes démocratiques sont encore respectés, mais le début du conflit avec l'Allemagne, et la rapide défaite des armées françaises, ouvrent la voie vers l'attribution des pleins pouvoirs au maréchal Pétain.

→ Le régime de Vichy

Avec l'acte dit **loi du 10 juillet 1940**, la France quitte le rang des démocraties. Dans des conditions constitutionnelles discutables, et sous la pression de l'invasion allemande, les parlementaires investissent le maréchal Pétain de pouvoirs considérables. L'application des lois constitutionnelles de 1875 est immédiatement suspendue. **Philippe Pétain** est désormais le chef de l'État français. Il n'apprécie guère la démocratie libérale et ses conséquences économiques, aussi prend-il immédiatement parti pour un **étatisme autoritaire, très conservateur sur le plan social**. La liberté syndicale est supprimée, un corporatisme d'État la remplace. De **nombreux textes économiques** sont adoptés au cours des premières années de guerre.

- L'organisation des professions est attribuée à des organismes placés sous la tutelle du pouvoir par la loi du 4 octobre 1941, dite **Charte du travail**. Le principe électif ne s'y applique pas.
- Divers organismes interventionnistes sont institués : les **comités d'organisation de la production** (loi du 16 août 1940), puis l'**Office de répartition des produits industriels** (loi du 10 septembre 1940). Il ne s'agit pas seulement de **répartir les matières premières** devenues rares, mais aussi de favoriser l'évolution future du capitalisme français, dont Vichy souhaite qu'il ne soit plus soumis à la concurrence entre l'agriculture, l'industrie et le commerce. L'innovation technologique devient suspecte ; les chefs d'entreprise ont désormais les moyens, avec le soutien du pouvoir, de perpétuer les choix traditionnels. Au reste, le gouvernement choisit les dirigeants des groupes industriels.
- Le régime de Vichy institue également des ordres professionnels pour regrouper les médecins (1940), les architectes (1941) ou les vétérinaires (1942).

Le **Conseil d'État** se déclare compétent pour connaître de litiges relatifs aux comités d'organisation (CE, Ass., 31 juillet 1942, *Monpeurt, Rec.* 239) ou aux ordres professionnels (CE, Ass., 2 août 1943, *Bouguen, Rec.* 86). Sans se prononcer sur leur nature juridique, il reconnaît à ces organismes privés la personnalité morale et la faculté de prendre des actes administratifs. Cette jurisprudence est confirmée à la Libération pour les ordres professionnels. Elle s'étend ensuite à diverses personnes privées participant aux services publics susceptibles de se voir reconnaître les mêmes prérogatives.

Le régime de Vichy modifie l'**administration locale** : la **loi du 19 avril 1941** crée les préfets régionaux et les intendants économiques, qui disparaîtront à la Libération. Dès le 21 octobre 1940, la **taxation des prix** est instaurée. Son principe sera confirmé à la Libération par une ordonnance du général de Gaulle du 30 juin 1945.

2. Les principes de la Libération

L'ordonnance du **23 novembre 1944** confirme la volonté d'assurer le **rôle économique et social des pouvoirs publics**. Elle fixe les attributions du futur ministère de l'Économie nationale qui aura la charge de coordonner l'action des autres ministères en apposant son contreseing sur tous les textes économiques ministériels ; un comité interministériel a même pour mission d'assurer la cohérence de la politique gouvernementale. Les propositions du Conseil national de la Résistance (CNR), puis les programmes des partis suscitent de vastes débats idéologiques. Une volonté de planifier l'économie française, de réglementer les prix, d'améliorer la situation sociale et de nationaliser des secteurs clés de l'économie s'impose finalement.

→ Les choix idéologiques

► La pénurie de biens et la **nécessité de reconstruire le pays** ne laissent pas d'autre choix que de faire appel à l'État. Le **programme du CNR**, qui regroupait pendant la guerre les diverses tendances de la Résistance, appelait déjà à des réformes d'envergure sous l'égide des pouvoirs publics, notamment l'établissement d'un plan de la production nationale, de nombreuses nationalisations (énergie, mines, assurances, banques), la liberté du syndicalisme, l'amélioration des conditions de travail et l'instauration de la sécurité sociale. L'idéologie collectiviste fortement représentée au sein du Gouvernement, principalement par les ministres communistes, n'y est pas hostile. Les gaullistes conviennent aussi de la nécessité de renforcer les pouvoirs publics.

► Le **préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 réaffirme les droits et libertés de la Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)**. Il proclame également comme particulièrement nécessaires à notre temps un certain nombre de **principes politiques, économiques et sociaux**. Mais le **respect** de ces droits, libertés ou principes n'est *pas efficacement assuré* car le Comité constitutionnel prévu par la Constitution ne peut pas contrôler la conformité des lois au préambule. Les principes restent surtout des affirmations philosophiques, sans portée pratique immédiate.

► L'**ordonnance du 30 juin 1945** confère à l'État un large pouvoir de police économique en matière de **réglementation des prix** : le Gouvernement peut les déterminer « **par tous moyens appropriés** ». Il a la faculté de fixer un prix maximum licite sous la forme d'un chiffre à ne pas dépasser, d'une marge à respecter ou d'une indexation sur un prix de base. De 1945 à 1958, les règles ont souvent varié, diverses lois ont institué des régimes particuliers pour certains produits ou services (les chemins de

fer, les loyers, l'essence), mais dans tous les cas les pouvoirs publics se sont réservées des prérogatives de taxation et de répression des infractions.

La politique de lutte contre l'inflation s'accompagne d'une série de mesures de **protection sociale** visant à améliorer la condition des salariés. On peut mentionner l'instauration de la **Sécurité sociale** (4 octobre 1945), des délégués du personnel (16 octobre 1946), du régime des conventions collectives (23 décembre 1946) ou du **salaire minimum interprofessionnel garanti** (11 février 1950).

→ La planification

L'instauration d'une politique de planification est l'une des initiatives les plus significatives de la IV^e République.

► **Les prémices.** Avant la guerre, la France n'avait jamais accordé beaucoup de crédit à la planification. Le « plan Tardieu » sur l'équipement des campagnes (1929) ou le « plan Marquet » sur les travaux urbains (1934) restaient très sectoriels ; le premier constituait avant tout en un mécanisme de répartition de subventions, et le second en un programme de travaux. Le **plan économique d'équipement**, élaboré en 1942 par la Délégation générale à l'Équipement de Vichy – qui prévoyait l'aide durable de l'État pour un grand programme de travaux exécutés par les collectivités publiques ou les particuliers – constituait le seul précédent, mais son exécution avait été interrompue par la victoire des forces alliées.

Dès la fin 1944, le gouvernement du général de Gaulle initie un vaste programme d'équipement national. Un décret du 3 janvier 1946 crée trois organes de planification :

- Un **Conseil du plan** composé de ministres et de personnalités qualifiées ;
- Un **Commissariat général du plan** chargé en coordination avec les ministres de procéder aux études nécessaires à l'élaboration du plan ;
- Des **commissions de modernisation** des structures économiques.

La Constitution du 27 octobre 1946 institue également un **Conseil économique**, obligatoirement consulté « sur l'établissement d'un plan économique national ayant pour objet le plein-emploi des hommes et l'utilisation rationnelle des ressources matérielles » (art. 25).

► **La mise en œuvre.** Le décret du 16 janvier 1947 entérine un **plan de reconstruction et de développement économique** pour la période 1947-1950. Indicatif et incitatif, il ne comporte pas de sanctions pour non-exécution, mais promet de nombreux avantages aux agents économiques qui le respecteront. La planification nationale est née, les plans de la nation vont pouvoir se succéder. Pour atteindre les objectifs fixés, les pouvoirs publics développent une **politique d'aides à l'économie**. À côté des mesures traditionnelles de prescription, d'interdiction ou d'octroi de subven-

tions par la volonté unilatérale de l'administration, des techniques de concertation fondées sur des incitations fiscales, financières (prêts, garanties) ou des avantages en nature peuvent être utilisés. Des **fonds financiers** sont créés pour accorder des avances aux entreprises, tels que le **Fonds de modernisation et d'équipement** (1948), le **Fonds d'expansion économique** (1953) ou le **Fonds de développement économique et social** (1955). La planification est dorénavant un levier important de la politique gouvernementale de régulation macroéconomique.

→ Les nationalisations

Le mouvement de nationalisation d'entreprises du secteur privé à partir de 1945 apparaît comme la reprise, mais de manière plus extensive, du programme de 1936-1937. Les justifications du programme et la manière de le réaliser sont pourtant différentes. Les **motifs** des nationalisations sont à la fois **techniques et politiques**. Il s'agit d'obtenir une **gestion coordonnée et prévisionnelle** des secteurs les plus importants de l'économie française ; le lien avec la politique de planification est évident. Le soutien financier des pouvoirs publics doit être aussi l'occasion pour les entreprises publiques de réaliser des **investissements importants et urgents**, ni directement ni immédiatement rentables. Une politique des transports et de l'énergie ambitieuse, dont les coûts décourageraient un entrepreneur privé, pourra ainsi être menée, les déficits éventuels étant « nationalisés » au nom de l'intérêt général. On estime également que les entreprises publiques seront moins sensibles que des entreprises privées aux fluctuations et chocs économiques, et qu'elles sauront rationaliser au mieux leur fonctionnement afin de favoriser l'amélioration du niveau de vie du personnel, la réduction des conflits du travail et la participation des salariés à la gestion.

Les nationalisations rallient, plus ou moins ouvertement, des **partisans venus d'horizons divers**. Les communistes, les socialistes et la CGT y voient le moyen de remettre en cause le capitalisme libéral et de commencer à socialiser les moyens de production. Les réformistes chrétiens, dans la lignée de l'encyclique *Quadragesimo anno* (1931) précisant la doctrine sociale de l'Église, pensent qu'elles permettront d'éviter que des biens essentiels à la nation ne soient détournés de l'intérêt public par leurs détenteurs. La nationalisation est toutefois perçue dans certains cas comme un moyen de **sanctionner le comportement de quelques entreprises** pendant l'Occupation, telles que Renault.

B– L'extension du secteur public

Les nationalisations de l'immédiat après-guerre permettent d'étendre le secteur public afin que l'État participe directement à la modernisation de l'économie.

1. Le mécanisme des nationalisations

Le **préambule de la Constitution de 1946** précise : « 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 » (al. 9). Dans ce cadre, les pouvoirs publics disposent d'une série de possibilités afin de réaliser le développement du secteur public qu'ils souhaitent.

→ Les différents statuts juridiques

Dans la plupart des cas, on procède à un transfert d'actions des actionnaires privés vers l'État, c'est-à-dire que la société change de mains. Toutefois, pour l'électricité, le gaz et les mines, la création d'un nouvel organisme est préférée. En tout cas, la nationalisation peut aboutir à trois statuts juridiques distincts :

- Le statut d'**établissement public à caractère industriel et commercial** est choisi pour les Houillères de bassin, Électricité de France (EDF), Gaz de France (GDF), les Mines domaniales de potasse d'Alsace, la Société nationale d'études et de construction de moteurs d'avions (SNECMA) ou Renault.
- Le statut de la **société d'économie mixte**, qui associe des capitaux publics et des capitaux privés, permet de confier la majorité des actions de l'entreprise à l'État. C'était déjà la solution choisie pour la Compagnie générale transatlantique (1933) ou la SNCF (1937) ; il en sera de même après la guerre pour la Compagnie des messageries maritimes ou la compagnie Air France (1948).
- Enfin, des entreprises peuvent être nationalisées tout en conservant le statut de **société anonyme**. Ce sera le cas de la Banque de France ou des grandes banques de dépôts en 1945-1946.

On peut remarquer que **certaines entreprises publiques nationales disposent d'un monopole dans leur secteur**, comme la SNCF (chemin de fer), Air France (aviation civile), les Houillères (charbonnage), EDF (électricité) ou GDF (gaz). D'autres, au contraire, sont **en concurrence avec des entreprises privées** (Renault, banques ou assurances).

→ L'autonomie des entreprises publiques

Les entreprises nationales disposent d'une certaine marge d'autonomie par rapport à l'État.

- Elles obéissent aux **règles du droit commercial** et ne sont pas assujetties aux contraintes de la comptabilité publique.
- Leur **gestion est tripartite** : le conseil d'administration est composé de représentants de l'État, des usagers et du personnel. Les usagers sont représentés par des

personnalités choisies en raison de leur compétence en matière industrielle et financière.

- Enfin, les sociétés nationales ont la **faculté de créer des filiales avec des entreprises privées**.

2. Les entreprises nationalisées

Lancé dès la fin de la guerre, le programme de nationalisation prend fin, prématurément, deux ans plus tard. Quoique relativement bref, il étend néanmoins le service public économique.

→ Les secteurs d'intervention

Des domaines clés de l'économie sont rapidement intégrés au secteur public.

Une série de lois opèrent la nationalisation de **secteurs industriels** : l'**énergie** avec la création des Houillères du Nord et du Pas-de-Calais (13 décembre 1944), puis d'EDF et GDF (8 août 1946) ; le **transport aérien** (26 juin 1946) ; la **construction aéronautique** avec l'apparition de la SNECMA (2 décembre 1945) remplaçant Gnôme et Rhône (nationalisé le 29 mai 1945) ; une **partie de la construction automobile** avec Renault (16 janvier 1945).

Les nationalisations concernent aussi certaines **activités financières**. On avait critiqué, en 1936, l'accumulation de capitaux par quelques établissements financiers, aussi l'État ne va-t-il s'approprier qu'une partie des **banques** (2 décembre 1945) et des **assurances** (25 avril 1946). Mis à part la **Banque de France** (nationalisée par la loi du 2 décembre 1945), les quatre plus **grandes banques de dépôts** (Crédit Lyonnais, Société Générale, Comptoir national d'escompte de Paris, Banque nationale pour le commerce et l'industrie) rejoignent le secteur nationalisé.

→ Le poids du secteur public économique

Après le mouvement de nationalisation, le secteur public détient une place essentielle dans l'économie française.

Le périmètre du secteur public qui s'impose à la fin des années 1940 sera peu modifié jusqu'au retour de la gauche au pouvoir. En 1981, il représente **10 % du chiffre d'affaires des sociétés non financières, 30 % des investissements et 25 % des importations**.

Les entreprises publiques sont fortement présentes aussi bien dans des secteurs non concurrentiels que dans des secteurs concurrentiels. Leurs résultats économiques et financiers sont **vitaux pour l'économie française et la politique de l'État**. Le Gouvernement bénéficie de larges pouvoirs à leur égard puisqu'il maîtrise les grandes décisions qu'elles peuvent prendre, mais il ne poursuit pas toujours le seul

intérêt de ces entreprises. Les prix des services rendus sont parfois maintenus artificiellement à un niveau très faible afin de procéder à des **transferts financiers** entre les diverses couches de la population. Des **raisons de solidarité sociale** peuvent aussi expliquer l'imposition de contraintes de service public consistant, par exemple, à maintenir l'exploitation de lignes ferroviaires non rentables, à consentir des tarifs spéciaux ou à assurer la continuité du service public en période de vacances.

À la fin de la IV^e République, le secteur public économique est confronté à l'ébauche de la **construction européenne**. Le traité sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA) est signé à Paris, le 18 avril 1951, puis le traité sur la Communauté économique européenne (CEE) à Rome, le 25 mars 1957. La **concurrence européenne** dans le domaine économique **s'intensifie** déjà, avec l'objectif, à plus ou moins long terme, d'assurer pleinement la libre circulation des personnes, des marchandises et des capitaux.

Sources et principes du droit public économique

Les principes directeurs du droit public économique sont issus de multiples sources juridiques, qu'elles soient internationales, communautaires ou nationales, précisées par les diverses juridictions compétentes.

I. Les sources du droit public économique

La Constitution du 4 octobre 1958 est rigide. À l'aide du Conseil constitutionnel, elle permet à la France de connaître et faire respecter une *hiérarchie des normes*. Les lois constitutionnelles l'emportent sur les traités, les lois et les actes administratifs réglementaires ou individuels. Il faut donc distinguer les règles internes de droit public économique des règles externes, qu'elles soient internationales ou communautaires, en tenant compte de leurs valeurs juridiques respectives.

A – Les sources internes

La Constitution de la V^e République consacre une place modeste, mais réelle, à l'intervention économique des pouvoirs publics. Ses dispositions concernent aussi bien les textes à valeur législative que les actes administratifs.

1. La Constitution du 4 octobre 1958

Il faut entendre par « constitution » à la fois le corps même du texte et son préambule. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a mis en évidence les sources de droit qu'elle comporte.

→ Le préambule de 1958

Particulièrement bref, le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 et à la Charte de l'environnement de 2004 (loi constitutionnelle du 1^{er} mars 2005). Depuis 1971, le Conseil constitutionnel lui a donné une véritable effectivité en affirmant l'existence de principes à valeur constitutionnelle (CC, déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.* 29). Le Conseil d'État a également précisé que toutes ses dispositions, y compris celles de la Charte de l'environnement, avaient « *valeur constitutionnelle* » (CE, Ass., 3 octobre 2008, *Commune d'Annecy*, *Rec.* 322).

► La Déclaration du 26 août 1789 défend la ***propriété privée***, droit naturel et imprescriptible de l'homme (art. 2), inviolable et sacré (art. 17) ; le droit d'expropriation exercé par les pouvoirs publics est la seule contrainte explicite qu'elle peut subir. Elle mentionne aussi le ***principe d'égalité***, mais en des termes très généraux qui imposent seulement que la loi soit « *la même pour tous* » (art. 6). À partir du ***principe de liberté*** (art. 4), le Conseil constitutionnel a reconnu la constitutionnalité de la ***liberté d'entreprendre*** (CC, déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.* 29).

► Le préambule de 1946 se réfère à une série de principes à valeur constitutionnelle.

– Il s'agit, d'une part, de ***principes particulièrement nécessaires à notre temps***, autant politiques que socio-économiques. Le devoir de travailler, le droit d'obtenir un emploi (qui s'analyse seulement comme le devoir pour l'État de faire tout ce qu'il peut à cette fin), la liberté syndicale, le droit de grève, la protection de la santé, la solidarité et l'égalité de tous les Français devant les charges publiques apparaissent surtout comme des règles sociales. La participation des travailleurs à la gestion des entreprises et à la détermination collective des conditions de travail par l'intermédiaire de leurs délégués, ou la nationalisation de toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait sont avant tout des principes économiques.

– C'est, d'autre part, des ***principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR)***. La jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné toute sa portée à cette disposition, mais en insistant sur des libertés extérieures au domaine économique proprement dit, telles que la liberté d'association (CC, déc. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, précitée) ou la liberté de l'enseignement (CC, déc. n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, *Rec.* 42).

► Le Conseil a développé, à propos des privatisations, la notion de ***service public constitutionnel*** (CC, déc. n° 86-207 DC des 25-26 juin 1986, *Rec.* 61). Elle s'applique à des services publics ayant leur fondement dans des dispositions de nature consti-

tutionnelle (CC, déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Rec.* 141) ou qui sont exigés par la Constitution (CC, déc. n° 88-232 DC du 7 janvier 1988, *Rec.* 17 ; déc. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Rec.* 38). Ainsi, à côté des services publics régaliens (les affaires étrangères, la défense, la monnaie, les impôts, la sécurité), il existe des services justifiés par les droits économiques et sociaux reconnus par la Constitution. *A contrario*, le Conseil estime que les banques, les télécommunications ou la télévision hertzienne constituent des services publics non constitutionnels.

→ Le corps de la Constitution

Il comporte un nombre de sources plus limité de droit public économique que le préambule.

► **L'article 34** attribue explicitement au **domaine de la loi** certaines matières économiques ou sociales.

- La loi **fixe les règles** concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété du secteur public au secteur privé, l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature, le régime de l'émission de la monnaie. L'exécutif a toutefois perdu de nombreuses prérogatives en ces domaines avec la réduction du périmètre du secteur public et l'essor de la construction européenne depuis la fin des années 1990.
- C'est également la loi qui **détermine les principes fondamentaux** du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, ainsi que de l'enseignement, du droit du travail, du droit syndical ou de la sécurité sociale.

► La Constitution fait référence également à **d'autres lois** : lois de finances, lois de financement de la sécurité sociale (depuis la loi du 22 février 1996) et lois de programmation qui déterminent les objectifs de l'action de l'État ou les orientations pluriannuelles des finances publiques (depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Le titre XI de la Constitution est entièrement consacré au Conseil économique et social, qui est devenu le **Conseil économique, social et environnemental (CESE)** depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Cet organe consultatif se limitait traditionnellement à donner des **avis au gouvernement** sur les projets de loi, d'ordonnances ou de décrets, ainsi que sur les propositions de loi. La loi organique du 29 juin 2010 a élargi ses compétences. Il peut désormais être **consulté par le Parlement** sur tout problème relevant de sa compétence. Le Gouvernement peut s'adresser à lui à propos de **projets de loi de programmation** définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques. Il peut également être **saisi par voie de pétition** de toute question à caractère économique, social et environnemental, signée par au moins 500 000 personnes majeures de nationalité française ou résidant régulièrement en France ; il donne alors son avis. Enfin, la Constitution du 4 octobre

1958 comporte une **référence incidente à la planification** : « tout plan ou projet de loi de programmation à caractère économique, social ou environnemental » doit être soumis au Conseil pour avis (art. 70).

2. Les textes à valeur législative

Peu nombreux jusqu'en 1958, les textes législatifs se sont multipliés en matière économique. Il s'agit le plus souvent de lois parlementaires, mais aussi parfois d'ordonnances.

→ Les lois

Divers textes adoptés par le Parlement sont revêtus de la force juridique législative et justifient l'adoption de dispositions réglementaires.

► **Les lois d'orientation** fixent les **principes directeurs** que les règlements de l'exécutif doivent mettre en œuvre. On peut mentionner les lois sur le secteur agricole (loi du 5 août 1960, loi du 16 janvier 1962, loi du 4 juillet 1980, loi du 9 juillet 1999, loi du 6 janvier 2006), foncier (loi du 30 décembre 1967, loi du 30 décembre 1975), commercial et artisanal (loi du 27 décembre 1973), l'administration territoriale de la République (loi du 6 février 1992) ou l'aménagement et le développement du territoire (loi du 4 février 1995, loi du 25 juin 1999).

► **Les lois de programmation à caractère économique, social ou environnemental**, qui se sont substituées aux anciennes lois de programme, définissent des **objectifs à moyen ou long terme** associés à des prévisions de dépenses permettant de les atteindre (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Elles s'inscrivent dans le cadre des **orientations pluriannuelles des finances publiques**.

► **Les lois de plan**. La politique de planification nationale conduite de 1947 à 1992 nécessitait l'adoption de **lois de plan**. Bien que le plan pluriannuel soit resté un document indicatif annexé à la loi, le Conseil constitutionnel avait estimé que son contenu portait bien sur des matières réservées à la loi (CC, déc. n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Rec.* 52).

► **Les lois de finances**, de l'année ou rectificatives, mettent en évidence les priorités de l'État en matière économique et sociale. Elles révèlent les choix budgétaires, fiscaux ou monétaires. Elles sont désormais adoptées selon la procédure fixée par la loi organique du 1^{er} août 2001 (LOLF).

► **Les lois de financement de la sécurité sociale** (loi constitutionnelle du 22 février 1996) permettent au Parlement de se prononcer sur les conditions générales de l'équilibre financier de la sécurité sociale et de fixer les objectifs de dépenses (art. 47-1 de la Constitution).

► **Les lois ordinaires** sont aujourd'hui de plus en plus nombreuses, qu'il s'agisse de répondre aux exigences européennes, d'organiser des secteurs économiques ou de satisfaire des nécessités plus ponctuelles.

- On peut citer quelques **grands textes économiques** : la loi du 22 juin 1967 sur la participation des travailleurs aux fruits de l'expansion, la loi du 11 juillet 1975 sur le remembrement rural, la loi du 23 décembre 1992 sur le tourisme, la loi du 18 novembre 1997 sur la pêche et les cultures marines, la loi du 10 février 2007 sur la modernisation et le développement du service public de l'électricité, la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie ou la loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.
- Les politiques successives d'extension, puis de réduction du secteur public ont donné lieu à d'importantes **lois de nationalisation** (11 février 1982) **ou de privatisation** (2 juillet 1986, 6 août 1986, 19 juillet 1993). Ces dernières années, le législateur a multiplié les textes permettant l'ouverture du capital de certaines entreprises publiques aux actionnaires privés, qui ont pu y devenir majoritaires (GDF).
- La **régulation des activités économiques** était déjà présente dans la loi du 19 juillet 1977 relative aux concentrations économiques, mais c'est au cours des années 1990 que le législateur s'est davantage préoccupé de la transparence dans les relations économiques, en cherchant à favoriser la concurrence et à freiner la corruption en matière de marchés publics ou de délégations de service public (lois du 29 janvier 1993, du 8 février 1995, du 27 février 1998). Une loi relative aux nouvelles régulations économiques a été adoptée le 15 mai 2001, suivie d'une loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008. Le développement de la concurrence dans le cadre européen a justifié l'adoption de textes sur le secteur financier et bancaire (loi du 1^{er} août 2003 sur la sécurité financière, loi du 22 octobre 2010 sur la régulation bancaire et financière).
- Le développement de la déréglementation intracommunautaire explique de nombreuses **lois de transposition des directives européennes** pour l'ouverture à la concurrence de certaines activités de service public, comme le secteur aérien, les transports, les télécommunications, la poste, l'électricité ou le gaz.

► Enfin, depuis la loi constitutionnelle du 28 mars 2003, la loi ou le règlement peuvent déroger « à titre expérimental et pour un objet et une durée limitée aux dispositions législatives ou réglementaires qui régissent l'exercice de leurs compétences » (art. 72.4 de la Constitution).

→ Les ordonnances

La Constitution de 1958 autorise l'adoption de divers types d'ordonnances, qui n'ont généralement valeur législative qu'après ratification parlementaire.

► **L'article 92**, aujourd'hui abrogé, a permis au début de la V^e République de prendre rapidement des mesures législatives pour la mise en place des institutions grâce à des ordonnances ayant immédiatement force de loi. Un tel texte, à valeur organique, a été adopté le 29 décembre 1958 à propos du Conseil économique et social. La Constitution prévoit d'autres types d'ordonnances : les ordonnances de l'**article 38** après habilitation parlementaire, les ordonnances de l'**article 47** en matière budgétaire, les ordonnances de l'**article 47-1** relatives au financement de la sécurité sociale (depuis 1996), les ordonnances de l'**article 74-1** permettant l'adaptation des dispositions législatives en vigueur des régions et départements d'outre-mer à l'organisation particulière de la collectivité intéressée (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), sans oublier les ordonnances de l'**article 11** sur autorisation référendaire. Les **ordonnances de l'article 38** permettent au Gouvernement d'intervenir dans le domaine de la loi pour des raisons diverses. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 impose cependant une **ratification parlementaire expresse** des textes pris par l'exécutif (art. 38.2).

► Les ordonnances permettent aux parlementaires d'éviter d'assumer des **mesures impopulaires**, ou de prendre des **mesures urgentes**, surtout lorsqu'elles sont commandées par les lendemains d'une alternance politique. Les exemples sont nombreux. L'ordonnance du 7 janvier 1959 sur la défense donnait déjà des compétences au gouvernement dans l'organisation de l'économie. Trois ordonnances sur la sécurité sociale ont été prises en application de la loi du 25 juin 1967. L'ordonnance du 17 août 1967 a étendu la participation des travailleurs aux fruits de l'expansion. La semaine de trente-neuf heures, la cinquième semaine de congés payés et la retraite à soixante ans résultent de la loi du 6 janvier 1982 ayant habilité le gouvernement à intervenir dans le domaine social. L'ordonnance du 2 juillet 1986 a lancé la politique de libéralisation et de privatisation de l'économie. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a défini la liberté des prix et de la concurrence. L'ordonnance du 6 juin 2005 a transformé le droit des marchés publics.

Les ordonnances sont également utilisées depuis longtemps pour **adapter le droit français au droit communautaire** (14 décembre 1964, 16 juillet 1966, 26 décembre 1969). On constate même, ces dernières années, une certaine banalisation de cette technique de transposition, sans qu'il s'agisse généralement de réagir à l'urgence. Des lois d'habilitation du gouvernement à intervenir dans le domaine législatif peuvent parfois concerner des dizaines d'ordonnances (loi du 3 janvier 2001).

3. Les actes administratifs

Dès lors que le domaine de la loi est relativement restreint, les actes réglementaires ne peuvent qu'être nombreux ; les actes individuels ne le sont pas moins.

De surcroît, les actes ne faisant pas grief, donc insusceptibles de recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif, se sont multipliés en matière économique, tout particulièrement sous la forme de directives.

→ Les actes réglementaires

Une série d'autorités publiques peuvent prendre des actes réglementaires à portée économique.

► Le **domaine du règlement** dépend de la combinaison des articles 21 et 37 de la Constitution. L'**article 21** se réfère à l'exécution des lois, mais l'**article 37** semble fixer un **domaine réglementaire autonome**. Le Conseil constitutionnel a toutefois jugé qu'il ne suffisait pas qu'un règlement intervienne dans le domaine de la loi (ou une loi dans le domaine du règlement) pour être illégal(e) (CC, déc. n° 82-143 DC du 30 juillet 1982, *Rec.* 57) : il faut, en effet, qu'une autorité compétente le constate. Or, jusqu'à la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, seul le gouvernement avait la faculté de soulever l'irrecevabilité des amendements d'origine parlementaire portant sur le domaine réglementaire. Il pouvait, s'il le souhaitait, laisser entrer des dispositions réglementaires dans le domaine de la loi, sous réserve d'une saisine du Conseil constitutionnel par le président de l'assemblée considérée. Le président de l'assemblée peut désormais soulever directement l'irrecevabilité, comme le gouvernement (art. 41 de la Constitution).

De nombreux **règlements d'application des lois** connaissent des conséquences économiques. Si la loi fixe les règles « concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (art. 34 de la Constitution), il n'en est pas moins possible au gouvernement d'apporter des restrictions, notamment à la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, *Rec.* 570). La création de catégories d'établissements publics relève de la loi, mais un décret suffit pour créer un établissement public au sein d'une catégorie préexistante. Le législateur se prononce aussi sur les nationalisations ou les privatisations d'entreprises, tout en laissant le règlement en fixer les modalités. Les **autorités publiques habilitées à prendre des règlements** se sont multipliées depuis le début de la V^e République.

► En principe, le **pouvoir réglementaire général** appartient seulement au **chef de l'État** (décrets délibérés en Conseil des ministres) et au **chef du Gouvernement** (décrets simples). Le **Conseil d'État** a cependant **bouleversé les principes jurisprudentiels traditionnels**. Il a, certes, confirmé que le président de la République pouvait faire inscrire un projet de décret à l'ordre du jour du Conseil des ministres par prescription constitutionnelle ou législative (règlements d'application des lois), mais il lui a reconnu également la possibilité de le faire par simple désir personnel (CE, Ass., 10 septembre 1992, *Meyet*, *Rec.* 328). Tous ces actes sont désormais

considérés comme des décrets présidentiels. Cette jurisprudence peut permettre à l'Élysée d'accroître son influence sur la réglementation économique au détriment de Matignon, du moins dans l'hypothèse où le Premier ministre est bien disposé envers celui qui l'a nommé et accepte de contresigner les décrets. En outre, le Conseil d'État considère que les décrets du Président non délibérés en Conseil des ministres restent valides, bien qu'aucune disposition de la Constitution ne prévoit cette éventualité, à condition qu'ils soient contresignés par le Premier ministre, qui est donc considéré en être l'auteur effectif (CE, 27 avril 1962, *Sicard*, *Rec.* 279).

- Les **membres du gouvernement** n'ont pas de pouvoir réglementaire, sauf pour organiser leurs services ou en cas d'habilitation expresse par la loi (CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, *Rec.* 172). Le ministre des Transports dispose ainsi de la police des transports depuis 1846, et le ministre de l'Industrie peut prendre des mesures de maîtrise de l'énergie (loi du 29 octobre 1974).
- Les **autorités locales décentralisées ou déconcentrées** ont vu leurs pouvoirs s'élargir dans le domaine réglementaire avec la politique de décentralisation initiée par la loi du 2 mars 1982 sur les droits et libertés des collectivités locales. Les conseils régionaux, généraux (départementaux depuis la loi du 17 mai 2013) ou municipaux, leurs exécutifs, les préfets de région ou de département, sont auteurs de nombreux actes réglementaires à objet économique.
- Une série d'**autorités administratives indépendantes** (Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Commission de régulation de l'énergie, Autorité de la concurrence) ou d'**autorités publiques indépendantes** (Autorité des marchés financiers, Autorité de régulation des activités ferroviaires, Conseil supérieur de l'audiovisuel) sont désormais dotées d'un pouvoir réglementaire délégué.
- Enfin, les **personnes morales de droit privé** peuvent recourir à des règlements si elles **participent au service public**. L'arrêt *Monpeurt* (CE, Ass., 31 juillet 1942, *Rec.* 239) reconnaissait déjà aux comités d'organisation et de production industrielle, sans les qualifier de personnes publiques – ni privées, du reste –, la faculté de prendre des actes administratifs unilatéraux. Finalement, les groupements de lutte contre les hannetons, ennemis des cultures, qualifiés expressément d'établissements privés, se sont vu reconnaître les mêmes facultés (CE, sect., 13 janvier 1961, *Magnier*, *Rec.* 33). Aujourd'hui, des fédérations sportives, des sociétés d'économie mixte et de nombreuses autres personnes privées disposent dans le cadre de leur participation au service public de prérogatives de puissance publique parmi lesquelles celle d'exercer un certain pouvoir réglementaire délégué.

→ Les actes ne faisant pas grief

Ces actes ont des appellations diverses : circulaires, directives, instructions, recommandations, propositions, avis, notes, etc. N'étant pas censés modifier l'ordre juridique, ils ne peuvent être contestés par la voie du recours pour excès de pouvoir (REP).

► Ayant dénié aux ministres le pouvoir réglementaire, le Conseil d'État leur a reconnu un pouvoir de direction de leur service et de leurs agents par des **directives** (CE, sect., 7 février 1936, *Jamart*, Rec. 172). Elles sont obligatoirement **publiées** depuis la loi du 17 juillet 1978. Il s'agit d'édicter à leur intention des **principes selon lesquels les décisions individuelles** (demandes d'autorisation, d'octroi de primes ou de subventions, etc.) **pourront être prises** (CE, sect., 11 décembre 1970, *Crédit foncier de France*, Rec. 750). C'est un véritable **pouvoir d'orientation de l'action administrative** – un supérieur s'adresse à un subordonné afin de le guider dans ses choix futurs. L'existence d'une directive **ne dispense pas** les services de l'administration d'examiner au **cas par cas** les demandes des administrés, car il peut toujours y être dérogé en vertu de considérations d'intérêt général ou de circonstances particulières (CE, sect., 29 juin 1973, *Société Géa*, Rec. 453).

Les directives ne sont **pas de nature réglementaire** car elles n'ajoutent directement aucune règle à l'ordonnancement juridique. Elles **échappent** donc au **recours pour excès de pouvoir**. Elles sont néanmoins susceptibles de servir de fondement à des actes intermédiaires, et sont donc opposables aux administrés. À l'occasion d'un recours contre un acte administratif unilatéral, elles sont quelquefois contrôlées par le juge administratif par voie d'exception.

L'**intervention économique** des pouvoirs publics **par des mesures incitatives** justifie de **nombreuses directives** dans le secteur immobilier, l'amélioration de l'habitat ou les travaux d'économie d'énergie, mais également dans le domaine de la justice, du service public pénitentiaire, de l'urbanisme ou de l'aménagement du territoire. Un ministre peut, par exemple, recommander aux autorités préfectorales de veiller au bon emploi des fonds publics dans leur action de coordination des investissements publics et des investissements locaux en faveur du secteur privé (CE, 14 décembre 1988, *S.A. Gibert Marine*, Rec. 444).

► En général, les **circulaires** contiennent des recommandations ou des explications adressées par les chefs de service à leurs personnels relatives aux conditions d'application des législations et des réglementations. Le Conseil d'État a d'abord distingué les circulaires **interprétatives** et les circulaires dites **réglementaires** (CE, Ass., 29 janvier 1954, *Institution Notre-Dame du Kreisker*, Rec. 64). Mais, depuis quelques années, il oppose la circulaire **non impérative** à la circulaire **impérative** (CE, sect., 18 décembre 2002, *Duvignères*, Rec. 463). La première, qui n'apporte aucune nouvelle règle de droit, ne peut être attaquée directement. La seconde, qui

est en réalité une fausse circulaire, est un véritable acte réglementaire modifiant l'ordonnancement juridique, et dès lors susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

► Divers documents peuvent s'intituler **note, instruction, recommandation, proposition ou avis**. La distinction entre eux est quelquefois difficile à faire, car ils peuvent mêler des dispositions non impératives et des dispositions impératives. Le « pavillon » peut dissimuler une « marqueterie » composite (B. Tricot). En ce cas, c'est au juge administratif de vérifier si ces textes ne contiennent pas des dispositions réglementaires faisant grief dont il pourrait connaître au contentieux.

B – Les sources externes

La mondialisation a développé les engagements économiques. Le droit international et le droit de l'Union européenne constituent des sources de droit de plus en plus importantes. Leurs spécificités commandent de les examiner séparément.

1. Le droit international économique

Les engagements internationaux permettent la *régulation* des *échanges*, des *relations monétaires* et des *investissements*. Il faut aussi tenir compte des résolutions des organisations internationales, des coutumes internationales et des principes généraux posés par la Cour internationale de justice de La Haye. Le droit national est affecté par les engagements internationaux bilatéraux ou multilatéraux. Il existe un droit des *traités en forme solennelle* ratifiés par le Parlement et un droit des *accords en forme simplifiée* approuvés par l'exécutif (art. 55 de la Constitution). Nous nous limiterons au cas des traités régulièrement ratifiés pour préciser l'autorité du droit international sur le droit interne, et présenter quelques grandes organisations économiques ou financières.

→ Les principes généraux

L'*article 53 de la Constitution de 1958* donne la liste des traités en forme solennelle, qui ne peuvent être ratifiés qu'en vertu d'une loi. À côté des traités relatifs aux organisations internationales et des traités engageant les finances de l'État, il mentionne les *traités de commerce* permettant aux parties signataires de se consentir des avantages mutuels, notamment réduire les droits de douane dans leurs échanges, assouplir ou abolir les contingentements, réglementer le *dumping* ou encore s'entendre sur des politiques de subvention ou d'aide à l'exportation pour certains produits.

En droit international, un **traité** est **applicable** dans l'ordre interne *s'il est régulièrement ratifié, publié et appliqué par l'autre partie*. En général, il n'affecte pas immédiatement et directement la situation des individus et des personnes morales autres que l'État. Rares sont les règles immédiatement applicables (*self executing*), dont la simple adoption suffit à obliger les États à les faire respecter. Il existe surtout des règles qui n'entreront en vigueur qu'après un **acte d'intégration dans le droit national** pris par les autorités du pays concerné. Du reste, le Conseil d'État français estime qu'il ne suffit pas qu'un traité qualifie une norme de directement applicable pour qu'elle le soit effectivement : elle doit être aussi suffisamment précise.

► Les engagements internationaux font souvent référence aux **grands principes du droit international** susceptibles d'affecter le droit national.

- La **souveraineté économique des États**, dans les limites des traités signés, est reconnue par la Charte des droits et devoirs économiques des États du 14 décembre 1974. Chaque pays détient et exerce une souveraineté entière et permanente sur toutes ses richesses naturelles et ses activités économiques. Il les utilise et en dispose librement, pouvant aussi bien les nationaliser que les attribuer au secteur privé.
- Le **principe de territorialité** empêche un État d'édicter des mesures économiques qui atteindraient des personnes se trouvant hors du territoire national ; l'action étatique est bornée aux frontières. Un pays a néanmoins la possibilité de signer un traité avec un autre pays pour apporter des restrictions à cette règle. Mais, il ne peut pas prescrire, ou interdire, des activités sur la mer extraterritoriale ou l'espace extra-atmosphérique ; la convention de Genève du 29 avril 1958 sur le plateau continental accorde des droits d'exploration et d'exploitation aux États riverains.
- Enfin, le **principe d'égalité**, régulièrement mentionné dans les conventions internationales, est susceptible d'avoir des incidences sur les droits nationaux.

► Le **contrôle de l'application des traités** relève de la Cour internationale de justice, mais il dépend aussi des juridictions nationales qui ont la charge d'assurer le respect de la **primauté des traités sur les lois**. Ce principe est posé, en France, par l'article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958.

- Le **Conseil constitutionnel** considère qu'une loi contraire à un traité n'est pas nécessairement contraire à la Constitution (CC, déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, *Rec.* 19). Il opère donc, en principe, un **contrôle de constitutionnalité**, qui est une compétence d'attribution strictement définie, et non un contrôle de conventionnalité qui supposerait le contrôle de la loi par rapport au traité. Il estime que la **supériorité des engagements internationaux** présente un **caractère relatif et contingent**, qu'elle est liée au respect du principe de réciprocité et au

cadre limité de l'accord, alors que la loi interne est générale, absolue et définitive. Le Conseil constitutionnel *assouplit parfois cette attitude*. Il considère, par exemple, que si une loi a pour objet de restreindre le domaine d'application de l'article 55 de la Constitution, elle doit y être déclarée contraire (CC, déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Rec.* 135).

- C'est avant tout le **Conseil d'État** et la **Cour de cassation** qui sont susceptibles de faire respecter les normes internationales en leur donnant la préférence sur les normes nationales réglementaires, voire législatives. Un contrôle de conventionnalité peut intervenir à l'initiative de tout juge ordinaire à propos d'une loi ou d'un acte administratif. Il s'agit de vérifier s'il y a bien respect des engagements internationaux de la France. Depuis la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 qui a introduit un contrôle de constitutionnalité par voie d'exception à la procédure complexe (art. 61-1 de la Constitution), il faut tenir compte de la possibilité des justiciables de disposer par la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) d'un moyen supplémentaire d'action.
- Assimilant les traités internationaux à des actes de gouvernement, le **Conseil d'État** a longtemps *refusé de se livrer à leur interprétation* : il renvoyait celle-ci au ministre des Affaires étrangères (CE, Ass., 3 juillet 1931, *Karl et Toto Samé*, *Rec.* 727), et se considérait comme lié par l'interprétation donnée. Il est finalement revenu sur cette position en s'alignant sur la jurisprudence de la Cour de cassation (CE, 29 juin 1990, *Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés [GISTI]*, *Rec.* 171). Il accepte maintenant de procéder lui-même à l'interprétation, et si une demande d'interprétation est tout de même adressée au ministre, il ne s'estime pas soumis à la réponse de celui-ci.

→ Du GATT à l'OMC

Au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, un premier traité est adopté afin d'assurer à l'échelle internationale la liberté des échanges, la non-discrimination entre les agents économiques des États membres et le principe de réciprocité entre les parties. Mais, après des débuts prometteurs, les États conviennent finalement dans les années 1990 qu'une réforme s'impose.

- Le **General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)**, signé le 30 octobre 1947, entre en vigueur en 1948. Il s'appliquera pleinement jusqu'en 1994.
- Le GATT a pour objectif de généraliser la *clause de la nation la plus favorisée* selon laquelle dès lors qu'un État a consenti par un traité cette clause à un autre État, il doit à l'avenir lui appliquer tout régime plus favorable qu'il consentirait sur le même objet à un nouvel État bénéficiant à son tour de cette clause.

Ces dispositions s'appliquent surtout aux droits de douane, aux impositions sur les produits importés ou exportés, aux transferts internationaux de fonds.

- Des conférences périodiques organisées par le GATT ont permis de parvenir à des accords pour ***lutter contre le contingentement des importations***, le ***dumping*** (qui consiste à vendre des produits moins cher sur les marchés extérieurs que sur le marché national) ou ***encadrer les subventions et les aides à l'exportation***. Le GATT a néanmoins suscité des interrogations ou des critiques portant sur son aide effective au développement, et sa conception des subventions accordées par les États, notamment en matière agricole. Au début des années 1990, il a été décidé de le réformer, au prix de larges compromis entre les nombreux États qui en font désormais partie. Les États-Unis, par exemple, qui au début des négociations réclamaient une baisse de 70 % des subventions agricoles, ont ensuite accepté de réduire sensiblement leur objectif. Un accord a finalement été signé à Marrakech, le 15 avril 1994. Il conclut l'*Uruguay Round* et permet de mettre en place une nouvelle organisation internationale.

► **L'Organisation mondiale du commerce (OMC)** est une institution internationale permanente, devenue le lieu d'importantes négociations sur l'évolution des règles en matière de commerce depuis 1994.

- L'OMC ne cesse d'élargir son domaine d'action et son influence : **159 pays** en font déjà partie, dont la Chine (depuis 2001) et la Fédération de Russie (2012). Elle a vocation à rallier la plupart des États de la planète. Elle assure la tenue de réunions et de cycles de négociations commerciales. Son ***Organe de règlement des différends (ORD)*** encourage sa juridictionnalisation.
- L'OMC est pourtant aujourd'hui l'objet de nombreuses critiques ; son ***déficit de légitimité démocratique*** est souvent relevé, surtout parce qu'est privilégiée la prise de décision à l'unanimité. Certains de ses membres semblent même y avoir adhéré avant tout pour contester en son sein. La réunion de Seattle (1999) a révélé aussi l'action contestataire de groupes altermondialistes extérieurs à l'Organisation, opposés à la globalisation de l'économie. On peut cependant quelquefois parvenir à de vrais compromis au sein de l'OMC, notamment sur les aides agricoles, les échanges culturels ou la sécurité alimentaire. Lors de la réunion de Doha (2001), l'Organisation mondiale du commerce s'est engagée à faire bénéficier les pays les moins avancés (PMA) de l'accès aux marchés en franchise de droits, et à réduire les contingentements. Ce dernier cycle de négociations, qui devait renforcer ses prérogatives, s'est enlisé à Genève en 2008, en raison surtout de l'opposition des pays émergents à l'entrée massive de produits étrangers sur leurs marchés.

→ Le Fonds monétaire international (FMI)

Le FMI a été institué par les accords de Bretton Woods, en juillet 1944, afin de développer les échanges commerciaux grâce à la **stabilité des taux de change** et la **coopération monétaire internationale**. Il a d'abord fonctionné dans le cadre du *Gold Exchange Standard* établi en 1922. Chaque pays devait définir la valeur de sa monnaie par rapport à l'or ou au dollar (seule monnaie facilement convertible). Dans ce dispositif, le FMI était un **fonds mondial de stabilisation**, alimenté par les apports des pays membres, chargé d'accorder une aide financière temporaire aux États confrontés à des difficultés de balance des paiements.

Dès le 15 août 1971, le Président américain Richard Nixon a décidé de suspendre la convertibilité en or du dollar. La référence à l'or pour fixer la parité des monnaies a même été abandonnée en 1973. C'était l'entrée dans une ère de taux de change flottants. La mission de régulateur des marchés du FMI s'en est trouvée accrue. Le Fonds intervient désormais dans la **création** et la **circulation des liquidités internationales** en allouant aux États en difficulté des **droits de tirage spéciaux (DTS)**. Il s'agit d'une monnaie scripturale internationale, véritable instrument de réserve. En contrepartie des prêts du FMI, les États secourus doivent se soumettre à une **surveillance** de l'utilisation des ressources attribuées, sous risque de **sanctions** pouvant aller de la contrainte morale à la suspension de l'aide monétaire.

Le FMI est aujourd'hui confronté à l'**hétérogénéité des pays en voie de développement**. Depuis la conférence de Monterey (mars 2002), il a pour priorité de conduire les pays à faibles revenus à des politiques économiques avisées et à une bonne gestion des affaires publiques, et d'accroître le volume et l'efficacité de l'aide internationale en vue d'ouvrir les marchés étrangers à leurs exportations. Certains États ont réussi leur décollage économique (pays émergents), d'autres s'appauvrissent de plus en plus (pays les moins avancés). Aussi, le FMI fait-il constamment des choix ; il **privilégie certains pays** faisant preuve de leur capacité à réduire leur déficit, à développer une politique d'expansion et à créer de l'emploi. Depuis la **crise économique de 2008**, cette **attitude sélective** du Fonds est **de plus en plus contestée**. Il subit aussi la **concurrence du G20** qui est devenu un véritable organe d'impulsion et de coordination après le sommet de Washington de septembre 2008.

2. Le droit de l'Union européenne

Le **droit communautaire**, originaire ou dérivé, est une **source importante du droit public économique**. Ses règles, qui présentent des spécificités par rapport aux principes de droit international, notamment quant à la sanction, sont aujourd'hui fortement intégrées dans le droit originaire ou dérivé.

Le **droit communautaire originaire** repose sur les nombreux traités ratifiés par les États membres, principalement le traité de Paris du 18 avril 1951 sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), les traités de Rome du 25 mars 1957 créant la Communauté économique européenne (CEE) et la Communauté européenne de l'énergie atomique (CEEA ou Euratom), le traité de Bruxelles du 8 août 1965 sur la fusion des exécutifs CEE-CECA-Euratom, l'Acte unique des 17 et 28 février 1986, le traité sur l'Union européenne signé à Maastricht le 7 février 1992, le traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997, le traité de Nice du 26 février 2001 et le traité de Lisbonne du 13 décembre 2007.

En 2005, le « **traité constitutionnel européen** » n'a pas été ratifié par l'ensemble des États membres de l'Union européenne, suite aux référendums négatifs en France et aux Pays-Bas. Un « **traité modificatif** » est finalement signé à Lisbonne, le 13 décembre 2007. Il entre en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Trois ans plus tard, vingt-cinq des vingt-huit États membres de l'Union européenne s'accordent sous la forme intergouvernementale sur la convergence de leur union monétaire (Pacte budgétaire européen) dans le traité sur la Stabilité, la coordination et la gouvernance de l'Union économique et monétaire (TSCG) du 2 mars 2012, qui entre en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

Le droit communautaire dérivé se compose de divers actes, normatifs ou non : **règlements, décisions, directives, recommandations ou simples avis.**

→ Un droit spécifique

Le droit communautaire s'applique immédiatement dans tous les États membres de l'Union européenne.

Le traité de Rome du 25 mars 1957 ne mentionnait pas explicitement l'autonomie du droit européen, mais la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) s'est rapidement prononcée en faveur de l'**applicabilité directe** du **droit originaire**.

- Les traités sont créateurs de droits et d'obligations pour les États et les personnes morales ou physiques, à la seule condition que les normes se suffisent à elles-mêmes, qu'il n'y ait pas besoin d'actes complémentaires d'exécution (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, Rec. 3). Le principe d'applicabilité a eu des effets progressifs sur les traités : il a d'abord imposé aux États membres une obligation inconditionnelle de « ne pas faire », puis de « ne plus faire », enfin une « obligation de faire » ne laissant aucune liberté d'appréciation (CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil c/ Ministero del Commercio con l'estero*, Rec. 661).
- La Cour de justice a aussi précisé que l'ordre juridique communautaire instituait directement le **juge national** comme **juge naturel des normes communautaires directement applicables** dans les États membres (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c/ ENEL*, Rec. 1141).

Le **droit dérivé**, qu'il s'agisse de règlements communautaires ou de directives, bénéficie de l'**applicabilité directe selon des modalités spécifiques**.

- Les **règlements communautaires** sont **obligatoires** dans tous leurs éléments et directement applicables dans les États dès leur publication au *Journal Officiel de l'Union européenne (JOUE)*.
- Les **directives** ne sont obligatoires qu'en tant que **résultat à atteindre** ; les États conservent la liberté des moyens à mettre en œuvre pour les respecter. En l'absence d'une réglementation nationale de transposition, le Conseil d'État a longtemps considéré qu'un particulier ne pouvait pas s'en prévaloir devant lui (CE, Ass., 22 décembre 1978, *Ministre de l'Intérieur c/ Cohn-Bendit*, Rec. 524). Il retenait cependant la méconnaissance d'une directive communautaire par la réglementation nationale à l'appui d'un recours exercé contre une décision individuelle (CE, Ass., 6 février 1998, *Tête*, Rec. 30), et pouvait demander aux pouvoirs publics de prendre des règlements de transposition d'une directive (CE, Ass, 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, Rec. 44) ou de modifier ceux qui ne sont plus compatibles avec elle. Sa **jurisprudence** a récemment **évolué**. Il reconnaît désormais qu'une directive européenne, même non transposée dans le droit national, peut être invoquée par un justiciable (CE, Ass., 30 octobre 2009, *Perreux*, Rec. 408). Au demeurant, le Conseil d'État accepte toujours d'écarter l'application d'une disposition législative incompatible avec une directive antérieure si le délai de transposition est écoulé (CE, Ass, 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France* et *S.A. Philip Morris France*, Rec. 81).

→ Un droit sanctionné dans l'ordre interne

Le Conseil d'État a progressivement pris en compte l'**intégration croissante de l'ordre juridique interne** et de l'**ordre juridique européen**. Si l'atteinte à des droits ou libertés consacrés par la Constitution du 4 octobre 1958 a son origine dans un acte communautaire, et que ces droits et libertés sont aussi protégés par le droit de l'Union européenne, c'est au juge européen d'en assurer le respect à l'échelle de la Communauté ; mais s'il s'agit de droits ou libertés spécifiques au droit français, c'est au juge national d'en assurer lui-même le respect (CE, 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, Rec. 255). Des **problèmes d'interprétation** des normes communautaires ou de **contrariété** entre celles-ci et le droit national peuvent toutefois apparaître.

- Selon l'article 177 du traité CEE (devenu art. 267), la **Cour de justice** est compétente si une **interprétation du droit communautaire** est nécessaire pour résoudre un litige soumis au juge national. Sa saisine est obligatoire lorsque le juge interne doit statuer en dernier ressort, mais elle reste facultative en premier ressort.

Cette disposition a longtemps conduit à des divergences de jurisprudence entre les deux ordres juridictionnels français.

- La **Cour de cassation** a été la première à appliquer strictement l'article 177 (devenu art. 267), et à reconnaître la valeur normative des indications données par la Cour de justice (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes c/ Société « Cafés Jacques Vabre »*, D. 1975, 497).
- Le **Conseil d'État**, pour sa part, est resté longtemps réticent sur la compétence de la Cour de justice, en recourant à la théorie de l'**acte clair** : le renvoi à la Cour n'était envisagé que si son interprétation était nécessaire à la solution du litige, et à condition qu'il y ait une contestation sérieuse ; situation que le Conseil ne reconnut pour la première fois qu'au début des années 1970 (CE, 10 juillet 1970, *Synacomex*, Rec. 477).
- Il faut envisager aussi les contrariétés éventuelles entre le droit communautaire et les lois ou actes administratifs nationaux.
- Le **Conseil constitutionnel** ne contrôle pas la conformité des lois aux traités en vigueur (CC, déc. n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, Rec. 19). Il considère néanmoins qu'il appartient « aux divers organes de l'État [...] de veiller à l'application des conventions internationales dans le cadre de leurs compétences respectives » (CC, déc. n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, Rec. 135).
- Le **Conseil d'État** a toujours accepté d'écarter l'application d'une loi antérieure à un traité dès lors qu'elle lui était contraire. En revanche, il a longtemps refusé d'annuler les actes administratifs non conformes à un traité, mais conformes à une **loi nationale postérieure** ; la loi s'interposant en quelque sorte entre le traité et l'acte administratif (CE, sect., 1^{er} mars 1968, *Syndicat général des fabricants de semoules de France*, Rec. 149). Cette défense de la « loi écran » donna lieu à une regrettable divergence de jurisprudence avec la Cour de cassation, celle-ci ayant admis, dès les années 1970, le principe de la suprématie du droit communautaire sur la **loi antérieure ou postérieure** au traité (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Administration des Douanes c/ Société « Cafés Jacques Vabre »*, D. 1975, 497). Cette dernière solution était conforme à la position de la Cour de justice, pour qui le juge national est « tenu de laisser inappliquée » toute disposition législative, même postérieure, contraire à une règle de droit communautaire (CJCE, 9 mars 1978, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c/ Simmenthal*, Rec. 629).
- Le Conseil d'État a finalement tiré toutes les conséquences de l'article 55 de la Constitution dans l'**arrêt Nicolo (1989)**, en estimant que la supériorité du traité sur la loi constitue une habilitation implicite autorisant le juge administratif à écarter la loi contraire à un traité antérieur (CE, Ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, Rec. 190).

Désormais, la supériorité des *traités européens* sur les lois internes postérieures est clairement affirmée – même si, pour parvenir à ce résultat, le Conseil d'État s'appuie sur l'article 55 de la Constitution et non sur la primauté du droit communautaire comme l'avait fait précédemment la Cour de Cassation.

La **jurisprudence Nicolo** a été **étendue** aux **règlements** (CE, 24 septembre 1990, *Boisdet*, Rec. 250) et aux **directives** communautaires (CE, Ass, 28 février 1992, *S.A. Rothmans International France* et *S.A. Philip Morris France*, Rec. 81). Au demeurant, elle s'applique aussi à la Convention européenne des droits de l'homme (CE, Ass., 21 décembre 1990, *Confédération nationale des associations familiales catholiques*, Rec. 369) et au Pacte international des droits civils et politiques (CE, 23 octobre 1991, *Urdian Cirizar*, Rec. 347).

→ Un droit soumis à des principes généraux

Ces principes résultent avant tout du droit communautaire originaire ou dérivé, mais la **Cour de justice y contribue** également afin d'interpréter des règles écrites, voire d'éviter un déni de justice en cas de silence des textes. Ses décisions ont acquis une grande autorité dans la formation du droit et exercent une **fonction quasi normative** en raison de l'ampleur des motifs de certains arrêts, qui sont de véritables *corpus* de droit communautaire. Au reste, d'une part, en cas de renvoi préjudiciel, les arrêts ont une portée générale et s'imposent aux juges nationaux et, d'autre part, bien que les autres décisions de la CJUE n'aient que l'autorité relative de la chose jugée, celles qui relèvent du contentieux de l'annulation bénéficient de l'autorité absolue de la chose jugée.

► Les **principes** définis par la CJUE sont parfois **communs avec le droit international**, tels que le principe général d'interprétation (dit principe de l'*effet utile*), le principe de **bonne foi** ou le principe de **légalité**. Quelques-uns sont toutefois inapplicables, particulièrement celui selon lequel une violation substantielle d'un traité multilatéral autorise une partie atteinte à suspendre l'exécution du traité (principe de réciprocité). Dans l'Union européenne, les États ne peuvent se faire justice eux-mêmes.

La Cour a également dégagé des principes communs aux droits de la plupart des États, tels que l'**égalité des administrés devant la réglementation économique ou les garanties des droits individuels fondamentaux**.

Seuls quelques principes sont **propres à la Communauté** :

- La **libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux** n'a jamais cessé d'être étendue par les traités.
- La **libre concurrence** a impliqué la **non-discrimination** entre nationaux et ressortissants de la Communauté dans les procédés et les actions économiques. Ce prin-

cipe n'a de portée absolue que dans les domaines qui font l'objet d'une politique commune. Il a néanmoins permis de mettre fin à de nombreux monopoles nationaux, d'ouvrir largement à la concurrence de nombreux secteurs économiques, de refuser une politique publique systématique d'aide à l'économie.

- Enfin, le principe de *préférence communautaire* nécessite de protéger la Communauté de la concurrence internationale extérieure, bien que l'engagement des États membres au sein de l'OMC freine les possibilités de protectionnisme européen.

II. Les principes directeurs du droit public économique

L'intervention des pouvoirs publics dans l'économie nationale est soumise au respect de nombreux principes imposés par le droit national, international ou communautaire. Ils peuvent être spécifiques à la matière ou découler de principes généraux du droit public.

A– Les principes spécifiques au domaine économique

Le droit de propriété et la liberté du commerce et de l'industrie sont des *principes libéraux* qui encadrent et limitent l'intervention de la puissance publique.

1. Le droit de propriété

Proclamée comme un droit naturel, imprescriptible et sacré par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, la propriété a été mentionnée ensuite dans la plupart des constitutions françaises. Ce droit s'applique autant à la propriété foncière et immobilière qu'à la propriété mobilière (telles que les actions des sociétés), à la propriété corporelle qu'à la propriété incorporelle (marques de fabrique), à la propriété littéraire ou artistique qu'à la propriété industrielle (brevets). Sa reconnaissance n'a pas empêché d'en fixer les limites.

→ La valeur du principe

À propos des nationalisations de 1982, le Conseil constitutionnel a donné pleine valeur constitutionnelle au droit de propriété, dont il a reconnu le « **caractère fondamental** » et fait de sa conservation « **l'un des buts de la société politique** », qui doit être mis au même rang que la liberté, la sûreté ou la résistance à l'oppression (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18).

Le Conseil constitutionnel a étendu à la **propriété publique** les principes reconnus à la propriété privée, aussi bien pour l'État que pour les autres personnes publiques (CC, déc. n° 86-207 DC du 25-26 juin 1986, *Rec.* 61). Il a assuré le contrôle des mouvements successifs de nationalisation (1981) et de privatisation (1986, 1993), confirmant que la propriété ne concerne pas seulement les personnes physiques ou morales de droit privé : les personnes publiques disposent aussi de patrimoines, qu'ils appartiennent au domaine public ou au domaine privé.

Le traité de Rome du 25 mars 1957 n'instituait pas la protection générale du droit de propriété, mais seulement de certains aspects, notamment industriels et commerciaux (art. 36). La **Cour de justice** en a pourtant fait un **principe général du droit communautaire** (CJCE, 5 octobre 1994, *RFA c/ Commission*, *Rec.* I-4701). Au demeurant, le protocole additionnel n° 1 de la **Convention européenne des droits de l'homme** fait référence au **respect des biens acquis** par toute personne physique ou morale, et ajoute que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international » (art. 1^{er}). La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé ces principes (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*, aff. 2/1978/25/40).

→ Les limitations au principe

Elles résultent de dispositions constitutionnelles, mais aussi législatives ou réglementaires.

Les **textes constitutionnels** apportent des restrictions au droit de propriété.

- La Déclaration du 26 août 1789 n'accepte l'**expropriation** que si elle est justifiée par la nécessité publique, légalement constatée, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité (art. 17).
- Le préambule du 27 octobre 1946 indique que : « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. » (al. 9).

Le Conseil constitutionnel a même précisé que le **droit de nationaliser** ne se limite pas aux hypothèses rappelées dans le préambule de 1946, à condition que la « nécessité publique l'exige évidemment ». Il se réserve cependant de s'assurer que le législateur ne commet pas sur ce point une erreur manifeste d'appréciation (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18).

Le droit de propriété peut également être limité par la **loi** ou le **règlement**.

- De nombreux articles du Code de l'urbanisme **restreignent la libre disposition ou le libre usage** de la propriété privée (densité des constructions, occupation des

sols, zonage, emplacements réservés). Les **servitudes** n'entraînent aucun droit à indemnité (art. L. 160.5).

- La **réquisition** par l'administration de **logements vacants ou insuffisamment occupés** est possible (ordonnance du 11 octobre 1945, loi d'orientation de lutte contre les exclusions du 29 juillet 1998). Le Conseil constitutionnel a même considéré que le droit au logement décent pouvait entraîner le droit au maintien dans les lieux (CC, déc. n° 94-359 DC du 19 janvier 1995, *Rec.* 176). Depuis, la loi du 5 mars 2007, il a été institué un **droit opposable au logement** en faveur de toute personne qui, résidant en France de façon stable et régulière, n'est pas en mesure d'accéder à un logement décent ou de s'y maintenir.
- Enfin, en **droit foncier**, la procédure réglementaire d'alignement, qui fixe la limite du domaine public routier par rapport aux propriétés riveraines, permet des empiètements sur les propriétés riveraines ; les opérations de remembrement urbain ou rural ont le même effet.

2. La liberté du commerce et de l'industrie

Cette liberté ne figure pas explicitement dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Elle découle du **décret d'Allarde** des 2 et 17 mars 1791, rédigé dans une perspective strictement fiscale, et surtout de la **loi Le Chapelier** des 14 et 17 juin 1791 qui supprimait les corporations ; ce dernier texte a été en partie abrogé par la loi du 21 mars 1884 légalisant les syndicats, mais les dispositions qui consacraient la liberté d'entreprendre sont restées en vigueur.

→ La valeur du principe

En 1951, le **Conseil d'État** a estimé que le maire de Montauban avait eu tort de soumettre à autorisation préalable l'activité de photographe filmeur et de lui imposer des conditions restrictives. Cette profession n'étant pas réglementée par la loi, le maire pouvait intervenir pour éviter les inconvénients de cette activité pour la sécurité et l'ordre public, mais sans « porter atteinte à la **liberté du commerce et de l'industrie garantie par la loi** » (CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, *Rec.* 362).

La haute juridiction a également jugé que cette liberté était une **liberté publique** placée par l'article 34 de la Constitution sous la protection du législateur, qui peut déterminer les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercer (CE, sect., 28 octobre 1960, *Martial de Laboulaye*, *Rec.* 570).

Le **Conseil constitutionnel** a reconnu la **valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre** à propos des nationalisations décidées en 1982 (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18). Il n'a toutefois pas constitutionnalisé expressément les

deux aspects de la liberté du commerce et de l'industrie : la liberté d'établissement et la liberté d'exercer des activités.

→ Les limitations au principe

Elles sont **nombreuses** et **parfois anciennes**, qu'elles aient été posées par le Parlement, le Gouvernement, ou rappelées par le Conseil d'État.

- Il peut s'agir d'**interdictions totales d'exercer certaines activités**, avec des sanctions pénales éventuelles, par exemple en matière de proxénétisme ou de trafic de stupéfiants. L'État jouit également de prérogatives politiques traditionnelles, notamment en matière monétaire – sous réserve des compétences de la Banque centrale européenne (BCE).
- La loi soumet à **autorisation de nombreuses activités**, qu'il s'agisse de l'ouverture de cliniques privées ou de débits de boissons. Elle consent des **occupations privées du domaine public** (kiosques, terrasses de café), ou impose des **règles d'accès à certaines professions** (avocat, médecin, expert-comptable).

Mis à part les cas évoqués ci-dessus, où les restrictions sont justifiées par l'intérêt public ou les exigences de l'ordre public, les atteintes à la concurrence sont **combattues par le droit européen**. Les monopoles commerciaux ont disparu, ou ont été aménagés afin de respecter les principes européens (tabac, alcool, potasse, poudres, papier de presse, produits pétroliers, transports, télécommunications, gaz, électricité). Il faut désormais organiser une concurrence entre la route, le rail et l'aviation, comme entre le gaz, le fioul ou l'énergie solaire. Il est nécessaire également d'assurer la **dissociation des fonctions économiques**, entre la réglementation et la régulation ou l'exploitation et la commercialisation (CJCE, 13 décembre 1991, *RTT*, Rec. I-5941). L'exercice de la plupart des activités économiques est réservé en priorité au secteur privé ; le **secteur public** ne doit avoir qu'une **intervention subsidiaire**.

- Les atteintes à la concurrence du secteur public ne peuvent qu'être exceptionnelles. Les **services publics administratifs** ne doivent pas porter atteinte à la liberté du commerce par une activité commerçante : le service des poudres ne peut pas fabriquer et vendre au public des cartouches de chasse (CE, sect., 13 novembre 1953, *Chambre syndicale des industries et du commerce des armes, munitions et articles de chasse*, Rec. 487). Ces interdictions de principe sont atténuées si la production et la vente interviennent au sein de l'administration (CE, 29 avril 1970, *Société Unipain*, Rec. 280).
- Le Conseil d'État, dans le cadre de sa jurisprudence sur le socialisme municipal, a admis la légalité des **interventions économiques locales** « lorsqu'en raison de circonstances particulières de temps et de lieu un intérêt public justifie leur intervention » (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de*

Nevers, Rec. 583). Il a assoupli récemment cette position en s'appuyant seulement sur l'intérêt public (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Rec. 272).

B – Les principes généraux du droit public

Les principes d'égalité, de légalité et de non-rétroactivité des actes administratifs, sans être spécifiques au droit public économique, ont subi des adaptations à l'occasion de contentieux le concernant.

1. L'égalité

En *droit communautaire*, la question de l'égalité est envisagée dans le cadre du **principe de non-discrimination** défendu dès le traité de Rome (1957). La Cour de justice précise que les personnes protégées doivent « être traitées sur un pied d'égalité » (CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, Rec. 1219). En droit interne, l'égalité est affirmée dès le 1^{er} article de la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789** : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. » Ce **principe abstrait d'égalité** implique en priorité l'**égalité devant la loi**, qui « doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » (art. 6), mais aussi l'**égalité devant le service public**. Mais, si les personnes physiques ou morales doivent être traitées conformément à la loi, il n'est pas obligatoire de les considérer de manière identique, des différenciations restent possibles.

→ La valeur du principe

Les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel ont donné un contenu concret à l'égalité abstraite prônée par les révolutionnaires de 1789.

► Le **Conseil d'État** fait depuis longtemps de l'**égalité devant la loi** un **principe général du droit**. Il défend à la fois l'égalité de traitement entre les usagers d'un même service public (CE, 29 novembre 1911, *Chomel*, Rec. 1265) et l'égalité qui doit régir le fonctionnement des services publics (CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*, Rec. 151), qu'il s'agisse de services publics administratifs ou de services publics industriels et commerciaux.

► Le **Conseil constitutionnel** mentionne régulièrement l'**« égalité devant la loi »** ou le **« principe constitutionnel d'égalité »**, mais sans toujours se référer à des textes précis (CC, déc. n° 73-51 DC du 27 décembre 1973, Rec. 25). C'est plutôt regrettable, car il y a une différence sensible entre le respect de l'égalité « dans » la loi par le législateur et l'affirmation par le Conseil de l'égalité « devant » la loi.

Dans la première hypothèse, l'égalité doit être respectée par le Parlement lorsqu'il élabore la loi, alors que dans le second cas, le Conseil pose les bases d'un contrôle largement subjectif du contenu de celle-ci.

Le Conseil constitutionnel a déjà visé l'égalité devant la justice, les charges publiques, la loi pénale, l'impôt, le suffrage ou l'admission aux emplois publics. Même si aucune décision ne s'appuie explicitement sur l'égalité devant le service public, il faut constater que ces « principes gigognes » tirés de l'égalité devant la loi sont de plus en plus appliqués à tous les services publics, notamment économiques.

→ Les différenciations autorisées

Elles découlent de la jurisprudence constitutionnelle ou administrative.

► À propos de la loi de nationalisation de 1982, le **Conseil constitutionnel** a considéré que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce qu'une loi établisse des ***règles non identiques à l'égard de catégories de personnes se trouvant dans des situations différentes*** (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18).

► De son côté, le **Conseil d'État** a affirmé que des différenciations dans le traitement des usagers d'un même service public pouvaient se justifier sans qu'il y ait pour autant rupture de l'égalité. Il a accepté une ***discrimination*** tarifaire en matière de transport par bac entre La Rochelle et l'île de Ré, ***en raison d'une différence de situation appréciable*** entre les habitants permanents de l'île et ceux du continent, justifiant ainsi des tarifs réduits au profit des premiers (CE, 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques*, *Rec.* 274). Ces discriminations sont aujourd'hui courantes, de nombreux services publics peuvent y recourir en raison de conditions spécifiques d'exploitation.

2. La légalité

L'ensemble des normes applicables à un moment donné permet d'appréhender la légalité. Mais, un grand nombre d'actes administratifs ne sont cependant pas normatifs en eux-mêmes, tels que les circulaires, les directives, les recommandations, les avis ou les communiqués. En matière économique, on constate un ***large pouvoir d'appréciation des pouvoirs publics*** dans la mesure où les buts de l'action publique sont fixés de manière imprécise par le législateur, particulièrement lorsque celui-ci fait référence à la défense des intérêts nationaux ; les règlements peuvent aussi attribuer à l'autorité administrative une large faculté d'appréciation de l'opportunité de son intervention. Il n'est donc pas surprenant que le contentieux économique du Conseil d'État ait permis l'adaptation de nombreuses règles de légalité.

→ Le contrôle restreint de l'excès de pouvoir

À l'occasion du **recours pour excès de pouvoir (REP)**, le juge a progressivement distingué à côté du **contrôle normal de la qualification juridique des faits**, un **contrôle restreint** visant à sanctionner l'erreur manifeste d'appréciation et un **contrôle étendu** aboutissant à faire le **bilan** entre les **avantages** et les **inconvénients** d'une décision administrative.

Lorsque l'État intervient en matière économique et financière par le biais de mesures d'agrément ou d'incitation fiscale, ses décisions revêtent souvent un **caractère subjectif**. Dès lors, le Conseil d'État a souvent validé au fond les décisions économiques des pouvoirs publics centraux ou déconcentrés sans trop s'y attarder, surtout si elles avaient une **grande technicité**. Sans cesser de reconnaître un **large pouvoir discrétionnaire de l'administration**, le Conseil a pourtant progressivement développé une jurisprudence du contrôle de l'**erreur manifeste d'appréciation dans la qualification juridique des faits**, notamment à l'occasion de litiges relatifs à l'octroi d'autorisations ou d'avantages.

L'administration doit toujours faire connaître au juge avec un certain détail les « **raisons de droit et de fait** » qui ont guidé sa décision (CE, 26 janvier 1968, *Société Maison Genestal*, Rec. 62). Le contrôle juridictionnel ne descend jamais au-dessous d'un certain minimum, même lorsque la décision litigieuse a été prise par l'administration dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire. Dans le domaine économique, le contrôle peut porter, par exemple, sur la définition des limites de l'aire de production d'un vin à appellation contrôlée (CE, 2 mars 1979, *INAO c/ Roussot*, Rec. 90). Ce contrôle restreint a été étendu hors du secteur économique, notamment à l'expulsion d'étrangers (CE, Ass., 2 novembre 1973, S.A. « *Librairie François Maspero* », Rec. 611) ou à l'appréciation par un jury de la valeur des prestations d'un candidat (CE, 20 mars 1987, *Cambus*, Rec. 100).

→ La théorie du bilan coûts-avantages

Cette **méthode contentieuse** permet au Conseil d'État d'imposer aux pouvoirs publics une sorte de principe de **proportionnalité**, en vérifiant si les **décisions** de l'administration sont **adaptées au but visé**.

Dès le début des années 1970, il a été jugé qu'une opération d'urbanisme ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que « si les atteintes à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordre social qu'elle comporte ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente » (CE, Ass., 28 mai 1971, *Ministre de l'Équipement et du Logement c/ « Ville Nouvelle Est »*, Rec. 409). À cette occasion, le Conseil d'État s'est néanmoins limité à un **contrôle in abstracto de l'intérêt public**, alors qu'il pratiquait un **contrôle in concreto des atteintes aux intérêts privés**. Il a fait de même à propos de l'extension de camps militaires ou

de la construction d'équipements sportifs. Mais il a parfois procédé par la suite, exceptionnellement, à un examen plus approfondi de l'existence de l'intérêt public, particulièrement à l'occasion de l'extension d'un aéroport (CE, sect., 20 octobre 1973, *Grassin, Rec.* 598).

La jurisprudence sur le bilan coûts-avantages conduit le Conseil d'État à **frôler le contrôle d'opportunité** des décisions administratives, au risque de devenir « un juge qui administre ». Mais, le plus souvent, ce n'est que l'occasion d'encourager la rationalité des décisions de la puissance publique.

3. La non-rétroactivité

La rétroactivité consiste à appliquer au passé une mesure nouvelle, donc à affecter des situations révolues. Or, il est en principe interdit de faire produire à un acte en matière administrative des effets à une date antérieure à son entrée en vigueur. **Deux règles** en découlent : la **non-application dans le passé d'une mesure nouvelle** et la **non-application d'une mesure nouvelle dans l'avenir à une situation juridique constituée dans le passé**. Il n'en existe pas moins **des exceptions**.

→ La valeur du principe

La non-rétroactivité, qui figure dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, a donné lieu à des jurisprudences fournies du Conseil d'État. La **Déclaration du 26 août 1789** ne vise la **non-rétroactivité qu'en matière pénale** : « Nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (art. 8) » On en déduit généralement que les lois pénales ne peuvent être rétroactives que lorsqu'elles sont considérées comme « plus douces », plus favorables à ceux à qui elles sont susceptibles de s'appliquer. De son côté, le Code civil précise que « la loi ne dispose que pour l'avenir [et] n'a point d'effet rétroactif » (art. 2), mais cette disposition n'a **pas de portée constitutionnelle**, mais seulement législative. Autant dire que le **législateur** n'est **limité** par le principe de non-rétroactivité que **pour fixer des sanctions pénales**.

Le **Conseil d'État** a précisé que la non-rétroactivité est un **principe général du droit en matière administrative** (CE, Ass., 25 juin 1948, *Société du journal « L'Aurore », Rec.* 289) : un arrêté du 30 décembre 1947 avait majoré le prix de vente de l'électricité pour toutes les consommations figurant dans le premier relevé postérieur au 1^{er} janvier 1948 ; il était donc, à tort, rétroactif pour les consommations de 1947. Le juge donne la même valeur au **principe de sécurité juridique**, qui justifie l'obligation d'édicter des mesures transitoires impliquées par une réglementation nouvelle (CE, Ass., 24 mars 2006, *Société KPGM, Rec.* 154).

→ L'atténuation du principe

Le Parlement ou le Conseil d'État ont apporté quelques assouplissements à la non-rétroactivité des actes administratifs.

Le **législateur écarte parfois la non-rétroactivité** en matière économique. Ainsi, la loi du 29 décembre 1977 relative aux prix précisait : « Est réputée non écrite toute clause d'un contrat à exécution successive [...] prévoyant la prise en compte d'une variation de l'indice supérieure à la durée s'écoulant entre chaque révision [...] Cette disposition est applicable aux conventions conclues avant la publication de la présente loi. »

Si le **Conseil d'État** veille au **respect du principe** de non-rétroactivité lorsque les situations juridiques en question sont cristallisées à la date d'intervention de l'acte, par exemple lors de la notification de la décision de révocation d'un fonctionnaire, il n'hésite pas à **assouplir la règle** à propos de la réglementation des campagnes de production qui se composent d'opérations techniques ou économiques liées entre elles et commandées par la nature des choses. Il applique ainsi rétroactivement une mesure adoptée au cours d'une campagne de pêche au thon pour assurer l'unité de la campagne (CE, Ass., 21 octobre 1966, *Société Graciet*, Rec. 560).

Le secteur public industriel et commercial

L'intervention économique des pouvoirs publics dépend de moins en moins du secteur public. Un certain nombre de personnes morales de droit privé y sont désormais associées. Mais il n'en a pas toujours été ainsi : l'État et les collectivités locales ont longtemps recouru, et continuent de recourir, à la gestion publique ou privée de missions de service public, et parfois d'activités qui en sont assez éloignées.

I. La diversité du secteur public

Longtemps sans véritable définition donnée par le législateur français, l'entreprise publique n'est toujours pas une catégorie juridique homogène. Elle reste néanmoins une expression commode qui s'applique à des entités susceptibles de revêtir diverses formes juridiques.

A – La notion d'entreprise publique

Aborder les entreprises publiques nécessite de les définir et de les qualifier, avant de présenter les contrôles dont elles sont l'objet.

1. La définition de l'entreprise publique

Sous la pression du droit européen, la France s'est résolue à intégrer une définition de l'entreprise publique dans sa législation en 2004. En effet, le droit communautaire originaire avait déjà utilisé l'expression dès le traité de Rome (1957), sans guère la définir, mais le droit dérivé, les institutions européennes et la Cour de justice lui avaient fourni des contours plus précis.

→ Le droit national

L'expression « **entreprise publique** » apparaît pour la première fois dans l'*Inventaire de la situation financière de l'État* élaboré à la demande du ministre des Finances, Robert Schuman, en 1946. On ne se référait auparavant qu'aux « *entreprises nationalisées* ». Par la suite, le législateur, le Conseil d'État ou le Conseil constitutionnel (à partir de 1958) n'ont pourtant pas élaboré une notion spécifique pendant près d'une soixantaine d'années. Ils ont seulement pris l'habitude de se référer à une **expression générique**, ou à quelques caractéristiques communes à certains organismes. Il a fallu attendre l'**ordonnance du 7 juin 2004** pour que le droit se clarifie.

► On relève de modestes apports de la loi et du règlement à la notion d'entreprise publique entre 1946 et 2004

- La loi du 6 février 1948, qui crée la **Commission de vérification des comptes des entreprises publiques**, lui donne compétence pour les offices industriels et commerciaux, les entreprises nationalisées et les sociétés d'économie mixte, sans identifier davantage ces entités.
- En décembre 1948, un **projet de loi portant statut général des entreprises publiques** les définit en tant que « personne morale dotée de l'autonomie financière et dont le capital est exclusivement constitué par des apports en espèces ou en nature faits par l'État en vue de leur affectation à une exploitation commerciale, industrielle ou agricole ». Il les soumet à un régime juridique différent selon qu'elles « exploitent un service public d'intérêt général et disposent d'un monopole ou d'un quasi-monopole de droit ou de fait » (catégorie A), ou qu'elles sont « soumises à la concurrence » (catégorie B). Il est également envisagé d'étendre le champ d'application du projet aux entreprises bénéficiant de participations privées. Ce projet ne sera pourtant **jamais voté, ni même discuté par le Parlement**.
- L'ordonnance du 30 décembre 1958 permet de dresser une **nomenclature des entreprises nationales** à caractère industriel et commercial et des sociétés d'économie mixte au sein desquelles l'État ou d'autres entreprises publiques possèdent, ensemble ou séparément, des intérêts pécuniaires supérieurs à 30 % du capital social.
- Le décret du 21 mars 1969 précise quels sont les **organismes soumis** à l'ordonnance du 17 août 1967 sur la **participation** : il s'agit des établissements publics industriels et commerciaux, des entreprises nationalisées, des sociétés dans lesquelles des personnes publiques détiennent, séparément ou ensemble, plus de la moitié du capital social. Ce texte n'a cependant pas de portée générale, se limitant à la participation des personnels aux fruits de l'expansion.
- La loi du 22 juin 1976, qui supprime la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques et attribue cette fonction à la Cour des comptes, **associe des éléments organiques et matériels** pour appréhender les entreprises publiques.

Elle distingue les établissements publics économiques et commerciaux, les sociétés nationales et les sociétés d'économie mixte dans lesquels l'État détient la majorité du capital. Mais, elle procède aussi à une différenciation des organisations selon la nature de l'activité exercée, le pouvoir de contrôle des pouvoirs publics ou la détention par ces derniers d'un pouvoir prépondérant.

- La loi 26 juin 1983 relative à la **démocratisation du secteur public**, qui ne s'applique pas seulement au secteur industriel et commercial (mais aussi au secteur administratif), définit l'appartenance au secteur public par la propriété du capital. Elle **mentionne quatre catégories d'organismes** : les établissements publics industriels et commerciaux, les sociétés nationales d'économie mixte, les sociétés anonymes dans lesquelles plus de la moitié du capital social est détenu par l'État depuis plus de six mois et les entreprises *sui generis*.
- Enfin, le décret du 22 octobre 1984 crée un **répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État**, géré par l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE).

► La **jurisprudence** constitutionnelle ou administrative n'aide pas davantage à définir l'entreprise publique.

- Le **Conseil d'État** semble d'abord considérer que les entreprises publiques doivent être soumises aux règles de gestion du droit privé (avis du 16 mars 1948 relatif au régime des biens et entreprises nationalisés), mais il évite par la suite d'employer l'expression dans les contentieux dont il a à connaître, privilégiant la distinction entre les services publics administratifs et les services publics industriels et commerciaux pour déterminer sa compétence. En 1972, il indique qu'« en l'absence de toute définition générale de l'entreprise publique susceptible de s'imposer au gouvernement », il faut se référer au **capital social** de l'organisme, qui doit être **détenu en majorité par l'État, les collectivités locales ou les établissements publics** (CE, 10 juillet 1972, *Compagnie Air Inter*, Rec. 537) ; cette détention peut être directe, ou indirecte par l'intermédiaire de filiales. Du reste, le **Tribunal des conflits** précise qu'une entreprise publique doit posséder avant tout une **personnalité morale distincte de l'État** (TC, 23 mai 1978, *Marchand et Syndicat CFT du Languedoc-Roussillon*, Rec. 643), **exercer une activité industrielle et commerciale** et **appartenir au secteur public**.
- Quelques **arrêts ultérieurs** du **Conseil d'État** conduisent pourtant à se demander si le juge administratif ne prend pas en compte également les **droits de vote aux assemblées d'actionnaires** (CE, Ass., 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique CFDT et Schwartz*, Rec. 465 et 467). Au reste, saisi pour avis à propos des lois de privatisation des 2 juillet et 6 août 1986, le Conseil d'État ne dit pas expressément que le critère du capital est toujours suffisant, mais il estime que la majorité des sièges ne suffit pas à qualifier l'entreprise en cause

d'entreprise du secteur public. Le **critère du capital** n'en est pas moins **réaffirmé** ensuite au contentieux (CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, Rec. 466). Cette position diffère en partie de celle de la **Cour de cassation** qui, après avoir aussi privilégié le capital social, se réfère alors clairement au contrôle effectif de l'entreprise (Cass. com., 5 février 1991, *Rev. Soc.*, 1991.74).

- Le **Conseil constitutionnel** envisage l'entreprise publique au regard des principes contenus dans le préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, tout particulièrement des conditions dans lesquelles des biens ou des entreprises privées peuvent faire l'objet d'un transfert à la nation. À propos de la loi de nationalisation du 16 janvier 1982, il rappelle au Parlement les termes mêmes de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 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. »
- C'est finalement l'**ordonnance du 7 juin 2004** qui donne une véritable **définition de l'entreprise publique** en transposant – très tardivement – la directive communautaire du 25 juin 1980 sur la transparence des relations financières.
- Il s'agit de « tout organisme qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel une ou des personnes publiques exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». On reconnaît cette influence lorsque les entités concernées détiennent de manière directe ou indirecte « la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction, ou de surveillance ».
- Cette définition a obligé le Conseil d'État à reconsidérer sa jurisprudence traditionnelle, à cesser explicitement de reconnaître l'entreprise publique uniquement à la détention par les pouvoirs publics de la moitié au moins de son capital. Il a dû prendre en compte bien d'autres moyens qui permettent d'en assurer le contrôle.
- Il faut opérer une **dissociation entre le service public et l'entreprise publique**, la seconde n'est pas seulement, ni forcément, la personnalisation juridique du premier. Même si la plupart des entreprises publiques gèrent aujourd'hui des services publics, il n'en était pas de même du temps où Renault, Thomson, les Houillères de Bassin ou l'Entreprise minière et chimique appartenaient au secteur public. En réalité, on a longtemps considéré que la notion de service public était indépendante de celle d'entreprise publique, mais les pouvoirs publics ont fait progressivement bénéficier les entreprises publiques et des entreprises privées associées au service public d'aides et de possibilités d'action de moins en moins éloignées. Au demeurant, le **mouvement de privatisation** qui se poursuit depuis 1986 a réduit l'importance

quantitative du secteur public industriel et commercial, et fait perdre une partie de sa valeur opératoire à cette différenciation entre des organismes publics chargés d'un service public et d'autres n'en gérant pas.

Si les **objectifs des entreprises publiques ou des entreprises privées** peuvent parfois se ressembler, il persiste néanmoins de sérieuses différences.

- Le **profit**, présent dans les deux formes d'organisation, *n'a pas les mêmes fonctions et significations*. Il n'est pas la raison d'être de l'entreprise publique : des considérations d'**intérêt général** ont présidé à sa création ou à son appropriation par la collectivité, même si les pouvoirs publics estiment quelquefois aujourd'hui que le secteur public économique sert mieux l'intérêt général en poursuivant ses objectifs propres qu'en prenant ce dernier directement en charge. La recherche du profit est seulement un moyen de s'autofinancer, une garantie de bonne gestion. C'est une différence radicale avec l'entreprise privée, qui ne se justifie que par la quête du profit et la défense des intérêts financiers de ses actionnaires.
- Les entreprises publiques subissent des **sujétions particulières** imposées par l'État dans l'intérêt général au détriment de leurs intérêts propres. Elles doivent parfois accorder des tarifs de faveur dans un but social ; elles deviennent alors des intermédiaires – pas nécessairement rémunérés – entre les pouvoirs publics et les administrés, même si elles bénéficient de quelques subventions d'équilibre compensatrices de la part de l'État.
- Enfin, selon l'expression des experts du Comité Nora (1967), les entreprises publiques sont plus strictement soumises aux « **normes de comportement** » que les entreprises privées ; le contrôle préalable de tutelle veille à ce qu'elles s'inscrivent effectivement dans le cadre de la politique économique et sociale de l'État et des autres personnes publiques.

→ Le droit de l'Union européenne

Les traités, le droit dérivé et la jurisprudence de la Cour de justice se réfèrent à la notion d'entreprise publique.

Dès 1957, le **traité de Rome** précise que « les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire au présent traité » (art. 90.1, devenu 106.1). Il ne se limite pas à l'hypothèse où l'État accorde des droits spéciaux, il vise aussi les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou qui présentent le caractère d'un monopole fiscal. Il assimile les personnes morales relevant du droit public – si elles poursuivent « un but lucratif » – avec les sociétés de droit civil ou commercial lorsqu'il s'agit

d'appliquer, par exemple, des décisions sur la liberté d'établissement (art. 58, devenu art. 54).

La **directive du 25 juin 1980** (modifiée en 1985 et en 1993) reconnaît l'entreprise publique comme celle « sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». Cette influence est présumée lorsque les pouvoirs publics détiennent la majorité du capital souscrit, ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises, ou encore peuvent désigner des membres de l'organe d'administration de direction ou de surveillance.

L'entreprise publique est également présente dans la **jurisprudence communautaire**. La Cour de justice a d'abord insisté sur la **nécessité qu'elle intervienne sur le marché** (CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, Rec. 409) et **puisse fabriquer ou distribuer des biens, des produits ou des services** (CJCE, 27 septembre 1988, *Ahlstrom Osakeyhtiö*, Rec. 5193). Puis, elle a élargi la notion à « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, Rec. I-1979). Le droit communautaire n'empêche donc pas l'intégration des régies à but lucratif dans cette catégorie, à condition qu'elles disposent d'une large autonomie de gestion ; la *Bundesbahn* (chemins de fer fédéraux) et la *Bundespost* (Poste fédérale) allemandes ont pu être qualifiées ainsi.

2. Le contrôle des entreprises publiques

Par des **procédés de tutelle**, l'État s'assure que la gestion de l'entreprise est bien conforme à l'intérêt général qui guide sa politique économique et sociale. La tutelle, *a priori* ou *a posteriori*, peut prendre de **nombreuses formes**, qu'elles soient parlementaire, économique, financière, administrative ou technique, sans oublier l'intervention des autorités indépendantes de régulation.

→ La tutelle économique et financière

Cette tutelle, qui revêt des aspects de plus en plus variés, incombe, d'abord, au ministre de l'Économie et des Finances, mais l'Agence des participations de l'État, l'Inspection des finances, la Cour des comptes et les commissaires aux comptes jouent également un rôle significatif.

► Par l'intermédiaire de la **direction du Trésor**, le ministre de l'Économie et des Finances surveille la bonne gestion des organismes contrôlés, la régularité des décisions prises, voire leur opportunité.

Le **contrôle effectif** est pourtant **réduit**. En effet, le principe de l'**autonomie de gestion** des entreprises publiques, érigé par la loi de nationalisation du 11 février 1982, a

été étendu aux entreprises du secteur concurrentiel dans leur ensemble, et s'impose dorénavant au gouvernement. Afin d'affronter la concurrence comme n'importe quelle société, les entreprises publiques doivent être en mesure d'élaborer leur stratégie et leurs règles de gestion ; le président-directeur général est jugé sur les résultats obtenus. Cette diminution de l'intervention de l'État aboutit généralement à une simple **surveillance a posteriori**. Dès lors, l'effectivité du contrôle des entreprises ne peut qu'être l'objet de discussions. Lors du scandale politico-financier lié au Crédit Lyonnais dans les années 1990, on a pu reprocher à l'État actionnaire de n'avoir pas suffisamment exercé une approche patrimoniale de la gestion de cette banque afin d'éviter les graves dérives financières qui ont précédé sa privatisation en 1999.

► **L'Agence des participations de l'État (APE)** a été instituée par le décret du 9 septembre 2004 sous la forme d'un service à compétence nationale rattaché au directeur du Trésor afin de gérer les participations de l'État dans les entreprises. **Une série d'objectifs** lui ont été fixés : garantir la rentabilité, contrôler les risques, veiller au développement industriel des entreprises, s'occuper des cessions. Elle s'efforce de multiplier les approches comparatives sur le secteur public, favoriser la collégialité dans la prise de décision, améliorer la réactivité et les capacités d'intégration dans les secteurs concurrentiels, renforcer l'information préalable aux décisions. L'Agence **analyse plus de 70 entreprises de premier rang** où l'État est présent financièrement, même s'il n'y détient qu'une simple participation. On peut citer : Aéroports de Paris, Air France-KLM, Areva, Arte-France, Bull, France Télécom, France Télévisions, EDF, GDF, La Française des jeux, RATP, SNCF, Thales et La Poste.

► Un **Haut Conseil du secteur public et semi-public** avait été mis en place par la loi du 11 février 1982 afin de veiller au respect des lois et des règlements applicables au secteur public. Chargé de rédiger un rapport tous les deux ans sur la gestion et l'évolution du secteur, il pouvait faire aussi des recommandations. Ne s'étant pas réuni après 2002, il a finalement été **supprimé en mars 2008**.

► Le décret du 26 mai 1955 confiait un contrôle de l'activité économique et de la gestion financière des entreprises publiques au capital entièrement public, ainsi que des sociétés d'économie mixte au sein desquelles l'État est majoritaire, à un corps de contrôleurs d'État et à des missions de contrôle. Ce texte a été profondément refondu par les décrets du 18 décembre 2002 et du 9 mai 2005. Le contrôle relève désormais de **missions de contrôle dirigées par des « responsables »** qui font connaître leur avis aux ministres chargées de l'Économie et du Budget sur les projets de délibération ou de décision, mais aussi sur les projets de convention sur l'organisation des relations entre l'État et l'entreprise. Un contrôle spécifique

sur les investissements est aussi confié au *Comité des investissements à caractère économique et social (CIES)* depuis 1996.

► La **Cour des comptes**, qui vérifie la légalité des comptes des comptables publics, est compétente pour les entreprises publiques depuis la loi du 22 juin 1976 ayant supprimé la Commission de vérification des comptes des entreprises publiques de 1948. Elle dispose de *pouvoirs élargis* à tous les établissements exerçant une activité industrielle ou commerciale, ainsi qu'aux filiales de ces établissements si le capital public est majoritaire.

La Cour apprécie l'activité et la gestion de l'entreprise au regard des *règles de la comptabilité publique*, mais aussi des *objectifs économiques de la politique gouvernementale*. Au reste, la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a précisé qu'elle devait *assister le Parlement* dans le cadre du contrôle de l'action du Gouvernement (art. 47-2 de la Constitution). La Cour peut accéder à tous les documents utilisés par les entreprises et entendre tout dirigeant. Elle envoie au ministre concerné un avis sur les vérifications opérées, et adresse tous les deux ans un rapport d'ensemble au chef de l'État et au Parlement.

► L'ordonnance du 23 septembre 1958 précise que les « sociétés, syndicats et associations ou entreprises de toute nature qui ont fait un appel au concours de l'État, d'une collectivité locale ou d'un établissement public, sous forme d'apport en capital, de prêts, d'avances ou de garanties d'intérêts » sont soumis aux vérifications de l'**Inspection des Finances**. Les agents de cette institution disposent de pouvoirs d'investigation sur pièces et sur place des écritures, du bilan et des comptes.

► Il faut mentionner le rôle des **commissaires aux comptes**. Ces professionnels libéraux, désignés auprès des entreprises publiques par le ministre de l'Économie et des Finances, ont la charge d'attester la régularité et la sincérité des comptes. Ils doivent refuser de certifier tout document soumis à leur examen qui présente des anomalies.

→ La tutelle technique

Cette tutelle sur les établissements publics *appartient au ministre compétent* pour les activités de l'entreprise concernée.

Elle peut être exercée par un **commissaire du gouvernement** nommé par les pouvoirs publics, susceptible d'assister au conseil d'administration avec voix consultative. Il est le représentant du ministre dont relève l'activité de l'établissement et défend les positions de celui-ci sur les questions à l'ordre du jour. Il peut même disposer d'un droit de veto sur les décisions qui touchent à la politique étrangère ou à la défense.

Au surplus, les **services du ministère de tutelle** concernés par l'activité d'une entreprise publique adressent régulièrement à celles-ci des directives afin qu'elle inscrive ses actions dans le cadre de la politique gouvernementale. Les dirigeants de l'entreprise peuvent également en cas de besoin prendre l'initiative de demander l'*aide technique des services publics*.

→ Le contrôle parlementaire

Le Parlement, qui est destinataire du *rapport annuel sur l'état des entreprises publiques* prévu par loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles réglementations économiques (art. 142), dispose de diverses possibilités de contrôle.

Les assemblées parlementaires ont la possibilité de constituer des **commissions d'enquête**, qui sont désormais mentionnées à l'article 51-2 de la Constitution (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Elles peuvent *examiner la gestion administrative, financière ou technique* des services publics et des entreprises publiques, voire *des faits déterminés*. Leurs pouvoirs ont été sensiblement accrus dès la loi du 20 juillet 1991 permettant de procéder à des auditions publiques lorsque la confidentialité n'est pas exigée par le sujet abordé.

Un Office d'évaluation des politiques publiques – composé de deux délégations (l'une à l'Assemblée nationale et l'autre au Sénat) – avait été institué par la loi du 14 juin 1996 pour apprécier les choix stratégiques ou tactiques des entreprises. Peu efficace, il a été supprimé le 30 décembre 2000. Mais, à la suite des réflexions d'un groupe de travail sur l'efficacité de la dépense publique (présidé par le président de l'Assemblée nationale), il avait été créé la **Mission d'évaluation et de contrôle (MEC)** dès le 3 février 1999. Ses contributions constituent assez souvent des diagnostics et des propositions pertinents. Depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008, la Constitution renforce cette mission, en indiquant : « Le **Parlement** vote la loi. Il contrôle l'action du Gouvernement. Il **évalue les politiques publiques** » (art. 24).

→ Les autorités indépendantes de régulation

Un *nouveau type de contrôle* sur les entreprises publiques s'est développé dans la logique des principes de régulation définis par l'Union européenne. Il repose sur la multiplication des autorités indépendantes.

Dans les secteurs du transport, des télécommunications, de la poste, de l'électricité et du gaz, des **autorités publiques indépendantes (AAI)** ou des **autorités administratives indépendantes (API)** se sont multipliées. Un *droit de la régulation* s'est imposé. En matière économique et financière, par exemple, on peut citer l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers ou l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

B– Les formes juridiques de l'entreprise publique

Les *grands principes* étaient *fixés depuis longtemps*, mais la *loi du 15 mai 2001* sur les nouvelles réglementations économiques, dite loi NRE, qui a modifié la structure du pouvoir dans les entreprises privées en renforçant notamment le conseil d'administration par rapport au président et au directeur général, a eu des *conséquences sur le secteur public*. L'entreprise publique peut néanmoins toujours revêtir une forme juridique de droit public (l'établissement public industriel ou commercial) ou de droit privé (la société privée à capital strictement public ou la société d'économie mixte).

1. L'Établissement public industriel et commercial (EPIC)

Sur 1 100 établissements publics nationaux, on relève aujourd'hui *une centaine d'établissements publics industriels et commerciaux (EPIC)* : la Société nationale des chemins de fer (SNCF), la Régie autonome des transports parisiens (RATP), le Centre national d'études spatiales (CNES), le Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA), l'Agence de l'environnement et de la maîtrise des énergies, l'Institut national de la consommation (INC), la Cité de la musique, la Comédie française et l'Opéra de Paris sont parmi les plus connus. Avant de devenir des entreprises privées ou des sociétés anonymes à capitaux partiellement ou totalement publics, Électricité de France (EDF), Gaz de France (GDF) ou Aéroports de Paris étaient aussi des EPIC. Il faut mentionner aussi les *très nombreux établissements publics locaux* créés par les collectivités territoriales ou leurs groupements.

→ La création des EPIC

La loi du 25 juillet 1925 avait précisé que la création d'un service public national nécessitait un vote explicite du législateur, l'inscription de crédits au budget national n'étant pas suffisante. Depuis la *Constitution du 4 octobre 1958*, *seule la création de catégories d'établissements publics relève de la loi* (art. 34) ; le pouvoir réglementaire peut uniquement créer des établissements au sein de l'une des catégories préalablement définies.

La création des établissements publics des collectivités territoriales obéit à des règles spécifiques, mais il faut toujours une décision de l'organe délibérant. Certains services publics locaux sont néanmoins imposés par la loi. Ils peuvent alors être constitués, si la collectivité locale le décide, sous la forme de l'établissement public, tels que les centres communaux d'action sociale ou les offices de tourisme dans les stations classées créés par le préfet à la demande des municipalités. La loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République permet aussi aux régions de constituer des ententes interrégionales sous la forme d'établissements

publics de coopération (art. L. 5621.1 et s. du CGCT), et aux municipalités de s'entendre pour mettre en place des communautés de communes (art. L. 5214.1 et s.) ou des communautés de villes (art. L. 5216.1 et s.). La loi du 12 juillet 1999 a abrogé ces dernières et créé des communautés d'agglomération sous la même forme juridique (art. L. 5216.1 et s.).

La **suppression** d'un établissement public industriel et commercial (ou administratif) gérant un service public – ou d'un service public non personnalisé – est restée dans le domaine du pouvoir réglementaire après 1958 (CE, sect., 27 janvier 1961, *Vannier*, *Rec.* 60).

→ La notion de catégorie d'établissements publics

Il est parfois difficile de déterminer la catégorie à laquelle appartient un établissement public, d'autant plus que le Conseil d'État n'est tenu que par les qualifications législatives.

► Malgré les dispositions de la loi et les jurisprudences constitutionnelles ou administratives, **des hésitations persistent**.

- Pour le **Conseil constitutionnel**, une catégorie est composée d'établissements « dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue » (CC, déc. n° 79-108 L du 25 juillet 1979, *Rec.* 45).
- Le **Conseil d'État** a cependant jugé qu'une catégorie peut regrouper des établissements ayant le caractère administratif ou industriel et commercial, à condition qu'ils aient un **objet comparable** (CE, 10 mai 1972, *Fédération nationale des syndicats d'ingénieurs et assimilés des mines et industries connexes et autres*, *Rec.* 350), et qu'un établissement est susceptible de représenter à lui seul une catégorie, comme la Régie autonome des transports parisiens ou l'Institut national de la consommation.
- Au demeurant, le législateur a déjà qualifié d'établissements publics des entreprises dont les missions étaient **très proches de celles des entreprises privées**, tels que les Charbonnages de France, les Houillères de bassin, l'Entreprise de recherche et d'activités pétrolières (ERAP) ou l'Entreprise minière et chimique (EMC).

► Les **qualifications réglementaires** peuvent être **remises en cause**.

- Lorsque la loi ou le règlement qui a créé l'organe n'a pas précisé sa catégorie, ou si le règlement a donné une qualification jugée inadéquate, le **juge administratif** peut procéder à sa propre qualification. Il recourt à un **faisceau d'indices** qui s'appuie sur l'objet de l'établissement, les conditions de fonctionnement et l'origine des ressources (CE, Ass., 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Rec.* 434). Le Tribunal des conflits a ainsi jugé que, malgré sa dénomination d'établissement public industriel et commercial par le décret du

29 juillet 1961, le Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA), aujourd'hui disparu, exerçait une activité purement administrative (TC, 24 juin 1968, *Société « Distilleries bretonnes » et Société d'approvisionnement alimentaire*, Rec. 801).

- Des difficultés de qualification surgissent également à propos d'**établissements publics « à double visage »**, exerçant à la fois des missions administratives et des missions industrielles et commerciales. Les aéroports, qui sont dotés de pouvoirs de police administrative pour assurer la sécurité aérienne, ont également une mission commerciale d'assistance portuaire. Les chambres de commerce, créées sous la forme de l'établissement public administratif, exploitent des installations qui constituent un service public industriel et commercial (CE, 23 mai 1960, *Chambres de commerce de La Rochelle, Belfort, Lille*, Rec. 356). L'Office national interprofessionnel des céréales (ONIC), supprimé en 2006, était un établissement public administratif, mais il assurait une mission commerciale quand il achetait, revendait ou stockait des céréales (TC, 23 novembre 1959, *Société mobilière et immobilière de meunerie*, Rec. 870).

→ L'organisation et le fonctionnement des EPIC

Dès lors qu'il n'existe pas de règles générales d'organisation des établissements publics, leurs régimes juridiques ne peuvent qu'être assez hétérogènes en dépit du respect nécessaire de quelques grands principes.

- ▶ L'établissement public possède en général **un organe délibérant et un organe exécutif**.
 - L'**organe délibérant** est un conseil, ou un conseil d'administration, dont l'**indépendance varie** selon le domaine d'intervention ou la volonté de la collectivité qui l'a créé. Il regroupe généralement des représentants de l'État, des personnalités qualifiées et des représentants du personnel. Certaines de ses **délibérations** ne sont exécutoires qu'après approbation par l'autorité de tutelle ; cette approbation est même préalable pour le budget. Les grands EPIC attribuent néanmoins de larges pouvoirs aux conseils d'administration, sensiblement accrus depuis la loi NRE du 15 mai 2001. Dès lors, l'État doit surtout aujourd'hui compter sur les contraintes de service public qu'il impose, et le choix du directeur général, pour peser effectivement sur la politique de l'établissement.
 - L'**organe exécutif** est constitué par le directeur ou le directeur général, dont la nomination était traditionnellement laissée à la discrétion du Gouvernement par l'ordonnance du 28 novembre 1958 portant loi organique relative aux nominations aux emplois civils et militaires de l'État. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 oblige désormais de soumettre les **nominations** les plus importantes à un **avis préalable de la commission parlementaire compétente de chaque assemblée**, qui

peut s'y opposer à la majorité des trois cinquièmes (art. 13.5 de la Constitution). En outre, les **emplois** de direction dans les établissements publics nationaux ont été progressivement **réglementés** : il faut désormais respecter des règles particulières de nomination, de limite d'âge et de durée du mandat (souvent cinq ans). En tout cas, l'organe exécutif a toujours la charge d'exécuter les délibérations, de diriger les services, d'embaucher et licencier le personnel, d'ordonner les dépenses.

► Le **personnel** des EPIC relève **généralement du droit privé**, bien que le directeur et le comptable principal se voient systématiquement appliquer des règles de droit public (CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, Rec. 158). Mais, le législateur a la possibilité d'étendre la compétence du juge administratif sur les établissements publics : il a pu décider que le personnel de l'Office national des forêts (même après sa transformation en EPIC) avait la qualité de fonctionnaire.

La détermination de la **nature juridique des contrats** passés par les établissements publics soulève de nombreuses difficultés. Le Conseil d'État recourt à une **présomption du caractère de droit privé des contrats des EPIC** (et du caractère de droit public des contrats des EPA) ; les contrats avec les usagers sont néanmoins toujours réputés être des contrats de droit privé (CE, 13 octobre 1961, *Établissements Campanon-Rey*, Rec. 56). La détermination de la nature du contrat par le juge est souvent aidée par le fait qu'une personne publique est partie au contrat ; il reste donc seulement à établir la présence du critère matériel du contrat administratif (CE, sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin et Ministre de l'Agriculture c/ Consorts Grimouard*, Rec. 167). Un grand nombre d'autres règles juridiques opposent les établissements publics administratifs et les établissements publics industriels et commerciaux.

- Les travaux des EPA sont souvent des travaux publics, alors que ceux des EPIC ne le sont que rarement.
- L'EPA n'est pas soumis à la fiscalité, peut percevoir des taxes fiscales prévues par la loi, recourir éventuellement à l'expropriation, alors que l'EPIC a un régime fiscal de droit commun et n'a que rarement la possibilité de lever des taxes ou d'exproprier.
- Sur le plan comptable, si les EPA appliquent les règles de la comptabilité publique, les EPIC sont soumis aux principes du droit privé, qui sont néanmoins assortis de certaines obligations, particulièrement celles d'établir un budget et un état prévisionnel.

► La **politique contractuelle** souhaitée par le rapport Nora (1967) a permis d'accroître l'**autonomie des EPIC**. Dès 1969-1971, l'État a conclu des contrats de programme avec EDF, la SNCF et l'ORTF. La loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification a développé cette technique du contrat d'entreprise. L'EPIC apparaît cependant plus autonome dans sa gestion quotidienne que pour la définition de

sa mission, car le volume de ses moyens financiers dépend largement de la volonté de la collectivité qui l'a créé. Du reste, les établissements publics sont soumis au principe de spécialité : ils ne bénéficient que d'une compétence d'attribution déterminée par le texte institutif.

2. Les sociétés nationales de droit privé

Les personnes publiques – nationales ou locales – ont la possibilité de créer des entreprises en utilisant des formes juridiques de droit privé ; elles peuvent s'y réserver la totalité du capital social, ou accepter la présence de capitaux privés.

→ Les sociétés nationales à capital public

Il s'agit de sociétés de droit privé soumises à la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés anonymes (SA).

Dans une société nationale, l'*État est le seul actionnaire*, alors qu'il faut sept participants pour le droit de l'entreprise privée. Ce principe a toutefois été partiellement remis en cause par une *politique de l'actionnariat du personnel* dans les entreprises publiques, initiée dès la loi du 4 janvier 1973. On relève également quelques autres différences avec le cadre institutionnel de l'entreprise privée.

- Les dispositions sur l'*assemblée générale des actionnaires* ou sur la protection des intérêts de ces derniers n'ont aucun sens du fait de la seule présence de l'État actionnaire.
- Les sociétés sont gérées par un *conseil d'administration* dont les membres sont des fonctionnaires de l'État, désignés par lui.
- Le *capital public* est soumis à de nombreux *contrôles* organisés par les pouvoirs publics.

Le nombre des sociétés à capital public s'est réduit avec un large mouvement de privatisation lancé dès 1986, confirmé par les objectifs économiques communautaires, et jamais remis en cause depuis malgré les cohabitations ou alternances politiques. L'État a souvent préféré la forme de la société nationale plutôt que celle de l'EPIC. Dans le secteur de la communication, il a été créé des sociétés nationales de programme (France Télévisions, Radio France Outre-Mer, Radio France Internationale) afin de gagner en souplesse de gestion tout en se ménageant la possibilité de recourir à certaines règles de gestion publique.

→ Les sociétés nationales d'économie mixte (SEM)

Dès le ^{xx}e siècle, les premières sociétés mixtes apparaissent, avant qu'elles ne se diversifient profondément selon qu'elles revêtent une forme nationale ou locale. Cette conception structurelle subit de plus en plus aujourd'hui la concurrence de la

diversité des modes de contractualisation des pouvoirs publics avec des personnes morales privées (voire des personnes publiques).

► **L'émergence de l'économie mixte.**

- Au **début du xx^e siècle**, des concessions de service public sont attribuées à des SEM afin de faire bénéficier les pouvoirs publics des avantages de la gestion privée, d'attirer des personnels compétents de droit privé, voire de se soustraire aux contrôles financiers publics jugés astreignants. Les collectivités territoriales prennent également quelques participations dans des sociétés privées.
- Dans les **années 1930**, d'importantes SEM sont constituées, telles que la Compagnie générale transatlantique (1933), la Compagnie nationale du Rhône (1934), la Société nationale des chemins de fer français (1937). Cette économie mixte d'État a parfois été justifiée par la volonté d'échapper aux contraintes du capitalisme et de répondre aux préoccupations sociales des syndicats.
- **Après 1945**, les nécessités de la reconstruction, puis l'élaboration de grands projets d'aménagement du territoire imposent, au nom des besoins d'intérêt général, des investissements peu rentables immédiatement, et donc peu attrayants pour le secteur privé. On crée également Air France (1948). La période devient favorable à l'économie mixte, mais celle-ci manque pourtant toujours d'un cadre juridique clairement défini.

► **Le statut des SEM.** Une société mixte est une **société de droit privé**, soumise au droit des sociétés anonymes (loi du 24 juillet 1966), qui **associe des capitaux publics et des capitaux privés sous le contrôle étroit d'une collectivité publique**.

- **L'État doit détenir une participation financière minimale**, mais pas nécessairement la majorité du capital social (CE, 19 avril 1940, *Société Moteurs Gnôme et Rhône*, Rec. 245). Une **participation de 10 %** suffit pour qu'il puisse désigner des administrateurs au sein de l'organe délibérant de la société (loi du 25 juillet 1949). Une fois ce seuil atteint, il utilise des prérogatives exorbitantes du droit commun qui lui permettent de déroger au droit des sociétés.
- Les **SEM dérogent à d'autres principes du droit des sociétés anonymes (SA)**. Au nom de l'intérêt général, par exemple, les actions de l'État peuvent être déclarées inaliénables par les statuts, ou soumises à des règles spécifiques de transmissibilité ou de négociabilité. La loi du 22 juillet 1976 étend le contrôle de la Cour des comptes aux personnes morales dans lesquelles l'État détient une participation au capital – quelle qu'elle soit – permettant d'exercer un pouvoir prépondérant sur les décisions de gestion.

► **La concurrence de nouvelles formes de contractualisation.** L'*approche organique du secteur public* qui a été retenue dans ce chapitre n'accorde que de modestes développements à la nature des contrats passés par les entreprises publiques, entre elles ou avec des entreprises strictement privées. Ces questions ont pris une *place importante dans les approches académiques du droit des services publics* ou du *droit des contrats administratifs*, surtout depuis la législation sur les délégations contractuelles de service public (lois des 6 février 1992, 29 janvier 1993, 8 février 1995, 11 décembre 2001), puis sur les contrats de partenariat (ordonnance du 17 juin 2004, loi du 28 juillet 2008). Dans les deux cas, il s'agit de *faire bénéficier les missions d'intérêt général de capitaux publics ou privés* mis en œuvre par des personnes morales qui peuvent être qualifiées selon les cas de personnes publiques ou de personnes privées. Généralement, ce sont des entreprises strictement privées qui y recourent avec les pouvoirs publics, mais ce n'est pas interdit à des sociétés d'économie mixte.

- Les **contrats de délégation de service public (DSP)** sont conclus entre un délégataire (personne publique) et un délégant (personne publique ou privée) selon des contraintes de transparence et de publicité renforcées par la **loi du 29 janvier 1993** et la **loi du 8 février 1995**. Elles se rapprochent de plus en plus de celles imposées par le Code des marchés publics (auquel les délégations de service public ne sont pas soumises). Dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c./ Commune de Lambesc*, Rec. 137), la **loi du 11 décembre 2001 a défini la DSP** comme un « *contrat par lequel une personne 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, dont le choix a un caractère discrétionnaire, peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* » (CGCT, art. L. 1411-1).
- Les **contrats de partenariat** de l'ordonnance du 17 juin 2004 (modifiée par la loi du 28 juillet 2008) sont réservés à des contrats à long terme qui concernent *une prestation globale* qui va de la conception d'un bâtiment à sa maintenance, et incluent le montage juridique et financier des opérations. Ils doivent porter sur des « *situations répondant à des motifs d'intérêt général* » (CC, déc. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Rec. 382). Ils diffèrent de la DSP en ce que *l'exploitation de l'ouvrage ou du service n'est pas le principal outil de rémunération du cocontractant*, qui bénéficie d'éléments annexes liés, par exemple, à des indices de performance (CE, 29 octobre 2004, *Sueur et autres*, Rec. 394). L'ordonnance de 2004 précise que les contrats de partenariat ne peuvent être conclus qu'en raison de l'urgence et de la complexité de l'opération. La loi du 24 juillet 2008 a ajouté l'hypothèse où un bilan des avantages et des inconvénients rend cette *technique*

plus favorable pour les pouvoirs publics que les autres contrats de la commande publique. Le Conseil constitutionnel a précisé qu'il faut néanmoins satisfaire à l'exigence constitutionnelle de recherche d'**un bon emploi des deniers publics** qui découle des articles 14 et 15 de la Déclaration des droits de l'homme du 26 août 1789 (CC, déc. n° 2008-567 DC du 24 juillet 2008).

3. Les sociétés locales de droit privé

Depuis la fin des années 2000, on retrouve au plan local la distinction nationale entre des sociétés de droit privé à capital entièrement public et des sociétés d'économie mixte à capital public et privé.

→ Les sociétés publiques locales (SPL)

Le législateur a permis le développement de sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) dès 2006, puis de sociétés publiques locales (SPL) en 2010. On en compte déjà près d'une centaine.

► Dès la **loi du 13 juillet 2006**, le législateur crée un nouveau type de société à l'occasion d'un texte portant engagement national pour le logement : la **société publique locale d'aménagement (SPLA)**. Dans ce secteur, si la constitution d'une société d'économie mixte – où le capital est public et privé – apparaît difficile, il est possible de choisir une forme de société qui se rapproche des sociétés anonymes de droit privé relevant de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés anonymes (SA), mais s'en différencie partiellement.

- Le **capital** d'une SPLA peut être entièrement détenu par **au moins deux collectivités territoriales** (ou leurs regroupements), au lieu de sept associés minimum pour la SA. La société ne peut cependant agir qu'au bénéfice de ses actionnaires publics et à l'égard de leur seul territoire.
- La **SPLA échappe aux obligations de la mise en concurrence** pour les missions qu'elle réalise. Elle relève de la **gestion « in house »**, parfois appelée « quasi régie » ou « prestation intégrée » (CE, sect., 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, Rec. 155). C'est le moyen pour les collectivités de s'appuyer sur un opérateur unique dont elles ont totalement le contrôle et d'**échapper aux contraintes du droit de la concurrence**.

► Sans remettre en cause les SPLA, la **loi du 28 mai 2010** crée une nouvelle catégorie juridique aux compétences élargies : la **société publique locale (SPL)**. Cette société peut prendre en charge des opérations nombreuses et diversifiées relatives à **l'aménagement et la construction, l'exploitation de services publics industriels et commerciaux**, ou toute autre activité si elle est d'**intérêt général** et relève de la

compétence de la collectivité territoriale concernée. À l'exemple de la SPLA, la SPL est une *société anonyme qui déroge au droit des SA* sur les règles relatives à la détention du capital (il suffit que deux collectivités en fassent partie), ne peut intervenir qu'en faveur de ses actionnaires publics et sur leur seul territoire et n'est pas astreinte à la mise en concurrence dans la réalisation de ses missions. D'une manière générale, elle est *soumise*, sauf dispositions contraires, *aux règles générales régissant la SEML*.

→ Les sociétés d'économie mixte locales (SEML)

L'*essor* des sociétés d'économie mixte créées par les collectivités locales s'inscrit *dans le prolongement de la politique de décentralisation* relancée en 1982. Il s'est appuyé successivement sur la loi du 7 juillet 1983, puis la loi du 2 janvier 2002.

► Les **premières prises de participation** des collectivités locales datent du début du *xx^e* siècle, successivement de la *loi Strauss* du 12 avril 1906 sur les sociétés anonymes d'habitation à bon marché et la *loi Ribot* du 10 août 1908 sur les sociétés de crédits immobiliers. Ces textes accordent aux communes et départements le droit de participer avec des personnes privées à des sociétés mixtes, dans la limite des deux tiers du capital social. Après la Première Guerre mondiale apparaissent également quelques SEML dans les domaines de l'énergie et des transports ferroviaires ou fluviaux. Ces quelques expériences ne remettent en cause ni les méthodes de gestion privée, ni le principe du profit de l'entreprise conformément aux lois du marché.

► Les vrais débuts de l'économie mixte locale datent de l'entre-deux-guerres. De 1926 à 1983, un régime juridique spécifique commence à s'édifier.

– Avec les *décrets-lois Poincaré des 5 novembre et 28 décembre 1926* naît le concept moderne d'économie mixte. On autorise explicitement les *communes* à prendre des *participations au capital de sociétés commerciales*. Les SEML ont pour mission d'intervenir au nom de l'intérêt général en cas de carence de l'initiative privée en matière de construction et de logements sociaux. Les municipalités ne peuvent toutefois détenir plus de 40 % de leur capital social, et aucune intervention départementale n'est prévue.

Le *Conseil d'État* s'est *longtemps* montré *réticent* envers cet interventionnisme, le soumettant à des contraintes d'intérêt général et à l'exigence de circonstances locales conçues strictement (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. 583). Il a cependant reconnu pour la première fois la légalité d'une SEML créée par une commune en 1935 (CE, 4 janvier 1935, *De Lara*, Rec. 14).

– Le *décret du 20 mai 1955* élargit le domaine de l'intervention locale. Il attribue la même compétence générale, pour leurs affaires respectives, *aux communes et départements*. Les collectivités locales peuvent prendre des participations majo-

ritaires atteignant 65 % du capital social. De nombreuses missions économiques et des travaux d'intérêt public ou d'exploitation des services publics sont ainsi totalement ouverts à l'économie mixte locale.

Les **contraintes** restent encore **lourdes** : les SEML doivent respecter des statuts-types et obtenir l'approbation ministérielle pour certaines décisions. Mais, à la suite de cette réglementation, les associations avec des partenaires privés pour la réalisation d'opérations d'aménagement du territoire, d'équipement urbain et de construction se multiplient. L'économie mixte locale devient un relais de l'action de l'État. Son objet essentiel est pourtant davantage de regrouper l'action des personnes publiques et parapubliques que d'associer des capitaux publics et privés.

► À cet essor de l'économie mixte locale succède la crise économique des années 1970, qui met en difficulté de nombreuses SEML. Il faut attendre les années 1980 pour assister à la relance de ce procédé de gestion des services publics. La **loi du 7 juillet 1983** relative aux SEML aligne pour l'essentiel **le régime juridique des SEML sur celui des sociétés anonymes (SA)**. Adoptée à l'unanimité par la représentation nationale, elle s'inscrit dans le cadre des nouvelles compétences économiques des collectivités locales prévues par la loi du 2 mars 1982, et vise à permettre l'organisation d'un partenariat et d'une synergie entre les secteurs économiques public et privé.

- La création d'une SEML est décidée librement par la collectivité ; la délibération est soumise au seul contrôle de légalité. La loi interdit cependant aux communes, départements et régions de participer au capital de sociétés commerciales ou d'organismes à but lucratif **n'ayant pas pour objet d'exploiter des services communaux, départementaux ou régionaux**.
- La SEML doit porter sur l'exercice d'**activités d'intérêt général**. Cette notion, qui n'est pas définie par la loi du 7 juillet 1983, s'entend au sens de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'intervention économique locale (CE, 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce de détail de Nevers*, Rec. 583).
- La personne publique locale doit également détenir **plus de 50 % du capital et des voix** dans les organes délibérants de la société créée, mais **sa participation ne peut excéder 80 %**.
- Enfin, une SEML ne peut **participer à une SEM nationale** que dans la mesure où un texte l'a prévu expressément.

► Au **début des années 2000**, un grand nombre d'élus, administrateurs de SEML, réclament la **modernisation du cadre juridique** de l'économie mixte locale. Ils souhaitent une meilleure protection juridique des élus mandataires de leur assemblée dans les conseils d'administration, un statut plus protecteur en ce qui concerne les délits de prise illégale d'intérêt et de favoritisme définis par le Code pénal, un renforcement et une clarification du contrôle démocratique des assemblées délibérantes

des collectivités territoriales sur les opérations confiées aux SEML, ainsi que sur les sociétés elles-mêmes. Ils considèrent aussi que les règles financières imposées par la jurisprudence administrative entravent trop souvent l'exercice de l'économie mixte. Pour tenter de remédier à ces difficultés, une proposition de loi devient tardivement la **loi du 2 janvier 2002 relative à la modernisation du statut des SEML**. Complétée par les lois du 4 septembre et du 18 décembre 2003, elle insiste sur les **principes de liberté, de responsabilité et d'efficacité**. Afin d'affermir la sécurité juridique, elle inscrit les relations financières entre les collectivités et leurs SEML dans un **cadre conventionnel** garantissant la transparence et le contrôle effectif par les assemblées délibérantes. On recourt à une **approche globale** de l'économie mixte, en cohérence avec le droit communautaire, les nouvelles intercommunalités, le développement durable des territoires, la promotion des activités et de l'emploi, la modernisation des services locaux d'intérêt général.

Même si la réforme apparaît en retrait par rapport aux espoirs qu'elle a suscités, elle n'en constitue pas moins **une sérieuse avancée**. Le statut de l'élu local mandataire est clarifié, le droit des contrats précisé, le financement des sociétés légèrement modifié. La **participation maximale** des collectivités territoriales **au capital social** des SEML est **portée à 85 %** (au lieu de 80 %), sans modification du plancher de 50 % fixé en 1983. Les collectivités territoriales et leurs groupements **peuvent** désormais **prendre part aux modifications de capital** ou **allouer des apports en compte courant d'associés** aux sociétés mixtes. Les SEML sont autorisées à bénéficier d'**avances et de subventions** pour des programmes d'intérêt général, et d'avances aux opérations d'aménagement. Dès la loi du 20 juillet 2005, l'État et les collectivités qui attribuent de telles concessions doivent respecter lors de leur attribution « *une procédure permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* » (art. L. 300-4 du C. urb.). La jurisprudence de la CJUE exclut toutefois les SEML des opérateurs « in house » qui peuvent échapper aux règles de la concurrence communautaire.

► Les perspectives de l'économie mixte locale sont plutôt encourageantes. Les SEML interviennent dans les secteurs les plus divers du développement local : le logement social et intermédiaire, l'aménagement urbain et rural, les transports collectifs, les équipements touristiques, l'accueil des entreprises, la protection du cadre de vie, la valorisation du patrimoine historique et culturel, le développement économique, les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Elles mettent en place des zones pour la construction de logements, de bâtiments industriels, de bureaux, ou restaurent et réhabilitent des bâtiments. Elles gèrent parfois un service public industriel et commercial de transport urbain, de remonte mécanique, de parc de stationnement, d'équipements de tourisme, de réseau d'eau, d'assainissement ou de chauffage urbain. La **gestion du domaine privé des collectivités locales** entre également dans leurs compétences.

► Le nombre des SEML est passé de **six cents en 1983, à plus d'un millier en 2012**. Depuis quelques années, le chiffre global évolue peu. Les dépôts de bilan se multiplient – souvent sous l'influence des fusions et des regroupements de l'intercommunalité –, mais ils sont compensés par un nombre appréciable de nouvelles créations. Au total, près de **50 000 personnes** travaillent aujourd'hui dans l'économie mixte locale. Le capital des SEML est détenu environ pour deux tiers par les collectivités locales et un tiers par les autres actionnaires (dont 30 % par les entreprises). Les sociétés ont un **chiffre d'affaires de 11,4 milliards d'euros** et disposent d'un patrimoine de **500 000 logements**. Elles recourent souvent à des **partenariats financiers parapublics**. La Caisse des dépôts et consignations est présente dans la très grande majorité des cas, on retrouve fréquemment les chambres de commerce et d'industrie, les organismes d'HLM (devenus offices publics de l'habitat, OPH) ou les caisses régionales de crédit agricole. Les communes et les syndicats intercommunaux participent à 80 % des sociétés. Les SEML constituent aussi de plus en plus de filiales, sous des formes juridiques les plus diverses.

II. Le périmètre du secteur public

Depuis le début des années 1980, le secteur public industriel et commercial a été l'objet de **choix gouvernementaux contradictoires**. Tout d'abord, la majorité issue des élections nationales de 1981 (PS, PC, MRG) a présenté son accroissement comme le meilleur moyen d'améliorer la compétitivité de l'économie nationale et de favoriser des avancées sociales. Puis, à partir de 1986, la nouvelle majorité parlementaire (RPR, UDF) a adopté la position contraire, estimant qu'élargir le secteur privé et encourager le développement de la gestion privée des services publics permettraient de lutter plus efficacement contre la crise économique et les tensions sur l'emploi. Cette nouvelle attitude n'a pas vraiment été remise en cause par la suite, quelle que soit la tendance politique des gouvernements qui se sont succédé. Autrement dit, la **logique d'extension du secteur public** de 1982 à 1986 a laissé place à une **logique tendant à sa réduction** jamais démentie par la suite.

A– L'extension du secteur public

Au lendemain des élections nationales d'avril-juin 1981, la priorité était claire : lancer un mouvement de nationalisation de grande ampleur, sans commune mesure avec ceux du Front populaire ou de la Libération. Cette politique n'a pourtant pas évité la perpétuation de sérieuses difficultés au sein du secteur public.

1. Les nationalisations de 1982

À l'approche des élections législatives de 1973, un **Programme commun de gouvernement** est adopté par les socialistes et les communistes, le 27 juin 1972, auquel s'allient rapidement les radicaux de gauche. Les signataires annoncent, en cas de victoire, une large extension du secteur public à « l'ensemble du secteur bancaire et financier, ainsi que les groupes et les entreprises industriels qui occupent une position stratégique dans l'économie ».

Après l'échec de cette coalition aux élections législatives des 4 et 11 mars 1973 et à l'élection présidentielle des 5 et 19 mai 1974, les négociations d'actualisation du Programme sont finalement suspendues en septembre 1977. Le débat reprend à l'occasion des élections législatives des 12 et 19 mars 1978, mais ne devient déterminant qu'à la fin du mandat de Valéry Giscard d'Estaing. Avec l'accession de François Mitterrand à l'Élysée après l'élection présidentielle des 26 avril et 10 mai 1981, et d'une majorité absolue de députés socialistes à l'Assemblée nationale après les élections des 10 et 17 juin, ce sont finalement des convictions économiques assez proches de celles de 1972 qui l'emportent. Dès le 9 juillet 1981, le **programme de nationalisation** est présenté à l'Assemblée nationale par le Premier ministre Pierre Mauroy, chef d'une majorité gouvernementale socialo-communiste et radicale de gauche. C'est un projet ambitieux, qui doit être mis en œuvre par des mécanismes originaux de transfert des entreprises du secteur privé au secteur public.

→ Le programme de nationalisation

Les justifications des nationalisations présentées par la nouvelle majorité, acceptées finalement par le Conseil constitutionnel, permettent un élargissement sensible du secteur public.

► L'alliance socialo-communiste-radical de gauche poursuit des **objectifs économiques, sociaux et politiques**.

- Sur le **plan économique**, les nationalisations visent à **protéger l'économie nationale** de la mainmise des sociétés internationales. Dans un contexte d'internationalisation croissante des échanges, elles doivent constituer un bouclier contre une intrusion excessive des capitaux étrangers dans l'industrie française et favoriser la lutte contre la crise économique, qui est imputée aux impasses de la logique du système capitaliste néolibéral. Les nationalisations participent aussi d'une perspective de restructuration de l'industrie et du système bancaire afin de relancer le marché intérieur et de développer les exportations.
- Sur le **plan social**, l'élargissement du secteur public doit permettre à l'État de mettre en œuvre, conformément aux revendications des salariés, une politique

d'*amélioration des conditions de travail* et de développement de la *démocratie dans l'entreprise*.

- Sur le *plan politique*, le mouvement de nationalisation relève d'une *conception élargie des missions du secteur public*, tant industriel que bancaire, bien au-delà des missions traditionnelles du service public. Cette extension représentant une contrainte évidente pour l'économie de marché, on pouvait se demander si le juge constitutionnel allait la valider.

► Le **Conseil constitutionnel** est saisi de la première version de la loi de nationalisation, votée le 18 décembre 1981. Il déclare non conformes à la Constitution certaines de ses dispositions, notamment sur l'endettement des actionnaires (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18). Le texte révisé fera finalement l'objet de la loi du 11 février 1982, déclarée cette fois constitutionnelle (CC, déc. n° 82-139 DC du 12 février 1982, *Rec.* 18).

Le Conseil se prononce *sur le principe même des nationalisations*. S'il reconnaît au Parlement le pouvoir d'apprécier discrétionnairement la nécessité de nationaliser ou non telle ou telle entreprise, il fixe des limites à cette liberté.

- Il vérifie, d'abord, si le législateur, en justifiant les nationalisations par la lutte contre la crise économique dans la perspective du développement de la croissance et de la résorption du chômage, répond bien à la « *nécessité publique* » imposée par l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.
- Ensuite, il n'accepte les nationalisations que dans la mesure où elles n'ôtent pas toute portée à la *liberté d'entreprendre* ; un certain équilibre entre la propriété privée et la propriété publique doit être respecté. Il est donc implicitement exclu la possibilité d'une socialisation intégrale de l'économie par la loi ordinaire, qui nécessiterait une révision de la Constitution.

On remarque toutefois que le Conseil se limite à rechercher l'éventuelle *erreur manifeste d'appréciation* commise par les parlementaires. Cette attitude s'apparente à celle du Conseil d'État en matière de contrôle restreint de l'excès de pouvoir – les expressions sont du reste les mêmes. Mais, le contrôle constitutionnel a une portée bien plus large que le contrôle administratif : une décision négative du Conseil constitutionnel remettrait autant en cause la légitimité démocratique du texte que sa régularité juridique ; il n'est donc guère surprenant que le juge constitutionnel opère un contrôle limité, finalement très abstrait, des justifications du programme de nationalisation.

► La **loi de nationalisation du 11 février 1982** précise les secteurs concernés, en se bornant à dresser une liste de groupes industriels, de sociétés et d'institutions bancaires à nationaliser. Dans tous les cas, l'État devra détenir le capital social des nouvelles entreprises publiques.

- La loi vise d'abord le **secteur bancaire**. L'État y était déjà très présent depuis 1945, avec la nationalisation de la Banque de France et de quatre grandes banques de dépôts (le Crédit Lyonnais, la Société Générale, la Banque nationale pour le commerce et l'industrie, le Comptoir national d'escompte de Paris). Il s'agit désormais d'assurer l'emprise des pouvoirs publics en transférant dans le secteur public trente-six banques privées et deux compagnies financières, ainsi que leurs filiales. Afin de satisfaire aux exigences du Conseil constitutionnel, les banques étrangères, les banques françaises sous contrôle étranger et les petites banques indépendantes échappent à la nationalisation.

Le Crédit industriel et commercial (CIC), le Crédit du Nord, le Crédit commercial de France (CCF), la Compagnie française de Paris et des Pays-Bas, la Compagnie financière de Suez sont destinés à intégrer progressivement le vaste secteur bancaire public. En outre, l'État rachète la partie du capital de la Banque nationale de Paris, du Crédit Lyonnais et de la Société Générale qui avait été offerte à leurs salariés ; capital qui, du reste, avait souvent été recédé par la suite à de nouveaux actionnaires.

- La loi mentionne aussi cinq groupes industriels et leurs filiales : la Compagnie générale d'électricité (CGE), Pechiney-Ugine-Kuhlmann (PUK), Rhône-Poulenc, Saint-Gobain, Thomson-Brandt. Au total, plus de 3 500 entreprises sont concernées.

Ce vaste programme de nationalisation doit **renforcer le poids économique du secteur public**. À la veille des élections législatives du 16 mars 1986, le secteur public industriel représentera 16 % des salariés de l'économie française (5 % en 1981), 17 % de la valeur ajoutée (7 % en 1981), 22 % des investissements (12 % en 1981) et 27 % des exportations (10 % en 1981), ce qui en fait le plus important secteur public industriel en valeur absolue et le second en valeur relative en Europe (après celui de l'Autriche).

→ Les mécanismes de nationalisation

La nationalisation n'est pas le seul mode de création des entreprises publiques : une entreprise publique peut être créée *ex nihilo* (la Compagnie nationale du Rhône en 1921, la Banque française du commerce extérieur en 1946, l'Institut de développement industriel en 1970), ou encore résulter de la personnalisation juridique d'une régie (la SEITA et l'ORTF en 1959, l'Imprimerie nationale en 1993). Une filiale créée par une entreprise publique peut même devenir une entreprise publique de second rang si l'entreprise mère se réserve la majorité de son capital social. En tout cas, la nationalisation au sens strict s'analyse, en principe, comme le recours autoritaire à des procédés juridiques fortement contraignants, c'est-à-dire la dépossession forcée et complète des actionnaires privés d'une entreprise. On a pourtant souvent assimilé à cette situation d'autres hypothèses : l'intégration au

secteur public d'entreprises privées par voie conventionnelle, ou la simple prise de participation majoritaire – voire minoritaire – de l'État au capital.

Dans le cadre des **nationalisations au sens strict**, l'évaluation des entreprises à intégrer au secteur public obéit à des règles hétérogènes.

- Pour estimer la valeur des **entreprises cotées en Bourse**, la première version de la loi de nationalisation (votée le 18 décembre 1981) retenait un mécanisme complexe d'évaluation, fondé sur divers critères financiers (coût moyen des actions, situation nette comptable, bénéfice net moyen). Il a été écarté par le Conseil constitutionnel car il amputait sans justification les indemnités auxquelles avaient droit les actionnaires (CC, déc. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Rec.* 18). La loi du 11 février 1982 s'en tient finalement au **cours de la Bourse** observé pendant la période octobre 1980-mars 1981, augmenté de 14 % pour compenser la dépréciation monétaire.
- Pour les **sociétés non cotées en Bourse** (la majorité des banques), l'indemnisation prévue par la loi du 11 février 1982 est calculée sur la base de **l'actif** et du **bénéfice nets actualisés** pour tenir compte de la dépréciation monétaire.
- Dans les deux cas, la **Caisse nationale des banques (CNB)** et la **Caisse nationale de l'industrie (CNI)** ont la charge de réaliser l'opération de nationalisation proprement dite. Dans le secteur bancaire et le secteur de l'industrie, elles émettront des obligations en échange des actions, dont elles assureront ensuite la gestion, payant les intérêts et remboursant le capital. Les taux de rendement sont indexés sur celui des obligations d'État à plus de sept ans. Le remboursement doit intervenir sur quinze ans, avec tirage au sort annuel.

Pour les **prises de contrôle majoritaires**, l'État conclut directement un accord avec les actionnaires privés. Diverses techniques de droit commercial peuvent être utilisées, comme la technique de **l'offre publique d'échange** d'actions contre des obligations émises par les pouvoirs publics. C'est ainsi qu'est pris le contrôle des groupes Usinor-Sacilor, Dassault-Bréguet, Matra et CII-Honeywell-Bull. Certaines de ces opérations n'ont pas eu de coût immédiat pour les pouvoirs publics car elles résultent de la conversion de créances ou de prêts publics antérieurs. Chez Dassault-Bréguet, l'État détenait déjà une participation de 20 % ; afin d'obtenir une aide publique renforcée pour réaliser des investissements, la Société centrale d'études Dassault fait un don, en novembre 1981, qui permet aux pouvoirs publics d'obtenir 51 % du capital, la société Dassault s'en réservant 49 %.

2. Les difficultés du secteur public

Au lendemain des élections présidentielle et législatives d'avril et juin 1981, les gouvernants reconnaissent que l'extension du secteur public ne peut suffire à

résoudre les déséquilibres financiers des entreprises publiques, une réflexion sur les principes mêmes de l'organisation du secteur public s'impose.

→ La lutte contre les déficits

En 1967, le **rapport Nora** dénonçait déjà les déficits financiers des entreprises publiques, qui ne cessèrent de s'aggraver avec la crise économique des années 1970. Il fallait réagir.

Début **1981**, on constate un **endettement important des entreprises publiques, à court ou long terme**. Les Charbonnages de France et la SNCF sont obligés d'emprunter pour financer leur fonds de roulement ; d'autres entreprises sont **endettées envers l'étranger**, l'État les ayant encouragés à recourir aux financements extérieurs afin de ne pas réduire le potentiel d'investissement national. Ni les contrats de programme conclus avec l'État à la fin des années 1960, ni les contrats d'entreprise de la fin des années 1970 qui fixaient des objectifs de compétitivité et des indicateurs de gestion permettant d'évaluer les résultats par rapport aux objectifs et aux aides étatiques, ne sont parvenus à rétablir durablement l'équilibre financier des entreprises. Dès lors, le programme de nationalisation de 1982 apparaît comme une nouvelle tentative de résoudre à moyen terme le déficit endémique du secteur public industriel et commercial.

Dans le prolongement du plan de rigueur de juin 1982 (blocage des prix et des salaires), l'État adopte un **plan de redressement** à l'égard **des entreprises publiques**. Il est axé sur la modération salariale, la réduction des effectifs, la recherche de nouveaux investisseurs et l'encouragement au financement sur capitaux privés. La loi du 3 janvier 1983 sur le développement de l'épargne vise à **favoriser l'investissement des entreprises publiques**, qui peuvent désormais plus facilement s'endetter, et donc investir, en émettant des titres participatifs et des certificats d'investissement. Sous l'influence de ces mesures et d'une amélioration sensible de la situation économique internationale, la plupart des groupes nationalisés redeviennent bénéficiaires en 1985 (EDF, les Charbonnages de France, Air France, Aérospatiale). L'État restreint alors les dotations budgétaires au secteur public nationalisé – qu'il n'aurait, du reste, plus les moyens de maintenir à un niveau équivalent. Il plafonne (1985), puis diminue (1986) les dotations budgétaires à la sidérurgie et à la Régie Renault.

→ La réorganisation du secteur public

En parallèle à la réalisation du programme de nationalisation, une politique d'adaptation et de restructuration du secteur public est conduite pendant la législature 1981-1986.

Le **Gouvernement** bénéficie quelquefois d'**une certaine liberté d'action**. Si la loi de nationalisation du 11 février 1982 prévoit que toute cession d'entreprise doit être

autorisée par la loi, elle n'interdit pas de procéder à la **prise de contrôle majoritaire** d'entreprises privées par voie conventionnelle (filiales françaises de la société américaine ITT). À l'inverse, il est décidé, ponctuellement, de **céder quelques filiales** d'entreprises publiques au secteur privé, notamment la branche téléphone de Thomson (vendue à la Compagnie générale d'électricité).

La nouvelle majorité renforce les **principes du service public** dans l'organisation du secteur public.

- La **représentation tripartite** dans les entreprises publiques est relancée afin de favoriser la confrontation des représentants de l'État, des salariés et de l'environnement économique.
- Les **contrôles publics** exercés sur l'activité des entreprises subissent des atténuations ; les contrôles a priori sont supprimés.
- La **contractualisation** est développée : des contrats de plan pluriannuels (de trois à cinq ans) sont adoptés à Air France, aux Charbonnages de France, à la SNCF et à EDF dès 1983.
- Le secteur public est plus que jamais présenté comme le lieu privilégié de l'**innovation sociale** : il doit jouer un rôle pilote dans la recherche d'une démocratie industrielle.

Une certaine confusion apparaît néanmoins dans les objectifs fixés aux entreprises publiques : alors qu'elles sont soumises de plus en plus fortement aux obligations du service public, particulièrement aux tarifications déterminées par l'État, on leur demande de se plier toujours davantage aux règles de gestion des sociétés commerciales.

B – La réduction du secteur public

Les élections législatives du 16 mars 1986 font découvrir aux Français la cohabitation institutionnelle sous la V^e République. La nouvelle majorité prend le contre-pied de la politique d'extension du secteur public initiée par la gauche en 1981, et entame une politique intensive de privatisation, qui ne sera que partiellement remise en cause après les élections présidentielle et législatives de 1988, reprenant même après les élections législatives de 1993, sans être interrompue ensuite jusqu'à nos jours.

1. Le programme de privatisation de 1986

La **loi du 2 juillet 1986** autorise le Gouvernement à procéder à la privatisation de **soixante-cinq sociétés** en cinq ans. Certaines de ces entreprises avaient fait partie des vagues de nationalisation de 1945 ou de 1982. Si l'on comptabilise les filiales, c'est près de 1 500 entreprises qui sont concernées. Elles relèvent du **secteur concurrentiel**

industriel (neuf grands groupes) **ou financier** (quarante-deux entreprises du secteur bancaire et treize du secteur des assurances). L'État attend de ce programme de privatisation près de 300 milliards de francs de recettes.

→ Les mécanismes de privatisation

La loi du 2 juillet 1986 a été complétée par la loi du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations qui **confère au ministre de l'Économie et des Finances de vastes prérogatives dans la préparation et le déroulement de l'opération de privatisation** : il fixe le calendrier des opérations, choisit entre la privatisation totale ou la prise de participation majoritaire, désigne les conseils financiers, comptables et juridiques. C'est à lui, conformément aux choix gouvernementaux, de choisir selon l'entreprise concernée entre la cession sur le marché ou hors du marché financier.

► La **cession sur le marché financier** oblige à respecter plusieurs étapes.

- Après un audit des comptes de la société (par un cabinet choisi au moyen d'une procédure d'appel d'offres), la **Commission de privatisation**, composée de sept membres nommés par décret pour cinq ans, est saisie par le ministre de l'Économie et des Finances. Elle procède à une **évaluation** de l'entreprise – qui sera **rendue publique** – en tenant compte de la valeur boursière des titres, de l'importance des actifs, des bénéfices réalisés, de l'existence de filiales et des perspectives d'avenir.
- Le **ministre arrête les prix d'offre ou de cession**, ainsi que les **parités** d'échange, qui **ne peuvent être inférieurs à l'évaluation de la Commission**. Lorsqu'il décide les conditions de la mise en vente sur le marché, la Commission donne son avis.
- Dès lors, 70 % au minimum des actions donnent lieu à une **offre publique de vente sur le marché**. La Chambre des agents de change centralise cette procédure de vente et fait connaître les conditions de vente : nombre de titres émis, prix de vente, durée de l'offre. Des actions sont réservées aux salariés et anciens salariés de l'entreprise (jusqu'à 10 %) ou proposées à des investisseurs étrangers (jusqu'à 20 %).

► La **cession hors marché** permet au Gouvernement d'exercer un contrôle plus étroit sur les acquéreurs, au nom de la défense des intérêts nationaux.

- La technique du « **noyau stable** », qui vise à stabiliser l'actionnariat, consiste à rechercher quelques grands actionnaires appartenant aux principaux secteurs économiques (banques, assurances, industries), auxquels on attribue environ 20 % du capital afin d'éviter par la suite toute acquisition hostile de titres par le biais d'offres publiques d'achat ; le reliquat est réparti entre le grand public, les salariés et des actionnaires étrangers.
- La technique du « **golden share** » est fondée sur des actions spécifiques. Ces titres confèrent aux pouvoirs publics un droit de veto sur les cessions d'actifs

et les prises de participation supérieures à un seuil défini par la loi (10 %). Ils permettent aussi de nommer des représentants au conseil d'administration. Ces techniques ont été appliquées à Elf, Bull ou Havas.

- Il est parfois recouru à des règles *ad hoc* : toutes les actions de l'Institut de développement industriel (IDI) sont attribuées aux salariés, 90 % des actions de la Caisse nationale de Crédit agricole (CNCA) sont réservées aux caisses régionales de Crédit agricole.

→ La mise en œuvre du programme

Les privatisations devaient s'étendre sur toute la législature (1986-1991), selon les capacités d'absorption du marché financier. L'alternance politique de mai-juin 1988 remet pourtant en cause leur développement.

► Le **marché financier** est d'abord favorable aux premières privatisations : en neuf mois, le tiers du programme est réalisé. Mais avec le krach boursier de l'automne 1987, et l'approche de l'élection présidentielle du printemps 1988, le mouvement s'essouffle. De grandes sociétés ont néanmoins été privatisées par le gouvernement Chirac : Saint-Gobain, Paribas, Matra, Suez, le Crédit commercial de France, la Compagnie générale d'électricité, Havas, la Société Générale et TF1. La capitalisation boursière de ces entreprises était de près de 120 milliards de francs, ce qui a représenté pour l'État un gain de 67 milliards de francs après déduction des coûts de privatisation, autant dire un certain apport pour atténuer la dette publique, même si une modeste part y sera effectivement consacrée.

► L'**alternance politique de 1988**, consécutive à l'élection présidentielle des 24 avril et 8 mai et aux élections législatives des 5 et 12 juin, entraîne une **période de stabilisation**. François Mitterrand, qui l'emporte avec une majorité socialo-communiste-radical de gauche, défend le principe « **ni privatisation, ni nationalisation** ». On décide de renommer la Commission de privatisation, qui devient la Commission d'évaluation des entreprises publiques (décret du 22 novembre 1988). L'État est néanmoins assez rapidement tenté de vendre une partie des titres de ses entreprises pour financer la rénovation et l'expansion du secteur public.

► Le **décret du 6 avril 1991** lance une **politique de « respiration »** du secteur public qui assouplit la règle du « ni-ni ». Le capital d'une entreprise publique peut désormais être **ouvert par décret à une société privée** (participation maximale de 49,9 %) par des **négociations de gré à gré**, sans offrir une participation financière aux salariés dans l'industrie et le secteur bancaire. Les assurances sont exclues du dispositif, car le législateur a précédemment limité à 25 % le capital étranger dans les assurances nationalisées (GAN, UAP, AGF). Le décret précise aussi la **nature des accords entre**

groupes après autorisation du ministre de l'Économie et des Finances. Il s'agit bien davantage d'économie mixte que d'économie de marché, car l'État garde la majorité du capital, et donc le pouvoir de décision. Rhône-Poulenc, Crédit local de France, Elf Aquitaine et Total cèdent des titres ; Volvo entre pour 25 % dans le capital de Renault – qui est devenu une société anonyme en 1990 –, Renault S.A. obtenant en échange 10 % du capital de Volvo ; Pechiney crée la filiale Pechiney International pour racheter 25 % d'American Can.

2. La relance des privatisations depuis 1993

La **loi de privatisation du 19 juillet 1993**, adoptée au début de la deuxième cohabitation, présente de nombreuses imprécisions. L'exposé des motifs du projet de loi indique que « la privatisation des entreprises publiques du secteur concurrentiel constitue une des priorités majeures du gouvernement », reprenant ainsi la terminologie du rapport Nora (1967) qui distinguait les entreprises publiques du secteur concurrentiel et les entreprises publiques à forte contrainte de service public. Mais aucun critère de différenciation n'est proposé, de sorte que l'entreprise privatisable se reconnaît principalement au fait qu'elle figure dans la **liste d'entreprises annexée à la loi de privatisation**.

Cette liste comprend *vingt et une entreprises* :

- Douze entreprises figuraient déjà dans le programme de 1986 : les assureurs AGF, GAN, UAP, les banques Hervet, Crédit Lyonnais, BNP, Société marseillaise de crédit, les industriels Pechiney, Rhône-Poulenc, Bull, Thomson S.A., Société nationale Elf Aquitaine.
- S'y ajoutent neuf nouvelles entreprises : les industriels Usinor-Sacilor, SNECMA, SEITA, Renault et Aérospatiale, les transporteurs Air France et Compagnie générale maritime, les assureurs Caisse centrale de réassurance et Caisse nationale de prévoyance.

Au total, 280 000 salariés sont concernés, et 106 milliards de francs de ressources nettes devraient être apportés à l'État par les nouveaux actionnaires.

→ Les mécanismes de privatisation

Les principes de la **loi du 6 août 1986** sont *largement confirmés*, sous réserve de *quelques modifications*. Il est rappelé que les **règles de transfert** relèvent du domaine de la loi. La décision de privatiser une entreprise appartenant à la liste fixée par le législateur doit néanmoins intervenir par décret car il n'y a pas de date butoir dans la loi ; il est seulement précisé que l'on doit renouveler les dirigeants de l'entreprise à la veille de sa privatisation. Le Parlement est confirmé dans son pouvoir de détermination des principes et des modalités des privatisations ; il peut

seulement consentir au Gouvernement des *délégations limitées de compétence*. Comme en 1986, la cession de l'entreprise publique peut intervenir sur le marché financier ou de gré à gré.

► La **cession sur le marché financier** dépend du ministre de l'Économie et des Finances et de la Commission de privatisation. Cette dernière, créée par la loi du 6 août 1986, transformée en Commission d'évaluation des entreprises publiques par le décret du 22 novembre 1988, retrouve sa dénomination première. Le ministre et la Commission ont toujours des missions complémentaires, mais quelque peu modifiées.

- La **Commission de privatisation évalue globalement l'opération** d'échange des titres ou d'augmentation de capital contre apport en nature (parité ou rapport d'échange) par la fixation d'un seuil-plancher au-dessous duquel la valeur de l'entreprise ne peut être déterminée par le ministre.
- La Commission **évalue aussi le prix de cession des titres**, qui ne pourra finalement être inférieur à son évaluation ; cette appréciation intervient désormais avant la prise en compte de la valeur estimée des avantages accordés aux salariés et aux personnes physiques (rabais, délais de paiement, attributions gratuites d'actions). Il n'est plus possible de compenser les avantages accordés aux salariés et aux personnes physiques par des primes acquittées par des actionnaires stables car il faut respecter le prix *minima* (contrairement à 1986).
- La loi de 1993, qui confirme que 10 % du capital est réservé aux salariés lors des cessions sur le marché financier, essaie surtout de **mieux protéger les intérêts nationaux**. En 1986, la quotité des titres cessibles aux étrangers avait été plafonnée à 20 % du capital, et il avait été mis en place la technique des *golden shares*. La loi de 1993 modifie le régime juridique de ces actions spécifiques : la conversion en action spécifique d'une action ordinaire détenue par l'État dans le capital d'une entreprise est désormais décidée par décret et non plus par simple arrêté. Cette action n'est plus enfermée dans un délai préalablement défini. Ainsi, tant que le Gouvernement le désire, il dispose de prérogatives dérogatoires au droit des actions ordinaires : il peut s'opposer à des cessions d'actifs ou refuser son agrément pour certaines prises de participation.
- La loi permet la **cession par tranches successives** afin de tenir compte de la taille des entreprises et des capacités d'absorption du marché financier. Elle autorise à privatiser séparément par décret les filiales d'entreprises qui figurent sur la liste annexée, alors que précédemment il fallait adopter une nouvelle loi pour la privatisation d'une filiale si la loi de privatisation de sa société mère ne l'avait pas expressément prévue.

– Enfin, des **dispositions dérogatoires** sont prises pour quelques entreprises (Renault, Elf Aquitaine, SEITA). La loi du 4 juillet 1990 avait fait de Renault une société anonyme avec certaines dérogations ; la loi de 1993 supprime celles qui sont incompatibles avec un transfert futur de l'entreprise dans le secteur privé. Pour la SEITA, on renonce à la disposition prévoyant que le capital de l'entreprise appartient à l'État ; c'est un pas vers la disparition du monopole de fabrication et d'importation des tabacs. Pour Elf, la loi ramène à 30 % le niveau obligatoire de la participation publique.

► La **cession hors marché financier**, dite de gré à gré, concerne le transfert d'entreprises publiques secondaires comptant plus de 1 000 salariés ou réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 1 milliard de francs (0,6 en 1986). Elle nécessite un décret respectant les principes de la loi de privatisation. À partir de 2 500 salariés ou de 2,5 milliards de francs de chiffre d'affaires, l'**avis conforme de la Commission de privatisation** est indispensable. Contrairement à 1986, **aucune réserve d'actions en faveur des salariés** n'est prévue pour ces cessions.

→ La mise en œuvre du programme

La réalisation du programme de privatisation a débuté avec force, puis s'est progressivement ralentie, avec des périodes de relance. Divers mécanismes juridiques ont été utilisés, reposant quelquefois sur des prises de participation du secteur privé plus ou moins importantes.

► **Les privatisations de 1993–1997.** De la loi du 19 juillet 1993 aux élections législatives anticipées des 25 mai et 1^{er} juin 1997, une série **de grandes entreprises publiques** sont **privatisées sur le marché boursier** : la BNP, Rhône-Poulenc, l'UAP, la SEITA, Elf Aquitaine, Usinor-Sacilor, le Crédit local de France, Pechiney, les AGF, la Compagnie générale maritime. Parallèlement, les **privatisations de gré à gré se poursuivent**. Un **décret du 29 août 1995 modifie** néanmoins quelques **règles de la cession hors marché** d'entreprises publiques. À l'issue de l'appel de candidatures, le Gouvernement indique dorénavant sa préférence sans être obligé de justifier son choix, qui n'est définitif qu'après l'avis conforme de la **Commission de privatisation**, laquelle deviendra la « **Commission des participations et transferts** » avec le **décret du 27 avril 1998**.

Au cours de l'année 1996, le programme de privatisation est pourtant stoppé car la plupart des entreprises restant à nationaliser sont déficitaires, notamment Thomson, la Compagnie générale maritime, la Société marseillaise de crédit ou la Société française de production. La poursuite du programme est suspendue au résultat des **élections législatives anticipées de 1997**.

► **Le ralliement de la gauche plurielle aux privatisations (1997-2002).** Après l'avoir emporté aux élections législatives des 25 mai et 1^{er} juin 1997, les socialistes, communistes, radicaux de gauche et écologistes accordent leur soutien au gouvernement Jospin, qui lance la préparation de nouvelles tranches de privatisation, qui s'analysent le plus souvent comme des ouvertures du capital, pas nécessairement majoritaires, à des investisseurs privés. Thomson CSF, le GAN, le CIC et la CNP sont concernés en 1998, la Société marseillaise de crédit, le Crédit Lyonnais, le Crédit foncier de France, L'Aérospatiale (devenue EADS) et Thomson Multimedia en 2000, La Banque Hervet et la Société française de production et de création audiovisuelles en 2001. En 2002, seules quatre entreprises de la liste de 1993 n'ont pas encore été transférées au secteur privé : Air France, la Caisse centrale de réassurance, le CNP assurances et la SNECMA.

→ L'élargissement du programme après 2002

Jacques Chirac est réélu à la présidence de la République les 21 avril et 5 mai 2002 et le fait majoritaire est rétabli en sa faveur aux élections législatives des 9 et 16 juin. Le gouvernement Raffarin décide de relancer les ouvertures de capital des entreprises publiques aux investisseurs privés, mais aussi de **développer le mouvement de privatisation au-delà de la loi de 1993**. Par la suite, tous les gouvernants poursuivront en ce sens, poussés par les développements de l'Union européenne, les nécessités de la globalisation des marchés et le désir de réduire les déficits publics par des rentrées financières.

► Qu'il s'agisse de privatisations au sens strict ou d'ouverture du capital (majoritaire ou non) à des actionnaires privés, **une série d'entreprises voient leur situation changer** : Air France, France Télécom et la Société nationale immobilière (cédée à la Caisse des dépôts et consignations) en 2004, EDF et GDF en 2005, Sanef, APRR, ASF, Aéroports de Paris, SNCM en 2006, DCN en 2007, GRTgaz en 2011, Safran et EADS en 2012.

Après la réalisation de ces privatisations, le **Rapport 2013 sur l'État actionnaire** montre que les entreprises du secteur public présentent un chiffre d'affaires de leurs comptes combinés de 150 milliards d'euros (en progression de 7 % par rapport à l'année précédente). Le résultat net est de 6 milliards d'euros (stable), la valeur du portefeuille coté en bourse de 68 milliards d'euros. Au 1^{er} septembre 2013, **l'État détient des participations dans une douzaine de sociétés cotées** : EDF (84,5 %), ADP (50,6 %), GDF-Suez (36,7 %), Thales (27,1 %), Safran (27,1 %), Air France-KLM (15,9 %), Renault (15 %), Areva (14,3 %), Orange (13,6 %), EADS (12 %), Dexia (5,7 %) et CNP (1,1 %).

- **L'impact économique et financier des privatisations est manifeste** depuis une trentaine d'années.
 - Entre 1986 et 2007, les **recettes de cession de titres et de privatisation** représentent **89 milliards d'euros**. Elles sont les plus fournies entre 1997 et 2002 (gouvernement Jospin). Elles ne financent toutefois le désendettement de l'État et des administrations publiques qu'à hauteur de 10 milliards d'euros, ayant surtout servi à **recapitaliser les entreprises publiques** ou à réaliser des **investissements**. En réduction sensible, ces recettes représentent seulement 2,6 milliards d'euros entre 2008 et 2013.
 - Les privatisations ont néanmoins contribué à la modernisation de la Bourse de Paris et à son rayonnement international car les entreprises privatisées étaient majoritairement des multinationales.
 - Les **répercussions économiques** des privatisations sont pourtant **assez contrastées** ; changer de propriétaires ne suffit pas à améliorer la situation d'une entreprise ou d'un secteur si rien d'autre n'est fait. Les banques et les assurances privatisées ont dû s'interroger davantage sur leurs structures, raisonner en termes de prix et de services, afin de se fixer de nouvelles perspectives d'évolution et tenter de remédier aux dysfonctionnements.
- La France n'en est pas moins encore **assez éloignée d'une économie concurrentielle strictement régulée par le marché** : l'attachement des salariés au secteur public reste fort, les monopoles sont plus aménagés que démantelés dans les domaines de l'énergie, des assurances, des banques ou de l'armement ; divers organismes continuent à échapper à la privatisation (les caisses d'épargne, le secteur mutualiste). L'économie de marché n'a toujours pas supplanté l'économie administrée. Du reste, lorsque les pouvoirs publics se sont trouvés confrontés à la **crise financière d'une ampleur exceptionnelle de la fin de l'été 2008**, tant boursière que bancaire, ils ont décidé de voler au secours des banques. En coordination avec les principes arrêtés dans le cadre de l'Union européenne, un **plan ambitieux de soutien** à ce secteur d'activité s'est appuyé sur la Société de refinancement (au sein de laquelle l'État était actionnaire à côté des banques) et la Société de prise de participation de l'État (permettant d'entrer au capital des institutions bancaires qui le souhaitent). Les **prises de participation des pouvoirs publics** ont toutefois été limitées à la durée de la crise financière et à ses conséquences économiques. Ces décisions confirment néanmoins que les **nationalisations restent** toujours un **levier potentiel de la politique économique gouvernementale**.

La planification, l'aménagement et le développement durable du territoire

Dans le cadre de la décentralisation relancée en 1981-1982, la planification française reste encore relativement simple à appréhender : le plan de la nation s'est pérennisé depuis 1947, les contrats de plan entre l'État et les régions, ou entre l'État et les entreprises publiques contribuent à sa réalisation. L'aménagement du territoire s'en démarque assez nettement, et fait l'objet de législations et de réglementations spécifiques. Aujourd'hui, la situation a changé : la France a renoncé au plan national (1992) et les imbrications entre la planification et l'aménagement du territoire se sont multipliées ; le développement durable est devenu un maître mot pour les pouvoirs publics. Mais si l'État délègue largement ses prérogatives aux collectivités territoriales, il n'en veille pas moins à se réserver des possibilités d'intervention directe ou de surveillance.

I. La politique nationale de planification

À la Libération, la France décide d'encadrer le redressement du pays par un plan de reconstruction et de développement économique. Cette initiative originale, fondée sur des principes sans équivalent dans les pays voisins, se pérennise durant plusieurs décennies.

A– Les aspects généraux

Née en 1947, la planification nationale a permis l'élaboration et l'exécution d'une dizaine de plans en un demi-siècle, avant de se figer au début des années 1990, lors de la préparation du XI^e plan.

1. L'émergence de la planification

Jean Monnet (1888-1979) a joué un rôle de premier plan dans l'adoption des règles de planification. Le succès de ses idées résulte autant d'un concours de circonstances que du ralliement de personnalités politiques, de chefs d'entreprises et de syndicalistes venus d'horizons divers.

→ Les propositions de Jean Monnet

Durant la guerre, ce fils de viticulteur a mûri ses convictions européennes : pour lui, il n'y aura de paix possible que si l'on construit l'unité économique de l'Europe. À cette fin, il avance l'idée d'une planification souple par les pouvoirs publics, largement financée, dans un premier temps, par des crédits étrangers.

► La planification proposée est une **critique radicale du dirigisme économique**, tout particulièrement du modèle de l'Union soviétique (URSS).

- Depuis les années 1920, l'**Union soviétique** représente pour un grand nombre d'observateurs l'**archétype du système planifié**. Même si sa Constitution précise que la direction de l'économie est réalisée sur la base « *des plans d'État de développement économique et social* » (art. 16), le plan économique est considéré comme un **plan unique** comportant une pluralité de documents (plan agricole, plan industriel...). Il forme un tout indivisible dont chaque élément est normatif. Son aspect impératif met, en principe, l'économie soviétique entièrement entre les mains du pouvoir politique. À côté des *sovkhozes* (fermes d'État strictement soumises au plan) et des *kolkhozes* (coopératives agricoles), quelques assouplissements permettent toutefois la redistribution de terres à des fins d'utilisation personnelle ; un petit commerce est également toléré.
- En France, au contraire, on **souhaite reconstruire le pays pour construire l'Europe, sans recourir à la contrainte**. L'État doit encadrer les actions économiques, et favoriser l'avènement d'un consensus social en regroupant par la persuasion le patronat, les salariés et l'ensemble de la population autour d'objectifs communs. À l'utilisation des prérogatives de puissance publique, Jean Monnet préfère la dynamique volontaire des individus et des entreprises. S'il revient au législateur d'**élaborer un plan d'ensemble** par un acte général et impersonnel, la planification doit avoir pour seul but de définir les **incitations et avantages financiers** (subven-

tions, déductions fiscales ou aides au développement économique) qu'accordera l'État aux agents économiques en échange du respect des priorités planifiées.

► La **rationalité du plan** doit encourager à **se regrouper autour de ses objectifs**. Des **commissions de modernisation** ouvertes aux diverses tendances politiques ou économiques de la nation permettront la rencontre de représentants de l'administration, de syndicalistes ouvriers ou patronaux, d'experts neutres choisis pour leurs compétences économiques et sociales. Sans nouveau ministère, ni nouvelles administrations centrales, il est proposé de créer une **administration de mission** (Commissariat général du plan) plus souple, rassurante et facile d'accès qu'un ministère, assurant l'interface entre l'État et les partenaires sociaux.

► Afin de **financer de manière originale la planification**, Jean Monnet compte sur les **crédits étrangers**. En effet, les Américains se sont engagés au lendemain de la guerre à apporter une aide financière à l'Europe de l'Ouest (ce sera le plan Marshall) pour des raisons tant politiques qu'économiques. Ils souhaitent créer des liens privilégiés avec les États européens dotés d'un système politique libéral, et les aider à se reconstruire ; ils y voient le meilleur moyen de restaurer une paix durable, mais aussi de préserver leurs propres intérêts économiques et freiner l'influence de l'URSS. On espère ainsi trouver un précieux instrument de financement extérieur au budget de l'État, du moins dans l'immédiat.

→ La concrétisation de l'idée de planification

À la Libération, le revenu national n'est plus que la moitié de celui de 1929 ; le pays est extrêmement affaibli. Les hommes politiques, dirigeants d'entreprise ou syndicalistes adhèrent donc d'autant plus facilement – au-delà de leurs oppositions partisans – à l'idée d'un **plan de reconstruction** visant à retrouver le plus rapidement possible la situation économique d'avant-guerre.

On constate assez vite un **consensus** sur les idées de Jean Monnet, non sans quelques arrière-pensées. À gauche, les **communistes**, qui défendaient au sein du Conseil national de la Résistance (CNR) le mécanisme du plan quinquennal impératif – sans réclamer toutefois la socialisation complète de l'économie – sont gagnés à l'idée de planification, et soutenus par la CGT qui, avant la guerre, proposait déjà la mise en place d'institutions planificatrices. Ils trouvent néanmoins les propositions trop modestes, par rapport au plan soviétique. Les autres tendances politiques, particulièrement les **gaullistes** et les **socialistes**, acceptent largement l'idée d'une planification, dès lors qu'elle sera souple et non impérative.

Le CNR parvient à un compromis, le 23 novembre 1944 ; le Gouvernement du général de Gaulle se rallie à l'élaboration d'un **plan de modernisation et d'équipement**, qui sera arrêté par le Conseil des ministres du 21 décembre 1945. Un décret du 3

juin 1946 fixe les attributions du **Commissariat général du plan**, cabinet d'experts chargé de synthétiser les travaux des commissions de modernisation afin de fixer les objectifs quantitatifs et sectoriels du plan, et gérer l'aide américaine. Jean Monnet en prend la direction.

Décidée dans l'urgence, la planification aurait pu être remise en cause une fois la reconstruction et la relance de l'économie acquises, mais le compromis initial s'est pérennisé. Les textes constitutionnels de la IV^e et de la V^e Républiques n'accordent pourtant qu'une place limitée à la planification. La Constitution du 27 octobre 1946 mentionne seulement un « plan économique national ayant pour objet le plein-emploi des hommes et l'utilisation rationnelle des ressources matérielles » (art. 25), et la Constitution du 4 octobre 1958 se borne à préciser que le Conseil économique et social donne un avis sur « tout plan » (art. 70). Autant dire que l'essor de la planification doit assez peu aux textes constitutionnels, et bien davantage à la dynamique instaurée dès la Libération qui a permis à la plupart des agents économiques de trouver rapidement avantage à agir en fonction des priorités planifiées.

2. Le plan de la nation

Sans bouleversement radical, les principes directeurs de l'après-guerre ont connu des adaptations dans les dix plans nationaux adoptés et exécutés entre 1947 et 1992 ; quelques réformes ont également été apportées aux institutions de planification.

→ Les caractéristiques du plan

Même si les techniques de planification évoluent, des caractéristiques communes aux plans adoptés ne cessent de se retrouver.

► **Un plan sectoriel.** Dès 1947, la France adopte une planification qui ne concerne que *des secteurs économiques* désignés comme *prioritaires* ; de nombreuses décisions économiques ou sociales échappent au dispositif. Chaque plan est indépendant des plans passés et à venir : on peut toujours introduire de nouvelles priorités, en retirer d'anciennes.

► **Un plan indicatif et incitatif.** En principe, le plan, qui n'a pas force obligatoire à l'égard des agents économiques, n'engage pas non plus l'État au-delà de *la loi de finances de l'année*. Les pouvoirs publics peuvent néanmoins recourir aux *lois de programme* et aux *autorisations de programme*, puis aux *décrets de programme* à engagements échelonnés sur plusieurs années (après 1955). L'ordonnance du 2 janvier 1959 confirme ces pratiques sous la V^e République, en les encadrant plus strictement.

Il faut cependant signaler que, quarante ans plus tard, et après la mise en sommeil de la planification nationale en 1992, la *loi organique du 1^{er} août 2001* relative aux

lois de finances (LOLF) a précisé que les crédits ouverts sont désormais constitués par des **autorisations d'engagement** (ex-autorisations de programme) et des crédits de paiement. Les autorisations d'engagement, qui fixent la limite supérieure des dépenses pouvant être engagées sur plusieurs années, couvrent à la fois les dépenses d'investissement et les dépenses de fonctionnement. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a insisté à son tour sur les « orientations pluriannuelles des finances publiques » (art. 34 et 70 de la Constitution).

► **Un plan souple.** La procédure de planification, qui s'est précisée au fil des plans, est caractérisée par son adaptabilité.

- Lors de l'**élaboration** du plan, un **débat parlementaire** permet de dégager plusieurs options de croissance ; la loi de plan propose ensuite un certain nombre de règles conformes à l'option qui s'est imposée.
- Au cours de son **exécution**, une **révision du plan** est possible. Des techniques de plus en plus affinées permettent, surtout à partir des années 1970, de le doter de ses propres indicateurs : on peut ainsi évaluer en cours de période le degré de réalisation des objectifs, et fixer les corrections qui s'imposent. Cette adaptation interne de la planification impose à l'administration de développer la concertation ; les commissions de modernisation du plan, auxquelles participent les syndicats, suivent son exécution pendant toute sa durée afin de proposer des modifications. En marge de la planification nationale, le législateur peut également adopter des lois particulières instaurant de nouveaux objectifs ou des aides spécifiques, ce qui en renforce les effets.

► **Un plan aux effets juridiques indirects.** La **valeur juridique** du plan national a toujours été **controversée**, même si celui-ci favorise certains comportements des agents économiques.

- Si la loi de plan est un acte pluriannuel dénué de tout caractère impératif, elle n'en fait pas moins partie de l'ordre juridique. Le Conseil constitutionnel a reconnu que la planification **appartient matériellement au domaine de la loi**, sans que l'article 34 de la Constitution ne le mentionne expressément (CC, déc. n° 82-142 DC du 27 juillet 1982, *Rec.* 52). En tout cas, il n'y a pas lieu de déduire de la mention d'un « plan » à l'article 70 de la Constitution **une obligation gouvernementale de déposer un projet de loi** de plan à intervalles réguliers afin de permettre la succession des plans nationaux. D'une manière générale, le Conseil constitutionnel estime qu'aucune disposition constitutionnelle ne permet au législateur d'adresser des injonctions au Gouvernement (CC, déc. n° 66-7 du 21 décembre 1966, *Rec.* 37). La France a donc parfaitement pu, depuis 1992, s'abstenir d'adopter des plans de la nation.

- Le plan proprement dit est un **acte annexé à la loi de plan** qui l'approuve. Il est proche des lois de programme ou de programmation ; comme elles, il produit des **effets de droit**. C'est ainsi que le Conseil d'État a jugé que la violation directe d'un contrat de plan conclu par l'État pour appliquer les dispositions du plan national est « susceptible d'engager la responsabilité d'une partie vis-à-vis de son cocontractant » (CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg*, Rec. 3). Lorsque des aides d'État ont été accordées en échange d'engagements économiques pris par les entreprises envers les pouvoirs publics, la responsabilité des entreprises ou de l'État peut être mise en cause pour non-respect des engagements respectifs. La loi de plan proprement dite n'en reste pas moins un **acte juridique à caractère prospectif** dont le respect n'est assuré directement par aucune juridiction.

→ Les institutions de planification

La politique de planification, qui est axée sur la **concertation**, fait intervenir les services de l'Élysée et de Matignon, les ministères, le Parlement, le Conseil économique et social, les autorités régionales décentralisées ou déconcentrées.

- Les **ministères** en charge de l'Économie, des Finances, du Budget, de l'Industrie ou de l'Aménagement du territoire **contribuent à la procédure d'élaboration et d'exécution du plan**, aussi bien par des structures ministérielles qu'interministérielles. **Des instituts** étroitement reliés au ministère de l'Économie **jouent aussi un rôle**, tels que l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE), l'Institut national d'études démographiques (INED), le Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC). La Délégation à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) donne également parfois son avis. Cette institution est devenue la Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (2009), avant que le décret du 31 mars 2014 ne la remplace à son tour par le Commissariat général à l'égalité des territoires (CGET).
- La Constitution du 4 octobre 1958 consacrait son titre XI au **Conseil économique et social**. La réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié sa dénomination en lui ajoutant le qualificatif « **environnemental** », et en développant quelque peu ses prérogatives, sans se préoccuper de sa composition, si ce n'est pour la limiter à 233 membres. Les nouvelles dispositions sont entrées en vigueur après deux lois du 28 juin 2010 – dont une loi organique – qui en ont fixé les conditions d'application.
- L'ordonnance portant loi organique du 29 décembre 1958, modifiée par les lois organiques du 27 juin 1984, du 7 novembre 1990 et du 28 juin 2010, fixe toujours sa **composition** : un tiers environ des conseillers représente les salariés, un

autre tiers les entreprises publiques ou privées, et le dernier tiers est composé de représentants des professions libérales, des associations et de quarante personnalités qualifiées dans le domaine économique, social, scientifique et culturel. Les milieux professionnels patronaux ou syndicaux choisissent leurs représentants, mais l'**exécutif** est **maître de la nomination des personnalités qualifiées**, ce qui donne régulièrement lieu à des critiques ; il s'agit trop souvent de récompenser telle ou telle personnalité de la société civile ou d'assurer une activité à un homme politique ayant perdu ses mandats. D'une manière générale, même si la représentativité de l'institution a fait de larges progrès, elle reste toujours discutée. En tout cas, la **durée du mandat** de conseiller reste fixée à **cinq ans**.

- Le **Conseil économique** est un **organe strictement consultatif**, sans pouvoir de décision. La Constitution dans sa rédaction du 4 octobre 1958 indiquait qu'il ne pouvait être saisi que par le **gouvernement**. La loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a ajouté la possibilité d'une **saisine par voie de pétition** dont les conditions ont été fixées par la loi organique du 23 juillet 2010. Elle a également prévu une saisine par le **Parlement**. Le Conseil économique donne **obligatoirement son avis** sur le plan ou les lois de programme (art. 70), peut **être éventuellement saisi** sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret, ainsi que sur les propositions de loi (art. 69). Depuis 2008, il peut être consulté sur tout « projet de loi de programmation » ou tout « problème » à caractère économique, social ou environnemental par le Gouvernement ou le Parlement, mais seulement par le Gouvernement pour les projets de loi de programmation définissant les orientations pluriannuelles des finances publiques (art. 70). Au demeurant, le Conseil peut de sa propre initiative présenter des observations sur l'exécution du plan ou des programmes d'action économique et sociale, ou faire des propositions dans le cadre de ses compétences. Il publie régulièrement des rapports très bien documentés, qui constituent souvent de réels diagnostics, à défaut parfois de dégager des propositions originales.

► Depuis la Libération, le **Parlement** a généralement été saisi des projets de plan, bien que sous la IV^e République, les I^{er} et III^e plans ne lui aient pas été soumis, et le II^e plan seulement après son entrée en application. La loi du 4 août 1962 a finalement retenu le principe d'une approbation *a priori* des grands objectifs du plan, et *a posteriori* du plan définitif. La **loi du 29 juillet 1982** portant réforme de la planification a **renforcé le rôle des parlementaires**, tant dans la procédure d'élaboration que durant l'exécution du plan ; elle a institué **deux délégations parlementaires pour la planification**, l'une à l'Assemblée nationale, l'autre au Sénat, n'empêchant pas l'intervention d'autres délégations pouvant émettre des avis sur des questions liées à la planification. Sans activité régulière, elles ont été supprimées par la loi du 17 juin 2009. Enfin, **les élus des régions** sont des intervenants essentiels dans la

politique de planification car ils participent à l'élaboration et à l'exécution du plan de la nation (avant 1992), et négocient avec l'État le contenu du plan État-région (depuis 1982). Le préfet de région est leur interlocuteur privilégié.

► Une **série d'organes spécifiques** sont les **partenaires permanents du Gouvernement** ou favorisent la **concertation**.

- Le **Commissariat général du plan (CGP)**, créé par le décret du 3 janvier 1946, avait survécu à tous les changements politiques, même à la remise en cause de la planification nationale à partir de 1992. Il a pourtant été supprimé en 2008. Il bénéficiait de l'aide de **divers organismes** qui lui étaient rattachés budgétairement (Conseil supérieur de l'emploi, des revenus et des coûts, Centre d'études prospectives et d'informations internationales) ou qu'il subventionnait (Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie, Observatoire français des conjonctures économiques). **Partenaire permanent du Gouvernement** au cours de la définition, de l'adoption et de l'exécution de la politique de planification nationale, il vérifiait que les projets de loi tenaient compte des priorités de planification, collaborant avec les services ministériels pour préparer la loi de finances. Il contribuait aussi à l'**évaluation des politiques publiques**, et à la **planification régionale** fondée sur les contrats de plan entre l'État et les régions. Ses **travaux** et ses rapports sur la situation économique générale de la France étaient des sources d'information appréciées.
- On mentionnera seulement ici le Centre d'analyse stratégique, qui n'a été créé (par le décret du 6 mars 2006) qu'après l'interruption des plans nationaux (en 1992). Il a été transformé en **Commissariat général à la stratégie et à la prospective (CGSP)** dès le décret du 22 avril 2013. Le directeur général de cet organisme directement rattaché au Premier ministre siège au sein des principales instances interministérielles dans le domaine économique et social. Chargé d'**éclairer le gouvernement** dans la définition et la mise en œuvre des orientations en matière économique, sociale, environnementale ou culturelle, il a trois fonctions principales : la **veille**, l'**expertise** et l'**aide à la décision** pour l'application et la conduite des politiques publiques. Il participe à la **stratégie et la mise en perspective de l'action publique**. Au plan européen, il doit favoriser l'**intégration des politiques communautaires** dans l'action gouvernementale, faire des propositions et définir les conditions d'une coopération efficace. Il est en relation étroite avec les conseils d'expertise et de concertation placés auprès du Premier ministre (Conseil d'analyse économique, Conseil d'orientation des retraites, Conseil d'orientation pour l'emploi).
- La planification nationale nécessite aussi des **organes collégiaux de concertation**. Ils ont souvent changé depuis la Libération. En 1947, les commissions de

modernisation, devenues commissions du plan en 1976, préparaient des propositions dont le Commissariat général du plan faisait ensuite la synthèse. Peu appréciées par les syndicalistes, il leur a été substitué la **Commission nationale de planification** par la loi du 29 juillet 1982, dont la composition témoignait d'une volonté d'ouverture et de démocratisation. Elle exerçait des compétences à tous les stades de la planification, depuis l'élaboration jusqu'à l'exécution. Mais la lourdeur de sa composition et de son organisation a handicapé son action ; elle a finalement été **supprimée**, en 1983, lors des travaux préparatoires du IX^e plan. Le X^e plan a été préparé par sept commissions, chargées chacune d'un secteur, et deux comités consultatifs afin de diversifier davantage la planification.

- Enfin, la planification a donné lieu à la création de **conseils** et de **comités spécifiques**. En 1946, un Conseil du plan avait été institué. Il a cédé la place en 1953 à un Conseil supérieur et à un Comité interministériel. En 1984, le Comité interministériel des programmes prioritaires est apparu, puis a été supprimé à son tour car le Gouvernement a préféré traiter des questions de planification à l'occasion de réunions, comités ou conseils restreints moins formalisés.

B – Les dix plans nationaux

De 1947 à 1992, dix plans nationaux ont été adoptés et exécutés, avant que la préparation du XI^e plan ne soit interrompue pratiquement dès son lancement, pour ne plus être reprise.

1. La planification de 1947 à 1981

Du I^{er} plan (1947-1953) au VIII^e plan (qui n'a finalement pas été adopté), les grands principes de planification n'ont guère évolué, même si de nouvelles techniques sont apparues au début de la V^e République qui méritent l'attention.

→ Les premiers plans

► Le **I^{er} plan (1947-1953)**, dit « plan Monnet », adopté pour la période 1947-1950, s'appuyait sur l'aide américaine du plan Marshall (qui allait ouvrir les crédits nécessaires aux importations de biens d'équipement prévues par le plan), dont on ne connaissait encore ni l'ampleur effective ni la durée. Aussi, afin d'adapter les deux calendriers sans modifier les principes initiaux, le I^{er} plan a-t-il été prorogé jusqu'en 1953. Entré en vigueur le 16 janvier 1947, ce « **Plan de modernisation et d'équipement** » fixe pour objectif à l'économie nationale de dépasser de 25 % le niveau de production de 1929. L'effort doit porter en priorité sur **six secteurs de base**, qui ont beaucoup souffert de la guerre et sont d'une importance vitale pour

l'économie (charbon, électricité, acier, ciment, transport, machinisme agricole). Dès 1950, les objectifs fixés seront dépassés, le rationnement alimentaire supprimé. Cette réussite devient le gage de la poursuite de la planification : elle permet l'émergence d'un nouvel état d'esprit parmi les chefs d'entreprise, constatant qu'ils peuvent s'associer à la reconstruction et la modernisation de l'économie sans que le libéralisme soit remis en cause.

► Le **II^e plan (1954-1957)** et le **III^e plan (1958-1961)** se donnent pour objectif de dépasser à nouveau de 25 % le niveau de production atteint à la fin du plan précédent. On renonce à l'aide sectorielle au bénéfice d'*actions plus localisées et spécifiques* en faveur de la recherche scientifique et technique, de l'adaptation des entreprises industrielles, de la reconversion de la main-d'œuvre. Le III^e plan développe une série de mesures en faveur de la *croissance démographique* et comporte les premières dispositions visant à *préparer l'ouverture de la France à la concurrence européenne* dans le cadre du Marché commun lancé par le traité de Rome du 25 mars 1957. La mise en place d'une véritable comptabilité nationale permet de formuler un objectif de croissance de la production intérieure brute et d'en vérifier efficacement la réalisation. On dispose désormais de moyens permettant de réaliser des *projections économiques à long terme* (dix ans).

→ Du IV^e au VIII^e plan

Des plans de reconstruction de la période précédente, on passe à des plans de croissance visant à encadrer la consommation de masse.

► Le **IV^e plan (1962-1965)** fixe toujours un objectif de croissance du produit intérieur brut de 25 % par rapport à la période précédente, mais il témoigne aussi de *préoccupations sociales* renforcées et encourage à prendre des mesures en faveur des catégories défavorisées.

► Le **V^e plan (1966-1970)** opte pour un objectif de croissance du PIB de 5 % minimum par an. Il intègre des objectifs d'*exportation*, d'*épargne* (lancement de l'épargne logement), de *renovation* des structures commerciales et de *qualification professionnelle*. Il insiste sur l'appréciation quantitative de la répartition des revenus et l'idée de redistribution, notamment fiscale. Dès ce moment, on distingue nettement entre les dispositions purement prévisionnelles et les objectifs dont il faudra *vérifier à mi-parcours la réalisation*, grâce à des *indicateurs d'alerte*, afin de faire des *corrections*, ou d'adopter de nouvelles mesures incitatives à l'égard des agents économiques. Après les événements de 1968, l'exécution du plan est perturbée. La croissance se poursuit, mais les prix dérapent. L'insuffisance de la formation professionnelle et la difficulté à gérer les relations sociales dans les entreprises confirment la nécessité de renouveler les objectifs de planification.

► Le VI^e plan (1971-1975) et le VII^e plan (1976-1980) sont dominés par *de graves difficultés économiques*. La première alerte est donnée par l'abandon de la convertibilité du dollar (le 15 août 1971), la seconde par la décision des pays producteurs de pétrole, membres de l'Organisation des pays exportateurs de pétrole (OPEP), de multiplier par quatre le prix du baril de pétrole brut (octobre-décembre 1973). Au renchérissement important des coûts de production qui s'ensuit, s'ajoute rapidement une crise monétaire grave. Le VI^e plan, qui cherchait à combiner une croissance forte et une restructuration industrielle, est rapidement *en décalage avec les réalités économiques et sociales*, qui font chuter le taux de croissance des pays de l'OCDE. Le VII^e plan renonce aux grands objectifs des plans précédents. Il fait référence à la qualité de la vie et au plein-emploi, et met l'accent sur vingt-cinq *programmes d'action prioritaire* (PAP), qui doivent bénéficier de 100 milliards de francs de crédits individualisés dans les budgets des ministères. Pour cette partie de la planification, le Gouvernement s'engage à inscrire au budget les crédits nécessaires, quelle que soit la situation économique.

En 1978, le Commissaire du plan, Michel Albert, considère que la crise économique n'est pas une « *césure conjoncturelle* », mais une « *rupture structurelle* ». Le VIII^e plan est préparé après une large consultation d'experts étrangers. On étudie par ordinateur divers scénarios macroéconomiques et une série d'hypothèses de politique économique, sans chercher à chiffrer des objectifs. Ce plan ne fut toutefois *pas présenté au Parlement* après les élections législatives des 12 et 19 mars 1978.

2. La planification entre 1981 et 1992

Tous les plans nationaux seront désormais élaborés par des gouvernements de gauche. C'est l'occasion, pour les socialistes et les communistes, de modifier les règles qu'ils contestaient et, surtout, d'ouvrir la planification aux *préoccupations régionales*. Un *ministère du Plan et de l'Aménagement du territoire* est créé dès 1981, afin de redonner un rôle moteur au plan dans la détermination et la mise en œuvre de la politique économique et sociale, mais aussi d'organiser la décentralisation de l'aménagement du territoire.

→ Le plan intérimaire

Lors de la campagne pour l'élection présidentielle des 26 avril et 10 mai 1981, le candidat François Mitterrand lance déjà l'idée d'un *plan démocratisé et décentralisé*. Au lendemain des élections législatives des 14 et 21 juin, un *plan intérimaire de deux ans* est élaboré dans l'urgence avec le concours du Conseil économique et social, des comités économiques et sociaux et de la Commission spéciale du plan. Il devient la loi du 7 janvier 1982.

Le législateur indique les **nouveaux principes** : le plan, qui est « le lieu où les principales décisions d'investissement sont prises », doit **continuer à fixer les grandes orientations** économiques et sociales, mais **pas les détails d'exécution**. La démocratisation de son élaboration impose une consultation élargie des élus locaux et des partenaires sociaux. Tout en restant le texte discuté et voté par le Parlement, le plan doit **devenir plus contractuel**. Le plan intérimaire fait le **bilan** de la situation économique et présente les **objectifs majeurs** pour les deux années à venir : création de 400 000 à 500 000 emplois, croissance économique annuelle de 3 %, réduction de la durée du temps de travail hebdomadaire vers l'objectif des trente-cinq heures, répartition équitable des fruits de la croissance et relance de la consommation. Il est clairement affirmé que les collectivités locales pourront accorder des aides directes (subventions, bonifications d'intérêt) ou indirectes aux agents économiques.

Pendant l'exécution du plan intérimaire, le Parlement adopte les règles de la nouvelle planification. La **loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification** précise que « *le plan détermine les choix stratégiques à moyen terme du développement économique, social et culturel de la nation, ainsi que les moyens pour les atteindre* » (art. 1). La nouvelle procédure d'adoption distingue deux lois successives : la **première loi de plan** définit les objectifs économiques et sociaux à atteindre ; la **seconde loi de plan** précise les mesures d'application. Le législateur se prononce donc séparément sur les objectifs stratégiques et les grandes actions à mener, puis sur les moyens financiers, administratifs et juridiques à mettre en œuvre. La loi fait référence à des **programmes prioritaires d'exécution** (PPE), héritiers des programmes d'action prioritaire (PAP), mais aussi à des **contrats de plan** signés entre l'État et les collectivités locales (surtout régionales), ou avec les entreprises publiques. Enfin, elle crée une **Commission nationale de planification**.

→ Le IX^e plan (1984-1989)

Ce plan est préparé par la Commission nationale de planification, qui s'est adjoint des sous-commissions et groupes de travail. Les régions sont invitées à faire connaître leurs priorités de développement.

Une **première loi de plan** est adoptée le 13 juillet 1983, accompagnée d'un rapport de présentation. La **seconde loi – de mise en œuvre** – n'intervient que le 24 décembre 1984. Une série d'objectifs est fixée : le rétablissement de l'équilibre extérieur dès 1985, un taux de croissance économique supérieur d'un point à celui des États de l'OCDE, la réduction de l'inflation par la maîtrise des coûts salariaux, la lutte contre le chômage, le rattrapage des retards technologiques. On prévoit aussi l'ouverture des frontières et le maintien du franc dans le **Système monétaire européen**.

Le plan national permet la signature d'une première génération de **contrats entre l'État et les régions**, qui doit assurer la cohérence entre les objectifs nationaux et les priorités régionales. Il sert également de fondement à près de 600 contrats passés entre l'État et les départements ou municipalités.

→ Le X^e plan (1989-1992)

La planification nationale est désormais qualifiée de « **stratégique** ». Il s'agit moins de prévoir que de **déterminer des actions majeures à engager**. Le Gouvernement s'appuie sur des commissions *ad hoc*. Il renonce à la procédure des deux lois de plan successives, et fait adopter **une loi unique** qui ressemble beaucoup à l'ancienne seconde loi de plan prévue par la loi du 29 juillet 1982. Peu après le début de l'exécution du plan, un décret du 22 janvier 1990 met en place un Comité interministériel de l'évaluation (CIME), et un Conseil scientifique de l'évaluation (CSE) composé de personnalités indépendantes.

La stratégie de croissance s'appuie sur de **grands chantiers**. Il faut conduire trois élèves sur cinq au baccalauréat et accueillir 20 % d'étudiants supplémentaires, porter l'effort pour la **recherche** à 3 % du PIB, renforcer la **solidarité** entre les catégories sociales, **aménager le territoire et la vie quotidienne** (TGV, arc industriel Nord-Est, urbanisme en Ile-de-France), moderniser **les services publics** par la déconcentration et l'amélioration de la gestion des ressources humaines.

Aucun programme d'action prioritaire ou d'exécution n'est mentionné, mais la nouvelle génération de contrats de plan État-régions doit renforcer l'efficacité de la politique d'aide à l'emploi, contribuer de façon importante à la cohésion sociale et à l'adaptation des structures économiques au marché européen. Ce plan opère aussi pour la première fois la **dissociation entre la durée du plan national et celle des contrats de plan**.

→ L'abandon de la planification nationale

À la suite d'hésitations multiples, il est renoncé à l'adoption d'un XI^e plan.

Après la présentation des grandes orientations de planification en Conseil des ministres, une **circulaire du 31 mars 1992** annonce le lancement de la préparation du XI^e plan. Des commissions de concertation doivent être au cœur du processus de planification stratégique appuyé sur vingt-six plans régionaux, des contrats de plan globaux avec les régions et de nombreux contrats avec des entreprises. Mais la procédure d'élaboration n'est pas lancée avant les élections législatives des 21 et 28 mars 1993, pour un plan qui doit pourtant porter sur la période 1993-1997. Face aux difficultés rencontrées, la nouvelle majorité gouvernementale issue des élections confie à Jean de Gaulle, en décembre 1993, une mission de réflexion sur « L'avenir du plan et de la place de la planification dans la société française ».

La *procédure d'adoption* du plan ne sera pourtant *jamais reprise*. Cette crise de la planification n'entrave toutefois pas l'avènement d'une *nouvelle génération de contrats de plan État-régions* (1994-1999) qui confirme l'engagement de l'État en la matière. Après le changement politique consécutif aux élections législatives des 25 mai et 1^{er} juin 1993, la majorité de la « gauche plurielle » finit par renoncer définitivement à un retour à la planification nationale. Le plan de la nation semble céder le pas à une politique régionale de planification.

II. La mutation de la planification française

Les difficultés de la planification nationale ont favorisé l'émergence de *nouvelles priorités*.

- D'une part, l'État s'engage, dès 1982, dans un vaste processus de *contractualisation* avec les régions, les autres collectivités locales et les entreprises. L'établissement de ces contrats donne lieu à des négociations qui permettent d'adapter les aides des pouvoirs publics aux spécificités territoriales.
- D'autre part, l'État lance une politique de *développement durable du territoire* dès la fin des années 1990 qui va bien au-delà de l'ancienne politique d'aménagement. La rédaction de schémas de services collectifs pour « l'horizon 2020 » a cependant confirmé l'intention des pouvoirs publics centraux de garder la haute main sur les objectifs nationaux.

A– La contractualisation entre l'État, les régions et les entreprises

La *loi du 29 juillet 1982* avait imposé l'élaboration d'un *plan régional* destiné à fixer les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la région, en conformité avec le plan de la nation. Mais, les *lois d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire du 4 février 1995 et du 25 juin 1999* ont substitué à ce plan régional le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADT), communément appelé *schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire* (SRADDT). Il est désormais « le plan de la région ». Ce plan doit *respecter* les *schémas de services collectifs* – prévus aussi par la loi du 25 juin 1999 – qui fixent des objectifs à long terme, à l'horizon 2020.

Le **SRADDT** est *élaboré et approuvé par le Conseil régional*, après avis des conseils généraux et départementaux concernés, et du comité économique et social régional. *Sans effet prescriptif*, il « **fixe les orientations mises en œuvre par la région** soit directement, soit par voie contractuelle avec l'État, d'autres régions, les départements, communes ou leurs groupements, les entreprises publiques ou privées, les établissements publics ou toute autre personne morale » (art. L. 4251 du CGCT). Il comprend un document d'analyse prospective et une charte régionale accompagnée de documents cartographiques. Une *évaluation des résultats* est prévue au bout de cinq ans. La contractualisation entre l'État et les régions, ou l'État et les entreprises, doit *tenir compte des orientations dégagées par ce schéma*.

1. Les contrats État-régions

Un décret du 23 décembre 1970 (abrogé en 1983) prévoit déjà des contrats entre l'État et les communautés urbaines, mais la contractualisation ne prend une certaine ampleur qu'avec les *contrats pour l'aménagement des villes moyennes* (entre 20 000 et 100 000 habitants) visant à encourager l'animation et le développement commercial des centres-villes à partir de 1972. Malheureusement, cette politique, qui est trop focalisée sur le centre historique des municipalités, incite indirectement au dépeuplement de la périphérie. Afin de tenter de remédier à ces inconvénients, les premiers *contrats de pays* sont créés, à partir de 1975, afin de favoriser la création et le renforcement des liens économiques, humains et culturels entre les municipalités. À cet effet, ils déterminent une zone géographique différente de celle de la commune, afin d'aider au maintien des populations dans les zones de campagne. Mis à part ces initiatives plutôt décevantes, il faut attendre la politique de décentralisation de 1982 pour que se développe une large contractualisation, dorénavant clairement dirigée vers la collectivité régionale. Elle s'appuie sur des contrats de plan État-régions, avant qu'ils deviennent des contrats de projets État-régions (CEPR) à partir de 2007, et reprennent leur appellation d'origine lors de l'annonce gouvernementale de la nouvelle génération de contrats pour 2014-2020.

→ Le cadre juridique de la contractualisation

La *loi du 29 juillet 1982* portant réforme de la planification a fixé le régime juridique des contrats de plan État-régions. Le Conseil d'État a apporté ensuite quelques précisions.

► **Le contrat de plan est un engagement réciproque.** La *loi du 29 juillet 1982* prévoit que « l'État peut conclure, avec les collectivités territoriales, les régions, les entreprises publiques ou privées et éventuellement d'autres personnes morales, des contrats de plan comportant des engagements réciproques des parties en vue de

l'exécution du plan » (art. 11). Ces contrats doivent définir les actions à entreprendre et le partage financier des responsabilités. Le décret du 21 juin 1983 confirme que chaque contrat doit contribuer à la réalisation d'**objectifs compatibles avec ceux du plan national**. Il fixe également la **procédure d'adoption**. Avant 1982, le **préfet de région** n'est consulté que pour l'établissement des tranches régionales du plan de la nation ; à partir de 1982, il participe à la préparation du plan national et négocie les conventions État-régions. Il a pour interlocuteur privilégié le président du conseil régional. Un avant-projet est d'abord communiqué au ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire, puis un **projet** est établi sur la base des engagements de l'État et de la région ; il est finalement **signé par le Premier ministre et le président du conseil régional**.

► **Le contrat de plan est un contrat administratif.** Le Conseil d'État retient la présomption d'administrativité liée à la **présence de deux personnes publiques**, mais précise qu'**aucun rapport de droit privé ne peut naître d'un contrat de plan** (CE, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, Rec. 537). Au demeurant, la loi du 29 juillet 1982 précise que ces contrats « sont réputés ne contenir **que des clauses contractuelles** ». Le Conseil d'État l'a confirmé à propos du Synchrotron (CE, Ass., 8 janvier 1988, *Ministre chargé du Plan et de l'Aménagement du territoire c/ Communauté urbaine de Strasbourg et autres*, Rec. 3). Il applique la même règle pour tous les contrats passés entre l'État et les collectivités territoriales (CE, sect., 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, Rec. 105). Il a néanmoins apporté de *sérieuses atténuations à ce principe* en estimant que le « contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des opérations qu'il prévoit » (CE, 25 octobre 1996, *Association Estuaire-Écologie*, Rec. 415).

► **La durée du contrat de plan est flexible.** Initialement, la durée des contrats était calquée sur celle du plan de la nation, soit cinq ans. Mais à partir du X^e plan (1989), le législateur a écarté cette contrainte. Les contrats ont été à plusieurs reprises conclus ensuite pour des durées inférieures ou supérieures.

→ Les générations de contrats de plan

► **La première génération** de contrats (1984-1988) coïncide avec l'application du IX^e plan national. L'enveloppe globale des crédits s'élève à 73,5 milliards de francs (44,7 milliards à la charge de l'État, 28,8 à celle des régions). Les transports absorbent 38 % des fonds, les politiques économiques 17 %, les actions sanitaires et sociales 11 %, la formation 10 %.

► **La deuxième génération** de contrats (1989-1993) correspond à l'exécution du X^e plan. Les aides deviennent plus sélectives, les procédures d'exécution sont simplifiées et le rôle du préfet de région renforcé. L'aide des fonds structurels européens

est prise en compte. L'État favorise les régions confrontées à des difficultés de conversion industrielle ainsi que les régions à prédominance rurale. Le financement des contrats s'accroît nettement : il passe de 73 à 98 milliards de francs (52 milliards pour l'État, et près de 46 milliards pour les régions).

► La **troisième génération** de contrats (1994-1999) est retardée par le changement politique consécutif aux élections législatives des 9 et 16 juin 1993, mais finalement tous les contrats sont signés. L'État soutient des actions de développement rural, d'enseignement, de recherche, d'infrastructures, de transport et d'amélioration de la compétitivité économique. Un dispositif assez souple d'*évaluation des contrats* est prévu. Le montant global du financement atteint cette fois 147 milliards de francs (76 milliards pour l'État, 71 milliards pour les collectivités locales). Les contrats sont plus étroitement associés à la politique européenne de répartition des **fonds structurels** : la Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'action régionale (DATAR) participe aux négociations conduites avec la Commission européenne sur les aides aux régions en retard de développement ou frappées par la crise industrielle ou le déclin rural. Cette génération de contrats cherche aussi à améliorer la coordination entre les élus locaux et les différents ministères concernés. En 1999, on décide de *prolonger d'un an* la durée d'exécution des contrats en cours pour laisser davantage de temps aux régions pour élaborer leur schéma régional d'aménagement et de développement (loi du 25 juin 1999), mais aussi coordonner le calendrier avec celui des fonds structurels européens démarrant au 1^{er} janvier 2000. Le *rapport annuel de la Cour des comptes de 1999* dresse pourtant une liste de **dysfonctionnements** des contrats de plan de la troisième génération. Il est reproché à la procédure contractuelle de ne pas accorder assez de place aux priorités et moyens financiers spécifiques de chaque région en procédant à un « saupoudrage » indifférencié de l'enveloppe financière globale. La Cour indique également que les futurs contrats de plan devraient prévoir une véritable révision à mi-parcours des crédits engagés et un contrôle renforcé de la DATAR.

► Lors de la **quatrième génération** de contrats (2000-2006), l'engagement financier de l'État est porté à 120 milliards de francs, celui des régions à 110 milliards de francs. Un bilan d'exécution des contrats est prévu, en 2003, afin que l'on puisse apporter des corrections à l'affectation des crédits. L'évaluation des résultats doit être renforcée par l'intervention de comités de pilotage et de commissions d'évaluation. Les rôles des préfets de région, du Commissariat général au plan et de la DATAR sont réaffirmés.

Les contrats s'inscrivent désormais dans le cadre du « développement durable » prévu par la loi Voynet du 25 juin 1999 : tout projet doit tenir compte, au-delà de son opportunité du moment, des conséquences financières qu'il induit pour les

générations futures. **La contractualisation est élargie** à la justice, la coopération internationale, la solidarité, l'environnement, la politique de la ville et les transports. Dans le souci de préserver l'équité entre les régions, le Gouvernement a néanmoins décidé de **financer hors contrat de grands travaux d'infrastructures** : la route Centre-Europe-Atlantique (de Genève à La Rochelle), le projet ferroviaire Paris-Orléans-Limoges-Toulouse ou le dossier Port 2000 du Havre. Les régions Aquitaine, Centre, Ile-de-France, Pays-de-la-Loire, Rhône-Alpes et Provence-Alpes-Côte d'Azur bénéficient de mesures de rattrapage. La Corse obtient une enveloppe financière fortement augmentée afin de compenser la perte des fonds européens.

Les contrats possèdent désormais deux volets :

- Le **volet régional**, qui s'inscrit dans le cadre de la loi Voynet du 25 juin 1999, porte sur les projets de développement global, d'équipements structurels ou d'adaptation de l'espace régional.
- Le **volet territorial** permet de tenir compte de la loi du 12 juillet 1999 sur le renforcement de la coopération intercommunale (loi Chevènement) et de la loi sur la solidarité et le renouvellement urbain du 13 décembre 2000 (loi SRU). C'est l'occasion de signer de nombreux contrats qui favorisent les discussions entre le Gouvernement, les autorités régionales ou départementales déconcentrées et les élus locaux, épaulés par les associations et les acteurs socio-économiques.

► **La cinquième génération** de contrats porte l'intitulé novateur de « **contrats de projets État-régions** » (2007-2013). Après de nouvelles **critiques par la Cour de comptes** (17 février 2006), le Gouvernement décide de modifier le régime des contrats de la génération précédente, et précise sa position lors du Comité interministériel d'aménagement et de compétitivité des territoires (CIACDT) du 6 mars 2006. Le **contenu** des contrats est désormais **centré sur des objectifs européens** définis à Lisbonne en 2000 : la **compétitivité** et l'**attractivité du territoire**, la **promotion du développement durable** et la **cohésion sociale et territoriale**. Ils sont conclus pour sept ans (2007-2013), afin de s'aligner sur le calendrier des fonds européens, notamment du Fonds européen de développement régional (FEDER). Ces contrats de projets représentent un **engagement de l'État de 12,7 milliards d'euros** et un **engagement des régions de 12,9 milliards**.

Chaque contrat peut réunir, comme précédemment, un volet régional et un volet territorial.

- Le **volet régional** porte sur des **thématiques prioritaires** et des **projets d'investissements structurants** de grande envergure. La préoccupation d'**interrégionalité** se manifeste par la proposition gouvernementale faite aux régions concernées de cinq contrats interrégionaux sur les massifs de montagne et de cinq autres sur de grands bassins fluviaux.

- Le **volet territorial** porte sur des **projets concrets** et des **actions d'ingénierie** qui y sont directement liées. Il nécessite la signature de **conventions territoriales** spécifiques.

Les originalités du dispositif sont nombreuses. Même si le partenariat avec les régions est largement favorisé, des procédures de **concertation locale** n'en sont pas moins prévues. De grandes infrastructures de transport peuvent être négociées directement avec les régions sous la responsabilité des préfets coordonnateurs. Une **instance nationale d'évaluation des contrats de projet** – installée le 18 avril 2008 – doit contribuer à mieux rendre compte de l'efficacité des programmes et aider à la décision en favorisant un pilotage continu par les responsables. Elle a également compétence pour les programmes opérationnels cofinancés par le FEDER.

► La **sixième génération** de contrats (2014-2020) **revient à la dénomination antérieure** : contrat de plan État-régions. Une **circulaire** du Premier ministre Jean-Marc Ayrault **du 2 août 2013** lance la préparation de la contractualisation.

- Une **réflexion stratégique** est mise en œuvre entre les préfets et les conseils régionaux autour de **thématiques définies** : innovation, enseignement supérieur et recherche, développement du numérique (notamment haut débit), transition écologique et énergétique, mobilités multimodales. Le principal objectif est de **renforcer la compétitivité et développer une économie durable au service de l'égalité des territoires**. C'est le **Commissariat général à l'égalité des territoires** (CGET), créé en 2014, qui a la charge de coordonner la préparation (et la mise en œuvre des contrats). De même qu'en 2007, un volet territorial doit s'ajouter au volet régional.
- Les régions ont la possibilité d'**associer à la concertation**, voire à la signature, les **autres collectivités** directement concernées (départements, métropoles, autres agglomérations). La réflexion ne doit pas être limitée au domaine des crédits contractualisés.
- Cette nouvelle génération de contrat, dont les signatures doivent intervenir avant la fin de l'année 2014, a l'ambition d'être un **outil de cohérence des politiques publiques** conduites par le Gouvernement en partenariat étroit avec les conseils régionaux.

2. Les contrats État-entreprises

Le rapport Nora (1967) préconisait de remplacer l'« économie de commandement » par l'« économie de l'efficacité », afin de réduire l'emprise de l'État sur les décisions économiques des entreprises publiques. Cet appel à la contractualisation a été en partie entendu par les pouvoirs publics, mais a donné lieu à des techniques opératoires très diverses.

→ Les premiers contrats

En 1969, des négociations sont engagées entre le Gouvernement et les entreprises publiques en vue de conclure des **contrats de programme** par lesquels l'État prend des *engagements financiers* en contrepartie du respect de *contraintes d'intérêt général et de service public*. Les contrats ne font l'objet d'*aucune procédure spécifique*. En pratique, le conseil d'administration de l'entreprise est saisi d'un projet rédigé par ses dirigeants, qui est ensuite négocié avec le ministre chargé de la tutelle sur l'entreprise et le ministre de l'Économie et des Finances, et finalement signé par le ministre de tutelle et le président de l'entreprise, qui doit y avoir été habilité par son conseil d'administration.

► Pendant l'exécution du VI^e plan, la **première génération de contrats** est conclue avec la SNCF (1969-1973), EDF (1971-1975) et l'ORTF (1971-1974). Elle doit permettre à l'État d'*influencer les choix stratégiques des entreprises* tout en leur reconnaissant une large autonomie. Les objectifs principaux portent sur la rentabilité, la bonne gestion financière, l'adaptation aux nouvelles technologies, mais on souhaite également favoriser le plein-emploi et la formation du personnel. Cette expérience fut un échec : la SNCF ne parvint pas à atteindre l'équilibre budgétaire auquel elle s'était engagée, et le contrat avec EDF fut interrompu dès 1974. Dès lors, ces contrats ne furent pas immédiatement renouvelés.

► Une **seconde génération de contrats** est négociée à la fin des années 1970. Il s'agit de « *contrats d'entreprise* » axés surtout sur le redressement financier des établissements. Les premiers sont signés avec Air France, les Charbonnages de France, la Compagnie générale maritime et la SNCF. Ce type de contractualisation n'est pourtant pas généralisé à toutes les entreprises publiques. Son avenir reste incertain.

→ Les contrats depuis 1982

Depuis les années 1980, les contrats passés entre l'État et des entreprises ont pris des appellations diverses, qui correspondent à une évolution des priorités gouvernementales.

► La **loi du 29 juillet 1982** a prévu que les entreprises publiques, voire des entreprises privées, puissent conclure avec l'État des **contrats de plan** afin d'assurer la cohérence entre leur action et la planification nationale et régionale. Dès 1983, les *entreprises nationales du secteur concurrentiel* commencent à signer de tels contrats pour la durée du IX^e plan (1984-1988). Le contrat avec EDF (1984-1988) engage l'établissement à baisser ses prix, améliorer la qualité de ses services et favoriser la substitution de l'électricité aux autres énergies. Le contrat avec la SNCF (1985-

1989) impose des objectifs de développement en échange d'une importante aide de l'État à l'investissement. La **contractualisation s'étend rapidement** dans le secteur public, notamment à Usinor, Thomson, Pechiney, Saint-Gobain, Renault. Tous ces contrats seront renouvelés.

► À partir de la **fin des années 1990**, l'État recourt à des **contrats d'objectifs**, qui sont signés pour trois ans. Ils encadrent les orientations des entreprises, sans que le Gouvernement ne prenne en contrepartie d'engagements financiers explicites. Air France, Elf Aquitaine, Thomson, Rhône-Poulenc, la SNCF ou Bull concluent de tels contrats. La référence à la planification n'a pourtant pas disparu : La Poste signe, par exemple, un « contrat d'objectifs et de progrès portant contrat de plan » pour 1998-2001. Tous ces **contrats** sont **assez précis** dans la fixation des objectifs à moyen terme des entreprises, qu'ils doivent aider à progresser vers l'autonomie et sensibiliser à la nécessité de réduire l'endettement et améliorer la productivité. Les établissements sont davantage maîtres de la fixation de leurs tarifs.

► La **loi du 15 mai 2001** sur les nouvelles régulations économiques (NRE) permet à l'État de « conclure avec les entreprises du secteur public placées sous sa tutelle ou celles dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public, des **contrats d'entreprise pluriannuels** » (art. 140). Ces nouveaux contrats sont dorénavant détachés de toute idée de planification et s'ajoutent à la génération des contrats en cours. Le législateur a tenu à rappeler qu'ils étaient « réputés ne contenir que des clauses contractuelles » et qu'ils ne pouvaient « pas être résiliés par une des parties avant leur date d'expiration normale » (ibid.).

► Depuis les années 2000, la contractualisation s'affirme encore. Les pouvoirs publics développent les **contrats d'objectifs et de moyens**. Ils peuvent concerner aussi bien des directions d'administration centrale (dès 2000 à la direction des impôts du ministère des Finances), des établissements ou services sociaux ou médico-sociaux (ordonnances du 24 avril 1999) ou des entreprises liées aux médias (France Télévisions, Radio France, Radio France internationale, Arte-France, Institut national de l'audiovisuel).

Dans le cadre d'une **politique de régulation économique**, l'État a également multiplié les contrats avec des entreprises du secteur industriel et commercial, leur donnant des dénominations diverses. Réseau ferré de France (RFF) a conclu un **contrat pluriannuel de performance** pour 2008-2012 et La Poste a signé un **contrat d'entreprise** pour 2013-2017. Les contrats avec EDF ou GDF, qui mentionnent généralement des objectifs, sont présentés comme des **contrats de service public**.

B– L'aménagement et le développement durable du territoire

Depuis la fin des années 1990, les interactions entre l'aménagement du territoire et la planification ne cessent de se renforcer ; les schémas de services collectifs à l'horizon 2020, lancés par la loi du 25 juin 1999, pourraient annoncer une fusion de ces deux politiques.

1. La planification et l'aménagement du territoire

L'aménagement du territoire national dépend de nombreux choix opérés par l'Union européenne, mais il s'inscrit également dans le cadre de la politique de planification régionale.

→ L'influence de l'Union européenne

La planification française doit tenir compte de l'espace européen où *une planification territoriale s'ébauche*. La Communauté ne se limite plus à des actions indirectes, comme la réglementation des aides des États sous le contrôle de la CJUE. Elle s'appuie désormais fortement sur une politique liée à des fonds structurels.

► L'Union européenne s'est engagée dans la définition d'une *politique régionale* en accordant une large importance au **schéma de développement de l'espace communautaire** (SDEC) adopté les 10 et 11 mai 1999. Sans être impératif, il est devenu le cadre de la mise en œuvre des fonds structurels et d'une politique d'aménagement du territoire européen. Il a fixé une *série de priorités* : la cohésion économique et sociale de la Communauté, la préservation des bases nationales de la vie et du patrimoine culturel, la recherche d'une compétitivité plus équilibrée du territoire européen.

► Le fonctionnement des **fonds structurels européens** a été régulièrement modifié, leurs appellations également, notamment par les règlements européens du 24 juin 1988, du 21 juin 1999, du 11 juillet 2006 et du 17 décembre 2013.

– *Quatre fonds* se partagent les interventions *jusqu'en 2007* : le **Fonds européen de développement régional** (FEDER), le **Fonds social européen** (FSE), le **Fonds européen d'orientation et de garantie agricole** (FEOGA) et l'**Instrument financier d'orientation pour la pêche** (IFOP). Le règlement du Conseil du 21 juin 1999 a simplifié l'action de ces fonds en leur fixant trois objectifs : le développement et l'ajustement structurel des régions en retard de développement, la reconversion économique et sociale des zones en difficulté, l'adaptation et la modernisation systématique des politiques d'éducation, de formation ou de l'emploi.

- Mais une **nouvelle programmation des fonds structurels** intervient pour la période **2007-2013**, appuyée sur le règlement du Conseil du 11 juillet 2006. Le FEDER et le FSE sont mis au centre du financement des programmes opérationnels, ayant pour objectifs d'œuvrer à la convergence des régions les plus en retard de développement et à la compétitivité et l'emploi pour les autres régions. Ils doivent aussi se préoccuper de la coopération territoriale européenne. Les États membres bénéficient désormais aussi du Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER) et d'un Fonds pour la pêche (FEP). Ces divers **instruments** sont **coordonnés avec** les moyens d'intervention de la **politique de cohésion** de la Communauté.
- Le règlement (UE) n° 1303 du 17 décembre 2013 a lancé la **programmation des fonds structurels** pour la période **2014-2020**, en fixant **des dispositions communes** aux **cinq fonds** désormais concernés. Il s'agit du Fonds européen de développement régional (FEDER), du Fonds social européen (FSE), du Fonds de cohésion, du Fonds européen agricole pour le développement rural (FEADER) et du Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche (FEAMP). Cette programmation vise à renforcer la **dimension stratégique** des choix opérés, à s'assurer que les investissements de l'Union européenne seront en **cohérence** avec les objectifs à long terme en matière de croissance et d'emploi dans la perspective « **Stratégie Europe 2020** ».

► Deux institutions financières apportent également un soutien financier. La **Banque européenne d'investissement**, fondée en 1958, consent des prêts et garanties pour la modernisation et la reconversion d'entreprises ou les transports dans la Communauté. Elle soutient aussi des politiques de coopération extérieure et d'aide au développement. Le **Fonds européen d'investissement**, créé en 1994, apporte une aide financière à destination des petites et moyennes entreprises (PME).

→ Le rapprochement entre l'aménagement du territoire et la planification

Une série de décisions d'aménagement du territoire arrêtée dès les années 1970 témoigne d'une évolution des conceptions traditionnelles. C'est toutefois seulement dans les années 1980 que le changement dans la politique gouvernementale devient plus évident.

► Dès les **années 1970**, le plan de désenclavement de la Bretagne de 1969, le plan Massif Central de 1975 et le plan Grand Sud-Ouest de 1979 révèlent un certain désir d'associer des préoccupations d'aménagement et de planification. Mais il faut surtout insister sur les **directives d'aménagement** de la montagne (décret du 22 novembre 1977) et du littoral (décret du 25 août 1979), les **directives nationales d'aménagement** (supprimées par le décret du 9 septembre 1983) devant servir de

cadre à l'élaboration des documents d'urbanisme départementaux ou communaux, ou les **directives nationales d'aménagement rural** de la loi d'orientation agricole du 4 juillet 1980.

► Au début des **années 1980**, la loi de décentralisation du 2 mars 1982 relance les préoccupations d'aménagement du territoire. Du reste, deux mois auparavant, la **loi du 7 janvier 1982**, qui a approuvé le plan intérimaire 1982-1983, a imposé aux collectivités « le respect des règles d'aménagement du territoire définies par la loi approuvant le plan ». Plutôt que de s'appuyer sur des directives d'aménagement, l'État privilégie désormais des schémas spécifiques, tels que le schéma directeur pour l'Ile-de-France ou les schémas interrégionaux du littoral ou de la montagne.

Les décisions en matière de **montagne** et de **restructuration d'activités** sont représentatives de cette volonté.

- D'une part, la loi du 9 janvier 1985 sur la montagne s'inscrit dans une politique globale. Elle crée un Conseil national de la montagne, et reconnaît « l'existence d'une entité géographique économique et sociale dont le relief, le climat, le patrimoine naturel et culturel nécessitent la définition d'une politique spécifique... » (art. 1^{er}). Affirmer la spécificité des zones de montagne implique de concevoir des règles de développement de ces zones en coordination avec les préoccupations nationales ou régionales, notamment de planification.
- D'autre part, une circulaire du Premier ministre, du 23 mars 1984, inaugure une **politique de reconversion d'activités**. Il est demandé à la Lorraine, par exemple, de réagir aux fermetures de mines et de créer un pôle de conversion pour développer de nouveaux emplois. Cette politique se poursuivra avec l'ordonnance du 15 octobre 1986, qui lance l'aide à des **zones d'entreprises**, bénéficiant d'un soutien de l'État et des collectivités locales.

► Dès la loi du 6 février 1992 sur l'administration territoriale de la République apparaissent les communautés de villes, les communautés de communes et les ententes entre les régions. Trois ans plus tard, la loi d'orientation du 4 février 1995 pour l'aménagement et le développement du territoire est adoptée. C'est l'esquisse d'une nouvelle politique publique prenant davantage en compte les territoires, mais peu de textes sont pris pour son application. En réalité, c'est la **loi d'orientation pour l'aménagement et le développement durable du territoire du 25 juin 1999 (loi Voynet)**, qui va **remettre en cause les conceptions traditionnelles**. En indiquant clairement que l'aménagement du territoire doit concourir à l'« intégration des populations, aux solidarités entre les citoyens et à l'unité de la nation », elle prend parti pour l'organisation et le développement durable du territoire national et

régional dans le cadre d'**espaces unis par une cohérence géographique, économique et sociale**. À cet effet, elle permet le développement d'une série de contrats.

- Les **contrats de pays** concernent surtout les communes rurales. Ils peuvent être mis en place par une structure intercommunale regroupant des communes volontaires caractérisées par une cohérence géographique, économique, culturelle ou sociale.
- Les **contrats d'agglomération** s'adressent aux territoires urbains. Ils sont destinés à servir l'aménagement et l'urbanisation, l'organisation des transports publics et une politique de mixité sociale. Ils permettent aux collectivités locales de se réunir en **espaces de projets** pour mener des programmes, peu nombreux mais très ciblés, qui prennent sens à l'échelle de l'agglomération.
- Des **contrats de ville** peuvent être passés entre l'État (ou la région) et les communes (ou leur regroupement) dans une perspective de politique de requalification urbaine ou de développement solidaire à l'échelle d'un pays ou d'une agglomération.
- De surcroît, l'importance des contrats de plan État-régions est confirmée. Lors de leur préparation, le **rôle du préfet de région** est renforcé : dès les consultations préliminaires, il doit faire connaître les priorités du gouvernement, sa stratégie, ses exigences. Chaque ministre met en œuvre une évaluation des programmes au regard du développement durable, à l'aide d'une grille d'analyse tenant compte de la répercussion sur l'emploi, des conséquences sociales et des effets sur l'environnement. Un **profil environnemental de la région** est également défini dès le démarrage du plan État-régions, et fait l'objet d'un **suivi** et d'une **évaluation**.

L'encadrement législatif de l'ensemble de ces techniques par la loi Voynet du 25 juin 1999, mais aussi la loi sur le renforcement de la coopération intercommunale du 12 juillet 1999 et la loi solidarité et renouvellement urbain du 13 décembre 2000 révèle le retour en force de la puissance publique dans les décisions d'aménagement du territoire, qui devront ensuite être respectées par tous les nouveaux contrats qu'elles engendreront.

► Ces dernières années, plusieurs textes apparaissent comme des **prolongements de la loi Voynet**. La **loi du 23 février 2005 sur les territoires ruraux** prévoit que le **gouvernement doit fixer les objectifs** assignés au gestionnaire de service public en termes d'**aménagement du territoire** et d'**égal accès aux usagers**. Les possibilités de mutualisation des services, d'ouverture des maisons de services publics à des personnes dont la mission directe n'est pas une mission de service public sont accrues. Le pouvoir de **coordination du préfet** est renforcé : il doit être informé de toute réorganisation d'un service public et peut initier toute action destinée à garantir un accès au service public adapté au territoire concerné. Il est également reconnu

le **rôle des associations** dans la détermination des besoins et la nécessité de les aider en cas de carence de l'offre de services au plan local. La **loi de régulation postale du 20 mai 2005**, qui fixe des normes de qualité pour le service universel postal, impose expressément à la Poste de contribuer à l'aménagement du territoire. La **loi du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles** clarifie les conditions d'existence de certaines compétences des collectivités territoriales en instaurant des « chefs de file ». L'**incertitude** reste pourtant encore **grande aujourd'hui** après les élections municipales, puis européennes de mars et mai 2014, et la volonté affirmée du président François Hollande et du Premier ministre Manuel Valls de modifier sensiblement la carte régionale (par réduction du nombre des régions) et de s'interroger sur la pérennité de l'échelon départemental, du moins sous sa forme actuelle.

2. Les schémas de services collectifs

La loi Voynet du 25 juin 1999 substitue au schéma national d'aménagement et de développement du territoire (loi du 4 février 1995) des **schémas de services collectifs** qui doivent être **respectés par les schémas régionaux d'aménagement et de développement du territoire**. Ils peuvent apparaître comme un nouveau mode de planification nationale, et d'une certaine manière comme un **substitut à la renonciation au plan de la nation** depuis 1992.

→ Un nouveau document de planification

Les **schémas** de services collectifs sont des **instruments de planification** élaborés dans le cadre d'une large concertation afin de fixer des **objectifs à long terme**, à l'horizon 2020. Il s'agit de **documents annexés au décret qui les approuve**.

Un schéma doit permettre d'**anticiper certaines ruptures et d'accompagner les évolutions structurelles**. Il fixe un champ d'action stratégique durable aux projets, programmes ou opérations d'équipement et de service, accréditant que les orientations nationales à long terme restent bien de la compétence de l'État. Si l'ambition peut être réaliste dans le domaine de la culture, elle est bien plus aléatoire pour les technologies de l'information ou de la communication, souvent imprévisibles même à moyen terme. C'est pourquoi la loi prévoit des **modalités de révision des schémas**, en articulation avec les calendriers des contrats entre l'État et les régions. Afin d'assurer la **cohérence des politiques publiques pour le territoire**, devenue problématique depuis la renonciation au plan de la nation, les schémas doivent contribuer à renouveler en profondeur les contenus et les méthodes de planification, afin de concilier la référence à un cadre commun d'action, défini par l'État, et une mise en œuvre sélective et différenciée au plan local en fonction des besoins

territoriaux. Autant dire que les schémas doivent être des *instruments précis, mais souples et non exhaustifs de planification*.

Les schémas de services collectifs sont élaborés en faisant appel à une large **concertation des partenaires territoriaux**, notamment des collectivités régionales. L'**ordonnance du 8 juin 2005 a allégé les procédures**. Chaque schéma fait l'objet d'un document de cadrage, élaboré au plan national, puis de contributions régionales élaborées dans le cadre des conférences régionales d'aménagement et de développement du territoire. Il est soumis pour avis au **Conseil national de l'aménagement et du développement du territoire** (CNADT).

→ Les schémas approuvés par le gouvernement

Dès le 19 juin 2000, le CNADT a rendu, à l'unanimité, un **avis sur huit projets** de schémas de services collectifs prévus par la loi du 25 juin 1999. Il a reconnu le caractère novateur de la démarche gouvernementale, tout en souhaitant qu'une meilleure place soit faite à l'avenir dans chaque schéma aux enjeux de cohésion et de compétitivité. Il a demandé également que soient mieux pris en compte les intérêts des différentes parties concernées par l'aménagement du territoire : les populations de l'Union européenne, les États garants de la cohésion de l'espace national ou les collectivités territoriales. Enfin, et surtout, il a insisté sur la valeur indicative de ces documents d'orientation.

Chaque schéma approuvé par le **décret du 18 avril 2002** couvre une **politique sectorielle du territoire** : l'enseignement supérieur et la recherche, la culture, la santé, l'information et la communication, l'énergie, les espaces naturels et ruraux, le sport, les transports de voyageurs et de marchandises. Le schéma sur les transports a finalement été abrogé par l'ordonnance du 8 juin 2005.

- Les schémas **élargissent** le champ traditionnel de *la planification* au-delà des infrastructures classiques de l'économie. Dans une perspective de développement durable, ils font référence aux **espaces naturels et ruraux** qui connaissent des enjeux d'accès, de services et de structuration qu'il revient aux pouvoirs publics de gérer et de développer sur le long terme, mais aussi aux domaines de **l'énergie**, des **loisirs** et du **sport** qui intéressent très directement la plupart des administrés.
- Les secteurs retenus ont tous une **dimension structurante** dans l'organisation du territoire national. Ils constituent des lieux où s'articule et se hiérarchise l'action publique. Les politiques publiques de proximité (la sécurité, l'enseignement scolaire...) ne sont pas directement concernées par ces outils de planification d'intérêt national et régional, qui mettent pourtant en avant **l'accessibilité effective** des services. À une logique de planification traditionnellement centrée sur l'offre de services, les schémas collectifs substituent une **démarche plus attentive aux besoins des administrés**. Il n'est plus question d'étendre systématiquement une

offre standardisée d'équipements ; l'usage et le service effectif des services sont résolument analysés dans une perspective de différenciation des territoires.

Les schémas approuvés en avril 2002 ressemblent surtout à des déclarations d'intérêt public, qui **fixent des orientations** dans le prolongement des conceptions de la planification indicative initiée en 1947.

- Le **schéma sur l'enseignement supérieur** préconise une stratégie d'exécution dans la lignée des contrats État-régions et du plan Université du 3^e millénaire. Il recommande une organisation plus cohérente entre les grands centres universitaires pluridisciplinaires, fondée sur des pôles d'universités aux troisièmes cycles spécialisés, et des IUT et antennes universitaires coordonnés avec les sections de techniciens supérieurs des lycées.
- Le **schéma sur l'énergie** précise que les collectivités locales ont leur propre rôle à jouer dans le développement des énergies renouvelables par des aides conformes aux orientations d'organisation du territoire ou de défense de l'emploi.

Ces deux exemples suffisent à montrer que les **schémas** de services collectifs **s'appuient davantage sur des principes que sur des engagements formels**. Or, selon la jurisprudence du Conseil d'État, seules des dispositions suffisamment précises sont susceptibles d'avoir des effets prescriptifs (CE, Ass., 5 mars 1999, *Rouquette et autres*, Rec. 35). On peut toutefois se demander si, à l'avenir, les choix stratégiques définis par la loi Voynet n'auront pas de plus en plus de conséquences juridiques, si l'État ne devra pas les respecter effectivement dans la mise en œuvre des politiques publiques, ou lors de la signature des contrats avec les collectivités territoriales, leurs groupements, les établissements publics, les entreprises publiques ou privées. Ce **débat récurrent** sur les virtualités de toute technique de planification reste toujours d'actualité, même si une réponse juridique incontestable n'est toujours pas envisageable à ce jour.

La régulation économique et financière

Les institutions françaises participent d'une manière ou d'une autre à l'harmonisation de la vie administrative ou économique. Mais, depuis la fin du xx^e siècle, un **droit de la régulation** s'appuie sur des organes assez disparates et des procédés juridiques spécifiques. Le Parlement et le gouvernement confient à des **autorités indépendantes** (autorités administratives indépendantes ou autorités publiques indépendantes) un **contrôle des règles de concurrence** et du **fonctionnement des marchés**, qu'il s'agisse de finance, de bourse, d'audiovisuel, de télécommunication, de poste, de transport ou d'énergie. Cette multiplication des régulateurs indépendants, voire leur rivalité, rend délicate la détermination de leurs compétences respectives, pouvant même créer des incertitudes sur la répartition du contentieux de leurs actes entre les juridictions administratives ou judiciaires. Nous insisterons seulement sur la régulation de la concurrence dans le secteur économique, puis la régulation financière.

I. La régulation de la concurrence

Le **droit de la concurrence français** ne *date pas de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* relative à la liberté des prix et de la concurrence – désormais codifiée dans le Code de commerce. Il n'a pourtant pris son essor qu'avec elle et l'accélération de l'intégration communautaire à partir de l'Acte unique européen (1986). Le **recours à une institution ad hoc** chargée de la surveillance de la concurrence au nom de l'intérêt général est pourtant relativement ancien. Une série d'organes se sont succédé avant l'installation de l'Autorité de la concurrence en janvier 2009. Il convient donc de présenter le droit de la concurrence avant d'insister sur le dernier régulateur apparu.

A– Le droit de la concurrence

La combinaison du droit national et du droit communautaire aboutit à un large *corpus* de règles visant à assurer la libre concurrence sur les marchés, dont il faut retracer assez rapidement l'historique.

1. Le droit national

De la Déclaration du 27 août 1789 à l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'intervention de l'État en matière de concurrence n'a jamais été une priorité. Une série de textes n'en a pas moins été adoptée.

→ L'évolution des principes

Après de nombreuses hésitations, les premières mesures d'encadrement de la concurrence s'imposent au xx^e siècle.

- Sous l'**Ancien Régime**, les réglementations concernent déjà certaines activités économiques. Les produits de première nécessité (pain, blé) sont taxés, les corporations organisent et contrôlent les activités de leurs membres. Mais la **Révolution française** supprime les corporations (décret d'Allarde des 2-17 mars 1791), institue le délit de coalition (loi des 19-22 juillet 1791) et pose le principe de la **liberté du commerce et de l'industrie** (loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791). On relève néanmoins quelques interventions sur les marchés : la taxation de produits vitaux reste possible (loi des 19-22 juillet 1791), on décide même un maximum général des prix des grains (mai 1793), puis des prix et salaires (septembre).
- Au **xix^e siècle**, le Code pénal (1810) **condamne les coalitions** « en tant qu'elles ont pour effet de porter les prix au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminé la concurrence libre et naturelle du commerce » (art. 419). L'ordonnance du 4 décembre 1836 précise que « tous les **marchés au nom de l'État** seront faits avec concurrence et publication ». Ces principes s'appliquent aux collectivités locales dès 1837. Le **délit de coalition** est finalement **supprimé en 1864**.
- Jusqu'à la fin de la Seconde Guerre mondiale, le **droit pénal économique réprime les spéculations** individuelles ou concertées, l'**accaparement** ou la **réten-tion de certains biens essentiels**, les **profits excessifs**, les **hausses de prix injustifiées** (loi du 19 août 1936, les décrets-lois du 1^{er} juillet 1937 et du 9 septembre 1939). À la Libération, **deux ordonnances du 30 juin 1945** – l'une relative aux prix, l'autre à « la constatation, la poursuite et la répression des infractions à la législation économique » – sont adoptées. Cette législation, particulièrement importante, subira des adaptations jusqu'en 1986, tout en continuant à servir de base au droit positif.

- **De la IV^e République au début de la V^e République**, jusqu'en 1986, *l'idée de concurrence commence à relayer l'idée de surveillance des prix* (qui justifiera encore, en 1982, les mesures de taxation prises par le Gouvernement Mauroy). Les dispositions en faveur d'un droit de la concurrence se multiplient (décrets du 9 août 1953 et du 24 juin 1958, ordonnance du 28 septembre 1967, lois du 19 juillet 1977 et du 30 décembre 1985). Ces législations se juxtaposent pour sanctionner des *pratiques illicites*. Il manque néanmoins toujours un texte d'ampleur sur la concurrence.

→ La lutte contre les pratiques anticoncurrentielles

La majorité RPR-UDF qui remporte les élections législatives du 16 mars 1986 inscrit immédiatement la concurrence dans la perspective du libéralisme économique et de la construction européenne.

L'**ordonnance du 1^{er} décembre 1986 abroge l'encadrement des prix** prévu par l'ordonnance du 30 juin 1945. Les prix des biens, produits et services concernés sont désormais « librement déterminés par le jeu de la concurrence » (art. 1.1). On prohibe les engagements, conventions ou clauses contractuelles qui auraient pour objet ou pour effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence » (art. 7), ainsi que « l'exploitation abusive d'une position dominante » par une entreprise ou un groupe fournisseur (art. 8). Autrement dit, les *ententes*, *abus de position dominante* et *états de dépendance économique* sont directement visés. Ces règles « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, **y compris celles qui sont le fait de personnes publiques** » (art. 53). Le droit de la concurrence subit par la suite *des évolutions législatives significatives*, particulièrement par les lois du 11 décembre 1992, du 1^{er} juillet 1996, du 15 mai 2001 et du 1^{er} août 2003, sans oublier les nombreuses lois de transposition des directives communautaires, ni la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

Le **principe de transparence** justifie des dispositions législatives ou réglementaires de *droit commercial* qui complètent les principes élaborés dès l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, tout en évitant de remettre en cause la stabilité contractuelle défendue par les juridictions. Le droit de la facturation et les modes de paiement des factures (maximum légal pour le paiement en espèces), la réglementation des ventes à prime ou l'interdiction des ventes à perte clarifient les relations commerciales, et d'une manière générale le **droit de la consommation** améliore l'information des consommateurs. La France, qui refusait la pratique anglo-saxonne des *class actions* (*action collective* ou *action de groupe*) permettant l'action juridictionnelle collective des consommateurs contre les entreprises s'y rallie dans un cadre relativement strict avec la loi du 17 mars 2014.

→ Le partage des compétences juridictionnelles

En créant le **Conseil de la concurrence**, sous la forme d'une autorité administrative indépendante, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 attribuait au juge administratif le contentieux de ses décisions, mais dès la loi du 6 juillet 1987, la compétence contentieuse fut transférée à une chambre spéciale de la Cour d'appel de Paris – le Conseil constitutionnel ayant accepté cette entorse au principe de la séparation des pouvoirs moyennant des garanties apportées au respect des droits de la défense (CC, déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Rec.* 8). On pouvait dès lors *se demander s'il restait encore à la juridiction administrative une compétence en matière de concurrence*.

Une première réponse est rapidement apportée par le **Tribunal des conflits** qui estime que les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 « ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services » (TC, 5 juin 1989, *Ville de Pamiers*, *Rec.* 293). Il en déduit que « *l'acte juridique de dévolution de l'exécution du service* » ne doit pas empêcher, restreindre ou freiner le jeu de la concurrence, autant dire que son contentieux appartient toujours au juge administratif.

Cette décision fait immédiatement l'objet de **nombreux débats doctrinaux**, mais les **ambiguïtés** vont être *progressivement levées* dans les années 1990.

- Le **Tribunal des conflits** indique tout d'abord que l'*ordonnance du 1^{er} décembre 1986* n'empêche pas le partage des compétences entre les ordres juridictionnels administratifs ou judiciaires, et qu'elle doit *s'appliquer lors du contrôle de la légalité des actes administratifs* (TC, 4 novembre 1996, *Société Datasport c/ LNF*, *Rec.* 552).
- Le **Conseil d'État** précise peu après que les clauses d'un contrat de concession ne peuvent placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux *prescriptions de l'ordonnance de 1986* (CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*, *Rec.* 406). Il accepte aussi de se référer, à propos d'un abus de position dominante, au « *principe de la liberté de la concurrence qui découle de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986* » (CE, 1^{er} février 1998, *Union hospitalière privée*, *Rec.* 114), et de combiner les nécessités de l'action administrative (notamment pour la gestion du domaine public) avec les règles de la concurrence et de la liberté du commerce et de l'industrie (CE, 26 mars 1999, *Société EDA*, *Rec.* 107).

Il est dorénavant bien établi que *le droit de la concurrence constitue un bloc de légalité* qui commande à toutes les juridictions, administratives ou judiciaires, de s'assurer que la confrontation des offres et des demandes est effectivement conforme au droit positif.

2. Le droit de l'Union européenne

Dès le **traité de Rome** (1957), le principe de la concurrence entre les entreprises est posé, sans interdire certaines dérogations apportées par les États membres.

→ Les principes généraux

La Communauté européenne a toujours été partagée entre la tentation d'**encourager la concurrence la plus large**, conformément à l'objectif de libre circulation des marchés et des capitaux, et le désir de **préserver** la possibilité **pour les États** de mettre en œuvre une **politique économique nationale propre à leur conception des services publics**. Il coexiste ainsi dans le droit de l'Union européenne des dispositions qui restreignent la concurrence et d'autres qui en défendent la plus large définition.

- D'une part, le **droit communautaire** accepte des **dérogations au principe de concurrence**. L'article 90.1 (devenu 106.1) du traité CEE permet aux États membres d'accorder des droits spéciaux ou exclusifs aux entreprises publiques ou privées. L'article 90.2 (devenu 106.2) précise que les entreprises qui prennent en charge un intérêt économique général ne sont soumises à la concurrence que « *dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur est impartie* ». Jusqu'aux années 1990, si la Cour de justice a quelquefois interprété l'article 90.2 (devenu 106.2) comme se référant à un service public dérogatoire justifiant, dans l'intérêt des États, certains comportements anticoncurrentiels ou **droits exclusifs** (CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, Rec. 409), elle a surtout veillé à sanctionner les entraves au commerce intracommunautaire (CJCE, 19 mars 1991, *République française c/ Commission*, Rec. I-1259 ; CJCE, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH*, Rec. I-1979). Mais, elle a accepté dès les années 1990 que les États membres confèrent à des entreprises gérant des **services d'intérêt économique général (SIEG)** les droits exclusifs nécessaires à l'accomplissement de leur mission particulière (CJCE, 19 mai 1993, *Paul Corbeau*, Rec. I-2563). Cette jurisprudence a permis d'accepter une **compensation entre secteurs d'activité rentables et secteurs non rentables** au nom de l'intérêt général.
- Mais, d'autre part, le droit communautaire élargit le cadre de la concurrence en imposant le **principe de dissociation des fonctions économiques**, entre la réglementation et la régulation, ou l'exploitation et la commercialisation des activités. Dans les **télécommunications**, les fonctions d'autorité à la charge de l'État doivent être distinguées des fonctions de gestion des activités économiques assurées par les opérateurs-exploitants (CJCE, 13 décembre 1991, *RTT*, Rec. I-5973). En matière de **transport aérien**, il faut séparer la gestion des aéroports de l'activité de transport. Pour le **transport ferroviaire**, c'est la partition entre la gestion des

infrastructures et l'activité de transport qui doit être assurée. Dans les **secteurs du gaz ou de l'électricité**, il faut distinguer la production, le stockage, le réseau de transport et le réseau de distribution.

→ La défense de la concurrence

L'Union européenne régit les ententes et pratiques concertées, les abus de position dominante, les concentrations et les aides d'État aux entreprises publiques ou privées.

► **L'article 85.1 (devenu 101.1)** du traité CEE interdit les **ententes** (accords entre entreprises) et les **pratiques concertées** (actions coordonnées ne reposant pas sur un accord) entre entreprises « susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ». La Cour de justice sanctionne les comportements qui visent à fixer des prix, s'entendre sur des conditions de vente, des quotas de production ou de livraison, se répartir un marché. Elle tolère cependant les accords d'exclusivité ou de licence pour le transfert de technologie ou de franchises, s'ils visent à améliorer la production, la distribution ou à répondre aux exigences du progrès technique.

► **L'article 86 (devenu 102)** du traité CEE **interdit**, à condition que le commerce intracommunautaire soit affecté, « le fait pour une ou plusieurs entreprises d'**exploiter de façon abusive une position dominante** sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci ». Les entreprises ne doivent pas abuser de leur puissance économique pour faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché, imposer des prix ou des conditions de transaction non équitables, limiter la production, les débouchés ou le développement technique au détriment des consommateurs, lier la conclusion de certains contrats à la fourniture de prestations supplémentaires extérieures à l'objet des contrats.

Un règlement du Conseil du 21 décembre 1989 a permis d'**encadrer les opérations de concentration économique** de dimension communautaire qui risquent de créer ou renforcer une position qui fausserait le marché ou une partie substantielle de celui-ci, interdisant toute disposition attribuant à une entreprise ou à un groupe d'entreprises un contrôle exclusif sur une autre. Le règlement du 20 janvier 2004 ne met plus seulement l'accent sur la « domination », mais aussi sur le « gain pour les consommateurs ».

► **L'article 92 (devenu art. 107)** du traité CEE reconnaît, **en principe**, l'**incompatibilité avec le marché intérieur des aides d'État** qui « affectent les échanges entre les États membres », ou des « ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entre-

prises ou certaines productions ». La Cour de justice considère qu'elles peuvent résulter de tout avantage économique accordé par l'État de manière sélective à des entreprises ou à certaines productions.

- Ces dispositions ne constituent **pas une interdiction absolue**. La *CJUE* a développé une *jurisprudence – assez stricte au demeurant* – relative **aux aides d'État** proprement dites, mais aussi aux aides accordées par les collectivités territoriales, les entreprises publiques sous statut de droit privé ou de droit public, les établissements publics. Elle **a admis** qu'une *compensation* se limitant à couvrir les charges de service public ne constitue pas une aide d'État prohibée, mais qu'une surcompensation est incompatible avec le droit communautaire (CJCE, 22 novembre 2001, *Ferring S.A.*, *Rec. I-9067*). Cette jurisprudence a été précisée dans l'**arrêt Altmark Trans** qui accepte les subventions qui assurent la **stricte contrepartie de prestations** réalisées par les entreprises bénéficiaires afin d'exécuter des obligations de service public (CJCE, 24 juillet 2003, *Rec. I-7747*).
- Le « **paquet Monti-Kroes** » du 28 novembre **2005** (une décision, une directive, un encadrement communautaire) et le « **paquet Almunia** » du 20 décembre **2011** (une communication, un règlement, une décision et un encadrement communautaire) **ont allégé les conditions** auxquelles des aides peuvent être apportées par les pouvoirs publics sans être considérées illicites au regard des principes de l'Union européenne. Les aides dites *de minimis* (n'excédant pas 500 000 euros sur trois ans) ne sont pas prises en compte, et les compensations inférieures à 15 millions d'euros mises en œuvre sur la base d'un mandat inférieur à dix ans ne sont pas soumises à l'obligation de notification préalable (autorisation).

L'ambition de cohésion économique et sociale de la Communauté, affirmée depuis l'Acte unique européen (1986), a permis le développement d'une **politique régionale** en partie financée par les **fonds structurels européens**, notamment le Fonds européen de développement régional (FEDER) ou le Fonds social européen (FSE). Aujourd'hui, l'Union européenne tolère, et souvent encourage, une politique d'aide au développement de certaines activités ou de régions en difficultés, à la promotion ou la conservation du patrimoine. Elle est également favorable à l'indemnisation des dommages causés par les calamités naturelles ou d'autres événements exceptionnels.

→ L'adaptation du droit français

Sous l'influence communautaire, la **France** a dû **aménager ou renoncer à des monopoles** d'importation dérogatoires au droit commun, et **adapter sa législation** dans les secteurs aérien, postal, des communications électroniques, du transport ou de l'énergie. Elle a multiplié les privatisations d'entreprises, les ouvertures à la concurrence ou les changements de réglementation.

Dès 1987, la Communauté lance une politique de libéralisation du **secteur aérien**. Un règlement du Conseil du 23 juillet 1992 pose le principe de la liberté d'exercice de cette activité par tout détenteur d'une licence sur toutes les lignes (sauf cabotage interne). Une directive du 15 octobre intègre au dispositif les services commerciaux et les services aux compagnies dans les aéroports. Des décisions de la Cour de justice du 5 novembre 2002, dites « ciel ouvert », donnent compétence à la Communauté pour conclure des accords internationaux sur le secteur aérien. En France, un Fonds de péréquation assure l'équilibre financier des dessertes dans l'intérêt de l'aménagement et du développement du territoire (loi du 4 février 1995). L'ensemble des lignes devient **accessible aux compagnies françaises ou d'un pays de l'Union européenne** (loi du 16 juin 2001). **Aéroport de Paris** (ADP) prend la forme juridique d'une société anonyme (loi du 20 avril 2005), **délégataire du service public aéroportuaire**.

► Dans le **secteur des télécommunications**, la directive du 22 mars 1996 ouvre à la concurrence la commercialisation du matériel terminal de télécommunication, l'aménagement des réseaux privés et la téléphonie mobile et, dès le 1^{er} janvier 1998, la téléphonie locale entre points fixes. La loi française du 26 juillet 1996 impose la séparation entre l'opérateur et le régulateur, le Conseil constitutionnel acceptant que la régulation soit confiée au ministre assisté par l'Autorité de régulation des télécommunications (CC, déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Rec.* 99), devenue **l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)** dès la loi du 20 mai 2005. La loi du 9 juillet 2004 définit le **service universel postal** dans le cadre de la directive communautaire du 7 mars 2002, en insistant sur la qualité et l'accessibilité, mais aussi les tarifs abordables. Dans le prolongement d'un nouveau « paquet télécom » adopté le 25 novembre 2009, la Commission européenne a défini une « **stratégie numérique pour l'Europe à l'horizon 2020** », qui incite la France à garantir l'accès aux haut débit rapide et ultra rapide à la fin des années 2010.

► Pour le **secteur postal**, la directive du 15 décembre 1997 fixe comme objectif aux États « une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire à des prix abordables pour les utilisateurs ». Une directive plus contraignante est adoptée le 10 juin 2002, et transposée en France par la loi du 20 mai 2005 relative à la régulation des activités postales. Une directive du 20 février 2008, transposée par la loi française du 9 février 2010, conclut le processus d'ouverture du marché postal. La Poste est désormais une société anonyme à capital entièrement public. Elle a créé une filiale bancaire (La Banque postale). **L'espace économique est ouvert aux concurrents de l'opérateur historique** dans le cadre de conventions signées avec lui. **L'Autorité de régulation des communi-**

tions électroniques et des postes (ARCEP) délivre une autorisation aux nouveaux prestataires et veille au respect de la réglementation. L'accent étant mis sur l'accessibilité au **service universel postal**, un **Fonds national de péréquation territoriale** contribue à revitaliser les zones sensibles dans un contexte d'intercommunalité.

► Dans le **secteur du transport ferroviaire**, la directive du 29 juillet 1991 prend parti pour la *séparation* de la gestion des *infrastructures* et de l'*exploitation des services*. La loi française du 13 février 1997 crée l'établissement **Réseau ferré de France** (RFF), qui est désormais propriétaire du réseau, tandis que l'exploitation du trafic et l'entretien du réseau relèvent de la SNCF. Conformément à la directive du 29 avril 2004, la loi française du 5 janvier 2006 relative à la sécurité et au développement des transports crée l'**Établissement public de sécurité ferroviaire** qui veille au respect des réglementations, à l'interopérabilité des transports ferroviaires sur le réseau et délivre les autorisations nécessaires à l'exercice des activités ferroviaires. Les services de fret sont ouverts à la concurrence dès 2006, les services de voyageurs sur les lignes internationales également (sous réserve d'obtenir un certificat de sécurité). Un troisième paquet ferroviaire européen résulte d'une série de textes du 23 octobre 2007 relatifs à la concurrence, aux droits des passagers et aux licences des conducteurs de trains. Dès la loi du 8 décembre 2009, la France a créé l'**Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF)** sous la forme d'une autorité publique indépendante. On envisage aujourd'hui de réintégrer RFF dans un pôle unifié accordant une position centrale à la SNCF, qui éclaterait en trois entités.

► Pour le **secteur de l'électricité**, une directive du 19 décembre 1996 ouvre le marché aux consommateurs éligibles, c'est-à-dire à des professionnels de taille significative, EDF restant l'intermédiaire unique sur le réseau pour acheminer l'électricité produite par ses concurrents vers les consommateurs. Une **libéralisation du marché par étapes** est programmée. Une nouvelle directive est adoptée le 26 juin 2003, qui définit le **service universel** comme le droit pour tous les clients résidentiels d'être approvisionnés en électricité « d'une qualité bien définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables et transparents ». La loi française du 9 août 2004 transpose cette directive, en **modifiant le statut d'EDF**, qui devient une société dont l'État détient plus de 70 % du capital. La Commission de régulation de l'électricité, transformée en **Commission de régulation de l'énergie (CRE)** dès la loi du 30 décembre 2004, assure la régulation indépendante du secteur (électricité et gaz). Le 1^{er} septembre 2005, **Réseau de transport d'électricité (RTE)** est constitué sous la forme d'une société anonyme à capital public, filiale de la nouvelle société EDF. Un accès régulé à l'électricité nucléaire historique doit désormais être assuré à tous les opérateurs autorisés.

► Dans le **secteur du gaz**, la directive du 22 février 1998 offre un choix entre l'accès au réseau négocié (où les prix doivent être négociés pour chaque contrat) et l'accès au réseau réglementé (où les prix sont calculés sur la base de tarifs publiés à l'avance). La **concurrence dans l'activité de distribution** doit être assurée, mais le refus d'accès au réseau est possible (comme pour l'électricité) au nom d'impératifs techniques ou pour maintenir l'équilibre financier de l'entreprise qui assure le service d'intérêt général économique. Cinq ans plus tard, la directive du 26 juin 2003 abroge la directive de 1998. À compter du 1^{er} juillet 2004, la France décide que les professionnels, entreprises et collectivités locales deviennent éligibles. La loi du 9 août 2004 **modifie le statut de Gaz de France (GDF)**, qui devient **une société** dont l'État doit détenir au moins 70 % du capital. Le Gouvernement encourage ensuite la **fusion de GDF avec le groupe Suez** (la participation publique à l'entreprise sera minoritaire à partir de 2008). Gaz de France crée un **Gestionnaire du réseau de distribution** (GRD) en charge de la distribution du gaz naturel qui s'appuie, pour réaliser ses missions, sur un opérateur technique de proximité. La **Commission de régulation de l'énergie (CRE)** assure la régulation indépendante du secteur (loi du 30 décembre 2004). L'ouverture du marché aux particuliers est réalisée depuis le 1^{er} juillet 2007.

B– L'Autorité de la concurrence

Dès les années 1950, le ministre de l'Économie et des Finances s'appuie sur des structures *ad hoc* pour mener à bien sa mission de surveillance de la concurrence. Le Conseil de la concurrence est cependant institué par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, avant que la loi du 4 août 2008 entraîne sa disparition lors de la création de l'Autorité de la concurrence. Depuis trente ans, ces régulateurs ont contribué à l'extension des missions de régulation de la concurrence.

1. Du Conseil de la concurrence à l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence est l'héritière de plusieurs organismes qui se sont succédé, tout particulièrement du Conseil de la concurrence.

→ La régulation de la concurrence jusqu'en 2008

Deux expériences antérieures au Conseil de la concurrence méritent d'être signalées.

- Un décret du 9 août 1953 avait créé la **Commission technique des ententes**, pouvant être saisie par le ministre de l'Économie ou les juridictions judiciaires. Elle donnait son avis sur les éventuelles infractions en matière d'entente ou de position dominante (à partir de 1963) ; le ministre avait ensuite la possibilité de

prononcer des sanctions pécuniaires ou de transmettre le dossier au parquet. Cette commission a disparu en 1977.

- La loi du 19 juillet 1977 a créé la **Commission de la concurrence**. Cette nouvelle institution exerçait aussi une fonction facultative, mais élargie aux projets ou opérations de concentrations économiques. Elle pouvait conseiller le Gouvernement sur toute question intéressant la concurrence. Elle disparut finalement en 1986.

Entre 1986 et 2008, le **Conseil de la concurrence** est au centre de la régulation indépendante. Il n'a pas été qualifié expressément par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais le Conseil constitutionnel a précisé qu'il s'agissait d'un « **organe administratif** » à la « **nature non juridictionnelle** » (CC, déc. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, Rec. 8). On peut y voir une autorité administrative indépendante (AAI) ayant pour mission d'observer et de réguler le fonctionnement de la concurrence sur les marchés, tout en contribuant au respect de l'ordre public économique.

- Le collège du Conseil de la concurrence était composé de **dix-sept conseillers**, nommés pour cinq ans par décret, dont un président et trois vice-présidents. Huit de ses membres étaient des magistrats venus des juridictions administratives ou judiciaires, les autres des personnalités choisies en raison de leurs compétences. Cette institution collégiale pouvait être saisie au titre de **sa fonction consultative** ou de sa **fonction contentieuse**.
- Les **pouvoirs** du Conseil de la concurrence avaient été sensiblement élargis par la loi du 15 mai 2001, surtout en matière d'investigations. Il pouvait effectuer des **perquisitions et des saisies** sur ordonnance du président du tribunal de grande instance, susceptible d'un pourvoi en cassation (non suspensif), en respectant une **procédure contradictoire** conforme à l'article 6.1 de la Convention européenne des droits de l'homme. À sa propre initiative ou à la demande du ministre chargé de l'Économie (loi du 15 mai 2001), il prenait des **mesures conservatoires**. Il adressait aussi des **injonctions** aux entreprises afin qu'elles suspendent les pratiques contestées, ou reviennent à leur ancien comportement. En cas d'échec, des **sanctions** pouvaient être prononcées. Les décisions du Conseil relevaient d'un **recours** non suspensif en annulation ou en réformation devant la **Cour d'appel de Paris** (depuis le décret du 19 octobre 1987). Le juge des référés pouvait prononcer la suspension de l'exécution (loi du 30 juin 2000). L'arrêt rendu était susceptible d'un pourvoi en cassation devant la Cour de cassation.

L'**ordonnance du 1^{er} décembre 1986** avait fixé un **cadre de régulation** de la concurrence **qui ne changea guère jusqu'à la loi du 4 août 2008**. Les enquêtes indispensables à la détection des pratiques anticoncurrentielles relevaient de la **Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes** (DGCCRF) du ministère de l'Économie. Les pouvoirs d'instruction et de sanction des pratiques

concernées étaient exercés par le **Conseil de la concurrence**. Il s'agissait d'un **mécanisme dualiste de régulation** associant le ministère et une autorité administrative indépendante aux pouvoirs renforcés par rapport aux commissions qui l'avaient précédé.

→ La création de l'Autorité de la concurrence

La loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie remplace le Conseil de la concurrence par l'Autorité de la concurrence, qui est **installée le 13 janvier 2009**. Elle dispose de **compétences élargies** afin de « **veiller au libre jeu de la concurrence** » et d'« **apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international** » (art. L. 461-1 du C. com.). C'est une **autorité administrative indépendante** (*ibid.*), dont les crédits de fonctionnement sont inscrits dans un programme relevant du ministre chargé de l'Économie. Elle bénéficie d'un « **bloc de compétence** » faisant de la cour d'appel de Paris le juge de recours contre ses décisions.

► L'Autorité de la concurrence est composée d'un **collège de dix-sept membres**. Son **président** est nommé par **décret du président de la République** (sur le rapport du ministre de l'Économie) après **avis public** de la commission permanente compétente de chaque assemblée, sans opposition de plus de 60 % des suffrages exprimés (loi constitutionnelle du 23 juillet 2008). Le collège comprend également six membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ; cinq personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ; cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales. Le **mandat** des membres du collège, y compris du président, est de **cinq ans**, renouvelable (celui du président ne l'étant qu'une seule fois).

► Dans le cadre de sa **fonction consultative**, l'Autorité de la concurrence peut **être saisie** par le Gouvernement, le Parlement, les collectivités territoriales, les autorités administratives indépendantes (telles que l'ARCEP ou la CRE), les organisations professionnelles ou syndicales, les organisations de consommateurs. Selon le cas, la saisine est facultative ou obligatoire. Des **avis** sont ainsi donnés sur de nombreux **projets ou propositions de loi**, mais aussi sur des **règlements**, notamment relatifs aux modalités d'accès aux professions (en tenant compte des pouvoirs des ordres professionnels), à l'attribution de droits exclusifs en dérogation avec les principes de la libre concurrence, aux règles en matière de prix ou de conditions de vente. En matière de pratiques anticoncurrentielles, l'Autorité peut aussi être **consultée**

par les juridictions judiciaires ou administratives de droit commun ou spécialisées à l'occasion des affaires dont elles sont saisies. Les **commissions du Parlement** compétentes en matière de concurrence peuvent *entendre le président* de l'Autorité de la concurrence, mais aussi **consulter** le régulateur sur toute question de sa compétence (art. L. 461-5 du C. com.). L'Autorité, qui remet un **rapport public** annuel au Gouvernement et au Parlement, doit rendre compte de son activité. En **matière contentieuse**, la **saisine de l'Autorité de la concurrence** est également accessible au ministre de l'Économie, aux entreprises, aux collectivités territoriales, aux organismes professionnels ou syndicaux, aux organisations de consommateurs. L'Autorité peut également *se saisir d'office*.

► L'Autorité de la concurrence a des **pouvoirs décisives** pour intervenir sur tous les marchés et prendre des actes à portée générale susceptibles d'appel devant la cour d'appel de Paris. En matière **contentieuse**, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 confiait un **pouvoir de sanction** au Conseil de la concurrence, qui a été étendu par les lois du 1^{er} juillet 1996 et du 15 mai 2001, puis à nouveau par la loi du 4 août 2008 en faveur cette fois de l'Autorité de la concurrence. La **compétence** du régulateur indépendant reste néanmoins **toujours limitée**, car il n'a pas pour mission de réprimer toutes les pratiques commerciales, qui relèvent en droit de la compétence du juge judiciaire, ni les litiges entre les parties à propos des contrats.

► L'Autorité bénéficie du regroupement des fonctions d'enquête, d'instruction et de décision. Elle dispose de **services d'instruction** dirigés par un rapporteur général nommé par arrêté du ministre chargé de l'Économie, après avis du collège (art. L. 462-4 du C. com.), de rapporteurs généraux adjoints, de rapporteurs permanents ou non et d'enquêteurs des services d'instruction nommés par le rapporteur général. Une **soixantaine de personnes** issues pour la plupart de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) ou de la Direction nationale d'enquête de la concurrence (DNCA) ont rejoint le régulateur ou y ont été mis à disposition, au risque qu'il ne soit pas toujours facile aux rapporteurs de diriger des équipes d'enquêteurs issus de cultures professionnelles bien différentes. Il n'empêche que l'organisation gagne en clarté par rapport au Conseil de la concurrence, dessine une véritable répartition des tâches entre les services et le collège de l'Autorité, qui seul peut décider. Le respect des droits de la défense en est facilité. En s'inscrivant dans la perspective du rapport de la Commission Attali, du 23 janvier 2008, sur la « libération de la croissance française », la réforme de 2010 a mis **fin au mécanisme dualiste** de 1986, avec d'un côté le Conseil de la concurrence, de l'autre le ministère de l'Économie avec la DGCCRF. Une **régulation largement unitaire de la concurrence** s'est imposée en faveur d'un régulateur indépendant.

2. La régulation par l'Autorité de la concurrence

L'Autorité de la concurrence contribue surtout à la régulation de la concurrence par ses compétences en matière de pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des concentrations économiques.

→ Les pratiques anticoncurrentielles

De manière générale, l'Autorité de la concurrence veille à l'application des articles 85 (devenu 101) et 86 (devenu 102) du traité CEE relatifs aux ***règles de la concurrence applicables aux entreprises***. Mais elle a un rôle particulièrement important à jouer dans le contrôle de certaines pratiques très préjudiciables au fonctionnement des marchés.

► En matière d'ententes, de positions dominantes, de dépendances économiques ou de prix abusivement bas, le régulateur de la concurrence dispose de larges prérogatives juridiques.

- L'Autorité de la concurrence connaît des **ententes illicites**. Il s'agit d'accords par lesquels plusieurs entreprises s'obligent mutuellement à un comportement bien défini afin d'éviter la concurrence et de fausser les lois du marché (art. L. 420-1 du C. com.). L'Autorité n'est pas compétente si ces pratiques résultent de l'application d'un texte législatif ou réglementaire, ou sont indispensables au progrès économique (notamment pour la création ou le maintien d'emplois). Une entente peut néanmoins être déclarée illégale, même sans objet anticoncurrentiel, si elle a un **effet anticoncurrentiel** sensible. La loi du 15 mai 2001 permet même d'envisager les pratiques mises en œuvre « par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France » (art. L. 420.1 du C. com.).
- Elle sanctionne aussi l'**abus de position dominante** qui est constitué par l'exploitation abusive d'une situation économique sur le marché intérieur ou sur une partie substantielle de celui-ci (art. L. 420-2 du C. com.).
- La loi NRE du 15 mai 2001 a ajouté 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 (art. 420.2 du C. com.). Elle consiste pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient l'un de ses partenaires, ou de sa puissance d'achat ou de vente, pour le soumettre à des conditions commerciales ou obligations injustifiées. Ces dispositions permettent de sanctionner les refus de vente ou les ventes liées.
- L'Autorité est compétente en cas de **prix abusivement bas** (loi du 1^{er} juillet 1996), notamment lorsqu'une telle pratique existe sans que l'on puisse établir l'existence d'une entente ou d'une position dominante.

- Dans toutes ces hypothèses, l'Autorité de la concurrence est amenée à intervenir.
- Elle peut prendre des **mesures conservatoires** enjoignant les entreprises de suspendre la pratique contestée ou de revenir à leur comportement antérieur, et ordonner la publication de la décision dans la presse écrite.
- Elle peut aussi prononcer des **sanctions** déterminées et motivées individuellement pour chaque entreprise. La loi du 15 mai 2001 indique que si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros, et que pour les entreprises, il peut atteindre jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes. Le rapporteur général peut néanmoins proposer à l'Autorité de la concurrence de réduire de moitié la sanction si le contrevenant ne conteste pas la réalité des griefs et s'engage à modifier son comportement. Une exonération totale ou partielle de sanction est même envisageable si l'entreprise a participé à l'entente, mais aide ensuite à identifier ses autres auteurs.

→ Les concentrations économiques

La législation sur les concentrations a régulièrement changé dans les années 2000, avec les lois du 15 mai 2001 et du 4 août 2008.

- La **loi du 15 mai 2001** a abaissé le **seuil financier** à partir duquel la concentration peut être analysée, à condition qu'elle n'entre pas dans le champ d'application du règlement communautaire du 21 décembre 1989 (désormais du règlement du 20 janvier 2004) : elle retient un chiffre d'affaires mondial de 150 millions d'euros et un chiffre d'affaires réalisé en France de 15 millions d'euros. Ces critères ont été confirmés par la loi du 4 août 2008.
- La **loi du 4 août 2008** a modifié sensiblement la loi du 15 mai 2001 sur les rôles respectifs du ministre de l'Économie et des Finances et du régulateur de la concurrence en matière de concentrations.
- La loi du 15 mai 2001 assurait la prééminence du ministre de l'Économie et des Finances. Le Conseil de la concurrence donnait seulement un avis, sorte de bilan économique, permettant d'apprécier si les actes et les opérations concernés entraient dans le champ du Code de commerce, s'ils apportaient au progrès économique une contribution compensant les atteintes aux principes de la concurrence. Mais c'est le **ministre** qui **prenait par arrêté la décision** éventuelle d'empêcher les entreprises de donner suite à leur projet, leur imposait de rétablir la situation antérieure, de modifier ou compléter l'opération. Cette décision relevait cependant du **contrôle du juge administratif** (CE, 9 avril 1999, *Société Coca Cola*, Rec. 355).

- Avec la loi du 4 août 2008, la réalisation effective d'une telle opération de concentration ne peut plus intervenir qu'après l'**accord de l'Autorité de la concurrence** (art. L. 430-4 du C. com.). Le changement est significatif. En effet, le **contrôle** des concentrations connaît **deux phases distinctes** : l'une dite d'examen sommaire, l'autre d'examen approfondi. Traditionnellement, la première relevait de la compétence du ministre, la seconde du Conseil de la concurrence, s'il était saisi par le ministre. La totalité des opérations (pendant les deux phases) est désormais soumise à l'Autorité de la concurrence, qui tranchera. Le **ministre de l'Économie** peut cependant continuer à **statuer sur certaines opérations de concentration** en invoquant des **motifs d'intérêt général** compensant l'atteinte à la concurrence, notamment le développement industriel, la compétitivité des entreprises, la création ou le maintien de l'emploi (art. L. 430-7-1 du C. com.).

II. La régulation financière

Le président de la République, le Premier ministre et le ministre de l'Économie et des Finances contribuent à la définition de la **politique financière française**, encadrée par le **droit de l'Union européenne** et la **législation nationale**. Une série d'autorités indépendantes boursières ou financières – qualifiées d'autorités publiques indépendantes ou d'autorités administratives indépendantes – sont chargées de larges missions de régulation, sans être soumises ni à l'exécutif, ni au Parlement. La Communauté européenne développe aussi un système de supervision de plus en plus élaboré.

A– Le cadre institutionnel

Ces dernières années, la régulation financière a été considérablement transformée, tant au plan européen que national.

1. La supervision européenne

Dès la **crise financière internationale de l'automne 2008**, un groupe d'experts est désigné à l'initiative du président de la Commission européenne, José Manuel Barroso, afin de présenter des propositions pour renforcer le dispositif communautaire de supervision du secteur bancaire et financier. Le **rapport Jacques de Larosière** (25 février 2009), **très critique**, insiste sur le manque de collaboration des autorités nationales de surveillance et l'incapacité des comités européens de régulation – mis en place à la suite des propositions du comité Lamfalussy en 2001 – à réagir aux

situations d'urgence dès lors qu'ils ne sont pas dotés de pouvoirs décisionnels. Après un an de négociation, un **accord entre la Commission et le Parlement européens** intervient **le 3 septembre 2010**, qui reprend l'essentiel des trente recommandations du rapport. Avec le **paquet législatif du 24 novembre 2010**, l'Union européenne met en place un système européen de surveillance à la fois macro et microprudentiel.

→ Le Système européen de surveillance financière (SESF)

Il s'agit d'assurer la cohérence et la coordination d'un réseau d'autorités nationales de régulation financière avec de nouveaux organismes européens de supervision.

► Le **Système européen de surveillance financière (SESF)** suppose un **double mécanisme de supervision** : un niveau macroprudentiel confié à un Comité européen du risque systémique (CERS) destiné à remplacer le comité de surveillance bancaire de la Banque centrale européenne ; un niveau microprudentiel dévolu à trois autorités européennes de surveillance (AES) qui doivent se substituer aux anciens comités Lamfalussy (Comité européen des contrôleurs bancaires, Comité européen des contrôleurs des assurances et des pensions professionnelles, Comité européen des régulateurs de valeurs mobilières).

► Le Parlement adopte, le 24 novembre 2010, un **paquet législatif de supervision financière**. Le règlement (CE) n° 1092/2010 institue le Comité européen du risque systémique (CERS). Trois Autorités européennes de surveillance (AES) font l'objet chacune d'un règlement : l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF) relève du règlement (UE) n° 1095/2010, l'Autorité bancaire européenne (ABE) du règlement (UE) n° 1093/2010, l'Autorité européenne des assurances et des pensions professionnelles (AEAPP) du règlement n° 1094/2010. Enfin, la directive n° 2010/78/UE précise les compétences de l'ensemble des AES au regard des textes communautaires. La nouvelle architecture doit être opérationnelle dès le 1^{er} janvier 2011. Un Fonds européen de stabilité financière (FESF), mis en place dans l'urgence dès mai 2010, laisse la place à un Mécanisme européen de stabilité (MES) – à partir de la ratification du traité signé le 12 mars 2012 entre les États membres.

→ La supervision macro et microprudentielle

Si un seul organe est chargé de la supervision macroprudentielle, une série d'autorités assurent la régulation des aspects microprudentiels.

► Le **Comité européen du risque systémique (CERS)** est responsable de la **surveillance macroprudentielle**, c'est-à-dire du système financier dans son ensemble. Dirigé pendant les cinq premières années par le président de la Banque centrale européenne (BCE), il réunit des représentants des banques centrales nationales, des trois autorités de surveillance (AES) nouvellement créées et des autorités nationales

de surveillance afin d'assurer la collaboration entre tous les organes. Son siège est à Francfort. Il émet des **alertes**, qu'il peut rendre publiques lorsque des risques importants sont susceptibles d'affecter tout le système financier ; il peut également formuler des **recommandations** sur la façon d'y remédier. À cet effet, il dresse une liste d'**indicateurs** quantitatifs et qualitatifs. Le président du CERS est convié à une audition par le Parlement européen lors de la parution du rapport annuel.

► Les **Autorités européennes de surveillance (AES)** exercent une **régulation sectorielle microprudentielle** en matière d'activités bancaires, assurantielles et de valeurs mobilières. Chacune est dirigée par **un président**, qui est un professionnel indépendant dont la nomination doit être confirmée par le Parlement européen. **Elles disposent de la personnalité morale qui leur permet de gérer un budget propre et de recruter leur personnel.**

- Les AES ont des **missions générales** qui répondent aux **mêmes objectifs** : harmoniser les pratiques en matière de règlement et de surveillance au plan européen, contribuer au fonctionnement des collèges de superviseurs chargés du suivi des établissements transfrontaliers, veiller à l'application des règles communautaires au plan national.
- Les AES élaborent des **normes de réglementation et d'exécution** qui ont force de loi lorsqu'elles sont endossées par la Commission. Au cours de la procédure, le Parlement et le Conseil de l'Union peuvent exprimer des objections, voire empêcher l'entrée en vigueur d'une norme contestée.
- Les **décisions** des AES sont généralement prises à la **majorité simple**, mais **en cas de désaccord la majorité qualifiée** s'applique. Une **clause de sauvegarde**, négociée à la demande du Royaume-Uni, interdit d'empiéter sur les compétences budgétaires d'un État membre. Un mécanisme complexe permet à un pays de s'opposer à la décision d'une AES, de demander un réexamen en cas d'urgence par le conseil Écofin, voire de saisir le Conseil européen (cadenas britannique). Les députés européens ont toutefois obtenu l'insertion d'une disposition qui interdit tout recours abusif à cette clause.
- Les AES sont dotées de **prérogatives contraignantes** dans une série d'hypothèses : à l'égard d'un superviseur national ou d'une institution financière si le droit européen n'est pas respecté ou s'il y a un désaccord entre des autorités nationales ; lorsque certaines activités ou produits menacent le bon fonctionnement, l'intégrité et la stabilité des marchés financiers ; en cas d'urgence, sous réserve que les décisions prises n'empiètent pas sur la souveraineté budgétaire des États membres.

Cette **nouvelle architecture de supervision** doit être précisée au fil des années. De nouveaux pouvoirs pourront être accordés aux AES dans le cadre des législations

sectorielles. Dès le 29 mars 2012, les dirigeants de la zone euro se sont engagés vers une **Union bancaire** reposant sur un mécanisme de surveillance unique (MSU) auquel doit participer la Banque centrale européenne (règlement (UE) n° 1022-2013 du 20 octobre 2013). Au demeurant, il n'a pas été exclu *a priori* de fusionner à l'avenir les trois autorités de supervision en un superviseur européen unique ; cette question doit être envisagée au moment de l'évaluation du paquet législatif du 24 novembre 2010.

► **L'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)**, qui siège à Paris, est l'une des trois AES. Elle est dotée de la personnalité juridique (art. 5 du règlement) assurant son autonomie administrative et financière. Son **financement** dépend de contributions obligatoires des autorités publiques nationales compétentes par le biais d'une subvention de l'Union, et de redevances payées à l'Autorité dans les cas spécifiés dans les instruments législatifs. Si le président de l'AEMF la représente, c'est son directeur exécutif qui l'administre. Dans l'exécution de ces tâches, l'Autorité « agit de manière indépendante et objective et dans le seul intérêt de l'Union » (art. 1^{er} du règlement). L'AEMF comprend un **conseil des autorités de surveillance (CAS)** qui est chargé de prendre les **décisions contraignantes**, en principe à la majorité simple, la majorité qualifiée continue pourtant à s'appliquer pour l'adoption de la réglementation, des normes techniques d'exécution, des orientations, des recommandations, et pour l'adoption du budget. Un **conseil d'administration**, dont le président est élu parmi les membres du CAS, assure la préparation du travail annuel et pluriannuel. Un rapport annuel est publié.

► **La Commission de recours**, commune aux trois AES, apparaît comme un embryon de juridiction financière spécialisée qui bénéficie de l'**indépendance** reconnue aux AES par le règlement n° 1095/2010. Elle est composée de six membres – deux pour chaque autorité. Toute personne physique ou morale, y compris les autorités compétentes, peut former devant elle un **recours contre une décision de l'Autorité** dont elle est destinataire ou qui la concerne directement ou individuellement. La Commission statue dans les deux mois, sans qu'il y ait un effet suspensif de son intervention. Les décisions rendues sont publiques.

► Un **Comité mixte des autorités européennes de surveillance (CMAES)**, prévu par le règlement (UE) n° 1093/2010, assure la *cohérence transversale des activités*.

2. La régulation nationale

Lorsqu'il s'agit de régulation financière, **trois possibilités** s'offrent : créer **une autorité de régulation par secteur** (finance, banque, assurance et mutuelle) chargée à la fois des produits et de la surveillance prudentielle des activités ; instituer **deux autorités**

de régulation, l'une pour les produits financiers, bancaires et assurantiels, l'autre pour les aspects pruden­tiels de ces secteurs ; ou fusionner en *une autorité unique* le contrôle des produits et la surveillance des différents secteurs. Chaque pays fait son choix en fonction de sa tradition financière, son désir plus ou moins marqué d'innover et de remettre en cause les prérogatives des professionnels.

Au prix d'une inévitable simplification, on peut raisonner à titre heuristique à partir de l'opposition entre un **modèle intégré** qui suppose d'unifier au sein d'un même organisme la régulation des marchés et la surveillance prudentielle des banques, des assurances et des mutuelles (choix allemand actuel, ou britannique entre 2001 et 2010) et le **modèle dualiste** distinguant la régulation des marchés et la surveillance des banques, des assurances et des mutuelles, en les confiant à des organes différents, dont le nombre peut être variable (choix des États-Unis d'Amérique depuis 1934). La France s'inscrit dans cette dernière perspective, en distinguant aussi depuis la crise financière de 2008 entre les *aspects macropruden­tiels et micropruden­tiels*.

→ Le modèle français de régulation sectorielle

La loi de sécurité financière (LSF) du 1^{er} août 2003, puis l'ordonnance du 21 janvier 2010 et la loi de régulation bancaire et financière (RBF) du 22 octobre 2010 ont perpétué le modèle dualiste français qui empêche d'attribuer à la même autorité la régulation des marchés financiers et la surveillance des prestataires de services d'investissement. Ce modèle a néanmoins subi des adaptations successives depuis une trentaine d'années, vers la simplification.

► **On peut définir schématiquement la régulation des marchés financiers proprement dite et la surveillance prudentielle.** La *régulation des marchés* vise à assurer la transparence, l'information publique et le respect des règles déontologiques. Elle concerne les relations entre des agents économiques et des entreprises qui se procurent des capitaux auprès des investisseurs. La *surveillance prudentielle* porte sur la capacité pour les intermédiaires financiers de faire face à leurs engagements. Elle permet de détecter à partir d'informations confidentielles d'éventuelles difficultés avant qu'elles ne deviennent publiques. Alors que la régulation de marché s'exerce au quotidien sur l'ensemble des acteurs du marché et énormément de produits, la surveillance prudentielle s'adresse à des métiers définis et à des intermédiaires en nombre certes important, mais limité, en mettant en œuvre des normes précises, souvent internationales.

► On distingue aussi en France deux catégories de **prestataires de services d'investissement (PSI)** depuis la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation financière : les établissements de crédit et les entreprises d'investissement (L. 531.1 du C. mon. fin.).

- Les **établissements de crédit** sont des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque (réception de fonds publics, opération de crédit, mise à disposition de la clientèle, gestion de moyens de paiement), avec la possibilité d'y ajouter des opérations connexes de change, placement, souscription de valeurs mobilières, assistance en matière de gestion financière et location de biens immobiliers ou mobiliers (art. L. 511-1 du C. mon. fin.). Un agrément leur permet de réaliser des opérations dans l'ensemble des États de l'Espace économique européen. Il confère un **monopole sur les opérations de banque**, qui connaît toutefois quelques exceptions en faveur du secteur financier public (Trésor public, Banque de France, Caisse des dépôts et consignations, La Poste), du secteur financier privé (entreprises d'assurances, fonds communs de créances) ou d'organismes à vocation sociale.
- Les **entreprises d'investissement** regroupent des personnes morales qui procurent des services d'investissement sans avoir la qualité d'établissement de crédit (art. L. 531-4 et s. du C. mon. fin.). Il s'agit des anciennes sociétés de bourse, mais aussi de maisons de titres, sociétés de gestion de portefeuille, sociétés de placement collectif et agents des marchés interbancaires. Tous ces prestataires doivent également obtenir un agrément.

→ La régulation macroprudentielle

Avec la loi RBF du 22 octobre 2010, la France a été l'un des tout premiers pays européens à se doter d'un organisme destiné à permettre une meilleure détection des risques financiers, à améliorer la coopération entre les différentes autorités de régulation et à renforcer l'efficacité du dispositif de surveillance de la stabilité financière. Le Conseil de régulation financière du risque systémique (COREFRIS) qui avait été créé a pourtant été rapidement remplacé par le **Haut Conseil de stabilité financière (HCSF)** lors de la loi du 26 juillet 2013 de séparation et de régulation bancaire, qui n'en continue pas moins de l'inscrire dans la même perspective.

Le HCSF, présidé par le ministre de l'Économie, réunit huit membres : le gouverneur de la Banque de France, le président et le vice-président de l'Autorité de contrôle prudentiel, le président de l'Autorité des marchés financiers, le président de l'Autorité des normes comptables (ANC) et trois personnalités nommées par le ministre en raison de leurs compétences dans les domaines monétaires financiers ou économiques. **Le mandat est de cinq ans. Le Haut Conseil se réunit au moins quatre fois par an.**

- Chargé de la **coopération** et de l'**échange d'informations entre les institutions** que ses membres représentent, le HCSF analyse la situation du secteur et les marchés financiers en évaluant les **risques systémiques**, compte tenu des avis et

- recommandations du Comité européen du risque systémique (CERS). Il ne peut pas prendre de sanctions, ni exercer de prérogatives de transaction.
- Le HCSF facilite la **coopération** et la **synthèse** des travaux d'élaboration des normes internationales et européennes applicables, et émet les **prises de position** jugées nécessaires (art. L. 631-2-1 du C. mon. fin.). Il peut entendre des représentants des établissements de crédit, des entreprises d'investissement, des entreprises d'assurances, des mutuelles et institutions de prévoyance. Il se réunit « *en tant que de besoin* » (art. L. 331-2 du C. mon. fin.), c'est-à-dire à tout moment, de manière à assurer un *monitoring* permanent des secteurs concernés. Il remet un rapport annuel au Parlement.
 - Depuis 2013, la Banque de France a désormais pour mission de veiller à la stabilité du système financier conjointement avec le HCSF ; elle se trouve donc dorénavant au centre du dispositif. Sur proposition du gouverneur de la Banque de France, le HCSF peut cependant **imposer** à certains PSI des **obligations en matière de fonds propres plus contraignantes** que les normes de gestion arrêtées par le ministre chargé de l'Économie, **fixer** des **conditions d'octroi de crédit** afin de prévenir l'apparition des hausses excessives sur le prix des actifs ou un endettement excessif des agents économiques. Le HCSF peut aussi **adresser des avis** aux institutions européennes recommandant l'adoption de mesures de prévention des risques systémiques.
 - En réalité, le HCSF **remet en cause la division entre la régulation des marchés et le contrôle prudentiel**. Il dispose de prérogatives lui permettant d'envisager les comportements de marché, mais aussi des questions strictement prudentielles – qui relevaient traditionnellement des banques centrales – en termes d'exigences internes imposées aux opérateurs. Il est en mesure de profiter du soutien de l'État et de la Banque de France, jusqu'à se substituer à l'autodiscipline défailante des marchés. Exogène aux marchés, il n'en apparaît pas moins comme un conseiller de l'exécutif qui se superpose à la Banque de France, à l'AMF et à l'Autorité des normes comptables (ANC) pour apporter une expertise, faciliter une surveillance transversale et encourager la coordination.

→ La régulation microprudentielle

Elle a été considérablement transformée en France depuis les années 2000.

- ▶ À la veille de la loi LSF du 1er août 2003, trois organismes principaux participent à la régulation des marchés financiers. La **Commission des opérations de bourse (COB)**, créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967, est chargée de veiller à la protection de l'épargne, d'informer les investisseurs et d'assurer le bon fonctionnement des marchés boursiers. Elle bénéficie d'une compétence à l'égard de tous

les intervenants du marché financier, qu'ils aient ou non la qualité de prestataires de services d'investissement. Le **Conseil des marchés financiers (CMF)**, institué par la loi du 2 juillet 1996 sur la modernisation des activités financières (dite loi MAF), permet aux professionnels de contrôler le respect des règles des marchés et la bonne conduite de leurs membres. Enfin, le **Conseil de discipline de la gestion financière (CDGF)** est apparu avec la loi du 2 juillet 1998.

Le **système** apparaît ***trop complexe*** : la place boursière de Paris ne cesse d'appeler à la fusion des régulateurs afin d'encourager la cohérence de la réglementation ; les pouvoirs publics souhaitent désormais réaliser une synergie entre les équipes de contrôle des marchés et celles de surveillance prudentielle des acteurs. Finalement, la loi **LSF du 1^{er} août 2003** opère la ***fusion de la COB, du CMF et du CDGF*** au sein d'une autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale : l'***Autorité des marchés financiers (AMF)***.

► **Avant la loi LSF du 1^{er} août 2003**, la surveillance prudentielle des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (PSI) résulte de la loi bancaire du 24 octobre 1984, modifiée par la loi de modernisation financière du 2 juillet 1996. Si le **Conseil national du crédit et du titre (CNCT)** a été rapidement cantonné à des missions consultatives (comme le Comité consultatif), le **Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF)**, le **Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI)** et la **Commission bancaire** ont de larges missions associées à des pouvoirs effectifs de décision. La surveillance prudentielle des assurances et des mutuelles relève de la **Commission de contrôle des assurances (CCA)** et de la **Commission de contrôle des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCMIP)**.

– La loi LSF du 1^{er} août 2003 simplifie le dispositif. Elle institue une **Commission de contrôle des assurances, des mutuelles et des institutions de prévoyance (CCAMIP)** sous la forme d'une ***autorité publique indépendante (API)***, qui regroupe les anciennes prérogatives des CCA et CCMIP. Elle conservera la personnalité morale lorsqu'elle sera transformée en ***Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles (ACAM)*** par la loi du 15 décembre 2005.

– Mais le rapport annuel de la Cour des comptes du 5 février 2009 prend parti peu après pour le rapprochement entre la Commission bancaire (créée en 1984) et l'ACAM, dont le principe a du reste été décidé dès la loi du 4 août 2008 sur la modernisation financière. On s'appuie sur la similitude des missions et des modes opératoires des deux autorités, mais aussi sur l'intérêt d'avoir une vue globale sur les conglomerats financiers de la bancassurance. Le rapport Bruno Deletré de l'Inspection générale des finances sur *L'organisation et le fonctionnement de la supervision des activités financières en France* (15 juillet 2009) recommande à son

tour la *fusion des autorités de surveillance prudentielle de la banque et l'assurance*, mais *aussi des autorités chargées des agréments des PSI* (sous réserve des compétences résiduelles de l'Autorité des marchés financiers) : le **Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement** (CECEI) créé en 1984, et la **Commission des entreprises d'assurances** (CEA) apparue en 2003. La fusion de tous ces organismes est réalisée avec l'*ordonnance du 21 janvier 2010*, qui crée l'**Autorité de contrôle prudentiel**.

B– Les régulateurs indépendants

Le modèle dualiste français de régulation financière s'est simplifié depuis 2010. Les aspects microprudentiels sont dorénavant scindés entre l'Autorité des marchés financiers (loi LSF du 1^{er} août 2003) et l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP) créée par l'ordonnance du 21 janvier 2010, et devenue l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) depuis la loi du 26 juillet 2013.

1. L'Autorité des marchés financiers (AMF)

La COB, reconnue comme autorité administrative indépendante (AAI) par le Conseil Constitutionnel (CC, déc. n° 89-260 DC, 28 juillet 1989, *Rec.* 71) et le législateur (art. 89 de la loi du 2 juillet 1996), ne disposait pas de la personnalité morale. Au contraire, la loi du 1^{er} août 2003 affirme d'emblée la nature de l'AMF : bien que de nombreux professionnels y siègent, c'est une « *autorité publique indépendante* » (*API*) *dotée de la personnalité morale* (art. L. 621-1 du C. mon. fin.). Avec une organisation originale, un statut renforcé et des missions élargies par rapport aux organes qu'elle remplace, cette nouvelle autorité bénéficie de prérogatives juridiques de régulation particulièrement étoffées.

→ La structure de l'AMF

L'AMF comprend deux entités distinctes placées sur un pied d'égalité, et indépendantes l'une de l'autre : le collège et la commission des sanctions (art. L. 621-3 II du C. mon. fin.).

► Le **collège** est composé de *seize membres* : un *président, nommé par décret du président de la République* après avis public de la commission permanente compétente de chaque assemblée, sans opposition de plus de 60 % des suffrages exprimés (loi du 23 juillet 2008) ; trois représentants des hautes juridictions (Conseil d'État, Cour de cassation, Cour des comptes) ; deux membres *ès qualités* (un représentant de la Banque de France et le président du Conseil national de la comptabilité) ;

trois personnalités qualifiées désignées respectivement par le président du Sénat, le président de l'Assemblée nationale et le président du Conseil économique, social et environnemental à raison de leur compétence financière et juridique et de leur expérience en matière d'appel public à l'épargne et d'investissement de l'épargne dans les instruments financiers et six personnalités qualifiées désignées par le ministre de l'Économie après consultation des organisations représentatives professionnelles ; un représentant des salariés actionnaires désigné aussi par le ministre de l'Économie après consultation des organisations syndicales.

- Le collège assure un **relatif équilibre entre** les représentants des **professionnels** et les représentants des pouvoirs de l'**État**. Mis à part son président, il se partage entre huit membres choisis par les présidents des assemblées et des grandes institutions et juridictions financières, et six personnalités qualifiées et un représentant des salariés désignés par le ministre des Finances. La durée du **mandat**, à l'exception du représentant de la Banque de France et du président du Conseil national de la comptabilité nommés *ès qualités*, est de **cinq ans** reconductible (sauf pour le président). Le **collège** est **renouvelé par moitié tous les trente mois**.
- Un **commissaire du gouvernement** est nommé par le ministre de l'Économie et des Finances. Il siège sans voix délibérative, mais peut demander une nouvelle délibération (sauf en matière de sanctions).
- Le collège a une **compétence générale de principe** car la commission des sanctions ne peut connaître que des procédures engagées par une notification des griefs adressée aux personnes qu'il a décidé de mettre en cause.

► **La commission des sanctions** comporte **douze membres** : deux conseillers d'État désignés par le vice-président du Conseil d'État et deux conseillers à la Cour de cassation désignés par le premier président de la Cour de cassation ; six professionnels ou investisseurs désignés par le ministre chargé de l'Économie après consultation des organisations représentatives ; deux salariés du secteur financier désignés par le ministre de l'Économie, après consultation des organisations syndicales représentatives. Son **président**, qui est obligatoirement **choisi parmi les quatre magistrats**, est **élu à la majorité** des membres après chaque renouvellement partiel. Les **fonctions** sont **incompatibles avec** celles de membre du **collège**.

Les magistrats sont minoritaires, comme précédemment à la COB où ils n'étaient cependant que deux sur un total de dix membres. La commission peut apparaître entre les mains de professionnels issus du monde de l'entreprise, de la gestion, de la finance ou du syndicalisme.

► Le **secrétaire général** de l'AMF est désigné par le président de l'Autorité après agrément du ministre de l'Économie. Il **dirige les services** de l'AMF – près de 400 collaborateurs permanents – et **représente** le régulateur en justice.

→ Les missions de l'AMF

La loi LSF du 1^{er} août 2003 reprend, d'abord, **les termes mêmes de la législation sur la COB** : l'AMF veille « à la protection de l'épargne investie dans les instruments financiers et tous autres placements publics donnant lieu à appel public à l'épargne, à l'information des investisseurs, et au bon fonctionnement des marchés d'instruments financiers » (art. L. 621-1 du C. mon. fin.). Elle **ajoute** que l'Autorité « apporte également son **concours** à la régulation de ces marchés **aux niveaux européen et international** » (ibid.). La loi RBF du 22 août 2010 l'**oblige** aussi désormais à **considérer** « les **objectifs de stabilité financière** dans l'ensemble de l'Union européenne et de l'Espace économique européen et de mise **en œuvre convergente des dispositions nationales et de l'Union européenne** en tenant compte des bonnes pratiques et recommandations issues du dispositif de supervision européenne [et à coopérer] avec les autorités compétentes des autres États » (art. L. 621-1 du C. mon. fin.).

► L'AMF est **compétente** à l'égard de l'ensemble des **opérations réalisées sur les marchés financiers**. Elle propose au ministre de l'Économie et des Finances la **reconnaissance** de la qualité de **marché réglementé** et peut déterminer les **règles applicables** aux **autres marchés d'instruments financiers** et aux **marchés de gré à gré**. Elle **réglemente** et **contrôle** les opérations financières portant sur des sociétés cotées (introductions en bourse, augmentations de capital, offres publiques d'acquisition, fusions), **veille** au respect des obligations en matière de titres placés par appel public à l'épargne ou assurant de la gestion individuelle ou collective de portefeuille, **autorise** la création de sociétés d'investissement à capital variable (SICAV) et de fonds communs de placement (FCP), **définit** les principes d'organisation et de fonctionnement des entreprises de marché (notamment Euronext à Paris) et des systèmes de règlement-livraison. Elle **surveille les marchés et transactions**, établit leurs règles de conduite, fixe les obligations des professionnels (établissements de crédit, entreprises d'investissement, sociétés de gestion, démarcheurs) et précise l'exercice des activités de conservation ou d'administration des investissements financiers.

► L'AMF dispose aussi de **missions dont était dépourvue la COB**. Elle **participe** au contrôle du démarchage financier avec l'autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), **siège** au Haut Conseil du commissariat aux comptes (H3C), **surveille** les commissaires aux comptes de sociétés faisant appel public à l'épargne et les conseillers en investissements financiers, **édicte** les règles de déontologie des

analystes qui diffusent des études et **contribue** au respect des règles de gouvernement d'entreprise. Elle **contrôle** les agences de notation et les entreprises produisant de la notation financière dans le respect des compétences de l'Autorité européenne des marchés financiers (AEMF). Elle est aussi l'interlocuteur des régulateurs étrangers en la matière. La loi RBF du 22 octobre 2010 permet désormais au président de l'AMF (ou à son représentant) de **restreindre** les conditions de **négociation des instruments financiers** pour une durée n'excédant pas quinze jours (art. L. 421-16 du C ; mon. fin.). Cette prorogation peut être étendue jusqu'à trois mois par le collège, qui peut en adapter les modalités.

→ Le statut de l'AMF

L'originalité du statut de l'AMF par rapport à celui de la COB est liée aux conditions de son indépendance et de sa responsabilité.

► **L'Autorité est indépendante.** Elle est **soustraite au pouvoir hiérarchique du ministre**. Elle ne reçoit ni ordres, ni instructions du Gouvernement. À sa collégialité s'ajoutent des **règles protectrices pour ses membres** : l'irrévocabilité du mandat, la durée de celui-ci, un régime d'incompatibilités. Elle dispose d'un patrimoine et peut recruter des professionnels sur des contrats de droit privé ou en tant qu'agents contractuels de droit public. Le **président de l'AMF a qualité pour agir** au nom de l'Autorité devant toute juridiction (art. L. 621-2 du C. mon. fin.).

– L'Autorité est néanmoins **sous la tutelle structurelle du pouvoir exécutif** : son président est nommé par décret, le secrétaire général est désigné par le collège (sur proposition de son président), puis agréé par le ministre de l'Économie. Au reste, le ministre choisit une partie des membres du collège, désigne le commissaire du Gouvernement qui suit l'action du régulateur et son adaptation de la réglementation aux réalités économiques et financières, homologue le règlement général de l'institution. En cas de carence du régulateur, il peut même être adoptées par décret toutes mesures urgentes imposées par les circonstances (art. L. 621-7 I du C. mon. et fin.).

– La personnalité morale permet à l'AMF de bénéficier de **l'affectation directe des ressources prélevées sur les acteurs du marché**, par le biais de taxes ne transitant pas par le budget général de l'État (art. L. 623-3 I du C. mon. fin.). Ce mode de financement apparaît néanmoins très volatil car il est constitué en partie par des ressources sur opérations qui sont tributaires du dynamisme du marché. Il fait courir le **risque** préoccupant d'un **financement « en dents de scie »**.

► **L'Autorité est responsable.** La loi LSF du 1^{er} août 2003 ne se référait pas sous une forme directe à une telle responsabilité, ni le décret du 21 novembre 2003 qui

consacrait pourtant un chapitre aux voies de recours. Le *Conseil d'État* a rendu un avis sur la question, le 8 septembre 2005, à propos de la Commission de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance (CCAMIP), devenue ACAM, qui avait le même statut juridique que l'AMF, autrement dit la qualité d'autorité publique indépendante (API) disposant de la personnalité morale. Il a estimé que sa capacité juridique impliquait qu'elle **supporte les conséquences des actions en responsabilité** qui pourraient être engagées contre elle. La responsabilité de l'État peut toutefois être mise en jeu, à titre subsidiaire, par les victimes des fautes commises par le régulateur dans l'exécution de sa mission de service public en cas d'insolvabilité de celui-ci. Il a ajouté que la nature des missions confiées s'opposait à la souscription d'un contrat d'assurance auprès d'une société susceptible de relever de son contrôle pour couvrir les risques relatifs à d'éventuelles condamnations. Il n'est cependant pas interdit de **constituer des provisions** pour faire face aux préjudices qui pourraient être causés.

→ Les prérogatives juridiques de L'AMF

La loi LSF du 1^{er} août 2003 accorde de larges possibilités d'intervention à l'Autorité des marchés financiers, mais toutes n'ont pas la même force juridique.

► On peut distinguer les prérogatives contraignantes et les prérogatives souples (*soft law*).

- L'AMF exerce un **pouvoir réglementaire délégué**, un **pouvoir de contrôle et d'enquête**, un **pouvoir d'injonction**, un **pouvoir de sanction disciplinaire et administratif** (art. L.621 du C. mon. et fin.). Elle prend des décisions pour l'application de son règlement général et l'exercice de ses autres compétences individuelles, particulièrement la délivrance ou le retrait des agréments. Elle exerce par l'intermédiaire de son président les droits de la partie civile, à condition que des poursuites soient déjà engagées devant le juge judiciaire pour délit financier.
- L'AMF dispose aussi de moyens de persuasion, d'influence ou d'information souples. Elle a la possibilité de publier des **instructions** et des **recommandations** aux fins de préciser l'interprétation du règlement. Elle est également dotée de prérogatives de **conciliation** et de **médiation** – sans valeurs contraignantes – pour résoudre de manière alternative des différends portés à sa connaissance (art. L. 621-19 du C. mon. fin.). La loi du 22 octobre 2010 lui permet de proposer une **compensation administrative** en matière disciplinaire (art. L. 625-14-1 du C. mon. fin.) si un rapport d'enquête ou de contrôle des services de l'AMF révèle des manquements d'une personne, notamment à ses obligations professionnelles.
- L'AMF peut conduire des **enquêtes à la demande d'autorités étrangères** dotées des mêmes prérogatives et conclure des **conventions de coopération** ou

d'échange d'informations. À ces fins, elle peut utiliser des corps de contrôle extérieurs, des commissaires aux comptes, des experts, des autorités ou des personnalités compétentes.

► Les recours contre les **décisions à caractère réglementaire de l'AMF qui visent les professionnels** (règlement général) et les **décisions individuelles de gestion** (agrément des organismes de placement collectif en valeurs mobilières, gérants de portefeuille, sociétés de gestion de sociétés civiles de placement immobilier) restent de la **compétence du juge administratif**. Les recours contre les **décisions de portée individuelle relatives aux sanctions ou aux agréments concernant les professionnels** mentionnés à l'article L. 621-9 II du Code monétaire et financier sont **désormais dévolues explicitement au Conseil d'État** selon les modalités prévues par le Code des juridictions administratives, et non plus au juge judiciaire. Le décret du 21 novembre 2003 précise que le **délai de recours** contre les décisions est de dix jours, et de deux mois en matière de sanctions.

La **juridiction judiciaire** conserve seulement la **compétence** sur les **décisions individuelles prises contre les non-professionnels**. Elle peut prononcer le sursis à exécution si la demande a été présentée dans le même délai que celui prévu pour le recours (deux mois pour les sanctions, dix jours dans les autres cas).

► L'AMF exerce son **pouvoir de sanction** conformément à la directive communautaire du 28 janvier 2003. Après avoir créé en son sein la commission des sanctions à côté du collège pour respecter l'**impartialité structurelle**, la loi LSF du 1^{er} août 2003 a clarifié les types de sanctions qu'elle peut prononcer, mais aussi les différentes phases procédurales de l'exercice du pouvoir de sanction par une nette séparation du rôle des organes qui y participent, afin d'assurer l'**impartialité processuelle**.

- La loi met fin aux hypothèses de cumul d'une **sanction disciplinaire** et d'une **sanction administrative** par des régulateurs distincts (COB et CMF), mais maintient, bien qu'elle en réduise la probabilité, le cumul d'une **sanction administrative** avec une **sanction judiciaire**.
- Le Conseil d'État a confirmé que les **recours** contre les sanctions visées par la loi relevaient du **plein contentieux**, en se reconnaissant compétent pour réduire une sanction pécuniaire prononcée par l'AMF à la suite d'agissements répréhensibles (CE, 4 février 2005, *Société G.S.D. Gestion et M. X.Y.*, Rec. 28).
- La loi RBF du 22 octobre 2010 a renforcé le pouvoir du président et du collège de l'AMF : les sanctions prononcées par la commission des sanctions peuvent désormais faire l'objet d'un **recours** par les personnes sanctionnées et **par le président de l'Autorité des marchés financiers**, après accord du collège (art. L. 621-30 du C. mon. fin.). La juridiction de recours peut confirmer la décision de la commission des sanctions ou la réformer, en tout ou partie.

2. L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)

L'ordonnance du 21 janvier 2010, précisée par la loi du 22 octobre 2010, opère la fusion d'une série d'autorités indépendantes de surveillance prudentielle au profit de l'Autorité de contrôle prudentiel (ACP). Trois ans plus tard, la **loi du 26 juillet 2013** de régulation des activités bancaires change la dénomination de l'institution : elle devient l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR). La France est désormais représentée par une seule autorité dans les instances internationales de régulation de la banque et de l'assurance, ce qui ne peut qu'accroître son influence dans les débats sur la réforme du système financier. Il convient de présenter la structure, les missions et le statut de cette nouvelle autorité administrative indépendante.

→ La structure de l'ACPR

À l'exemple de l'AMF, l'ACP disposait d'un collège et d'une commission des sanctions, mais la loi du 26 juillet 2013 a ajouté un collège de résolution à la nouvelle ACPR.

► Le **collège**, présidé par le gouverneur de la Banque de France, est désormais composé de **dix-neuf membres**, selon une **clé de répartition complexe**. Il réunit le président de l'AMF, deux personnalités désignées pour cinq ans à raison de leur compétence financière et juridique ainsi que leur expérience en matière d'assurance et bancaire respectivement par le président de l'Assemblée nationale et le président du Sénat, le président de l'Autorité des normes comptables, un conseiller d'État, un conseiller à la Cour de cassation, un conseiller maître à la Cour des comptes, un vice-président disposant d'une expérience en matière d'assurance et deux autres membres (tous trois choisis en fonction de leurs compétences en matière de protection des clientèles ou de techniques quantitatives et actuarielles ou dans d'autres matières utiles à l'exercice par l'Autorité de ses missions), quatre membres choisis en raison de leurs compétences en matière d'assurance, de mutualité, de prévoyance ou de réassurance, quatre membres choisis en raison de leurs compétences en matière d'opérations de banque, de services de paiement ou de services d'investissement. Les membres qui ne sont pas nommés es qualités ont un **mandat de cinq ans**, renouvelable une fois.

Le collège de l'ACPR se divise en **deux collèges sectoriels** qui examinent les questions générales ou individuelles de leur domaine respectif : le sous-collège de l'**assurance** et le sous-collège de la **banque**.

► La **commission des sanctions** est indépendante du collège. Depuis la loi RBF du 22 octobre 2010, elle est composée de **cinq membres** (qui ne peuvent pas également appartenir au collège) : un président désigné par le vice-président du Conseil d'État, un conseiller à la Cour de cassation, trois personnes choisies en raison de leurs

compétences, un rapporteur (choisi par le vice-président du Conseil d'État). Le **mandat** est de **cinq ans**, renouvelable une fois.

La commission exerce le **pouvoir disciplinaire**, alors que les fonctions de poursuite sont dévolues au collège. Les griefs sont notifiés par l'une des formations collégiales, dans le respect des droits de la défense et du principe du contradictoire. Les **différentes sanctions disciplinaires** sont l'avertissement, le blâme, l'amende jusqu'à 50 millions d'euros.

► Le **collège de résolution** est placé sous la **présidence du gouverneur de la Banque de France**. Il réunit le directeur général du Trésor, le président de l'Autorité des marchés financiers, le sous-gouverneur désigné par le Gouverneur, le président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation, le président du Fonds de garantie des dépôts de résolution. Ce collège doit **éviter** la crise qui résulterait de **retraits massifs de dépôts bancaires** par les clients et les **effets de contagion** pouvant entraîner une catastrophe systémique.

→ Les missions de l'ACPR

L'ordonnance du 21 janvier 2010, la loi du 22 octobre 2010 et la loi du 26 juillet 2013 délimitent les missions de l'Autorité. On s'est efforcé également de mettre en place une large coopération et coordination avec l'Autorité des marchés financiers afin de **préserver le modèle dualiste de régulation** (AMF-ACPR) tout en évitant l'apparition de contradictions dans le comportement des deux régulateurs.

► L'ACPR s'est d'abord vu confier trois missions en 2010 : le contrôle prudentiel, l'agrément des professionnels, le contrôle de la relation entre professionnels et consommateurs de produits financiers (art. L. 612 du C. mon. fin.). La loi du 26 juillet 2013 y a ajouté la prévention et la résolution des crises bancaires afin « de préserver la stabilité financière, d'assurer la continuité des activités, des services et des opérations des établissements dont la défaillance aurait de graves conséquences pour l'économie, de protéger les déposants, d'éviter ou de limiter au maximum le recours au soutien financier public » (art. L. 612-1-4 du C. mon. fin.).

- L'ACPR **contrôle le respect** des dispositions de **nombreux codes juridiques** : le Code monétaire et financier, le Code des assurances, le Code de la mutualité, le livre IX du Code de la sécurité sociale, le livre III du Code de la consommation (crédit), les dispositions du Code de commerce et du Code civil dont la méconnaissance entraverait des contrôles (respect des engagements contractuels entre les clients).
- Elle doit œuvrer pleinement en faveur de la **sécurité des consommateurs** de produits financiers, **renforcer le respect des règles de commercialisation** (en relation avec l'AMF), assurer une **veille sur** l'évolution des **produits, faire respecter** des

règles de **bonnes pratiques** relatives aux professions concernées. Elle peut recourir à des **mises en garde** auprès des professionnels.

- Des mécanismes de coopération et de concertation ont progressivement été développés.
- Dès la loi LSF du 1^{er} août 2003, une **coopération** – encore modeste – a été mise en place entre le secteur financier et le secteur des assurances **par deux comités ad hoc** : le **Comité consultatif du secteur financier (CCSF)** et le **Comité consultatif de la législation et de la réglementation financière (CCLRF)**.
- La loi RBF du 22 octobre 2010 a permis de renforcer la **coopération** entre l'**ACPR** et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (**DGCCRF**) à propos des activités de contrôle relatives aux dispositions du Code de la consommation.
- Après la loi RBF du 22 octobre 2010, un **Pôle commun** a été installé **entre l'AMF et l'ACPR** afin d'assurer des procédures étroites de coopération. Animé par un coordonnateur placé sous l'autorité des secrétaires généraux des deux autorités, il contribue à une **supervision des conditions de commercialisation** des produits financiers et au **respect des obligations légales** par les opérateurs à l'égard de leurs clients, des emprunteurs, des assurés, des adhérents ou ayants droit. Il veille aussi à l'**évolution des produits** dans le cadre d'un observatoire et assure la surveillance conjointe de la publicité financière. Une **convention de coopération** est intervenue entre l'ACP(R) et l'AMF, le 30 avril 2010 (art. L. 612-47 du C. mon. fin.).

→ Le statut de l'ACPR

L'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution est une **autorité indépendante dénuée de la personnalité juridique** : autrement dit, une autorité administrative indépendante (AAI), et non une autorité publique indépendante (API), contrairement à la CCAMIP et à l'ACAM précédemment.

- L'ACPR est « **adossée à la Banque de France** ». Sa présidence revient au Gouverneur de la Banque, les personnels sont issus de la Banque, le budget est un budget annexe de la Banque. De surcroît, le secrétaire général appartient au secteur bancaire (et son adjoint au secteur des assurances). Autant dire que le nombre de professionnels de l'ACPR issu du secteur bancaire est considérable, bien plus que de celui provenant des assurances ou mutuelles. L'influence de la banque centrale française a été encore renforcée par la loi du 26 juillet 2013.
- Elle est financée **par une taxe sur les activités de supervision** qui lui sont confiées (art. L. 612-19 du C. mon. fin.). Ce financement se rapproche de celui des autorités publiques indépendantes (API). La taxe est acquittée par toutes les personnes soumises à son contrôle, soit par un montant variable, soit par un montant forfaitaire.

- Elle peut ***agir en justice*** par l'intermédiaire de son président, et se constituer partie civile dans le cadre de la procédure pénale (art. L. 621-16 I et II du C. mon. fin.).
- L'État supporte la charge de ses éventuels manquements, comme pour toute AAI.

En réalité le ***statut de l'ACPR*** qui a dû prendre en compte un renforcement des prérogatives de la Banque de France et l'obligation de développer la coordination avec l'Autorité des marchés financiers – par le pôle commun – ***brouille la distinction entre le modèle dualiste de régulation financière et le modèle intégré.*** Situation qui indique que les choix de la France en la matière ne sont toujours pas définitifs, même si l'Union européenne s'est inscrite dans la première logique, non sans hésitation également, lors de sa réforme de la supervision financière en novembre 2010.

Conseils bibliographiques



Auby (Jean-Marie), **Ducos-Adier** (Raymond), *Grands services publics et entreprises nationales*, PUF, t. 1, 2^e éd., 1975 ; t. 2, 1^{re} éd., 1973.

Bernard (Sébastien), *Droit public économique*, Litec, 2009.

Chérot (Jean-Yves), *Droit public économique*, Economica, 2^e éd., 2007.

Cliquennois (Martine), *Droit public économique*, Ellipses, 2001.

Colin (Frédéric), *Droit public économique – Sources et principes, secteur public, régulation*, Gualino, 4^e éd., 2013.

Colson (Jean-Philippe), **Idoux** (Pascale), *Droit public économique*, LGDJ, 6^e éd., 2012.

Delvolvé (Pierre), *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

Demichel (André), *Grands services publics et entreprises nationales*, Dalloz, 2 t., 1974.

Du Marais (Bertrand), *Droit public de la régulation économique*, PFNSP-Dalloz, 2004.

Eckert (Gabriel), *Droit public des affaires*, Montchrestien, 2^e éd., 2014.

Hubrecht (Hubert-Gérald), *Droit public économique*, Dalloz, 2^e éd., 2013.

Ingelaere (Frédéric), *Droit public économique*, Ellipses, 2007.

Jeanneau (Benoît), *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Dalloz, 1984.

Kerninon (Jean), *Droit public économique*, Montchrestien, 1999.

Laubadère (André de), **Delvolvé** (Pierre), *Droit public économique*, Dalloz, 5^e éd., 1986.

Laubadère (André de), **Venezia** (Jean-Claude), **Gaudemet** (Yves), *Traité de droit administratif*, t. IV, *L'administration de l'économie*, par Yves Gaudemet, LGDJ, 3^e éd., 1977.

Linotte (Didier), **Graboy-Grobescio** (Alexandre), *Droit public économique*, Dalloz, 2001.

Linotte (Didier), **Romi** (Raphaël), *Droit public économique*, LexisNexis, 7^e éd., 2012.

Linotte (Didier), **Romi** (Raphaël), *Services publics et droit public économique*, Litec, 5^e éd., 2003.

Mescheriakoff (Alain-Serge), *Droit public économique*, PUF, 3^e éd., 1996.

Moulin (Richard), **Brunet** (Pierre), *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007.

Nicinski (Sylvie), *Droit public des affaires*, Montchrestien, 3^e éd., 2012.

Orsoni (Gilbert), *L'administration de l'économie*, LGDJ, 1995.

Rapp (Lucien), **Terneyre** (Philippe) (sous la dir. de), *Droit public des affaires*, Lamy, 2011.

Savy (Robert), *Droit public économique*, Dalloz, 1997.

Servoin (François), *Droit administratif de l'économie*, PUG, 2^e éd., 2001.

Vlachos (Georges), *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, 2^e éd., 2001.

Index alphabétique

Nota : les numéros renvoient aux pages.

A

- abus de position dominante**, 129, 130, 132, 140.
- Agence des participations de l'État (APE)**, 70, 71.
- aides publiques économiques**, 11, 13, 31, 49, 68, 90, 101, 103, 104, 110, 112, 114, 115, 120, 126, 132-133.
- aménagement et développement durable du territoire**, 99, 104, 109, 115, 120-124, 125.
- Autorité de contrôle prudentiel (et de résolution) (ACPR)**, 152, 156-159.
- Autorité de la concurrence**, 136, 138-142.
- Autorité des marchés financiers (AMF)**, 148, 149, 150-155, 156, 157, 158.
- Autorité européenne des marchés financiers (AEMF)**, 143, 145, 153.
- autorité européenne de surveillance (AES)**, 143, 144, 145.
- autorités indépendantes de régulation**, 44, 73, 127, 134, 135, 136, 137, 138, 144, 150, 154, 158.

B

- Banque de France**, 22, 25, 33, 34, 88, 147, 148, 150, 151, 156, 157, 158, 159.

C

- Comité européen du risque systémique (CERS)**, 143-144, 148.
- Commissariat général à la stabilité et à la prospective (CGSP)**, 106.
- Commissariat général au plan**, 31, 101, 102, 106, 107, 115.
- Commission de privatisation (ou Commission des participations et transferts)**, 92, 93, 95, 96.

- Commission des opérations de bourse (COB)**, 148-149, 150, 151, 152, 153, 155.

compagnies maritimes coloniales, 14.

concentration d'entreprises, 41, 132, 137, 141-142.

concurrence (droit de la) :

- **compétences juridictionnelles**, 130.
- **historique**, 127-130.
- **missions de régulation**, 140-142.
- **organes de régulation**, 136-139.
- **ouvertures sectorielles à la concurrence**, 133-136.
- **pratiques anticoncurrentielles**, 129, 140-145.
- **principes communautaires**, 131-133.

Conseil de la concurrence, 130, 136, 137, 138, 139, 141, 142.

Conseil des marchés financiers (CMF), 149, 155.

Conseil économique, social (et environnemental) (CESE), 39, 42, 104-105, 109.

contrat :

- **d'agglomération**, 123.
- **d'objectifs et de moyens**, 119.
- **de délégation de service public**, 80.
- **de partenariat**, 80.
- **de pays**, 113, 123.
- **de programme**, 77, 90, 118.
- **de ville**, 119.
- **pluriannuel d'entreprise**, 119.

contrat de plan :

- **contrat de projets**, 113, 116.
- **État-entreprises**, 117-119.
- **État-régions**, 113-117.

corporations, 12-13, 15, 20, 57, 128.

Cour des comptes, 66, 70, 72, 79, 115, 116, 138, 149, 150, 156.

D

- décret d'Allarde, 20, 57.
- décrets-lois Poincaré, 26-27, 82.
- dissociation des fonctions économiques (principe de), 58, 131.
- droit communautaire européen : 43, 50-55, 69-70, 120-121, 131-133.
- droit international économique, 46-50.
- droit public économique (généralités) :
 - notion, 7-9.
 - principes directeurs, 55-63.
 - principes généraux du droit public, 59-63.
- droit public économique (sources du) :
 - actes ne faisant pas grief, 45-46.
 - actes réglementaires, 43-44.
 - Constitution de 1958, 37-40.
 - Déclaration de 1789, 38.
 - droit communautaire, 51-55.
 - lois, 39, 40-41.
 - ordonnances, 41-42.
 - préambule de 1946, 38.
 - traités et accords internationaux, 46-49, 50.
- droits spéciaux ou exclusifs, 69, 131.

E

- école classique anglaise, 20.
- égalité, 38, 47, 54, 59-60, 117.
- ententes, 129, 132, 136, 140.
- entreprise publique :
 - contrôle, 70-73.
 - formes et structures juridiques, 74-81.
 - généralités, 33-35.
 - notion juridique, 65-70.
 - organisation et fonctionnement, 74-85.
- établissement public industriel et commercial (EPIC), 74-78.
- état de dépendance économique, 140.
- État-gendarme, 19-22.
- État-providence, 22-23.
- évaluation des politiques publiques, 73, 89, 92, 93, 95, 106, 111, 113, 115, 117, 123, 145.
- expropriation, 20, 38, 56, 77.

F

- Fonds monétaire international (FMI), 50.
- fonds structurels européens, 114, 115, 120-121, 133.

H

- Haut conseil de stabilité financière (HCSF), 147-148.

I

- « in house », 81, 84.
- intérêt général, 7, 8, 14, 25, 26, 32, 45, 66, 69, 70, 79, 80, 81, 82, 83, 84, 118, 127, 131, 136, 142.
- interventionnisme économique (histoire) :
 - Ancien Régime, 11-19, 20.
 - entre-deux-guerres, 24-28.
 - IV^e République, 30-35.
 - Première Guerre mondiale, 24.
 - Régime de Vichy, 29.
 - Révolution française, 19-22.
 - Seconde Guerre mondiale, 28-30.
 - XIX^e siècle, 22-23.

L

- légalité, 54, 58, 60-62, 72, 82, 83, 130.
- liberté d'entreprendre, 38, 57, 87.
- liberté du commerce et de l'industrie, 11, 21, 38, 43, 55, 57-59, 87, 128, 130.
- loi :
 - d'orientation, 40, 57, 122.
 - de financement de la sécurité sociale, 39, 40.
 - de finances, 40.
 - de plan, 40.
 - de programmation, 39, 40, 105.
 - domaine, 40, 42, 43, 94, 103.
 - ordonnances, 40, 41-42, 138.
- Loi Le Chapelier, 21, 57, 128.

M

- manufactures, 13-14, 18, 21, 22, 23.
- mercantilisme, 12, 19.
- ministères économiques, 17, 21, 22, 23, 24, 25, 30, 73, 101, 104, 109, 115, 119, 137, 138, 139.
- monopole, 13, 14, 22, 25, 33, 38, 55, 56, 66, 68, 69, 96, 98, 133, 147.

N

nationalisations, 24-25, 32, 33-35, 41, 55, 86-90.

Non-rétroactivité, 62-63.

O

Organisation mondiale du commerce (OMC), 48-49, 55.

P

physiocratie, 7, 19, 20.

planification nationale :

- aspects généraux, 100-107.
- historique, 31-32, 100-102.
- institutions, 104-107.
- mutations, 112-126.
- plans français, 107-112.
- valeur juridique, 102-103.

planification régionale, 113-116.

plan Marshall, 101, 107.

plan Monnet, 100, 101, 102, 107.

politique contractuelle, 77, 80, 91, 112-119.

prestataires de services d'investissement, 146-147.

principes :

- fondamentaux reconnus par les lois de la République, 38.
- généraux du droit, 55, 59-63.
- particulièrement nécessaires à notre temps, 38.

privatisations : 41, 91-98.

propriété (droit de), 20, 33, 38, 39, 55-57, 61, 67, 68, 70, 87.

R

rapport de la Rosière, 142-143.

rapport Nora, 69, 77, 90, 94, 117.

régulation de la concurrence, 41, 73, 124, 127-142.

régulation financière :

- européenne, 142-145.
- nationale 145-150.

S

schéma de développement de l'espace communautaire, 120.

schéma de services collectifs, 124-126.

schéma régional d'aménagement et de développement du territoire, 112-113.

secteur public industriel et commercial (SPIC), 24-25, 26, 27, 59, 65-98.

service d'intérêt économique général (SIEG), 131.

socialisme municipal, 27, 58-59.

société d'économie mixte, 7, 33, 66, 71, 78-81.

société d'économie mixte locale, 44, 82-85.

société nationale à capital public, 78.

société publique locale, 81-82.

société publique locale d'aménagement, 81.

Système européen de surveillance financière (SESF), 143-144.

