

PLEIN
DROIT

Étienne **Petit**

Les indispensables du

**droit public
économique**

*Synthèse du cours
Notions fondamentales
Exercices d'application*



PLEIN
DROIT

Les indispensables du

droit public économique

Étienne **Petit**



**Retrouvez les livres de la collection « Plein Droit »
sur le site www.editions-ellipses.fr**



ISBN 9782340-053557
©Ellipses Édition Marketing S.A., 2019
32, rue Bague 75740 Paris cedex 15



Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5.2° et 3°a), 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 » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit constituerait une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

www.editions-ellipses.fr

Sommaire

Fiche n° 1: Droit et économie	5
Fiche n° 2: La liberté d'entreprendre.....	13
Fiche n° 3: Le libre jeu de la concurrence.....	19
Fiche n° 4: La protection du droit de propriété	25
Fiche n° 5: les politiques publiques	33
Fiche n° 6: L'évaluation des politiques publiques.....	43
Fiche n° 7: La régie	51
Fiche n° 8: Les établissements publics.....	59
Fiche n° 9: Les agences de l'État	67
Fiche n° 10: La Caisse des dépôts et consignation.....	75
Fiche n° 11: Les autorités administratives et publiques indépendantes...	83
Fiche n° 12: La régulation de la concurrence.....	91
Fiche n° 13: La régulation et la supervision du secteur financier	99
Fiche n° 14: Les banques publiques et les banques de développement...	109
Fiche n° 15: Prise de participation et entreprise contrôlée par une personne publique.....	119
Fiche n° 16: Organismes privés, acteurs publics.....	131
Fiche n° 17: Les collectivités territoriales	139
Fiche n° 18: Le préfet, acteur économique et financier	149
Fiche n° 19: Les groupements de personnes morales	161
Fiche n° 20: La Commission européenne.....	169
Fiche n° 21: La troïka	177
Fiche n° 22: L'ECOFIN	185
Fiche n° 23: Les investissements publics.....	191

Fiche n° 24: Les subventions et les cofinancements.....	203
Fiche n° 25: Les fonds européens structurels et d'investissement.....	213
Fiche n° 26: Les aides d'État.....	223
Fiche n° 27: Les marchés publics.....	233
Fiche n° 28: Le marché de partenariat.....	243
Fiche n° 29: La concession.....	251
Fiche n° 30: Les exonérations à l'application des deux ordonnances.....	259
Fiche n° 31: Les juges de la commande publique.....	267
Fiche n° 32: Le semestre européen.....	275
Fiche n° 33: Le déficit public.....	285
Fiche n° 34: La dette publique.....	295
Fiche n° 35: Les engagements hors bilan.....	305
Fiche n° 36: La fiscalité.....	313
Fiche n° 37: Le mécanisme européen de stabilité et les instruments de prêts de l'UE.....	325
Glossaire.....	335
Table des matières.....	343

► Les objectifs de la fiche

- Appréhender les motifs de l'intervention de l'État dans l'économie
- Apprécier les limites du marché et celles de l'intervention de l'État

Référence jurisprudentielle

– CE Ass 31 mai 2006, Ordre des avocats au Barreau de Paris

1. Le poids de la sphère publique dans l'économie

Les dépenses des administrations publiques, les prélèvements obligatoires et la dette publiques sont des indicateurs de la dimension de l'intervention publique dans un pays. Afin de comparaison, ils se mesurent en pourcentage du PIB du pays.

% du PIB	Part des dépenses publiques		Part d'emploi public		Dette brute publique	
	2007	2015	2007	2015	2007	2015
USA	36,9	37,7	15,9	15,3	77,3	125,3
UK	41,3	42,9	19,6	16,4	51,5	111,7
IT	46,8	50,5	14,3	13,6	110,7	156,9
DE	42,8	44	11,3	10,6	64,2	78,9
FR	52,2	57	21,8	21,4	75,7	120,3
Japon	35	39,4	6,1	5,9	177,7	237,4
OCDE	38,8	40,9	17,9	18,1	73 %	112 %

Source: OCDE

La France présente les taux les plus élevés de l'OCDE en 2007 et en 2015 et se caractérise par un interventionnisme particulièrement fort des personnes publiques dans son économie.

2. Les théories de la place de l'État dans l'économie

Le périmètre de l'intervention de l'État est variable ; s'il recouvre assez naturellement des fonctions régaliennes (maintien de l'ordre ou la sécurité extérieure), il peut s'étendre à d'autres fonctions.

Historiquement, deux tendances principales se positionnent sur le rôle de la sphère publique dans l'économie :

- pour l'école libérale de SMITH, les mécanismes du marché (offre et demande) sont les moyens de régulation les plus efficaces ; l'intervention de l'État doit alors être minimale ;
- avec la crise de 1929, l'école interventionniste de KEYNES préconise l'intervention de l'État pour pallier les déficiences du marché.

La succession des crises au cours du ^{xix}^e et du ^{xx}^e siècle a installé la sphère publique dans l'économie mais l'État, selon ROSENVALLON, fait face à trois critiques : la solvabilité, l'efficacité et la légitimité de son intervention.

3. Les limites du marché

Il apparaît que « laisser faire » les marchés n'aboutit pas à une allocation optimale des ressources et que des imperfections et des défaillances surviennent :

- i) la non prise en compte des externalités selon PIGOU ; les externalités sont les impacts sans contrepartie de l'action d'un agent économique sur un tiers ; selon leurs effets, l'État intervient pour endiguer la nuisance (externalité négative) ou pour favoriser un bénéfice (externalité positive) ;
- ii) le non-financement des biens collectifs : il s'agit d'un bien qui présente deux caractéristiques : i) non-rivalité : il peut bénéficier simultanément à plusieurs agents sans gêne ; ii) non-exclusivité : on ne peut pas faire payer ceux qui en profitent au moment où ils en profitent (réverbère dans une copropriété) ; l'État prend alors à sa charge la production de ces biens ;
- iii) l'apparition de monopoles de fait : cette situation de monopole ou d'entente entre producteurs permet à une entreprise ou un groupe d'entreprises de maîtriser la quantité de production et donc fixer le prix de vente.

4. Les limites de l'intervention de l'État

Face aux défaillances et aux imperfections du marché, l'intervention de la puissance publique n'est pourtant pas une réponse systématique :

- i) pour l'école de Chicago de FRIEDMAN, les agents économiques sont rationnels et adaptent leurs comportements vis-à-vis des politiques publiques menées par les acteurs publics ;
- ii) l'école de la réglementation de STIGLER met en avant le rôle économique de l'État qui est amené à défendre son propre intérêt, divergeant de l'intérêt général ; il développe le rôle d'influence des groupes de pression privés sur les acteurs politiques qui éditent la réglementation ; CROZIER étudie l'inflation normative de l'État ;
- iii) Le théorème de COASE relève que la libre négociation entre acteurs économiques peut être optimale si les droits de propriété sont bien établis et sous condition d'absence de coûts de transaction. Il s'agira alors d'arbitrer entre coûts de transaction et coût de l'intervention publique pour justifier l'intervention de l'État.

Les indispensables

- Plusieurs indicateurs permettent de mesurer le poids de la sphère publique dans l'économie en le rapportant au produit intérieur brut (PIB) : part de dépenses publiques, part d'emploi public, dette publique, déficit public, part de recettes publiques
- Des organismes mesurent ces indicateurs comme l'OCDE
- Depuis 2007, la tendance dans les pays de l'OCDE a été une augmentation de la présence de la sphère publique dans l'économie
- La théorie de la place de l'État distingue historiquement l'école libérale de SMITH et l'école interventionniste de KEYNES
- Les limites du marché ont été constatées par des défaillances (externalités de PIGOU et biens collectifs) ou des imperfections (monopole de fait)
- Les limites de l'intervention de la sphère publique ont également été constatées par la rationalité du comportement des agents économiques (école de Chicago de FRIEDMAN), l'imperfection de la réglementation (STIGLER) et l'inflation normative (CROZIER) ou la réintroduction des droits de propriété comme mode de régulation préférentiel entre les agents (COASE)

Dissertation

Les modalités de l'intervention d'une personne publique dans le domaine économique en France

Au-delà de la théorie économique, l'intervention de la sphère publique dans l'économie est réelle et donne lieu à des implications juridiques. C'est l'arrêt du Conseil d'État en Assemblée du contentieux du 31 mai 2006 qui offre une grille d'analyse des modalités de l'intervention économique des personnes publiques en France.

L'arrêt prend soin de mentionner deux éléments structurants : i) la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence sont les bases du fonctionnement d'une économie qui s'imposent en France, indépendamment du degré d'intensité de leur valeur, aux personnes publiques et ii) la légitimité de l'intervention d'une personne publique sur un marché qui est cependant limitée et soumise à conditions.

1. Les conditions d'accès au marché d'une personne publique

A. L'assouplissement de la condition de l'intervention d'une personne publique dans la limite de ses compétences

La première condition du principe de l'intervention d'une personne publique est son domaine de compétence ; l'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006 indique précisément que cette intervention s'effectue « dans la limite de leurs compétences ».

La Haute juridiction administrative a eu l'occasion de préciser la flexibilité de cette première condition en autorisant pour les établissements publics, qui sont des personnes publiques soumises au principe de spécialité, d'exercer des missions au-delà de l'objet de leur mission quand cette activité est le « complément naturel » et « directement utile pour l'amélioration des conditions d'exercice » (CE 29 décembre 1999 *Consortium français de localisation*).

Dans l'arrêt de 2006 *Ordre des avocats au barreau de Paris*, le Conseil d'État estime qu'« aucune des attributions confiées à la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (aujourd'hui « mission d'appui au financement des infrastructures », service à compétence nationale rattaché au directeur général du Trésor) n'emporte intervention sur un marché » ; en l'espèce cette première condition n'est pas remplie.

B. L'intervention d'une personne publique dans le respect de la liberté du commerce et de l'industrie et du droit de la concurrence

L'intervention d'une personne publique sur un marché ne peut se faire que dans le respect i) de la liberté du commerce et de l'industrie et ii) du droit de la concurrence.

L'arrêt du 31 mai 2006 ajoute également au cas d'espèce deux autres références : i) le principe d'égal accès à la commande publique et ii) la libre prestation des services au sein de l'espace de l'UE.

C. La justification de l'intervention d'une personne publique par un intérêt public

Le principe de l'intervention d'une personne publique sur un marché doit être justifiée. L'arrêt du Conseil d'État de 2006 énonce explicitement la justification par un « *intérêt public* ». L'intérêt public seul suffit, il n'est plus nécessaire de démontrer des « *circonstances exceptionnelles* ».

Le Conseil d'État indique également une modalité d'application de l'intérêt public avec la carence de l'initiative privée : c'est ainsi le premier motif de l'intervention d'une personne publique en économie.

Si l'arrêt ne mentionne pas d'autres modalités d'application de l'intérêt public, il précise cependant que d'autres motifs pourraient être invoqués pour justifier de l'intervention de la personne publique en économie.

2. Les conditions portant sur les modalités de l'intervention d'une personne publique dans l'économie

A. Obligation de ne pas fausser concrètement le libre jeu de la concurrence par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché

L'arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006 reconnaît que les personnes publiques bénéficient structurellement de « *prérogatives de puissances publiques* » pour la réalisation de leurs missions de service public. Ainsi, l'intervention d'une personne publique sur un marché peut l'amener à mettre en œuvre ces prérogatives et donc à fausser les règles de la concurrence. C'est notamment le cas de la fixation du prix par la personne publique ; la réalisation d'une prestation s'effectue contre rémunération et le prix proposé par la personne publique doit refléter l'ensemble des coûts de cette prestation et de pas découler des ressources qui lui attribuées au titre de sa mission de service public.

Le Conseil d'État accepte également la candidature d'une personne publique (collectivité territoriale ou EPCI) à un contrat de commande publique (marché ou concession) dans les limites et selon les conditions fixées par l'arrêt en assemblée du contentieux du 30 décembre 2014 *Société Armor SNC* : i) compétence, ii) justification par un intérêt public et iii) ne pas fausser les règles de la concurrence.

B. Les fonctions économiques des personnes publiques

MUSGRAVE distingue trois grandes fonctions économiques des personnes publiques : i) allocation, ii) distribution et iii) stabilisation.

La fonction d'allocation de ressources est la constatation du rôle des personnes publiques comme acteurs économiques. Elles interviennent dans le financement de l'économie unilatéralement par la réglementation ou la création d'établissements

publics spécialisés ou contractuellement par des aides ou des prises de participation au capital d'entreprises privées.

La fonction de distribution est un système de prélèvements obligatoires sur certains acteurs économiques et de redistribution en faveur d'autres acteurs économiques ; elle s'effectue notamment par l'intermédiaire de la fiscalité.

La fonction de stabilisation de la conjoncture ou de régulation est l'intervention des personnes publiques pour assurer le respect des règles entre les acteurs économiques et notamment la concurrence ; il s'agit également de politiques publiques pour lutter contre l'inflation et le chômage.

Il préconise une séparation de ces trois fonctions.

Fiche 2

La liberté d'entreprendre

► Les objectifs de la fiche

- Apprécier la distinction entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie
- Appréhender le régime juridique de la liberté d'entreprendre

Références jurisprudentielles

- Décision n° 81-132 DC loi de nationalisation
- Décision n° 2000-439 DC archéologie préventive
- Décision n° 2012-285 QPC

1. De la liberté du commerce et de l'industrie à la liberté d'entreprendre

L'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 proclame la liberté du commerce et de l'industrie et pose déjà le cadre des limites qui pourraient y être apportées ;

Une tentation consisterait à considérer que la liberté d'entreprendre, sous l'effet de la jurisprudence, s'est substituée à la liberté du commerce et de l'industrie à partir de la consécration par le Conseil constitutionnel de la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre par la décision n° 81-182 DC. ;

Cependant, la référence à la liberté du commerce et de l'industrie est encore invoquée de manière résiduelle par le Conseil d'État qui semble la considérer comme un élément de la liberté d'entreprendre (« *qui en découle* »).

Sans conclure à une substitution de l'une par l'autre, l'articulation de la liberté du commerce et de l'industrie avec la liberté d'entreprendre consacre l'utilisation prépondérante de la seconde sur la première par les juges.

2. La consécration de la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre

La liberté d'entreprendre n'est pas expressément mentionnée dans la DDHC mais le conseil constitutionnel la déduit de son article 4 et c'est la décision n° 81-182 DC qui lui donne une valeur constitutionnelle.

Le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 89-254 DC déclare que la liberté d'entreprendre, à l'instar de toute liberté, n'est « *ni générale ni absolue* » et « *qu'elle s'exerce dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi* ».

3. Le régime juridique de la protection de la liberté d'entreprendre

Depuis la décision n° 81-182 DC, la protection de la liberté du commerce a connu des inflexions ; le régime juridique de la protection de la liberté d'entreprendre est formalisé dans un considérant de principe adopté dans la décision n° 2000-439 DC ; le conseil constitutionnel accepte ainsi des limitations à la liberté d'entreprendre si trois éléments cumulatifs sont remplis :

- i) la source de cette limitation est législative,
- ii) la justification provient d'« *exigences constitutionnelles* » ou de « *l'intérêt général* »,
- iii) le degré de la limitation : afin « *qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* ».

4. Les composantes de la liberté d'entreprendre

La décision n° 2012-285 donne une définition de la liberté d'entreprendre qui couvre ainsi deux composantes :

- i) « la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique »,
- ii) et « la liberté dans l'exercice de cette profession et de cette activité ».

Les aménagements de la liberté d'entreprendre

Plusieurs aménagements à la protection de la liberté d'entreprendre peuvent être mentionnés :

- La déclaration préalable : il s'agit par exemple de l'obligation pour les commerçants de s'inscrire au registre du commerce et des sociétés (RCS) avant de commencer l'exercice de leur activité économique ;
- L'autorisation préalable : la décision n° 2013-3 LP indique que l'existence même d'une procédure d'autorisation préalable est certes une atteinte à la liberté

d'entreprendre mais qu'il s'agit de s'assurer, dans chaque cas, si elle n'est pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi ;

- La réglementation : l'exercice de certaines activités économiques est soumis à conditions et notamment de diplôme, d'agrément ou d'inscription à un ordre professionnel (huissier, opticien, mandataire judiciaire) ; parfois l'activité est réservée à l'État (la distribution de tabac) ;
- L'interdiction : elle peut concerner les personnes (incapacité, incompatibilité, déchéance) ou l'objet même de l'activité économique (article 6 du code civil).

Les indispensables

- La liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre sont des notions liées, qui s'articulent entre elles mais qui ne se recouvrent pas exactement
- Dans la jurisprudence, la référence à la liberté d'entreprendre est prédominante sur celle à la liberté du commerce et de l'industrie
- Dans la hiérarchie des normes, la décision du Conseil constitutionnel n° 81-182 DC du 16 janvier 1982 confère à liberté d'entreprendre une valeur constitutionnelle
- La décision n° 2012-285 indique que la liberté d'entreprendre recouvre deux composantes : i) « la liberté d'accéder à une profession ou à une activité économique » et ii) « la liberté dans l'exercice de cette profession ou de cette activité »
- Le régime de la liberté d'entreprendre est ni général ni absolu et peut être limité dès que trois éléments cumulatifs sont remplis depuis le considérant de principe de la décision du Conseil constitutionnel n° 2000-439 DC
- Le conseil constitutionnel accepte des limitations à la liberté d'entreprendre si trois éléments cumulatifs sont remplis : i) la source de cette limitation est législative, ii) la justification provient d'« *exigences constitutionnelles* » ou de « *l'intérêt général* » et iii) « *qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi* »
- Le raisonnement du Conseil constitutionnel est valable aussi bien pour le contrôle a priori d'une loi que pour une question prioritaire de constitutionnalité (décision n° 2017-687 QPC)
- Les aménagements génériques à la liberté d'entreprendre sont les véhicules juridiques suivants : i) la déclaration préalable, ii) l'autorisation préalable, iii) la réglementation et iv) l'interdiction

Dissertation

Le contrôle par le conseil constitutionnel des atteintes à la liberté d'entreprendre

Lorsqu'il est saisi, le conseil constitutionnel peut être amené à conclure à l'absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre. En revanche, s'il constate une atteinte, son raisonnement s'effectue en deux temps.

1. L'existence d'une atteinte justifiée à la protection de la liberté d'entreprendre

Si une atteinte est constatée, le Conseil constitutionnel est amené dans un premier temps à s'assurer de la justification de cette atteinte à la liberté d'entreprendre.

A. La justification de la limitation par des exigences constitutionnelles

Dans ce cas de justification, le conseil constitutionnel exerce un contrôle restreint; dans la décision n° 2011-139 QPC, les limitations à la liberté d'entreprendre proviennent de l'exigence de qualifications professionnelles pour l'exercice de certaines activités économiques; ces exigences sont de niveau constitutionnel, en l'occurrence la protection de la santé et la prévention des atteintes à l'ordre public (notamment la sécurité des personnes).

B. La justification de la limitation par l'intérêt général

Dans ce cas de justification, l'étendue du contrôle du juge constitutionnel est plus large; par la décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998, il décide que la loi portant sur la réduction du temps de travail ne porte pas atteinte à la liberté d'entreprendre, la limitation est justifiée par l'intérêt général.

2. La conciliation de la protection de la liberté d'entreprendre avec d'autres droits ou libertés

Dans un second temps, si une atteinte justifiée est constatée par des exigences constitutionnelles ou l'intérêt général, le conseil constitutionnel procède alors à un contrôle de proportionnalité entre les garanties accordées à la liberté d'entreprendre et leurs conciliations avec d'autres droits et libertés.

A. Le conseil constitutionnel censure les atteintes à la liberté d'entreprendre « disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi »

Le conseil constitutionnel exerce un contrôle de proportionnalité entre les atteintes justifiées à la liberté d'entreprendre et l'objectif poursuivi; dans sa décision n° 2015-692 DC du 27 mars 2014 loi visant à reconquérir l'économie réelle, le conseil constitutionnel a estimé que l'encadrement, par le législateur, de l'obligation de communiquer des

informations sur un établissement dont la fermeture est envisagée aux repreneurs potentiels, est bien une atteinte justifiée à la liberté d'entreprendre mais qu'elle n'est pas « *manifestement excessive au regard de l'objectif de valeur constitutionnelle poursuivi par le législateur* ».

En revanche, dans cette même décision, le conseil constitutionnel sanctionne l'obligation pour l'entreprise, envisageant de fermer son établissement, de céder cet établissement dès lors qu'une offre de reprise sérieuse est proposée et qu'aucun motif légitime de refus de cession n'est avancé ; en effet, le conseil constitutionnel décide qu'il s'agit d'une atteinte « *manifestement disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi* ».

B. L'examen de l'incompétence négative du législateur

De manière non systématique, le Conseil constitutionnel peut être amené à examiner le grief de l'incompétence négative et s'assurer que le législateur n'a pas « *méconnu l'étendue de sa compétence* » déterminée par l'article 34 de la Constitution.

Dans la décision n° 2010-45 QPC du 6 octobre 2010 *M. Matthieu P.*, une disposition de l'arrêté du ministre de l'industrie qui désigne l'office d'enregistrement chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine d'internet en terminaison « .fr », est censurée pour incompétence négative du législateur au regard de la liberté d'entreprendre ; le législateur aurait dû lui-même énumérer les règles relatives à l'attribution des noms de domaine, à leur renouvellement, à leur refus et à leur retrait.

Dans la décision n° 2011-139 QPC du 24 juin 2011 *Associations pour le droit à l'initiative économique*, le juge estime que le renvoi à un décret des modalités d'application de certaines activités économiques soumises à la justification d'une qualification professionnelle n'est pas un motif d'incompétence négative du législateur qui aurait renoncé à exercer sa compétence ; le juge constitutionnel reconnaît que le législateur a prévu le principe d'une exigence de qualification professionnelle et fixe la liste limitative des activités concernées.

Fiche 3

Le libre jeu de la concurrence

► Les objectifs de la fiche

- Connaître les modalités d'application aux personnes publiques du principe d'égalité de concurrence
- Distinguer les pratiques anticoncurrentielles sanctionnables

Références juridiques

- Articles 101 à 109 TFUE ;
- Articles L420-1 à L420-7 du code de com ;
- Articles L430-1 à L430-10 du code de com

1. La valeur du libre jeu de la concurrence

La concurrence n'a pas reçu la même consécration juridique en France que la liberté d'entreprendre. Il n'existe pas de liberté de la concurrence ou d'un droit à la concurrence qui serait protégé par la constitution ; tout au plus la décision n° 2013-3 LP du conseil constitutionnel mentionne t elle « *le libre jeu de la concurrence* ».

Les règles de la concurrence sont protégées au niveau de l'UE par un traité (articles 101 à 109 TFUE). Cependant, une pratique restrictive de concurrence ou qui fausse la concurrence n'est sanctionnable que si elle est « *susceptible d'affecter le commerce entre États membres* ». Il revient alors au législateur de chaque État de définir le libre jeu de la concurrence sur un marché pertinent.

2. L'applicabilité du droit de la concurrence

L'article L410-1 du code de commerce et l'article 106-2 TFUE précisent que la nature économique de l'activité de l'entité détermine l'applicabilité des règles de la concurrence indépendamment de la nature juridique, publique ou privée, de cette entité.

Une personne publique peut ainsi se retrouver dans deux situations vis-à-vis du droit de la concurrence :

- Quand elle intervient sur un marché pertinent, la personne publique devra respecter les règles de la concurrence ; les conditions d'intervention de la

personne publique sont contrôlées par le juge administratif (CE Ass 31 mai 2006 *Ordre des avocats au Barreau de Paris*);

- Si la personne publique exerce une activité étrangère à la sphère des activités économiques ou qui se rattache à l'exercice de prérogatives de puissance publique, alors elle échappe aux règles de la concurrence (CE Ass du 31 mai 2006).

3. Le principe d'égalité de concurrence entre des acteurs publics et privés en matière économique

Il revient à l'autorité de la concurrence et aux deux ordres de juridictions de protéger le libre jeu de la concurrence.

Les personnes publiques peuvent être sanctionnées par l'autorité de la concurrence sous contrôle de l'autorité judiciaire (TC 4 mai 2009).

Les actions sanctionnables

Il ressort du TFUE et du livre IV du code de commerce que les atteintes au libre jeu de la concurrence sont acceptables dans la mesure où les actions des entreprises ou des États ne sont pas sanctionnables.

- Les règles préventives d'atteinte à la concurrence par une entreprise : le contrôle des concentrations ; le règlement n° 139/2004 et les articles 430-1 à 430-10 du code de commerce organisent un contrôle *a priori* de la Commission européenne et de l'Autorité de la concurrence en France pour établir si l'opération de concentration envisagée comporte un risque d'entrave significatif à la concurrence sur un marché pertinent.
- Les règles *a posteriori* d'atteinte à la concurrence par une entreprise : les pratiques anti concurrentielles ; ce sont les ententes restrictives de concurrence (articles 101 TFUE et L420-1 du code de commerce) et les abus de position dominante (articles 102 TFUE et L420-2 du code de commerce) ; le règlement n° 1/2003 en précise les modalités. A noter que la législation française sanctionne en plus spécifiquement i) les abus de dépendance économique (article 420-2 alinéa 2 du code de commerce) et ii) les prix abusivement bas (article 420-5 du code de commerce).
- Les règles d'atteinte à la concurrence par les États ;
 - ce sont des « *aides d'État* » : les articles 107 à 109 TFUE encadrent les aides des personnes publiques : i) un contrôle *a priori* avec une procédure préventive de notification à la Commission de toute nouvelle aide d'État ; ii) un contrôle *a posteriori* des aides existantes ;
 - ce sont l'octroi par un État de « *droits exclusifs ou spéciaux* » mentionnés à l'article 106 TFUE.

Les indispensables

- En France, la protection de la concurrence n'a pas reçu la même consécration juridique que la liberté d'entreprendre
- Les règles de la concurrence sont définies par un traité, aux articles 101 à 109 du TFUE et par la loi au livre IV de la partie législative du code de commerce
- Les règles de la concurrence au niveau communautaire sont applicables si elles affectent les échanges entre États membres
- Les règles de la concurrence s'appliquent indépendamment de la nature publique ou privée de la personne juridique qui exerce l'activité économique
- Toutes les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas sanctionnables
- La concurrence déloyale, les ententes restrictives de concurrence et les abus de position dominante sont des pratiques d'entreprise sanctionnables
- Les aides d'État et les droits spéciaux ou exclusifs accordés par les États sont sanctionnables
- La commission européenne, le ministre chargé de l'Économie, l'Autorité de la concurrence et les deux ordres de juridictions veillent au respect des règles de la concurrence
- En France, le ministre, l'Autorité de la concurrence et les deux ordres de juridictions ne disposent pas des mêmes pouvoirs pour faire appliquer les règles de la concurrence

Exercices

- 1. Quelles sont les modalités de candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ?**
- 2. Quelles sont les mécanismes préconisés pour s'assurer qu'une personne publique puisse intervenir sur un marché pertinent ?**
- 3. Le rôle du ministre chargé de l'Économie en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ?**
- 4. Qu'est-ce qu'un marché pertinent ?**
- 5. Quels sont les critères retenus pour sanctionner une entente entre entreprises sur un marché pertinent ?**
- 6. Quels sont les critères retenus pour sanctionner une position dominante sur un marché pertinent ?**

► **1. Quelles sont les modalités de candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ?**

Les personnes publiques ont le droit de candidater à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession. Afin de ne pas fausser la concurrence, les modalités de candidature ont été précisées par la haute juridiction administrative dans l'arrêt CE Ass 30 décembre 2014 *Société armor SNC*.

La participation d'une personne publique est soumise à trois conditions: i) répondre à un intérêt public entendu comme le « *prolongement d'une mission de service public* », ii) sous réserve de ne pas compromettre cette mission de service public et iii) que cette candidature ne fausse pas les conditions de la concurrence notamment la fixation du prix.

► **2. Quels sont les mécanismes préconisés pour s'assurer qu'une personne publique puisse intervenir sur un marché pertinent ?**

Afin de sécuriser l'intervention d'une personne publique sur un marché pertinent, l'autorité de la concurrence a recommandé la production d'une comptabilité analytique fiable et transparente de l'activité économique exercée par la personne publique (Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996).

Le conseil d'État demande également une séparation complète des activités économiques avec des fonctions de régulation (CE 5 juillet 2010 *Syndicat national des agences de voyage*).

► **3. Le rôle du ministre chargé de l'Économie en matière de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles ?**

Le ministre chargé de l'Économie, représenté par les directions régionales des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi (DIRECCTE) dans les régions et sous la coordination de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), dispose de plusieurs pouvoirs prévus les articles L464-9 et R464-9-1 à R464-9-3 du code de commerce: un pouvoir d'investigation, de classer l'affaire, de sanction et de saisine de l'autorité de la concurrence.

Les pouvoirs d'investigation et de sanction de la DGCCRF sont d'exception et concernent des pratiques délimitées par trois conditions: i) qui « *affectent un marché de dimension locale* », ii) qui ne concernent pas des faits relevant des articles 101 et 102 TFUE et iii) dont le chiffre d'affaires de chaque pratique est plafonné à 50 M€ sur le dernier exercice et le chiffre d'affaires cumulé à 200 M€. La DGCCRF dispose d'un pouvoir de transaction plafonné à 150 000 € ou 5% du dernier chiffre d'affaires en France. L'exécution de la transaction éteint l'action devant l'Autorité de la concurrence.

La DGCCRF dispose d'un pouvoir d'injonction, c'est-à-dire de prendre les mesures de nature à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles.

Enfin la DGCCRF dispose d'un pouvoir de saisine de l'Autorité de la concurrence.

► **4. Qu'est ce qu'un marché pertinent ?**

Le marché est le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service. La recherche et la définition du plus petit dénominateur commun entre différents produits ou services sont un préalable nécessaire pour apprécier ensuite la validité de la pratique ou de la concentration au regard des règles de la concurrence.

Identifier un « marché pertinent », c'est rechercher le degré le plus précis de délimitation d'un marché.

L'autorité de la concurrence tient compte pour définir un « *marché pertinent* » i) des caractéristiques objectives du produit ou service pour en apprécier le caractère « *substituable* », ii) des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre, iii) et de la zone géographique concernée.

La notion de marché pertinent varie en fonction de la nature de la pratique anticoncurrentielle contestée: contrôle des concentration vs entente ou abus de position dominante.

► **5. Quels sont les critères retenus pour sanctionner une entente entre entreprises sur un marché pertinent ?**

Deux critères sont retenus pour qualifier une entente sur un marché pertinent de « *restrictive de concurrence* » : i) une volonté commune et ii) un objet ou un effet restrictif de la concurrence sur un marché pertinent.

Le ministre chargé de l'Économie dispose d'un pouvoir d'injonction et de transaction ; l'Autorité de la concurrence dispose de pouvoirs de sanction ; les juridictions de droit commun (y compris pénale) peuvent être saisies.

► **6. Quels sont les critères retenus pour sanctionner une position dominante sur un marché pertinent ?**

Trois critères sont retenus pour qualifier une position dominante, sur un marché pertinent, d'abusive : i) par construction, il s'agira de vérifier l'existence d'une position dominante, ii) puis l'exploitation abusive de cette position et iii) enfin l'existence d'un objet ou d'un effet restrictif de concurrence sur un marché pertinent.

Le ministre chargé de l'Économie dispose d'un pouvoir d'injonction et de transaction ; l'autorité de la concurrence dispose de pouvoirs de sanction ; les juridictions de droit commun (y compris pénale) peuvent être saisies.

La protection du droit de propriété

► Les objectifs de la fiche

- Connaître le niveau juridique de protection du droit de propriété
- Appréhender le régime de protection du droit de propriété
- Distinguer privation de propriété et limitation de propriété

Références jurisprudentielles

- Articles 2 & 17 DDHC
- Décision n° 81-132 DC *Loi de nationalisations*
- Décision n° 86-207 DC *Privatisation d'entreprise*

1. Un droit à valeur constitutionnelle

La décision n° 2011-169 QPC valide la définition du droit de propriété donnée par l'article 544 du code civil, c'est-à-dire le « *droit de jouir (user et profiter) et disposer (abusus) des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ».

La décision n° 71-44 DC attribuant une valeur constitutionnelle à la déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) consacre implicitement une valeur constitutionnelle notamment au droit de propriété que la décision n° 81-132 DC consacre explicitement.

La décision n° 2010-67/86 QPC souligne que les personnes publiques comme les personnes privées bénéficient de la protection de leur droit de propriété.

Le droit de propriété n'est ni général ni absolu, il est un droit réel relatif conféré à toutes les personnes physiques ou morales ; il doit ainsi se concilier avec les autres droits, libertés et principes.

2. Le régime protecteur du droit de propriété

Depuis sa décision n° 85-189 DC, le conseil constitutionnel opère une différence de protection du droit de propriété en fonction de l'atteinte en cause :

- une privation de propriété (article 17 DDHC) : le droit de propriété bénéficie d'une protection renforcée ; l'atteinte doit i) être justifiée par une « *nécessité publique, légalement constatée* » et ii) compensée par « *une juste et préalable indemnité* » ;
- une limitation du droit de propriété (article 2 DDHC) : en l'absence de privation de propriété, une atteinte aux conditions d'exercice de la propriété bénéficie d'une protection moindre ; i) un « *motif d'intérêt général* » et ii) une atteinte « *proportionnée à l'objectif poursuivi* » ;

La jurisprudence du Conseil constitutionnel opère une différence de régime de protection entre les biens des personnes privées et ceux des personnes publiques :

- un renforcement pour les biens relevant du domaine public avec la nécessité de respecter le principe d'incessibilité à vil prix de la propriété publique (décision n° 86-207 DC) ;
- une atténuation pour le transfert de biens relevant du domaine privé des personnes publiques : la décision n° 2011-118 admet un transfert gratuit d'un bien entre personnes publiques par le législateur sous réserve d'un objectif d'intérêt général.

Une répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction (décision n° 89-256 DC) :

- la compétence du juge judiciaire en cas de privation de propriété selon un principe fondamental reconnu par les lois de la République ;
- et la compétence du juge administratif, sauf disposition contraire, pour les atteintes au droit de propriété.

3. Les atteintes à la nature du droit de propriété

Parmi les mécanismes de privation de propriété, sont mentionnés :

- Les expropriations ; elles ont pour objet ou pour effet une privation de propriété ; elles comportent deux phases : i) une phase administrative dont les actes sont contestables devant le juge administratif et ii) une phase judiciaire dont les actes (transfert de propriété, fixation de l'indemnité et entrée en possession) sont contestables devant le juge judiciaire.
- les limitations « *ayant un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés* » (décision n° 2000-434 DC).

4. Les atteintes à l'exercice du droit de propriété

Parmi les mécanismes de limitation du droit de propriété, peuvent être retenus :

- Le droit de préemption d'un bien (décision n° 2014-701 DC) ;
- Le droit de réquisition d'un bien (décision n° 98-403 DC) ;
- La suspension du droit de vote attaché à une action pour un actionnaire (décision n° 2013-369 QPC).

37 fiches pour réviser les notions essentielles du cours de **droit public économique** grâce à des schémas, des tableaux, des encadrés récapitulatifs et des exercices d'application.

- | | | | |
|----------------------|--|----------------------|--|
| Fiche n° 1 : | Droit et économie | Fiche n° 19 : | Les groupements de personnes morales |
| Fiche n° 2 : | La liberté d'entreprendre | Fiche n° 20 : | La Commission européenne |
| Fiche n° 3 : | Le libre jeu de la concurrence | Fiche n° 21 : | La troïka |
| Fiche n° 4 : | La protection du droit de propriété | Fiche n° 22 : | L'ECOFIN |
| Fiche n° 5 : | Les politiques publiques | Fiche n° 23 : | Les investissements publics |
| Fiche n° 6 : | L'évaluation des politiques publiques | Fiche n° 24 : | Les subventions et les cofinancements |
| Fiche n° 7 : | La régie | Fiche n° 25 : | Les fonds européens structurels et d'investissement |
| Fiche n° 8 : | Les établissements publics | Fiche n° 26 : | Les aides d'État |
| Fiche n° 9 : | Les agences de l'État | Fiche n° 27 : | Les marchés publics |
| Fiche n° 10 : | La Caisse des dépôts et consignation | Fiche n° 28 : | Le marché de partenariat |
| Fiche n° 11 : | Les autorités administratives et publiques indépendantes. | Fiche n° 29 : | La concession |
| Fiche n° 12 : | La régulation de la concurrence | Fiche n° 30 : | Les exonérations à l'application des deux ordonnances |
| Fiche n° 13 : | La régulation et la supervision du secteur financier | Fiche n° 31 : | Les juges de la commande publique |
| Fiche n° 14 : | Les banques publiques et les banques de développement | Fiche n° 32 : | Le semestre européen |
| Fiche n° 15 : | Prise de participation et entreprise contrôlée par une personne publique | Fiche n° 33 : | Le déficit public |
| Fiche n° 16 : | Organismes privés, acteurs publics | Fiche n° 34 : | La dette publique |
| Fiche n° 17 : | Les collectivités territoriales | Fiche n° 35 : | Les engagements hors bilan |
| Fiche n° 18 : | Le préfet, acteur économique et financier | Fiche n° 36 : | La fiscalité |
| | | Fiche n° 37 : | Le mécanisme européen de stabilité et les instruments de prêts de l'UE |

L'auteur

Étienne Petit est ancien élève de l'Institut Portalis à l'université de droit d'Aix-en-Provence et administrateur civil des ministères économiques et financiers.

Le public

- Licence et Master Droit
- Concours administratif
- Licence AES
- IEP

