

■ Dans le cadre de son étude annuelle 2015 sur « *L'action économique des personnes publiques* », le Conseil d'État examine plus particulièrement la question des outils à la disposition des personnes publiques pour agir sur l'économie. L'étude en donne une définition : l'outil d'action économique est le mécanisme générique utilisable par la personne publique lorsqu'elle élabore, dans un domaine et un contexte donnés, une mesure particulière pour atteindre un objectif microéconomique.

Elle formule une cinquantaine de propositions. Parmi elles figure l'élaboration d'un guide destiné à mieux faire connaître aux personnes publiques ces différents outils d'action économique. Il a semblé possible au Conseil d'État de mettre en œuvre lui-même cette proposition.

C'est l'objet du présent guide qui a été délibéré par l'assemblée générale du Conseil d'État en juillet 2015. La version ci-après intègre son actualisation datée de **décembre 2018**.

■ Chaque outil recensé est traité dans une fiche définissant son mécanisme, l'usage qui peut en être fait dans le domaine économique et son cadre juridique aux plans interne comme européen.

Le guide de 24 fiches est structuré autour de 8 « familles » : fiscalité incitative ; concours financiers ; domanialité ; activités économiques ; entreprises et participations publiques ; législation et réglementation économiques ; déclarations publiques ; accompagnement en matière économique.

Famille “fiscalité incitative”	3
1. Fiscalité incitative.....	3
Famille “concours financiers”	14
2. Subventions.....	14
3. Prêts et avances remboursables	25
4. Fonds d'investissement.....	32
5. Garanties.....	41
Famille “domanialité”	51
6. Domaine.....	51
7. Contrats dédiés aux opérations de construction	63
8. Marques publiques	74
9. Patrimoine immatériel des personnes publiques	83
Famille “activités économiques”	90
10. Exercice d'une activité économique par les personnes publiques	90
11. Gestion en régie directe.....	98
12. Marchés publics	106
13. Contrats de concession	116
Famille “entreprises et participations publiques”	125
14. Établissements publics industriels et commerciaux	125
15. Sociétés et participations publiques	133
16. Sociétés locales à statut spécifique.....	143
17. Groupements	158
Famille “législation et réglementation économiques”	169
18. Encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre	169
19. Encadrement des activités économiques (II) : modalités de mise en œuvre	179
20. Protection des intérêts stratégiques dans les entreprises.....	188
21. Urbanisme économique.....	196
Famille “déclarations publiques”	207
22. Prises de position publiques	207
23. Communication économique.....	216
Famille “accompagnement en matière économique”	224
24. Accompagnement en matière économique.....	224

Responsable de la publication

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

Comité de rédaction

Première édition (juillet 2015)

Charles Touboul, maître des requêtes, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études, Angélique Delorme et Pauline Pannier, auditrices, Mylène Bernabeu, premier conseiller de tribunal administratif, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études, ainsi que Jean-Luc Sauron, conseiller d'État, délégué au droit européen.

Actualisation (décembre 2018)

Charles Touboul, Vincent Dumas, Anne Egerszegi et Pascal Trouilly, maîtres des requêtes, Sara-Lou Gerber, auditrice, Mylène Bernabeu, premier conseiller de tribunal administratif, ainsi que Jean-Luc Sauron, conseiller d'État, délégué au droit européen.

Avec le concours de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers.

Secrétaire de rédaction

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

(Version de décembre 2018)

1. Notion de fiscalité incitative

La fiscalité incitative désigne l'ensemble des prélèvements fiscaux ayant pour but d'orienter le comportement des personnes susceptibles d'y être assujetties.

1.1. Un prélèvement de nature fiscale

Un impôt, une taxe fiscale ou une « imposition de toute nature » au sens de l'article 34 de la Constitution, est un prélèvement perçu par voie d'autorité au profit de personnes publiques ou de personnes privées chargées d'une mission de service public.

Cette notion se distingue :

- d'une redevance pour service rendu qui trouve sa contrepartie dans un bien ou un service (CE Ass., 21 novembre 1958, *Syndicat national des transporteurs aériens*, au rec. p. 578 ; Ass., 16 juillet 2007, *Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital*, [n° 293229](#)) ;
- d'une redevance domaniale qui trouve sa contrepartie dans l'occupation du domaine (CE, 28 juillet 1999, *Cofiroute*, [n° 189412](#)) ;
- d'une cotisation de sécurité sociale qui correspond à un versement à caractère obligatoire ouvrant des droits aux prestations et avantages servis par un régime obligatoire de sécurité sociale (CC, [n° 93-325 DC](#) du 13 août 1993, cons. 119 ; CC, [n° 2014-698 DC](#) du 6 août 2014, cons. 12-13 ; CC, [n° 2018-735 QPC](#) du 27 septembre 2018, cons. 9-10).

1.2. Un objectif principal d'incitation

En principe, une mesure fiscale a vocation à procurer des ressources aux personnes publiques pour financer leurs activités d'intérêt général comme cela résulte des termes mêmes de [l'article 13 de la déclaration de 1789](#), y compris sous forme de redistribution. On parle parfois de « fiscalité de rendement ».

La fiscalité est dite « incitative » ou « comportementale » lorsque la mesure vise à titre principal non à prélever des ressources mais à orienter le comportement des acteurs dans un sens déterminé. L'impôt incitatif peut prendre la forme :

- soit d'un nouvel impôt pesant sur des activités ou des comportements que l'on souhaite décourager [en les rendant moins attractifs] ; l'incitation revêtant alors un caractère négatif, la fiscalité est dite « désincitative » ou « dissuasive » ;

- soit de taux réduits ou d'une exonération, d'une déduction ou d'une réduction d'un impôt (pouvant aller jusqu'au crédit d'impôt) existant ou créé pour l'occasion ; l'incitation est alors positive.

La fiscalité incitative se distingue aussi des prélèvements qui, quelle que soit leur dénomination (pénalité, amende, surtaxe ou taxe additionnelle...) ont pour but non d'orienter mais de réprimer des comportements. Lorsque l'objectif est de réprimer un manquement, le prélèvement obligatoire constitue une sanction pécuniaire qui obéit à un régime propre (v. sur cette distinction CC, [n° 84-184 DC](#) du 29 décembre 1984 ; CC, [n° 2010-84 QPC](#) du 13 janvier 2011, cons. 3-4 ; CC, [n° 2013-371 QPC](#) du 7 mars 2014, cons. 3-4).

2. L'usage économique de la fiscalité incitative

Ayant pour objet d'encourager ou de dissuader certains comportements, la fiscalité incitative est fréquemment utilisée pour poursuivre des objectifs économiques (soutien à la création d'entreprise, à l'investissement...) ou partiellement économiques (développement durable, économie sociale...).

2.1. Fiscalité incitative et règles contraignantes

Contrairement à la réglementation des activités économiques, la fiscalité ne contraint pas directement l'exercice de ces activités. Elle présente ainsi un avantage certain pour les entreprises qui s'accommodent plus facilement de mesures qui leur laissent le choix soit de supporter un coût supplémentaire, soit de changer de comportement. Elle est particulièrement adaptée lorsque le comportement souhaité par le législateur ne pourrait être érigé en norme contraignante sans atteinte excessive à la liberté d'entreprendre et/ou au principe d'égalité des entreprises concernées. La fiscalité présente ainsi de moindres risques de contrariété aux normes supérieures, notamment constitutionnelles, qu'une réglementation impérative.

Les effets des mesures incitatives sont moins immédiats qu'une disposition impérative puisqu'il faut laisser le temps aux entreprises de s'approprier le dispositif et d'en tirer les conséquences. La fiscalité incitative est donc moins réactive qu'une mesure purement et simplement impérative.

Les différences entre réglementation et fiscalité incitative peuvent néanmoins s'estomper, lorsque la norme impérative est elle-même conçue de manière à inciter à des comportements : par exemple, lorsque les textes définissent plusieurs régimes possibles pour les entreprises en prévoyant des formalités ou des procédures plus légères selon les choix opérés entre ces différents régimes.

2.2. Fiscalité incitative et autres mécanismes incitatifs

La dépense, notamment sous forme de subvention, est l'autre mécanisme financier incitatif à la disposition des personnes publiques. La « dépense fiscale », contrairement à la dépense classique, s'apparente à un manque à gagner. Relevant toutefois de la fiscalité et non du budget, la fiscalité incitative échappe aux règles applicables au vote des crédits budgétaires. La dépense fiscale est toutefois économiquement très proche d'une véritable dépense pour le budget des personnes publiques concernées. Or, son coût est plus difficile à évaluer pour les finances des collectivités concernées que dans le cas d'une subvention où les décaissements sont mesurables. Ces dépenses font l'objet d'un suivi particulier dans le cadre de l'examen des lois de finances par le Parlement (art. 51 et 54 de la [loi organique n° 2001-692](#) du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances).

Les articles 20 et 21 de la [loi n° 2018-32](#) du 22 janvier 2018 de programmation des finances publiques (LFPF) pour les années 2018 à 2022, qui reprennent et complètent des dispositions des LFPF antérieures, ont en outre pour objet d'encadrer et de plafonner le recours aux « dépenses fiscales ». Le rapport entre le montant annuel des dépenses fiscales et la somme des recettes fiscales du budget général ne pourra ainsi excéder 28 % pour les années 2018 et 2019, 27 % pour l'année 2020, 26 % pour l'année 2021 et 25 % pour l'année 2022.

La fiscalité incitative présente en outre une grande proximité avec certains mécanismes originaux, mais aussi plus complexes à instituer, de type « marchés de quotas » (v. fiche « *encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre* »). Plus simple à mettre en œuvre, la fiscalité incitative est aussi plus rigide. Le coût mis à la charge des assujettis est en effet défini à l'avance, indépendamment de leur réaction, dont il ne pourra être tenu compte qu'en « ajustant » le dispositif fiscal, c'est-à-dire en le modifiant. Au contraire, le mécanisme de marché permet de moduler le coût par une situation de marché, c'est-à-dire par le comportement des différents acteurs.

3. La compétence pour instituer une mesure fiscale incitative

Le régime d'une taxe fiscale peut être décomposé en neuf éléments : la catégorie des assujettis, le fait générateur de l'impôt, l'assiette de l'impôt, le taux d'imposition, les modalités d'établissement et de liquidation de l'impôt, les modalités du recouvrement, l'exercice du contrôle et la prescription, les sanctions, le contentieux (v. pour le détail de chacun de ces éléments, le *Guide de légistique*, point [5.2.7](#) préc.).

3.1. Compétence exclusive du législateur

Les mesures fiscales ne peuvent être instituées que par la loi, l'article 34 de la Constitution réservant à celle-ci la détermination des règles concernant l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures. En application de ces dispositions, les règles relatives à un prélèvement fiscal prennent place normalement dans une loi ordinaire. Elles peuvent également figurer dans une loi de finances, les mesures fiscales y étant toujours éligibles.

De manière générale, le législateur doit épuiser sa compétence pour éviter une censure pour incompétence négative, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en la matière (CC, [n° 85-198 DC](#) du 13 décembre 1985, cons. 11-12). Néanmoins, en matière fiscale, des renvois limités de certains aspects de la mesure au pouvoir réglementaire sont admis (par exemple, la fixation d'un taux à l'intérieur d'une fourchette de taux, CC, [n° 2000-442 DC](#) du 28 décembre 2000, cons. 32 ; ou bien la définition technique de l'assiette, CC, [n° 2001-456 DC](#) du 27 décembre 2001, cons. 41).

Par ailleurs, il est à noter l'orientation récente consistant à faire des lois de finances et des lois de financement de la sécurité sociale – si elles affectent les recettes de la sécurité sociale – le vecteur exclusif, sauf exception, des mesures fiscales, dans le but de mieux maîtriser la fiscalité sectorielle et/ou incitative (v. le « troisième principe » énoncé par la [circulaire du 14 janvier 2013](#), relative aux règles pour une gestion responsable des dépenses publiques, JORF n° 12 du 15 janvier 2013 ; également *Guide de Légistique*, point « [5.2.7. Créer, modifier ou supprimer une taxe fiscale](#) »).

3.2. « Approche incitative » de la fiscalité locale

En vertu du principe de libre administration des collectivités territoriales, celles-ci disposent d'une compétence fiscale qu'elles exercent dans les limites définies par la loi, qui l'encadre étroitement. Non seulement les collectivités territoriales ne peuvent créer de dispositifs fiscaux qui leur seraient propres sans disposition législative, mais la faculté qui leur est reconnue de fixer le taux de certains impôts institués par la loi est par ailleurs encadrée par des limites strictes figurant notamment aux articles [1636 B sexies](#) et suivants du code général des impôts.

Ce n'est ainsi qu'en modulant les taux au sein de ces fourchettes que les collectivités territoriales peuvent retenir une approche incitative de la fiscalité qui leur est affectée. Il ne s'agit pas pour autant d'une véritable fiscalité incitative de la même nature que celle pour laquelle des règles constitutionnelles particulières s'appliquent (v. *infra* point 4.). La loi peut également prévoir la possibilité pour les assemblées délibérantes des collectivités territoriales de prononcer des exonérations temporaires d'impôts locaux à des fins incitatives (v. par exemple, les articles [1465](#) et suivants du code général des impôts).

4. Exigences spécifiques pour l'institution d'une fiscalité incitative

4.1. Exigences constitutionnelles

La fiscalité incitative constitue un outil spécifique eu égard aux exigences constitutionnelles particulières qui s'imposent à elle. Outre celles applicables à l'ensemble des textes fiscaux, le Conseil constitutionnel opère en effet un contrôle renforcé de la cohérence des règles d'imposition retenues par le législateur au regard de l'objectif que la mesure fiscale est censée poursuivre, en se fondant tant sur le principe d'égalité devant la loi fiscale que sur le fondement de l'égalité devant les charges publiques.

Le Conseil constitutionnel juge en effet que : « conformément à l'article [34](#) de la Constitution, il appartient au législateur de déterminer, dans le respect des principes constitutionnels et compte tenu des caractéristiques de chaque impôt, les règles selon lesquelles doivent être assujettis les contribuables ; que le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que soient établies des impositions spécifiques ayant pour objet d'inciter les redevables à adopter des comportements conformes à des objectifs d'intérêt général, pourvu que les règles qu'il fixe à cet effet soient justifiées au regard desdits objectifs » (CC, n° [2000-441 DC](#) du 28 décembre 2000, cons. 34 ; CC, n° [2009-599 DC](#) du 29 décembre 2009, cons. 80).

Il juge, de même : « qu'aux termes de l'article 13 de la [Déclaration de 1789](#) : « Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés » ; qu'en particulier, pour assurer le respect du principe d'égalité, le législateur doit fonder son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose ; que cette appréciation ne doit cependant pas entraîner de rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques » (CC, n° [2012-251 QPC](#) du 8 juin 2012, cons. 3).

Ainsi, en matière de fiscalité incitative, « *le contrôle du Conseil constitutionnel est plus approfondi qu'en matière de fiscalité à finalité de simple rendement. En effet, lorsque les différences de traitement imposées résultant des différences d'assiette ou de taux de l'impôt sont fondées sur la volonté du législateur de susciter des comportements favorables à des buts d'intérêt général que le législateur a définis, le Conseil procède à un contrôle de l'adéquation entre la définition de l'assiette ou du taux et l'objet ainsi poursuivi par la loi* » (Commentaire au cahier du Conseil constitutionnel sous cette dernière décision).

C'est sur le terrain de la méconnaissance du principe d'égalité qu'ont ainsi été annulées les exemptions à la taxe générale sur les activités polluantes (CC, [n° 2000-441 DC](#) du 28 décembre 2000, cons. 32-38), à la taxe sur la diffusion d'imprimés (CC, [n° 2002-464 DC](#) du 27 décembre 2002, cons. 55-57) ou à la contribution carbone (CC, [n° 2009-599 DC](#) du 29 décembre 2009, cons. 77-83) et l'exonération de la cotisation foncière des entreprises prévue en faveur des personnes publiques assurant elles-mêmes ou par l'intermédiaire de sociétés, la gestion d'un port, en tant que le bénéfice de cette exonération était réservé aux sociétés d'économie mixte alors que d'autres sociétés au capital détenu en tout ou partie par des personnes publiques étaient également susceptibles de gérer des ports (CC, [n°2018-733 PQC](#) du 21 septembre 2018, cons. 9-10).

Le Conseil constitutionnel se livre enfin à un contrôle de proportionnalité de la rupture d'égalité induite entre contribuables du fait de la mesure avec le but poursuivi ainsi qu'à une comparaison entre le moyen mis en œuvre constitué par l'avantage accordé au contribuable et l'objectif à atteindre qui est le comportement souhaité : « 3. *Considérant que si le principe d'égalité ne fait pas obstacle à ce que le législateur édicte pour des motifs d'intérêt général des mesures d'incitation par l'octroi d'avantages fiscaux, c'est à la condition qu'il fonde son appréciation sur des critères objectifs et rationnels en fonction des buts qu'il se propose et que l'avantage fiscal consenti ne soit pas hors de proportion avec l'effet incitatif attendu* » (CC, [n° 2007-555 DC](#) du 16 août 2007, cons. 20).

L'objectif revendiqué par les pouvoirs publics doit ainsi être clairement conçu et être en adéquation avec les mesures incitatives ou dissuasives qu'il est censé justifier. Le Conseil constitutionnel a ainsi sanctionné la création d'une contribution perçue sur « *les boissons énergisantes* », instaurée par la loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, au motif que « *l'objectif de santé publique de lutte contre la consommation d'alcool chez les jeunes ne saurait en effet justifier une mesure pénalisant les « boissons énergisantes* » » (CC, [n° 2012-659 DC](#) du 13 décembre 2012, cons. 25). Dans sa décision [n° 2014-417 QPC](#) du 19 septembre 2014 relative à la taxe sur les boissons à haute teneur en caféine, le Conseil constitutionnel a vérifié que chacun des critères retenus par le législateur était bien en adéquation avec l'objectif poursuivi, qui était d'éviter une consommation excessive de canettes de boissons contenant un taux élevé de caféine. Il a ainsi admis que le législateur pouvait opérer une distinction selon que les boissons étaient conditionnées ou non en canettes. En revanche, en excluant du champ d'application de la taxe les boissons faisant l'objet d'une commercialisation dans les mêmes formes et ayant une même teneur en caféine, mais avec un nom différent (sans être qualifiées de « boissons énergisantes »), le juge constitutionnel a jugé que le législateur avait créé une différence de traitement sans rapport avec l'objet de l'imposition. Encore plus récemment, le Conseil constitutionnel a considéré que l'objectif d'intérêt général qui s'attache à l'incitation à la production de biogaz, justifie qu'un tarif plus favorable soit appliqué aux déchets susceptibles de produire du biogaz lorsqu'ils sont réceptionnés par une installation de production du biogaz mais ne saurait justifier que ce même tarif plus favorable bénéficie à d'autres déchets du seul fait qu'ils sont réceptionnés par ce type d'installation, alors même qu'ils sont insusceptibles de produire du biogaz (CC, [n°2015-482 QPC](#) du 17 septembre 2015, cons. 10-11).

17 septembre 2015). Voir aussi CC, n° 2016-609 QPC du 27 janvier 2017 sur le crédit d'impôt accordé aux entreprises industrielles du secteur « textile-habillement-cuir », n° 2017-631 QPC du 24 mai 2017 s'agissant du droit départemental de passage perçu pour l'usage du pont de l'île de Ré et n° 2018-750/751 QPC du 7 décembre 2018 s'agissant des exonérations d'octroi de mer applicable en Guadeloupe, en Guyane, en Martinique et à La Réunion,

Outre ce contrôle de l'adéquation à l'objectif poursuivi, le Conseil constitutionnel vérifie que le taux de l'imposition est proportionné aux facultés contributives. Une disproportion entraînerait en effet une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques. Dans ses décisions n° 2014-417 QPC et n° 2015-482 QPC précitées, il a écarté ce grief. En revanche, dans sa décision n° 2016-620 QPC du 30 mars 2017, il a censuré, pour méconnaissance des exigences résultant de l'article 13 de la Déclaration de 1789, les dispositions de l'article 302 bis KG du code général des impôts instituant une taxe sur la publicité diffusée par les chaînes de télévision due par tout éditeur de services de télévision établi en France, en tant qu'elles soumettaient l'assujetti à une imposition assise sur des sommes dont, pour partie, il ne disposait pas.

Le Conseil peut enfin être amené à vérifier dans son appréciation de l'intérêt général le rapport existant entre le coût ou le gain pour l'État et l'objectif poursuivi : « 20. *Considérant qu'il ressort des travaux parlementaires que le crédit d'impôt résultant de la construction ou de l'acquisition d'une habitation principale antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi tend à soutenir la consommation et le pouvoir d'achat ; que, toutefois, en décidant d'accroître le pouvoir d'achat des seuls contribuables ayant acquis ou construit leur habitation principale depuis moins de cinq ans, le législateur a instauré, entre les contribuables, une différence de traitement injustifiée au regard de l'objectif qu'il s'est assigné ; que cet avantage fiscal fait supporter à l'État des charges manifestement hors de proportion avec l'effet incitatif attendu ; qu'il en résulte une rupture caractérisée de l'égalité des contribuables devant les charges publiques ;* » (CC, n° 2007-555 DC du 16 août 2007, préc.).

4.2. Application du régime des aides d'Etat

Une mesure fiscale favorable peut présenter le caractère d'une aide d'État qui sera illégale si elle n'est pas notifiée à la Commission européenne.

La Commission a adopté une communication relative à la notion d'«aide d'État» visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, le 19 juillet 2016, (2016/C 262/01), établissant les critères au regard desquels est à déterminer la qualification d'aides d'Etat, en particulier en matière fiscale, ainsi que la compatibilité de ces mesures avec le marché intérieur.

Ainsi, une mesure fiscale peut constituer une aide d'Etat dès lors qu'elle allège les charges pesant normalement sur le budget d'une entreprise, que cet avantage est octroyé par l'Etat ou au moyen de ressources publiques et qu'elle est susceptible de porter atteinte à la libre concurrence.

Le critère de la sélectivité (géographique ou catégorielle) d'une aide est le plus délicat à manier. Si une mesure générale n'est pas sélective et n'avantagera pas certaines entreprises, activités ou productions, au sens du Traité, la Cour de justice a également jugé qu'une mesure peut échapper à la qualification d'aide d'État lorsque son caractère sélectif est justifié « par la nature ou l'économie du système » (CJUE, 15 novembre 2011, *Commission c. Gibraltar*, aff. C-106/09P, points 71-75 et 145-146). La sélectivité d'une mesure fiscale tient généralement au fait que la mesure est spécifiquement accordée à certaines

entreprises en fonction de leur secteur d'activité (CJCE, 2 juillet 1974, aff. C-173/73), leur rattachement territorial (Décision de la Commission, 11 mai 1999 n°2000/128), leur taille (CJCE, 1^{er} décembre 1998, aff. C 200/97), leur forme juridique (CJCE 10 janvier 2006, aff. C-222/04) ou leur date de création (TPCE, 6 mars 2002, T-92/00 et T-103/00). Dans son arrêt de Grande Chambre du 21 décembre 2016, *Commission européenne c/ World Wide Duty Free Group* (C-20/15P et C-21/15P), la Cour de justice rappelle que le seul paramètre pertinent pour établir la sélectivité d'une mesure nationale fiscale consiste à vérifier si celle-ci est de nature à favoriser certaines entreprises par rapport à d'autres qui se trouvent dans une situation factuelle et juridique comparable au regard de l'objectif du régime fiscal général concerné et qui subissent ainsi un traitement différencié pouvant être qualifié de discriminatoire. Selon elle, la sélectivité est établie dès lors que la mesure en cause déroge au régime fiscal commun ou normal, « introduisant ainsi, par ses effets concrets, un traitement différencié entre opérateurs » alors que ceux-ci se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal, dans une situation factuelle et juridique comparable (point 67). La détermination des entreprises avantagées par la mesure fiscale ainsi que les caractéristiques propres et spécifiques, communes aux entreprises bénéficiaires de l'avantage fiscal, ne sont plus nécessaires. La sélectivité ainsi entendue impose d'analyser, en premier lieu, le régime de droit commun et en second lieu, le régime dérogatoire. Ainsi, dans un arrêt du 26 avril 2018, *Asociación Nacional de Grandes Empresas de Distribución (ANGED) contre Generalitat de Catalunya*, (aff. C-233/16), la Cour a jugé que n'était pas constitutif d'une aide d'État, au sens de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, un impôt frappant les grands établissements commerciaux en fonction, essentiellement, de leur surface de vente, en ce qu'il en exonère les établissements dont la surface de vente était inférieure à 2500 m², dès lors que cet impôt avait « pour objet de compenser les conséquences environnementales et territoriales de l'activité [des] grands établissements commerciaux, résultant en particulier des flux de circulation engendrés, en les faisant contribuer au financement de plans d'action environnementaux et à l'amélioration des infrastructures » et « qu'un critère fondé sur le seuil de surface de vente, tel que celui retenu par la législation nationale en cause au principal, afin de distinguer entre les entreprises selon que leur impact environnemental est plus ou moins fort, est cohérent avec les objectifs poursuivis » (points 52 et 53).

Parmi les mesures fiscales sélectives adoptées par les États membres, certaines font par principe l'objet d'une présomption d'aide d'État (transactions avec l'administration fiscale), d'autres doivent présenter un certain nombre de caractéristiques pour être qualifiées d'aide d'État (amnistie fiscale et rescrits fiscaux) (v. communication de la Commission européenne relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, du 19 mai 2016, points 165-177).

Si les mesures fiscales ne constituent pas des aides en elles-mêmes, elles devront toutefois être notifiées à la Commission si elles sont affectées au financement d'une mesure d'aide et font partie intégrante de cette mesure. Pour considérer qu'une taxe fait partie intégrante d'une mesure d'aide, il doit nécessairement exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente (v. par ex. CJCE, 13 janvier 2005, Pape, aff. C-175/02, pts 14-15 ; ou 14 avril 2005, AEM SpA, aff. C-128/03 et C-129/03).

Pour qu'une taxe, ou une partie d'une taxe, fasse partie intégrante d'une mesure d'aide, il doit nécessairement exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide en vertu de la réglementation nationale pertinente, en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide et influence directement l'importance de celle-ci (v. par ex. CJCE, 22 décembre 2008, *Société Régie Networks*, aff. C-333/07, pt 99 ; ou CJCE, 15 juin 2006, *Air Liquide Industries Belgium*,

C- 393/04 et C-41/05, pt 46 ; CE, 27 juillet 2009, Société Boucherie du marché, n°312098 à propos de la taxe d'équarrissage). Le seul fait qu'une aide soit octroyée sous forme d'exonération d'une taxe ou que la perte de recettes due à cette exonération soit, pour les besoins de l'estimation du budget de l'Etat membre en cause, compensée par une augmentation de cette taxe, ne sont pas à eux seuls suffisants pour engendrer un tel lien (CJCE, 13 janvier 2005, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, aff. C-174/02).

Il convient de réserver l'hypothèse où la taxe elle-même est, par son champ d'application, destinée à créer une situation induisant certains opérateurs économiques. Cette hypothèse très particulière a été rencontrée par la Cour de justice, dans la décision *Laboratoires Boiron SA* du 7 septembre 2006 (aff. C-526/04). Etait en cause la taxe sur les ventes directes de médicaments, à laquelle étaient assujettis les laboratoires pharmaceutiques, mais non les grossistes répartiteurs. Dans cette affaire, la Cour a établi une distinction entre les cas dans lesquels il était allégué qu'une exonération au bénéfice de certains opérateurs d'une taxe ayant une portée générale était, par elle-même, constitutive d'une mesure d'aide, et le cas portant sur une taxe à laquelle n'était assujettie qu'une seule des deux catégories d'opérateurs en situation concurrentielle et où la mesure d'aide était donc la taxe elle-même, et non une quelconque exonération dissociable de celle-ci. Hormis ce cas particulier, la Cour retient avec constance que les redevables d'une contribution obligatoire ne sauraient exciper de ce que l'exonération dont bénéficient d'autres personnes constitue une aide d'Etat pour se soustraire au paiement de ladite contribution (décision *Banks* du 20 septembre 2001, aff. C-390/98), réaffirmée par le Tribunal, *Groningen Seaspports NV*, le 31 mai 2018, aff. T-160/16).

Une augmentation de plus de 20% du produit de taxes finançant un ou plusieurs régimes d'aides autorisés par rapport aux prévisions notifiées à la Commission européenne constitue une modification d'une aide existante (aff. C-510/16).

4.3. Autres règles découlant du droit de l'Union

4.3.1. Mesures équivalentes à des droits de douane et taxes indirectes discriminatoires

Afin de garantir la neutralité de la fiscalité sur le fonctionnement du marché intérieur, l'article 30 du TFUE pose l'interdiction des taxes d'effet équivalent à des droits de douane. Le critère d'identification des taxes d'effet équivalent réside dans leur fait générateur, c'est-à-dire le franchissement d'une frontière (CJCE, 2 juillet 1969, *Sociaal fonds voor de diamantarbeiders*, aff. 2 et 3/69, point 18 ; CJCE, 31 mai 1979, *SARL Denkavit Loire*, aff. 132/78, point 9).

En dehors des taxes d'effet équivalent à des droits de douane, les États peuvent créer ou maintenir des impositions intérieures, sous réserve qu'elles respectent les interdictions prévues par les articles 110 et suivants du TFUE visant à garantir que les marchandises ne font l'objet d'aucun traitement fiscal défavorable après qu'elles ont franchi la frontière.

Le premier alinéa de l'article 110 du TFUE interdit les discriminations fiscales qui pénalisent les produits étrangers par rapport aux produits nationaux dès lors que ceux-ci sont similaires. Le second alinéa de cet article interdit en outre aux États membres d'adopter toute mesure fiscale constitutive d'un protectionnisme défensif favorisant un produit national par rapport à un produit étranger concurrent.

4.3.2. Atteintes aux quatre libertés

La fiscalité directe relève, certes, de la compétence fiscale des États membres, mais ces derniers doivent toutefois l'exercer dans le respect du droit de l'Union. Ainsi les États membres ne sauraient adopter ou mettre en œuvre des dispositions nationales qui portent atteinte aux libertés fondamentales garanties par le TFUE (CJCE, 28 janvier 1992, *Bachmann c/ Belgique*, aff. C-204/90 ou CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93).

Toutefois, en matière fiscale, la Cour de justice considère que les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services sont interdites uniquement lorsqu'elles sont discriminatoires (Voir points 84 et suivants des conclusions de Mme J. Kokott présentées le 5 septembre 2013 dans l'affaire C-385/12). Toutes les taxes nationales constitueraient, sinon, une restriction à la liberté d'établissement ou à la libre prestation de services, en ce qu'elles ont pour effet de gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice d'une activité économique pour des opérateurs établis dans un autre Etat membre. Sont également prohibées en matière fiscale toutes formes dissimulées de discrimination, qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat (CJUE, 26 avril 2018, *ANGED*, C-236/16 et C-237/16, pt 17). Ainsi, un prélèvement obligatoire qui prévoit un critère de différenciation, apparemment objectif, mais qui défavorise dans la plupart des cas, compte tenu de ses caractéristiques, les sociétés ayant leur siège dans d'autres États membres et qui sont dans une situation comparable à celles ayant leur siège dans l'État membre d'imposition, constitue une discrimination indirecte fondée sur le lieu du siège des sociétés, interdite par les articles 49 et 54 TFUE

(Voir, en ce sens, arrêt du 5 février 2014, *Hervis Sport*, C-385/12, pts 37 à 41).

Lors de l'imposition des bénéficiaires, des revenus ou de la fortune de leurs contribuables, les États peuvent aider ou inciter ces derniers à supporter certaines charges financières, en leur proposant en contrepartie des régimes fiscaux favorables. Cependant, le droit de l'Union a en principe pour conséquence que les avantages ainsi consentis ne sauraient être exclusivement conférés, à situation équivalente, aux seuls nationaux ou résidents – à la seule exception de l'hypothèse dans laquelle la résidence constituerait un critère de distinction pertinent au regard de l'objet de la mesure.

A titre illustratif, ont été jugés incompatibles avec le droit de l'Union, des dispositifs fiscaux concernant par exemple le « *splitting tarif* » ou fractionnement de revenus (arrêt *Schumacker*, préc.), les frais de garde ou de scolarisation des enfants (CJCE, 11 septembre 2007, *Schwartz et Gootjes-Schwartz*, aff. C-76/05), les retraites et les fonds de pension (arrêt *Bachmann c. Belgique*, préc.), les modalités d'imposition des contrats d'assurance-maladie (CJUE, 18 mars 2010, *Gielen*, aff. C-440/08) ou d'assurance-vie (CJCE, 4 mars 2004, *Commission c/ France*, aff. C-334/02), ou encore l'exonération de droits de mutation à titre gratuit sur les dons et legs consentis à des organismes sans but lucratif résidents (CJCE, 27 janvier 2009, *Hein Persche*, aff. C-318/07).

Au regard du principe de non discrimination à raison de la nationalité (article 18 TFUE), une restriction prohibée au regard des libertés prévues par le TFUE n'est pas constituée en l'absence de situations objectivement comparables au regard de l'objet de la mesure fiscale en cause. C'est ainsi que la Cour a jugé que, s'agissant des impôts directs, une personne physique résidente n'est pas dans une situation comparable à celle qui est non-résidente, ce qui justifie la possibilité de les traiter différemment. Ces situations deviennent néanmoins comparables lorsque le non-résident perçoit dans l'autre État membre la totalité ou la quasi-totalité de ses revenus. Cet autre État devra alors lui accorder les mêmes

avantages liés à sa situation personnelle et familiale que ceux qu'il consent à ses propres résidents (arrêt *Schumacker*, préc.).

Une restriction peut également être justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général, sous réserve qu'elle soit appropriée et proportionnée quant aux objectifs poursuivis. Parmi ces raisons impérieuses, figurent la cohérence fiscale (arrêt *Bachmann c/ Belgique*, préc.), la répartition équilibrée du pouvoir d'imposition entre les États membres (CJUE, 21 mai 2015, *Verder Labtec*, aff. C-657/13), la nécessité d'assurer l'efficacité du contrôle fiscal (CJUE, 15 septembre 2011, *Halley*, aff. C-132/10), la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales (CJCE, 18 juillet 2007, *Oy AA*, aff. C-231/05), la sécurité des approvisionnements énergétiques (CJCE, 14 février 2008, *Commission c/ Espagne*, aff. C-274/06) et la protection de l'environnement (CJUE, 26 avril 2018, *ANGED*, aff. C-233/16 à C-237/16 préc.).

En outre, des justifications fondées sur le lien de rattachement avec la société nationale tendent à apparaître dans la jurisprudence plus récente. La Cour a ainsi jugé qu'une restriction à l'une des libertés de circulation puisse être justifiée par la préservation du patrimoine historique et culturel national (CJUE, 18 décembre 2014, X, aff. C-87/13 et CJUE, 18 décembre 2014, Q, aff. C-133/13). Elle a également considéré qu'en matière de politique sociale, les États membres sont en droit de réserver certains avantages aux personnes présentant un lien de rattachement suffisant avec la société nationale (CJCE, 18 juillet 2007, *Geven*, aff. C-213/05 ; CJCE, 22 mai 2008, *Nerkowska*, aff. C-499/06 ; CJCE, 1^{er} octobre 2009, *Gottwald*, aff. C-103/08).

Il est précisé que la Cour a toujours exclu comme justification d'une restriction la perte de recettes fiscales (CJUE, 22 décembre 2010, *Trankeedereij*, aff. C-287/10) et la poursuite d'un objectif purement économique tel que la promotion de l'économie nationale (CJCE, 6 juin 2000, *Verkooijen*, aff. C-35/98).

4.3.3. Concurrence fiscale dommageable

L'Union européenne se montre également soucieuse d'éviter les comportements s'apparentant à de la concurrence fiscale dommageable même si, hors du champ des aides d'État, cette vigilance ne repose pas sur un instrument juridique contraignant (code de conduite du 1^{er} décembre 1997).

4.4. Droit international

La fiscalité ne peut être élaborée en méconnaissance des règles de territorialité de l'impôt, notamment quant à la détermination du lieu de l'assiette imposable au regard des principes inspirés de la convention modèle OCDE et de leur traduction dans les conventions fiscales (v. not. sur ce point le [rapport](#) de la mission d'expertise sur l'économie numérique, janvier 2013).

5. Suppression des mesures fiscales incitatives

5.1. Exigences découlant de la CEDH

Le problème majeur qui se pose en matière fiscale est celui de la compatibilité de la « petite rétroactivité » des lois de finances, notamment des lois de finances rectificatives avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme sont néanmoins de nature à renforcer les exigences en ce domaine. Ces lois, lorsqu'elles viennent s'appliquer aux revenus et résultats de l'année en cours, peuvent en effet remettre en cause des mesures favorables aux contribuables dans des conditions telles qu'elles portent atteinte à un « bien » au sens de ces stipulations.

À défaut de créances certaines (créances auxquelles la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la qualité de « biens » au sens de l'article 1^{er} du protocole précité), les dispositions fiscales peuvent en effet procurer aux contribuables une espérance légitime d'obtenir une somme d'argent ou une valeur patrimoniale. Cette espérance est qualifiée de « légitime » et par suite, regardée comme un bien par la Cour à condition qu'elle revête une base suffisante en droit interne, ce qui est assurément le cas lorsqu'elle est fondée sur une disposition légale ou un acte juridique (CEDH gr. ch., 7 juin 2012, *Centro Europa*, n° [38433/09](#)).

Il convient à cet égard de porter une attention particulière à la suppression ou à la modification, dans un sens défavorable aux contribuables, des dispositions fiscales à vocation incitative, qui peuvent avoir fait naître dans le chef des contribuables des « espérances légitimes ».

Dans sa décision *Ministre du budget, des comptes publics et de la fonction publique c/EPI* du 9 mai 2012 (plén. fisc., n° [308996](#)), le Conseil d'État a ainsi jugé que le crédit d'impôt institué par la loi de finances pour 1998 dont l'objectif était de favoriser la création d'emplois et qui garantissait une certaine stabilité du mécanisme puisqu'elle prévoyait qu'il s'appliquerait pour une durée de trois ans, était de nature à laisser espérer au contribuable son application sur l'ensemble de la période prévue. Dans cette mesure, il l'a qualifié de bien au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1. De même, une société à qui avait été délivré un agrément lui permettant de bénéficier du régime du bénéfice mondial consolidé, en contrepartie d'engagements de sa part tenant notamment à la réalisation d'investissements, au maintien de l'activité de plusieurs centres d'appels en France ainsi qu'à la création d'emplois sur le territoire national pouvait se prévaloir d'une espérance légitime à bénéficier, sur l'ensemble de la période couverte par l'agrément, des gains fiscaux attachés au maintien du régime du bénéfice mondial consolidé (CE Plén. 25 octobre 2017, *Ministre de l'action et des comptes publics c/ Société Vivendi*, n°403320). Voir aussi CE, 6 juin 2018 *Société Dekra France* n°414482.

En revanche, lorsque le législateur modifie pour l'avenir des dispositions fiscales adoptées sans limitation de durée, il ne prive les contribuables d'aucune espérance légitime au sens des stipulations de l'article 1er du premier protocole additionnel à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CE, 12 janvier 2013, *Fédération nationale indépendante des mutuelles* n°355844). Ainsi, dans sa décision du 19 juillet 2016, *M. et Mme Moine Delalande* n°394596, le Conseil d'Etat a jugé qu'en excluant du bénéfice de l'abattement pour durée de détention, institué par les dispositions issues de l'article 17 de la loi du 29 décembre 2013, les plus-values placées en report d'imposition avant la date d'entrée en vigueur de cet abattement, le législateur n'avait privé les requérants d'aucune espérance légitime au sens de l'article premier du protocole additionnel à la CEDH et n'avait, par suite, pas porté atteinte à un droit garanti par ces stipulations. Voir aussi CE, 5 juillet 2018, *M. Langer* n°401157.

5.2. Exigences constitutionnelles

Sur le terrain constitutionnel, la loi fiscale peut avoir une portée rétroactive sans pour autant méconnaître la Constitution à la condition que cela soit justifié par un motif d'intérêt général et que cette rétroactivité ne prive pas de garanties légales des exigences constitutionnelles.

A ce titre, la suppression de mesures fiscales incitatives ne doit pas porter atteinte à des situations légalement acquises protégées en vertu de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Depuis sa décision du 19 décembre 2013 [n°2013-682 DC](#) relative à la loi de financement de la sécurité sociale pour 2014, le Conseil Constitutionnel reconnaît une protection constitutionnelle non

seulement aux « situations légalement acquises », mais également aux « effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations ». Il a ainsi censuré la remise en cause de l'application des taux de prélèvements sociaux « historiques » aux produits issus de certains contrats d'assurance-vie qui constituait l'une des contreparties auxquelles étaient attachées au respect d'une durée de six ou huit ans de conservation des contrats, accordées aux épargnants pour l'imposition des produits issus de ces contrats au motif que "les contribuables ayant respecté cette durée de conservation pouvaient légitimement attendre l'application d'un régime particulier d'imposition lié au respect de cette durée légale ". En application de cette jurisprudence, le Conseil a jugé, dans sa décision n° 2014-435 QPC du 5 décembre 2014 : « que la contribution exceptionnelle sur les hauts revenus a également été rendue applicable (...) aux revenus perçus en 2011 soumis aux prélèvements libératoires prévus au paragraphe I de l'article 117 quater et au paragraphe I de l'article 125 A du code général des impôts ; que les contribuables ayant perçu en 2011 des revenus soumis à ces prélèvements libératoires pouvaient légitimement attendre de l'application de ce régime légal d'imposition d'être, sous réserve de l'acquiescement des autres impôts alors existants, libérés de l'impôt au titre de ces revenus ; qu'en appliquant cette nouvelle contribution aux revenus ayant fait l'objet de ces prélèvements libératoires de l'impôt sur le revenu, le législateur a remis en cause les effets qui pouvaient légitimement être attendus par les contribuables de l'application du régime des prélèvements libératoires ».

5.3. Engagement du Gouvernement en matière de non rétroactivité fiscale

Poursuivant plus largement un objectif de sécurité juridique par l'encadrement de l'entrée en vigueur de la loi fiscale, il convient de relever qu'a été rendue publique le 1^{er} décembre 2014 une charte de « nouvelle gouvernance fiscale » qui pose le principe de « non-rétroactivité » et « non-rétrospectivité » en matière fiscale.

Ce document prévoit que les changements de fiscalité n'affecteront plus ni les exercices déjà clos ou les années passées, ni même les exercices ou les années en cours. Les acteurs, en particulier les entreprises qui sont visées au premier chef par cette mesure, devraient y gagner en visibilité puisque ces principes tendent à garantir que les « règles du jeu » seront connues suffisamment à l'avance. La charte énonce trois exceptions au principe de non-rétroactivité : les dispositions interprétatives ; les mesures législatives dites « de validation » ; les dispositions susceptibles d'entraîner des comportements d'optimisation postérieurement à leur publicité. De même, la charte réserve la possibilité de prévoir la rétroactivité de mesures favorables aux contribuables.

(Version de décembre 2018)

1. Notion de subvention

Les subventions sont définies à l'article 9-1 de [la loi n° 2000-321](#) du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations dite « DCRA », créé par l'article 59 de [la loi n° 2014-856](#) du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire, comme « *des contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. / Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent* ».

Cette définition légale vise en particulier à prévenir le risque de requalification de certaines subventions en marchés publics (les subventions sont explicitement exclues, par son article 7, du champ de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics), ce qui peut être le cas lorsque la subvention sert à financer un projet d'initiative publique ou peut être regardée comme la rémunération d'une prestation ou la contrepartie d'un service rendu (v. not., CE, 26 mars 2008, *Région de la Réunion*, n° 284412 ; CE, 23 mai 2011, *Commune de Six-Fours-Les-Plages*, n° 342520). La subvention se distingue également d'une délégation de service public en ce qu'elle n'a pas pour objet de mettre à la charge de l'organisme bénéficiaire l'organisation, la gestion et le fonctionnement d'un service public.

Les subventions se distinguent également :

- des *sommes octroyées au titre de prêts et avances remboursables*, qui ont vocation à être restituées ;
- des *exonérations fiscales* (ou « dépenses fiscales »), qui ne donnent pas lieu à un décaissement ;
- des *garanties*, qui confèrent un avantage au bénéficiaire, mais qui ne donnent pas lieu à décaissement.

2. Usage économique des subventions

Les subventions constituent l'un des mécanismes les plus classiques de concours financiers des personnes publiques à des entreprises. Elles présentent une certaine simplicité par rapport à d'autres outils relevant des techniques d'ingénierie financière et permettent de définir des conditions relativement souples en matière d'affectation et de contrôle de l'utilisation aux fins prévues.

Les subventions, versées « à fonds perdus » par la collectivité publique, sont possibles, sans limitation de montant. Toutefois, elles peuvent également constituer la première tranche d'un dispositif plus

complexe, comprenant des aides versées sous d'autres formes (avances remboursables, dotations en capital notamment...).

Certains usages spécifiquement économiques des subventions sont par ailleurs prévus et régis par des textes particuliers. Il en va par exemple ainsi des subventions de l'État pour des projets d'investissement. Le décret n° 2018-514 du 25 juin 2018, relatif à ces subventions de l'Etat, dispose que ces demandes de subventions sont des demandes au sens du code des relations entre le public et l'administration (CRPA). Il en résulte notamment que les dispositions de ce code relatives à la saisine par voie électronique (SVE) sont applicables à ces demandes de subventions. Ces demandes de subventions d'investissement présentant un caractère financier, le silence gardé par l'administration au terme d'un délai de huit mois (plus long que le délai de droit commun de deux mois en raison du temps d'instruction nécessaire, et le cas échéant prorogé) vaut décision de rejet. Les subventions consenties aux entreprises par les collectivités publiques ont, en règle générale, un caractère de soutien à l'investissement.

Il existe une grande variété de dispositifs et de régimes différents de subventions.

→ **Pour approfondir**

V. pour un recensement des dispositifs par le réseau des chambres de commerce et d'industrie : les-aides.fr.

3. Compétence pour octroyer les subventions

3.1. Etat

La définition d'un régime de subvention n'entre dans aucune des matières que l'article 34 de la Constitution réserve au législateur (v. not. sur ce point, les conclusions de S. Austry sous la décision d'assemblée *Pelletier et a.* (6 avril 2001, n°s 224945 et a.), qui estime que : « *Ce n'est que lorsque l'institution d'un régime d'aide relève par ailleurs de principes dont la Constitution réserve la détermination au législateur que [le Conseil d'État écarte] comme le Conseil constitutionnel la compétence du pouvoir réglementaire. (...) Tel est notamment le cas en ce qui concerne la définition des prestations sociales et la détermination des conditions exigées pour en bénéficier qui relève des principes fondamentaux de la sécurité sociale (voyez pour les allocations de logement - CC, 7 avril 1960, n°60-4 L, p.31, l'allocation prénatale ou de maternité - CC, 22 décembre 1961, n°61-17 L, p.43, des prestations familiales - CC, 8 novembre 1972, n°72-74 L, p.34, ou même de l'aide sociale proprement dite - CE, 12 juin 1998, *fédération des aveugles et handicapés visuels de France*, p.223) »). Ainsi, lorsqu'elles sont octroyées par l'État directement, l'instauration d'un régime de subventions peut relever du domaine réglementaire (v. par exemple, le décret n° 2014-1056 du 16 septembre 2014 relatif à la prime d'aménagement du territoire pour l'industrie et les services).*

Le versement de subventions suppose néanmoins l'ouverture des crédits nécessaires en loi de finances. Elles font par ailleurs l'objet d'un suivi particulier dans le cadre de ces lois (v. not. article 54 de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) en ce qui concerne la loi de règlement).

3.2. Collectivités territoriales

3.2.1. La région

Le conseil régional joue un rôle de planification et de suivi en matière d'aides aux entreprises. Il est ainsi chargé d'élaborer un schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation qui définit les orientations en matière d'aide aux entreprises et organise, sur le territoire régional, la complémentarité des actions menées par la région et par les autres collectivités territoriales et leurs groupements (article [L. 4251-13](#) du code général des collectivités territoriales). En outre, en application de l'article [L. 1511-1](#) du même code, la région établit annuellement un rapport relatif aux aides mises en œuvre par l'ensemble des collectivités sur son territoire, qui donne lieu à un débat du conseil régional.

La région dispose également de la compétence de principe en ce qui concerne le régime et l'octroi des aides aux entreprises sur son territoire, en application de l'article [L. 1511-2](#). Ces aides peuvent notamment revêtir, aux termes de cet article, la forme de subventions. La gestion de ces aides peut être déléguée par la région à la métropole de Lyon, aux communes ou à leurs groupements dans les conditions prévues à l'article [L. 1111-8](#), ainsi qu'à des établissements publics ou à la société anonyme Bpifrance.

La région dispose également de compétences spécifiques :

- en application du II de l'article [L. 1511-2](#), la région dispose désormais de la compétence relative aux aides à des entreprises en difficulté, qui relevaient jusqu'à la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 de la compétence des départements. Le conseil régional peut ainsi accorder de telles aides « lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l'exige ». Une convention passée entre la région et l'entreprise concernée régit les modalités de versement de ces aides et les mesures qui en sont la contrepartie. Elle peut également prévoir le remboursement de tout ou partie des aides « en cas de reprise de l'activité ou de retour à meilleure fortune » ;
- en application de l'article [L. 1511-7](#) du même code, les régions peuvent verser des subventions aux organismes sans but lucratif, soit agréés en application du 4 de l'article [238 bis](#) du code général des impôts dès lors que ceux-ci ont pour objet exclusif de participer à la création ou à la reprise d'entreprises, soit mentionnés au 1 de l'article [L. 511-6](#) du code monétaire et financier, et qui participent à la création d'entreprises.

Si le domaine des aides en matière d'investissement immobilier des entreprises et de location de terrains ou d'immeubles déroge à cette compétence de principe de la région, puisqu'il relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou de la métropole de Lyon, la région peut cependant participer à l'octroi de ces aides par le biais d'une convention (art. [L. 1511-3](#) du CGCT).

Enfin, comme l'ensemble des collectivités territoriales, la région peut attribuer des aides destinées à favoriser l'installation ou le maintien de professionnels de santé dans les zones qui en manquent (article [L. 1511-8](#) du même code).

3.2.2. Le département, la métropole et la commune

▪ *Possibilité d'intervention en complément de la région*

Les dispositions qui confèrent les compétences rappelées ci-dessus aux régions permettent cependant aux autres collectivités territoriales de participer au financement de ces aides en complément de la région, dans le cadre d'une convention passée avec celle-ci. C'est ainsi le cas de la métropole de Lyon, des communes et de leurs groupements pour les aides relevant de la compétence générale des régions (article [L. 1511-2](#)) et celles destinées au soutien aux entreprises en difficulté. Ces dispositions interdisent donc les aides accordées en complément de primes octroyées par l'État (CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or*, n° 58463, sur l'illégalité d'une prime départementale aux entreprises artisanales pour la création d'un premier emploi). Cependant, seules les aides directes sont subordonnées à l'intervention de la région (CE sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473).

En outre, les collectivités territoriales autres que les régions peuvent disposer de compétences propres. Toutes les collectivités peuvent ainsi attribuer des aides destinées à favoriser l'installation ou le maintien de professionnels de santé dans les zones qui en manquent (article [L. 1511-8](#) du même code).

▪ *Le département*

Le code général des collectivités territoriales ne prévoit la participation du département que dans de rares cas, à portée limitée. Un département peut ainsi participer :

- à des subventions pour l'exploitation de salles de cinéma (article [L. 3232-4](#)) ;
- à des subventions en soutien à l'économie agricole ou de la pêche (article [L. 3232-1-2](#)).

▪ *La métropole*

L'article [L. 1511-7](#) prévoit que les métropoles et la métropole de Lyon peuvent, comme les régions, verser des subventions aux organismes sans but lucratif, soit agréés en application du 4 de l'article [238 bis](#) du code général des impôts dès lors que ceux-ci ont pour objet exclusif de participer à la création ou à la reprise d'entreprises, soit mentionnés au 1 de l'article [L. 511-6](#) du code monétaire et financier, et qui participent à la création d'entreprises.

▪ *La commune ou ses groupements*

En application de l'article [L. 2251-2](#) du même code, les communes peuvent intervenir pour « favoriser le développement économique ». En particulier, l'article [L. 1511-3](#) prévoit que les communes, la métropole de Lyon et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre définissent les aides et décident de leur octroi « en matière d'investissement immobilier des entreprises et de location de terrains ou d'immeubles ». Ces aides peuvent prendre la forme de subventions. La gestion de ces aides peut être déléguée au département par convention.

En outre, lorsque la région ou les métropoles interviennent en application de l'article [L. 1511-7](#), les communes ou leurs groupements peuvent participer au financement de ces interventions.

Enfin, comme les départements, les communes peuvent attribuer des subventions relatives à l'exploitation de salles de cinéma (article [L. 2251-4](#)).

3.3. Etablissements publics

Les établissements publics obéissant au principe de spécialité, ils ne peuvent octroyer de subventions que si cet octroi s'inscrit dans le cadre de leurs missions définies par leurs statuts. Ils peuvent également y être autorisés par la loi.

Divers organismes sont habilités à soutenir les entreprises à travers l'attribution de subventions, par exemple, la Banque publique d'investissement (loi [n° 2012-1559](#) du 31 décembre 2012), le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (FISAC) (art. [750-1-1](#) du code de commerce).

4. Le respect des libertés économiques

4.1. Les règles de droit interne

L'attribution de subventions est conditionnée, comme toutes les interventions économiques des personnes publiques, au respect de la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que du principe d'égalité. A ce titre, le Conseil d'État a jugé qu'une délibération d'un conseil général qui se borne à prévoir le versement d'une subvention destinée à un ou plusieurs organismes gérant des cartes permettant aux étudiants résidant dans le département de bénéficier de prestations d'assurances et de services à un tarif préférentiel, sans désigner l'organisme attributaire ni préciser les conditions auxquelles est subordonné le versement de ladite subvention, ne méconnaît pas la liberté du commerce et de l'industrie et ne confère pas, en elle-même, à l'un des organismes proposant ce type de service un avantage contraire au principe d'égalité (CE, 16 janvier 2006, *Département des Landes*, [n° 258320](#)).

Lorsque les aides accordées par les collectivités territoriales doivent avoir pour objet la création ou l'extension d'activités économiques, il en résulte, comme le juge le Conseil d'État, qu'une subvention versée à une association dont l'objet est la promotion des opérations de parrainage en faveur d'une société, ainsi que de l'équipe engagée par cette société dans un rallye automobile, ne peut entrer dans le champ des aides qui ont pour objet la création ou l'extension d'activités économiques, et est donc illégale (CE, 26 juin 1996, *Département de l'Yonne*, [n° 161283](#)).

4.2. Application du régime des aides d'État aux subventions

4.2.1. Conditions d'application du régime

Les subventions aux entreprises sont susceptibles de relever du régime des aides d'État de l'article [107](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), et, sous réserve des exceptions exposées ci-dessous, d'être incompatibles avec le marché intérieur. **Cinq éléments cumulatifs** (des précisions utiles sur l'analyse des différents critères de qualification d'une aide d'État au sens de l'article 107, §1 TFUE figurent dans la communication 2016/C 262/1 de la Commission publiée au JOUE du 19 juillet 2016) doivent être réunis pour qu'une subvention soit qualifiée d'aide d'État :

- L'existence d'une entreprise (au sens du droit de l'Union, toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, est une entreprise ; une activité économique consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné : cf. fiche « L'exercice d'une activité économique par les personnes publiques ») ;

Dans l'arrêt du Tribunal *Brussels South Charleroi Airport (BSCA) contre Commission européenne*, 25 janvier 2018, [T-818/14](#), était en cause une subvention versée à un aéroport belge pour financer un système permettant aux avions l'approche de la piste d'atterrissage par mauvaise visibilité. Le Tribunal considère que, même si ce système était obligatoire et même s'il n'est pas contestable qu'il contribue, comme d'autres systèmes, à la sécurité des atterrissages, il ne contribue ni au contrôle et à la police de l'espace aérien, comme l'ont admis à l'audience la requérante et l'intervenante à son soutien, ni à aucune autre prérogative de puissance publique susceptible d'être exercée dans un aéroport. Il contribue ainsi à la délivrance des prestations qu'un aéroport civil offre, dans un contexte concurrentiel, aux compagnies aériennes dans le cadre de son activité générale qui est une activité de nature économique.

- L'imputabilité de la mesure aux collectivités publiques et son financement au moyen de ressources publiques : bien que ces conditions semblent alternatives à la lecture de l'article 107§1 du TFUE (« aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État »), l'arrêt *France contre Commission* du 16 mai 2002 [C-482/99](#) a établi que ces deux conditions sont cumulatives, mettant fin aux hésitations jurisprudentielles.
- *L'octroi d'un avantage directement ou indirectement au moyen de ressources d'Etat* : l'entreprise doit bénéficier d'un avantage économique certain, qu'elle n'aurait pas obtenu dans des conditions de marché ;
- La sélectivité de la mesure qui doit favoriser certaines entreprises ou certaines productions : en matière fiscale, la sélectivité est établie dès lors que la mesure en cause déroge au régime fiscal commun ou normal, « introduisant ainsi, par ses effets concrets, un traitement différencié entre opérateurs » alors que ceux-ci se trouvent, au regard de l'objectif poursuivi par le régime fiscal, dans une situation factuelle et juridique comparable (arrêt de Grande Chambre de la Cour de justice du 21 décembre 2016, « Commission européenne c/ World Duty Free Group » ([C-20/15P](#) et [C-21/15P](#), point 67). Dans plusieurs arrêts de 2018 (par ex., Tribunal, 15 novembre 2018, *Banco Santander et Santusa/Commission*, T-399/11 RENV, points n°83 et 84) le Tribunal juge, suivant la jurisprudence précitée, que la mesure litigieuse, qui accorde un avantage dont l'octroi est conditionné par la réalisation d'une opération économique, peut être sélective y compris lorsque, eu égard aux caractéristiques de l'opération en cause, toute entreprise peut librement faire le choix de réaliser cette opération, et non sur la distinction entre des entreprises au regard de leurs caractéristiques propres;
- Les effets potentiels de la mesure sur la concurrence et les échanges au sein de l'Union : la subvention doit être susceptible de renforcer la position concurrentielle du bénéficiaire par rapport à celle d'autres entreprises concurrentes dans les échanges entre États membres ;

A titre d'exemple, dans l'arrêt *Cellnex Telecom contre Commission* du 26 avril 2018, [C-91/17 P](#) et [C-92/17 P](#), la Cour de justice confirme que l'allocation de fonds par les autorités locales en faveur du déploiement de la TNT dans des zones éloignées et moins urbanisées de Castille-La Manche remplit les conditions de qualification d'une aide d'État (en l'occurrence incompatible).

Dans la pratique, dès lors que les trois premiers critères sont remplis, la Commission européenne présume qu'il y a une distorsion de la concurrence et un impact sur les échanges entre États membres. Conformément à l'article 108§3 du TFUE, sauf exceptions, tout projet de subvention entrant dans la catégorie des aides d'État doit faire l'objet d'une notification préalable à la Commission afin que celle-ci autorise sa mise en œuvre. Toute aide nouvelle accordée sans autorisation de la Commission européenne est illégale. La Cour de justice a jugé qu'une prolongation de la durée de validité d'une aide

d'État existante – y compris lorsque cette prolongation est la conséquence d'une ordonnance du juge des référés - doit être considérée comme la modification de cette aide et donc comme une aide nouvelle (CJUE DEI et Commission contre Alouminion tis Ellados , 26 octobre 2016, C-590/14 P, point 59).

→ **Pour approfondir**

[Aides d'état ~ Europe en France, le portail des Fonds européens](#)

[Vade-mecum des aides d'État – édition 2016](#)

4.2.2. Exemptions à l'obligation de notification

Aides de minimis

Les entreprises peuvent bénéficier de subventions pour un montant maximal de 200 000 € sur une période de trois exercices fiscaux ([règlement 1407/2013](#)). En outre, d'autres plafonds sont fixés pour certains secteurs économiques spécifiques tels que la production agricole, la pêche et l'aquaculture ([règlements 1408/2013 et 717/2014](#)).

Un autre montant maximal de 500 000 € est prévu sur une période de trois exercices fiscaux pour les entreprises fournissant des services d'intérêt économique général ([règlement 360/2012](#)). L'article 5 du [règlement 1407/2013](#) prévoit les règles de cumul entre les différentes aides *de minimis*.

Ces aides, qui ne sont pas des d'aides d'État au sens de l'article 107 §1 du TFUE, n'ont pas à être notifiées à la Commission.

Régimes d'exemption par catégorie

En vertu du règlement général d'exemption par catégorie ([règlement UE n° 651/2014](#)), modifié en juin 2017 par le règlement n°2017/1084, sont exemptées de notification à la Commission européenne certaines aides, présumées compatibles avec le marché intérieur, car elles respectent tous les critères fixés par le règlement : elles servent un objectif d'intérêt général, ont un effet incitatif évident, sont appropriées et proportionnées, sont octroyées en toute transparence et soumises à un mécanisme de contrôle ainsi qu'à une évaluation régulière et n'altèrent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Ce règlement liste les catégories d'aides auxquelles il s'applique (par exemple, aides à finalité régionale, aides à l'investissement et à l'emploi en faveur des PME, aides pour la protection de l'environnement...) ainsi que les seuils au-delà desquels ces aides doivent faire l'objet d'une notification à la Commission.

4.2.3. Dérogations facultatives au principe d'incompatibilité avec le marché intérieur

L'article [107 §2 et 3](#) du TFUE prévoit des dérogations facultatives au principe d'incompatibilité avec le marché intérieur des aides d'État posé par l'article [107 §1](#) du TFUE.

Le paragraphe 2 admet sous certaines conditions la compatibilité de certaines aides particulières, comme « *a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits...* ».

Le paragraphe 3 prévoit quant à lui que peuvent être compatibles à condition de satisfaire certaines exigences :

- « a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,*
- b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,*
- c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,*
- d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,*
- e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission »*

Sur la base de ces dispositions, la Commission a adopté un certain nombre de textes (décisions, communications, lignes directrices, encadrements) dans lesquels elle précise, pour chaque catégorie d'aides, les critères qu'elle applique pour apprécier leur compatibilité avec le marché intérieur.

Comme indiqué au point **3.2.1.**, ces aides, susceptibles d'être compatibles avec le marché intérieur, doivent néanmoins faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne.

En vue de renforcer la sécurité juridique et la transparence de ces dispositifs, la circulaire du Premier ministre du 26 avril 2017 relative à l'application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques rappelle les grands principes de la réglementation européenne des aides d'Etat et donne des recommandations pratiques aux administrations centrales et territoriales pour sa mise en œuvre.

5. Procédure d'octroi et de récupération

5.1. Octroi

L'État ou l'organisme accordant la subvention décide l'objet, le montant, les modalités d'octroi et les éventuels cas de récupération des subventions dans le respect des lois et règlements, s'il en existe qui s'appliquent, et des règles générales qu'il a lui-même, le cas échéant, préalablement fixées. Celui-ci peut notamment fixer des conditions à leur octroi en fonction des objectifs qu'il entend poursuivre.

En ce qui concerne le respect de la procédure de versement de la subvention, le Conseil d'Etat a jugé que lorsque, après avoir pris une décision attribuant une subvention à une association, l'administration constate que sa décision est entachée d'une irrégularité de forme ou de procédure, elle dispose de la faculté de régulariser le versement de cette subvention par une nouvelle décision attribuant la subvention (Section, 1^{er} juillet 2016, *Commune d'Emerainville*, n° 363047, Rec.).

Les procédures de sélection des bénéficiaires de la subvention peuvent varier en fonction du régime de subvention et des modalités afférentes. Les demandes peuvent être, dans certains cas, instruites par des comités administratifs ou ouverts à des professionnels. Lorsque le demandeur est une association, la demande est présentée selon un formulaire unique dont les caractéristiques sont précisées par décret (article 7 de l'ordonnance [n° 2015-904](#) du 23 juillet 2015).

Lorsque le montant dépasse un seuil fixé par décret (23 000 euros en vertu du décret [n° 2001-495](#) du 6 juin 2001), l'organisme qui attribue la subvention doit conclure une convention avec l'organisme de droit privé qui en bénéficie, définissant l'objet, le montant, les modalités de versement et les conditions d'utilisation de la subvention attribuée (art. [10](#) de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000). Cette obligation ne s'impose pas aux subventions relatives au logement social (livre III du code de la construction et de l'habitation).

En outre, depuis l'intervention de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (article [18](#)), l'article 10 de la loi du 12 avril 2000 exige également que l'autorité administrative ou l'organisme chargé de la gestion d'un service public industriel et commercial qui attribue une subvention dépassant ce seuil rende accessible, sous forme électronique, dans un standard ouvert aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé, les données essentielles de la convention de subvention, dans des conditions fixées par voie réglementaire.

Lorsque la subvention dépassant ce même montant est octroyée à une société commerciale, la convention peut prévoir une clause relative au versement de dividendes, au sens de l'article [L. 232-12](#) du code de commerce, ou au versement de rémunérations ou avantages de toute nature accordés aux mandataires sociaux pendant toute la durée de la convention et jusqu'à trois ans après la fin de la convention (art. [10](#) de la loi précitée du 12 avril 2000).

En sus du dispositif précité, l'article [17](#) de la loi n° 2012-1558 du 31 décembre 2012 de programmation des finances publiques pour les années 2012 à 2017 et son décret d'application [n° 2013-1211](#) du 23 décembre 2013 instituent, de manière générale, une obligation d'évaluation préalable pour les projets d'investissements civils financés par l'État et ses établissements publics ainsi que les établissements publics de santé ou les structures de coopération sanitaire, avec contre-expertise indépendante préalable, au-delà d'un certain seuil.

5.2. Récupération

L'attribution d'une subvention par une personne publique crée des droits au profit de son bénéficiaire (CE Sect., 30 mars 1979, *Secrétaire d'Etat aux universités et université de Bordeaux II*, au rec. p. 141), alors même que l'administration avait l'obligation de refuser cet avantage (CE Sect., 6 novembre 2002, n° [223041](#)). Elle ne peut donc être retirée pour illégalité dans le délai de quatre mois suivant son octroi. Toutefois, le caractère créateur de droits de l'attribution d'un avantage financier tel qu'une subvention ne fait pas obstacle, soit à ce que la décision d'attribution soit abrogée si les conditions auxquelles est subordonnée cette attribution ne sont plus remplies, soit à ce que l'autorité chargée de son exécution, constatant que ces conditions ne sont plus remplies, mette fin à cette exécution en ne versant pas le solde de la subvention, sans qu'il soit nécessaire, dans ce dernier cas, d'abroger expressément la décision d'attribution de la subvention (CE, 7 août 2008, *Crédit coopératif*, n° [285979](#)). En outre, de tels droits ne sont ainsi créés que dans la mesure où le bénéficiaire de la subvention respecte les conditions mises à son octroi, que ces conditions découlent des normes qui la régissent, qu'elles aient été fixées

par la personne publique dans sa décision d'octroi, qu'elles aient fait l'objet d'une convention signée avec le bénéficiaire, ou encore qu'elles découlent implicitement mais nécessairement de l'objet même de la subvention (CE, 5 juillet 2010, *CCI de l'Indre*, n° [308615](#)).

A *contrario*, la jurisprudence admet largement la récupération des aides lorsque les conditions initiales ont été définies précisément et n'ont pas été respectées (CE, 8 juillet 1988, *Premier ministre c/ Société Angérienne des Bois Déroulés et Contreplaqués S.A.B.D.E.C.*, n° [69220](#) ; CE, 26 novembre 1993, *Ministre de l'industrie et de l'aménagement du territoire c/ Société industrielle française du tout terrain*, n° [103579](#)), y compris lorsque cet irrespect est partiel. Ainsi, lorsqu'une partie seulement des factures produites par une société civile immobilière (SCI) bénéficiaire d'une subvention de l'Agence nationale pour l'habitat (ANAH) pour justifier de la réalisation des travaux et de leur conformité avec les caractéristiques du projet au vu duquel la subvention avait été octroyée peuvent, eu égard à leur nombre, leur nature et leur importance, priver l'ANAH de la possibilité de vérifier le coût des travaux et leur conformité aux caractéristiques du projet faisant l'objet de la subvention, cela justifie le retrait de la subvention dans sa totalité (CE 25 mai 2018, *SCI Marphi*, n° [412502](#)).

Lorsque la convention comporte une clause relative au versement de dividendes ou de rémunérations et que celle-ci n'a pas été respectée, un titre exécutoire peut être émis pour obtenir le remboursement de tout ou partie de la subvention. Il en va de même lorsqu'un texte prévoyait des pièces justificatives de l'utilisation de la subvention et que celles-ci n'ont pas été produites (CE, 23 mars 1990, *Société Multitransports A. Jamon*, n°s [67122](#), [77501](#) et [77502](#)). Le montant du remboursement ne peut excéder le montant total de ces versements, effectués depuis le début de la convention (art. [10](#) de la loi précitée du 12 avril 2000).

Par ailleurs, une subvention entrant dans la catégorie des aides d'État, accordée de manière illégale (c'est-à-dire sans avoir été notifiée à la Commission ou octroyée avant que la Commission ait statué sur sa compatibilité) et déclarée incompatible par la Commission, doit être récupérée afin de rétablir la situation économique existant préalablement au versement de l'aide. La récupération de l'aide par l'Etat ne peut pas engager sa responsabilité (CE, 7 juin 2017, *Société Le Muselet Valentin*, n° [386627](#)). Dans le cas d'une subvention illégale mais déclarée compatible par la Commission, le bénéficiaire de l'aide est tenu de payer des intérêts au titre de la période d'illégalité (Voir par exemple, CJ, *Freistaat Sachsen*, 24 mars 2011, [T-443/08](#) et [T-455/08](#), point 229 et CE, 15 avril 2016, *Association vent de colère !*, req n°[393721](#), considérant n° 5).

6. Contrôles

6.1. Contrôles propres à l'octroi des subventions (article [10](#) de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000)

Lorsque la subvention est affectée à une dépense déterminée, l'organisme de droit privé bénéficiaire doit produire un compte rendu financier qui atteste de la conformité des dépenses effectuées à l'objet de la subvention. Le compte rendu financier est déposé auprès de l'autorité qui a versé la subvention dans les six mois suivant la fin de l'exercice pour lequel elle a été attribuée.

Le budget et les comptes de tout organisme de droit privé ayant reçu une subvention, la convention (pour les subventions dépassant 23 000 euros) et le compte rendu financier de la subvention (pour celles faisant l'objet d'une affectation déterminée) doivent être communiqués à toute personne qui en

fait la demande par l'organisme qui a attribué la subvention ou par les autorités administratives qui détiennent ces documents, dans les conditions prévues par le code des relations entre le public et l'administration relatives à l'accès aux documents administratifs.

Les organismes de droit privé ayant reçu annuellement de l'ensemble des autorités administratives ou des organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial une subvention supérieure à un montant fixé par décret (153 000 euros en vertu du décret [n° 2001-495](#) précité) doivent déposer à la préfecture du département où se trouve leur siège social leur budget, leurs comptes, les conventions prévues au présent article et, le cas échéant, les comptes rendus financiers des subventions reçues pour y être consultés.

6.2. Autres contrôles de droit commun

S'agissant des subventions de l'État, les organismes bénéficiaires peuvent être contrôlés par l'inspection générale des finances (IGF) (art. [31](#) de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier ; article [43](#) de la loi n° 96-314 du 12 avril 1996 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier dite DDOEF), le Contrôle général économique et financier (CGEfi) (art. [2](#) du décret n° 55-733 du 26 mai 1955), et sont justiciables de la Cour des comptes (art. [31](#) préc. ; art. L. [111-7](#) du code des juridictions financières, en vigueur à compter du 1^{er} mai 2017) et de la Cour de discipline budgétaire et financière (c de l'art. [L. 312-1](#) du même code, en vigueur à compter du 1^{er} mai 2017).

S'agissant des subventions accordées par les collectivités locales, l'article [L. 1611-4](#) du CGCT permet de soumettre le bénéficiaire au contrôle des délégués de la collectivité. L'organisme est aussi soumis au contrôle des chambres régionales des comptes. Les dispositions de l'article [31](#) de l'ordonnance n° 58-896 préc., qui prévoient le contrôle de l'IGF, trouvent également à s'appliquer.

En outre, aux termes de l'article [L. 211-8](#) du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes assure la vérification des comptes des « établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales [ou] leurs établissements publics (...) apportent un concours financier supérieur à 1500 euros ».

6.3. Contrôles spécifiques

En ce qui concerne les subventions accordées au titre des fonds européens comme le Fonds européen de développement régional (FEDER), le Fonds social européen (FSE) ou le Fonds de cohésion, il existe des règles spécifiques et complexes de contrôle des bénéficiaires.

Pour les dépenses des programmes cofinancés par les fonds structurels pour la période 2007-2013 (art. 62 du règlement [\(CE\) 1083/2006](#) du 11 juillet 2006), a été ainsi instaurée une nouvelle autorité, l'autorité d'audit, incarnée en France par la Commission interministérielle de coordination des contrôles (CICC). Elle est le garant de la bonne mise en œuvre des fonds structurels et dispose pour ce faire de pouvoirs élargis en matière de contrôle (elle effectue environ 500 contrôles d'opérations par an par l'intermédiaire de contrôleurs en région agissant sous sa responsabilité). Elle réalise en outre des audits pour s'assurer du bon fonctionnement des systèmes de gestion et de contrôle des programmes opérationnels (6 ou 7 missions par an). Elle transmet à la Commission européenne un rapport annuel de contrôle et un avis sur les résultats des contrôles et des audits réalisés « au cours de la précédente période de 12 mois prenant fin au 30 juin de l'année concernée ».

Pour la période de programmation 2014-2021, la CICC doit en outre donner, aux termes du règlement [\(CE\) 1303/2013](#) du 17 décembre 2013, un avis préalable à la désignation des autorités de gestion et de certification des programmes opérationnels. Elle est également chargée, chaque année, de donner un avis sur les comptes annuels produits par les autorités de gestion et de certification.

(Version de décembre 2018)

1. Notion de prêts et avances remboursables

Les prêts et avances remboursables ont pour objectif de fournir aux entreprises la mise à disposition temporaire de fonds. Les prêts sont destinés à être systématiquement remboursés par l'entreprise, à la différence des avances remboursables, qui ne seront remboursées intégralement qu'en cas de réussite du projet de recherche et d'innovation qu'elles financent.

En outre, parmi les prêts, on peut distinguer :

- les prêts d'honneur à la création d'entreprise, généralement à taux nuls, octroyés aux personnes physiques qui créent leur entreprise ;
- les prêts à l'investissement, ciblés sur la réalisation de projets d'investissement ;
- les prêts en trésorerie.

Les modalités des prêts et avances remboursables peuvent donc différer, notamment en ce qui concerne l'existence et le montant d'un taux d'intérêt (prêts à taux réduits, prêts à taux nuls) ; les avances remboursables à l'aéronautique française, à titre d'exemple, sont rémunérées.

2. L'usage économique des prêts et avances

Pour les collectivités publiques, les prêts à des taux avantageux ou les avances remboursables peuvent apparaître comme une solution attrayante pour soutenir des projets en particulier. En effet, ces modes d'intervention, généralement attachés à un type de projet ou de réalisation, peuvent permettre d'inciter au développement d'une activité économique particulière ou à la mise en œuvre d'un projet conforme aux intérêts de la collectivité. D'autre part, ils sont en principe recouvrables, même si ce recouvrement dépend, notamment dans le cas des avances remboursables, de la réussite du projet financé. Ce type d'interventions peut également permettre de solvabiliser le développement des entreprises dans des cas où celles-ci ne trouveraient pas nécessairement un financeur autre que l'État, compte tenu des risques encourus. Ils peuvent également constituer un effet de levier pour faciliter l'accès de l'entreprise à des financements auprès d'établissements de crédit traditionnels. Enfin, un prêt ou une avance remboursable constitue une simple avance de trésorerie et s'inscrit au bilan de l'entreprise. Il n'est donc pas assujéti à l'impôt, à la différence d'une subvention.

Toutefois, ces mécanismes exposent tout particulièrement au risque de soutenir des projets dont la viabilité économique et financière est insuffisante, pour un coût élevé pour la collectivité. En effet, les avances remboursables, en particulier, ont pour effet de mettre en commun les risques, puisqu'elles ne sont remboursées qu'en cas de succès des programmes ; en cas d'échec, les fonds publics sont perdus,

l'avance devenant en réalité une subvention. De ce fait, l'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable présente un risque pour les finances de la collectivité publique, ce qui nécessite que ceux-ci soient octroyés dans le cadre d'une procédure rigoureuse, tant en matière d'analyse de l'intervention économique que de gestion des finances publiques.

Un prêt ou avance remboursable peut constituer la première tranche d'un dispositif plus complexe, comprenant des aides versées d'une nature différente (subventions, garanties, dotations en capital...). Ces mécanismes sont souvent utilisés de manière concomitante par les personnes publiques.

3. Le recours aux prêts et avances

3.1. État

3.1.1. Ouverture des crédits budgétaires par une loi de finances

Les prêts et avances remboursables se rattachent, au sens de la loi organique relative aux lois de finances du 1^{er} août 2001 dite LOLF, aux charges budgétaires de l'État, sous le titre 7 : « Dépenses d'opérations financières » (art. 5 de la [LOLF](#)). A ce titre, les crédits affectés à des prêts ou avances remboursables doivent être ouverts par les lois de finances, dans le cadre budgétaire classique de missions et de programmes.

En application de l'article 22 de la loi organique, de tels crédits ne peuvent être ouverts ni exécutés dans le cadre de comptes de commerce, qui ont vocation à retracer les opérations à caractère industriel et commercial effectuées à titre accessoire par des services de l'État non dotés de la personnalité morale.

En revanche, des crédits affectés à des prêts ou avances remboursables peuvent être ouverts dans le cadre des comptes de concours financiers, dont l'article 24 de la LOLF précise qu'ils retracent les prêts et avances consentis par l'État. L'article 19 de la loi organique rappelle que les comptes de concours financiers, à l'instar des autres comptes spéciaux, ne peuvent être ouverts que par une loi de finances. Dans ce cas, un compte distinct doit être ouvert pour chaque débiteur ou catégorie de débiteurs.

La mise en œuvre de prêts et avances dans le cadre d'un compte de concours financiers s'accompagne d'un certain nombre d'obligations prévues par la LOLF :

- ils sont accordés pour une durée déterminée ;
- sauf dérogation par décret en Conseil d'État, ils sont rémunérés à un taux d'intérêt qui ne peut être inférieur à celui des obligations ou bons du Trésor de même échéance ou, à défaut, d'échéance la plus proche.

L'article 24 précité de la LOLF prévoit également les modalités de recouvrement de ces prêts dans le cas où le débiteur n'honorerait pas ses échéances (recouvrement immédiat, rééchelonnement par une décision publiée au Journal officiel, ou constatation d'une perte probable).

Lorsqu'un compte de concours financiers a été ouvert par une loi de finances, les crédits qui y sont affectés peuvent être mis en œuvre par décret, ou, si un décret le prévoit, par simple arrêté (v. par exemple, le décret [n° 60-703](#) du 15 juillet 1960 modifié portant organisation du compte spécial « Prêts du fonds de développement économique et social », lequel renvoie les décisions de versement à un arrêté du ministre chargé de l'économie, accompagné d'une convention passée entre l'État et l'emprunteur déterminant les modalités des prêts).

3.1.2. Octroi par voie réglementaire

L'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable n'entre pas dans le champ des matières que l'article 34 de la Constitution fait relever de la compétence exclusive du législateur. Ainsi, lorsqu'il est initié par l'État, l'octroi d'un prêt ou d'une avance remboursable peut être décidé par un acte réglementaire. L'acte réglementaire portant création du régime de prêt ou d'avance remboursable en fixe les modalités essentielles et notamment l'objet, la nature des bénéficiaires et le quantum ou plafond des fonds avancés.

Cependant, la pratique peut également être de procéder par convention, ce qui est le cas par exemple dans le cadre du soutien au secteur de l'industrie aéronautique.

3.2. Collectivités territoriales

3.2.1. La région

Le conseil régional joue un rôle de planification et de suivi en matière d'aides aux entreprises. Il est ainsi chargé d'élaborer un schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation qui définit les orientations en matière d'aide aux entreprises et organise, sur le territoire régional, la complémentarité des actions menées par la région et par les autres collectivités territoriales et leurs groupements (article [L. 4251-13](#) du code général des collectivités territoriales). En outre, en application de l'article [L. 1511-1](#) du même code, la région établit annuellement un rapport relatif aux aides mises en œuvre par l'ensemble des collectivités sur son territoire, qui donne lieu à un débat du conseil régional.

La région dispose également de la compétence de principe en ce qui concerne le régime et l'octroi des aides aux entreprises sur son territoire, en application de l'article [L. 1511-2](#). Ces aides peuvent notamment revêtir, aux termes de cet article, la forme de « prêts et d'avances remboursables, à taux nul ou à des conditions plus favorables que les conditions du marché ». La gestion de ces aides peut être déléguée par la région à la métropole de Lyon, aux communes ou à leurs groupements dans les conditions prévues à l'article [L. 1111-8](#), ainsi qu'à des établissements publics ou à la société anonyme Bpifrance.

En application du II de l'article [L. 1511-2](#), la région dispose désormais également de la compétence relative aux aides à des entreprises en difficulté, qui relevaient jusqu'à la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 de la compétence des départements. Le conseil régional peut ainsi accorder de telles aides « lorsque la protection des intérêts économiques et sociaux de la population l'exige ». Une convention passée entre la région et l'entreprise concernée régit les modalités de versement de ces aides et les mesures qui en sont la contrepartie. Elle peut également prévoir le remboursement de tout ou partie des aides « en cas de reprise de l'activité ou de retour à meilleure fortune ».

Si le domaine des aides en matière d'investissement immobilier des entreprises et de location de terrains ou d'immeubles déroge à cette compétence de principe de la région, puisqu'il relève de la compétence des communes et de leurs groupements ou de la métropole de Lyon, la région peut cependant participer à l'octroi de ces aides par le biais d'une convention (art. [L. 1511-3](#) du CGCT).

3.2.2. Le département, la métropole et la commune

▪ *Possibilité d'intervention en complément de la région*

Les dispositions qui confèrent les compétences rappelées ci-dessus aux régions permettent cependant aux autres collectivités territoriales de participer au financement de ces aides en complément de la région, dans le cadre d'une convention passée avec celle-ci. C'est ainsi le cas de la métropole de Lyon, les communes et leurs groupements pour les aides relevant de la compétence générale des régions (article [L. 1511-2](#)), et le soutien aux entreprises en difficulté. Ces dispositions interdisent donc les aides accordées en complément de primes octroyées par l'État (CE, 6 juin 1986, *Département de la Côte d'Or*, n° 58463, sur l'illégalité d'une prime départementale aux entreprises artisanales pour la création d'un premier emploi). Cependant, seules les aides directes sont subordonnées à l'intervention de la région (CE sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473).

En outre, les collectivités territoriales peuvent disposer de compétences propres. Toutes les collectivités peuvent ainsi attribuer des aides destinées à favoriser l'installation ou le maintien de professionnels de santé dans les zones caractérisées par une offre de soins insuffisante ou par des difficultés dans l'accès aux soins (article [L. 1511-8](#) du même code).

▪ *La commune ou ses groupements*

En application de l'article [L. 2251-2](#) du même code, les communes peuvent intervenir pour « favoriser le développement économique ». En particulier, l'article [L. 1511-3](#) prévoit que les communes, la métropole de Lyon et les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre définissent les aides et décident de leur octroi « en matière d'investissement immobilier des entreprises et de location de terrains ou d'immeubles ». Ces aides peuvent prendre la forme de prêts, d'avances remboursables ou de crédit-bail à des conditions plus favorables que celles du marché.

3.3. Etablissements publics

Les établissements publics obéissant au principe de spécialité, ils ne peuvent octroyer des prêts ou avances remboursables que si leurs statuts le prévoient expressément, ou s'ils y sont autorisés par la loi.

4. Le respect des textes et libertés économiques

4.1. Les règles de droit interne

L'intervention des personnes publiques en la matière est naturellement conditionnée au respect des règles du droit de la concurrence ; en outre, elle est conditionnée au respect du monopole bancaire prévu à l'article [L. 511-5](#) du code monétaire et financier, en vertu duquel il est interdit à toute autre personne qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque, et notamment de crédit, à titre habituel.

Cette interdiction ne concerne toutefois ni l'État (*via* le Trésor public), ni la Banque de France, ni la Caisse des dépôts et consignations, en application des dispositions combinées des articles [L. 511-6](#) et [L. 518-1](#) du même code.

La violation de cette interdiction est réprimée pénalement en application de l'article [L. 571-3](#) du même code ; la chambre criminelle de la Cour de cassation a précisé, sur cette base, la notion d'habitude en estimant ainsi que plusieurs prêts successifs à une même société ne caractérisaient pas à eux seuls l'exercice à titre habituel de la profession de banquier (Crim., 2 mai 1994, [n° 93-83.512](#) ; dans le même sens : Cass. Com, 3 déc. 2002, n° 00-16.957 : neuf prêts accordés au même client en 9 ans ne suffisent pas à caractériser le caractère habituel de l'exercice de la profession de banquier). En ce qui concerne les collectivités locales, le Conseil d'État fait également application de cette interdiction de se substituer à l'intervention du secteur bancaire, en censurant par exemple un département ayant décidé de créer un fonds de prêts aux collectivités locales pour offrir aux communes bénéficiant de subventions départementales des « subventions en capital remboursables par annuités » et porteuses d'intérêt (CE, 30 novembre 1994, *Préfet de la Meuse*, [n° 145198](#)).

4.2. L'application du régime des aides d'État

Les prêts et avances remboursables accordés aux entreprises sont susceptibles de relever du régime des aides d'États de l'article [107](#) §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) si elles ne sont pas octroyées dans des conditions de marché (v. le point 4.2.3.4. relatif aux éléments particuliers à prendre en considération pour établir si les conditions des prêts et des garanties sont conformes aux conditions du marché de la communication 2016/C 262/1 de la Commission sur la notion d'aide d'État, publiée au JOUE du 19 juillet 2016) et, sous réserve, des exceptions exposées ci-dessous, d'être incompatibles avec le marché intérieur.

4.2.1. Aides de minimis

Les entreprises peuvent bénéficier d'aides d'État pour un montant maximal de 200 000 € sur une période de trois exercices fiscaux ([règlement 1407/2013](#)). En outre, d'autres plafonds sont fixés pour certains secteurs économiques spécifiques. Par suite, ces aides ne doivent pas être notifiées à la Commission européenne, conformément à l'article [108](#) §3 du TFUE. Les aides allouées sous d'autres formes qu'une subvention notamment les prêts et avances remboursables doivent faire l'objet d'un calcul « équivalent subvention-brut », afin de pouvoir les mesurer et s'assurer du respect des règles de cumuls d'aides.

Un autre montant maximal de 500 000 € est prévu sur une période de trois exercices fiscaux pour les services d'intérêt économique général ([règlement 360/2012](#)). L'article 5 du règlement 1407/2013 prévoit les règles de cumul entre les différentes aides *de minimis*.

4.2.2. Régimes d'exemption par catégorie

En vertu du règlement général d'exemption par catégorie ([règlement UE n° 651/2014](#)), modifié en juin 2017 par le règlement UE n°2017/1084, sont exemptées de notification à la Commission européenne certaines aides, présumées compatibles avec le marché intérieur, car elles respectent les critères fixés par le règlement : elles servent un objectif d'intérêt général, ont un effet incitatif évident, sont appropriées et proportionnées, sont octroyées en toute transparence et soumises à un mécanisme de contrôle ainsi qu'à une évaluation régulière, et n'altèrent pas les échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun. Ce règlement dresse la liste des 13 catégories d'aides auxquelles il s'applique. A certaines conditions, les aides n'ont pas à être notifiées mais doivent faire l'objet d'une information préalable à la Commission européenne. (v. circulaire du 26 avril 2017 : application des règles européennes de concurrence relatives aux aides publiques aux activités économiques).

4.2.3. Dérogations facultatives

L'article [107 §2 et 3](#) du TFUE prévoit des dérogations facultatives au principe d'incompatibilité avec le marché intérieur des aides d'État posé par l'article [107 §1](#) du TFUE. Le paragraphe 2 précise que sont compatibles, à condition de satisfaire certaines exigences :

« a) les aides à caractère social octroyées aux consommateurs individuels, à condition qu'elles soient accordées sans discrimination liée à l'origine des produits,

b) les aides destinées à remédier aux dommages causés par les calamités naturelles ou par d'autres événements extraordinaires,

c) les aides octroyées à l'économie de certaines régions de la république fédérale d'Allemagne affectées par la division de l'Allemagne, dans la mesure où elles sont nécessaires pour compenser les désavantages économiques causés par cette division. Cinq ans après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, le Conseil, sur proposition de la Commission, peut adopter une décision abrogeant le présent point. »

Le paragraphe 3 prévoit que peuvent être compatibles à condition de satisfaire certaines exigences :

« a) les aides destinées à favoriser le développement économique de régions dans lesquelles le niveau de vie est anormalement bas ou dans lesquelles sévit un grave sous-emploi, ainsi que celui des régions visées à l'article 349, compte tenu de leur situation structurelle, économique et sociale,

b) les aides destinées à promouvoir la réalisation d'un projet important d'intérêt européen commun ou à remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre,

c) les aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun,

e) les autres catégories d'aides déterminées par décision du Conseil sur proposition de la Commission »

Ces aides, susceptibles d'être compatibles avec le marché intérieur, doivent néanmoins faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne, conformément à l'article 108 §3 du TFUE.

5. Les modalités de mise en œuvre

Même en l'absence de texte spécifique, la légalité d'une aide directe ou indirecte est conditionnée à l'existence de motifs d'intérêt général et de contreparties suffisantes (décision *Commune de Fougerolles*, préc.).

6. Contrôles

Aux termes de l'article [L. 211-8](#) du code des juridictions financières, la chambre régionale des comptes assure la vérification des comptes des « établissements, sociétés, groupements et organismes, quel que soit leur statut juridique, auxquels les collectivités territoriales [ou] leurs établissements publics (...) apportent un concours financier supérieur à 1500 euros ». La notion de concours financier s'interprète de façon extensive et inclut les prêts ou avances remboursables, dès lors que l'aide dépasse, en valeur, le seuil de 1 500 euros.

En outre, en application de l'article [31](#) de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958, les organismes qui font appel au concours de l'État, d'une collectivité locale ou d'un établissement public, sous forme notamment de prêts ou d'avances, sont soumises aux vérifications de l'inspection générale des finances, et, pour les organismes qui bénéficient du concours des départements ou des communes, de l'inspection générale de l'administration. Les fonctionnaires de ces corps d'inspection ont en vertu de cet article tous les pouvoirs d'investigation nécessaires à l'examen, sur pièces et sur place des écritures, du bilan et des comptes dans leurs parties relatives à la gestion et à l'emploi de l'aide accordée conformément au but pour lequel elle a été sollicitée.

1. Notion de fonds d'investissement (capital-investissement)

La notion de capital-investissement ne fait pas l'objet d'une définition juridique propre, même si le code monétaire et financier prévoit plusieurs statuts de fonds dans lesquels investir à ce titre [cf. *infra*].

D'un point de vue économique, le capital-investissement, plus connu sous la terminologie anglaise de « *private equity* », consiste en un investissement en fonds propres, dans une société non cotée. Cet investissement s'accompagne généralement d'un rôle actif d'appui et de conseil sur la stratégie à suivre par l'entreprise financée, et d'une rémunération de l'investisseur par la réalisation d'une plus-value lorsqu'il revend ses parts de la société.

On distingue **quatre types de capital-investissement**, selon le stade de développement de l'entreprise auquel cet investissement intervient :

- lors de la création de l'entreprise : on parle alors de « capital-risque » ;
- pour le développement et la croissance de celle-ci : « capital-développement » ;
- à un stade de consolidation ou de transmission à une nouvelle équipe dirigeante : « capital-transmission », qui implique souvent un LBO (« *leverage buy-out* »), montage financier impliquant une part d'endettement ;
- lors du rachat d'une entreprise en difficulté : « capital-retournement ».

Les collectivités publiques peuvent investir dans des fonds d'investissement mais sous certaines conditions et limites destinées à diminuer les risques encourus par les finances publiques.

2. L'usage économique des fonds d'investissement

L'un des attraits principaux du recours au capital-investissement tient à la perspective d'un retour sur investissement pour la personne publique concernée. En outre, la participation d'investisseurs privés et publics au sein du fonds d'investissement entraînant un effet de levier important, le fonds d'investissement constitue un outil potentiellement très efficace. Enfin, les fonds de capital-investissement sont particulièrement adaptés aux besoins des entreprises innovantes ou à forte croissance (« *start-up* »). Ils permettent de répondre aux carences du marché et de faciliter l'accès des entreprises au financement, notamment dans le domaine de l'innovation, où les risques parfois élevés limitent l'action des investisseurs privés.

Toutefois, tout investissement en capital s'accompagne de risques significatifs de perte en capital, du fait des incertitudes quant aux perspectives de développement des sociétés dans lesquelles le fonds investit. De même, la valeur à laquelle les titres pourraient ultérieurement être cédés est difficile à déterminer *a priori*. Ces investissements présentent également un risque de faible liquidité, car le capital-investissement constitue par définition un investissement dans des actifs non cotés. En outre, pour des personnes publiques, le recours à des fonds d'investissement implique une certaine technicité et un suivi par des personnels qualifiés, disposant d'une solide expérience en la matière. Enfin, dans ces dispositifs, c'est la société de gestion qui est responsable de la gestion effective des prises de participation et cessions du fonds. Dès lors, la collectivité publique dispose d'une latitude plus réduite dans le choix des entreprises bénéficiaires que dans le cadre de subventions.

Des dispositifs innovants visant à faciliter le développement des investissements existent également, à l'image des plateformes de financement participatif (*crowdfunding* ; v. pour un recensement par la BPI : tousnosprojets.fr).

3. Compétences en matière de fonds d'investissement

3.1. État

Elle prend principalement la forme de deux institutions et d'un programme [cf. *infra*], dont les modalités de mise en œuvre passent essentiellement par la voie conventionnelle. Ainsi, la création d'un fonds abondé par l'État ne nécessite pas de texte législatif ou réglementaire spécifique.

3.2. Collectivités territoriales

La région

Le financement des entreprises, qui relève de l'action économique, est au nombre des compétences de la région en application de l'article [L. 4211-1](#) du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT). Cet article prévoit que ce financement peut prendre principalement **quatre formes** :

- en application du 8° de cet article, issu de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015, la participation au capital des sociétés de capital-investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies ;
- en application du 9° la participation à un fonds commun de placement à risques (FCPR) à vocation régionale ou interrégionale ;
- en application du 11°, le financement ou l'aide à la mise en œuvre d'un fonds d'investissement de proximité (FIP) ; les régions, pas plus que les autres collectivités, ne peuvent cependant détenir de parts ou actions d'une société de gestion d'un tel fonds ;
- et en application du 12°, le versement de dotations à un fonds de participation en lien avec les fonds structurels européens.

Chacune de ces interventions prend la forme de conventions avec la société ou le fonds concerné.

Il est à noter qu'en application de l'article [L. 4221-1-1](#) du même code, ces compétences peuvent être transférées à la métropole à l'initiative du conseil régional ou sur demande du conseil de la métropole.

La métropole

En application du b) du 1° du I de l'article L. 5217-2 du code général des collectivités territoriales, les métropoles exercent de plein droit, en lieu et place des communes membres, la compétence relative aux actions de développement économique, dont la participation au capital des sociétés mentionnées au 8° de l'article L. 4211-1. Cette compétence est prévue à l'article L. 3641-1 en ce qui concerne la métropole de Lyon.

Le département et la commune

En principe, les articles L. 2253-1 et L. 3231-6 du CGCT interdisent respectivement à la commune et au département toutes participations dans le capital d'une société commerciale et de tout autre organisme à but lucratif n'ayant pas pour objet d'exploiter les services départementaux ou des activités d'intérêt général, sauf autorisation prévue par décret en Conseil d'État.

Par dérogation à ces deux articles, sont également possibles, depuis la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte, les prises de participation dans les sociétés anonymes ou les sociétés par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur son territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire. La Ville de Paris peut également souscrire des parts dans un fonds commun de placement à risques à vocation locale ayant pour objet d'apporter des fonds propres à des entreprises concourant à la protection du climat, à la qualité de l'air et de l'énergie, à l'amélioration de l'efficacité énergétique, au retraitement des déchets et au développement des énergies renouvelables et des mobilités durables.

D'autre part, en application des dispositions de l'article L. 4211-1 précité, les communes, les établissements publics de coopération intercommunale et, dans certains cas, la métropole de Lyon et les départements peuvent également participer financièrement à la mise en œuvre des dispositifs qui relèvent de la compétence de la région, dans le cadre d'une convention signée avec elle :

- les communes et leurs groupements dans le cadre du 8° (sociétés de capital-investissement et autres), et ce, sous réserve des compétences des métropoles (article L. 5217-2 et article L. 3641-1) ;
- les communes, leurs groupements et la métropole de Lyon dans le cadre du 9° (fonds commun de placement à risques) ; dans ce cas, le montant total des souscriptions sur fonds publics versées par les collectivités territoriales et leurs groupements ne peut excéder 50 % du montant total du fonds, sauf pour un fonds à vocation interrégionale ou lorsqu'il est procédé à un appel à manifestation d'intérêt pour inciter des investisseurs privés à souscrire des parts du fonds ;
- les départements, les communes ou leurs groupements dans le cadre du 11° (FIP), sachant que les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas détenir des parts ou actions d'une société de gestion d'un FIP.

4. Le respect des principes et libertés économiques

4.1. Les règles de droit interne

La participation d'une personne publique à un fonds d'investissement doit respecter les autres textes législatifs et réglementaires éventuellement applicables ainsi que les principes généraux du droit tels que le principe d'égalité, la liberté du commerce et de l'industrie ainsi que les principes tirés des règles de concurrence.

4.2. L'application du régime des aides d'État

La participation des personnes publiques à un fonds d'investissement est strictement encadrée, notamment par des lignes directrices de la Commission européenne (cf. [Communication de la Commission européenne du 22 janvier 2014](#), dont certains passages sont cités ci-après).

Cette communication s'applique seulement aux régimes de financement des risques mis en œuvre par des intermédiaires financiers ou des plateformes de négociation alternatives, excepté pour les incitations fiscales aux investissements directs dans des entreprises admissibles. Par conséquent, une mesure par laquelle un État membre ou une entité publique réalise des investissements directs dans des entreprises sans faire intervenir de telles structures intermédiaires ne relève pas du champ d'application de cette communication (cf. points n°s 19 et 20 de ce texte).

La participation à un fonds d'investissement est susceptible d'être qualifiée d'aide d'État au sens de l'article [107 §1](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE). En conséquence, en vertu de l'article [108 §3](#) du TFUE, la participation à un fonds d'investissement doit faire l'objet d'une notification à la Commission européenne, sauf si une mesure de financement des risques relève du champ d'application des dispositions du règlement général d'exemption par catégorie [n° 651/2014](#) du 17 juin 2014 relatives au financement des risques en faveur des PME prévues à l'article 21 de ce texte, et en respecte toutes les conditions.

Toutefois, les collectivités peuvent choisir de concevoir des mesures de capital investissement de manière à ce qu'elles ne comportent pas d'éléments d'aide d'État.

En règle générale, une intervention publique dans la sphère économique peut être considérée comme ne constituant pas une aide d'État dès lors qu'est rempli le critère de « *l'opérateur en économie de marché* » (CJUE, 4 septembre 2014, *Corsica Ferries France SAS*, [C-533/12P](#) et [C-536/12P](#), pts 29-43), c'est-à-dire que cette intervention est effectuée dans les « *conditions normales du marché* » et ne donne pas lieu « *à un avantage accru en faveur de leur destinataire* ».

Ainsi, la participation publique à un fonds d'investissement doit respecter la jurisprudence de la CJUE afin de ne pas être qualifiée d'aide d'État, ce qui suppose le respect des **trois conditions** suivantes :

- la participation simultanée d'investisseurs publics et privés ; cette condition est respectée si les investisseurs publics et privés investissent conjointement dans le fonds d'investissement « dans le cadre d'une seule et même opération » ;
- la participation au fonds effectuée dans les mêmes conditions par les investisseurs privés et publics : le respect de cette condition implique notamment une similitude au niveau du partage des risques, de la rémunération et du niveau de subordination pour une même classe de risque ;

- l'« importance économique réelle » de la participation de l'investisseur privé ; la Commission européenne estime que 30 % d'investissement privé peut être considéré comme « économiquement important ».

Toute aide au financement des risques qui ne satisfait pas au critère de l'opérateur en économie de marché et qui ne relève pas, par ailleurs, du champ d'application d'un règlement *de minimis* et ne remplit pas toutes les conditions applicables aux aides au financement des risques établies dans le règlement général d'exemption par catégorie [n° 651/2014](#) préc., doit être notifiée à la Commission avant sa mise en œuvre. Celle-ci en évaluera la compatibilité sur la base des principes et des critères fixés dans sa communication [2014/C 19/04](#) du 22 janvier 2014.

La condition d'investisseur privé est d'interprétation stricte et c'est à l'État concerné d'apporter les éléments probants de ce que l'opération répondait à une préoccupation d'investissement que pourrait avoir un investisseur privé, notamment en fournissant des évaluations économiques crédibles préalables à sa décision (CJUE, 18 sept. 2018, *Duferco Long Products SA c. Commission européenne*, [T-93/17](#)).

5. Les modalités de mise en œuvre

5.1. Dispositifs nationaux

L'essentiel des prises de participation pouvant se faire par la voie conventionnelle, les modalités dépendent du contenu de chaque convention.

De fait, les dispositifs nationaux en matière de fonds d'investissements sont mis en œuvre le plus souvent par des organismes spécialisés et/ou dans le cadre de certains programmes.

Organismes spécialisés

Deux organismes interviennent à titre principal :

- la caisse des dépôts et consignations qui, aux termes de l'article [L. 518-2](#) du code monétaire et financier, est un investisseur de long terme qui contribue au développement des entreprises et au développement économique local et national ;
- la banque publique d'investissement (loi n°2012-1559 du 31 décembre 2012, modifiant l'ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement) ; ce groupe se compose :
 - d'une part, de l'*EPIC BPIFrance*, chargé de promouvoir et soutenir l'innovation et le transfert de technologie, et de favoriser le développement et le financement des PME ; il intervient pour ce faire, directement ou, dans le cadre de conventions passées à cet effet, par l'intermédiaire de ses filiales, de sociétés dans lesquelles il détient une participation ou de toute société dont l'État détient, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital ;
 - d'autre part, de la *société anonyme BPIFrance*, compagnie financière détenue à 50 % par l'Etat (via l'EPIC BPIFrance) et à 50 % par la Caisse des Dépôts et Consignations, qui est chargée également de soutenir la croissance par l'innovation et le transfert de technologies, ainsi que de contribuer au développement économique en prenant en charge une partie du risque résultant des crédits accordés aux PME et en répondant aux besoins spécifiques de financement des investissements de celles-ci ; les modalités d'exercice par la société et ses filiales de leurs missions d'intérêt général

sont fixées par un contrat d'entreprise pluriannuel conclu entre la société anonyme et ses deux actionnaires principaux.

Les droits exclusifs ou spéciaux accordés à ce type d'organismes de même que les conditions dans lesquelles ils peuvent intervenir pour le compte de l'État dans un secteur concurrentiel, doivent respecter les principes de la commande publique.

Dispositif des investissements d'avenir

Ce programme, créé par [l'article 8 de la loi n° 2010-237](#) de finances rectificative pour 2010 et complété par la loi [n° 2013-1278](#) de finances pour 2014 et la [loi n° 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017](#), constitue le principal vecteur financier d'investissement en capital de l'État aujourd'hui. Il consiste en des investissements financiers ciblés, lesquels peuvent être mis en œuvre par le biais de conventions de gestion entre l'État et des organismes gestionnaires, au nombre desquels la Caisse des dépôts, l'Agence nationale de la recherche ainsi que d'autres organismes listés par le décret [n° 2010-442](#) du 3 mai 2010.

Un certain nombre de conditions de mise en œuvre, de gestion et de suivi doivent être respectées :

- les conventions doivent faire l'objet d'un avis des commissions des finances et des autres commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ;
- les fonds doivent être déposés chez un comptable du Trésor ;
- les commissions des finances des deux assemblées doivent être informées de l'usage fait de ces fonds ;
- un rapport annuel doit être déposé par le gouvernement à ce sujet.

5.2. Dispositifs locaux

5.2.1. Dotation ou participation d'un fonds commun de placement à risques (FCPR), d'un fonds commun de placement dans l'innovation (FCPI) ou d'un fonds d'investissement de proximité (FIP)

Cadre général

La participation des régions dans de tels dispositifs est prévue par les 9° et 11° de l'article [L. 4211-1](#) du CGCT.

La structure du fonds d'investissement associe au fonds proprement dit une société de gestion de portefeuille chargée de le gérer (ci-après société de gestion). En vertu du [II de l'article L. 532-9 du code monétaire et financier](#), la société de gestion doit être agréée par l'Autorité des marchés financiers (ci-après AMF). En contrepartie de sa gestion du fonds, la société de gestion est rémunérée : le calcul et les modalités des frais de gestion sont fixés dans le règlement du fonds. Elle doit respecter les règles sur les politiques et pratiques de rémunérations prévues aux articles [L. 533-22-2 du code monétaire et financier](#) et 319-10 du règlement général de l'AMF. Par ailleurs, la collectivité doit être informée de manière régulière de l'utilisation par la société de gestion des fonds apportés.

La société de gestion peut gérer plusieurs fonds. Elle est seule habilitée à prendre les décisions relatives aux investissements. C'est également elle qui assure le suivi des participations du fonds. Elle peut néanmoins se faire assister par un comité, composé des principaux porteurs et de spécialistes, qui n'a néanmoins qu'un rôle consultatif.

La société de gestion choisit, parmi une liste établie par le ministre chargé de l'économie ([L. 214-24-5](#) du code monétaire et financier), un dépositaire du fonds, qui a principalement deux missions : d'une part, la garde des actifs du fonds et d'autre part, le contrôle de la conformité des opérations réalisées par la société de gestion. La garde des actifs comprend (i) la conservation des instruments financiers et, (ii) pour les autres actifs, la vérification qu'ils sont la propriété du fonds et la tenue d'un registre spécifique à ces actifs. Le dépositaire du fonds exerce ainsi un contrôle de police, qu'il est en mesure de mettre en œuvre en consultant la comptabilité du fonds, qui est mise à sa disposition.

La responsabilité du dépositaire à l'égard des porteurs de parts d'un fonds d'investissement peut être mise en cause directement, ou indirectement par l'intermédiaire de la société de gestion, selon la nature des rapports existants entre le dépositaire, la société de gestion et les porteurs de parts ([L. 214-24-11](#) du code monétaire et financier).

La responsabilité de la société de gestion peut également être recherchée.

Les porteurs de parts ne sont tenus des dettes de la copropriété qu'à concurrence de l'actif du fonds et proportionnellement à leur quote-part (art. [L. 214-24-39](#) de ce code).

Les fonds de capital investissement ouverts à des investisseurs non professionnels

Les FCPR, les FCPI et les FIP relèvent de la catégorie des fonds d'investissement alternatifs ouverts à des investisseurs non professionnels, c'est-à-dire à tous publics. Ils doivent être agréés par l'Autorité des marchés financiers (AMF). La procédure est précisée par [l'instruction AMF n° 2011-22](#).

Le règlement des FCPR, FCPI et FIP peut prévoir l'impossibilité pour les porteurs de demander le rachat de leurs parts avant l'expiration d'une période qui ne peut excéder 10 ans (art. [L. 214-28 VII](#) du code monétaire et financier).

-- Les FCPR

Les fonds communs de placement à risque sont investis, à hauteur de 50 % minimum, en titres associatifs, titres participatifs ou titres de capital de sociétés qui ne sont pas admis aux négociations sur un marché d'instruments financiers ou étranger ou, par dérogation à l'article [L. 214-24-34](#), de parts de sociétés à responsabilité limitée ou de sociétés dotées d'un statut équivalent dans l'Etat où elles ont leur siège (art. [L. 214-28](#) du code monétaire et financier).

-- Les FCPI

Les fonds communs de placement dans l'innovation (art. [L. 214-30](#) de ce code) sont des FCPR dont l'actif est constitué, pour 70 % au moins, de titres financiers, parts de société à responsabilité limitée et avances de compte courant émis par des sociétés innovantes, à savoir des PME non-cotées, soit dont les dépenses de recherche excèdent 10% de leurs charges d'exploitation lors de l'un des trois derniers exercices, soit capables de démontrer qu'elles développeront « des produits, services ou procédés neufs ou substantiellement améliorés par rapport à l'état de la technique dans le secteur considéré et qui présentent un risque d'échec technologique ou industriel », reconnus comme tels, en application de l'article [D. 214-59](#) du même code, par la société anonyme OSEO devenue la société anonyme Bpifrance. Soumis à des conditions de composition d'actifs plus contraignantes que celles des FCPR, les FCPI bénéficient en contrepartie d'un régime fiscal de faveur.

Si les FCPI ne sont pas explicitement mentionnés par l'article [L. 4211-1](#) du CGCT, leur rattachement à la catégorie des FCPR semble les rendre néanmoins éligibles à un investissement public. L'investissement des régions dans ces fonds serait également plafonné à 50 % du montant du fonds.

-- Les FIP

Les fonds d'investissement de proximité (art. [L. 214-31](#) du code monétaire et financier) sont des FCPR dont l'actif est constitué, pour 70 % au moins, de titres financiers, parts de société à responsabilité limitée et avances en compte courant émis par des PME qui exercent principalement leurs activités dans une zone géographique choisie par le fonds et limitée à quatre régions limitrophes au maximum et dont l'objet n'est pas la détention de participations financières.

Le VI de l'article [L. 214-31](#) précité prévoit en outre une limitation propre à l'investissement des collectivités territoriales dans ces fonds, en plafonnant à :

- 10 % du capital les parts d'un seul investisseur personne morale de droit public ;
- 30 % du capital les parts détenues par des personnes morales de droit public prises ensemble.

Les fonds professionnels de capital investissement

Les fonds professionnels de capital investissement prennent la forme soit de fonds communs de placement, soit de sociétés d'investissement à capital variable dénommées « sociétés de capital investissement » (art. L. 214-159 II du code monétaire et financier).

La possibilité pour les régions d'investir dans des sociétés de capital investissement est prévue par le 8° de l'article L. 4211-1 du CGCT. Par l'emploi du terme « société de capital investissement » à cet article, le législateur n'a pas entendu restreindre la capacité d'investissement des régions aux sociétés de capital investissement mentionnées à l'article L. 214-159 du code monétaire et financier. Ce terme doit être entendu plus largement (Instruction du Gouvernement du 22 décembre 2015, NOR : INTB1531125J).

Sauf dispositions contraires, les fonds professionnels de capital investissement sont régis par les règles applicables aux FCPR, FCPI et FIP (art. [L. 214-159](#) du code monétaire et financier).

Ces fonds professionnels font l'objet d'une simple déclaration à l'AMF (instruction AMF [n° 2012-06](#)) et sont réservés à des clients professionnels. Ces derniers n'incluent pas de plein droit les régions (seuls l'État, la Caisse des dépôts et consignations et d'autres investisseurs institutionnels ou réglementés, sont au nombre des clients professionnels de plein droit en application de l'article [D. 533-11](#) de ce code). En principe, l'investissement des régions se fait donc en priorité dans les fonds de capital investissement ouverts à des investisseurs non professionnels, lesquels devant être agréés par l'AMF (v. aussi l'article 423-29 du Règlement général de l'AMF).

L'ampleur de la participation des régions dans un tel fonds est limitée, le montant total des dotations ou des souscriptions versées par une ou plusieurs régions ne pouvant excéder 50 % du montant total (art. [L. 4211-1](#) 9° du CGCT). Cette limite peut toutefois être dépassée pour un fonds à vocation interrégionale ou lorsqu'il est procédé à un appel à manifestation d'intérêt pour inciter des investisseurs privés à souscrire des parts du fonds. Par dérogation aux dispositions régissant les FCPR ouverts à des investisseurs non professionnels, le règlement d'un fonds professionnel de capital investissement peut prévoir que le rachat des parts à la demande des porteurs peut être bloqué pendant une période excédant dix ans (art. [L. 214-160](#) III du code monétaire et financier). Cette disposition a conduit les sociétés de gestion à plafonner à 10 ans la durée de vie des fonds professionnels de capital investissement ([position-recommandation AMF n° 2012-11](#)).

L'article 27 de la loi n° 2015-1786 de finances rectificative pour 2015, modifiant l'article [L. 214-160](#) du code monétaire et financier, autorise les fonds professionnels de capital investissement à consentir des

prêts aux entreprises dans les conditions fixées par le [règlement \(UE\) n° 2015/760](#) du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2015 relatif aux fonds européens d'investissement à long terme lorsqu'ils ont reçu l'autorisation d'utiliser la dénomination « ELTIF » (« *european long term investment funds* ») en application de ce même règlement. Ces fonds peuvent également accorder des prêts aux entreprises non financières dans des conditions et des limites fixées par décret en Conseil d'Etat. Les prêts ainsi accordés ont une maturité inférieure à la durée de vie résiduelle du fonds, dont les rachats de parts ou actions et le recours à l'effet de levier font l'objet de limitations.

5.2.2. Versement de dotations à un fonds de participation en lien avec les fonds structurels

L'article [L. 4211-1](#) 12° du CGCT prévoit que la région peut également participer, par le versement de dotations, à des fonds de participation issus de l'article 37 du [règlement \(CE\) n° 1303/2013](#) du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 (Fonds structurels et Fonds de cohésion) pour des opérations d'ingénierie financière à vocation régionale, notamment dans le cadre de l'initiative JEREMIE qui a été intégrée dans les FESI (fonds structurels et d'investissement européens) pour la période 2014-2020.

Le dispositif JEREMIE pour « *Joint European Resources for Micro to Medium-sized Enterprises* » vise à mobiliser des ressources européennes conjointes pour les microentreprises et les PME. Ce dispositif offre aux États membres de l'Union européenne, par le biais de leurs autorités de gestion nationales ou régionales, la possibilité d'utiliser une partie des ressources versées par les Fonds structurels de l'UE, le fonds européen de développement régional (FEDER) et le fonds social européen (FSE), pour financer des instruments relevant de l'ingénierie financière au profit des PME. Ces instruments peuvent être des fonds de capital à risque, de garantie ou de prêts. Il s'agit d'une initiative élaborée par la Commission européenne et le Fonds européen d'investissement (FEI), qui fait partie du groupe de la Banque européenne d'investissement (BEI).

(Version de décembre 2018)

1. Notion de garantie

La notion de garantie ne fait pas l’objet d’une définition unique dans les textes ou la jurisprudence. Il s’agit d’une manière générale de l’engagement permettant au créancier d’une obligation de se prémunir contre le risque de défaillance du débiteur de celle-ci.

La garantie peut avoir des objets très divers (garantie d’emprunt, garantie monétaire et garantie de change, garantie des fonds d’épargne, garantie de bonne fin de certaines opérations, garantie de passif, garantie liée à des opérations de défaisance) et poursuivre des objectifs variés (permettre le lancement d’une opération qui sans cela serait trop risquée ou non assurée d’équilibre financier, obtenir de meilleures conditions financières pour leurs bénéficiaires...).

Seules seront envisagées ici les garanties dites explicites, c’est-à-dire celles consenties expressément par un garant au profit d’un débiteur (v. sur la question des garanties implicites qui seraient attachées à un statut, notamment celui d’établissement public, la fiche relative aux EPIC).

2. L’usage économique de la garantie

Le premier attrait de la garantie tient à son caractère indolore. La garantie ne coûte rien pour le garant au stade de son octroi et elle ne constitue pas une dépense publique. Elle peut même permettre, en apparence, une économie de dette dans la mesure où la collectivité publique évite de s’endetter elle-même pour financer certaines activités. Elle constitue de ce point de vue une technique de débudgétisation.

Au stade de l’appel de la garantie, la charge financière de la dette est aléatoire, puisqu’il n’est pas certain que la collectivité publique sera appelée et, quand bien même elle le serait, les sommes à déboursier dépendent de multiples facteurs. L’impact peut néanmoins s’avérer considérable sur ses finances, ce qui justifie un traitement rigoureux au plan juridique et comptable, et que des précautions soient prises.

Réciproquement, les mécanismes de garantie tendent à déresponsabiliser leurs bénéficiaires, qui n’ont plus à subir immédiatement (mais le garant dispose contre eux d’un recours subrogatoire) les conséquences d’un manquement à leurs engagements. Il est donc essentiel que la garantie soit limitée dans son montant et que le garant se tienne informé de la situation du garanti.

En lieu et place d'une garantie consentie sur leurs propres deniers, les collectivités publiques peuvent avoir intérêt à privilégier la simple prise en charge des frais d'une garantie bancaire. Dans ce cas, la collectivité publique acquitte les commissions liées à la souscription de la garantie, permettant ainsi au bénéficiaire de profiter d'une garantie à titre gratuit, sans avoir à subir sa défaillance éventuelle (v. not. art. [L. 1511-3](#) et [R. 1511-24](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT).

3. Possibilité pour une personne publique d'octroyer une garantie

3.1. Garanties de l'État

L'article [34](#) de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances (LOLF) a instauré un mécanisme d'autorisation préalable en loi de finances pour les garanties futures. Il dispose que : « *Il- Dans la seconde partie, la loi de finances de l'année : / (...) 5° Autorise l'octroi des garanties de l'État et fixe leur régime* ».

Il s'agit d'une compétence « *exclusive* ». Seules les lois de finances initiales et, en vertu de l'article [35](#) de la LOLF, les lois de finances rectificatives peuvent prévoir de telles garanties. Ce monopole partagé des LFI et LFR a une large portée quant aux garanties concernées, puisqu'il couvre non seulement les garanties d'emprunt mais aussi les garanties de passif, les garanties d'opérations particulières (stabilisation de taux d'intérêt ou en faveur d'activités liées au commerce extérieur...). Des dispositions n'ayant qu'une incidence sur la mise en œuvre des garanties de l'État ne relèvent pas pour autant du domaine exclusif des lois de finances tel qu'il est défini par les articles 34 et 35 de la LOLF (décision n° 2014-695 DC, 24 juillet 2014, cons. 8).

La LOLF distinguant l'octroi des garanties et la fixation de leur régime, la loi de finances doit nécessairement en prévoir les modalités essentielles. La notion de régime de la garantie ne couvre cependant pas tous les aspects de celle-ci mais seulement la détermination de son objet, de son bénéficiaire direct, de sa nature (totale ou non, conditionnelle ou non) et de son quantum ou plafond, ou à défaut, les principales dispositions destinées à limiter l'engagement financier de l'État.

Ces exigences ont vocation à être contrôlées par le Conseil constitutionnel dans le cadre du contrôle de constitutionnalité institué par l'article 61 de la Constitution. Elles ne peuvent en revanche être utilement invoquées dans le cadre d'une question prioritaire de constitutionnalité dès lors qu'elles ne constituent pas « un droit ou une liberté que la Constitution garantit » au sens de l'article 61-1 de la Constitution (décision n° 2013-344 QPC, 27 septembre 2013, cons. 9).

Le législateur organique a veillé à intégrer dans son dispositif les garanties passées, par un mécanisme de validation (art. [61](#) de la LOLF et article [80](#) de la loi de finances rectificative pour 2003). Quant aux garanties consenties antérieurement et qui n'auraient pas été autorisées en loi de finances en application de l'article [61](#) de la LOLF, elles n'en demeurent pas moins valables (décision n° [2001-448](#) DC du 25 juillet 2001, cons. 110).

Un suivi des garanties octroyées est assuré dans les conditions prévues par la LOLF, qui prévoit notamment une annexe récapitulant pour chaque dispositif de garantie de l'État, le régime de cette garantie, y compris son éventuelle rémunération, une analyse du risque faisant apparaître l'exposition brute de l'État et son exposition nette tenant compte des possibilités de récupération. Les dispositions

sur la comptabilité de l'État renforcent par ailleurs les règles d'évaluation des engagements hors bilan, dont les garanties (art. [54 de la LOLF](#)).

3.2. Garanties des collectivités locales

Les garanties susceptibles d'être accordées à des personnes privées par les collectivités territoriales sont strictement encadrées par les articles [L. 2252-1](#) et suivants du CGCT pour les communes, [L. 3231-4](#) et suivants du CGCT pour les départements (qui, depuis la loi du 7 août 2015, ne peuvent en accorder que dans le champ social et en matière de logement) et [L. 4253-1](#) et suivants du CGCT pour les régions.

Outre ces garanties dont le régime est précisé ci-après, les communes peuvent seules ou avec d'autres collectivités territoriales, entrer au capital de sociétés de garanties et participer dans ce cas par versement de subventions à la constitution de fonds de garantie (v. art. [L. 2253-7](#) du CGCT).

3.2.1. Personnes et opérations éligibles

Les dispositions précitées ne régissent que des garanties accordées aux personnes morales de droit privé. Les garanties entre personnes publiques ne relèvent donc pas de ces dispositions et ne sauraient être regardées comme proscrites par ces dernières.

Les seules garanties envisagées par le législateur sont des garanties d'emprunt susceptibles de donner lieu à un tableau d'amortissement (CE, 16 janvier 1995, *Ville de Saint-Denis*, n° [141148](#) ; 28 avr. 2006, *Société BNP Paribas*, n° [268456](#)), ce qui exclut notamment les garanties de loyers, la garantie de pertes financières...

Des restrictions particulières existent s'agissant des garanties aux associations et sociétés sportives (art. [L. 113-1](#) du code du sport et art. 2 de la loi n° [2011-617](#) du 1^{er} juin 2011), ainsi qu'aux associations culturelles (art. 2 de la loi du 9 décembre 1905 ; v. CE Sect., 9 oct. 1992, *Commune de Saint-Louis*, n° [94455](#) ; v. néanmoins, art. [L. 442-17](#) du code de l'éducation et art. [L. 2252-4](#) du CGCT).

3.2.2. Règles prudentielles

Les articles [L. 2252-1](#), [L. 3231-4](#) et [L. 4253-1](#) du CGCT fixent **quatre règles prudentielles** :

- 1^{ère} règle - la limitation du montant total des engagements garantis par la collectivité qui ne peut excéder 50 % (art. [D. 1511-32](#) du CGCT) des recettes réelles de la section de fonctionnement ;
- 2^{ème} règle - la répartition des risques : le montant des annuités garanties ne doit pas excéder un certain pourcentage pour un même emprunteur, soit 10 % (art. [D. 1511-34](#) du CGCT) ;
- 3^{ème} règle - le plafonnement des différentes garanties accordées par les collectivités territoriales pour un même emprunt, ces garanties ne devant pas excéder un certain pourcentage, fixé à 50 % (art. [D. 1511-35](#) du CGCT) ;
- 4^{ème} règle - la réalisation du risque : les collectivités ne doivent pas être obligées de rembourser dans ce cas toutes les sommes dues, mais doivent pouvoir rembourser selon l'échéancier prévu initialement.

Des règles spécifiques existent dans certains secteurs, par exemple pour les opérations de construction de logement destiné aux personnels de sécurité (art. [L.312-3-1](#) du code de la construction et de l'habitation).

4. Respect des libertés économiques

4.1. Droit interne

L'octroi d'une garantie par une personne publique doit non seulement respecter les principes constitutionnels, comme le principe d'égalité ou la liberté d'entreprendre (v. p.ex, pour l'octroi d'une garantie à un seul opérateur, la décision du Conseil constitutionnel n° [2013-344 QPC](#) du 27 septembre 2013 précitée) et les principes généraux du droit, mais aussi les autres textes législatifs et réglementaires éventuellement applicables.

En particulier, les garanties à titre onéreux constituant des opérations de crédit (art. [L. 313-1](#) du code monétaire et financier), leur octroi à titre de profession habituelle relève du monopole bancaire et est en principe réservé aux seuls établissements de crédit et sociétés de financement (art. [L. 511-5](#) de ce code). Cependant, il existe de nombreuses dérogations au monopole bancaire, lequel ne s'impose pas au Trésor public notamment (art. [L. 511-6](#) et [L. 518-1](#) du même code).

4.2. Droit de l'Union relatif aux aides d'État

4.2.1 Le risque de qualification d'aide d'Etat

Aux termes de l'article [107](#) §1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE), « *sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

La communication [2008/C 155/02](#) du 20 mai 2008 de la Commission européenne sur l'application des articles [87](#) et [88](#) du traité CE (devenus art. [107](#) et [108](#) du TFUE) aux aides d'État sous forme de garanties définit les garanties comme généralement liées à un prêt ou à une autre obligation financière (v. également le point 4.2.3.4. relatif aux éléments particuliers à prendre en considération pour établir si les conditions des prêts et des garanties sont conformes aux conditions du marché de la communication [2016/C 262/1](#) de la Commission sur la notion d'aide d'Etat, publiée au JOUE du 19 juillet 2016).

A titre liminaire, les dispositions de l'article 107 du TFUE ne trouvent pas à s'appliquer dans les cas où la garantie est accordée en amont de toute intervention sur un marché et/ou n'est pas susceptible de produire un quelconque effet sur les échanges entre États membres ou que le garanti ne peut être regardé comme une entreprise au sens du paragraphe 1 de l'article 107 du TFUE (CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov et autres, affaires jointes C-180/98 à C-184/98, point 74 ; CJCE, 16 juin 1987, Commission c. Italie, 118/85, point 7 ; CJCE, 18 juin 1998, Commission c. Italie, C-35/96, point 36 ; CJCE, 12 septembre 2000, Pavlov et autres, affaires jointes C-180/98 à C-184/98, point 75).

Au sens de l'article [107](#) §1 du TFUE, une garantie octroyée par un organisme public représente un transfert de ressources. En effet, la garantie d'emprunt par l'État présente l'avantage de faire supporter par l'État le risque qui est associé à un emprunt. Or cette prise de risque devrait normalement être rémunérée par une prime appropriée (critère de l'investisseur privé avisé en économie de marché). Lorsque l'État renonce à tout ou partie de cette prime, il y a à la fois avantage pour l'entreprise et ponction sur les ressources publiques. Pour autant, une garantie publique n'est constitutive d'une aide d'État que lorsqu'elle fausse ou menace de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises et/ou certaines productions, et qu'elle affecte les échanges entre États membres. Dans un tel cas, l'aide

d'Etat est accordée au moment où la garantie est offerte et non au moment où elle est mobilisée. La communication reconnaît aussi le cas d'une garantie qui bénéficie au prêteur.

La communication précise que si une garantie individuelle ou un régime de garanties accordées par l'État n'apportent aucun avantage à une entreprise, ils ne constituent pas des aides d'État. Pour déterminer si une garantie ou un régime de garanties accorde un tel avantage, la jurisprudence constante de la Cour de justice affirme que la Commission européenne doit fonder son appréciation sur le principe de l'investisseur dans une économie de marché.

Selon ce principe, il convient de tenir compte des possibilités effectives d'une entreprise bénéficiaire d'obtenir des ressources financières équivalentes en ayant recours au marché des capitaux. Il n'y a pas d'aide d'État lorsqu'une nouvelle source de financement est offerte à des conditions qui seraient acceptables pour un investisseur privé dans les conditions normales d'une économie de marché. La communication précise les conditions dont la réunion permet d'exclure l'existence d'une aide.

Dans l'arrêt *Larko contre Commission* 1er février 2018 T-423/14, le Tribunal considère qu'en consentant des prêts, garanties et recapitalisations très favorables à une entreprise, alors en difficulté, dont il est actionnaire, l'Etat grec n'a pas agi comme un investisseur privé. Les avantages sélectifs induits à partir de ressources étatiques sont constitutifs d'aides d'État incompatibles avec le marché intérieur.

Si une garantie semble constitutive d'une aide d'Etat, elle doit être notifiée à la Commission européenne qui appréciera sa compatibilité avec le marché intérieur sur la base des règles qu'elle applique à d'autres formes d'aides dans ses encadrements et lignes directrices relatifs, par exemple, aux aides horizontales, aux aides à finalité régionale ou aux aides sectorielles.

4.2.2 La récupération de l'aide en cas de constat d'illégalité

La procédure de récupération des aides illégales est prévue par le règlement n°2015/1589 du Conseil du 13 juillet 2015 portant modalités d'application de l'article 108 TFUE.

Lorsqu'une aide étatique illégale est considérée, par la Commission européenne, comme incompatible avec le marché intérieur, sa suppression au moyen de la procédure de récupération est, selon la Cour de justice, la conséquence logique de la constatation de son illégalité (voir l'arrêt CJCE, 21 mars 1990, *Royaume de Belgique contre Commission*, C-142/87, pt. 66). La Commission ne peut renoncer à cette récupération (CJUE, 6 novembre 2018, *Scuola Elementare Maria Montessori Srl/Commission, Commission/Scuola Elementare Maria Montessori Srl* et *Commission/Pietro Ferracci*, 06 novembre 2018, affaires jointes C-622/16 P, C-624/16 P, C-623/16 P).

L'État dispensateur a l'obligation de supprimer une aide considérée, par la Commission européenne, comme incompatible avec le marché intérieur en rétablissant la situation antérieure (v. *Commission contre Grèce* 17 janvier 2018 C-363/16 et peut être condamné à payer une somme forfaitaire et une astreinte en cas d'inexécution : 14 nov. 2018 *Commission c. Grèce*, C-93/17

5. Les modalités d'octroi

5.1. La procédure d'octroi

5.1.1. L'octroi par la personne publique elle-même

L'autorité compétente pour octroyer la garantie de l'État est généralement définie par la disposition législative qui l'a autorisée. En l'absence de précision de cette dernière, la compétence revient en principe au Premier ministre, par décret sur le rapport et au contreseing du ministre chargé du budget.

L'autorité compétente au sein des collectivités locales est l'organe délibérant de la collectivité (CE, 19 octobre 1994, *Caisse de garantie du logement social*, n° 141953) qui doit définir de manière précise le contenu de la garantie. L'organe exécutif de la collectivité reste compétent pour prendre les mesures d'exécution utiles, comme signer les actes nécessaires à la mise en œuvre de la décision d'octroi dans le respect de celle-ci.

Les procédures par lesquelles la personne publique va instruire et sélectionner les candidats à l'obtention d'une garantie sont variées et dépendent du type de garantie. Les demandes peuvent être, dans certains cas, instruites par des comités administratifs ou ouverts à des professionnels.

5.1.2. L'octroi par une personne désignée à cet effet

Lorsqu'elles sont conduites par un tiers, les activités en cause sont le plus souvent menées par un seul organisme. Dans certains cas, l'organisme dispose d'un véritable « droit exclusif » qui prend la forme d'un acte unilatéral de puissance publique l'investissant d'une mission, qui doit respecter les exigences du droit de l'Union. Dans les autres cas, la personne publique doit tenir compte des candidatures qui pourraient provenir des divers opérateurs intéressés en recourant à un marché public ou à un contrat de concession (délégation de service public).

5.2. L'acte octroyant la garantie

5.2.1. Formalisation de l'acte

Si l'article 1376 du code civil dispose que l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ne fait preuve que s'il comporte la signature de celui qui a souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme en toutes lettres et en chiffres et si l'article 2292 du même code indique, par ailleurs, que le cautionnement ne se présume point et doit être exprès, cela n'impose pas un formalisme particulier.

S'agissant des garanties des collectivités locales, la décision d'octroi effectif de la garantie à une personne donnée peut résulter de la seule délibération de l'organe délibérant, même si elle n'a pas été concrétisée ensuite par un acte constatant la garantie (Civ. 1^{er}, 7 décembre 1999, *Westpac Banking corporation*, n° 97-13193).

S'agissant des garanties de l'État, les dispositions de loi de finances peuvent consister en un octroi direct de la garantie ou seulement autoriser l'octroi de celle-ci, ce qui n'oblige pas alors l'État à l'accorder effectivement ni ne crée directement de droits pour ses bénéficiaires.

5.2.2. Acte unilatéral ou contractuel

Le caractère unilatéral ou contractuel de l'acte octroyant la garantie peut être prédéterminé par les textes ou non. Dans ce dernier cas, il y a une liberté de choix pour la personne publique.

Lorsqu'il existe, le choix entre garantie unilatérale et garantie conventionnelle relève d'une appréciation au cas par cas. De façon générale, une convention comportant les précautions nécessaires se justifie d'autant plus que la garantie porte sur des montants importants et/ou que son objet ou ses conditions revêt(ent) une certaine complexité. Des combinaisons entre acte unilatéral et contrat sont très fréquentes.

5.2.3. Acte administratif ou de droit privé

Pour les garanties unilatérales des personnes publiques, l'acte est présumé administratif, sauf s'il relève de la gestion du domaine privé ou de la gestion d'un service public industriel et commercial.

Le contrat portant la garantie de la personne publique est d'une manière générale considéré comme annexe au contrat principal (contrat d'emprunt, contrat relatif à une opération particulière) et la jurisprudence applique ainsi la « théorie de l'accessoire ». Le contrat de garantie a donc, en principe, le même caractère que le contrat principal (Civ. 1^{ère}, 25 mars 1997, *Commune des Orres*, n° 95-15234).

L'application de la théorie de l'accessoire connaît néanmoins des limites. Un contrat de garantie peut être administratif par lui-même s'il a pour objet l'exécution d'un service public ou s'il comporte des clauses exorbitantes du droit commun (TC 12 janvier 1987, *Ville d'Eaubonne*, n° 02440; CE, 28 octobre 2002, *Commune de Moisselles*, n° 232060).

6. Les différents types de garanties susceptibles d'être octroyées

6.1. La distinction entre cautionnement et garantie autonome

Le cautionnement est défini à l'article [2288](#) du code civil qui dispose que « *celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* ». La garantie autonome a été consacrée par le législateur en 2006 par l'article [2321](#) du même code qui dispose que : « *La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues. Le garant n'est pas tenu en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre. Le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie* ».

Les garanties autonomes se distinguent ainsi du cautionnement par le fait que leur étendue et leur mise en œuvre sont indépendantes de l'engagement principal. Il y a toujours un lien intellectuel entre le contrat de base et la garantie, même indépendante, mais ce lien n'a pas de traduction juridique.

6.2. Portée de la distinction : les conditions de l'appel en garantie

Contrairement au cas d'un cautionnement, le garant autonome ne peut invoquer les exceptions tirées du contrat principal pour refuser le paiement, et devra payer en tout état de cause. Par son caractère quasi-automatique, la garantie autonome est plus sûre qu'un cautionnement pour les créanciers du

garanti, ce dernier en tirera également avantage en obtenant desdits créanciers des conditions de crédit encore plus favorables. Cette automaticité est inversement très rigoureuse pour le garant et donc pour les personnes publiques qui auront, d'une manière générale, intérêt à éviter au maximum la souscription de tels engagements autonomes, surtout dans ses formes sévères.

La pratique des sûretés a fait émerger plusieurs variantes de chaque type de garanties autonomes qui ne présentent pas toutes les mêmes exigences pour le garant (« garanties à première demande », « garanties à première demande justifiée », « garanties documentaires »...).

6.3. Les risques de requalification et leur prévention

Si la jurisprudence tend le plus souvent à requalifier les garanties autonomes en cautionnements, ce qui est plutôt favorable au garant public, il ne faut pas négliger les risques de contestations dans l'autre sens, c'est-à-dire celui d'une requalification d'un cautionnement en garantie autonome, ce qui augmentera le risque que la garantie publique soit appelée. Les créanciers, pour qui les garanties autonomes sont plus favorables que les cautionnements, peuvent en effet être tentés d'alléguer devant le juge cette autonomie lorsque le garant tente d'opposer des exceptions propres à l'exécution du contrat principal.

Afin de prévenir ce risque, l'attention doit d'abord porter sur les formulations employées. L'emploi d'expressions telles que : « *garanties à première demande* », « *engagement irrévocable du garant* » ne conduisent plus à elles seules à qualifier la garantie d'autonome mais le recours à une mention expresse de « *l'inopposabilité des exceptions* » peut incliner le juge vers une telle qualification. De même, si les références à l'engagement principal sont fréquentes dans les cautionnements, les garanties autonomes doivent se suffire à elles-mêmes et pouvoir être mises en œuvre sans référence autre que formelle à l'engagement garanti.

Mais c'est le fond du dispositif qui déterminera le plus directement la qualification de la garantie. Toute garantie dont les conditions d'appel supposent une appréciation des conditions d'exécution du contrat principal est en principe qualifiée de cautionnement.

7. L'information du garant sur la situation du garanti

7.1. L'information de droit commun

Les prérogatives de la caution en matière d'information sur la situation du garanti résultent de l'article [L. 313-22](#) du code monétaire et financier. Elles s'imposent aux « *établissements de crédit* ou [aux] *sociétés de financement ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale* ».

Les personnes morales de droit public ont donc vocation à en bénéficier comme les autres.

La banque devra donc délivrer l'information prévue par cet article consistant au plus tard avant le 31 mars de chaque année à faire connaître à la caution le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente, au risque d'être déchu des intérêts dus depuis la précédente information. La réalisation de cette obligation légale ne peut en aucun cas être facturée à la personne qui bénéficie de l'information.

7.2. Les contrôles propres à la garantie publique

Les personnes garanties par l'État sont soumises au contrôle de la Cour des comptes, en vertu de l'article [L. 111-6](#) du code des juridictions financières, concernant les vérifications des organismes bénéficiant de concours financiers de l'État. Les organismes garantis par les collectivités territoriales sont quant à eux soumis au contrôle des chambres régionales et territoriales des comptes en vertu des articles [L. 211-8](#), [L. 252-9-2](#), [L. 262-8](#) et [L. 272-6](#) du même code. Les dirigeants des organismes bénéficiaires sont également justiciables de la Cour de discipline budgétaire et financière sur le fondement du c) l'article [L. 312-1](#) du même code.

Les organismes garantis par l'État sont susceptibles d'être contrôlés par l'inspection générale des finances (art. [31](#) de l'ordonnance n° 58-896 du 23 septembre 1958 relative à des dispositions générales d'ordre financier) ou par l'inspection générale de l'administration pour les garanties des communes et départements (même texte). Les personnes garanties par l'État peuvent, par ailleurs, être soumises par décret au contrôle économique et financier de l'État, en vertu de [l'article 2](#) du décret n° 55-733 du 26 mai 1955 modifié.

8. Dénonciation ou mise en œuvre de la garantie

8.1. Dénonciation de la garantie

L'acte administratif d'octroi de la garantie est créateur de droits et suit le régime de ces derniers, ce qui implique que son retrait ne soit possible, sauf disposition particulière, que pour illégalité dans le délai de quatre mois suivant son octroi (articles [L. 242-1](#) et suivants du code des relations entre le public et l'administration). La suppression d'une garantie pour l'avenir (abrogation) est quant à elle possible par un acte dit « *contraire* », c'est-à-dire soumis aux mêmes règles de compétence, de procédure et de fond. Dans tous les cas, ces décisions sont soumises à l'obligation de motivation prévue à l'article [L. 211-2](#) du même code et à une procédure contradictoire prévue à son article [L. 121-1](#).

En présence d'une convention, c'est le droit commun des sûretés qui s'applique : la garantie peut être résiliée à tout moment par l'État lorsqu'elle a été consentie à durée indéterminée ou lorsque, bien que consentie à durée déterminée, la convention prévoit une telle faculté.

Lorsqu'une collectivité publique retire, de manière irrégulière, la garantie d'emprunt qu'elle a accordée à une personne privée, elle est susceptible d'engager sa responsabilité en cas de préjudice subi soit par l'emprunteur soit par le prêteur qui voit ainsi l'une de ses plus fortes sûretés disparaître.

8.2. Mise en œuvre de la garantie

8.2.1. Contre-garanties

La collectivité publique peut se constituer des contre-garanties, c'est-à-dire souscrire elle-même des sûretés ayant vocation à être mises en œuvre à son profit au cas où elle serait elle-même appelée en garantie. Cette précaution a un coût mais évite à la collectivité publique de subir une charge financière très importante en cas d'appel de la garantie qu'elle a consentie.

8.2.2. Crédits nécessaires à la dépense

Pour la garantie de l'État, les dépenses d'appel en garantie sont des « *crédits évaluatifs* » au sens de l'article [10](#) de la LOLF. Pour les collectivités locales, les dépenses nécessaires à la mise en jeu de la garantie constituent une dépense obligatoire au sens de l'article [L. 1612-15](#) du CGCT.

8.2.3. Subrogation

Lorsqu'elle est appelée en garantie, la collectivité publique est, d'une manière générale, subrogée dans les droits de la personne garantie et dispose alors des mêmes voies de recours que cette dernière avait à l'égard du débiteur. S'agissant d'une créance devenue publique, le recouvrement de cette dernière pourra même être facilité par la mise en œuvre des procédures d'exécution propres aux personnes publiques.

(Version de décembre 2018)

1. Notion de domaine

1.1. La propriété des personnes publiques

Comme les personnes privées, les personnes publiques disposent d'un droit de propriété sur les biens qui leur appartiennent. Cette propriété peut être déterminée par les textes. En cas de litige sur le principe ou l'étendue du droit de propriété d'une personne publique sur un bien, le juge compétent est en principe le juge judiciaire, sous réserve des compétences du juge administratif en cas de difficultés pour définir ou fixer les limites du domaine public. S'agissant des biens culturels appartenant au domaine public mobilier, le juge judiciaire peut être saisi par la personne publique propriétaire d'une action en nullité de la vente, de la donation du bien ou du legs, lorsque la preuve est apportée qu'un tel bien a été volé ou illicitement exporté ([art. L. 124-1 al. 1](#) du code du patrimoine). Dans une telle hypothèse, la personne publique a droit au remboursement du prix d'acquisition par le vendeur ([art. L. 124-1 al. 3](#) du même code).

Plusieurs caractéristiques spécifiques s'attachent à la propriété des personnes publiques :

- l'insaisissabilité, qui interdit de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'encontre des biens des personnes publiques, même exerçant une activité industrielle et commerciale ([art. L. 2311-1](#) du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P) ;
- l'incessibilité à vil prix, qui interdit aux propriétaires publics de céder, aliéner ou échanger leurs biens sans contrepartie suffisante, principe qui découle de la prohibition des libéralités ;
- l'application de la prescription quadriennale aux dettes publiques nées de la gestion de ces propriétés ;
- la possibilité donnée à la collectivité propriétaire d'émettre des titres exécutoires pour recouvrer ses créances.

1.2. Domanialité publique ou privée

1.2.1. Distinction

L'appartenance d'un bien au domaine public ou au domaine privé peut résulter directement de la loi. Dans les autres cas, ce sont les critères posés par le CG3P qui s'appliquent, et en cas de litige, le juge administratif est compétent pour statuer sur ce point.

Les biens relevant du domaine public sont soumis à un régime de droit public (inaliénabilité, imprescriptibilité). Le juge administratif est compétent pour connaître des litiges s'y rapportant.

Si le bien relève du domaine privé, les règles du code civil sont applicables et les litiges sont en principe tranchés par le juge judiciaire.

1.2.2. Consistance du domaine public

Le domaine public immobilier peut être naturel ou artificiel. De manière générale, il est constitué, d'une part, des biens affectés à « l'usage direct du public », ce qui suppose une intention en ce sens (CE, 2 novembre 2015, *Commune de Neuves-Maisons*, n° 373896), d'autre part, des biens affectés à « un service public », pourvu dans ce cas qu'ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public (art. [L. 2111-1](#) du CG3P).

Font également partie du domaine public les biens qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent « un accessoire indissociable » (art. [L. 2111-2](#) du CG3P). Ainsi, un bien physiquement indissociable d'une dépendance du domaine public n'en constitue pas pour autant un accessoire lorsqu'il ne présente pas une utilité directe pour cette dépendance (CE, 26 janvier 2018, *Société Var Auto*, n° [409618](#)).

Des dispositions légales du CG3P définissent ou délimitent plusieurs domaines publics spécifiques : maritime, fluvial, routier, ferroviaire, aéronautique et hertzien.

Le domaine public mobilier est constitué des biens présentant un intérêt public du point de vue de l'histoire, de l'art, de l'archéologie, de la science ou de la technique (art. [L. 2112-1](#) du CG3P).

L'image d'un bien appartenant au domaine public ne constitue pas elle-même une dépendance du domaine public (CE ass., 13 avril 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n° [397047](#)).

1.2.3. Consistance du domaine privé

Il fait l'objet d'une définition par la négative : il s'agit des biens appartenant aux personnes publiques qui ne relèvent pas de leur domaine public. Font également partie du domaine privé, par détermination de la loi : les immeubles à usage de bureaux, à l'exclusion de ceux formant un ensemble indivisible avec des biens immobiliers appartenant au domaine public (art. [L. 2211-1](#) du CG3P) ; les réserves foncières (même article) ; les chemins ruraux (art. [L. 2212-1](#) du CG3P) ; les bois et forêts relevant du régime forestier (même article).

2. L'usage économique du domaine

La valorisation du domaine est généralement appréhendée sous l'angle des ressources financières qu'elle peut procurer à la personne publique propriétaire.

L'usage économique du domaine a une finalité différente. Elle vise à favoriser des activités économiques, indépendamment des ressources que la personne publique pourra en retirer.

2.1. L'usage économique par l'occupation

Le domaine peut d'abord être le siège d'activités économiques conduites par la personne publique propriétaire elle-même (régie) ou par l'intermédiaire d'une personne qu'elle constitue ou contrôle à cette fin (entreprise publique, société locale), voire par une autre personne publique avec laquelle la personne publique propriétaire est en relation.

Le domaine peut faire également l'objet d'une utilisation économique privative, en étant mis à la disposition de personnes privées souhaitant y conduire une activité économique. Afin d'attirer les investisseurs, leur situation comme occupants du domaine est de mieux en mieux assurée, notamment sur le domaine public. Le domaine peut aussi servir à relancer une activité dans une zone géographique donnée (réhabilitation d'un quartier à travers l'octroi d'autorisations domaniales ou la passation de baux à construction).

2.2. Le rôle des acquisitions et cessions

La personne publique peut chercher à acquérir un bien qui deviendra le siège d'une activité économique (acheter un terrain pour qu'y soit édifiée une installation exploitée soit par elle-même soit par une personne privée qui bénéficiera d'une occupation privative). Elle peut de même céder un bien de son domaine à un acquéreur qui se propose d'y conduire une activité économique. Cette opération peut constituer une alternative à une occupation privative ou son aboutissement à l'issue d'un certain délai.

La cession par une commune d'un terrain à une entreprise pour un prix inférieur à sa valeur n'est pas illégale en soi. Toutefois, une telle cession n'est compatible avec le principe selon lequel une collectivité publique ne peut pas céder un élément de son patrimoine à un prix inférieur à sa valeur à une personne poursuivant des fins d'intérêt privé que si la cession est justifiée par des motifs d'intérêt général et comporte des contreparties effectives et suffisantes (CE sect., 3 novembre 1997, *Commune de Fougerolles*, n° 169473 ; CE, 14 octobre 2015, *Commune de Châtillon-sur-Seine*, n° 375577, points 2 et 3).

Toutefois, le droit européen encadrant les aides d'Etat (articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE ci-après) implique de vérifier que l'opération d'acquisition ou de cession ne conduit pas à attribuer un avantage économique au cocontractant de la collectivité (v. not. la [communication de 2016 de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE](#)). Si tel est le cas, il importe de s'assurer au préalable que les règles européennes sur les aides d'Etat sont respectées.

Celles-ci n'ont vocation à s'appliquer que lorsque le cocontractant de l'administration exerce une activité économique, qualification qui peut être délicate.

A titre d'exemple, voir l'arrêt du Tribunal de l'Union, *Brussels South Charleroi Airport (BSCA) c. Commission européenne*, 25 janvier 2018, [T-818/14](#).

BSCA est une société titulaire d'une concession de service pour une durée de 50 ans pour la gestion commerciale du domaine public de l'aéroport de Charleroi et d'une concession domaniale relative à l'utilisation permanente et exclusive de la zone aéroportuaire.

Le Tribunal rejette le recours en annulation contre la décision [C\(2014\) 6849 final](#) de la Commission européenne, relative aux aides d'Etat accordées par la Belgique à la société BSCA. Le Tribunal reconnaît la nature économique de l'ILS (instrument de navigation aérienne dans la phase d'atterrissage) et juge que sa gestion par BSCA est assimilable à une activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné. La gestion de l'ILS ne relève pas de l'exercice d'une prérogative de puissance publique, s'agissant d'une prestation offerte par un aéroport civil, dans le contexte d'une activité économique concurrentielle. L'objectif de renforcement de la sécurité poursuivi ne permet pas de qualifier de manière automatique l'activité en question d'activité non-économique

Les cessions et acquisitions de parcelles destinées à être le siège d'activités économiques peuvent aussi bien constituer le préalable d'une activité nouvelle qu'un élément concourant au maintien d'une activité existante.

Il est souhaitable que les personnes publiques adoptent une stratégie immobilière afin de promouvoir une gestion dynamique et cohérente de leur patrimoine en faisant le lien entre les différentes politiques qui affectent le patrimoine immobilier à moyen et long terme. Pour l'État, ses services déconcentrés et ses opérateurs, c'est en particulier l'objet des schémas pluriannuels de stratégie immobilière et des schémas directeurs immobiliers régionaux (v. la [circulaire du 16 janvier 2009 relative à la politique immobilière de l'État](#), ainsi que les circulaires du 16 décembre 2014 et [du 27 février 2017 sur la gouvernance de la politique immobilière au niveau local](#)).

Créée en 2016 au sein de la direction générale des finances publiques (DGFIP), la direction de l'immobilier de l'Etat (DIE) succède au service France Domaine. Elle conçoit et met en œuvre la politique immobilière et domaniale de l'État au nom du ministre chargé du domaine qui en fixe les orientations ([circulaire du 27 avril 2016 relative à la gouvernance de la politique immobilière de l'Etat](#)). Dans le cadre de la définition de cette stratégie immobilière, la DIE élabore la doctrine applicable aux opérations immobilières et d'entretien des immeubles ainsi que les méthodes d'analyse économique et de mesure de la performance immobilière des biens et des projets immobiliers.

Elle intervient par ailleurs auprès des collectivités territoriales dans le cadre de leurs opérations immobilières en produisant des avis sur la valeur vénale ou locative des biens immobiliers, dès lors que les collectivités territoriales envisagent de les acquérir, de les prendre à bail ou de les vendre.

3. Les différents modes d'acquisition de biens à des fins économiques

3.1. Les acquisitions à titre onéreux

3.1.1. Les procédés de droit privé

Les acquisitions à l'amiable d'immeubles ou de meubles à titre onéreux font l'objet de contrats d'achat public, qui sont l'équivalent du contrat de vente des articles [1582](#) et suivants du code civil. Les contrats par lesquels les collectivités publiques acquièrent à l'amiable des biens immeubles sont de droit privé et se voient donc appliquer l'ensemble des règles du droit civil. Leur passation est assujettie à certaines formalités.

Les personnes publiques recourent également au contrat d'échange, qui relève lui aussi du code civil ([art. 1702 et suivants](#)) mais également du régime des échanges domaniaux prévu par le code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT, [art. L. 2122-21](#), 7° et [L. 3213-1](#), 1°) et par le CG3P ([art. L. 3112-2](#) et [L. 3112-3](#)). L'inaliénabilité du domaine public implique l'interdiction d'échanger des dépendances domaniales sans déclassement préalable (sauf dérogation mentionnée *infra*, au point **5.1.**, 2^e §).

3.1.2. Les procédés de droit public

Les personnes publiques mentionnées à l'article [L. 1](#) du CG3P peuvent acquérir des immeubles et des droits réels immobiliers par la voie de l'expropriation, régie par le code de l'expropriation.

Elles peuvent également acquérir par la voie de la préemption. Pour le droit de préemption immobilier, les articles [L. 1112-4](#) et suivants du CG3P renvoient pour l'essentiel au code de l'urbanisme. S'agissant du droit de préemption mobilier, qui concerne principalement les œuvres d'arts et les archives privées, les articles [L. 1112-7](#) et suivants du CG3P renvoient au code du patrimoine.

3.2. Les acquisitions à titre gratuit

Le CG3P organise les modes d'acquisition à titre gratuit selon plusieurs procédés.

Les personnes publiques peuvent percevoir les produits de dons et de legs dans les conditions prévues au CG3P et au CGCT. Ces dons et legs peuvent correspondre à des biens susceptibles de donner lieu à une utilisation économique (terrains, immeubles).

Pour l'État (art. [L. 1121-1](#) du CG3P), les dons et les legs sont acceptés par arrêté du ministre compétent pour exécuter les charges ou conditions dont ils sont assortis ou, à défaut, du ministre chargé du domaine (art. [R. 1121-1](#) du CG3P).

S'agissant des établissements publics de l'État, les dons et legs sont acceptés dans les conditions des articles [L. 1121-2](#) et [R. 1121-4](#) du CG3P. Pour les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les assemblées délibérantes sont compétentes en vertu des articles [L. 1121-4](#) et suivants du CG3P, qui renvoient aux dispositions du CGCT.

En application de l'article [713](#) du code civil et de l'article [L. 1123-1](#) du CG3P, les biens immobiliers qui n'ont pas de maître appartiennent à la commune sur le territoire de laquelle ils sont situés. La commune peut renoncer à exercer ses droits, sur tout ou partie de son territoire, au profit de l'établissement public de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elle est membre. Dans l'hypothèse où la commune ou l'établissement précité renonce à exercer ce droit, c'est en principe l'État qui devient propriétaire de l'immeuble de plein droit.

4. L'occupation du domaine à des fins économiques

La collectivité propriétaire peut exercer elle-même une activité économique sur le domaine (cf. *supra* point 2). Mais les principales questions concernent son utilisation privative et les droits qui peuvent alors être reconnus à l'occupant, notamment lorsque celui-ci réalise d'importants investissements.

4.1. L'occupation privative du domaine public à des fins économiques et ses conséquences

4.1.1. L'occupation privative du domaine public

Caractères généraux

Les articles [L. 2122-1](#) et suivants du CG3P prévoient que nul ne peut occuper une dépendance du domaine public ou l'utiliser en dépassant les limites du droit d'usage qui appartient à tous sans disposer

d'un titre l'y autorisant. Le droit d'usage commun du domaine public est celui correspondant à la destination particulière de la dépendance domaniale considérée, c'est-à-dire celui conforme à son affectation à l'utilité publique. Les occupations privatives, qui doivent rester compatibles avec cette affectation (art. [L. 2121-1](#) du CG3P), la prolongent et même parfois la complètent.

En règle générale, l'occupation du domaine public par une personne privée est conditionnée par l'obtention d'une autorisation délivrée par le propriétaire ou le gestionnaire de la dépendance domaniale occupée, lesquels ne se confondent pas forcément (art. [R. 2122-2](#) du CG3P ; v. pour un exemple CE, 1^{er} février 2012, *SA RTE-EDF Transport*, n° [338665](#)).

Cette autorisation, qui ne peut être implicite (voir s'agissant des actes unilatéraux, CE 21 mars 2003, *Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux*, n° [189191](#), au rec., et, s'agissant des conventions, CE sect., 19 juin 2015, *Société immobilière du Port de Boulogne*, n° [369558](#)), est toujours délivrée à titre **temporaire** (art. [L. 2122-2](#) du CG3P), **précaire et révocable** (art. [L. 2122-3](#) du CG3P), ce qui implique que l'autorisation d'occupation peut toujours être révoquée pour des motifs d'intérêt général (voir CE, 5 février 2009, *Association « société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes »*, n°s [305021](#) et [309116](#)) et qu'il n'existe jamais, en principe, aucun droit acquis à son renouvellement (voir CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n° [395314](#)).

L'autorisation d'occupation du domaine public peut être délivrée par anticipation, pour tenir compte de la circonstance qu'une dépendance du domaine privé d'une personne publique a vocation à être incorporée dans son domaine public (art. [L. 2122-1](#), alinéas 2 et 3).

L'autorisation d'usage privatif du domaine public est délivrée à titre personnel (CE, 17 juillet 1998, *Voliotis*, n° [170807](#)). Le titre d'occupation confère à son titulaire un droit exclusif. Il est seul à pouvoir utiliser, jusqu'à l'expiration ou la révocation de son titre, l'emplacement qui lui a été réservé sur le domaine public et l'autorisation n'est pas transmissible à un tiers sans accord écrit du gestionnaire du domaine (CE, 18 septembre 2015, *Société Prest'Air*, n° [387315](#)). Ainsi, le régime de la domanialité publique implique que le gestionnaire du domaine conserve la maîtrise de sa destination dans le cadre des autorisations ou conventions qu'il délivre.

Sauf exception prévue par le législateur, l'occupation privative est soumise au paiement d'une redevance, en contrepartie des avantages de toute nature procurés au titulaire de l'autorisation (art. [L. 2125-1](#) et suivants du CG3P).

Implications de l'occupation à des fins économiques

De manière générale, lorsque le domaine public dont elles sont gestionnaires est le siège d'activités économiques, les personnes publiques doivent prendre en considération, dans la gestion de ce domaine, le principe de la liberté de l'industrie et du commerce et les règles de concurrence (CE sect., 26 mars 1999, *Société EDA*, n° [202260](#)). L'autorisation d'occuper le domaine public ne doit pas, en particulier, avoir pour effet de placer automatiquement l'occupant en situation d'abuser d'une position dominante, en méconnaissance des dispositions de l'article [L. 420-2](#) du code de commerce (CE, 23 mai 2012, *RATP*, n° [348909](#)).

Les règles de concurrence ont des implications, plus particulièrement, sur la **procédure préalable à la délivrance des titres d'occupation du domaine public** et sur la **durée de ces titres d'occupation**.

Tirant les conséquences de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 14 juillet 2016, *Promoimpresa*, [aff. C-458/14 et C-67/15](#)), [l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017](#) relative à la propriété des personnes publiques a prévu l'obligation de principe d'une procédure de publicité et de sélection préalable à la délivrance de tout titre d'occupation permettant à son titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique.

Le principe de cette procédure préalable, les hypothèses dans lesquelles elle ne s'applique pas et celles dans lesquelles la personne publique gestionnaire du domaine n'est tenue qu'à une obligation de publicité préalable à la délivrance du titre ont été codifiées aux [articles L. 2122-1-1 à L. 2122-1-4](#) du CG3P.

L'ordonnance du 19 avril 2017 encadre également la durée des titres d'occupation lorsqu'ils permettent à leur titulaire d'occuper ou d'utiliser le domaine public en vue d'une exploitation économique : sans préjudice des durées qui peuvent être prévues par ailleurs par la loi, de tels titres ne peuvent être délivrés que pour la durée nécessaire pour assurer l'amortissement des investissements projetés et une rémunération équitable et suffisante des capitaux investis (art. [L. 2122-2, 2^e alinéa](#), du CG3P).

Ces règles sont applicables aux titres délivrés à compter du 1^{er} juillet 2017 (art. 15 de l'ordonnance du 19 avril 2017).

Le législateur a par ailleurs reconnu la possibilité de l'exploitation d'un fonds de commerce sur le domaine public. Mettant fin à une jurisprudence administrative constante, l'article 72 de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises l'admet, à condition que l'occupant à titre privatif apporte la preuve de l'existence d'une clientèle propre (dispositions codifiées à l'art. [L. 2124-32-1](#) du CG3P). Ces dispositions ne sont applicables qu'aux occupations domaniales autorisées en vertu de titres délivrés postérieurement à l'entrée en vigueur de cette loi (CE, 24 novembre 2014, *Société des remontées mécaniques Les Houches-Saint-Gervais*, [n° 352402](#)).

Différentes catégories de titres d'occupation

Selon sa portée, l'autorisation d'occuper à titre privatif le domaine public sera qualifiée :

- de **permis de stationnement** : il s'agit d'une occupation du domaine public sans emprise au sol, qui ne modifie pas l'assiette du domaine public (ex : terrasses de café installées sur les trottoirs, emplacements réservés aux taxis, points d'arrêt des véhicules de transport en commun, présentoirs de journaux...) ; l'autorité compétente pour l'accorder est celle qui exerce le pouvoir de police sur le domaine ; son attribution repose sur des considérations d'ordre public, et en particulier celle de ne pas entraver la circulation ;
- ou de **permission de voirie** : il s'agit d'une occupation du domaine public avec une emprise au sol, qui implique l'exécution de travaux ayant pour conséquence de modifier l'assiette du domaine public (établissement de canalisations dans le sol, installation de mobilier urbain...) ; la permission de voirie est délivrée par l'autorité responsable de la conservation du domaine ; son attribution repose sur des considérations de gestion patrimoniale.

Le titre accordé peut indifféremment prendre la forme d'une décision unilatérale ou d'une convention (art. [R. 2122-1](#) du CG3P). Les conventions d'occupation du domaine public sont des contrats administratifs. La forme contractuelle de l'autorisation d'occuper le domaine public est sans incidence sur son caractère essentiellement précaire et révocable (voir par exemple, précitées, CE, 5 février 2009,

Association « société centrale d'agriculture, d'horticulture et d'acclimatation de Nice et des Alpes-Maritimes », n^os [305021](#) et [309116](#) et CE, 25 janvier 2017, *Commune de Port-Vendres*, n^o [395314](#)).

4.1.2. La constitution de droits réels sur le domaine public

La nécessité de promouvoir le domaine public comme un instrument de développement économique a conduit le législateur à reconnaître la possibilité pour la personne publique de délivrer des autorisations d'occupation temporaire (AOT) du domaine public constitutives de droits réels ou de conclure des baux emphytéotiques administratifs (BEA), aussi bien pour l'État et, dans certains cas, ses établissements publics (art. [L. 2122-6](#) et suivants du CG3P ; art. [L. 2341-1](#) du même code) que pour les collectivités locales, leurs établissements publics et les groupements de ces collectivités (art. [L. 1311-5](#) ; art. [L. 1311-2](#) et suivants du CGCT).

La reconnaissance des attributs du propriétaire au titulaire de ces autorisations d'occupation constitutives de droits réels permet à ce dernier de céder certains éléments des biens immobiliers qu'il édifie, de recourir au crédit-bail ou de consentir des sûretés réelles afin d'obtenir des financements pour l'exercice de son activité économique. A moins que des obligations de publicité et de sélection préalables à la délivrance d'un titre s'y opposent, la cession ou la transmission par le preneur des droits conférés par les titres emportant constitution de droits réels est expressément autorisée, sous la condition d'obtenir l'agrément préalable du propriétaire ou du gestionnaire du domaine public (v. pour l'État et ses établissements, art. [L. 2122-7](#) du CG3P et [L. 2341-1](#) du même code ; pour les collectivités locales, leurs établissements publics et les groupements de ces collectivités, art. [L. 1311-3](#) du CGCT).

Le Conseil d'Etat a précisé que le droit réel reconnu au titulaire d'une AOT du domaine public porte non seulement sur les ouvrages, constructions et installations qu'il réalise mais aussi sur leur terrain d'assiette (CE, 11 mai 2016, *Communauté urbaine Marseille-Provence-Métropole*, n^o [390118](#), point 5).

4.1.3. Articulation avec le droit applicable à certains contrats publics

L'adoption de l'ordonnance n^o [2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (article 85) et celle de l'ordonnance n^o [2016-65](#) du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (article 50) se sont traduites par une clarification de la frontière entre les autorisations d'occupation domaniale constitutives de droits réels d'une part, les marchés publics et les concessions d'autre part. **Désormais, l'objet des AOT et des BEA de l'État et des collectivités territoriales est limité aux seules occupations domaniales, à l'exclusion de l'exécution de travaux, de la livraison de fournitures, de la prestation de services ou de la gestion d'une mission de service public** (v. articles précités : art. [L. 2122-6](#) et [L. 2341-1](#) du CG3P ; art. [L. 1311-5](#) et [L. 1311-2](#) du CGCT). Dans le cas où une occupation du domaine public est nécessaire à l'exécution d'un contrat de la commande publique, ce dernier doit prévoir les conditions de cette occupation. Il doit notamment fixer le montant de la redevance d'occupation en fonction de l'économie générale du contrat, ce qui est susceptible de conduire, lorsque le contrat s'exécute au seul profit de la personne publique et par dérogation aux principes généraux exposés *supra* au point **4.1.1.**, à ce que l'autorisation d'occupation soit délivrée à titre gratuit (art. [L. 2125-1](#), dernier alinéa du CG3P). En cas de passation d'un contrat de concession qui comporte une occupation du domaine public (comme en matière de concessions de plage), l'autorité chargée de la gestion du domaine peut, afin de le valoriser au mieux, prévoir que le montant de la redevance domaniale fasse partie des critères de sélection des offres, pourvu qu'elle fixe elle-même, au plus tard lors de l'attribution du contrat, le montant qui devra être versé par le candidat retenu (CE, 17 septembre 2018, *Société Le Pagus*, n^o [407099](#), point 10).

Pour les **marchés de partenariat** (s'agissant de la définition et des conditions d'utilisation de ce type de marché public, appliqué aux opérations de construction, v. fiche 7 « *contrats dédiés aux opérations de construction* », point 2.6) et pour les **contrats de concession** (v. également cette fiche 7, point 3), il est expressément prévu que, lorsqu'un tel marché ou contrat emporte occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 85 ; ordonnance du 29 janvier 2016, art. 50). En ce qui concerne la reconnaissance de droits réels sur les constructions réalisées par le titulaire, la logique retenue est différente : dans le cas du marché de partenariat, cette reconnaissance est de principe, sauf clause contraire ; dans le cas du contrat de concession, elle doit être expressément prévue par les stipulations du contrat.

Dans les deux cas, mais sous réserve d'une autorisation expresse préalable de la personne publique, le titulaire peut délivrer lui-même à des tiers des autorisations d'occupation du domaine public (ordonnance du 23 juillet 2015, art. 86 ; ordonnance du 29 janvier 2016, art. 51). Dans tous les cas, la personne publique doit veiller à ce que les droits réels octroyés à son cocontractant ne portent pas atteinte à l'intégrité du domaine public ni à son affectation.

Dans l'hypothèse où une autorisation d'occupation domaniale aurait en réalité pour objet la réalisation, au profit de la personne publique, d'une opération d'exécution de travaux, de livraison de fournitures, de prestation de services ou encore la dévolution d'une mission de service public, cette autorisation, quelle que soit sa forme, s'exposerait en cas de litige à une requalification par le juge. A cet égard, ont déjà été requalifiées en marchés publics, dans l'état antérieur de la législation, des autorisations d'occupation privative dont l'objet était, outre l'occupation du domaine public, de permettre la réalisation de prestations de services ou la fourniture de biens au profit de la personne publique (CE, 18 mars 1988, *Société civile des Néo-polders*, [n° 69723](#) ; CE, 4 novembre 2005, *Société Jean-Claude Decaux*, [n° 247298](#)). Dans le même sens, des autorisations d'occupation privative du domaine public qui étaient le support d'une activité de service public délégué ont pu être requalifiées en délégations de service public (CE, 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, [n° 141633](#) ; CE, 21 juin 2000, *SARL plage « chez Joseph »*, [n°s 212100 et 212101](#) ; CE, 20 décembre 2000, *CCI du Var*, [n° 217639](#)). De telles autorisations d'occupation privative doivent être soumises aux règles de passation applicables aux contrats correspondants. Dans le même ordre d'idée, il a été jugé que, dès lors que le montage contractuel envisagé était susceptible d'aboutir à la signature d'une convention de délégation de service public, les règles de publicité et de mise en concurrence applicables à la passation de ce type de contrat devaient être respectées et ce, alors même que le contrat conclu pouvait aussi se limiter finalement à une convention d'occupation du domaine public (CE, 10 juin 2009, *Port autonome de Marseille*, [n° 317671](#)).

4.2. L'occupation du domaine privé à des fins économiques

Les personnes publiques ont sur leur domaine privé la même liberté de gestion qu'une personne privée. Elles ont la possibilité de conclure avec un opérateur des baux relevant du droit privé.

- **Un bail commercial** : il peut être consenti à un particulier, une association, une société ou même à une autre collectivité dès lors qu'il s'agit d'un bien relevant du domaine privé (art. [L. 145-1](#) et suivants du code de commerce). Le preneur doit être propriétaire du fonds de commerce qu'il exploite, directement ou par le biais d'une mise en location-gérance (il doit ainsi être inscrit au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers selon qu'il détient la qualité de commerçant ou d'artisan). La durée du bail ne peut être inférieure à neuf ans. Le bail commercial est librement négocié avec le preneur. À l'expiration du contrat, le preneur dispose d'un droit au renouvellement (art. [L. 145-8](#) et suivants de ce code). En cas de refus de renouveler le bail, même pour une raison

d'utilité publique, la personne publique est, sauf exception prévue à l'article [L. 145-17](#) du même code, tenue au paiement d'une indemnité d'éviction (art. [L. 145-14](#) du même code).

- **Un bail professionnel** : il est utilisé pour accueillir des activités libérales (avocat, médecin, kinésithérapeute...). Il doit être conclu par écrit pour une durée au moins égale à six ans (art. [57 A](#) de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accèsion à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière modifiée par loi n° [2008-776](#) de modernisation de l'économie du 4 août 2008).
- **Un bail rural** : il s'agit d'un contrat qui organise « *la mise à disposition, à titre onéreux, d'un bien à usage agricole, en vue de l'exploiter pour y exercer une activité agricole* » (art. [L. 411-1](#) et suivants du code rural et de la pêche maritime). Le contrat de bail unit le bailleur, qui met à disposition le bien, et le preneur, qui est alors qualifié de fermier. Le bail rural est conclu en principe pour une durée au moins égale à neuf ans, renouvelable (art. [L. 411-5](#) du même code).
- **Un bail emphytéotique de droit commun** : il confère à l'emphytéote un droit réel sur le bien immobilier objet du bail. Conclu pour une durée comprise entre 18 et 99 ans, il peut être reconduit dans la limite de cette durée totale de 99 ans. Le contrat peut prévoir, à la charge du preneur, la réalisation de travaux d'amélioration, de construction ou de démolition. Dans tous les cas, il est en principe tenu d'entretenir et réparer le bien loué. Il verse une redevance périodique et paye les contributions et charges inhérentes au bien. Il peut sous-louer le bien ou encore céder ou hypothéquer le droit qu'il tire du bail (art. [L. 451-1](#) à [L. 451-13](#) du code rural et de la pêche maritime).
- **Un bail à construction** : il peut être utilisé pour réaliser des logements sociaux, des équipements collectifs, industriels ou commerciaux. Contrairement au bail emphytéotique, le preneur a une obligation de construire (art. [L. 251-1](#) à [L. 251-9](#) et [R. 251-1](#) à [R. 251-3](#) du code de la construction et de l'habitation).
- **Un bail à réhabilitation** : il est réservé à l'amélioration et à la réhabilitation de l'habitat social (art. [L. 252-1](#) à [L. 252-6](#) du code de la construction et de l'habitation).

A noter que, quel que soit leur régime juridique, les baux de plus de 12 ans doivent être établis par un notaire (par combinaison des articles 4 et 28 du décret [n° 55-22](#) du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière).

5. Les cessions du domaine à des fins économiques

5.1. La cession des biens relevant du domaine public

En application de l'article [L. 3111-1](#) du CG3P, les biens du domaine public sont inaliénables et imprescriptibles. Le Conseil d'Etat a ainsi jugé qu'un bien appartenant au domaine public, qui en a été soustrait illégalement plusieurs siècles auparavant, n'a pas pu faire l'objet d'une prescription acquisitive au profit de ses détenteurs successifs, quelle que soit leur bonne foi (CE, 21 juin 2018, *Société Pierre Bergé associés et autres*, n° [408822](#)). Par conséquent, la procédure de cession de biens appartenant au domaine public ne peut pas en principe être engagée sans qu'au préalable il soit constaté que ces biens ne sont plus affectés à un service public ou à l'usage direct du public et que leur déclassement soit prononcé (art. [L. 2141-1](#) et suivants du CG3P). La désaffectation est un fait matériel et non une décision, contrairement au déclassement qui manifeste la volonté de la personne publique propriétaire de faire sortir l'un de ses biens du domaine public. Le déclassement d'un immeuble appartenant au domaine public

de l'État est prononcé par le ministre gestionnaire ou, le cas échéant, le représentant de l'Etat dans le département. Pour les collectivités territoriales, une délibération de l'assemblée délibérante est requise.

Cependant, par dérogation au principe d'inaliénabilité du domaine public, les cessions et échanges entre personnes publiques sont possibles, sous certaines conditions, sans déclassement préalable (art. [L. 3112-1](#) et [L. 3112-2](#) du CG3P).

Par dérogation au même principe, un bien relevant du domaine public peut faire l'objet d'une promesse de vente ou d'attribution d'un droit réel civil dès lors que la désaffectation du bien concerné est décidée, alors même que cette désaffectation n'est pas encore effective ([art. L. 3112-4](#) du CG3P ; pour la période antérieure à l'entrée en vigueur de ces dispositions, voir CE, 15 novembre 2017, *Commune d'Aix-en-Provence et SEMEPA*, n°s [409728](#) et [409799](#), point 4). En outre, les modalités de déclassement des immeubles appartenant au domaine public artificiel des personnes publiques et affectés à un service public ou à l'usage direct du public ont été aménagées afin de permettre leur déclassement et leur vente, là aussi, dès lors que la désaffectation est décidée, alors même que cette désaffectation n'est pas encore effective (art. [L. 2141-2](#) du CG3P). Dans ce cas, la désaffectation doit intervenir de manière effective dans une durée ne pouvant excéder six ans à compter du déclassement et l'acte de vente doit comporter des stipulations garantissant la continuité des services publics ou l'exercice des libertés dont le domaine est le siège.

L'ordonnance précitée du 19 avril 2017 a prévu une **possibilité de régularisation** permettant aux personnes publiques qui auraient aliéné un bien de leur domaine public sans avoir prononcé au préalable son déclassement de prononcer ce déclassement à titre rétroactif ([art. 12 de l'ordonnance](#)). Cette possibilité n'est ouverte que si l'acte d'aliénation est antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance et si le bien concerné n'était plus, à la date de cet acte, affecté à un service public ou à l'usage direct du public.

5.2. La cession des biens relevant du domaine privé

5.2.1. État

Lorsqu'ils ne sont plus utilisés par un service civil ou militaire de l'État ou un établissement public de l'État, les immeubles du domaine privé de l'État peuvent être vendus dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État (art. [L. 3211-1](#) du CG3P). Les immeubles du domaine privé de l'État mis, par convention, à la disposition des services précités peuvent être aliénés lorsque cette mise à disposition prend fin (art. [R. 3211-1](#) du CG3P).

Le CG3P prévoit que l'aliénation d'un immeuble du domaine privé de l'État est en principe soumise à une publicité et une procédure de mise en concurrence et réalisée soit par adjudication publique, soit à l'amiable (art. [R. 3211-2](#) du CG3P). Par exception, ces procédures ne sont pas applicables aux cessions d'immeubles mentionnées à l'article [R. 3211-7](#), qui peuvent avoir lieu à l'amiable sans appel à la concurrence. C'est le préfet qui consent à la cession, sous réserve de l'autorisation du ministre chargé du domaine lorsque la valeur vénale de l'immeuble excède un seuil fixé par arrêté de ce ministre (art. [R. 3211-6](#) du CG3P).

Les ventes d'immeubles appartenant aux établissements publics de l'État sont soumises à un régime distinct de celui des ventes des immeubles de l'État (art. [L. 3211-13](#) et [R. 3211-31](#) et suivants du CG3P).

La cession des biens et droits mobiliers du domaine privé de l'Etat qui ne sont plus utilisés est autorisée. Cette cession est soumise aux exigences de publicité et de mise en concurrence et réalisée soit par

adjudication publique, soit par voie de marchés d'enlèvement (art. [R. 3211-36](#) du CG3P). La cession amiable reste possible notamment pour un motif d'intérêt général (art. [R. 3211-38](#) du CG3P).

Des régimes spéciaux sont applicables aux biens meubles de caractère historique, artistique, ou scientifique (art. [L. 3211-19](#) du CG3P) ainsi qu'aux cessions de terrains de l'État destinés à la construction de logements sociaux (art. [L. 3211-7](#) du CG3P).

5.2.2. Collectivités territoriales

Aux termes de l'article [L. 3211-14](#) du CG3P, « *les collectivités territoriales, leurs groupements et leurs établissements publics cèdent leurs immeubles ou leurs droits réels immobiliers, dans les conditions fixées par le code général des collectivités territoriales* ». À la différence des biens du domaine public, les dépendances du domaine privé des collectivités territoriales sont aliénables et prescriptibles.

Les collectivités territoriales sont libres de céder les biens relevant de leur domaine privé soit par une vente à l'amiable, soit par adjudication publique. En application des dispositions de l'article [L. 2241-1](#) du CGCT, « *le conseil municipal délibère sur la gestion des biens et les opérations immobilières effectuées par la commune. (...) Toute cession d'immeubles ou de droits réels immobiliers par une commune de plus de 2 000 habitants donne lieu à délibération motivée du conseil municipal portant sur les conditions de la vente et ses caractéristiques essentielles. Le conseil municipal délibère au vu de l'avis du service des domaines* ».

Contrairement à l'État, les collectivités territoriales ne sont pas soumises à des obligations de publicité et de mise en concurrence avant toute cession de leurs biens immobiliers, sauf lorsque la collectivité décide elle-même de s'y soumettre ou lorsque les contrats de vente immobilière des collectivités territoriales sont couplés avec des contrats de commande publique. La qualification de l'ensemble contractuel dépend alors de l'objet principal de l'opération. Si cet objet principal est la réalisation d'un ouvrage destiné à la personne publique, l'ensemble contractuel pourra recevoir la qualification de marché public ou de contrat de concession de travaux avec les conséquences que cela implique en termes d'obligations préalables de publicité et de mise en concurrence.

Contrats dédiés aux opérations de construction

(Version de décembre 2018)

NB : le code de la commande publique n'est pas entré en vigueur à la date d'actualisation de la présente fiche.

1. Notion et usage économique des contrats dédiés aux opérations de construction

Trois raisons peuvent justifier la réalisation d'une opération de construction par une personne publique :

- la construction d'un bâtiment ou d'un ouvrage répondant à un besoin exprimé par la personne publique ;
- la possibilité pour la personne publique de saisir une opportunité immobilière ;
- la volonté de soutenir le marché de la construction en y favorisant les investissements publics et privés.

Outre la procédure de droit commun des marchés publics de travaux (v. fiche « *Marchés publics* »), il existe une **grande variété de dispositifs contractuels** dédiés aux opérations de construction qui ne sont pas soumis, en principe, à l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et aux textes réglementaires pris pour son application.

Ces montages contractuels présentent notamment l'intérêt de permettre des **solutions innovantes de financement** des opérations de construction.

La présente fiche expose les **principaux dispositifs** envisageables.

2. Le droit commun : les marchés publics

Les marchés publics sont définis, en droit interne, à l'[article 4](#) de l'ordonnance [n° 2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et, en droit de l'Union, par les directives [2014/24/UE](#) et [2014/25/UE](#) du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil (v. fiche « *Marchés publics* »). Le règlement d'exécution (UE) [n° 2016/7](#) de la Commission du 5 janvier 2016 a établi un « document unique de marché européen », formulaire par lequel les entreprises candidatent à un marché public.

2.1. Marchés publics de travaux

Les **marchés publics de travaux** constituent des marchés publics ayant pour objet « 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République

française ; 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception », un ouvrage s'entendant comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique » ([art. 5](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

Dans la généralité des cas, une personne publique passe un marché public de travaux dans le but de faire exécuter des travaux sur un ouvrage dont elle est propriétaire ou dans celui de réaliser un ouvrage dont elle deviendra propriétaire. La définition très large du marché public de travaux n'implique toutefois pas nécessairement cette propriété. Peuvent ainsi entrer dans le champ de cette définition des contrats passés par des personnes publiques pour l'exécution de travaux ou la réalisation d'ouvrages qui bénéficieront à des tiers.

2.2. Marchés publics de maîtrise d'œuvre

2.2.1. Objet des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les **marchés publics de maîtrise d'œuvre** sont des marchés publics ayant pour objet, en vue de la réalisation d'un ouvrage ou d'un projet urbain ou paysager, l'exécution d'un ou plusieurs éléments de la mission de maîtrise d'œuvre définie par [l'article 7](#) de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « MOP », et par le décret [n° 93-1268](#) du 29 novembre 1993 ([art. 90](#) du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics).

2.2.2. Règles de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre

Les **marchés publics de maîtrise d'œuvre d'un montant inférieur aux seuils des procédures formalisées** (v. fiche « *Marchés publics* », point 1) peuvent être passés selon une **procédure adaptée** ([art. 42](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et [27](#) du décret du 25 mars 2016).

Les règles de passation des marchés publics de maîtrise d'œuvre dont le montant est **supérieur à ces seuils** dépendent de l'acheteur concerné. En application de [l'article 5-1](#) de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977 sur l'architecture, introduit par l'article 83 de la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, la plupart des acheteurs soumis à la loi MOP doivent recourir à l'organisation de concours d'architecture. Le marché public de maîtrise d'œuvre est alors passé dans le cadre d'une procédure comprenant deux temps : organisation d'un **concours restreint** (défini à [l'article 88](#) du décret du 25 mars 2016), puis passation d'un **marché négocié** (défini à [l'article 30](#), I, 6° du même décret) avec le ou les lauréats du concours. Les autres acheteurs **choisissent librement la procédure** de passation de leur marché public de maîtrise d'œuvre parmi les procédures formalisées ([article 25](#) ou [26](#) du décret du 25 mars 2016) ou recourent à la procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalable si sont remplies les conditions auxquelles est subordonnée la possibilité d'y recourir ([article 30](#) de ce décret).

2.3. Marchés publics de conception-réalisation

2.3.1. Recours aux marchés publics de conception-réalisation

Les **marchés publics de conception-réalisation** permettent à l'acheteur de « confier à un opérateur économique une mission portant à la fois sur l'établissement des études et l'exécution des travaux » ([art. 33](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). Cette formule contractuelle permet à l'acheteur de confier

une prestation globale et lui évite de segmenter les projets techniquement complexes. Ces marchés publics excluent cependant l'exploitation de l'ouvrage par le titulaire du contrat.

Les marchés publics de conception-réalisation sont des marchés publics de travaux car ils ont pour objet principal la réalisation d'un ouvrage et sont expressément qualifiés comme tels par l'article 33 précité.

Pour les acheteurs soumis à la loi MOP, ces marchés publics constituent une exception au principe de dissociation des missions de maîtrise d'œuvre et d'entrepreneur consacré par l'article 7 de cette loi, selon lequel « *pour la réalisation d'un ouvrage, la mission de maîtrise d'œuvre est distincte de celle d'entrepreneur* ». Pour cette raison, le recours aux marchés publics de conception-réalisation par des acheteurs soumis à la loi MOP est strictement encadré : ils ne peuvent y recourir « *que si des motifs d'ordre technique ou un engagement contractuel sur un niveau d'amélioration de l'efficacité énergétique rendent nécessaire l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage* » et ils ne peuvent l'attribuer qu'à un groupement d'opérateurs économiques, sauf si le marché public porte sur des ouvrages d'infrastructures (art. 18, I, de la loi MOP, dont les exigences sont reprises à l'art. 33, I, 2^{ème} alinéa de l'ordonnance du 23 juillet 2015). Ces conditions ne sont toutefois pas applicables à certains marchés publics de conception-réalisation relatifs à la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat (v. art. 33, II de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

2.3.2. Règles de passation des marchés publics de conception-réalisation

Les **marchés publics de conception-réalisation** d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'article 42 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et passés par des acheteurs soumis à la loi MOP sont conclus selon une des **procédures formalisées** définies aux articles 25 et 26 du décret du 25 mars 2016 avec toutefois l'**intervention d'un jury** dans certaines hypothèses (art. 91, II de ce décret). En-deçà de ces seuils, ces acheteurs peuvent recourir à une **procédure adaptée** (art. 91, III du décret).

→ A noter

Pour plus de détails sur le recours à ce type de marchés, il convient de se référer aux fiches techniques de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), disponibles en ligne :

- fiche technique relative à la passation des marchés de conception-réalisation :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dai/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/procedure-conception-realisation.pdf

- fiche technique relative à l'allotissement et aux contrats globaux :

http://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dai/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/allotissement-et-contrats-globaux-2016.pdf

2.4. Les marchés publics globaux de performance

2.4.1. Recours aux marchés publics globaux de performance

Ces marchés publics « *associent l'exploitation ou la maintenance à la réalisation ou à la conception-réalisation de prestations afin de remplir des objectifs chiffrés de performance définis notamment en termes de niveau d'activité, de qualité de service, d'efficacité énergétique ou d'incidence écologique* » (art. 34 de l'ordonnance du 23 juillet 2015). Ces marchés publics peuvent avoir pour objet une prestation consistant dans la réalisation d'une opération de construction, à laquelle la personne publique souhaite associer des prestations d'exploitation ou de maintenance.

Les **marchés publics globaux de performance** succèdent ainsi aux CREM (marchés de conception, réalisation, exploitation ou maintenance) et aux REM (marchés de réalisation et d'exploitation ou maintenance) prévus par l'ancien article 73 du code des marchés publics.

Ces marchés publics, parce qu'ils impliquent un fort degré d'intégration des prestations, dérogent aux dispositions de l'[article 32](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 qui pose le principe de l'allotissement. En revanche, l'**interdiction de paiement différé**, et donc l'impossibilité d'un financement privé des travaux ou ouvrages, subsiste ([art. 60](#), I de l'ordonnance). Cette caractéristique distingue fondamentalement ces marchés des marchés de partenariat (v. *infra*, point **2.6.**). Ils ne dérogent pas à la **règle de la séparation de la rémunération** des prestations de construction de celle des prestations d'exploitation ou de maintenance ([art. 92](#), I du décret du 25 mars 2016).

Les acheteurs peuvent recourir aux marchés publics globaux de performance tant pour les projets portant sur des bâtiments que pour ceux portant sur des infrastructures telles que l'éclairage public ou la construction-réhabilitation et l'exploitation de canalisations et de réseaux publics, dès lors que les conditions prévues à l'[article 34](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont remplies.

Dans tous les cas, le marché public global de performance doit comporter des **engagements de performance mesurables**.

2.4.2. Règles de passation des marchés publics globaux de performance

Les marchés publics globaux de performance sont soumis à des **règles de passation spécifiques** prévues à l'article 92 du décret du 25 mars 2016.

En particulier, ceux d'un montant égal ou supérieur aux seuils mentionnés à l'[article 42](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 sont conclus, lorsqu'ils comprennent la réalisation de travaux relevant de la loi MOP, selon la même procédure que celle applicable aux marchés publics de conception-réalisation ([art. 92](#), III du décret du 25 mars 2016), c'est-à-dire selon une procédure formalisée faisant en principe intervenir un jury (v. *supra* point **2.3.2.**).

2.5. Les marchés publics globaux sectoriels

2.5.1. Recours aux marchés publics globaux sectoriels

Ces contrats, prévus à l'[article 35](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, permettent à certains acheteurs (principalement l'État, les établissements publics de santé, les structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale de droit public) de confier à un même prestataire une mission globale, qui va de la conception à la construction, l'entretien et/ou la maintenance des ouvrages construits. Ils ne permettent pas de recourir au paiement différé ([art. 60](#), I de l'ordonnance du 23 juillet 2015), ce qui les distingue des marchés de partenariat.

Ces contrats dérogeant, par leur caractère global, au principe de l'allotissement, **leur champ d'application est défini limitativement**. Ils concernent principalement les domaines suivants : les immeubles affectés à la police nationale, à la gendarmerie nationale, aux armées ou aux services du ministère de la défense (art. 35, 1° de l'ordonnance du 23 juillet 2015) ; les infrastructures nécessaires à la mise en place de systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur (art. 35, 2°) ; les immeubles affectés à la brigade des sapeurs-pompiers de Paris (art. 35, 3°) ; les immeubles affectés par l'État à la formation des personnels qui concourent aux missions de défense et de sécurité civiles (art. 35, 4°) ; les établissements pénitentiaires (art. 35, 5°) ; les centres de rétention et les zones d'attente (art. 35, 6°) ; les bâtiments ou équipements affectés à

l'exercice des missions des établissements publics de santé, des organismes de sécurité sociale gérant des établissements de santé et des structures de coopération sanitaire dotées de la personnalité morale publique (art. 35, 7°) ; la revitalisation artisanale et commerciale au sens de l'[article 19](#) de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 (art. 35, 8°) ; la construction et l'aménagement des infrastructures de transport public du Grand Paris ou dont la maîtrise d'ouvrage est confiée à la Société du Grand Paris (art. 35, 9°).

2.5.2. Règles de passation des marchés publics globaux sectoriels

Ces contrats, qui sont désormais expressément qualifiés de marchés publics par l'ordonnance du 23 juillet 2015, sont assujettis, **pour leur passation**, aux **règles de droit commun** prévues par cette ordonnance et le décret du 25 mars 2016.

2.6. Les marchés de partenariat

2.6.1. Recours aux marchés de partenariat

Les **marchés de partenariat** sont une **catégorie particulière de marchés publics**, dont l'objet est de confier une mission globale au cocontractant de la personne publique. Ils sont régis par des dispositions spécifiques prévues par la deuxième partie de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et la deuxième partie du décret du 25 mars 2016. Ils prennent le relais des contrats de partenariats, initialement introduits dans l'ordre juridique par l'ordonnance [n° 2004-559](#) du 17 juin 2004.

Pour une présentation générale de ces contrats, voir la fiche « *Marchés publics* ».

En matière immobilière, ces contrats permettent, tout à la fois, de réaliser une opération de construction, transformation, rénovation, démantèlement ou destruction d'un ouvrage nécessaire au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général et de financer cette opération. Le titulaire du contrat assure alors la maîtrise d'ouvrage de l'opération. La mission qui lui est confiée peut aussi s'étendre à tout ou partie de la conception de l'ouvrage, à son aménagement, son entretien, sa maintenance, sa gestion ou son exploitation, voire à la gestion d'une mission de service public ou à la fourniture de prestations concourant à l'exercice de cette mission (v. définition du marché de partenariat, [art. 67](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). La rémunération du titulaire est étalée sur toute la durée du contrat et elle est liée à des objectifs de performance qui lui sont assignés ([art. 83](#), I de l'ordonnance du 23 juillet 2015). Le titulaire du marché de partenariat peut être autorisé à acquérir les biens nécessaires à la réalisation de l'opération par voie d'expropriation ([art. 68](#), 1^{er} al. de l'ordonnance du 23 juillet 2015). Lorsque le marché de partenariat emporte occupation du domaine public ou privé de l'acheteur, le titulaire peut aussi être autorisé à le mettre en valeur, notamment en consentant des autorisations d'occupation du domaine public ou en concluant des baux de droit privé pour des biens appartenant au domaine privé ([art. 86](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015).

Le recours à ce type de contrat global est toutefois très encadré ([art. 74](#), [75](#) et [76](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015). La décision de conclure un marché de partenariat est ainsi subordonnée, d'une part, à une évaluation préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet, d'autre part, à une étude de soutenabilité budgétaire.

La procédure de passation ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que le recours à un tel contrat présente un bilan plus favorable, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes envisageables de réalisation du projet. Enfin, la conclusion d'un marché de partenariat n'est possible que lorsque la valeur du marché excède des seuils fixés par décret (v. [art. 151](#) du décret du 25 mars 2016, lequel prévoit des seuils s'échelonnant de 2 millions à 10 millions d'euros selon l'objet du marché).

2.6.2. Règles de passation des marchés de partenariat

Mises à part les règles encadrant le recours aux marchés de partenariat rappelées ci-dessus, ces contrats ne font pas l'objet de règles de passation particulières. Il s'agit de marchés publics soumis aux **règles de passation de droit commun** prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016 (v. [art. 66](#) de l'ordonnance et [art. 143](#) du décret).

3. Concessions de travaux

Les contrats de concession sont définis, en droit interne, par les articles 5 et 6 de l'**ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** et, en droit de l'Union, par la **directive 2014/23/UE du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil**. Pour une présentation générale des contrats de concession : voir la fiche « *Contrats de concession* » (en particulier les points **1.1.** consacré à la notion de concession et **1.2.** pour les procédures de passation).

Les **contrats de concession de travaux** constituent des contrats de concession ayant pour objet « *1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ; 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'autorité concédante* » ([art. 6](#) de l'ordonnance du 29 janvier 2016).

Si le contrat de concession de travaux est très proche, par son objet, du marché public de travaux, il s'en distingue par des **traits communs à tous les contrats de concession** : le transfert au cocontractant d'un risque d'exploitation (s'agissant d'un contrat de concession de travaux, le risque lié à l'exploitation d'un ouvrage) et l'existence d'une contrepartie consistant dans l'octroi au cocontractant soit d'un droit d'exploitation (s'agissant d'un contrat de concession de travaux, le droit d'exploiter l'ouvrage qui fait l'objet du contrat), soit de ce droit assorti d'un prix.

4. Concessions d'aménagement

4.1. Recours aux concessions d'aménagement

La concession d'aménagement est le contrat administratif par lequel une personne publique confie à un aménageur, sous la maîtrise d'ouvrage de celui-ci, la réalisation d'opérations d'aménagement, c'est-à-dire d'opérations ayant pour objet « *de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels* » (art. [L. 300-1](#) du code de l'urbanisme).

Le concessionnaire assure « *la maîtrise d'ouvrage des travaux, bâtiments et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution* » (art. [L. 300-4](#) de ce code). Le concédant exerce sur le concessionnaire et sur le déroulement des opérations un pouvoir de contrôle permanent (art. [L. 300-5](#) du même code).

La concession d'aménagement peut prévoir que le concessionnaire se procure les biens nécessaires à l'opération par voie d'expropriation ou puisse les acquérir par préemption (art. [L. 300-4](#) précité). La rémunération du concessionnaire est assurée grâce au recours à la « *vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession* » (même article). Il est également possible pour l'autorité concédante de participer au financement de l'opération par des apports en terrain ou des apports financiers (art. [L. 300-5](#)).

Ce régime permet à la collectivité concédante de se décharger de la maîtrise d'ouvrage, d'assurer la cohérence des opérations de construction entre elles et d'effectuer des économies d'échelle. La concession d'aménagement est le mode de réalisation privilégié d'une zone d'aménagement concertée (art. [L. 311-1](#) et suivants de ce code) [v. fiche « *Urbanisme économique* »].

4.2. Règles de passation des concessions d'aménagement

Le législateur a prévu que toute concession d'aménagement doit faire l'objet d'une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes (art. [L. 300-4](#), 2^e alinéa).

Les modalités de cette procédure sont précisées dans la partie réglementaire du code de l'urbanisme (art. [R. 300-4](#) à [R. 300-11-9](#)).

Les concessions d'aménagement dans lesquelles **le concessionnaire assume un risque économique** lié à l'opération d'aménagement constituent, au regard du droit de l'Union européenne et du droit interne, des contrats de concession. En conséquence, ce sont les dispositions de l'ordonnance du 29 janvier 2016 et du décret du 1^{er} février 2016, relatifs aux contrats de concession, qui s'appliquent (art. [R. 300-4](#) du code de l'urbanisme). S'y ajoutent des règles particulières : notamment, publication systématique d'un avis d'appel à la concurrence conforme à un modèle arrêté par les autorités de l'Union (art. [R. 300-5](#)) ; transmission à chaque candidat d'un document décrivant les caractéristiques essentielles de la concession d'aménagement, le programme global prévisionnel des équipements et constructions projetés et les conditions de mise en œuvre de l'opération (art. [R. 300-7](#)).

Les concessions d'aménagement dans lesquelles **le concessionnaire n'assume pas un risque économique** lié à l'opération d'aménagement s'analysent comme des marchés publics. Les règles applicables dépendent alors du franchissement du seuil des procédures formalisées applicables aux marchés publics de travaux (v., pour le rappel de ce seuil, la fiche « *Marchés publics* », point 1) :

- lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est égal ou supérieur à ce seuil, ce sont les dispositions de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016, relatifs aux marchés publics, ainsi que, s'agissant des collectivités territoriales, celles des articles [L. 1414-1](#) à [L. 1414-4](#) du CGCT, qui s'appliquent, sous réserve d'un certain nombre d'adaptations (art. [R. 300-11-2](#)) ;
- lorsque le montant total des produits de l'opération d'aménagement faisant l'objet du contrat est inférieur à ce seuil, la concession doit faire l'objet d'une publicité et d'une procédure adaptée (art. [R. 300-11-3](#)).

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) dont ils détiennent la totalité du capital (art. [L. 327-1](#) du code de l'urbanisme) habilitées à réaliser toute opération d'aménagement au sens du code de l'urbanisme (art. [L. 300-1](#)) exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur leur territoire.

En principe, les SPLA se trouvent en quasi-régie avec les collectivités territoriales qui les créent. Ces dernières ne sont donc pas tenues d'appliquer les règles de passation relatives, selon le cas, aux contrats de concession ou aux marchés publics lorsqu'elles ont recours à ces SPLA.

S'agissant des contrats passés par les SPL/SPLA pour leurs achats, il convient de vérifier dans chaque cas de figure si la société concernée doit être regardée comme un acheteur au sens des dispositions de [l'article 9](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée.

→ *Pour approfondir*

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, les fiches techniques sur [les contrats entre entités du secteur public](#), p. 7, et sur [les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) (mises à jour respectivement les 21 juin et 8 novembre 2016).

V. également la fiche « *Sociétés locales à statut spécifique* » du présent guide.

5. Crédit-bail

5.1. Notion de crédit-bail

Né aux États-Unis sous le nom de *leasing*, le crédit-bail a été introduit en France par l'article 1^{er} de la loi n° 66-455 du 2 juillet 1966 (aujourd'hui, article [L. 313-7](#) du code monétaire et financier). Le crédit-bail constitue une technique contractuelle de financement par laquelle le crédit-preneur, ne disposant pas de la capacité financière pour acheter le bien immédiatement, fait acheter un bien par le crédit-bailleur. Le crédit-preneur loue ensuite le bien durant une période correspondant généralement à la durée d'amortissement de celui-ci. Le crédit-bailleur conserve une garantie sur le bien puisqu'il en demeure propriétaire jusqu'à la fin du bail, à l'issue duquel le crédit-preneur peut acheter le bien à sa valeur résiduelle, le restituer au crédit-bailleur ou éventuellement poursuivre sa location.

Les personnes publiques peuvent se retrouver en situation de **crédit-preneur** et, plus rarement, en position de crédit-bailleur (seront uniquement développées les modalités de la première hypothèse).

Le crédit-bail constitue un dispositif contractuel complexe dans la mesure où il met en œuvre, généralement, trois acteurs et quatre actes contractuels différents.

Les trois acteurs sont le vendeur du bien, le crédit-bailleur et le crédit-preneur.

Les quatre actes contractuels sont : le mandat généralement donné par le crédit-bailleur au crédit-preneur en vue de l'achat par le premier du bien destiné à être donné en location au second ; l'achat du bien par le crédit-bailleur au vendeur ; la location du bien acheté par le crédit-bailleur au crédit-preneur ; la promesse de vente du bien à la fin du bail faite par le bailleur au preneur, à sa valeur résiduelle (prenant en compte le montant des loyers versés).

Les collectivités locales peuvent envisager, au titre des aides à l'immobilier d'entreprise visées par l'article [L. 1511-3](#) du CGCT, de financer et construire, dans le cadre d'un crédit-bail, un immeuble adapté aux besoins d'une entreprise. Cet immeuble sera loué sur une longue période (quinze ans en moyenne), et le crédit-preneur bénéficiera d'une option d'achat pour l'immeuble et le terrain. Les loyers pourront correspondre aux échéances des emprunts contractés par la collectivité locale pour financer l'immeuble.

5.2. Le recours au crédit-bail

Le crédit-bail présente de multiples intérêts :

- pour le **crédit-preneur public**, cette technique de financement ne nécessite qu'un apport de fonds limité, l'investissement réalisé étant échelonné par des loyers payés par la personne publique au crédit-bailleur ;
- pour le **crédit-bailleur privé**, cette technique offre des garanties importantes, dans la mesure où il reste propriétaire du bien jusqu'au terme du bail et se trouve donc prémuni contre la défaillance du preneur.

Le recours des personnes publiques au crédit-bail fait l'objet de plusieurs restrictions issues de la jurisprudence, en particulier :

- en vertu de l'article 2 de la loi [n° 85-704](#) du 12 juillet 1985 (loi MOP), le maître d'ouvrage public pour lequel un ouvrage est construit remplit « *une fonction d'intérêt général dont il ne peut se démettre* » ; toutefois, il a été jugé que lorsqu'une personne privée construit, pour le compte d'une personne publique, un ouvrage dont elle conserve la propriété pour une longue durée après la réception de celui-ci, alors la personne publique ne joue pas le rôle de maître d'ouvrage (v. dans le cas d'une location-vente avec option d'achat, CE, 12 octobre 1988, *Ministère des Affaires sociales c/ Société Sergic*, [n° 82053](#), ou dans le cadre d'un BEA prévoyant la construction, par son titulaire, d'un bien destiné à être loué à la personne publique contractante, à laquelle il devait revenir en fin de bail : CE sect., 25 février 1994, *SA Sofap-Marignan Immobilier*, [n°s 144641 et 145406](#)) ;
- dans une décision du 26 juin 2003, le Conseil constitutionnel a jugé que « *le recours au crédit-bail ou à l'option d'achat anticipée pour préfinancer un ouvrage public ne se heurte, dans son principe, à aucun impératif constitutionnel ; que, toutefois, la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique ou de la domanialité publique serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques, et au bon usage des deniers publics* » ; le recours au crédit-bail, dérogatoire au droit commun de la domanialité publique, doit donc demeurer exceptionnel (CC, décision [n° 2003-473](#) DC du 26 juin 2003, cons. 18).

5.3. Règles de passation des contrats de crédit-bail

Contrairement à l'état du droit qui prévalait avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les marchés de services financiers qui ont pour objet un achat ou une location immobilière n'entrent pas dans le champ d'application des règles de passation qui s'imposent aux marchés publics. Ils relèvent en effet de **l'exclusion définie au 2° de l'article 14 de cette ordonnance** (art. 10, a de la directive [2014/24/UE](#)). Il en est ainsi des services financiers attachés à un contrat de crédit-bail lorsqu'il porte sur l'acquisition ou la location de biens immobiliers.

Cependant, un contrat de crédit-bail conclu par une personne publique afin de financer la **construction** d'un ouvrage nécessaire au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général pourrait entrer dans la définition du marché de partenariat (v. *supra* point **2.6.**), auquel cas, les règles relatives à ce type de contrat trouveraient à s'appliquer.

6. Vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)

6.1. Notion de VEFA

La vente en l'état futur d'achèvement (ci-après VEFA) a été créée par la loi [n° 67-3](#) du 3 janvier 1967, désormais codifiée au code de la construction et de l'habitation (art. [L. 261-1](#) à L. 261-22 et [R. 261-1](#) à R. 261-33) et pour partie au code civil ([art. 1601-1](#) à 1601-4).

En vertu de l'article [1601-3](#) du code civil, la VEFA est un contrat dédié à une opération de construction, par lequel le vendeur transfère immédiatement ses droits sur le sol à l'acquéreur, ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à construire deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution, l'acquéreur étant tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. La maîtrise d'ouvrage des opérations est à la charge du vendeur, jusqu'à la réception des travaux. La VEFA appartient, avec la vente à terme, à la catégorie des ventes d'immeubles à construire.

Le contrat de VEFA n'est pas, en principe, un marché public soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 (il relève de **l'exclusion prévue au 2° de l'article 14 de cette ordonnance**), et ne peut donc être considéré comme un contrat administratif par détermination de son [article 3](#). Au regard des critères jurisprudentiels du contrat administratif, le contrat de VEFA constitue **normalement un contrat de droit privé**. Une requalification en marché public de travaux peut toutefois être effectuée dans certaines hypothèses (cf. *infra*).

6.2. Recours à la VEFA

En vertu du principe de liberté contractuelle, érigé au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (CC, décision [n° 2000-437](#) DC 19 décembre 2000, *Financement de la sécurité sociale pour 2011*, cons. 37), et qui s'applique aux collectivités publiques (CC, décision [n° 2009-584](#) DC 16 juillet 2009, *Réforme de l'hôpital*, cons. 9), celles-ci sont, en principe, libres de recourir au contrat de VEFA pour acquérir des biens immobiliers destinés à être affectés aux missions de service public dont elles ont la charge.

Aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de VEFA. Toutefois, le recours à la VEFA ne doit pas aboutir à un détournement du droit de la commande publique (CE, sect., 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute Garonne*, [n° 57679](#) – v. *infra* point **6.3.**).

Le principal intérêt du recours à la VEFA réside dans la souplesse qu'elle procure. Le vendeur bénéficie d'une rémunération à mesure de l'avancement des travaux et non à l'achèvement de la construction. L'acquéreur se décharge de la maîtrise d'ouvrage des travaux au profit du vendeur. De plus, la VEFA permet d'étaler le paiement des travaux. En choisissant un tel procédé, la personne publique s'affranchit des règles traditionnelles régissant la construction d'un « immeuble public ». De plus, si la personne publique ne dispose pas des terrains nécessaires à la construction du bâtiment envisagé, la VEFA permet de s'affranchir du recours à une procédure d'expropriation, et ainsi, d'augmenter la célérité de l'opération. En pratique toutefois, le recours à la VEFA par les collectivités publiques s'avère rare. Le plus souvent, c'est une société d'économie mixte locale qui a recours à la VEFA et qui s'interpose entre la collectivité et le vendeur.

Un régime spécifique de VEFA existe en matière de logement social (art. [L. 432-2](#) du code de la construction et de l'habitation).

6.3. Règles de passation des contrats de VEFA

La VEFA n'est en principe pas soumise à des règles de publicité et de mise en concurrence particulières. Le recours à la VEFA ne saurait toutefois servir à contourner les règles applicables en matière de marchés de travaux. Ainsi, les collectivités publiques « *ne sauraient recourir à de tels contrats lorsque l'objet de l'opération consiste en la construction même d'un immeuble pour le compte de la collectivité publique, lorsque l'immeuble est entièrement destiné à devenir sa propriété et lorsqu'il a été conçu en fonction des besoins propres de la personne publique* » (CE, sect., *Région Midi-Pyrénées c/ Synd. de l'architecture de la Haute Garonne*, préc. ; CE, 14 mai 2008, *Communauté de communes de Millau-Grands Causses*, n° 280370). Un contrat de VEFA qui aurait en réalité un tel objet devrait être **requalifié en marché public de travaux**, auquel cas sa passation devrait respecter les règles applicables aux marchés publics de travaux prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015. Il en irait de même de tout autre contrat de VEFA qui remplirait la définition du marché public de travaux donnée au I de [l'article 5](#) de cette ordonnance (pour un exemple de requalification en marché public de travaux d'un ensemble contractuel comprenant un contrat de VEFA, voir CJCE, 18 janvier 2007, *Jean Auroux c/ Commune de Roanne*, aff. [C-220/05](#)).

(Version de décembre 2018)

1. Notion de « marque publique »

1.1. Notion de marque

La marque est définie à l'article [L. 711-1](#) du code de la propriété intellectuelle (ci-après CPI) : « *La marque de fabrique, de commerce ou de service est un signe susceptible de représentation graphique servant à distinguer les produits ou services d'une personne physique ou morale. Peuvent notamment constituer un tel signe :*

- a) Les dénominations sous toutes les formes telles que : mots, assemblages de mots, noms patronymiques et géographiques, pseudonymes, lettres, chiffres, sigles ;*
- b) Les signes sonores tels que : sons, phrases musicales ;*
- c) Les signes figuratifs tels que : dessins, étiquettes, cachets, lisières, reliefs, hologrammes, logos, images de synthèse ; les formes, notamment celles du produit ou de son conditionnement ou celles caractérisant un service ; les dispositions, combinaisons ou nuances de couleurs ».*

La marque est dite « collective » (art. [L. 715-1](#) du CPI) lorsqu'elle peut être exploitée par toute personne respectant un règlement d'usage établi par le titulaire de l'enregistrement.

Une distinction doit être opérée entre :

- d'une part, les marques collectives dites « simples » qui donnent une indication de l'origine des produits et services proposés ; elles n'ont qu'un intérêt privé et ne comportent aucune garantie de qualité à l'égard du consommateur ;
- et d'autre part, les marques collectives de certification qui poursuivent un intérêt général et ont une fonction de garantie de certaines qualités ou caractéristiques des produits et services proposés.

Les concepts de « marque » et de « nom de domaine », utilisés sur les sites internet publics (v. art. [L. 45](#) et s. du code des postes et des communications électroniques (ci-après CPCE) concernant notamment le « .fr »), sont étroitement liés dans la mesure où ils concourent tous deux à mettre en valeur l'action publique : les noms de domaine sont le reflet d'une identité numérique et correspondent souvent à l'expression d'une marque sur internet. Marques et noms de domaine sont régis par des règles différentes, mais peuvent interagir. Un nom de domaine peut constituer un obstacle juridique à l'adoption d'une marque, et inversement. Détenir une marque peut en effet permettre d'obtenir un nom de domaine identique ou similaire réservé par un tiers, sous certaines conditions (v. art. [L. 45-6](#) du CPCE).

Les « noms de domaine » des personnes publiques sont le point d'entrée de l'administration sur internet, ils concourent à mettre en valeur l'action publique et les marques sur internet, et à offrir plus de lisibilité aux internautes (not. avec l'extension « .gouv.fr »).

1.2. Marques des personnes publiques

Les « marques publiques », qui relèvent de la définition de droit commun, peuvent désigner une institution, un établissement, une collectivité (par ex. INSEE, CNIL, Paris Sorbonne IV, Château de Versailles...); un évènement, une activité, une politique publique (tels que la French Tech, Vivapolis, France université numérique...); des marques de « reconnaissance » (les pôles de compétitivité, EPV - Entreprises du Patrimoine Vivant...); des labels (Label Rouge, AB...). Elles font partie du patrimoine immatériel des personnes publiques au même titre que les actions ou obligations, les propriétés littéraires ou artistiques (droit d'auteur, base de données...) ou encore les autres titres de propriété industrielle (brevets...) [v. fiche « *Patrimoine immatériel des personnes publiques* »].

En outre, la marque publique ne se confond pas avec l'image d'un bien public et l'image de marque d'un tel bien qui peuvent faire l'objet d'une protection spécifique. Ainsi le législateur a consacré la création d'un droit à l'image sur les bâtiments des domaines nationaux afin de prévenir tout usage abusif à des fins commerciales de ces derniers (v. l'art. L. 621-42 du code du patrimoine issu de la loi n° 2016-925 du 7 juill. 2016).

2. Usage économique des marques publiques

2.1. Aperçu général

Les actifs immatériels publics sont aujourd'hui pleinement considérés comme des facteurs de compétitivité et de croissance. Ils constituent une ressource majeure pour l'efficacité des organisations publiques, la création de valeur socio-économique et le développement de l'attractivité économique des territoires (commune, département, région, autres subdivisions administratives...) et des États.

Une marque publique permet de garantir l'origine d'un produit ou d'un service en opérant une distinction claire avec ceux provenant d'une autre entité. Le dépôt d'une marque doit s'inscrire dans une stratégie définie par la personne publique pour que cette marque soit efficace. A cet égard, la marque doit reposer sur les **trois piliers** suivants (v. cahier pratique de l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE) : « [Marques publiques : comment les protéger ?](#) ») :

- un **sens**, constitué par les valeurs, la promesse, le positionnement de la marque ;
- des **signes**, correspondant à son identité visuelle (logo, typographie, signature, graphisme), à sa façon de s'exprimer ;
- des **actes**, dans lesquels la marque s'incarne, qui viennent prouver son positionnement et qu'il convient de faire connaître.

Dans un environnement de plus en plus compétitif, valoriser leur marque permet à des opérateurs publics à l'instar des musées ou des universités de développer leur notoriété, leur attractivité et de se différencier. La marque permet avant tout de mettre en place une stratégie globale, de donner du sens et de se développer de façon cohérente.

La marque collective issue de l'article [L. 715-1](#) du CPI, pour laquelle le titulaire de l'enregistrement définit un règlement voire un agrément à l'égard des tiers qui souhaitent l'exploiter, peut également jouer un rôle important dans la garantie de qualité des produits et services que des entités publiques sont susceptibles de proposer au public (par ex., aux termes de l'article [L. 331-29](#) du code de l'environnement, aujourd'hui abrogé par l'article 30 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, l'établissement public national à caractère administratif dénommé « Parcs nationaux de France », placé sous la tutelle du ministre chargé de la protection de la nature, était chargé de faire déposer et administrer, dans les conditions prévues aux articles L. 715-1 à L. 715-3 du CPI, les marques collectives des parcs nationaux ; ces missions sont désormais reprises par l'Agence française pour la biodiversité ([article 23](#) de la loi précitée), qui a été créée à compter du 1^{er} janvier 2017).

Une marque publique bénéficiant d'une solide notoriété peut permettre de générer des ressources financières complémentaires (notamment par le développement de produits dérivés, la mise en place de licences de marque, le développement des partenariats et mécénats...). La marque « Louvre » en est un bon exemple.

La marque publique peut aussi être un vecteur d'attractivité, notamment économique, des territoires. Des marques publiques fortes et reconnues concourent en effet à mettre en valeur ces derniers. En ce qui concerne les marques de territoire, elles visent à encourager l'implantation d'entreprises et d'investisseurs potentiels en valorisant les atouts d'un territoire dans une logique de développement des activités à l'échelle nationale ou internationale (v. par exemple, la marque « Alsace »).

Ce potentiel économique de la marque publique doit inciter les collectivités publiques à s'engager dans la voie d'une stratégie de marque solidement définie pour redynamiser un tissu économique local ou diversifier l'environnement économique en faisant interagir les acteurs publics et privés. Le dépôt d'une marque est donc, en soi, une mesure nécessaire mais aucunement suffisante : il doit s'accompagner de la mise en place d'une véritable politique visant à développer et à valoriser la marque, qui ne saurait se résumer à un chapitre du plan de communication de la personne publique. Le pilotage de la marque offre en effet une réelle opportunité aux administrations publiques de mieux remplir leur mission de service public et de contribuer par là même à leur modernisation.

2.2. Intérêt de déposer une marque publique dans un cas déterminé

La personne publique doit s'interroger sur l'opportunité du dépôt d'une marque. En effet, l'enregistrement d'une marque, son suivi et sa protection génèrent des coûts dont il faut déterminer, particulièrement dans un contexte de maîtrise des dépenses publiques, s'ils sont justifiés. Tout signe ou dénomination utilisé par la personne publique n'a pas nécessairement besoin d'être déposé à titre de marque. L'entité publique doit déterminer des **critères de sélection pertinents** « *pour élaborer une stratégie efficace de protection et de défense des marques* ».

Les cahiers pratiques de l'APIE précités précisent les différentes questions à se poser lorsqu'une personne publique envisage de déposer une marque :

- quelle est ou quelles sont précisément la ou les marques à protéger ? Par exemple, le Centre Pompidou doit-il déposer, outre la marque «Centre Pompidou», des marques telles que «Centre Georges Pompidou», «Centre national d'art et de culture-Georges Pompidou» (sa dénomination officielle), «Beaubourg» (dénomination communément utilisée par les Parisiens), chacune de ces marques

généralisant des coûts de dépôt et de suivi. La même question se pose de manière plus aigüe encore s'agissant des noms de domaine.

- les destinataires des produits et/ou services désignés par la marque sont-ils externes à l'administration ? Sont-ils actuels ? Sont-ils nombreux ?
- les produits/services visés par la marque font-ils l'objet d'une grande visibilité ?
- la marque est-elle un levier stratégique et/ou politique ?
- existe-t-il des risques de détournements ou d'usurpation ?
- quel est l'objectif poursuivi par le développement de la marque ? Quelle est sa pertinence ?
- quelles sont les ressources financières qui pourront être affectées à la protection et la défense de la marque ?
- à quel moment doit intervenir le dépôt de la marque ? Il doit être suffisamment précoce pour empêcher d'autres de s'approprier la marque, mais, compte tenu des coûts induits et de la nécessité d'exploiter la marque pour que sa protection demeure active, il ne peut porter que sur des signes suffisamment stabilisés et dont l'exploitation est prévue à court terme (Dans certains cas, le dépôt préventif de plusieurs marques peut être envisagé concernant des signes hautement exposés : annonce ministérielle...).
- → **Pour approfondir**, v. « [L'Arbre de décision](#) », en ligne sur le site internet de l'APIE. Il a pour objectif de permettre à une administration souhaitant utiliser un signe distinctif d'arbitrer quant à la pertinence d'un dépôt du signe à titre de marque française.

3. Cadre juridique des marques publiques

3.1. Droit applicable

Les personnes publiques sont soumises au droit commun des marques. Les dispositions du CPI et la directive [2008/95/CE](#) du 22 octobre 2008 leurs sont applicables en matière d'acquisition et de protection du titre (La directive 2008/95CE est abrogée avec effet au 15 janvier 2019 par la directive (UE) [2015/2436](#) du Parlement Européen et du Conseil du 16 décembre 2015 qui a procédé à des modifications du système des marques dans l'UE. Il appartient donc aux États membres de transposer l'essentiel de ses dispositions en droit interne avant cette date). Le règlement CE n° 2007/2009 du 26 février 2009 sur la marque de l'Union européenne tel que modifié par le règlement UE [2015/2424](#) du 16 décembre 2015, entré en vigueur le 23 mars 2016, leur est également applicable. Ce règlement modificatif contient un certain nombre de dispositions qui s'appliquent depuis le 1^{er} octobre 2017, étant donné qu'elles ont dû être précisées par le règlement délégué (UE) [2018/625](#) du 5 mars 2018 complétant le règlement (UE) [2017/1001](#) du 14 juin 2017 et le règlement d'exécution (UE) [2018/626](#) du 5 mars 2018 établissant les modalités d'exécution détaillées de certaines dispositions du règlement (UE) [2017/1001](#) préc.

La question du rattachement de la marque d'une personne publique au domaine public ou privé divise la doctrine, même si elle considère majoritairement que le patrimoine immatériel fait partie du domaine privé. En toute hypothèse, l'enregistrement d'une marque permet le bénéfice d'une protection juridique et confère à la personne publique la possibilité d'exercer un droit de propriété sur cette dernière. Les marques publiques sont déposées selon la même procédure que les marques privées et soumises au même régime juridique. Dès lors, elles sont librement cessibles, exploitables et valorisables.

3.2. Forme de la marque

Le principe est que les droits de marque, comme tous les droits de propriété industrielle, s'acquièrent par le dépôt. La marque doit être déposée auprès d'un organisme national ou international de gestion des droits de propriété industrielle. En France, le dépôt d'une marque se fait auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI). Lorsqu'une marque est déposée et enregistrée, son utilisation est protégée sur le territoire et pour les classes de produits ou de services correspondants (principes de territorialité et de spécialité). L'enregistrement d'une marque est parfois symbolisé par les caractères [™] et [®], qui n'ont pas de valeur juridique en droit français. La marque est régie par les dispositions des articles [L. 711-1](#) et suivants du CPI.

Par exception, des droits de marque peuvent être reconnus sur des marques non enregistrées (la marque « notoire », telle que définie à l'article 6 bis de la [Convention de Paris](#), s'entend d'une marque qui peut jouir d'une protection quand bien même elle ne fait pas l'objet d'un enregistrement), voire étendus au-delà du principe de spécialité (v. article [L. 713-5](#) du CPI, s'agissant de la marque dite de « renommée »).

Ces dispositions s'appliquent toutefois aux marques qui, suite à l'usage intensif et parfois ancien qui en est effectué par leurs titulaires, jouissent d'un degré de connaissance très élevé auprès du public et, partant, bénéficient d'une protection élargie.

La Cour de justice a précisé que la marque de renommée doit présenter un degré suffisant de connaissance qui doit être apprécié au regard du public concerné par la marque en tenant compte de tous les éléments pertinents et notamment la part de marché détenue par cette marque, l'intensité, l'étendue géographique et la durée de son usage ainsi que l'importance des investissements réalisés pour la promouvoir (CJCE, 14 septembre 1999, *General Motors Corporation c/Yplon SA*, [aff. C-375/97](#); v. aussi CA Paris 25 février 2000 : RJDA 11/00 n° 1057, s'appuyant sur la connaissance du public).

Aussi, le bénéfice de ce régime dérogatoire est soumis à des conditions très strictes. Il est donc préférable pour assurer une protection efficace de déposer les marques nécessaires lorsque c'est pertinent.

Une marque peut prendre plusieurs formes : elle peut être verbale (c'est-à-dire composée uniquement de combinaison de lettres ou de mots), semi-figurative (composée d'éléments verbaux et d'éléments graphiques) ou figurative (composée d'éléments graphiques seulement).

3.3. Cas particulier des marques de l'État

L'APIE, créée en 2007, accompagne les administrations de l'État pour la création, le développement et la protection de leurs marques (soit environ 890 marques). Son rôle a été considérablement accru par les dispositions du décret [n° 2015-76](#) du 23 juin 2015, aux termes desquelles elle est chargée depuis le 1^{er} novembre 2015, de la gestion des portefeuilles de marques des administrations civiles de l'État (comprenant les administrations centrales et les services à compétence nationale d'une part et les services déconcentrés d'autre part), ainsi que de celles des administrations militaires et des forces armées (1^o au 4^o du I de l'article 3). L'APIE a ainsi déposé 54 marques pour le compte des services de l'État en 2017, après avoir mené une analyse systématique sur l'opportunité du dépôt et la disponibilité du signe envisagé.

Pour l'accomplissement de ses démarches et actions, l'agence peut recourir, après accord des administrations concernées, aux services d'un prestataire. Les administrations de l'État n'entrant pas dans

le champ de l'article 3 de ce décret (autorités administratives indépendantes non dotées de la personnalité morale, grands corps de l'État, etc.) peuvent également confier la gestion de leurs marques à l'APIE via une convention de délégation de gestion. Une [circulaire du 20 juillet 2015](#) explicite le dispositif de gestion mutualisée des marques de l'État par l'agence (v. pour les modalités précises, *infra* **4.1.** et **5**).

4. Les modalités d'acquisition du droit sur une marque publique

4.1. Procédure d'enregistrement

La propriété de la marque s'acquiert par l'enregistrement (art. [L.712-1](#) et [L.713-1](#) du CPI). L'enregistrement de la marque est valable pour une durée de dix ans, renouvelable indéfiniment.

Depuis le 1^{er} novembre 2015, les administrations de l'État saisissent l'APIE de tout projet de dépôt de marque. Cette dernière émet un avis sur la pertinence et la validité du dépôt de marque envisagé et formule des recommandations de protection ; elle procède, en leur nom et pour leur compte, à l'ensemble des formalités nécessaires à l'enregistrement des marques, en France comme à l'étranger, et aux formalités d'inscription relatives aux marques (1^o du I de [l'article 3](#) du décret du 23 juin 2015 préc. ; v. également la [circulaire du 20 juillet 2015](#) préc.).

Il appartient à la personne publique souhaitant déposer une marque ou à l'APIE pour le compte de l'État de vérifier la validité du signe choisi, d'identifier le territoire et les produits et services visés ainsi que de vérifier la disponibilité du signe qu'elle souhaite déposer en procédant aux recherches d'antériorités utiles. Aux termes de [l'article L. 711-4](#) du CPI, la marque devant être enregistrée ne doit pas porter atteinte à des droits antérieurs (comme une marque antérieure enregistrée ou notoirement connue, une dénomination ou raison sociale, aux droits d'auteur, ainsi qu'au nom, à l'image ou à la renommée d'une collectivité territoriale...). L'INPI ne procède pas à une telle vérification ; elle est à la charge de chaque déposant.

Il doit s'agir d'une marque distinctive (ce qui exclut les signes descriptifs ou ceux étant la désignation générique ou usuelle des produits et services visés par la marque), non-trompeuse (sur la nature, la qualité ou la provenance du produit ou service : [article L. 711-3 c](#)) du CPI) et licite ([l'article L. 711-3 b](#)) du CPI proscrit ainsi tout signe « contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs, ou dont l'utilisation est légalement interdite »).

4.2. Étendue de l'enregistrement

La protection de la marque est limitée aux territoires sur lesquels elle a été déposée, en vertu du principe de territorialité. Il est possible toutefois, pour une personne publique comme une personne privée, de protéger sa marque au-delà du territoire français :

- soit par le dépôt d'une marque de l'Union européenne auprès de l'EUIPO (Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle - *The European Union Intellectual Property Office*) ou par l'intermédiaire de l'INPI, qui la transfère à l'EUIPO ; la marque s'obtient par une procédure de dépôt et d'examen unique ; lorsqu'elle est enregistrée, elle produit ses effets dans les 28 pays de l'Union pour une durée de validité de dix ans renouvelable (règlement (CE) n° [207/2009](#) du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire qui a été modifié par le règlement (UE) n° [2015/2424](#) du Parlement européen et du Conseil, publié le 24 décembre 2015 et entré en vigueur le 23 mars 2016) ; ce texte a opéré des modifications telles que le nom de l'Office de l'Harmonisation dans le Marché Intérieur (OHMI) qui

devient « Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle (EUIPO) », ainsi que le nom de la marque qui ne s'appelle plus « communautaire », mais « de l'Union européenne » ; cette modification s'inscrit dans une révision plus large de la marque dans l'Union européenne avec en parallèle la nouvelle [directive 2015/2436](#) rapprochant les législations des États membres sur les marques ;

- soit par le dépôt d'une marque internationale auprès de l'OMPI (Organisation mondiale de la propriété industrielle) ; à noter, pour l'examen du dossier, la personne publique doit obligatoirement recourir à un mandataire local pour chaque office de propriété industrielle des pays visés par la marque, ce qui peut occasionner un coût important ;
- soit par le dépôt de marques nationales étrangères directement auprès des offices nationaux.
- S'il est procédé à une extension au niveau communautaire ou international dans un délai de six mois à compter du dépôt national ou communautaire, le déposant bénéficie de la date de priorité attachée à la marque initiale et ne pourra se voir opposer de marques identiques ou similaires éventuellement déposées par des tiers à compter de cette date.

La marque est uniquement protégée pour les produits et les services désignés au moment du dépôt (un nouveau dépôt de marque est nécessaire en cas d'élargissement des produits et des services).

L'INPI examine la validité de la marque et de son libellé, et non la disponibilité du signe : elle peut formuler des objections de forme et de fond auxquelles le déposant peut répondre. La publication de la marque au BOPI (Bulletin officiel de la propriété industrielle) intervient entre trois et six semaines après son dépôt. Toute personne intéressée peut, dès la publication au BOPI, présenter des observations dans un délai de deux mois pour alerter l'INPI sur la non-validité d'une marque (art. [L. 712-3](#) du CPI).

Les propriétaires des marques antérieures ont, par ailleurs, un délai de deux mois pour s'opposer à cet enregistrement (art. [L. 712-4 1°](#) du CPI).

La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation permet également aux collectivités locales et aux établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) de bénéficier de cette procédure d'opposition en cas d'atteinte à leur nom, leur marque, leur renommée ou en cas d'atteinte à une indication géographique (art. [L. 712-4 3°](#) du CPI). Elle a mis en place un dispositif de veille permettant à « toute collectivité territoriale ou tout établissement public de coopération intercommunale [de] demander à l'Institut national de la propriété industrielle d'être alerté en cas de dépôt d'une demande d'enregistrement d'une marque contenant sa dénomination (...) » (art. [L. 712-2-1](#) du CPI). Le décret n° [2015-671](#) du 15 juin 2015, qui modifie le CPI, en fixe les modalités. L'alerte, qui est gratuite et se fait par voie électronique, doit être formulée par la collectivité ou l'EPCI, pour une dénomination ou un nom de pays précis (art. [D 712-29](#)). En contrepartie, l'INPI adresse une alerte dans les cinq jours ouvrables suivant la publication du dépôt au BOPI d'une demande d'enregistrement de la marque, contenant la dénomination ou le nom concerné (art. [D 712-30](#)).

4.3. Portée de l'enregistrement

Une fois la marque enregistrée, celle-ci donne à la personne publique un monopole d'exploitation sur le signe déposé, sur le territoire visé, pour une durée de dix ans, renouvelable indéfiniment (art. [L. 712-1](#) du CPI). Seul le titulaire de la marque a le droit d'exploiter la marque. Il peut cependant autoriser des tiers à l'exploiter, dans le cadre d'un contrat de licence ou d'un règlement d'usage. Il peut par ailleurs la céder à un tiers.

Le titulaire des droits sur une marque ne peut cependant en interdire l'usage par un tiers quand le signe n'est pas utilisé à titre de marque. Si tel n'est pas le cas, l'usage de la marque « *dans la vie des affaires* » est une condition nécessaire à la caractérisation de la contrefaçon (CA Paris, 30 avril 2003, RG n° 2001/14371 et 2001/17502; Cass. Com. 10 mai 2011, [n° 10-18.173](#)) et permet donc à son propriétaire, la personne publique, d'en faire interdire son usage. L'usage dans la vie des affaires a été défini par la Cour de cassation comme « *un usage qui tend à l'obtention d'un avantage direct ou indirect de nature économique* » (Cass. Com. 10 mai 2011, [précité](#)).

Toutefois, il n'est pas possible de s'opposer à l'usage de la marque qui est effectué à titre informatif, parodique ou critique.

5. Utilisation, gestion et protection d'une marque publique

5.1. Utilisation et gestion

Le titulaire doit faire un usage sérieux de la marque, à défaut il encourt une déchéance de ses droits (art. [L. 714-5](#) du CPI). Cette déchéance n'est pas automatique : elle doit être demandée en justice par une personne intéressée. Pour engager une action en déchéance de la marque pour défaut d'exploitation, il faut être en présence d'un défaut d'exploitation de la marque, qui doit être constaté pendant une période ininterrompue de cinq ans. Selon les dispositions de l'article [L. 714-5](#) précité, est notamment assimilé à un usage sérieux de la marque l'« *usage de la marque sous une forme modifiée n'en altérant pas le caractère distinctif* » (des modifications mineures, comme la réduction de la police d'écriture, des teintes..., sont ainsi admises).

La gestion d'une marque publique impose à la personne publique une vigilance sur de nombreux aspects. A cet égard, elle doit surveiller la date d'échéance de ses droits si elle souhaite la renouveler pour une nouvelle période de dix ans (à noter, les offices n'alertent pas les titulaires de droits et le renouvellement suppose le paiement d'une nouvelle redevance).

Les marques des services de l'État étant désormais gérées par l'APIE, l'agence les informe des échéances de renouvellement des marques et, dans le cas où ils souhaitent les renouveler, procède, en leur nom et pour leur compte, aux formalités correspondantes (v. 2° du I de [l'article 3](#) du décret du 23 juin 2015 préc.).

Les changements concernant la marque (cession, licence, changement du nom du titulaire des droits) doivent en effet être obligatoirement inscrits dans le registre national des marques de l'INPIE pour être ensuite opposables.

L'usage de la marque par des tiers doit être autorisé ; à ce titre elle doit faire l'objet de licences de marques (gratuites ou payantes : v. l'art. 2 du décret [n° 2009-151](#) du 10 février 2009), ou respecter un règlement d'usage pour les marques collectives – art. [L. 714-1](#) du CPI. Le droit n'impose pas la mise en œuvre d'une procédure de mise en concurrence pour l'attribution de droits portant sur le domaine privé (ex : concession de licence d'une marque sur le domaine privé).

S'agissant du mode de gestion de la marque, la personne publique peut soit procéder à une exploitation directe de sa marque soit recourir à des prestataires de service en concluant des contrats de licence. Dans certains cas, l'exploitation peut faire l'objet d'un contrat de licence exclusif. C'est le juge judiciaire qui sera compétent en cas de contentieux entre le licencié et la personne publique.

5.2. Protection de la marque

La protection des marques publiques, qui doit être une démarche active, est assurée par divers dispositifs alternatifs ou complémentaires.

Déposer une marque n'empêche pas un tiers de déposer une marque identique, puisque les offices n'effectuent pas de vérification de disponibilité. Le propriétaire de la marque doit la défendre contre toute utilisation non autorisée ou tout dépôt de marque postérieur portant atteinte à ses droits. Selon l'ampleur du risque identifié, le titulaire de la marque dispose de différentes réponses : la personne publique peut proposer un accord de coexistence, former une opposition (art. [L. 712-4](#) du CPI) ou encore introduire une action civile en contrefaçon (art. [L. 716-1](#) et s. du CPI) ou en nullité de l'enregistrement de la marque (art. [L. 714-3](#) du CPI : action prévue contre l'enregistrement d'une marque qui n'est pas conforme aux dispositions des articles [L. 711-1](#) à [L. 711-4](#)). Dans ce dernier cas, la décision d'annulation a un effet absolu. En conséquence, la Cour de cassation a jugé que « *la décision d'annulation d'un enregistrement de marque (...) entraîne la nullité des licences accordées sur la marque dont l'enregistrement est annulé* » (Cass. Com., 15 janvier 2008, [n° 06-15889](#)).

La personne publique peut également formuler des observations auprès de l'INPI ou de l'EUIPO, notamment lorsque la demande de marque est contraire à l'ordre public ou susceptible de tromper le public (notamment si elle laisse penser à une marque officielle).

En outre, si un enregistrement a été demandé soit en fraude des droits d'un tiers, soit en violation d'une obligation légale ou conventionnelle, la personne qui estime avoir un droit sur la marque peut revendiquer sa propriété en justice (art. [L. 712-6](#) du CPI). En cas de succès dans son action, le demandeur est substitué au premier déposant de la marque et il bénéficie ainsi de la date d'antériorité du dépôt litigieux.

Outre ces dispositions issues du CPI, les noms, logos, signatures de marques peuvent bénéficier de la protection du droit d'auteur, laquelle se cumule alors avec celle du droit des marques. Lorsque la personne publique a recours à un prestataire extérieur pour créer son nom, logo, signature de marque, il est indispensable pour la personne publique de veiller à obtenir la cession des droits d'auteur. La surveillance et la défense des marques par les personnes publiques présentent un bénéfice double : d'une part, faire cesser la tromperie des usagers sur la nature publique d'un produit ou d'un service et d'autre part, faire cesser pour la personne publique, les atteintes à son image, ses valeurs et son action.

S'agissant des administrations de l'État, l'APIE assure, depuis le 1^{er} novembre 2015, la veille des dépôts de marque postérieurs susceptibles de porter atteinte aux marques qu'elles ont déposées et émet à leur attention des recommandations motivées sur les actions à mener en cas d'atteinte à leurs marques. Le cas échéant, elle engage, avec leur accord, toute action précontentieuse utile à la protection des marques, notamment la procédure d'opposition à l'enregistrement de marques postérieures leur portant atteinte (3^o et 4^o du I de l'article [3](#) du décret du 23 juin 2015 préc.).

Patrimoine immatériel des personnes publiques

(Version de décembre 2018)

1. Notion de patrimoine immatériel des personnes publiques

Le patrimoine immatériel des personnes publiques est composé des actifs qui échappent à toute appréhension matérielle mais qui présentent un potentiel de service utile à l'exécution des missions publiques, certains pouvant faire l'objet d'une évaluation monétaire. Il n'existe pas à ce jour de définition juridique du patrimoine immatériel en général, et de celui de l'État en particulier, ni dans le code général de la propriété des personnes publiques, ni dans aucun autre texte. La notion d'immobilisations incorporelles, par exemple, propre à la comptabilité privée, ne suffit pas pour cerner la réalité des actifs immatériels (v. *infra*).

Des recommandations ont été formulées en décembre 2006 par le [rapport de la commission dite « Lévy-Jouyet » sur l'économie de l'immatériel](#). Ce rapport avait abouti à la conclusion que l'État ne valorisait pas suffisamment ses différents actifs immatériels.

L'article 2 du décret [n° 2009-151](#) du 10 février 2009 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'État consistant en une valorisation de son patrimoine immatériel permet toutefois, grâce à la liste de prestations assurées par l'État qu'il comporte, de mieux appréhender la notion :

- « 1° Cession, concession ou licence de droits de propriété intellectuelle ;
 - 2° Participation à la création de droits de propriété intellectuelle ou de biens, lorsque ceux-ci résultent de l'exécution d'un marché public ou d'un contrat de partenariat ;
 - 3° Mise à disposition ou cession d'informations, à l'exclusion des opérations de copie et de transmission mentionnées, respectivement, aux b et c de l'article 4 de la loi du 17 juillet 1978 ;
 - 4° Location ou mise à disposition, à titre temporaire, de salles, d'espaces ou de terrains, en vue d'événements, de manifestations, de tournages d'œuvres audiovisuelles ou de prises de vue ;
 - 5° Organisation ou participation à l'organisation d'événements de toute nature, notamment colloques et conférences ;
 - 6° Valorisation du savoir-faire ou de l'expertise des services de l'État, notamment en matière de formation, recherche et études ;
 - 7° Mise à disposition temporaire d'espaces ou vente d'espaces sur tous supports à des fins publicitaire, de communication ou de promotion.
- Les prestations mentionnées ci-dessus peuvent être accompagnées de prestations complémentaires, telles que la mise à disposition de moyens, donnant lieu à rémunération ».*

Dans cette catégorie d'actifs, figurent des éléments relevant de la propriété intellectuelle, protégés par le code de la propriété intellectuelle (CPI). Il s'agit, notamment, de la propriété littéraire et artistique, du droit d'auteur (logiciels, bases de données, licences...), du droit de la propriété industrielle (brevets et marques : v. la fiche « *marques publiques* »). Le savoir-faire des personnes publiques, quant à lui, ne relève pas de la protection du CPI. S'y ajoutent les fréquences radioélectriques (qui relèvent du domaine public de l'État par détermination de la loi, cf. article [L. 2111-17](#) du code général de la propriété des personnes publiques, ci-après CG3P), ainsi que les quotas de gaz à effet de serre (art. [L. 229-15](#) du code de l'environnement).

2. L'usage économique du patrimoine immatériel des personnes publiques

La [circulaire](#) du 18 avril 2007 relative à la gestion des actifs immatériels de l'État fixe **trois objectifs** :

- optimiser l'impact de la gestion du patrimoine immatériel sur l'économie ;
- tirer parti d'une meilleure valorisation des actifs pour accroître les marges de manœuvre budgétaires, moderniser les services publics, soutenir la conduite des politiques publiques au profit des usagers et contribuer au désendettement ;
- prémunir l'État et les usagers contre d'éventuels risques de détournement.

Ces objectifs, de portée générale, constituent une référence pertinente pour les autres personnes publiques.

Les stratégies d'utilisation du patrimoine immatériel des personnes publiques ont vocation à être élaborées en lien avec le service à compétence nationale institué par [l'arrêté du 23 avril 2007](#) : l'Agence du patrimoine immatériel de l'État (APIE), dont les missions ont été récemment renforcées par le décret [n° 2015-716](#) du 23 juin 2015 en mettant en place, à compter du 1^{er} novembre de la même année, dans une optique d'efficacité renforcée, une gestion mutualisée des marques de l'État confiée à l'agence. Celle-ci pourra également réaliser pour le compte des administrations de l'État des prestations relatives aux noms de domaine.

L'APIE a mis en lumière les diverses facettes de la valorisation du patrimoine immatériel public ([Patrimoine immatériel public: Quel enjeu ? Agence du Patrimoine immatériel de l'État](#), coll. « Ressources de l'immatériel », décembre 2011) :

« Valoriser signifie à la fois :

- Savoir identifier les actifs immatériels ;
- Savoir les exploiter efficacement pour mieux remplir sa mission de service public ;
- Inscrire, lorsque c'est possible, la valeur de ces actifs au bilan des états financiers des organismes publics ;
- Optimiser la mise à disposition de ces actifs, notamment auprès des citoyens, des chercheurs, ou d'autres administrations qui peuvent les utiliser pour innover, développer ou consolider leur activité ;
- Développer des services à valeur ajoutée sur la base des actifs dans le prolongement des missions de service public et pour répondre à des besoins d'acteurs privés ou publics ;
- Protéger ces actifs contre les risques d'appropriation induite ».

L'enjeu est donc à la fois la modernisation de l'action publique et la création de valeur au bénéfice de la société dans son ensemble. Notamment, l'immatériel peut favoriser l'innovation et la création de valeur économique, par la diffusion, le partage et la mise à disposition auprès d'acteurs privés, chercheurs, communautés innovantes..., de ressources publiques. La valorisation de ce patrimoine peut aussi s'appuyer sur la circulation et la mutualisation des ressources immatérielles au sein de la sphère publique.

Les personnes publiques ont donc vocation à concevoir des stratégies de valorisation de leur patrimoine immatériel à la fois du point de vue de l'exercice de leur mission et des externalités positives susceptibles d'être produites.

3. Règles juridiques communes

3.1. Protection

Le patrimoine, même immatériel, peut être affecté à un service public (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*, [n° 181611](#)) et il faut alors protéger cette affectation. La recherche de valorisation ne doit, en outre, pas porter préjudice à la personne publique, à l'exercice de son activité ou à son image.

De telles préoccupations ressortent de réglementations sectorielles, qu'elles soient relatives à l'usage des fréquences hertziennes, à l'utilisation et la réutilisation des données publiques ou encore à la gestion des marques publiques (v. la fiche « *marques publiques* » préc.). Les actifs immatériels des personnes publiques doivent être protégés des usages abusifs ou jugés illégaux. Ainsi il peut être utile de « déposer » (pour les marques), ou d'enregistrer ces actifs auprès d'organismes habilités à cet effet, pour ensuite, donner un cadre à leur utilisation par des tiers. De même, la propriété intellectuelle poursuit avant tout pour but la protection du processus de création de l'œuvre.

3.2. Optimisation

Tout comme les organismes du secteur privé, les personnes publiques doivent en premier lieu chercher à optimiser leurs actifs immatériels en vue d'améliorer leur efficacité interne et la qualité du service rendu aux citoyens (gestion des compétences, gestion des connaissances, stratégie de marque, stratégie digitale, exploitation des données et informations, innovations).

Cette optimisation consiste aussi à accroître le potentiel socio-économique de leurs actifs immatériels et leur valeur d'usage en les diffusant plus largement, en les partageant avec d'autres acteurs (publics et privés) et en favorisant leur appropriation par le tissu économique là où cela semble opportun afin de mettre ce patrimoine immatériel au service de l'attractivité de la France (innovations, données publiques, marques et labels...).

Ces processus relèvent des règles de droit commun ou de dispositions spécifiques comme en matière d'ouverture des données publiques (v. *infra*).

3.3. Valorisation économique

La valorisation du patrimoine peut aussi donner lieu à la perception de redevances.

A défaut de dispositions réglementaires spéciales (cas par exemple, de la réutilisation des données publiques : v. *infra* point 6.), la valorisation financière de la propriété immatérielle relève, en ce qui concerne l'État, des dispositions des décrets n°s [2009-151](#) et [2009-157](#) du 10 février 2009.

Les rémunérations perçues au titre des prestations énumérées à l'article 2 du décret n° 2009-151 ont la nature de redevances pour services rendus. Leur montant est fixé, pour chaque prestation, selon les caractéristiques de celle-ci, par arrêté du ministre concerné ou par voie contractuelle. Ce décret ne fixe pas de règle de calcul de la redevance et se borne à préciser qu'elle dépend des « caractéristiques de la prestation ». Il y a donc lieu d'appliquer les règles de droit commun sur ce point (v. *Guide de légistique*, 3^{ème} édition, mise à jour 2017 : [5.2.8. "Créer, modifier ou supprimer une redevance"](#)).

Le décret n° [2009-157](#) pose quant à lui une dérogation au principe de non affectation, puisque les produits résultant de la rémunération sont affectés au budget du ministère intéressé, ce qui devrait inciter les ministères à procéder à une valorisation de leur patrimoine.

4. Respect des libertés économiques

Les actes administratifs qui organisent l'exploitation par les personnes publiques de leurs propriétés immatérielles sont soumis au droit de la concurrence (CE, 5 septembre 2001, *M. Gweltaz A*, n° [225473](#)).

De même, les actes administratifs fixant les conditions tarifaires d'exploitation des droits de propriété incorporelle dont sont titulaires les personnes publiques sont soumis au droit de la concurrence (CE, 24 juillet 2006, *Société Cegedim*, n° [247769](#)).

Enfin, le principe de liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence apparaissent également opposables aux contrats de cession de droits exclusifs auxquels sont parties les personnes publiques conformément à la jurisprudence *Société Million et Marais* (CE sect., 3 nov. 1997, n° [169907](#)). Ces règles font partie du « bloc de légalité » du droit administratif et leur prise en compte par les personnes publiques relève d'un « but d'intérêt général » (CE 10 avril 2002, *SARL Somatour*, n° [223100](#)).

5. Traitement comptable et budgétaire

En vertu du [recueil des normes comptables de l'État](#) (dans sa version issue de l'arrêté du 24 juillet 2018, accessible sur le portail des ministères économiques et financiers, p. 77 et s.), les actifs immatériels qui peuvent être identifiés à des immobilisations incorporelles doivent être comptabilisés en cette qualité au bilan de l'État, s'ils remplissent deux séries de conditions (norme comptable n° 5 du recueil) :

- son coût ou sa valeur doit pouvoir être évalué avec une fiabilité suffisante ;
- l'État doit en avoir le contrôle (ce qui se caractérise par la maîtrise des conditions d'utilisation, par exemple en vertu d'un droit de propriété ou d'un droit d'usage, et la maîtrise du potentiel de services attendus et/ou des avantages économiques futurs dérivés de cette utilisation). Le fait que l'État

supporte les risques et charges afférentes à la détention du bien constitue une présomption de l'existence d'un tel contrôle.

Dans le cadre de la loi organique relative aux lois de finances dite LOLF, certains indicateurs de performance prennent en compte la valorisation du patrimoine immatériel (par ex., dans la présentation du projet de loi de finances (PLF) 2018, le [programme 150](#) « Formations supérieures et recherche universitaire » comporte notamment l'indicateur 4.1 : montant des redevances sur titre de propriété intellectuelle dans les ressources des opérateurs).

S'agissant des collectivités locales, les éléments incorporels doivent être également comptabilisés conformément aux règles fixées par les instructions budgétaires et comptables qui leur sont applicables : M 14 pour les communes et les établissements publics de coopération intercommunale, M 52 pour les départements et M 71 pour les régions.

6. Un cas particulier de régime de valorisation : les informations publiques

6.1. Cadre général

Les dispositions de [l'article 10](#) de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978, dans leur rédaction issue de la loi n° 2015-1779 du 28 décembre 2015 et aujourd'hui abrogées, qui ont transposé en droit interne la directive [2013/37/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013, qui a modifié la directive [2003/98/CE](#) concernant la réutilisation des informations du secteur public, ont posé le principe de libre réutilisation des informations publiques, sous les réserves et dans les conditions prévues par le chapitre II de cette loi et du titre III du décret [n° 2005-1755](#) du 30 décembre 2005, aujourd'hui également abrogé.

Les dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques sont désormais codifiées au titre II du Livre III du code des relations entre le public et l'administration, ci-après CRPA (art. [L. 321-1](#) et s.). Elles ont été modifiées par les dispositions de la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, aux termes de laquelle les informations publiques figurant dans des documents communiqués ou publiés par les administrations peuvent être utilisées par toute personne qui le souhaite à d'autres fins que celles de la mission de service public pour les besoins de laquelle les documents ont été produits ou reçus (art. L. 321-1 préc.).

La voie de *l'Open data* ou ouverture des informations publiques (lesquelles sont traitées dans le 3° de l'article 2 du décret [n° 2009-151](#) précité) permet de mettre à disposition des acteurs économiques une multitude de données publiques pouvant être utilisées en vue du développement de produits et services innovants. Une plateforme [data.gouv.fr](#) est d'ailleurs dédiée à l'ouverture des données publiques françaises.

Parmi ces données publiques, certaines, dont la liste est fixée par l'article 1^{er} du décret n° 2017-331 du 14 mars 2017 relatif au service public de mise à disposition des données de référence (codifié aux articles [R. 321-5](#) et s. du CRPA), sont considérées comme des données de référence en raison, notamment, du niveau élevé de qualité qu'exige leur mise à disposition.

L'ouverture et la réutilisation des informations publiques sont pilotées, sous l'autorité du Premier ministre, par la mission [Etablab](#), qui poursuit la mise à disposition gratuite de ces données, conformément au principe général de réutilisation libre, facile et gratuite fixé par les [circulaires du Premier ministre du 26 mai 2011](#) et du 17 septembre 2013, la seconde ayant pour objet la diffusion d'un [vade-mecum](#) sur l'ouverture et le partage des données publiques. Un administrateur général des données, placé sous l'autorité du Premier ministre, a été créé par le décret [n° 2014-1050](#) du 16 septembre 2014, et est désormais rattaché au directeur interministériel du numérique et du système d'information et de communication de l'Etat (art. 5 du décret n° 2017-1584 du 20 novembre 2017). Il a notamment pour mission de coordonner l'action des administrations en matière d'inventaire, de gouvernance, de production, de circulation et d'exploitation des données par les administrations.

Des initiatives locales sont également possibles en matière d'*open data* : citons l'exemple de la ville de Rennes, première collectivité qui a ouvert en 2010 un portail de données publiques ([data.rennes-metropole.fr](#)).

Toutes les informations ne peuvent faire l'objet d'une large diffusion à des fins de réutilisation : c'est le cas notamment des données à caractère personnel (art. [L. 312-1-2](#) du CRPA, créé par la loi du 7 octobre 2016 précitée ; art. [L. 322-2](#) et [R. 322-3](#) du CRPA), dont la réutilisation est subordonnée au respect des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ou sur lesquelles des tiers détiennent des droits de propriété intellectuelle et qui ne sont pas considérées comme des informations publiques (art. [L. 321-2](#)). Il incombe ainsi aux personnes publiques de mener au préalable une étude afin de s'assurer que les données peuvent être librement diffusées.

Enfin, le Conseil d'Etat a récemment jugé qu'un service culturel producteur d'une base de données ne peut, lorsque le contenu de cette base revêt la nature d'informations publiques, se prévaloir des dispositions de l'article L. 342-1 du code de la propriété intellectuelle, pour interdire la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle du contenu de cette base (CE, 8 février 2017, *société NotreFamille.com*, n° [389806](#)).

6.2. Possibilité de rémunération et d'octroi de licence

La gratuité de la réutilisation des informations publiques est désormais posée comme principe (art. [L. 324-1](#) du CRPA, créé par l'ordonnance n° 2016-307 du 17 mars 2016 portant codification des dispositions relatives à la réutilisation des informations publiques dans le CRPA et modifié par la loi du 7 octobre 2016 précitée). Toutefois, les administrations peuvent établir une redevance de réutilisation lorsqu'elles sont tenues de couvrir par des recettes propres une part substantielle des coûts liés à l'accomplissement de leurs missions de service public (art. [L. 324-1](#) du CRPA ; sur les pratiques en la matière, v. [rapport remis au Premier ministre en novembre 2013 par M. Troiette sur l'ouverture des données publiques](#)). La réutilisation peut également donner lieu au versement d'une redevance lorsqu'elle porte sur des informations issues des opérations de numérisation des fonds et des collections des bibliothèques, y compris des bibliothèques universitaires, des musées et des archives et, le cas échéant, sur des informations qui y sont associées lorsque ces dernières sont commercialisées conjointement (art. [L. 324-2](#) du CRPA). Depuis le 1^{er} janvier 2017, l'échange d'informations publiques entre les administrations de l'État, entre les administrations de l'État et ses établissements publics administratifs et entre les établissements publics précités, aux fins de l'exercice de leurs missions de service public, ne peut donner lieu au versement d'une redevance ([article 1^{er}](#) de la loi du 7 octobre 2016 préc.).

Le produit total du montant de cette redevance, évalué sur une période comptable appropriée, ne dépasse pas le montant total des coûts liés à la collecte, à la production, à la mise à la disposition du public ou à la diffusion de leurs informations publiques. En cas d'opérations de numérisation de fonds et collections, s'ajoutent les coûts liés à la conservation de leurs informations et d'acquisition des droits de propriété intellectuelle. Le montant des redevances est fixé selon des critères objectifs, transparents, vérifiables et non discriminatoires. Ce montant est révisé au moins tous les cinq ans (art. [L. 324-3](#) du CRPA). La Commission d'accès aux documents administratifs (CADA), compétente en matière de réutilisation des informations publiques (art. [L. 340-1](#) du code des relations entre le public et l'administration), examine les conditions de détermination du montant de la redevance, notamment au regard du principe d'égalité (v. par exemple le conseil n° 20070034 du 5 avril 2007 relatif à un projet de note fixant les règles applicables à la tarification des données géographiques de la communauté urbaine Marseille Provence Métropole ainsi qu'à leur réutilisation, sous l'empire des dispositions antérieures de la loi du 17 juillet 1978 préc.). Depuis le 1^{er} janvier 2017, le cadre réglementaire applicable en la matière a été codifié (v. en particulier les [articles R. 324-4-1](#) et s., CRPA).

En contrepartie du versement de la redevance, le demandeur devient concessionnaire d'une licence qui mentionne les informations faisant l'objet de la réutilisation, leur source et leur date de mise à disposition, le caractère commercial ou non de leur réutilisation, ainsi que les droits et obligations du licencié, dont le montant de la redevance et les modalités de son paiement (art. [R. 323-3](#) du CRPA). L'administration ne peut, par le biais de la licence, apporter de restrictions à la réutilisation que pour des motifs d'intérêt général et de façon proportionnée, et à condition de ne pas porter atteinte à la concurrence (art. [L. 323-2](#) du CRPA).

Enfin, la réutilisation de données publiques à titre gratuit pourra donner lieu à l'établissement d'une licence. Une liste de ces licences a été fixée par l'article 1^{er} du décret n° 2017-638 du 27 avril 2017 (article [D 323-2-1](#) du CRPA). Elle sera révisée tous les cinq ans, après concertation avec les collectivités territoriales et leurs groupements. Lorsqu'une administration souhaitera recourir à une licence ne figurant pas sur cette liste, cette licence devra être préalablement homologuée par l'Etat (art. [L. 323-2](#) et art. [D 323-2-2](#) du CRPA).

Exercice d'une activité économique par les personnes publiques

(Version de décembre 2018)

1. Notion d'exercice d'une activité économique par les personnes publiques

Les personnes publiques peuvent conduire, par elles-mêmes, des activités économiques, comme la fourniture de biens ou la prestation de services sur un marché.

Ce type d'action est généralement distingué de celles que les personnes publiques exercent en tant que puissance publique, pour réglementer l'activité des opérateurs privés (v. fiche « *encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre* »).

La présente fiche examine les règles propres à l'exercice d'une activité économique par les personnes publiques indépendamment du mode de gestion qu'elles auront retenu pour cette activité et qui font l'objet de fiches particulières : régies, concessions, marchés publics, sociétés locales à statut spécifique, autres entreprises publiques.

2. Le principe de l'exercice d'activités économiques par les personnes publiques

Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie implique que les personnes publiques ne puissent elles-mêmes prendre en charge une activité économique sans justifier d'un intérêt public. Le respect du droit de la concurrence par les personnes publiques suppose que, lorsqu'elles sont opérateurs, elles ne doivent pas se rendre coupables d'une pratique anti-concurrentielle et plus largement, elles ne perturbent pas le libre jeu de la concurrence.

2.1. La satisfaction de leurs propres besoins

Les personnes publiques peuvent directement répondre à la satisfaction de leurs propres besoins.

Dans sa décision d'assemblée du 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres* (n^{os} [317827](#), [317952](#), [318013](#) et [318051](#)), le Conseil d'État juge, dans la droite ligne de la jurisprudence *Société Unipain* (CE, 29 avril 1970, n^o [77935](#)) que les personnes publiques ont toujours la possibilité d'accomplir les missions de service public qui leur incombent par leurs propres moyens. Il leur appartient de déterminer si la satisfaction des besoins résultant de ces missions appelle le recours aux

prestations et fournitures de tiers plutôt que la réalisation, par elles-mêmes, de celles-ci. Par conséquent, ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature.

L'ordonnance [n° 2016-65](#) du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession confirme cette jurisprudence en disposant, à son article 4, que « Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques ».

2.2. L'exercice d'une activité économique sur un marché

2.2.1. La distinction entre activité de service public et activité économique

La jurisprudence du Conseil d'État (Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, [n° 275531](#), dans la droite ligne de sa décision de sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, [n°06781](#), et de son avis contentieux, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, [n° 222208](#)) distingue **deux cas** :

- les activités de service public d'une part : « Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique » ;
- les activités économiques d'autre part : « Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. A cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ».

2.2.2. Précisions sur la distinction

Dans la première hypothèse retenue par la jurisprudence *Ordre des avocats au barreau de Paris*, il s'agit d'activités de « pur » service public, étrangères à toute logique économique et qui ont lieu hors marché. La jurisprudence y classe par exemple les activités de conseil juridique de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat (décision précitée), la diffusion gratuite d'informations relatives aux structures d'accueil recueillies auprès des collectivités territoriales et des acteurs de la petite enfance (CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, [n° 328731](#)), la diffusion sur un site internet de l'information sur les prix de vente au détail des carburants (CE, 16 juillet 2014, *Société Sigmalis*, [n° 368960](#)), ou encore l'institution d'un « médiateur des entreprises », service du ministère de l'économie et des finances ayant pour objet de favoriser la résolution amiable de différends en matière de marchés publics (CE, 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des avocats de Paris, [n° 403768](#), [403817](#)).

Constitue en revanche, une activité économique emportant intervention sur un marché, par exemple, le service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées créé par un département dans le cadre de son action en matière d'aide sociale (CE, 3 mars 2010, *Département de la Corrèze*, [n° 306911](#)). Ce sont

ces activités qui ont lieu sur un marché concurrentiel, qui doivent respecter tant la liberté du commerce et de l'industrie que le droit de la concurrence.

En droit de l'Union, la définition d'« activité économique » est plus large. La Commission européenne a ainsi estimé que, « *constitue une activité économique toute activité, même en dehors de la recherche de bénéfices, qui participe aux échanges économiques* » (décision [92/521/CEE](#) du 27 octobre 1992 relative à la procédure d'application de l'article 85 du traité CEE - Distribution des forfaits touristiques lors de la Coupe du monde de football 1990). La Cour de justice retient également une approche fonctionnelle, en considérant qu'une activité économique consiste à offrir des biens et des services sur un marché (CJCE, 16 juin 1987, *Commission c/ Italie*, aff. [118/85](#), pts 7 et 8 ; CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, aff. [C-67/96](#), pts 82 à 85).

De plus, la distinction entre activités économiques et activités non économiques dépend des choix politiques et de l'évolution économique de l'Etat membre considéré. Dès lors, il est impossible de dresser une liste exhaustive d'activités qui ne seraient, a priori, jamais de nature économique. Une telle liste n'apporterait pas de véritable sécurité juridique et serait donc d'une utilité limitée (Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, C/2016/2946, point 15). Le Tribunal a eu l'occasion de le rappeler dans l'arrêt *Brussels South Charleroi Airport* (BSCA c. Commission européenne, 25 janvier 2018, T-818/14) en relevant que l'objectif de renforcement de la sécurité ne permettait pas de qualifier de manière automatique l'activité visée d'activité non-économique.

2.3. Conditions de légalité de l'activité économique de la personne publique

Les personnes publiques peuvent, en principe, prendre en charge une activité économique à la double condition que l'activité s'inscrive dans le cadre de leurs compétences et qu'il existe un intérêt public résultant notamment de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative privée ou d'autres circonstances comme la satisfaction des besoins de la population.

2.3.1. Compétence

Les personnes publiques ne peuvent agir que dans le cadre de leurs missions (principe de spécialité). Elles ne peuvent exercer d'activités qui ne soient pas en lien suffisamment direct avec les compétences qui leur ont été expressément attribuées. Elles doivent « s'en tenir à l'exercice de la mission ou des missions connexes qui [leur] ont été attribuées et qui sont définies en des termes précis » (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, Montchrétien, 15^{ème} éd. 2001, n° 519). Les collectivités territoriales ne peuvent ainsi agir que dans les limites de leurs compétences, soit que celles-ci soient mentionnées dans un texte, soit qu'elles s'inscrivent dans le cadre de la clause de compétence générale.

2.3.2. Intérêt public

Désormais, l'intérêt public peut résulter notamment mais pas seulement, de l'absence ou de l'insuffisance de l'initiative privée. Présente par exemple, un tel intérêt, un service de téléassistance aux personnes âgées et handicapées, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes d'un département, indépendamment de leurs ressources, même si des sociétés privées offrent déjà des prestations de téléassistance (décision *département de la Corrèze*, préc.).

S'agissant des collectivités locales, l'intérêt public local justifiant leur intervention économique peut s'apprécier au regard des besoins futurs de développement de ces collectivités (CE, 18 mai 2005,

Territoire de la Polynésie française, n° 254199, en l'espèce, les besoins futurs du développement touristique du territoire).

En outre, peut être d'intérêt public la prise en charge d'une activité économique lorsqu'elle constitue le complément ou l'accessoire d'un service public et qu'elle contribue à son équilibre financier ou permet d'amortir les investissements réalisés (v. CE, 4 juin 1954, *Dame Berthod*, au rec. p. 335 : activité de vente de fournitures funéraires, accessoires au monopole des pompes funèbres, « *tant en vue d'assurer l'équilibre financier de la régie que dans l'intérêt de la population* » ; CE, 23 mai 2003, *communauté de commune Artois-Lys, n°249995* : création d'un service facultatif de réhabilitation des installations d'assainissement autonome, qui « *contribue à l'équilibre financier global du service d'assainissement non collectif assuré par cette collectivité* »).

2.4. Le cas particulier de la candidature à un contrat de la commande publique

Une personne publique peut se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de concession pour répondre aux besoins d'une autre personne publique (avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, préc.). Doivent alors être respectés tant les exigences relatives à l'égal accès à la commande publique que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (aujourd'hui codifiée au code de commerce).

La candidature d'une collectivité locale et d'un EPCI à un contrat de commande publique doit répondre à un intérêt public, c'est-à-dire qu'elle doit constituer le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission (CE Ass., 30 décembre 2014, *Société Armor SNC, n° 355563*).

La Cour de justice a, pour sa part, réservé dans les motifs d'un arrêt la possibilité d'exclure un soumissionnaire public au cours d'une procédure de sélection par appel d'offres s'il s'avère que celui-ci bénéficie d'une aide d'État incompatible avec le traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale est susceptible de mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises (CJCE, 7 décembre 2000, *Arge*, aff. C-94/99) ; mais en soi, le fait pour un candidat de bénéficier d'une aide d'État compatible avec le Traité ne l'empêche pas de soumissionner à un marché public (CJUE, 18 décembre 2014, *Azienda Ospedaliero-universitaria du Careggi-Firenze*, aff. C-568/13).

3. Les modalités de l'exercice d'activités économiques

Une fois admise dans son principe, l'intervention d'une personne publique sur un marché concurrentiel ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle elle se trouverait par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci (décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

3.1. L'applicabilité de principe du droit de la concurrence

Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, s'applique aux personnes privées comme publiques.

En droit interne, les décisions de section du Conseil d'État *Fédération française des sociétés d'assurance* (8 novembre 1996, [n° 122644](#)) et *Société intermarbres et Million et Marais* (3 novembre 1997, [n° 165260](#) et [n° 169907](#)) ont consacré l'application de ce droit à l'ensemble de l'action administrative, notamment lorsqu'une autorité publique intervient sur un marché concurrentiel.

L'article [L. 410-1](#) du code de commerce, qui introduit le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose que : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ».

Ainsi, les dispositions de l'article [L. 420-2](#) du même code, notamment, s'appliquent également aux opérateurs publics : « (...) *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme* ».

En droit de l'Union, les outils classiques du droit de la concurrence s'appliquent aux entités publiques, quels que soient leur statut et leur mode de financement. En effet, dès lors que celles-ci exercent une activité économique dans un secteur concurrentiel, elles constituent des entreprises pour l'exercice de cette activité (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macroton*, aff. [C-41/90](#), pts 21 à 23). A ce titre, les entités publiques concernées sont soumises aux règles du traité en manière de concurrence, notamment celles relatives aux aides d'Etat figurant aux articles [107](#) et [108](#) du TFUE.

Concernant la qualification d'entreprise d'un organisme d'assurance maladie, le Tribunal de l'Union européenne a récemment précisé que ce n'était pas le seul fait de se trouver en situation de concurrence sur un marché donné qui déterminait le caractère économique de l'activité, mais plutôt la présence, sur ledit marché, d'opérateurs poursuivant un but lucratif (*Dôvera zdravotná poisťovňa c. Commission européenne*, 5 février 2018, [T-216/15](#)).

3.2. Les risques concurrentiels tenant à la situation particulière des personnes publiques

La présente fiche expose les éléments essentiels en ce domaine (v. pour des développements complets sur la question, [Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs](#), « Partie II. La pratique de l'Autorité en matière d'analyse concurrentielle des projets de textes normatifs », mis en ligne sur le site internet de l'Autorité de la concurrence).

3.2.1. Nature des risques

La notion de « situation particulière » fait référence à la nature publique de la personnalité morale qui emporte une série de conséquences spécifiques, tenant notamment au régime de la propriété publique, à l'inapplicabilité du droit des procédures collectives, voire à l'existence d'une garantie implicite. Ces éléments ne disqualifient pas par eux-mêmes la démarche de la personne publique. Cependant, sa légalité sera subordonnée à la condition qu'elle ne s'accompagne d'aucune pratique anticoncurrentielle. L'existence d'une telle pratique s'apprécie concrètement, au regard du comportement adopté par l'opérateur public et de son incidence sur le marché.

La principale difficulté provient de l'exécution simultanée de missions de services publics confiées à un opérateur public en situation concurrentielle. Il ne doit pas exploiter de façon abusive sa position

dominante, par exemple en tirant des avantages particuliers de son statut, de sa position particulière ou de ses modalités de fonctionnement ou qui découleraient des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

A cet égard, les prix prédateurs et les subventions croisées constituent des pratiques prohibées qui sont susceptibles de concerner tout particulièrement les opérateurs publics (CJCE, 19 mai 1993, *Corbeau*, aff. [C-320/91](#) ; Aut. conc. avis [n° 14-A-10](#), pt. 57, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international ; avis [n° 14-A-11](#), pt. 60, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de la blanchisserie hospitalière ; avis [n° 14-A-12](#), pt. 35, 31 juillet 2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'hébergement des entreprises).

L'interdiction des prix prédateurs constitue une infraction de droit commun des abus de position dominante. Les prix sont considérés comme prédateurs lorsqu'ils sont inférieurs à la moyenne des coûts variables ou, s'ils sont supérieurs à la moyenne des coûts variables mais inférieurs à la moyenne des coûts totaux, lorsqu'ils ont été fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent (CJCE, 3 juillet 1991, *Akzo*, aff. [C-62/86](#)). Pour tenir compte des particularités de pratiques issues des opérateurs publics exerçant à la fois une activité de service public et une activité purement concurrentielle, ce test dit de « prédation », « *tient compte non plus de la moyenne des coûts variables mais de la moyenne des coûts incrémentaux, c'est-à-dire des coûts évitables dans l'hypothèse où l'activité concurrentielle serait abandonnée* » (avis n° 14-A-12, pt. 34, préc.). Cette approche est également validée par la Cour de justice (CJUE, 27 mars 2012, *Post Danmark A/S*, aff. [C-209/10](#)). Une telle grille d'analyse implique de pouvoir isoler les coûts liés à la réalisation de l'activité concurrentielle de ceux liés à la mission de service public (v. *infra*, *Séparation comptable*).

Doit être également proscrite par les personnes publiques la pratique des subventions croisées, qui constitue un abus de position dominante au sens de l'article [102](#) du TFUE et de l'article L. 420-2 du code du commerce. Elle consiste à utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources procurées par une activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque, même sans entraîner de prix prédateurs, la subvention a pour conséquence une perturbation durable du marché (*Cons. Conc., décembre n° 00-D-47*, 22 novembre 2000, relative aux pratiques mises en œuvre par EDF et sa filiale Citelum sur le marché de l'éclairage public).

3.2.2. Prévention de ces risques

Séparation comptable

Dans l'hypothèse où la personne publique agit dans le secteur concurrentiel, l'autorité de la concurrence recommande aux personnes publiques de produire une comptabilité analytique fiable et transparente en assurant une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités commerciales sur un marché concurrentiel (v. pour une régie directe, avis [n° 99-A-11](#) du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un conseil général).

La directive [2000/52/CE](#) du 26 juillet 2000¹ modifiant la directive 80/723/CE du 25 juin 1980, transposée par l'ordonnance [n° 2004-503](#) du 7 juin 2004 et son décret d'application n°2004-1243 du 23 novembre 2004, généralise désormais l'obligation de séparation comptable à l'ensemble des entreprises du secteur dont les prestations de services sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges au sein de l'Union européenne (art. 2 de l'ordonnance). Elles doivent tenir des comptes séparés pour, d'une part, leurs activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et, d'autre part, leurs activités de service public pour lesquelles elles reçoivent une compensation. Certains organismes publics sont par ailleurs spécialement assujettis à cette exigence par des textes normatifs sectoriels (par ex. les chambres de commerce et d'industrie (CCI), en vertu de l'article [L. 710-1](#) du code de commerce ; les établissements publics de santé, en vertu de l'article [R. 6145-7](#) du code de la santé publique).

La transparence comptable favorise l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts, susceptibles de protéger une régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, mais aussi de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs (CE, avis *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, [n°222208](#) préc., qui précise qu'« (...) un établissement public [ne doit] pas bénéficier, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et (...) qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié » (confirmation récente par la décision *Société Armor SNC*, préc.).

Par exemple, la distribution par les agents du Trésor de produits d'assurance et de prévoyance est légale dès lors qu'elle ne s'exerce que « *dans les conditions du droit commun, selon des modalités financières compatibles avec les règles normales de concurrence, sans utiliser les moyens dont le Trésor dispose dans l'exercice de ses fonctions régaliennes et sans confusion entre ces différentes activités* » (CE, 28 mars 2001, *Fédération nationale des syndicats d'agents généraux d'assurance*, [n° 155896](#)).

De façon plus générale, la comptabilité analytique permet de vérifier que les tarifs pratiqués par les personnes publiques ne perturbent pas le jeu de la concurrence. Ainsi, s'il est admis que la personne publique puisse faire des profits, notamment en mettant à disposition d'opérateurs une base de données, ces droits ne doivent pas faire obstacle par leur caractère excessif à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques lorsque ces données constituent pour ces derniers une ressource essentielle pour élaborer un produit ou offrir une prestation sur un marché (CE, 24 juillet 2006, *Société Cegedim*, [n° 247769](#)).

Séparation fonctionnelle

La séparation fonctionnelle peut être également préconisée pour éviter l'utilisation des moyens matériels et humains, et non pas seulement financiers, mis à la disposition de l'activité de service public au profit de l'activité concurrentielle. Ainsi, le libre jeu de la concurrence ne doit pas être faussé par le cumul d'activités économiques et de fonctions de régulation sur le même marché (Aut. conc. [n° 14-A-10](#), précité, qui concerne Ubifrance qui gérait à la fois une procédure de labellisation de certaines

¹ La directive 2000/52/CE a été « codifiée » dans la directive 2006/11/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises (JOCE L 318, 17 novembre 2006).

entreprises françaises et une procédure d'octroi de subvention à des opérateurs qui étaient ses concurrents sur le secteur de l'accompagnement à l'international).

La Cour de justice a également jugé contraire à l'article [106](#) du TFUE le fait de « *confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréeer ces appareils* », car cela « *revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents* » (CJCE, 13 décembre 1991, *RTT / GB-Inno-BM SA*, aff. [C-18/88](#), point n° 25).

(Version de décembre 2018)

1. La notion de gestion en régie directe

1.1. Définition générale

La régie directe est un mode de gestion d'un service public qui consiste en la prise en charge directe du fonctionnement de ce service par la personne publique qui l'a créé, avec ses propres moyens et ses propres agents. Elle s'oppose ainsi à la gestion déléguée du service public sous la forme d'un contrat de concession.

La régie directe ne doit pas être confondue avec d'autres notions, en particulier avec *la régie intéressée*, qui correspond à une forme de concession, sous réserve que le critère du risque d'exploitation soit rempli (CE, 19 novembre 2010, *M. Dingreville et autres*, n° 320169), et qui est soumise aux dispositions de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession ou des articles [L. 1411-1 et suivants](#) du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT ; v. fiche « *contrats de concession* »). Elle doit être également distinguée de la notion de régies de recettes et des régies d'avances : celles-ci permettent à des agents placés sous l'autorité de l'ordonnateur et la responsabilité du comptable, d'exécuter de manière limitative et contrôlée, un certain nombre d'opérations.

1.2. La gestion d'un service public en régie directe peut revêtir plusieurs formes

Le Conseil d'État a précisé, dans une décision *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007 (n° 284736), que la gestion directe d'un service pouvait revêtir **plusieurs formes** :

- la gestion en régie simple, qui concerne tant l'État que les collectivités territoriales (les services de la collectivité publique prennent directement en charge le service) ;
- la gestion dans le cadre d'une régie à laquelle une collectivité territoriale accorde une autonomie financière, voire une personnalité propre (dans ce dernier cas, la régie correspond en réalité à un établissement public local) ;
- la gestion en quasi-régie : les collectivités publiques doivent également être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire. Un tel organisme peut par exemple être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public.

Dans les deux derniers cas (sous réserve, s'agissant du second cas, que la régie dispose de la personnalité morale), les règles de concurrence qui fondent les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables aux contrats de concession et aux marchés publics n'ont pas vocation à s'appliquer dans les relations entre la personne publique et l'organisme créé pour gérer le service sous réserve que certaines conditions soient remplies (v. décision *Commune d'Aix-en-Provence*, préc. ; également, CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, n° [300481](#), relative à un organisme créé par plusieurs collectivités). Ces conditions liées notamment au contrôle exercé par la personne publique sur l'organisme en cause et au caractère dédié à celle-ci de son activité, ont été posées par la CJUE, dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 (aff. [C-107/98](#)) ayant donné lieu à la théorie des prestations intégrées ou prestations « in house », qui a été reprise dans la directive 2014/23/UE relative à l'attribution de contrats de concession (et la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics). Ce mécanisme permet l'attribution de contrat à un organisme sans faire de publicité ou encore de mise en concurrence. Deux conditions sont nécessaires à cette dérogation un contrôle dit analogue, qui écarte la relation de simple tutelle, et un travail essentiellement réalisé avec l'organisme cocontractant.

Dans le droit fil du droit de l'Union, les articles 17 de l'ordonnance n° [2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et 16 de l'ordonnance n° [2016-65](#) du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession précisent désormais les conditions dans lesquelles une relation de quasi-régie est admise.

→ *Pour approfondir*

V. pour plus de précisions sur les contrats de quasi-régie, la fiche technique de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances relative contrats conclus entre entités appartenant au secteur public, qui est mise en ligne sur le site de la DAI : <http://www.economie.gouv.fr/dai/contrats-entre-entites-secteur-public-2016> (mise à jour le 21 juin 2016).

1.3. Intérêts et inconvénients d'une gestion en régie directe

La gestion d'un service public en régie directe évite la création de structures supplémentaires et permet à la personne publique de maîtriser elle-même la politique de service public qu'elle entend mener. Ce mode de gestion est particulièrement adapté à la gestion d'un service public administratif (SPA), mais il peut s'appliquer également aux services publics industriels et commerciaux (SPIC) créés par les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale.

La gestion en régie directe implique toutefois que la personne publique dispose de personnels compétents pour exercer l'activité et soit à même de réaliser les investissements nécessaires. En cas de déficit des SPIC gérés en régie directe, le budget général de la collectivité ne pourra les couvrir.

Il appartient à la collectivité publique de s'interroger (ou de se réinterroger, le cas échéant, avant l'échéance d'une DSP, par exemple) sur ces avantages et inconvénients chaque fois que se pose la question du choix du mode de gestion entre la voie interne ou externalisée (v. *infra* point **6.3.**).

2. Les hypothèses de gestion d'un service public en régie directe

2.1. Certains services publics doivent être gérés sous la forme d'une régie directe

Le droit de l'Union respecte la liberté de choix des personnes publiques entre une gestion directe du service et une délégation de cette gestion par le biais d'une concession de service. La directive [2014/23/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession a confirmé cette liberté de choix (art. 2). L'article 4 de l'ordonnance n° [2016-65](#) du 29 janvier 2016 a transposé sur ce point la directive et dispose que « *Les autorités concédantes...sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques.* »

En droit interne, il appartient en principe à l'autorité gestionnaire d'apprécier comment la gestion du service public dont elle a la charge doit être assurée (CE, 17 décembre 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, n° [181611](#)). Le juge administratif ne contrôle pas le choix effectué par la personne publique (CE, 18 mars 1988, *Loupias*, n° [57893](#)).

Toutefois, la gestion en régie directe s'impose pour de nombreux SPA. Ainsi, les collectivités territoriales doivent, par exemple, assurer en régie directe les missions qu'elles accomplissent au nom et pour le compte de l'État (état civil, service des élections). Il en va de même en ce qui concerne l'instruction et la délivrance des autorisations de construire. Les missions de police administrative doivent être gérées directement, sauf lorsque la loi ou un texte réglementaire autorise une délégation (CE Ass., 17 juin 1932, *ville de Castelnaudary*, n° 12045, au rec. p. 595, à propos de la police rurale ; CE, 1^{er} avril 1994, *commune de Menton et autres*, n° [144152](#), à propos de la police du stationnement). En matière de cantines scolaires, la confection et la préparation des repas peuvent être déléguées mais non la surveillance des élèves (CE, avis, 7 octobre 1986, n° [340609](#)).

2.2. Inversement, certains services publics ne peuvent être gérés en régie directe

La gestion en régie directe simple est exclue lorsque le législateur impose aux collectivités territoriales la création d'un établissement public. C'est le cas, par exemple, en matière d'action sociale, des centres communaux ou intercommunaux d'action sociale, dont le régime juridique est fixé aux articles [L. 123-4 et suivants](#) du code de l'action sociale et des familles ou, en matière de vie scolaire, des caisses des écoles dont le régime est fixé aux articles [L. 212-10 et suivants](#) du code de l'éducation.

→ *Pour approfondir*

v. sur l'intervention de la personne publique sur un marché concurrentiel : fiche « *Exercice d'une activité économique par les personnes publiques* ».

3. Régies simples et régies dotées de l'autonomie financière

3.1. La gestion directe des services publics nationaux

Les SPA de l'État sont gérés directement par les départements ministériels, sous forme de régies simples. La gestion en régie directe, par l'État, de SPIC est devenue exceptionnelle, ces services étant le plus souvent pris en charge aujourd'hui par des établissements publics nationaux ou par des sociétés de

droit privé (par exemple, la direction des monnaies et médailles, qui constituait une régie directe, a ainsi été transformé en établissement public industriel et commercial en 2007). L'on peut toutefois citer la régie industrielle des établissements pénitentiaires, gérée par un service à compétence nationale, le service de l'emploi pénitentiaire, et dont les activités sont retracées dans un compte de commerce.

3.2. Le recours à des régies dotées de l'autonomie financière est en principe obligatoire pour la gestion, par les collectivités territoriales, de leurs SPIC

S'agissant des SPA, les personnes publiques locales peuvent en principe individualiser leur gestion sous la forme d'une régie autonome, conformément à l'article [L. 1412-2](#) du CGCT. Il s'agit donc d'une simple faculté.

L'article [L. 1412-1](#) du CGCT impose aux collectivités territoriales et établissements publics de coopération intercommunale choisissant de gérer directement des SPIC, de recourir à la régie dotée de l'autonomie financière (ou à une régie personnalisée). Cette autonomie se traduit concrètement par l'existence d'organes spécifiques (conseil d'exploitation, directeur) et par l'adoption d'un budget propre.

Une dérogation est toutefois prévue à l'article [L. 2221-8](#) du CGCT, qui admet que s'agissant des régies municipales créées avant le 28 décembre 1926, les communes puissent conserver une gestion en régie simple.

4. Le régime juridique et financier des régies simples

4.1. Le régime juridique des régies simples

Les services en régie simple n'ont aucune personnalité juridique propre et dépendent directement de la collectivité.

Aucune décision formalisée n'est nécessaire. Il n'est pas besoin de décision créant la régie pour constater qu'elle existe matériellement. L'absence de structure et de budget propre suffit à révéler l'existence d'une régie simple.

Les agents affectés au service sont nécessairement des agents de la collectivité territoriale gérant le service public (CE, 28 novembre 2008, *Abisse*, [n° 317587](#)). Le Tribunal des conflits a, par l'arrêt *Berkani* du 25 mars 1996 ([n° 03000](#)), considéré que les agents non titulaires travaillant pour le compte d'un SPA sont des agents de droit public, quel que soit leur emploi. En revanche, les agents affectés à un SPIC sont des agents de droit privé, sauf le directeur de l'ensemble du service et l'agent comptable, s'il a la qualité de comptable public (CE, 26 janvier 1923, *Robert Lafreygère*, [n° 62529](#) ; CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, n° 15219, au rec. p. 158).

4.2. Le régime financier des régies simples

La régie simple ne bénéficie, en matière budgétaire, d'aucune autonomie par rapport à la personne publique locale dont elle émane.

Toutefois, pour les SPIC gérés en régie simple par les collectivités territoriales, s'impose le principe de l'équilibre budgétaire (CE, 4 juin 1975, *Bocholier*, [n° 91057](#)). Cette obligation est reprise par l'actuel article [L. 2224-1](#) du CGCT. L'article [L. 2224-2](#) précise en outre qu'il est interdit aux communes de prendre en charge dans leur budget propre des dépenses au titre des SPIC exploités en régie. Ces services

doivent donc être dotés d'une comptabilité distincte, sous la forme d'un budget annexe, où les dépenses et les recettes doivent s'équilibrer sans faire appel au budget général.

Des aménagements sont prévus, dans certains cas, notamment par l'article [L. 2221-11](#) du CGCT, qui dispose que l'établissement d'un budget annexe est facultatif pour les communes de moins de 500 habitants, dès lors qu'elles produisent, en annexe au budget et au compte administratif, un état sommaire présentant, article après article, les montants de recettes et de dépenses affectées au service.

5. Le régime juridique et financier des régies dotées de l'autonomie financière

5.1. Le régime juridique des régies dotées de l'autonomie financière

Les régies dotées de la seule autonomie financière ne bénéficient pas de la personnalité morale. Elles sont créées par l'organe délibérant de la personne publique locale, qui fixe ses statuts et le montant de leur dotation initiale (art. [R. 2221-1](#) du CGCT). Cette dotation initiale représente la contrepartie des créances ainsi que des apports en nature ou en espèce effectués par la collectivité locale de rattachement, déduction faite des dettes ayant grevé leur acquisition. La dotation s'accroît ensuite des apports ultérieurs, des dons et des subventions et des réserves ([R. 2221-13](#) du CGCT).

Les régies dotées de l'autonomie financière sont administrées, sous l'autorité de l'organe délibérant et de l'organe exécutif de la collectivité, par un conseil d'exploitation et un directeur.

Les membres du conseil d'exploitation sont désignés sur proposition de l'exécutif de la personne publique locale compétente, et relevés de leurs fonctions par l'organe délibérant de celle-ci (art. [R. 2221-3](#) et [R. 2221-5](#) du CGCT). Un même conseil d'exploitation peut être chargé de l'administration d'une ou de plusieurs régies autonomes (art. [R. 2221-3](#) précité). Les statuts de la régie, qui sont définis par l'organe délibérant de la personne publique locale concernée, fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement du conseil d'exploitation ainsi que les modalités de quorum (art. [R. 2221-4](#) du CGCT). Le conseil d'exploitation élit son président en son sein.

Le conseil d'exploitation reste subordonné au conseil municipal. Il administre la régie sous le contrôle de l'organe délibérant et de l'exécutif de la collectivité. Il délibère sur les catégories d'affaires pour lesquelles l'organe délibérant ne s'est pas réservé le pouvoir de décision ou pour lesquelles ce pouvoir n'est pas attribué à une autre autorité. L'organe délibérant vote le budget de la régie, fixe le taux des redevances dues par les usagers de la régie... Il détient également une compétence consultative et peut faire au maire toute proposition utile. Il est tenu au courant de la marche du service.

Dans les communes ou groupements de commune de moins de 3500 habitants, le conseil d'exploitation peut être le conseil municipal.

Le directeur de la régie est nommé par le maire. Il peut bénéficier d'une délégation de signature de la part du maire. Il est chargé du fonctionnement des services de la régie, de préparer le budget et de procéder aux ventes et aux achats courants.

De même que pour la création, il est mis fin à la régie par une délibération du conseil municipal (art. [R. 2221-16](#) et [R. 2221-17](#) du CGCT).

5.2. Le régime financier des régies dotées de l'autonomie financière

Ces régies sont, comme les régies simples, soumises à l'obligation d'équilibre du budget propre retraçant leurs comptes.

Le régime budgétaire des régies dotées de la seule autonomie financière est déterminé par l'article [L. 2221-11](#) du CGCT : les produits et les charges font l'objet d'un budget spécial annexé au budget de la commune. Ce budget est préparé par le directeur, soumis pour avis au conseil d'exploitation, puis voté par le conseil municipal. Le budget comporte deux sections, l'une pour les opérations d'exploitation, l'autre pour les opérations d'investissement. Il est exécutoire et peut être modifié dans les mêmes conditions que le budget de la commune.

L'ordonnateur de la régie est l'exécutif de la personne publique locale. Le comptable est en principe le comptable de celle-ci.

Les régies chargées de la gestion d'un SPIC doivent tenir leur comptabilité conformément à l'instruction dite M 4.

6. La réversibilité de la gestion en régie directe

6.1. Le passage de la gestion directe à une autre forme de gestion du service public

Indépendamment de l'hypothèse dans laquelle la personne publique décide de ne plus exploiter un service public, la fin de l'exploitation d'un service public en régie directe peut correspondre au passage à un autre mode de gestion du service public. Les régies peuvent être transformées en institutions dotées de la personnalité morale (établissement public, société d'économie mixte, société publique locale...). Ainsi, une commune peut légalement transformer sa régie municipale en société d'économie mixte (CE 28 juin 1989, *Syndicat du personnel des industries électriques et gazières du centre de Grenoble*, n° 77659). La personne publique peut aussi choisir d'externaliser la gestion du service public, sous la forme d'une concession.

6.2. La « reprise en gestion directe » de la gestion d'un service public

Cette reprise en gestion directe peut s'effectuer à l'expiration d'un contrat de concession, ou en cas de résiliation anticipée de contrat (laquelle implique, en général, une indemnisation du délégataire).

La reprise en gestion directe implique de se prononcer sur le sort des biens qui étaient affectés au service concerné et qui étaient utilisés par le délégataire. L'on distingue :

- **les biens propres** : ce sont les biens qui appartiennent au cocontractant dès l'origine ; ils demeurent sa propriété à l'issue du contrat ;
- **les biens de reprise** : ce sont les biens utiles au service mais qui ne sont pas indispensables à son fonctionnement ; ils sont la propriété du cocontractant pendant la durée du contrat et ne reviennent à la personne publique que sur décision en ce sens de celle-ci et moyennant une indemnité.
- **les biens de retour** : il s'agit des biens immeubles indispensables au fonctionnement du service public, destinés à revenir à la personne publique à l'expiration du contrat ; ces derniers appartenant à la personne publique dès l'origine, ils reviennent en principe gratuitement dans son patrimoine, sous réserve qu'ils aient été amortis durant l'exécution du contrat (v. CE Ass., 21 décembre 2012, *Commune de Douai c/ société Saint-Quentinoise d'Eclairage*, n° 342788).

Le sort des agents doit également être réglé. Le principe de la continuité des contrats posé par l'article [L. 1224-1](#) du code du travail s'applique.

Lorsque le service public en cause a la nature d'un SPIC, les contrats de travail des anciens salariés du délégataire se poursuivent (Cass. soc., 8 novembre 1978, *La piscine de la dame blanche*, n° 77-40896).

S'agissant de la reprise en régie directe d'un SPA, le Conseil d'État avait jugé que la personne publique pouvait soit maintenir le contrat initial de droit privé, soit proposer un contrat de droit public (CE, sect., 22 octobre 2004, *Lamblin*, n° 245154). L'article [L. 1224-3](#) du code du travail prévoit désormais que lorsque l'activité d'une entité économique employant des salariés de droit privé est, par transfert de cette entité, reprise par une personne publique dans le cadre d'un SPA, il appartient à cette personne publique de proposer à ces salariés un contrat de droit public, à durée déterminée ou indéterminée selon la nature du contrat dont ils sont titulaires. Sauf disposition légale ou conditions générales de rémunération et d'emploi des agents non titulaires de la personne publique contraires, le contrat qu'elle propose reprend les clauses substantielles du contrat dont les salariés sont titulaires, en particulier celles qui concernent la rémunération. Les services accomplis au sein de l'entité économique d'origine sont assimilés à des services accomplis au sein de la personne publique d'accueil. En cas de refus des salariés d'accepter le contrat proposé, leur contrat prend fin de plein droit. La personne publique applique les dispositions relatives aux agents licenciés prévues par le droit du travail et par leur contrat.

6.3. Le choix du mode de gestion

Si le choix du mode de gestion est laissé à la libre appréciation des collectivités publiques, qui disposent ainsi d'une très grande latitude, il est recommandé, en vue d'éclairer ce choix par des éléments objectifs, de procéder à une analyse multicritères des avantages et des inconvénients d'une gestion directe et d'une gestion déléguée de chaque service. Une telle évaluation comparative doit être menée préalablement au choix de rester en gestion interne, de déléguer ou de reprendre le service (v. not., *Quelle compétition pour l'amélioration du service public ?*, sous la direction de Christian Babusiaux – 2005, rapport du groupe de travail mis en place par l'Institut de la gestion déléguée sur le thème « l'harmonisation des conditions de compétition entre les modes de gestion des services publics »).

En l'état actuel du droit français, il n'existe aucune obligation juridique imposant aux collectivités publiques, la confrontation (ou *Benchmarking*) des différents modes de gestion alternatifs de ses activités, en amont pour le choix du mode de gestion délégué. Seule l'ordonnance n° [2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics ([art. 74](#)) retient une obligation renforcée d'évaluation du mode de réalisation du projet avant tout recours aux marchés de partenariat, anciennement dénommés « contrats de partenariats », et des avantages que ce recours présente par rapport aux autres modes de réalisation du projet. La Commission européenne milite pour la mise en place d'une procédure d'évaluation comparative des modes de gestion des services d'intérêt économique général lors de leur création ou de leur mutation (cf. [Livre blanc sur les services d'intérêt général](#)).

S'agissant uniquement des contrats de concession conclus par les collectivités territoriales afin de déléguer la gestion d'un service public, l'article [L. 1411-4](#) du CGCT prévoit que : « *Les assemblées délibérantes des collectivités territoriales, de leurs groupements et de leurs établissements publics se prononcent sur le principe de toute délégation de service public local après avoir recueilli l'avis de la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article L. 1413-1. Elles statuent au vu d'un rapport présentant le document contenant les caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire* ».

En outre, le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'encontre de la délibération d'une collectivité territoriale se prononçant sur le principe d'une délégation de service public local (CE, 24 novembre 2010, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement et autres*, [n° 318342](#)). A l'appui d'un tel recours, peuvent être utilement invoqués des moyens relatifs aux vices propres dont cette décision serait entachée ou à la légalité du principe du recours à un concessionnaire pour la gestion du service. En revanche, des moyens relatifs aux caractéristiques et aux modalités de mise en œuvre ultérieure de la délégation ou des prestations que cette délibération n'a pas pour objet d'arrêter définitivement ne peuvent être utilement invoqués (CE, 4 juillet 2012, *Association fédérale d'action régionale pour l'environnement (Fare Sud) et autres*, [n° 350752](#)). En outre, aux termes de la jurisprudence, « le rapport présenté au conseil municipal en application de l'article L. 1411-4 du code général des collectivités territoriales porte sur les « caractéristiques des prestations que doit assurer le délégataire », et non, (...) sur les choix de gestion s'offrant à la commune » (CE, 27 janvier 2011, *Commune de Ramatuelle*, [n° 338287](#)).

Ainsi, si une phase d'évaluation systématique des modes alternatifs de gestion n'a pas été rendue obligatoire, il convient d'y procéder en identifiant en particulier les points suivants (la liste n'étant pas exhaustive) :

- les caractéristiques (intervention sur un secteur concurrentiel ou pas) et l'objectif poursuivi par le service public concerné (développement économique ou satisfaction d'autres objectifs : environnement, éducation ...)
- une analyse financière des modes de gestion potentiels (coûts pour la collectivité et l'utilisateur ; risques supportés par l'investisseur privé...)
- le degré de contrôle que souhaite conserver la personne publique sur le service concerné (par ex., la souplesse dans la fixation du tarif de la redevance perçue sur l'utilisateur qui est beaucoup plus grande dans le cadre d'une gestion directe que dans celui d'une gestion déléguée).

Une telle analyse ne doit pas se résumer à une approche théorique des avantages et inconvénients de chaque solution, mais doit conduire à mettre en exergue pour chaque espèce, *in concreto*, la spécificité des solutions pour permettre un choix éclairé de la personne publique. En effet, aucun mode de gestion ne peut être intrinsèquement considéré comme étant supérieur à un autre. Le choix se portera ainsi sur des éléments saillants eu égard au contexte local propre à chaque service. Les éléments à prendre en compte pour la reprise d'un service délégué porteront notamment, sur la qualité offerte par le délégataire qui est ou non satisfaisante, le souhait d'utiliser un service public dans le cadre d'une politique globale nécessitant une maîtrise des choix politiques (solidarité territoriale, politique de développement touristique...), le souci de répondre rapidement aux attentes des usagers, des tarifs pratiqués inférieurs à ceux pouvant être pratiqués dans le cadre d'une gestion directe.

(Version de décembre 2018)

NB : le code de la commande publique n'est pas entré en vigueur à la date d'actualisation de la présente fiche

1. La notion de marché public

L'ordonnance [n° 2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et le décret [n° 2016-360](#) du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics ont transposé les directives [2014/24/UE](#) et [2014/25/UE](#) du 26 février 2014. Ces textes sont entrés en vigueur le 1^{er} avril 2016 et se sont principalement substitués, d'une part, au code des marchés publics et, d'autre part, à l'ordonnance [n° 2005-649](#) du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics. Cette ordonnance a été ratifiée par la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, qui l'a modifiée sur quelques points et qui a habilité le Gouvernement à adopter, dans un délai de 24 mois, la partie législative du futur code de la commande publique. Le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique a tiré les conséquences de cette modification de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et a apporté quelques clarifications.

Sont soumis à l'ordonnance du 23 juillet 2015 les personnes publiques ainsi que certaines personnes privées. Ces acheteurs ont soit la qualité de « **pouvoir adjudicateur** », soit d'« **entité adjudicatrice** » lorsqu'ils exercent des activités d'opérateurs de réseaux.

Aux termes de [l'article 4](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics **correspondent** à deux types de contrats : les marchés et les accords-cadres. Les **marchés** sont les contrats conclus à titre onéreux par un ou plusieurs acheteurs avec un ou plusieurs opérateurs économiques pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les **accords-cadres** sont les contrats qui ont pour objet d'établir les règles relatives aux bons de commande à émettre ou les termes régissant les marchés subséquents à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

Un marché public présente les principales caractéristiques suivantes :

- il est conclu avec un opérateur économique public ou privé c'est-à-dire une entité qui exerce une activité économique, quels que soient son statut et son mode de financement ;
- il a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures, ou de services ;
- il est conclu à titre onéreux, le caractère onéreux résidant dans le versement d'un prix par l'acheteur à l'opérateur économique.

Lorsqu'ils relèvent de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics passés par les personnes morales de droit public sont des contrats administratifs.

Les marchés publics au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015 se distinguent d'autres contrats comme :

- **les contrats de concession**, qui sont des contrats par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix ;
- **les conventions, qui accompagnent certaines décisions d'octroi de subventions** et qui ne mettent pas directement à la charge du cocontractant la réalisation d'une prestation en contrepartie du versement d'une somme d'argent ; la subvention est en effet destinée à soutenir financièrement une action engagée, définie et mise en œuvre par un tiers éventuellement dans le cadre d'un dispositif incitatif mis en place par une autorité administrative ;

Les **marchés de partenariat** sont reconnus comme des **marchés publics à part entière** et font l'objet de **dispositions spécifiques** au sein de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et du décret du 25 mars 2016. Ils permettent de confier à un opérateur économique une mission globale ayant pour objet la construction, la transformation, la rénovation, le démantèlement ou la destruction d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ou à l'exercice d'une mission d'intérêt général, ainsi que tout ou partie de leur financement. La mission globale peut en outre inclure la conception des ouvrages, leur entretien ou la gestion d'une mission de service public. Depuis sa modification par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'ordonnance du 23 juillet 2015 prévoit que lorsque l'acheteur confie tout ou partie de la conception des ouvrages au titulaire, les conditions d'exécution du marché doivent comprendre l'obligation d'identifier une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception des ouvrages et du suivi de leur réalisation. La conclusion d'un marché de partenariat doit être précédée d'une **évaluation** préalable ayant pour objet de comparer les différents modes envisageables de réalisation du projet et d'une **étude de soutenabilité budgétaire**. Cette étude préalable est versée au dossier d'évaluation socio-économique accompagnant tout projet d'investissement, tel que défini à l'article 1^{er} du décret n° 2013-1211 du 23 décembre 2013 relatif à la procédure d'évaluation des investissements publics, texte modifié par le décret n° 2017-516 du 10 avril 2017 portant diverses dispositions en matière de commande publique.

La passation d'un marché de partenariat ne peut être engagée que si l'acheteur démontre que, compte tenu des caractéristiques du projet envisagé, des exigences de service public ou de la mission d'intérêt général dont l'acheteur est chargé, ou des insuffisances et difficultés observées dans la réalisation de projets comparables, le recours à un tel contrat présente un **bilan plus favorable**, notamment sur le plan financier, que celui des autres modes de réalisation du projet. Le critère du paiement différé ne saurait à lui seul constituer un avantage. Par ailleurs, les acheteurs ne peuvent recourir au marché de partenariat que si **la valeur de ce marché est supérieure, en fonction de son objet, à un seuil**. Le décret du 25 mars 2016 a fixé trois seuils différents (2 millions d'euros, 5 millions d'euros et 10 millions d'euros).

Il existe **plusieurs formes de procédures de passation**, qui dépendent du montant total du marché public.

Les **procédures formalisées** s'imposent aux marchés publics d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée. Les personnes publiques passent leurs marchés et accords-cadres selon les procédures formalisées suivantes (v. *infra* point **4.4.**) :

- a) La **procédure d'appel d'offres, ouvert ou restreint**, par laquelle l'acheteur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats ;
- b) La **procédure concurrentielle avec négociation**, par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- c) La **procédure négociée avec mise en concurrence préalable**, par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques ;
- d) La **procédure de dialogue compétitif** dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer les solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base desquelles ces candidats sont invités à remettre une offre.

Une « **procédure adaptée** », dont les modalités sont déterminées par l'acheteur dans le respect des règles prévues par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et ses décrets d'application, peut être choisie par celui-ci, à condition de respecter les principes fondamentaux de la commande publique (liberté d'accès à la commande publique, égalité de traitement des candidats, transparence des procédures), lorsque la valeur estimée hors taxe du besoin est inférieure aux seuils européens ou pour certains marchés publics particuliers (marchés publics de services sociaux, marchés publics de services juridiques de représentation).

Enfin, les acheteurs peuvent recourir à une procédure négociée sans publicité ni mise en concurrence préalables dans plusieurs hypothèses : urgence impérieuse, échec d'une précédente procédure formalisée ou adaptée, prestations ne pouvant être fournies que par un unique opérateur économique, marchés publics dont la valeur hors taxe est inférieure à 25 000 euros, etc...Le Conseil d'Etat a estimé, s'agissant de cette dernière hypothèse, qu'elle ne méconnaissait pas le principe de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, compte tenu des garanties prévues à l'article 30-I-8° du décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 (CE, 17 mars 2017, M. Perez et Ordre des avocats de Paris, n° 403768, 403817).

Le montant des seuils de procédures formalisées est révisé régulièrement par la Commission européenne. Les **seuils pour les procédures formalisées** applicables au **1^{er} janvier 2018** sont les suivants :

- 144 000 euros hors taxes (HT) pour les marchés de fournitures et de services de l'État et de ses établissements publics ;
- 221 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ;
- 443 000 euros HT pour les marchés de fournitures et de services des entités adjudicatrices et pour les marchés de fournitures et de services passés dans le domaine de la défense ou de la sécurité ;
- 5 548 000 euros HT pour les marchés de travaux des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices.

Les acheteurs ne sauraient fractionner le montant de leurs marchés afin d'alléger leurs obligations de publicité et de mise en concurrence. Est reconnue comme irrégulière la pratique du « saucissonnage » du marché qui consiste à passer plusieurs procédures de faible montant pour rester en-deçà des seuils de procédures formalisées.

2. Usage économique des marchés publics

L'administration peut ne pas avoir à recourir à un prestataire pour la satisfaction de ses propres besoins (CE Ass., 26 octobre 2011, *Association pour la promotion de l'image et autres*, [n° 317827](#), confirmant la jurisprudence *Unipain* (CE, 29 avril 1970, [n° 77935](#)) : « (...) ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de [leurs] besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature »).

Cependant, l'administration n'étant généralement pas en mesure de satisfaire elle-même l'ensemble de ses besoins, la conclusion de marchés publics s'avère fréquemment nécessaire. Le fait même de solliciter des opérateurs économiques pour des fournitures ou prestations engendre une activité économique. Les marchés publics peuvent également être utilisés, comme les contrats de concession, pour externaliser une activité que la personne publique ne souhaite pas assurer elle-même. Par ailleurs, la commande publique peut être mobilisée pour orienter les acteurs ou favoriser certains types d'opérateurs économiques.

2.1. La satisfaction des besoins de la personne publique et l'externalisation d'activités économiques

Le marché public a pour objet de répondre aux besoins d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice en matière de travaux, de fournitures ou de services. De la définition des besoins dépend l'objet du marché (travaux, fournitures ou services) et le choix de la procédure.

L'[article 5](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 permet de recourir à **différents types de marchés** :

Les marchés publics de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, ou bien soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique.

Les marchés publics de fournitures ont pour objet l'achat, la prise en crédit-bail, la location ou la location-vente de produits. Un marché public de fournitures peut comprendre, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation.

Les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services.

Il convient de rappeler que lorsqu'un marché public porte sur des travaux et sur des fournitures ou des services, il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux. Lorsqu'un marché public a pour objet des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées.

Les marchés de service peuvent aussi consister à confier au cocontractant la gestion d'un service public (ils se distinguent alors des concessions par l'absence de transfert du risque d'exploitation au cocontractant).

La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a abrogé la disposition qui imposait de réaliser une évaluation

préalable du mode de réalisation d'un projet d'investissement, destinée à comparer les différents modes envisageables de réalisation d'un projet lorsque, pour un marché public autre qu'un marché public de défense ou de sécurité, le montant des investissements envisagés atteignait un seuil de 100 millions d'euros. L'évaluation préalable demeure toutefois obligatoire pour les marchés de partenariat.

2.2. L'utilisation des marchés publics comme instruments de politique économique

Cette utilisation stratégique de la commande publique est assumée tant en droit interne qu'au niveau européen.

Les nouvelles directives européennes (la directive [2014/24/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation des marchés publics, dite « secteurs classiques » et la directive [2014/25/UE](#) du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dite « secteurs spéciaux ») font des marchés publics des instruments pour parvenir à une « croissance intelligente, durable et inclusive » (v. [communication](#) de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive ») tout en garantissant l'utilisation optimale des fonds publics. Les objectifs recherchés peuvent être notamment les suivants :

- rendre efficace la dépense publique (directive [2014/24/UE](#), 26 février 2014, cons. 2),
- faciliter l'accès des PME aux marchés publics (idem),
- réaliser des objectifs sociétaux communs (idem),
- contribuer à la protection de l'environnement et au développement durable (directive [2014/24/UE](#), 26 février 2014, art. 18.2 et cons. 37),
- promouvoir l'emploi et le travail en vue de l'insertion des individus dans la société (directive [2014/24/UE](#), 26 févr. 2014, cons. 36),
- promouvoir la recherche et l'innovation, principaux moteurs de la croissance (directive [2014/24/UE](#), 26 févr. 2014, cons. 47 et 49).

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

3. Les leviers d'action économique en amont des procédures de passation

Le choix de la procédure de passation du marché public dépend du montant et des caractéristiques des prestations à réaliser. En conséquence, l'acheteur doit évaluer et exprimer précisément ses besoins (art. 4 et suivants du décret [n° 2016-360](#) du 25 mars 2016) tout en procédant à une analyse du marché économique. Il peut procéder à des études et à des échanges préalables avec les opérateurs économiques (« *sourcing* »). Il peut alors recenser la capacité de réponses des entreprises, le niveau de concurrence et envisager le mode de dévolution du marché (marché unique, allotissement, marché global...).

3.1. Les bonnes pratiques avant la définition des besoins

Avant de définir leur besoin, les acheteurs peuvent (v. pour plus de précisions sur ces points, <http://www.economie.gouv.fr/daj/acheteurs-publics-10-conseils-pour-reussir>) :

- organiser des échanges avec les opérateurs économiques dans l'objectif d'apprécier leur capacité à répondre aux objectifs économiques (sans toutefois rédiger le cahier des charges en fonction des propositions émises par les opérateurs contactés) ;
- connaître le marché économique afin de cerner l'offre et la capacité professionnelle, technique ou financière des opérateurs économiques ;
- valoriser les attraits de la commande publique auprès des entreprises et leur faire connaître les démarches de simplification en la matière.

Exemples : communiquer sur les besoins et sur les domaines d'achat au moyen du site internet des personnes publiques ; informer de la planification des achats à venir ; valoriser les stratégies et les solutions innovantes dans la démarche d'achat en structurant l'information.

3.2. La définition précise des besoins

L'évaluation et la définition précises des besoins de l'acheteur dans les documents de la consultation constituent une exigence juridique et une condition impérative pour que l'achat soit effectué dans les meilleures conditions. Elles permettent également pour l'acheteur de procéder à une estimation fiable du montant du marché.

Les besoins doivent être déterminés par référence à des spécifications techniques, qui décrivent les caractéristiques d'un produit, d'un ouvrage ou d'un service. Pour éviter toute discrimination, elles doivent être formulées de manière à assurer l'égalité des candidats.

L'acheteur peut ainsi se référer à des normes ou d'autres documents préétablis en veillant à accepter tout document équivalent, ou exprimer les spécifications techniques en termes de performances à atteindre ou d'exigences fonctionnelles.

Il peut exiger un label particulier en tant que moyen permettant de prouver que les travaux, services ou fournitures remplissent certaines exigences et correspondent ainsi aux caractéristiques requises à condition que certaines conditions soient respectées ([art. 10](#) du décret du 25 mars 2016).

3.3. L'utilisation des variantes

Les acheteurs peuvent, sous certaines conditions, accepter, voire exiger des candidats des **variantes**, qui sont des « *modifications, à l'initiative des candidats, de spécifications prévues dans la solution de base décrite dans les documents de consultations* » (CE, 5 janvier 2011, *Société technologiques alpine sécurité*, n°s [343206](#) et [343214](#)). Les variantes permettent de favoriser l'accès des nouvelles entreprises, des petites entreprises ou d'entreprises innovantes. Ces dernières peuvent proposer des solutions alternatives pour répondre au besoin de la personne publique.

[L'article 58](#) du décret du 25 mars 2016 précise les **règles applicables**. Pour un marché public passé selon une procédure formalisée par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché. Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché. Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation. Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il

mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

Exemple : Les variantes peuvent permettre à certains opérateurs de présenter des solutions innovantes ou intégrant des considérations environnementales. Il s'agit d'une solution différente de celle prévue par le pouvoir adjudicateur et elle peut permettre au candidat de remettre une offre moins chère, une offre innovante ou techniquement supérieure.

Pour leur « bon usage », v. les guides et le plan cités *infra* point **4.4.**, à la fin de la présente fiche.

4. Les leviers d'action économique au stade des procédures de consultation et de passation

4.1. Identifier les freins à l'accès aux marchés publics

Les acheteurs doivent identifier les freins à la participation aux procédures de consultation (critères de sélection trop complexes ; formalisme contraignant ; manque de temps pour répondre aux appels d'offres, complexité des dossiers...). Il s'agit de trouver les pistes pour faire jouer au mieux la concurrence.

Si l'acheteur ne peut pas aider les candidats à rédiger leurs offres, il peut cependant, en vertu du III de [l'article 39](#) du décret du 25 mars 2016, apporter des précisions aux demandes de renseignements des candidats dans le cadre de la procédure de passation.

A noter : pour des conseils en la matière, il convient de se référer aux notices d'informations à disposition des acheteurs et des entreprises en appui des formulaires d'aide à la passation et à l'exécution des marchés publics, publiés par la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers (ci-après DAJ), ainsi que les informations publiées par la direction de l'information légale et administrative (DILA).

4.2. Choisir la forme du marché à adopter en fonction des besoins de l'acheteur

Les acheteurs disposent de plusieurs leviers afin de favoriser l'accès des entreprises à la commande publique. La forme du marché doit être déterminée en fonction des besoins de l'acheteur, mais elle peut s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'allotissement :** selon [l'article 32](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les marchés publics autres que les « *marchés publics globaux* » et les marchés publics de défense ou de sécurité doivent être passés en lots séparés, sauf si leur objet ne permet pas l'identification de prestations distinctes. Les acheteurs doivent ainsi déterminer le nombre, la taille et l'objet des lots. Ils peuvent toutefois décider de ne pas allouer un marché public s'ils ne sont pas en mesure d'assurer par eux-mêmes les missions d'organisation, de pilotage et de coordination ou si la dévolution en lots séparés est de nature à restreindre la concurrence ou risque de rendre techniquement difficile ou financièrement plus coûteuse l'exécution des prestations. Les acheteurs peuvent aussi limiter le nombre de lots pour lesquels un opérateur économique peut présenter une offre ou le nombre de lots qui peuvent être attribués à un même opérateur économique.

- Depuis sa modification par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, l'article 32 de l'ordonnance n° 2015-899 ne permet plus à l'acheteur d'autoriser les candidats à présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.
- L'allotissement est particulièrement favorable aux petites et moyennes entreprises (PME).
- **Le marché public global** : l'ordonnance du 23 juillet 2015 autorise l'acheteur à recourir à un marché public global lorsque l'allotissement est rendu difficile au regard de considérations techniques, économiques ou financières. Ces marchés publics globaux peuvent prendre la forme de marchés publics de conception-réalisation ([article 33](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015), de marchés publics globaux de performance ([article 34](#)) ou de marchés publics globaux sectoriels ([article 35](#)). Depuis sa modification par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016, l'ordonnance du 23 juillet 2015 rend obligatoire, parmi les conditions d'exécution d'un marché public global, l'identification d'une équipe de maîtrise d'œuvre chargée de la conception de l'ouvrage et du suivi de sa réalisation. Pour les ouvrages de bâtiment, la mission à l'équipe de maîtrise d'œuvre est définie par voie réglementaire.
- [v. pour des détails sur ces types de marchés, fiche « *Contrats dédiés aux opérations de construction* »].
- **Les techniques particulières d'achat** : l'acheteur peut également avoir recours à des techniques particulières d'achat telles que les marchés publics à tranches ([article 77](#) du décret du 25 mars 2016), ou les accords-cadres ([article 78](#)). Les marchés publics à tranches, dont l'étendue et le besoin à satisfaire sont connus dès la passation du marché, sont à privilégier lorsque l'incertitude ne porte pas sur le besoin à satisfaire, mais sur sa mise en œuvre. Les accords-cadres permettent d'effectuer des achats à caractère répétitif et sont à privilégier en cas d'incertitude sur le rythme ou l'étendue du besoin à satisfaire.
- **Les marchés réservés** : certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles [L. 5213-13](#), [L. 5213-18](#), [L. 5213-19](#) et [L. 5213-22](#) du code du travail et [L. 344-2](#) du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales ([article 36](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015).
- **L'insertion de clauses sociales et environnementales** : les préoccupations sociales et environnementales sont prises en compte par l'ordonnance du 23 juillet 2015 et le décret du 25 mars 2016. Ainsi, [l'article 62](#) de ce décret inclut notamment parmi les critères d'attribution du marché public le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie, ou encore les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal. Ces critères s'imposent alors à tous les candidats.
- **Les partenariats d'innovation** : prévus à [l'article 93](#) du décret du 25 mars 2016, ils ont pour objet la recherche et le développement ainsi que l'acquisition de fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat. L'objectif est de faciliter la passation de marchés publics à visée innovante ainsi que d'aider les acheteurs publics à faire une meilleure utilisation stratégique de leurs marchés pour stimuler l'innovation. Sont innovants au sens de [l'article 25](#) du décret « *les travaux, fournitures ou services nouveaux ou sensiblement améliorés* », le caractère innovant pouvant « *consister dans la*

mise en œuvre de nouveaux procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise » L'acheteur peut passer un partenariat d'innovation avec plusieurs entreprises. Le partenariat d'innovation est alors composé de plusieurs contrats individuels qui s'exécutent séparément.

4.3. Le choix des critères d'attribution

Le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse permet de valoriser d'autres éléments de l'offre que le seul prix. L'acheteur peut choisir parmi la liste de **critères d'attribution** ceux qu'il entend privilégier pour favoriser la concurrence.

Les critères sont définis à [l'article 62](#) du décret du 25 mars 2016. Pour attribuer le marché, la personne publique se fonde alternativement sur les éléments suivants :

- soit sur **une pluralité de critères** non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, le coût, la valeur technique, les délais d'exécution, etc...
- soit, sur **un seul critère**, qui est celui du **prix**, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre, ou le coût déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, et lorsque plusieurs critères sont prévus, leur pondération est le principe.

L'acheteur peut retenir d'autres critères de sélection des offres que ceux énumérés à l'article 62 mais ils doivent être justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. Il est préférable de retenir plusieurs critères pour choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Les critères doivent être objectifs, opérationnels et non discriminatoires.

Exemple : Les acheteurs peuvent choisir des critères d'attribution fondés sur des considérations d'ordre social tout en permettant d'évaluer le niveau de performance de chaque offre. Lorsqu'il est prévu que le marché soit exécuté par des personnels engagés dans une démarche d'insertion, l'acheteur peut apprécier les offres au regard du critère de l'insertion professionnelle des publics en difficulté, à condition que ce critère soit libellé de manière objective et non discriminatoire.

Le Conseil d'Etat a ainsi rappelé que peuvent être retenus des critères relatifs à l'emploi, aux conditions de travail ou à l'insertion professionnelle des personnes en difficulté, susceptibles de concerner toutes les activités de l'entreprise, pour autant que ces activités concourent à la réalisation des prestations prévues par le marché. Mais il a précisé que l'acheteur ne peut utiliser un critère relatif à la politique générale de l'entreprise en matière sociale, apprécié au regard de l'ensemble de son activité et indistinctement applicable à l'ensemble des marchés de l'acheteur, indépendamment de l'objet ou des conditions d'exécution propres au marché en cause (CE, 25 mai 2018, Nantes Métropole, n° 417580).

4.4. Les différentes procédures de marchés publics.

L'acheteur choisit, en fonction des besoins qui lui sont propres et de l'objet du marché, la procédure d'achat adéquate. Certaines procédures peuvent s'avérer plus ou moins favorables à certaines entreprises.

- **L'appel d'offres ouvert** ([art. 67](#) et [68](#) du décret du 25 mars 2016) : il est ainsi dénommé parce que toute entreprise peut remettre une offre. L'acheteur se prononce en faveur de l'offre économiquement la plus avantageuse. Ceci se fait sans aucune négociation et sur des critères précis, objectifs, actés et connus du candidat.
- **L'appel d'offres restreint** ([articles 69](#) et [70](#) du décret du 25 mars 2016) : il en est ainsi lorsque seuls peuvent remettre des offres les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection. Le choix entre les deux formes d'appel d'offres est libre ([art. 66](#) du décret).
- **Le dialogue compétitif**, dont la procédure est régie par [les articles 75](#) et [76](#) du décret du 25 mars 2016, offre des possibilités importantes pour faciliter les candidatures des entreprises innovantes. Réservé aux marchés complexes, cette procédure présente l'avantage de permettre de définir avec les candidats la meilleure réponse aux besoins.
- **Le concours** ([art. 8](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 et [article 88](#) du décret du 25 mars 2016) est un mode de sélection par lequel une personne publique choisit, après mise en concurrence et avis d'un jury, « *un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer à l'un des lauréats du concours un marché* ». Cette procédure est un levier d'action pour stimuler les solutions innovantes ou favoriser les PME et les très petites entreprises (TPE).
- **Les procédures négociées** (avec ou sans mise en concurrence préalable, prévues respectivement par les [articles 25](#), [26](#) et [30](#) du décret du 25 mars 2016) peuvent être utilisées pour négocier librement le contenu d'une prestation et l'adaptation du prix aux prestations retenues. Le recours à la négociation peut être envisagé dans les cas prévus aux articles 25, 26 et 30 du décret du 25 mars 2016.
- **Le système d'acquisition dynamique** (dit « SAD » - [art. 81](#), [82](#) et [83](#) du décret du 25 mars 2016) est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures courantes, par lequel l'acheteur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative. La spécificité du système d'acquisition dynamique réside dans la faculté offerte à tout opérateur économique qui, d'une part, satisfait aux critères de sélection et, d'autre part, présente une offre indicative conforme aux documents de la consultation, d'être admis dans le système durant toute la durée de son existence.

→ **Pour approfondir**

- le [Guide de bonnes pratiques en matière de marchés publics](#), en ligne, édité par la DAJ, préc. ;
- le [Vade-mecum des marchés publics](#) (2015), en ligne, édité par la DAJ ;
- le [Plan national d'action pour les achats publics durables 2015-2020](#) (PNAAPD) qui a pour vocation d'organiser les actions nationales en faveur de l'achat public durable et de fédérer les différents acteurs en charge de l'achat public au sein de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics hospitaliers ;
- le [Guide pratique de l'achat public innovant](#) du 30 janvier 2014, DAJ.

(Version de décembre 2018)

NB : le code de la commande publique n'est pas entré en vigueur à la date d'actualisation de la présente fiche

1. La notion de concession

1.1. La notion de concession

Le droit de l'Union européenne ne connaît que deux catégories de contrats en matière de commande publique : les **marchés publics**, régis par les directives [2014/24/UE](#), [2014/25/UE](#) et [2009/81/CE](#), et les **contrats de concession**, régis par la directive [2014/23/UE](#).

La directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession (Journal Officiel de l'Union européenne du 28 Mars 2014) reconnaît pour la première fois la spécificité des concessions en leur consacrant un texte de droit dérivé. En effet, les concessions de travaux étaient jusqu'à présents soumises à des dispositions de base des directives relatives aux marchés publics.

La directive [2014/23/UE](#) a été transposée en droit interne par **l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession** et le **décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 relatif aux contrats de concession**.

[L'article 5](#) de cette ordonnance définit les **contrats de concession** comme les contrats conclus par écrit, par lesquels une ou plusieurs autorités concédantes soumises à cette ordonnance confient l'exécution de travaux ou la gestion d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter l'ouvrage ou le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. Il précise que : « *La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le concessionnaire assume le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service.* »

Il existe **deux types de contrats** de concession : les contrats de concession de travaux et les contrats de concession de services.

Les contrats de concession de travaux ont pour objet soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française ou d'ouvrages répondant aux besoins de l'autorité concédante.

Les contrats de concession de services ont pour objet la gestion d'un service. Ils peuvent consister à déléguer la gestion d'un service public. Dans ce cas, et lorsqu'ils sont conclus par une collectivité territoriale ou un établissement public de coopération intercommunale, ils sont qualifiés de « contrats

de délégation de service public » par l'article [L. 1411-1](#) du code général des collectivités territoriales (ci-après CGCT). Certains services publics ne peuvent être délégués et doivent être assurés en régie directe [v. fiche « *Gestion en régie directe* »]. Un contrat de mobilier urbain a été qualifié, compte tenu de ses stipulations, de contrat de concession de services (CE, 5 février 2018, Ville de Paris et société des mobiliers urbains pour la publicité et l'information, n° 416581 et autres).

Le concessionnaire peut être chargé de construire un ouvrage ou d'acquérir des biens nécessaires au service.

Lorsqu'un contrat de concession porte à la fois sur des travaux et des services, il est un contrat de concession de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux.

De manière générale, le contrat de concession se distingue d'un marché public par le **transfert du risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service** au concessionnaire. La part de risque transférée implique une exposition réelle aux aléas du marché : le concessionnaire n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts liés à l'exploitation de l'ouvrage ou du service qu'il a supportés. En particulier, le contrat de concession ne doit pas être confondu avec un marché de partenariat (v. fiche « *Marchés publics* »).

Le Conseil d'Etat a ainsi estimé, à propos d'un contrat prévoyant que le titulaire assurerait à titre gratuit l'exploitation, la maintenance et l'entretien de mobiliers urbains destinés notamment à l'information municipale et qu'il serait rémunéré par les recettes tirées de la vente d'espaces à des annonceurs publicitaires, que ce titulaire est exposé aux aléas de toute nature susceptibles d'affecter le volume et la valeur de la demande d'espaces de mobilier urbain par les annonceurs publicitaires sur le territoire de la commune, sans qu'aucune stipulation du contrat ne prévoie la prise en charge, totale ou partielle, par la commune des pertes qui pourraient en résulter. Il en a déduit que ce contrat constituait un contrat de concession et non un marché public (CE, 25 mai 2018, Société Philippe Védiaud Publicité et Commune de Saint-Thibault-des-Vignes, n° 416825, 416947).

1.2. Les règles actuelles s'imposant aux autorités concédantes

Posées à l'origine par la loi du 20 janvier 1993 pour les délégations de service public et par l'ordonnance du 15 juillet 2009 pour les concessions de travaux publics, les règles applicables à l'ensemble des contrats de concession sont fixées aujourd'hui par l'ordonnance du 29 janvier 2016 et le décret du 1^{er} février 2016. Certaines règles spécifiques relatives aux contrats de concession passés par les collectivités territoriales et leurs groupements, et en particulier aux délégations de service public, sont prévues également par les articles [L. 1410-1](#) et [suivants](#) du CGCT. L'ordonnance du 29 janvier 2016 a été ratifiée par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Celle-ci a également habilité le Gouvernement à adopter, dans un délai de 24 mois, la partie législative du futur code de la commande publique.

L'ordonnance du 29 janvier 2016 n'inclut pas dans son champ d'application les contrats conclus dans le cadre de relations internes au secteur public (quasi-régies, entreprises liées, etc...).

Les contrats de concession doivent en principe faire l'objet d'une **procédure de publicité préalable** permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, l'avis devant être publié, pour les concessions entrant dans le champ de la directive [2014/23/UE](#), au Journal officiel de l'Union européenne, au BOAMP ou dans un JAL, ainsi que dans une publication spécialisée. Les obligations procédurales imposées aux autorités concédantes varient selon le montant et l'objet du contrat. (sur ce point, il est possible de se référer à la fiche technique relative aux modalités de publicité applicables à la passation des contrats de

concession de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances, qui est mise en ligne sur le site de la DAI : <http://www.economie.gouv.fr/dai/FT-modalites-publicite-contrats-concession-2016> (mise à jour le 29 septembre 2016).

En particulier, au-dessus du seuil européen (5 548 000 € HT), l'autorité concédante est tenue non seulement d'indiquer les critères d'attribution du contrat de concession mais aussi de les hiérarchiser et de publier à l'issue de la procédure de sélection du concessionnaire un avis d'attribution.

L'autorité concédante doit indiquer de manière suffisamment précise la nature et l'étendue des besoins à satisfaire (cf. à propos d'un règlement de consultation se bornant, d'une part, à indiquer que la concession portant sur l'exploitation d'un réseau public de chaleur pourra comprendre l'exploitation de ce réseau dans un seul quartier de la commune ou un ou plusieurs quartiers de la commune voire de deux communes voisines ou éventuellement un périmètre encore plus large et, d'autre part, à fixer une durée maximale : CE, 15 novembre 2017, Commune du Havre, n° 412644).

Un contrat de concession peut toutefois être conclu **sans publicité ni mise en concurrence préalables** lorsqu'il ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ou, sous certaines conditions, lorsqu'aucune candidature ou aucune offre n'a été reçue ou lorsque seules des candidatures irrecevables ou des offres inappropriées ont été déposées ([article 11](#) du décret du 1^{er} février 2016).

Sous l'empire de dispositions antérieures, le Conseil d'Etat a jugé également que : « *En cas d'urgence résultant de l'impossibilité soudaine dans laquelle se trouve la personne publique, indépendamment de sa volonté, de continuer à faire assurer le service par son cocontractant ou de l'assurer elle-même, elle peut, lorsque l'exige un motif d'intérêt général tenant à la continuité du service public, conclure, à titre provisoire, un nouveau contrat de délégation de service public sans respecter au préalable les règles de publicité prescrites* » (CE, 4 avril 2016, *communauté d'agglomération du centre de la Martinique*, n°396191). Le Conseil d'Etat a confirmé cette jurisprudence en précisant que la durée du contrat conclu à titre provisoire ne peut excéder celle requise pour mettre en œuvre une procédure de publicité et de mise en concurrence, si la personne publique entend poursuivre l'exécution de la concession, ou, au cas contraire, lorsqu'elle a la faculté de le faire, pour organiser les conditions de sa reprise en régie ou pour en redéfinir la consistance (CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157, 405183).

Par ailleurs, les concessions doivent être **limitées dans leur durée**. Cette durée est déterminée par l'autorité concédante en fonction de la nature et du montant des prestations ou des investissements demandés au concessionnaire. Les investissements s'entendent comme les investissements initiaux ainsi que ceux devant être réalisés pendant la durée du contrat de concession, nécessaires pour l'exploitation des travaux ou des services concédés. Sont notamment considérés comme tels les travaux de renouvellement, les dépenses liées aux infrastructures, aux droits d'auteur, aux brevets, aux équipements, à la logistique, au recrutement et à la formation du personnel. Pour les contrats de concession d'une durée supérieure à cinq ans, la durée du contrat n'excède pas le temps raisonnablement escompté par le concessionnaire pour qu'il amortisse les investissements réalisés pour l'exploitation des ouvrages ou services avec un retour sur les capitaux investis, compte tenu des investissements nécessaires à l'exécution du contrat. Dans le domaine de l'eau potable, de l'assainissement, des ordures ménagères et autres déchets, les contrats de concession ne peuvent avoir une durée supérieure à vingt ans sauf examen préalable par l'autorité compétente de l'Etat, à l'initiative de l'autorité concédante, des justificatifs de dépassement de cette durée (pour aller plus loin, voir la fiche technique relative à la détermination de la

valeur estimée et de la durée des concessions de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances : <http://www.economie.gouv.fr/daj/FT-determination-valeur-estimee-duree-concessions-2016>).

Dans une logique d'« open data », les « **données essentielles** » du contrat de concession devront, au plus tard le 1^{er} octobre 2018, être rendues **accessibles au public**.

2. La concession de service permet d'externaliser une activité économique

Les concessions de service ne concernent pas nécessairement un service public. Toutefois, c'est le plus souvent l'exploitation de service tels que la distribution d'eau potable, les parcs de stationnement, les pompes funèbres, les abattoirs... qui est déléguée.

2.1. La concession de service peut revêtir plusieurs formes

Le premier usage économique de la concession de service consiste à externaliser une activité économique d'une personne publique. Le choix de l'externalisation peut résulter de la technicité de l'activité, du manque de moyens matériels et humains à la disposition de la collectivité pour l'assurer ou de la volonté de prémunir cette dernière du risque d'exploitation que cette activité représente pour son équilibre budgétaire.

La collectivité publique conserve, néanmoins, la maîtrise du service, dans la mesure où l'opérateur économique est tenu de rendre compte de sa gestion sur les plans technique et financier.

Cette externalisation est plus ou moins importante en fonction du type de contrat de concession qui est privilégié. Les critères de distinction entre ces différents types de contrats ont été posés par la jurisprudence. Ils correspondent notamment aux modalités de rémunération du concessionnaire et à l'obligation ou non pour celui-ci de réaliser des investissements.

Ainsi, il peut être demandé au concessionnaire non seulement de gérer le service mais également de réaliser les investissements nécessaires. L'activité est donc entièrement externalisée. C'est ce type de contrat que la jurisprudence désignait autrefois, lorsqu'un service public était délégué, comme une « concession » (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, [n° 59928](#)).

L'**affermage** se distingue du procédé précédent, les équipements nécessaires à l'exploitation du service concédé étant fournis au « fermier » (le cocontractant) par l'autorité concédante. Le fermier est ainsi simplement chargé de l'exploitation du service. Le contrat peut néanmoins prévoir que certains travaux de maintenance ou de rénovation sont à la charge du fermier (CE, 29 avril 1987, *Commune d'Elancourt*, [n° 51022](#)). La rémunération du fermier est tirée de l'exploitation du service mais le fermier est tenu de verser une contribution à la personne publique en contrepartie de la fourniture de l'ouvrage. La durée des conventions d'affermage est en général plus courte que celle des « concessions » au sens jurisprudentiel.

La **régie intéressée** est un mode de délégation mixte d'un service par lequel le cocontractant est chargé de faire fonctionner ce service, mais il est rémunéré par la collectivité, qui demeure responsable de la direction du service. Ainsi, la rémunération du cocontractant est composée d'une partie fixe versée par la collectivité (« redevance ») et d'une partie indexée sur les résultats d'exploitation. En fonction du niveau de risque assumé par le concessionnaire, la régie intéressée pourra être qualifiée de marché

public ou de concession de service (v. par exemple, sous l'empire de la loi Sapin, CE 30 juin 1999, *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest Seine-et-Marnais*, n° 198147).

La gérance repose sur les mêmes principes que la régie intéressée. Toutefois, le contrat de gérance se distingue de la régie intéressée par le fait que la collectivité décide seule de la fixation des tarifs applicables aux usagers. De plus, le risque financier est assumé par la collectivité, puisque celle-ci conserve le bénéfice ou, en cas de déficit, rembourse celui-ci au gérant qui perçoit une rémunération forfaitaire. Le contrat de gérance s'apparente ainsi à un marché de service (CE, 7 avril 1993, *Commune de Guilhaumont-Granges*, n° 156008).

Lorsqu'un contrat procède à la concession de travaux ou de services tout en emportant occupation du domaine public, il vaut autorisation d'occupation de ce domaine pour sa durée. Les règles applicables sont alors celles applicables aux contrats de concession. Le juge administratif en avait déjà jugé ainsi, sous le régime de la loi du 29 janvier 1993, pour les concessions d'outillage public (CE, 20 décembre 2000, *Chambre de commerce et d'industrie du Var*, n° 217639) ou les sous-concessions de plage dans lesquelles le sous-concessionnaire doit veiller à la salubrité et à la sécurité de la baignade (CE, 21 juin 2000, *SARL Plage chez Joseph*, n° 212100). Le Conseil d'Etat a jugé qu'une convention de terminal conclue dans le cadre de l'article R. 5312-84 du code des transports entre le grand port maritime de Bordeaux et une société, confiant à cette dernière le soin de réaliser les investissements nécessaires, d'assurer la pérennité de l'exploitation et de permettre le développement de l'activité conteneurs d'un terminal portuaire, devait être regardée, compte tenu des engagements réciproques des parties, non comme une simple convention d'occupation du domaine public, mais comme une convention de services au sens de l'ordonnance du 29 janvier 2016 (CE, 14 février 2017, *Société de manutention portuaire d'Aquitaine et Grand Port Maritime de Bordeaux*, n° 405157, 405183).

2.2. La concession, mode temporaire de gestion

Comme indiqué au **1.2.**, la durée de la concession est nécessairement limitée. A l'expiration du contrat de concession, la collectivité peut décider de conclure un nouveau contrat, le cas échéant avec le concessionnaire, sous réserve du respect des règles de mise en concurrence, ou de reprendre la gestion du service en régie directe.

Il peut également être mis fin, à titre de sanction ou pour un motif d'intérêt général, à un contrat de concession avant le terme prévu. Dans le second cas, la collectivité concédante doit indemniser son cocontractant.

→ **Pour approfondir** Pour la question de la reprise en régie directe de la gestion d'un service public, v. fiche « *Gestion en régie directe* ».

2.3. Les activités non déléguables

Un service public est en principe déléguable, qu'il présente un caractère administratif ou industriel et commercial, « *sous réserve toutefois que le service ne soit pas au nombre de ceux qui, par leur nature ou par la volonté du législateur, ne peuvent être assurés que par la collectivité territoriale* » (CE, avis du 7 octobre 1986, n° 340609).

Ainsi, la gestion de certaines activités de service public ne peut être déléguée, comme les activités de « *police administrative générale inhérentes à l'exercice de la 'force publique' nécessaire à la garantie des droits* » (CC, déc. n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 sur la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, cons. 19).

3. La concession peut également être utilisée comme un instrument de politique économique

3.1. Cadre général

Cette **utilisation stratégique des concessions** est désormais envisagée au niveau européen par la directive [2014/23/UE](#).

Le recours aux concessions « *joue un rôle essentiel parmi les instruments de politique économique pour parvenir à une croissance intelligente, durable et inclusive tout en garantissant une utilisation optimale des deniers publics* » (cf. [communication](#) de la Commission européenne du 3 mars 2010 intitulée « Europe 2020, pour une croissance intelligente, durable et inclusive »).

Les modifications apportées par la directive doivent ainsi permettre :

- d'améliorer les possibilités d'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés des concessions (directive [2014/23/UE](#), 26 février 2014, cons. 1, 4 et 63) ;
- de favoriser le développement de l'innovation (même directive, cons. 3) ;
- d'inclure, parmi les critères d'attribution, des critères sociaux ou environnementaux (même directive, cons. 73).

L'ordonnance du 29 janvier 2016, qui a transposé la directive, prévoit que la nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avant le lancement de la consultation en prenant en compte des objectifs de développement durable dans leurs dimensions économique, sociale et environnementale. Elle précise que les prestations à réaliser sont définies par référence à des spécifications techniques et fonctionnelles. Pour attribuer le contrat de concession, l'autorité concédante se fonde sur une **pluralité de critères non discriminatoires**, parmi lesquels peuvent figurer notamment des **critères environnementaux, sociaux, relatifs à l'innovation**. Les conditions d'exécution d'un contrat de concession peuvent prendre en compte « *des considérations relatives à l'économie, à l'innovation, à l'environnement, au domaine social ou à l'emploi, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession* ».

Il est également à noter que l'ordonnance du 29 janvier 2016 admet que des groupements soient constitués entre des autorités concédantes ou entre une ou plusieurs autorités concédantes et une ou plusieurs personnes morales de droit privé qui ne sont pas des autorités concédantes soumises à ladite ordonnance afin de passer conjointement un ou plusieurs contrats de concession.

L'autorité concédante peut ainsi utiliser la concession comme **levier d'action économique** à plusieurs stades :

- *en amont de la passation* : identification des leviers économiques potentiels ; possibilité d'un dialogue très en amont avec les entreprises afin d'exprimer les besoins des personnes publiques grâce à différentes plateformes et d'orienter l'offre des entreprises (organisation de forums/salons dédiés, consultation des organismes représentatifs du marché, communication dédiée...)
- *au stade de la définition des modalités de candidature* : adaptation des modalités de candidature afin de faciliter l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de concession ;
- *au stade de la rédaction des critères de sélection* : rédaction et hiérarchisation des critères de sélection de manière à orienter l'offre des soumissionnaires vers des objectifs préalablement définis.

3.2. Faciliter l'accès de certaines entreprises, notamment les PME, aux contrats de concession

Il revient aux autorités concédantes d'identifier les **catégories d'entreprises à cibler en priorité** (PME, entreprises innovantes, entreprises issues de l'économie sociale et solidaire...). En facilitant l'accès de certaines catégories d'entreprises aux contrats de concession, l'autorité concédante doit rester vigilante quant aux risques de violation des principes d'égalité d'accès à la commande publique et de traitement équitable des candidats.

L'importance stratégique du **soutien des petites et moyennes entreprises (PME)** pour l'économie a notamment été affirmée à plusieurs reprises par les institutions de l'Union européenne, notamment par la communication de la Commission appelant à un « *small business act* pour l'Europe » ([communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions du 25 juin 2008, *Think small first : priorité aux PME, un 'small business act' pour l'Europe*](#)).

La catégorie des petites et moyennes entreprises regroupe les entreprises employant moins de 250 personnes et ayant un chiffre d'affaires annuel n'excédant pas 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros ([art. 3 du décret n° 2008-1354 du 18 décembre 2008](#) relatif aux critères permettant de déterminer la catégorie d'appartenance d'une entreprise pour les besoins de l'analyse statistique et économique).

Plusieurs procédés sont envisageables.

3.2.1. Agir en amont de la procédure de passation

Nouer un **dialogue avec les catégories d'entreprises ciblées** en amont du processus de sélection des candidats permet de faciliter l'accès de ces entreprises aux contrats. Il s'agit, à ce titre, de diffuser une information spécifique à destination des PME, à la fois sur les modalités de présentation des candidatures et sur les besoins des autorités concédantes. L'organisation d'un dialogue permet à la fois de transmettre des informations aux entreprises et d'identifier les freins de ces entreprises à l'accès aux contrats.

3.2.2. Adapter aux caractéristiques des PME les garanties exigées des candidats

La commission des délégations de service public de la collectivité délégante dresse une liste des candidats admis à présenter une offre après avoir examiné leurs garanties financières et professionnelles ([art. L. 1411-5 du CGCT](#)). Concernant les garanties financières, peuvent être pris en compte différents éléments comme le chiffre d'affaires (CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque Guérandaise*, n° 209319) ou le taux d'endettement. De tels critères conduisent souvent à privilégier *de facto* les grandes entreprises, au détriment des PME. **Favoriser l'accès des PME aux concessions** implique donc de prendre en compte d'autres critères.

3.2.3. Contracter avec des groupements d'entreprises

L'[article 24](#) du décret du 1^{er} février 2016 prévoit désormais expressément que des **groupements d'opérateurs économiques** sont autorisés à se porter candidats. L'autorité concédante est tenue d'indiquer aux entreprises candidates de quelle manière les groupements d'entreprises doivent remplir les garanties imposées aux opérateurs économiques candidatant à titre individuel.

3.2.4. Imposer au soumissionnaire de confier une part minimale des travaux ou services à des PME

En application de l'[article 54](#) de l'ordonnance du 29 janvier 2016, le concessionnaire peut confier à des tiers l'exécution d'une part des services et des travaux, même s'il demeure personnellement responsable de l'exécution de toutes les obligations résultant du contrat de concession. L'autorité concédante peut imposer aux soumissionnaires de **confier à des petites et moyennes entreprises une part minimale des travaux ou services** faisant l'objet du contrat de concession. Cette part ne peut alors être inférieure à 10 % de la valeur globale estimée du contrat de concession ([article 35](#) du décret du 1^{er} février 2016).

3.3. Privilégier les offres technologiquement innovantes

Outre l'établissement d'un dialogue avec les entreprises en amont de la procédure de sélection des candidats, qui permet aux autorités concédantes d'exprimer leurs besoins et d'attirer l'attention des opérateurs sur le développement d'innovations technologiques pertinentes, les deux instruments suivants peuvent être utilisés.

3.3.1. Inclure, dans les avis de concession, des variantes

Ces variantes peuvent permettre à certains candidats de présenter des **solutions technologiquement innovantes**. L'abandon d'une variante durant la procédure ne constitue pas nécessairement une irrégularité au regard des obligations de mise en concurrence (décision *Syndicat intercommunal Côte d'Amour et presque île guérandaise*, préc.).

Les candidats sont également autorisés à présenter des **variantes spontanées**, à condition qu'elles ne bouleversent pas l'économie du contrat.

3.3.2. Pendre en compte l'innovation technologique dans les critères de sélection

L'autorité concédante peut faire figurer des **éléments technologiques** parmi les critères de sélection du candidat.

Selon l'[article 27](#) du décret du 1^{er} février 2016 pour les contrats de concession dont le montant est supérieur au seuil européen, l'autorité concédante fixe les **critères d'attribution par ordre décroissant d'importance** mais elle peut modifier, à titre exceptionnel, l'ordre des critères pour tenir compte du caractère innovant d'une solution présentée dans une offre. Une telle modification ne doit pas être discriminatoire. Une offre est considérée comme présentant une solution innovante lorsqu'elle comporte des **performances fonctionnelles d'un niveau exceptionnel** et qu'elle ne pouvait être prévue par une autorité concédante diligente. L'autorité concédante publie alors un nouvel avis de concession ou envoie une nouvelle invitation à présenter une offre, en fonction de l'organisation de la procédure d'attribution qu'elle a retenue.

En dépit de cette possibilité d'intégrer des éléments technologiques dans les critères de sélection, il n'est pas possible pour la collectivité délégante de retenir un candidat présentant une offre structurellement et manifestement déficitaire. Un tel choix constituerait une erreur manifeste d'appréciation, justifiant l'annulation de la concession (pour une illustration dans la jurisprudence : CAA Lyon, 12 juin 2014, *Société Semerap*, [n° 13LY01340](#)).

3.4. Inclure des clauses sociales et environnementales dans les contrats de concession

Les clauses sociales et environnementales ont émergé dans les marchés publics et ont été récemment intégrées à l'article 62 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics [v. fiche « *Marchés publics* »].

Des **clauses sociales et environnementales** peuvent être également incluses dans des contrats de concession, à condition qu'elles soient liées à l'objet du contrat de concession.

De telles clauses sont susceptibles d'imposer, par exemple :

- l'insertion par l'activité économique de personnes rencontrant des difficultés sociales, définie notamment à l'article [L. 5132-1](#) du code du travail ;
- le respect d'exigences ayant trait au développement durable (traitement des déchets, économie d'énergie...);
- le recours à des acteurs économiques issus de l'économie sociale et solidaire, comme définie à l'article [1^{er}](#) de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

Il convient néanmoins de ne pas poursuivre plusieurs objectifs simultanément, afin d'éviter qu'ils n'entrent en contradiction les uns avec les autres ou nuisent à l'évaluation de l'efficacité de la procédure engagée pour les atteindre (règle du « un outil-un objectif »).

La durée, souvent assez longue, du contrat de concession, rend ce levier d'action économique particulièrement utile.

Établissements publics industriels et commerciaux

(Version de décembre 2018)

1. La notion d’EPIC

Les établissements publics industriels et commerciaux (ci-après EPIC) constituent, avec les sociétés commerciales dont plus de la moitié du capital appartient à des entités du secteur public (v. fiche dédiée), les deux grandes catégories d’entreprises publiques.

La présente fiche se concentre sur les règles propres aux EPIC. On se référera pour les règles communes aux différents établissements publics au *Guide de légistique* (fiche n° 5.3 ; version 2017). Il est également possible de se référer à l’étude du Conseil d’État sur les établissements publics ([EDCE 2010](#)).

1.1. La nature d’établissement public

Les EPIC constituent d’abord des établissements publics, c’est-à-dire des personnes morales de droit public à vocation spéciale créées par une autre personne publique, en principe, l’État (établissement public national) ou une collectivité locale (établissement public local).

Ils doivent être distingués des personnes morales de droit public *sui generis*, que sont les GIP (v. fiche « groupements »), la Banque de France et les autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale.

1.2. Le caractère industriel et commercial

Ce caractère peut résulter de leur texte institutif. Cette qualification ne s’impose toutefois que s’il s’agit d’une loi. Les requalifications sont au contraire possibles en présence d’une qualification résultant d’un décret. De plus, il arrive fréquemment qu’un établissement public gère plusieurs services de nature différente. Dans ce cas, le juge ne s’attache pas à la qualification de l’établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré. Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l’établissement, qui est à prendre en considération pour l’application de certains textes, est déterminé à partir de l’activité principale.

Conformément à la jurisprudence du Conseil d’État (Ass. 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549, au rec. p. 434), le caractère industriel et commercial sera retenu seulement si l’objet est assimilable à celui d’une entreprise privée, si le financement est principalement tiré de l’activité en cause et si ses modalités d’organisation et de fonctionnement se distinguent de celles de l’administration.

2. L'usage économique de l'EPIC

2.1. Aspects généraux

Par nature, l'EPIC a vocation à prendre en charge une activité assimilable à celle d'une entreprise privée, donc à assurer une activité économique. Le recours à l'EPIC par l'Etat ou une collectivité territoriale lui permet de prendre en charge une activité économique sans en assurer directement la gestion. L'EPIC peut recevoir selon les cas, soit une activité entièrement nouvelle, soit une activité qui était jusqu'alors exercée en régie directe (v. fiche « *gestion en régie directe* »). Il s'agit dans ce second cas d'une externalisation de cette mission.

L'EPIC présente certains avantages par rapport au recours à une société anonyme, liés aux prérogatives des personnes publiques dont disposent ces établissements. En effet, les biens des EPIC sont insaisissables (s'appliquent à eux les procédures d'exécution prévues à l'article 1^{er} de la loi [n° 80-539](#) du 16 juillet 1980) ; ils peuvent posséder un domaine public et procéder à des expropriations ; ils peuvent également bénéficier de la prescription quadriennale ; ils peuvent émettre des titres exécutoires et enfin, les procédures de redressement et de liquidation judiciaire leur sont inapplicables (v. *infra*).

Cependant, le statut de l'EPIC présente aussi d'importantes contraintes. Si les EPIC sont soumis à des règles de fonctionnement proches de celles qui s'imposent aux personnes privées, leur régime juridique est souvent complexe du fait de la combinaison d'éléments de droit public et de droit privé. Leurs personnels, à l'exception du chef de l'établissement et de l'agent comptable, sont soumis au droit du travail (CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, n° 15219, au rec. p. 158) mais avec des éléments relevant du droit public. Ils demeurent également soumis à des règles spécifiques telles que l'interdiction de recourir à des clauses compromissaires, sauf autorisation par décret ([art. 2060](#) du code civil), le droit de la commande publique ou le principe de spécialité.

2.2. Conséquences de l'absence de capital

L'absence de capital de l'établissement public fait obstacle en principe :

- à un financement externe autrement que par l'endettement (impossibilité d'une augmentation de capital) et à des partenariats capitalistiques (v. fiche « *sociétés et participations publiques* ») ;
- à sa filialisation par un autre établissement public ou une société anonyme ;
- à ce qu'un dividende soit versé à la personne publique qui a créé l'établissement, cette rémunération étant attachée à l'existence d'actions.

Le législateur est néanmoins venu, par des règles de portée générale ou particulière, rapprocher le régime de l'EPIC de celui de la société anonyme. S'agissant par exemple des dividendes, l'article 79 de la loi [n° 2001-1276](#) du 28 décembre 2001 de finances rectificative prévoit la possibilité pour l'État de percevoir un dividende sur le résultat des établissements publics placés sous sa tutelle. De même, le législateur a récemment placé un EPIC dans une situation analogue à celle d'une filiale dans un groupe public ([art. L. 2102-4](#) du code des transports, introduit par l'article 1^{er} de la loi [n° 2014-872](#) du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire) ; ce dernier schéma, qui est très spécifique, a vocation à demeurer exceptionnel (v. aussi les dispositions introduites par la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire et les textes subséquents).

3. La création des EPIC

D'une manière générale, il convient de limiter la création de nouveaux établissements publics. En ce qui concerne l'État, la [circulaire](#) du Premier ministre du 9 avril 2013 tend à rationaliser la création de toute nouvelle agence ou le transfert de missions exercées par l'État à des agences. Tout projet de création d'une agence est subordonné à la réalisation d'une étude d'opportunité et d'impact.

3.1. Niveau de norme

L'article [34](#) de la Constitution réserve à la loi la fixation des « *règles concernant la création de catégories d'établissements publics* ». La création d'un nouvel établissement public rattaché à une catégorie existante, ou la modification d'une règle, qui n'est pas constitutive d'une catégorie d'établissements publics, peuvent ainsi être prises par décret.

Depuis la décision du Conseil constitutionnel [n° 79-108 L](#) du 25 juillet 1979, relative à la nature juridique des dispositions des articles L. 330-1 à L. 330-9 du code du travail relatifs à l'Agence nationale pour l'emploi, la notion de catégorie d'établissements publics s'entend des établissements « *dont l'activité s'exerce territorialement sous la même tutelle administrative et qui ont une spécialité analogue* ».

En premier lieu, l'exercice territorial sous une même tutelle administrative correspond à un rattachement des établissements publics à une même personne publique (CE, 25 octobre 2004, *Asaro et autres*, [n° 258540](#)), c'est-à-dire soit à l'État, soit aux collectivités locales, sachant que des établissements publics rattachés à des collectivités territoriales de niveau différent (commune, département ou région) peuvent être considérés comme relevant d'une même tutelle administrative.

En second lieu, la spécialité analogue, autrefois analysée comme une double exigence d'une activité de même nature exercée dans le même domaine d'intervention, ne recouvre plus aujourd'hui qu'une activité de même nature, ce critère étant apprécié de façon souple : ainsi, les écoles de formation de la fonction publique présentent aujourd'hui la même spécialité, et l'Agence nationale des titres sécurisés peut ainsi être rattachée à une catégorie d'établissements publics dont l'objet est la mise en commun des moyens des administrations.

Doivent être définies par la loi, les règles suivantes relatives à une catégorie d'établissements publics : la spécialité de l'établissement, les rapports avec la tutelle, les organes de direction, ainsi que les catégories de ressources dont peut bénéficier l'établissement.

3.2. Règles particulières applicables aux établissements publics locaux

Les règles applicables aux établissements publics locaux, qui relèvent de la libre administration des collectivités locales, sont prévues par la loi.

Les communes et leurs groupements ([art. L. 2221-1](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT), les départements, les régions et leurs établissements publics ([art. L. 1412-1](#)), lorsqu'ils entendent exploiter directement des services publics à caractère industriel ou commercial, doivent constituer des régies. Ces régies peuvent être de deux ordres, en application de l'article [L. 2221-4](#) : soit dotées de la seule autonomie financière ; soit dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Dans ce dernier cas, on parle alors d'établissement public local (EPL).

La création d'un EPL relève de la compétence des organes délibérants des personnes publiques locales (art. [L. 2221-3](#) et [L. 2221-10](#) du CGCT). Dans les régions, les départements, les communes de plus de 10 000 habitants, les établissements de coopération intercommunale (EPCI) de plus de 50 000 habitants et les syndicats mixtes comprenant au moins une commune de plus de 10 000 habitants, la création d'une régie dotée de l'autonomie financière doit être soumise pour avis à la commission consultative des services publics locaux prévue à l'article [L. 1413-1](#) du CGCT.

La délibération créant l'établissement public doit déterminer son organisation administrative et financière et prévoir notamment, en application de l'article [R. 2221-1](#) du CGCT, les statuts et le montant de la dotation initiale de la régie. L'entrée en vigueur de la délibération est conditionnée au respect des mesures de publicité requises par les textes, et à sa transmission au représentant de l'État.

4. La spécialité des EPIC

En raison du principe de spécialité de l'établissement public, le juge administratif sanctionne l'exercice par un établissement d'activités excédant le cadre des missions qui lui ont été confiées, même si ce principe est apprécié avec une exigence un peu moindre pour les EPIC que pour les établissements publics administratifs (EPA).

Dans un avis du 7 juillet 1994 relatif à EdF-GdF (n° 356.089), la section des travaux publics du Conseil d'État a précisé que :

« le principe de spécialité (...) signifie que la personne morale (...) n'a pas de compétence générale » au-delà de la mission qui lui a été confiée. Il ne lui appartient pas « d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités ». Toutefois, le principe de spécialité « ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités économiques à la double condition :

- d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale (...) ou du moins connexes à ces activités ;*
- d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public. »*

En outre, la spécialité de l'établissement public s'impose tant à l'établissement (v. not. CE, 19 novembre 1975, *Commune de Thaon-les-Vosges*, n° [94791](#)) qu'à la personne publique sous la tutelle de laquelle il se trouve placé. Ainsi, la délibération de l'organe délibérant de la personne publique locale qui crée la régie énumère le ou les services publics dont cette régie devra assumer la gestion, et cette énumération est limitative. L'EPL est ainsi recevable à contester devant le juge administratif les décisions de la personne publique locale portant atteinte à sa spécialité, et la collectivité territoriale ne peut confier à ses propres organes des compétences qui ne peuvent être exercées que par les organes de la régie.

5. Le respect des principes et libertés économiques

5.1. Droit interne

La création d'un EPIC n'a pas en elle-même pour effet de porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. L'éventuelle atteinte à l'initiative privée, tenant notamment à la concurrence qui pourrait lui être faite par l'établissement, résulte des missions confiées à l'établissement et pourrait s'analyser de la même manière si l'activité était assurée en régie directe. La difficulté éventuelle se situe donc plus en amont, dans la décision prise par la personne publique de prendre en charge une activité économique (v. fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* »).

5.2. Droit de l'Union

La notion d'entreprise publique a été définie par la directive 80/723 du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. Elle s'entend de « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent » (article 2).

La Cour de justice a précisé que, dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement (point 21 arrêt Höfner du 23 avril 1991, aff. C-41/90). En ce sens, elle rappelle, dans un arrêt Pavel Povalov du 12 septembre 2000 (aff.C-180/98), que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné (pt.75).

Pour qualifier d'économique l'activité de l'entreprise, la Cour de justice retient trois conditions cumulatives: en premier lieu, il est nécessaire qu'existe un marché sur lequel pourra s'exercer l'activité en cause (TPI, 12 déc. 2000, Aéroports de Paris c/ Commission, aff. T-128/98, pt. 106.) ; en deuxième lieu, il y aura un accès à ce marché (CJCE, 11 janv. 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03) ; en troisième lieu, cet accès au marché doit prendre la forme de l'offre de biens ou de services, ce qui conduit à écarter les entités qui ont pour unique fonction d'acquérir des biens et des services sur un marché (CJCE, 11 juill. 2006, FENIN c/ Commission, aff. C-205/03, pt. 25).

Le statut même d'EPIC a donné lieu à des contestations au regard du droit des aides d'État issus des articles [107](#) et [108](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE).

En effet, la Commission européenne a estimé, dans une [décision](#) du 26 janvier 2010, que La Poste bénéficiait, du seul fait de son statut d'établissement public, même industriel et commercial (Cass. civ. 2^e, 18 janvier 2001, [n° 98-23233](#)), d'une garantie implicite (non établie par un texte) mais illimitée de l'État. En effet, selon la Commission, l'inapplicabilité aux établissements publics des procédures de redressement ou de liquidation judiciaire, qui conduit à exclure la possibilité que les établissements publics fassent l'objet d'une faillite ou d'une insolvabilité, garantit à un créancier que sa créance soit toujours remboursée, ce qui ouvre aux établissements publics des conditions de crédit plus favorables que celles du marché, tout en faisant supporter par l'État le risque qui y est associé, et qui devrait normalement être rémunéré par une prime appropriée. Ainsi, ce statut confère aux établissements publics un avantage financier par une ponction sur les ressources publiques, même si l'État n'est pas amené à faire des paiements au titre de la garantie accordée.

Saisi d'un recours de la France, le Tribunal puis la Cour de justice ont confirmé la position de la Commission européenne et jugé que cette garantie illimitée constituait une aide d'État (CJUE, 3 avril 2014, *France c/ Commission*, [C-559/12 P](#), pts 94-98, décision relative à La Poste). Toute création d'EPIC devrait donc préalablement prendre en compte les risques mis en évidence par cette jurisprudence.

Toutefois, la qualification d'aide incompatible dépend des caractéristiques de chaque EPIC. La présomption d'existence d'un avantage constitutif d'une aide n'est qu'une présomption simple (même décision). Contrairement au tribunal qui avait jugé que les effets de la garantie n'avaient à être vérifiés qu'après des investisseurs et établissements bancaires et financiers et non avec ses fournisseurs et ses clients (26 mai 2016, République française c. Commission européenne [T-479/11](#); IFP Énergies nouvelles c. Commission [T-157/12](#)), la Cour de justice a estimé que ces effets pouvaient aussi être recherchés dans les relations avec ces fournisseurs et clients afin de déterminer si l'avantage qui est retiré de la garantie est analogue à celui constaté dans les relations avec les institutions bancaires et financières (CJUE, 19 septembre 2018, Commission européenne c. République française [C-438/16 P](#)). En outre, la Cour a jugé, dans cet arrêt, que la démonstration de l'absence d'avantage devait également être établie, selon toute plausibilité, pour l'avenir.

6. La gouvernance des EPIC

6.1. EPIC de l'État

Alors que la loi [n° 83-675](#) du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public régissait depuis son origine la gouvernance des entreprises publiques nationales, qu'elles aient la forme de sociétés anonymes ou d'EPIC, cette loi n'est plus applicable qu'à ces derniers, à la suite de l'ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014.

6.1.1. Organe délibérant

Composition

Les dispositions à prendre ne sont encadrées, en application de la loi du 26 juillet 1983 précitée, que pour les établissements à dominante industrielle et commerciale, plus exactement « *les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles de droit privé* ». Tous les EPIC nationaux ne sont pas régis par ces dispositions. L'article [4](#) de cette loi prévoit notamment un certain nombre d'exclusions.

Pour les établissements relevant de la loi du 26 juillet 1983, la loi impose **trois catégories** de membres (art. 5) :

- des représentants de l'État, qui doivent être nommés par décret ;
- des personnalités choisies soit en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique, soit en raison de leur connaissance des aspects régionaux, départementaux ou locaux des activités en cause, soit en raison de leur connaissance des activités publiques et privées concernées par l'activité de l'entreprise, soit en raison de leur connaissance des problématiques liées à l'innovation et au développement d'entreprises innovantes, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers (la désignation d'une personnalité à ce titre est

obligatoire dans les établissements chargés d'une mission de service public), nommées par décret pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs desdites activités ;

- des représentants élus des salariés.

L'effectif de chacune de ces catégories est fixé par décret, le nombre des représentants des salariés devant être en principe égal au moins au tiers des membres du conseil.

Les règles relatives à la composition équilibrée entre les hommes et les femmes sont précisées aux articles [6-1](#) et [6-2](#) de la loi précitée.

Fonctionnement

La loi prévoit certaines compétences minimales de l'organe délibérant ([art. 7](#)), les autres compétences étant fixées par le texte institutif de l'établissement.

Elle organise la convocation de cet organe et ouvre à un tiers de ses membres le droit d'y procéder ([art. 8](#)). Elle précise que les membres de l'organe délibérant disposent des moyens nécessaires à l'exercice de leurs missions et renvoie à l'organe délibérant la détermination de ces moyens ([art. 9](#)).

6.1.2. Dirigeants

Le président du conseil d'administration est nommé, parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci, par décret ([art. 10](#) de la loi du 26 juillet 1983), pour la durée de son mandat d'administrateur, c'est-à-dire cinq ans ([art. 1^{er}](#) du décret n° 94-582 du 12 juillet 1994).

Il s'agit en principe d'un décret du Président de la République, conformément à l'article 4 de l'ordonnance [n° 58-1136](#) du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'État. En application de l'article [1^{er}](#) de cette même ordonnance, il est pourvu en conseil des ministres aux emplois de direction dans les établissements publics quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres (décret [n° 59-587](#) du 29 avril 1959, qui n'est toutefois pas exhaustif). L'annexe de la loi organique [n° 2010-837](#) du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution fixe la liste des emplois ou fonctions pour lesquelles le pouvoir de nomination du président de la République s'exerce dans les conditions prévues par cet alinéa (avis des commissions compétentes des assemblées).

Le président du conseil d'administration ou les membres du directoire peuvent être révoqués par décret ([art. 10](#) de la loi du 26 juillet 1983). Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 7 octobre 1992, *M. Reverdy*, [n° 106395](#),) que, pour les entreprises dont le président est nommé par décret en conseil des ministres, il n'est pas possible de mettre fin par un décret du Premier ministre aux fonctions de membre du conseil d'administration de l'administrateur qui est président, car ce serait le priver de la qualité qui lui permet d'être président. Préalablement à son remplacement comme administrateur, il faut donc un décret en conseil des ministres mettant fin à ses fonctions de président.

6.2. EPIC locaux

Les EPL sont administrés par un conseil d'administration et un directeur désignés par l'organe délibérant de la collectivité de tutelle, sur proposition de l'exécutif local ([art. L. 2221-10](#) du CGCT).

Les statuts de l'EPL fixent les règles générales d'organisation et de fonctionnement de celui-ci, dans les limites définies par les articles [R. 2221-4](#) à [R. 2221-11](#) et [R. 2221-18](#) à [R. 2221-25](#) du CGCT.

7. Les contrôles

Les EPIC nationaux sont soumis au décret [n° 53-707](#) du 9 août 1953, complété par le décret [n° 55-733](#) du 26 mai 1955. Ils relèvent également du contrôle général économique et financier, de l'inspection générale des finances et de la Cour des comptes.

En application de l'article [L. 2221-6](#) du CGCT, toutes les régies, y compris les EPIC locaux, sont soumises aux vérifications des corps d'inspection nationaux que sont l'inspection générale de l'administration, l'inspection générale des finances et l'inspection générale des affaires sociales avec le concours, le cas échéant, des inspections ministérielles intéressées ([art. R. 2221-12](#)).

8. La dissolution

La dissolution d'un établissement public, rare en raison d'une certaine préférence en pratique pour les fusions d'établissements, doit être opérée par un acte de même nature que celui par lequel l'établissement a été créé. En principe, le solde de liquidation est dévolu à la collectivité de rattachement.

Ainsi, en ce qui concerne les EPL sous tutelle d'une commune, ils cessent leur exploitation en exécution d'une délibération du conseil municipal ([art. R. 2221-16](#) du CGCT) ; l'actif et le passif de la régie sont repris dans les comptes de la commune, et le maire est chargé de la liquidation, qu'il peut déléguer à un liquidateur.

Sociétés et participations publiques

(Version de décembre 2018)

1. Notion de sociétés et participations publiques

Les entreprises publiques sont principalement constituées sous la forme :

- soit d'établissements publics industriels et commerciaux (v. la fiche sur ces établissements) ;
- soit de sociétés commerciales régies en principe par le livre II du code de commerce.

Pour déterminer si une société commerciale appartient au secteur public et constitue ainsi une entreprise publique, il y a lieu de retenir le critère de la détention majoritaire de son capital (CE, 24 novembre 1978, *Schwartz, Defferre et autres*, [n°s 04546 et 04565](#) ; CE, 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, [n°s 34252 et 34758](#) ; v. aussi CE, avis « Institut Français du pétrole » du 26 août 1997, n° 360991 et du 17 septembre 1998, « Entreprises du secteur public », n° [362610](#) ; CC, décisions [n° 83-162 DC](#) des 19 et 20 juillet 1983 et [96-380 DC](#) du 23 juillet 1996).

La participation majoritaire s'apprécie en tenant compte à la fois des participations détenues directement par les personnes publiques mais aussi par des participations indirectes, c'est-à-dire généralement celles détenues par des sociétés à participation publique dans une même chaîne ininterrompue de participations majoritaires. Même lorsqu'elle est minoritaire, la participation de la personne publique lui confèrera des droits dans la gestion de l'entreprise.

La présente fiche traite à la fois des sociétés du secteur public (participation majoritaire) et des participations publiques (minoritaires) dans les sociétés commerciales ordinaires. Les participations des collectivités locales intervenant en principe dans des sociétés à statut spécifique (v. fiche dédiée), la présente fiche n'aborde que les sociétés et participations de l'État et de ses établissements publics.

Leur régime a été largement refondu par l'ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (ratifiée et modifiée par les articles [178](#) et suivants de la [loi n° 2015-990 du 6 août 2015](#)). Les modalités d'application en ont été précisées par le décret n° [2014-949](#) du 20 août 2014.

Cette ordonnance est applicable aux sociétés commerciales dans lesquelles l'Etat ou ses établissements publics détiennent seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation au capital définie comme toute fraction du capital d'une société, quel que soit son montant (art.1er).

Ces sociétés sont soumises aux dispositions du code de commerce et des autres lois générales ou particulières qui les régissent dans la mesure où ces dispositions ne sont pas contraires à cette ordonnance (même article ; v. par exemple, pour des dérogations aux règles du code de commerce sur le nombre minimum d'actionnaires, le rétablissement des dispositions spéciales en ce domaine par la loi n° 2016-563 du 10 mai 2016 ratifiant l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015).

2. L'usage économique des sociétés et participations publiques

Les entreprises et participations publiques peuvent permettre à la personne publique d'influer sur la conduite de l'activité de la société concernée dans le respect de son intérêt social, sans s'impliquer directement dans la gestion de celle-ci. Les objectifs poursuivis constituent une question d'opportunité. Ils ont été précisés, pour ce qui concerne l'État, dans « [les lignes directrices pour l'État actionnaire](#) » définies en 2014.

Le choix de la société anonyme à participation publique peut permettre des ouvertures de capital et ainsi de nouer des partenariats avec d'autres entreprises, contrairement à la forme de l'établissement public. Elle peut aussi permettre de disposer de ressources supplémentaires, notamment en procédant à des augmentations de capital, et ainsi de favoriser le développement de l'entreprise (v. exposé des motifs du projet de loi transformant La Poste en société anonyme ; loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales).

Le recours aux participations publiques suppose la mobilisation d'une ressource en capital. En cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, la personne publique peut, comme les autres actionnaires, être sollicitée pour venir à son soutien, sans y être obligée. Si les difficultés conduisent à la liquidation de l'entreprise, la personne publique peut perdre le capital investi. En contrepartie, en cas de réalisation d'un bénéfice, la personne publique peut bénéficier de dividendes et obtenir ainsi une forme de rémunération du capital investi.

L'admission des titres de l'entreprise sur un marché réglementé présente des enjeux spécifiques au plan financier (fluctuation de la valorisation du titre et donc du patrimoine de la personne publique) mais aussi au plan juridique (application du droit des marchés financiers).

3. Opérations en capital (prises et cessions de participations)

A l'exception des nationalisations, elles sont régies par le titre III de l'ordonnance du 20 août 2014 précitée.

3.1. Prises de participations

3.1.1. Autorité compétente

Par voie d'autorité : nationalisations

Aux termes de l'article [34](#) de la Constitution, relèvent du domaine de la loi « *les règles concernant les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ». La nationalisation est décidée directement par la loi.

Ces opérations doivent se conformer au cadre qui résulte de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, qui prévoit que « *la propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ». La juste et préalable indemnité, qui doit être prévue par le législateur, est contrôlée de façon exigeante par le Conseil constitutionnel (81-132 DC du 16 janvier 1982).

En revanche, l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être refusée par celui-ci, dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 (même décision).

Autres acquisitions

Les acquisitions autres que les nationalisations, c'est à dire celles convenues entre le vendeur et la personne publique acheteuse, sont décidées par décret lorsqu'elles entraînent le transfert de la majorité du capital d'une société au secteur public, et par arrêté du ministre chargé de l'économie dans les autres cas (art. 24 de l'ordonnance du 20 août 2014 préc.). Toute opération de constitution d'une société est assimilée à une opération d'acquisition (même article).

3.1.2. Application du régime des aides d'État

L'article 345 du TFUE prévoit que le traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres et reconnaît donc la liberté des entités publiques de détenir des participations, même majoritaires, dans les entreprises. Même si, en tant que telle, la prise de participation de l'État au capital d'une entreprise ne méconnaît pas le droit de l'Union, elle peut constituer une aide d'État au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après TFUE) si elle en réunit les critères (CJUE, grande ch., 5 juin 2012, *Commission / EDF*, aff. C-124/10 P, pts 76-80).

La qualification d'aide n'est pas retenue lorsque l'entreprise bénéficiaire aurait pu obtenir le même avantage dans des conditions normales de marché, cette appréciation s'effectuant, pour les entreprises publiques, par application, en principe, du critère de l'investisseur privé : « *Peuvent être notamment requis, à cet égard, des éléments faisant apparaître que cette décision [de l'entité publique] est fondée sur des évaluations économiques comparables à celles que, dans les circonstances de l'espèce, un investisseur privé rationnel se trouvant dans une situation la plus proche possible de celle dudit État membre aurait fait établir (...)* » (même arrêt, point 84).

Récemment, la Cour de justice a considéré, qu'en égard à l'article 107 TFUE, la décision d'une société détenue majoritairement par un État membre d'accepter, afin d'éteindre une créance, une dation en paiement d'un actif qui est la propriété d'une autre société dont cet État membre est le seul actionnaire et de s'acquitter d'une somme correspondant à la différence entre la valeur estimée de cet actif et le montant de cette créance est susceptible de constituer une aide d'État (arrêt *Fondul Proprietatea*, 18 mai 2017, aff. C-150/16, pt.37).

3.2. Cessions de participations

3.2.1. Participations susceptibles d'être cédées

Aux termes du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, « *Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité* ». Cet alinéa est de nature à s'opposer à toute cession de participation qui entraînerait le transfert au secteur privé de la majorité du capital des entreprises concernées.

▪ *Notion de monopole de fait*

La notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités (CC, décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006).

Selon cette jurisprudence, une entreprise est en situation de monopole de fait à la **double condition** que :

- les secteurs d'activité sur lesquels elle détient une position exclusive ou prépondérante occupent une place importante et non substituable dans l'économie nationale ;
- ces secteurs d'activité représentent la majeure part de son activité globale.

L'approche est « *plus large que celle de 'marché pertinent' retenue par le Conseil de la concurrence pour l'application du droit de la concurrence* » (commentaire au cahier sous cette décision.)

▪ *Notion de service public national*

Le Conseil constitutionnel a précisé ce qu'il fallait entendre par la notion de service public national (décision du 30 novembre 2006 préc.). Il en distingue **deux catégories**.

La première est constituée des « services publics constitutionnels », c'est à dire des services publics dont la nécessité découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle. Il s'agit pour l'essentiel des services publics régaliens tels que la justice, la défense, la diplomatie, la police (commentaire sous la même décision).

La seconde est constituée des services publics autres que constitutionnels dont il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer s'ils doivent être qualifiés de services publics nationaux, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise. Le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée. Toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national (décision du 30 novembre 2006 préc.).

Le Conseil constitutionnel n'a pas fixé de critères précis de définition de cette seconde catégorie. Dans le prolongement des positions adoptées par le Conseil d'État sur ces questions (avis Assemblée générale, 11 mai 2006 n°372340 ; CE, Sect. 27 septembre 2006, *M. Bayrou*, n° 290716) le Conseil constitutionnel, se prononçant sur la distribution du gaz, retient néanmoins qu' « *il n'y a pas de service public national* »

au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 là où plusieurs opérateurs concurrents interviennent certes dans un secteur d'activité d'intérêt national et soumis par les pouvoirs publics nationaux à des obligations de service public ou d'intérêt général, mais sans qu'aucun ne se voie confier l'exclusivité de ce service » (Commentaire aux cahiers sous la décision du 30 novembre 2006 préc.).

3.2.2. Autorité compétente

Les dispositions de l'article [34](#) de la Constitution n'imposent pas que toute opération impliquant un transfert du secteur public au secteur privé soit directement décidée par le législateur, à qui il est loisible de renvoyer au pouvoir réglementaire (décision [n° 81-132](#) DC du 16 janvier 1982, *loi de nationalisation*). Conformément à cette jurisprudence, [l'article 22](#) de l'ordonnance du 20 août 2014 fixe les actes nécessaires pour procéder aux cessions.

▪ *Cessions relevant d'une autorisation législative préalable*

Les opérations par lesquelles l'État transfère au secteur privé la majorité du capital d'une société ne peuvent être décidées par décret qu'après avoir été autorisées par la loi lorsque l'État détient directement, depuis plus de 5 ans, plus de la moitié du capital social de la société et si l'une des deux conditions suivantes est remplie :

- ses effectifs, augmentés de ceux de ses filiales dans lesquelles elle détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital social, sont supérieurs à 500 personnes au 31 décembre de l'année précédant le transfert ;
- son chiffre d'affaires consolidé avec celui de ses filiales est supérieur à 75 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert.

Le même régime d'autorisation législative s'applique lorsque la société est entrée dans le secteur public en application d'une loi. Il en va de même en cas de transfert au secteur privé de la majorité du capital d'une société exploitant une infrastructure de transport aéroportuaire ou autoroutière dans le cadre d'une concession accordée par l'Etat ([VI de l'article 22](#)).

Indépendamment de ce cadre général, des dispositions législatives spéciales peuvent imposer le recours à la loi pour certaines opérations (v. p. ex. à propos du Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies, l'art. 190 de la loi n°2015-990 du 6 août 2015). Elles peuvent également fixer des modalités particulières pour leur réalisation (v. p. ex, à propos des sociétés exploitant un aéroport, l'art. 191 de la même loi).

▪ *Cessions pouvant être réalisées directement par l'autorité administrative*

Les opérations de cession de participations au secteur privé par l'État qui n'entrent pas dans les cas ci-dessus sont décidées par décret sans autorisation législative préalable :

- lorsqu'elles entraînent le transfert au secteur privé de la majorité du capital de la société ;
- lorsque la participation de l'État est supérieure au tiers du capital, si la cession a pour conséquence de la ramener en dessous de ce seuil ;
- lorsque la participation de l'État est supérieure aux deux tiers du capital, si la cession a pour conséquence de la ramener en dessous de ce seuil.

Les autres opérations de cession de participations par l'État sont décidées par le ministre chargé de l'économie ([III de l'article 22](#)).

▪ *Cessions des participations détenues par des entreprises publiques*

Les cessions par les entreprises publiques des participations qu'elles détiennent sont en principe décidées par les organes compétents de ces entreprises mais une autorisation préalable du ministre de l'économie est requise lorsque l'opération consiste en un transfert au secteur privé de la majorité du capital d'une société réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 150 millions d'euros ou employant plus de mille personnes (IV du même article).

▪ *Opérations assimilées ou exclues*

Un certain nombre d'opération proches dans leurs effets à celles qui sont prévues par les dispositions précitées leur sont explicitement assimilées pour l'application de ces règles d'autorisation (V du même article).

L'application des règles d'autorisation est au contraire exclue dans un certain nombre de cas particuliers ([art. 23](#)).

La décision administrative par laquelle est sélectionné l'acquéreur d'une participation au capital d'une société est détachable du contrat de droit privé de cession de la participation et peut faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif ; cette décision ne présente pas de caractère réglementaire (CE, 27 oct. 2015, [n°386595](#)).

3.2.3. Fixation du prix

Les prix d'offre, les prix de cession ou d'acquisition ainsi que les parités d'échange des opérations décidées ou autorisées par l'État sont fixés par arrêté du ministre chargé de l'économie. Dans les autres cas, le prix est fixé par l'organe compétent de l'organisme cédant ([art.29](#) de l'ordonnance du 20 août 2014).

Selon une jurisprudence du Conseil constitutionnel, la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur. Cette règle découle du principe d'égalité. Elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due. Cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques (CC, décision [n° 86-207](#) du 26 juin 1986).

L'article [29](#) de l'ordonnance du 20 août 2014 rappelle que la propriété de tout ou partie du capital des sociétés ne peut être cédée à des personnes du secteur privé pour des prix inférieurs à leur valeur.

Pour les principales opérations ([art. 26](#)), la valeur des titres est évaluée par la commission des participations et des transferts selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés. Les prix et parités fixés par le ministre chargé de l'économie ne peuvent être inférieurs à son évaluation ([art. 29](#)).

Dans les autres cas, la valeur de l'entreprise est évaluée selon les méthodes objectives couramment pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés ([art. 28](#)).

Le juge administratif exerce un contrôle entier sur le prix fixé (CE Ass., 2 février 1987, *Joxe et Bollon*, [n° 82436](#) ; CE Ass., 18 décembre 1998, *Société générale et autres*, [n° 197175](#)).

3.2.4. Application du régime des aides d'État

Les cessions sont susceptibles d'être soumises, comme les acquisitions, au droit des aides d'État (critère de l'opérateur privé en économie de marché, *v. supra*).

3.2.5. Protection des intérêts essentiels du pays

Elle est notamment assurée par les dispositions des articles [21-1](#) (obligation générale) et [31-1](#) (action spécifique) de l'ordonnance du 20 août 2014 (*v. fiche « protection des intérêts stratégiques dans les entreprises »*).

3.2.6 Offre réservée aux salariés

En cas de cession d'une participation de l'Etat, réalisée selon les procédures des marchés financiers, entraînant le transfert d'une partie du capital au secteur privé, 10% des titres cédés par l'Etat sont proposés aux salariés et anciens salariés de l'entreprise et à ceux de ses filiales, qui sont adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise. Un rabais sur le prix des titres ou des délais de paiement peuvent être consentis par l'entreprise. Les titres ne peuvent alors être revendus immédiatement par les intéressés ([article 31-2](#) de l'ordonnance du 20 août 2014).

4. Gouvernance des entreprises

Elle est organisée par le titre II de [l'ordonnance](#) du 20 août 2014.

Ces dispositions issues de l'ordonnance du 20 août 2014 entrent en vigueur à la date fixée pour chaque entreprise par son conseil d'administration, conseil de surveillance ou organe délibérant en tenant lieu (à l'exception de celles des articles 17 et 21 concernant certains aspects de la nomination des dirigeants et leur intérim, qui sont entrées en vigueur dès le lendemain de la publication de l'ordonnance). Cette date d'entrée en vigueur ne peut être postérieure au lendemain de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1er janvier 2017. Jusqu'à la date fixée pour cette entrée en vigueur, ces sociétés restent régies par les dispositions antérieures à l'intervention de l'ordonnance (*v. art. 34 de celle-ci*).

4.1. Organe délibérant

4.1.1. Composition

Sont susceptibles de siéger comme membres du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu :

- l'État, par l'intermédiaire d'un représentant unique ;
- des membres désignés par l'organe compétent de la société, le cas échéant, proposés par l'État ;
- des représentants des salariés.

Les membres désignés par l'organe compétent de la société en dehors d'une proposition de l'État, le sont dans les conditions de droit commun du code de commerce.

- *Représentant de l'État (articles 4 et 5)*

La présence d'un représentant de l'Etat dans l'organe délibérant dépend du niveau et des modalités de la participation publique au capital de la société :

- dans les sociétés dans lesquels il détient directement, seul ou avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital, l'État désigne obligatoirement un représentant dans l'organe délibérant ;
- dans les sociétés dont il détient directement à lui seul plus de 10 % du capital, l'Etat peut désigner s'il le souhaite un représentant dans cet organe ;
- dans toutes les autres sociétés, l'Etat peut, sur sa proposition ou avec son accord, être désigné par l'organe compétent de la société (l'assemblée générale dans les sociétés anonymes) comme membre de l'organe délibérant ; l'Etat désigne alors un représentant.

Le représentant de l'État siège et agit avec les mêmes droits et les mêmes pouvoirs que les autres membres de l'organe délibérant, même si on ne peut lui imposer d'être propriétaire d'un certain nombre d'actions, comme le permettent les articles [L. 225-25](#) et [L. 225-72](#) du code de commerce. En outre, les rémunérations qu'il perçoit à raison de l'exercice de ce mandat sont versées au budget de l'État.

▪ *Membres proposés par l'État (article 6)*

Lorsque l'État détient seul et directement 10 % à 50 % du capital, un ou plusieurs sièges, dans la limite d'un nombre proportionnel à sa participation (et dont il faut déduire le représentant de l'État nommé en application de l'article 4), sont réservés à des membres qu'il peut proposer.

Lorsque l'État ou ses établissements publics industriels ou commerciaux, seuls ou conjointement, détiennent directement ou indirectement une participation, l'État peut proposer la nomination d'un ou plusieurs membres de l'organe délibérant, dans des conditions précisées par voie réglementaire.

Ces membres sont soumis aux mêmes règles que les autres membres.

Ils représentent les intérêts de l'État en sa qualité d'actionnaire (III de l'article 6) et peuvent bénéficier de la « protection fonctionnelle » prévue par [l'article 11](#) de la loi du 13 juillet 1983 (IV du même article).

Ils peuvent avoir ou non la qualité d'agents publics de l'Etat. Lorsque c'est le cas, leur rémunération est versée au budget de l'Etat. Lorsque ce n'est pas le cas, seule la part de la rémunération dépassant un plafond fixé par le ministre chargé de l'économie est versée à ce budget.

▪ *Représentant des salariés (articles 7 à 9)*

L'organe délibérant comprend au moins un tiers de représentants de salariés :

- dans les sociétés majoritairement et directement détenues par l'État et d'au moins cinquante salariés ;
- dans les sociétés majoritairement détenues par l'État ou ses établissements publics industriels ou commerciaux (y compris les établissements publics qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial, lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé), directement ou indirectement, et d'au moins deux cent salariés, le nombre de représentants de salariés étant plafonné à trois pour les sociétés ne dépassant pas mille salariés.

Pour leur élection et leur statut, ces représentants des salariés sont soumis aux dispositions des chapitres II et III du titre II de la [loi du 26 juillet 1983](#).

▪ *Commissaire du Gouvernement (article 15)*

Dans l'hypothèse où un représentant de l'Etat est nommé directement en application de l'article 4, l'Etat peut désigner un commissaire du Gouvernement. Il est nommé par les ministres intéressés après consultation du ministre chargé de l'économie (article 5 du décret n° 2014-949 du 20 août 2014). Il assiste, avec voix consultative, aux séances de l'organe délibérant et peut y exposer la politique du gouvernement dans le secteur d'activité de la société concernée. Le Conseil d'Etat recommande que sa présence ne soit pas systématique mais se limite aux situations dans lesquelles est en jeu la protection des intérêts du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique et de défense nationale ; le texte qui l'institue doit préciser sa mission et lui conférer des prérogatives adaptées, nécessaires et proportionnées. Il faut également éviter le cumul d'un commissaire du Gouvernement et d'une action spécifique au sein d'une même société pour éviter des difficultés au regard du droit de l'Union européenne (v. pour plus d'information sur ces points et d'autres recommandations l'étude du Conseil d'Etat, Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015).

4.1.2. Fonctionnement

Les conditions de fonctionnement de l'organe délibérant des sociétés dont plus de la moitié du capital est détenu par l'État et ses établissements publics, seuls ou conjointement, directement ou indirectement sont prévues aux articles 10 à 14 de l'ordonnance du 20 août 2014.

Les statuts peuvent cependant déroger aux articles 11 à 13 par une mention expresse en ce sens.

4.2. Dirigeants

Sauf mention expresse contraire des statuts, les sociétés anonymes à conseil d'administration dont plus de la moitié du capital est détenu par l'État et ses établissements publics, seuls ou conjointement, directement ou indirectement, peuvent être dirigées soit par un président-directeur général (unification), soit par un directeur général (dissociation), conformément aux dispositions de l'article [L. 225-51-1](#) du code de commerce.

Dans les sociétés dont plus de la moitié du capital est détenue directement par l'État, ces dirigeants sont nommés :

- pour le président-directeur général d'une société anonyme à conseil d'administration, parmi les membres du conseil et sur proposition de ce dernier, par décret ;
- pour le directeur général d'une telle société anonyme à conseil d'administration, sur proposition du conseil d'administration et par décret ;
- pour le président du directoire ou le directeur général unique d'une société anonyme à directoire et conseil de surveillance, sur proposition du conseil de surveillance et par décret ;
- pour les dirigeants mandataires sociaux d'autres sociétés, par décret.

Les nominations des dirigeants des établissements et entreprises du secteur public sont en principe prononcées par décret du Président de la République en application de l'article 4 de l'ordonnance du 28 novembre 1958. En application de l'article 1^{er} de cette même ordonnance, il est pourvu en conseil des ministres aux emplois de direction dans les sociétés nationales quand leur importance justifie l'inscription sur une liste dressée par décret en conseil des ministres (décret [n° 59-587](#) du 29 avril 1959).

L'annexe de la loi organique [n° 2010-837](#) du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution fixe la liste des emplois ou fonctions pour lesquelles le pouvoir de

nomination du Président de la République s'exerce dans les conditions prévues par cet alinéa (avis des commissions compétentes des assemblées).

La révocation est prononcée par décret. En cas de vacance, l'État peut désigner la personne chargée d'assurer l'intérim jusqu'à la désignation d'un nouveau dirigeant, par lettre adressée à la société faisant l'objet d'une publicité.

Sociétés locales à statut spécifique

(Version de décembre 2018)

1. Les participations des collectivités territoriales au capital des sociétés locales à statut spécifique et des autres sociétés

Les participations des collectivités locales interviennent en principe dans des sociétés locales à statut spécifique. La notion de société locale à statut spécifique recoupe la notion fonctionnelle d'entreprises publiques locales. Elle désigne les sociétés d'économie mixte locales (SEML), les sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), ainsi que les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) et les sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique (SEMAOU). Il s'agit de sociétés commerciales : elles sont donc, sauf dérogations, soumises au livre II du code de commerce.

Les SPL, SPLA, SEMOP et SEMAOU relèvent, sauf règles contraires détaillées pour l'essentiel dans cette fiche, du régime juridique de la SEML.

Outre le recours à ces sociétés locales à statut spécifique, les collectivités territoriales ou leurs groupements ont également la possibilité, sous certaines conditions, de prendre des participations dans des sociétés de droit commun :

1° La région peut, depuis l'intervention de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe), prendre des participations au capital de sociétés commerciales de droit commun, sans qu'elles soient soumises à une autorisation préalable par décret en Conseil d'État, dans les conditions prévues par les dispositions du 8° bis inséré à l'article [L. 4211-1](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT. Le décret n° 2016-807 du 16 juin 2016 relatif aux conditions de prises de participation au capital de sociétés commerciales par les régions fixe le cadre réglementaire applicable (article [R. 4211-1](#) à [R. 4211-8](#) du CGCT).

2° Pour les communes et les départements, le principe demeure l'interdiction de prise de participation dans les sociétés commerciales de droit commun, sauf dans les hypothèses suivantes :

- autorisation prévue par décret en Conseil d'État ;
- participation au capital d'une société commerciale ayant pour objet d'exploiter les services communaux ou départementaux, ou des activités d'intérêt général dans les conditions prévues à l'article L. 2253-2 du CGCT pour les communes ou dans des conditions analogues à ces dernières pour les départements (art [L. 2253-1](#) du CGCT pour les communes et art. [L. 3231-6](#) du CGCT pour les départements) ;

- participation au capital d'une société anonyme ou d'une société par actions simplifiée dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur leur territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire (art. [L. 2253-1](#) du CGCT et art. [L. 3231-6](#) préc., tels que modifiés par la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte).

→ **Pour approfondir**

V. pour plus de précisions sur les participations des collectivités à d'autres formes de société comme les sociétés de garantie (v. fiche « *Garanties* »), de capital-investissement, sociétés de financement régionales ou interrégionales, [l'instruction](#) du Gouvernement du 22 décembre 2015 relative à la nouvelle répartition des compétences en matière d'interventions économiques des collectivités territoriales et de leurs groupements issue de l'application de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe).

3° Les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent également avoir la qualité d'associés au sein de sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC), qui sont régies par les dispositions du titre II ter de la loi [n°47-1775](#) du 10 septembre 1947, inséré par la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, et récemment modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 et la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014, ainsi que les dispositions du code de commerce.

Ces sociétés prennent la forme de sociétés anonymes (SA), de sociétés par actions simplifiées (SAS) ou de sociétés à responsabilité limitée (SARL) à capital variable. Elles ont pour objectif la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif, qui présentent un caractère d'utilité sociale. Leur régime juridique est partiellement dérogatoire au droit commun. Leur mode de gestion est démocratique (selon la règle « une personne = une voix ») et le mode de fonctionnement ne privilégie pas la lucrativité. L'entreprise appartient aux salariés, mais pas seulement, et c'est là qu'est l'originalité des SCIC, puisque le capital peut être détenu également par les bénéficiaires de l'activité (les clients, les usagers, les fournisseurs) et par une troisième catégorie d'actionnaires regroupant des collectivités territoriales, des bénévoles, des financeurs, etc.

La seule spécificité des prises de participation des collectivités territoriales dans ces sociétés réside en la part de capital qu'elles peuvent détenir. La loi du 31 juillet 2004 relative à l'économie sociale et solidaire a ainsi fait passer le plafond de capital de 20 % à 50 % ([art. 19 septies](#) de la loi du 10 septembre 1947).

→ **Pour approfondir**

V. pour plus de détails sur ce type de société, le site internet dédié au [réseau des SCIC](#).

2. L'usage économique d'une société locale à statut spécifique

2.1. Intérêt du recours à une société locale à statut spécifique pour les personnes publiques

Les motivations des personnes publiques qui décident de créer une société locale à statut spécifique sont notamment les suivantes :

- un mode de financement d'une opération ne reposant pas uniquement sur les ressources des collectivités territoriales ou de leurs groupements ;

- la présence garantie de la collectivité territoriale au capital de la société et les exceptions de gouvernance qui y sont liées ;
- la société locale à statut spécifique dispose d'un objet plus large que celui d'un GIE, ce qui permet une plus grande diversification de ses activités ;
- le recours à une société locale à statut spécifique permet l'utilisation d'une structure de droit privé et évite certains inconvénients de l'établissement public ;
- cette structure de droit privé demeure contrôlée, tant par la collectivité elle-même que par le représentant de l'État.

2.2. Brève analyse comparative des avantages et inconvénients des différentes catégories de sociétés locales

La SEML permet aux collectivités territoriales de faire appel à des capitaux privés par le biais de la constitution d'une société anonyme, afin de réaliser une mission locale d'intérêt général. La collectivité actionnaire est soumise en tant que pouvoir adjudicateur aux exigences de transparence, mise en concurrence et non-discrimination dans ses relations avec la SEML.

La SPL constitue une structure entièrement contrôlée par les collectivités territoriales, ces dernières étant les seules actionnaires de la société. Considérée en principe comme une structure « *in house* » au sens du droit de l'Union (cf. *infra* point 6.1.), ses relations contractuelles avec ses actionnaires ne sont pas, en principe, soumises au respect d'une procédure de mise en concurrence.

La SEMOP est une société créée pour une durée limitée afin de fournir un cadre de coopération entre une ou plusieurs collectivités territoriales et un ou plusieurs opérateurs économiques, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général – y compris la gestion d'un service public. Le recours à la SEMOP est plus simple que l'utilisation d'un contrat de partenariat, devenu un « marché de partenariat » depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} avril 2016 de l'ordonnance n° [2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et qui est précédé d'une évaluation préalable comportant une étude de soutenabilité budgétaire. La SEMOP peut s'avérer utile dans certains secteurs concurrentiels où l'utilisation d'une SEM paraît moins adaptée. La SEMOP permet en outre d'anticiper les procédures de publicité et de mise en concurrence : la mise en concurrence a lieu pour le choix de l'actionnaire, mais elle n'est plus nécessaire, ensuite, pour la passation du contrat conclu avec l'entité. Il est à noter que cette souplesse n'est pas sans présenter des risques juridiques, qui restent encore à identifier, eu égard au caractère récent de la création de ce type de société.

3. Les SEML

3.1. L'objet de ces sociétés

Par exception au principe général d'interdiction de prise de participation des collectivités territoriales au capital de sociétés anonymes, les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent créer des SEML ou prendre des participations dans ces sociétés. Le régime juridique des SEML, issu pour l'essentiel de la loi n° [83-597](#) du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales, puis modifié par la loi n° [2002-1](#) du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales, est aujourd'hui codifié, pour la partie législative, aux articles [L. 1521-1](#) à L. 1525-3 figurant au titre II du Livre V du CGCT.

L'objet social des SEML est limitativement défini par l'article [L. 1521-1](#). Les SEML ne peuvent être constituées que pour la réalisation d'opérations d'aménagement, de construction et plus généralement pour l'exploitation de SPIC locaux ou d'autres activités locales d'intérêt général. L'objet social est précisé par les statuts de la société.

Ne constitue pas, par exemple, une activité locale d'intérêt général, la création de trois hectares de serres horticoles destinées à la commercialisation en France et à l'étranger de variétés de fleurs et plantes (CE, 10 octobre 1994, *Préfet de la Moselle c/ commune d'Amnéville*, n°s [141877](#) et [146693](#)), ni la production, la fabrication et la mise en œuvre de produits et de matériaux pour la construction et l'entretien des routes et chantiers divers pour toute clientèle publique ou privée (CE, 23 décembre 1994, *Commune de Clairvaux-d'Aveyron et autres*, n° [97449](#)).

Si l'intérêt général peut résulter de la carence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées, une telle carence ou une telle insuffisance ne saurait être regardée comme une condition nécessaire de l'intervention d'une SEML sur un marché. Il y a seulement lieu de rechercher si les activités en cause présentent un intérêt public suffisant (CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyage*, n° [308564](#)).

Selon l'article [L. 1521-1](#) du CGCT, lorsque l'objet d'une SEML inclut plusieurs activités, celles-ci doivent être complémentaires. Par exemple, s'agissant d'une SEML exerçant une activité principale de gestion d'un centre des congrès et d'organisation de manifestations dans ce centre, il a été jugé que la fourniture de prestations touristiques liées au séjour constituait, pour cette société, un complément normal de son activité principale (CE, décision *Syndicat national des agences de voyage*, préc.).

3.2. Le régime juridique de ces sociétés

3.2.1. Organisation et fonctionnement

Ce sont les règles de droit commun des sociétés commerciales qui s'appliquent (v. fiche « *Sociétés et participations publiques* »). La collectivité publique doit néanmoins détenir entre 50 % et 85 % du capital de la société.

Plusieurs dérogations au droit commun sont prévues par le CGCT, parmi lesquelles :

- a) l'article [L. 1524-5](#) prévoit un dispositif dérogatoire à l'élection des administrateurs par l'assemblée générale ; ainsi, toute collectivité territoriale ou groupement de collectivités territoriales actionnaire a droit à au moins un représentant au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, désigné en son sein par l'assemblée délibérante concernée ;
- b) par dérogation à l'article [L. 225-20](#) du code de commerce, la responsabilité civile qui résulte de l'exercice du mandat des représentants incombe à la collectivité territoriale ou au groupement dont ceux-ci sont mandataires ;
- c) en vertu de l'article [L. 1524-6](#), lorsque la collectivité territoriale ou son groupement accorde une garantie d'emprunt à un prêt contracté par une SEML, elle a le droit, à condition de ne pas être actionnaire directement représenté au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, à la nomination d'un délégué spécial ; ce dernier peut être entendu, à sa demande, par les organes de direction.

3.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales

Le capital social des SEML est régi par le droit commun des sociétés, et doit s'élever à 37 000 euros minimum (art. [L. 224-2](#) du code de commerce). Par dérogation, ce seuil s'élève à 150 000 euros pour les SEML d'aménagement et à 225 000 euros pour les SEML ayant dans leur objet la construction d'immeubles à usage d'habitation, de bureaux ou de locaux industriels, destinés à la vente ou à la location (art. [L. 1522-3](#) du CGCT).

Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent prendre part à la modification du capital des SEML en tant qu'actionnaires, ou allouer des apports en compte courant d'associé. Dans ce dernier cas, une convention expresse doit être conclue entre la collectivité ou le groupement et la SEML.

Les départements actionnaires de SEML dont l'objet social s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la loi NOTRe attribue à un autre niveau de collectivité territoriale ou à un groupement de collectivités territoriales peuvent continuer à participer au capital de ces sociétés. En revanche, ils ont dû céder dans l'année qui suit l'entrée en vigueur de cette loi - soit au plus tard au 31 décembre 2016 - plus des deux tiers des actions détenues dans ces sociétés (VII de [l'article 133](#)).

3.2.3. Moyens d'action :

Passation de contrats et prises de participation :

Une fois créées par les collectivités territoriales, les SEML disposent de plusieurs modalités d'intervention. Elles peuvent intervenir pour leurs actionnaires, mais également, sous certaines conditions, pour des personnes qui ne participent pas à leur capital (art. [L. 1523-1](#) du CGCT). Elles peuvent également agir, comme toute société anonyme, pour leur propre compte. Ces moyens d'action peuvent être contractuels, ou consister en une prise de participation dans d'autres sociétés commerciales.

L'objet premier des SEML est d'agir pour ses actionnaires, qu'il s'agisse de collectivités territoriales et de leurs groupements ou de personnes privées. Lorsque les SEML agissent pour le compte de collectivités territoriales et de leurs groupements, elles le font en tant que prestataires dans plusieurs cas de figure :

- a) **les opérations d'aménagement** : elles nécessitent la signature d'une concession d'aménagement conclue après une procédure de publicité permettant la présentation d'offres concurrentes (art. [L. 1523-2](#) du CGCT et art. [L. 300-4](#) du code de l'urbanisme ; v. fiche « *contrats dédiés aux opérations de construction* »), qui doit être approuvée par le conseil d'administration ou de surveillance de la SEML ;
- b) **les opérations de construction** : elles nécessitent également la signature d'une convention approuvée par le conseil d'administration, qui fixe les obligations de la société en contrepartie des financements accordés par la collectivité (subventions ou avances) ;
- c) **les opérations de gestion du service public** : elles sont soumises aux dispositions prévues par l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics et l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

Lorsque la SEML agit en tant que donneur d'ordres pour une autre personne morale non actionnaire ou pour son propre compte, il convient de vérifier dans chaque cas de figure si elle doit être regardée comme un acheteur au sens de [l'article 9](#) l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux

marchés publics (et, à partir du 1^{er} avril 2019, date de son entrée en vigueur, au sens de l'article [L. 1210-1](#) du code de la commande publique, créé par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative de ce code).

→ **Pour approfondir**

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, la fiche technique sur [les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) (mise à jour le 8 novembre 2016).

La SEML peut également prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales en vertu de l'article [L. 1524-5](#) du CGCT. Cette prise de participation doit recueillir au préalable l'accord exprès de la collectivité actionnaire. Elle ne doit pas constituer un détournement de l'interdiction faite aux collectivités territoriales de participer à un organisme à but lucratif, prévue aux articles [L. 2253-1](#) (pour les communes) et [L. 3231-6](#) (pour les départements) du CGCT, cette dernière ayant toutefois été assouplie eu égard à ce qui a été exposé au **point 1**.

Autres moyens d'action :

En application des dispositions de l'article [L. 300-4](#) du code de l'urbanisme, les SEML peuvent être chargées d'acquérir les biens nécessaires à une opération d'aménagement « *y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption* », article dont le Conseil d'État a jugé qu'il était compatible avec l'article 1^{er} du protocole additionnel n° 1 à la Convention européenne des droits de l'homme garantissant le respect de la propriété privée (CE, 11 juin 1993, *Association "Groupement de défense de la colline des Baumettes"*, n°s [118417](#);118418).

En application de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, la société d'économie mixte agréée mentionnée à l'article L. 481-1 du code de la construction et de l'habitation (cas des sociétés d'économie mixte de construction et de gestion de logements sociaux) peut également se voir déléguer le droit de préemption urbain par son titulaire (art. [L. 211-2](#) du code de l'urbanisme).

Enfin, depuis la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises, le droit de préemption des communes sur les fonds artisanaux, les fonds de commerce, les baux commerciaux et les terrains faisant l'objet de projets d'aménagement commercial peut être délégué aux SEML ([art. L. 214-1-1](#) du code de l'urbanisme).

V. sur ces modalités particulières d'acquisition de biens, fiche 21 « *Urbanisme économique* ».

3.2.4. Contrôles

Les SEML sont soumises, comme toute société, au contrôle d'un commissaire aux comptes (art. [L. 225-18](#) du code de commerce). Ce dernier dispose des mêmes pouvoirs que dans les sociétés anonymes, et est soumis au même régime de responsabilité.

Il existe également un contrôle de la société par la collectivité actionnaire. L'article [L. 1524-5](#) du CGCT prévoit que les organes délibérants des collectivités territoriales ou de leurs groupements se prononcent sur un rapport remis au moins une fois par an par leur mandataire au conseil d'administration ou de surveillance de la SEML. La loi n'a pas prévu la forme selon laquelle la collectivité doit se prononcer : en tout état de cause, une simple délibération suffit. Si le défaut de transmission du rapport du mandataire n'est pas sanctionné par la loi, l'absence ou l'insuffisance de contrôle de la SEML par la collectivité est

susceptible d'engager sa responsabilité. Enfin, lorsque la SEML exerce pour le compte de la collectivité actionnaire des prérogatives de puissance publique, elle établit un rapport annuel sur les conditions de leur exercice, qui est présenté à l'organe délibérant de la collectivité et également transmis au préfet (art. [L. 1524-3](#)).

Le préfet exerce un contrôle de légalité sur certains actes des collectivités territoriales actionnaires, en contrôlant notamment : les délibérations portant création d'une SEML, fixant le montant de la participation au capital social ou approuvant les statuts de la société ; les délibérations relatives aux contrats passés entre la collectivité actionnaire et la SEML ; les marchés et contrats conclus entre la collectivité et la société.

Le préfet exerce également un contrôle spécifique, quoique restreint, sur les actes de la SEML. Ces actes comprennent les délibérations du conseil d'administration ou de surveillance, les délibérations des assemblées générales, les concessions d'aménagement visées par l'article [L. 300-4](#) du code de l'urbanisme, les comptes annuels de la société et les rapports des commissaires aux comptes.

Ce contrôle spécifique des actes de la SEML peut conduire le préfet à saisir la chambre régionale des comptes (art. [L. 1524-2](#)), lorsqu'il estime qu'une délibération est de nature à augmenter gravement la charge financière pesant sur la collectivité actionnaire ou son groupement, ou à accroître le risque encouru par cette collectivité lorsqu'elle a garanti un emprunt contracté par la société.

Les SEML peuvent enfin être soumises au contrôle financier des chambres régionales des comptes, en application de l'article [L. 211-8](#) du code des juridictions financières.

4. Les SPL / SPLA

4.1. L'objet de ces sociétés

Les SPLA ont d'abord été créées à titre expérimental pour 5 ans par la loi n° [2006-872](#) du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement. Ce sont des sociétés anonymes exclusivement publiques. Leur création relève de délibérations des collectivités territoriales actionnaires.

La loi n° [2010-559](#) du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales a pérennisé les SPLA, dont le régime est fixé à l'article [L. 327-1](#) du code de l'urbanisme, lequel en définit les caractéristiques principales et renvoie, pour le surplus, au CGCT. La loi n° [2017-257](#) du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain a créé la SPLA d'intérêt national, qui associe l'Etat ou l'un de ses établissements publics d'aménagement ou de ses établissements publics fonciers et d'aménagement, à au moins une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales, qui détient au moins 35 % du capital et des droits de vote de la société (art. [L. 327-3](#) du code de l'urbanisme).

La loi du 28 mai 2010 précitée a créé les SPL. Celles-ci sont définies par l'article [L. 1531-1](#) du CGCT. Leur régime juridique est, sauf dispositions contraires, celui des SEML.

Les SPLA ont pour objet social privilégié les opérations d'aménagement, même si la loi pour le développement des SPL du 28 mai 2010 leur a ouvert d'autres domaines d'intervention. Les SPLA peuvent ainsi conduire des opérations de construction et de réhabilitation immobilière ainsi que des missions connexes comme la réalisation des études préalables, l'acquisition et la cession d'immeubles, de baux commerciaux, de fonds de commerce ou de fonds artisanaux.

Le champ d'intervention des SPL correspond à l'ensemble des compétences des SEML, ce qui leur permet d'exercer plus d'activités que les SPLA.

Les SPL et SPLA exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres. Elles peuvent également exercer leurs activités pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle au moins un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

4.2. Le régime juridique de ces sociétés

4.2.1. Organisation et fonctionnement

Le régime juridique des SPL déroge, sur certains points, au droit commun des sociétés :

- a) l'actionariat est strictement public pour les SPL et SPLA : contrairement à une SEML, il ne peut y avoir d'actionnaires privés (art. [L. 1531-1](#) du CGCT ; art. [L. 327-2](#) du code de l'urbanisme) ;
- b) la nécessité d'un actionnaire majoritaire pour les SPLA: contrairement aux SPL, la SPLA doit voir une collectivité territoriale ou l'un de ses groupements détenir la majorité des droits de vote au sein de son conseil d'administration (art. [L. 327-2](#) du code d'urbanisme).

A noter : par dérogation à l'article [L. 225-1](#) du code de commerce prévoyant un nombre minimal d'actionnaires égal à sept, ce seuil avait été fixé à deux tant pour les SPL (art. [L. 1531-1](#) du CGCT) que les SPLA (art. [L. 327-1](#) préc.). Cependant, il a été mis fin à cette dérogation par les dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 2015-1127 du 10 septembre 2015 portant réduction du nombre minimal d'actionnaires dans les sociétés anonymes non cotées.

Il résulte en outre de la combinaison des articles [L. 1531-1](#), [L. 1521-1](#) et [L. 1524-5](#) du CGCT que, hormis le cas, prévu par l'article [L. 1521-1](#) du CGCT, où l'objet social de la société s'inscrit dans le cadre d'une compétence que la commune n'exerce plus du fait de son transfert, après la création de la société, à un établissement public de coopération intercommunale, la participation d'une collectivité territoriale ou d'un groupement de collectivités territoriales à une société publique locale, qui lui confère un siège au conseil d'administration ou au conseil de surveillance et a nécessairement pour effet de lui ouvrir droit à participer au vote des décisions prises par ces organes, est exclue lorsque cette collectivité territoriale ou ce groupement de collectivités territoriales n'exerce pas l'ensemble des compétences sur lesquelles porte l'objet social de la société (CE, 14 novembre 2018, *Syndicat mixte pour l'aménagement et le développement des Combrailles et Société d'exploitation mutualisée pour l'eau, l'environnement, les réseaux, l'assainissement dans l'intérêt public*, n°s 405628 405690).

4.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales

Le droit commun des sociétés s'applique de la même manière aux SPL. Les seuils dérogatoires prévus pour les SEML d'aménagement et de construction leur sont également applicables.

Les dispositions du VII de [l'article 133](#) la loi NOTRe, énoncées ci-dessus au point **3.2.2.**, leur sont également applicables.

4.2.3. Moyens d'action :

Passation de contrats et prises de participation

S'agissant des contrats passés par les SPL/SPLA pour leurs achats, il convient de vérifier dans chaque cas de figure si la société doit être regardée comme un acheteur au sens des dispositions de [l'article 9](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée (et, à partir du 1^{er} avril 2019, date de son entrée en vigueur, au sens de l'article [L. 1210-1](#) du code de la commande publique, créé par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative de ce code).

→ Pour approfondir

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, les fiches techniques sur [les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public](#), p. 7, et sur [les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) (mises à jour les 21 juin et 8 novembre 2016).

En l'absence de texte contraire, les SPL ont la possibilité de prendre des participations dans d'autres sociétés commerciales selon le régime applicable aux SEML. Cette prise de participation doit toutefois s'effectuer sur le territoire de la collectivité actionnaire dans une société commerciale intervenant sur ce territoire. De même, la participation au capital d'autres sociétés ne doit pas remettre en cause la relation de quasi-régie qui lie la SPL à sa collectivité actionnaire.

→ Pour approfondir

V. la [circulaire](#) DGCL du 29 avril 2011 sur le régime juridique des SPL et SPLA.

Autres moyens d'action :

Les SPLA peuvent exercer, par délégation de leurs titulaires, les droits de préemption et de priorité définis par le code de l'urbanisme et agir par voie d'expropriation. Ces pouvoirs ne pourront toutefois être exercés que dans les conditions fixées par "*des conventions conclues par l'un de leurs membres*" (art. [L. 327-1](#) du code de l'urbanisme).

V. sur ces modalités particulières d'acquisition de biens, fiche 21 « *Urbanisme économique* ».

4.2.4. Contrôles

Sauf règles contraires, les SPL sont soumises aux mêmes contrôles que les SEML ordinaires.

5. Les SEMOP / SEMAOU

5.1. L'objet de ces sociétés

Instituées par la loi [n° 2014-744](#) du 1^{er} juillet 2014, les SEMOP sont destinées à favoriser une nouvelle forme de coopération entre le secteur public local et le secteur privé. Les dispositions législatives les concernant sont codifiées aux articles [L. 1541-1](#) à [L. 1541-3](#) du CGCT (ainsi qu'à l'article [L. 32-10-1](#) du code de l'urbanisme qui régit spécifiquement les SEMAOU).

Dans le cadre de ses compétences autres que l'exercice de missions de souveraineté, une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut créer, avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence respectant les procédures applicables aux contrats de concession ou aux marchés publics suivant la nature du contrat, destiné à être conclu, une SEMOP (art. [L. 1541-2](#) du CGCT). Celle-ci a pour objet soit la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, soit la gestion d'un service public pouvant inclure la construction des ouvrages ou l'acquisition des biens nécessaires au service, soit toute autre opération d'intérêt général relevant de la compétence de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales (art. [L. 1541-1](#) du CGCT).

Le contrat est conclu pour une durée limitée : la SEMOP est dissoute de plein droit au terme du contrat. Son objet unique ne peut être modifié pendant toute la durée du contrat (art. [L. 1541-1](#) du CGCT).

Le contrat peut inclure la conclusion, entre la SEMOP et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales, d'un bail emphytéotique administratif nécessaire à la réalisation de son objet (même article).

La loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République (NOTRe) permet désormais d'associer des entités étatiques et des collectivités territoriales, en autorisant un syndicat mixte, constitué sur le fondement de l'article L. 5721-2 du CGCT, incluant un établissement public de l'Etat disposant d'un domaine public fluvial, à créer une SEMOP dans les mêmes conditions que celles prévues pour les collectivités territoriales ou leurs groupements (art. [L. 1541-1](#) préc.).

Cette loi a également créé une catégorie spécifique de SEMOP : il s'agit de la **SEMAOU** figurant à l'article [L. 32-10-1](#) du code de l'urbanisme. Elle revêt la forme d'une société anonyme régie par le livre II du code de commerce et par le titre II du livre V de la première partie du CGCT. Les dispositions des articles L. 1541-2 et L. 1541-3 du CGCT, qui régissent les SEMOP, lui sont par ailleurs applicables dans les conditions prévues à l'article [L. 32-10-1](#) précité.

Elle peut être créée par l'État ou un établissement public d'aménagement (EPA) avec une ou plusieurs collectivités territoriales ou un groupement de collectivités territoriales compétent et avec au moins un actionnaire opérateur économique, sélectionné après une mise en concurrence dans les conditions définies à l'article [L. 1541-2](#) du CGCT. Elle est constituée, pour une durée limitée, à titre exclusif en vue de la conclusion et de l'exécution d'un contrat dont l'objet unique est la réalisation d'une opération de construction, de développement du logement ou d'aménagement, avec l'État ou l'un de ses EPA et la collectivité territoriale ou le groupement de collectivités territoriales compétent.

Enfin, la loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte prévoit le renouvellement des concessions hydroélectriques dans le cadre de SEMOP spécifiques, d'initiative intégralement étatique et pouvant associer les collectivités territoriales ou les groupements

de collectivités territoriales riveraines des cours d'eau dont la force hydraulique est exploitée. Ainsi, la catégorie des **sociétés d'économie mixte hydroélectriques** est régie par les dispositions des articles [L. 521-18 et s.](#) du code de l'énergie (elle n'est mentionnée, dans la présente fiche, que pour mémoire à raison du caractère très spécifique de son objet).

5.2. Le régime juridique de ces sociétés

5.2.1. Organisation et fonctionnement

L'organisation et le fonctionnement des SEMOP et SEMAOU se caractérisent par les particularités suivantes. Tout d'abord, la SEMOP peut n'être constituée que de deux actionnaires, contrairement à la SEMAOU qui est composée, par dérogation à l'article L. 225-1 du code de commerce, d'au moins trois actionnaires.

Ensuite, la participation publique au sein d'une SEMOP ou d'une SEMAOU ne peut être inférieure à 34 %, soit le minimum requis afin de détenir une minorité de blocage, ni supérieure à 85 % (art. [L. 1541-1](#), III du CGCT ; art. [L. 32-10-1](#) du code de l'urbanisme). Les autres actionnaires détiennent donc entre 15 % et 66 % du capital (mêmes art.).

La présidence du conseil d'administration ou de surveillance est, de droit, confiée à un élu de la collectivité territoriale actionnaire (art. [L. 1541-1](#), III préc.). Dans le cas d'une SEMAOU, la présidence peut être assurée par un représentant de l'État ou de l'un de ses EPA ou de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales compétent (art. [L. 32-10-1](#) du code de l'urbanisme).

5.2.2. Capital social et concours financiers des collectivités territoriales

Les SEMOP et SEMAOU sont soumises aux mêmes règles que les autres sociétés locales à statut spécifique en ce qui concerne les seuils de capital social.

5.2.3. Moyens d'action :

Passation de contrats et prises de participation

La question des contrats passés par la SEMOP n'est abordée ni par la loi, ni par les travaux parlementaires et peut susciter des interrogations, qui seront progressivement levées par la jurisprudence.

Constituée sous la forme d'une société anonyme, la SEMOP est une personne morale de droit privé.

Il convient de vérifier, dans chaque cas de figure, si la SEMOP est susceptible d'être qualifiée d'acheteur au sens de [l'article 9](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015 précitée (et, à partir du 1^{er} avril 2019, date de son entrée en vigueur, au sens de l'article [L. 1210-1](#) du code de la commande publique, créé par l'ordonnance n°2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative de ce code).

→ Pour approfondir

V. sur le site internet de la DAJ de Bercy, la fiche technique sur [les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices](#) (mise à jour le 8 novembre 2016).

Contrairement aux SEML et aux SPL, la SEMOP ne peut prendre de participations dans une autre société commerciale : créée pour une opération unique, elle n'a pas vocation à diversifier ses activités (art. [L. 1541-1](#) du CGCT ; il en est également ainsi pour la SEMAOU : art. [L. 32-10-1](#) du code de l'urbanisme).

Autres moyens d'action :

La SEMOP, concessionnaire d'une opération d'aménagement, peut se voir déléguer le droit de préemption urbain (art. [L. 211-2](#) du code de l'urbanisme), le droit de préemption dans les zones d'aménagement différé (art. [L. 212-2](#)) ou le droit de préemption sur les fonds artisanaux, fonds de commerce et baux commerciaux (art. [L. 214-1-1](#)). V. fiche 21 « *Urbanisme économique* ».

5.2.4. Contrôles

Les SEMOP et SEMAOU sont soumises aux mêmes contrôles internes et externes que les SEML.

6. La compatibilité du droit interne avec le droit de l'Union

6.1. Les relations contractuelles avec la collectivité actionnaire

La Cour de justice de l'Union européenne définit strictement la notion d'organismes dits « *in house* » ou internes (CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal*, affaire [C-107/98](#), pt 50 ; CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, aff. [C-26/03](#), pts 47-50). Les personnes publiques ne sont pas contraintes par l'obligation de transparence issue de la jurisprudence *Telaustria* (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, [C-324/908](#), pt 62) lorsqu'elles envisagent de conclure un marché public avec des organismes juridiquement distincts, mais sur lesquels elles exercent un contrôle analogue à celui exercé sur une structure interne. Les contrats, communément appelés « contrats de prestations intégrées » ou contrats « *in house* », correspondent ainsi à des contrats conclus par une personne publique avec un cocontractant (public ou privé) sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle assure sur ses propres services (pouvoir de direction, de contrôle, financement), et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle. L'article 12 de la directive [2014/24/UE](#) du 26 février 2014 du Parlement européen et du Conseil intègre dans ses dispositions (« marchés publics passés entre entités appartenant au secteur public »), la jurisprudence *Teckal* précitée, en précisant les modalités d'application. L'article 17 de la directive [2014/23/UE](#) comporte quant à lui des dispositions relatives aux « concessions entre entités dans le secteur public ». Il convient de relever que [l'article 17](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics transpose les exclusions applicables aux relations internes au secteur public issue de la directive [2014/24/UE](#). En particulier, conformément à la théorie de la « quasi-régie », les contrats conclus entre les collectivités territoriales ou leurs groupements qui constituent des « pouvoirs adjudicateurs » et les organismes dépendant de ces pouvoirs adjudicateurs sont exclus du champ d'application de l'ordonnance.

Les conditions générales permettant de bénéficier de cette exception tiennent :

- au « contrôle analogue » exercé par un pouvoir adjudicateur (l'article 17, I précisant qu' « Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée ») ;
- au fait que la personne morale contrôlée ait une activité quasi exclusivement dédiée au pouvoir adjudicateur (80 % de son activité, pourcentage calculé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen) ;

- et au fait que cette personne morale ne comporte pas de participation directe de capitaux privés « à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

En raison de la présence d'actionnaires privés en leur sein, les SEML sont exclues de la catégorie des opérateurs « *in house* ». La Cour de justice a en effet nettement exclu de l'exception « *in house* » les coopérations entre entités de droit public et organismes privés (CJCE, arrêt *Stadt Halle*, préc.), même si ceux-ci sont très minoritaires en capital. Les contrats conclus entre les personnes publiques et les SEML sont donc soumis aux règles de passation des marchés publics (c'est ce que le Conseil d'État avait, au demeurant, jugé dans sa décision du 30 décembre 2002, *Département des Côtes d'Armor*, n° [218110](#), lorsqu'une collectivité locale confie à une SEML l'exécution d'une prestation de service).

Or depuis [l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015](#), sont admises les « *formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée* » ([article 17](#)). L'article 12§2 de la directive [2014/24/UE](#) met fin à la jurisprudence de la Cour de justice qui rejetait l'application de l'exception du « *in house* » vertical dans le cas où il existe une participation privée même minoritaire. L'ordonnance précitée en assure la transposition. La participation privée en cause doit, au surplus, être « requise par la loi », comme le précisent d'ailleurs le 3° du I, le 2° du II et le 3° du III de l'article 17 de l'ordonnance précitée.

S'agissant en particulier du cas des SEML, voir pour une analyse de ces nouvelles dispositions : sur le site internet de la DAI de Bercy, la fiche technique sur [les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public](#), pp.4 et 5 (mise à jour le 21 juin 2016).

S'agissant des contrats conclus entre les SPL/SPLA et les personnes publiques actionnaires, ces derniers peuvent en principe être conclus sans publicité ni mise en concurrence préalable. Néanmoins, seul un examen au cas par cas des statuts de chaque société permet de s'assurer du respect des deux critères dégagés par la Cour de justice de l'Union (contrôle analogue et réalisation de l'essentiel de l'activité ; v. la [circulaire DGCL](#) du 29 avril 2011 préc., § 11).

Cette qualification n'est en effet pas automatique pour le juge, qui procède à une appréciation *in concreto* (v. dans la droite ligne de la jurisprudence de la CJUE du 29 novembre 2012, *Econord SpA c/ Comune di Cagno et Comune di Varese*, aff. C-182/11, la décision du CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte et société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise*, n° 365079, qui juge, pour les SPLA créées sur le fondement des dispositions de l'article L. 327-1 du code de l'urbanisme, que « pour être regardée comme exerçant un tel contrôle [un contrôle analogue à celui que la collectivité exerce sur ses propres services] sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société »). Si à l'occasion de cet examen, la Cour de justice reconnaissait donc la possibilité pour plusieurs pouvoirs adjudicateurs d'exercer conjointement le contrôle, elle exigeait pour ce faire que chacun des pouvoirs adjudicateurs participent « tant au capital qu'aux organes de direction » de l'organisme contrôlé. Autrement dit, si le contrôle peut être fractionné entre différentes collectivités, il faut néanmoins que chaque collectivité puisse démontrer une participation aux prises de décisions de l'organisme, ce que ne garantit pas la simple détention d'une part de capital. Dans les directives [2014/23/UE](#) et [2014/24/UE](#) du 26 février 2014, le législateur européen a cependant assoupli les conditions issues de la jurisprudence de la Cour de justice (respectivement articles 17 et 12 des directives précitées). A

ce titre, plusieurs pouvoirs adjudicateurs participant au contrôle voire l'ensemble d'entre eux, peuvent désormais être représentés par une seule et même personne. Cet assouplissement n'est pas sans conséquences en ce qu'il devrait permettre de considérer comme rempli le critère du contrôle analogue dans des situations qui en étaient auparavant exclues.

L'article [L. 1524-5](#) du CGCT prévoit un mécanisme permettant aux collectivités territoriales de se regrouper en assemblée spéciale afin de bénéficier, de manière collective, d'au moins un siège au conseil d'administration ou de surveillance d'une SPL ou d'une SEM alors même que leur faible participation au capital ne leur permet normalement pas d'y être directement représentées. En raison de l'assouplissement précité, le recours à ce mécanisme ne fait désormais plus obstacle, contrairement à ce qu'avait jugé le Conseil d'État dans l'affaire *Commune de Marsannay-la-Côte* précitée, à ce que la condition de contrôle analogue soit considérée comme satisfaite.

De nouvelles formes de relation « *in house* » ont été initiées par les directives de 2014. L'article 12§1 de la directive [2014/24/UE](#) consacre en ce sens la relation « *in house* » indirecte en considérant le critère du contrôle analogue rempli même dans les cas où le contrôle « *est exercé par une personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur* ». Le législateur européen a entériné cette relation indirecte à rebours de la jurisprudence antérieure (CJCE, 11 mai 2006, [Carbotermo C-340/04](#)).

Le « *in house* » dit ascendant a par ailleurs été créé. A ce titre, l'article 12§2 de la directive [2014/24/UE](#) précise que les dispositions relatives au « *in house* » vertical classique s'appliquent également « *lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle* ».

Enfin, ce même article consacre la relation « *in house* » horizontale par laquelle une personne morale contrôlée peut se voir librement attribuer un marché par une autre personne morale elle-même contrôlée par le même pouvoir adjudicateur.

La spécificité de la SEMOP par rapport à la SEML consiste en son mode de mise en concurrence. Une procédure unique permet en effet de choisir la personne privée qui deviendra actionnaire de la SEMOP et d'attribuer le contrat à la société (art. [L. 1541-2](#) du CGCT). Ce dispositif apparaît compatible avec le droit de l'Union : la Cour de justice a en effet admis la possibilité de recourir à des montages reposant sur des partenariats public-privé « institutionnalisés » (PPPI), c'est-à-dire la possibilité de créer, entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique, une structure dédiée à une opération donnée, les contrats passés avec cette structure échappant à toute mise en concurrence dès lors que le choix de l'opérateur avait, quant à lui, bien donné lieu à une telle procédure (CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset*, aff. [C-196/08](#)). La Commission européenne avait déjà adopté une position analogue dans sa [communication](#) interprétative COM(2007) 6661 du 5 février 2008 sur l'application des règles du droit de l'Union aux marchés publics aux partenariats public-privé institutionnalisés, catégorie juridique européenne dont relèvent les SEMOP.

6.2. Application du régime des aides d'État

L'intervention des collectivités territoriales dans le cadre de la régie relève du champ d'application des règles en matière d'aides d'État. La Commission européenne considère que « compte tenu du caractère fonctionnel de la notion d'« activité économique » au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, il est indifférent que le bénéficiaire des financements soit une entité ayant un statut juridique propre ou fasse

partie intégrante de l'administration de l'État » (Décision C (2011) 7285 final du 19 octobre 2011, aide d'État N 330/2010 programme national « très haut débit » volet B).

En outre, la Commission considère que « si le financement public d'une activité économique exercée par une entité in house au sens des règles de marchés publics, remplit les conditions de l'article 107, § 1 TFUE, et ne remplit pas toutes les conditions de l'arrêt Altmark [...], les règles relatives aux aides d'État s'appliquent » (guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur du 29 avril 2013, SWD (2013) 53 final / 2, pt 44).

Par ailleurs, dans son avis [n° 11-A-18](#) du 24 novembre 2011, l'Autorité de la concurrence recommande aux collectivités publiques une vigilance particulière lorsqu'elles accordent à des SPL des compensations financières, qui sont susceptibles d'être regardées comme des aides d'État. La même recommandation est valable pour les autres sociétés locales à statut spécifique.

7. Suppression des sociétés locales à statut spécifique.

Comme toutes sociétés, les sociétés locales à statut spécifique peuvent être appelées à disparaître purement et simplement par dissolution et liquidation (notamment dans le cas d'une reprise de l'activité en régie directe ; v. fiche 11 « *Gestion en régie directe* »). Comme indiqué ci-dessus, les SEMOP et SEMAOU sont en tout état de cause appelées à disparaître par dissolution de plein droit au terme de l'exécution du contrat qui a justifié leur constitution.

Les sociétés peuvent également être amenées à disparaître en tant que sociétés locales à statut spécifique notamment lorsque la collectivité actionnaire décide de céder tout ou partie de leurs titres. Le régime de la société a alors vocation à retourner au droit commun.

La cession au secteur privé des sociétés détenues majoritairement par les collectivités ou leurs groupements est désormais régie par l'article 181 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, qui dispose que : « *II.-Les opérations par lesquelles une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales transfère au secteur privé la majorité du capital d'une société réalisant un chiffre d'affaires supérieur à 75 millions d'euros ou employant plus de 500 personnes, appréciés sur une base consolidée, sont décidées par l'organe délibérant de cette collectivité territoriale ou de ce groupement sur avis conforme de la Commission des participations et des transferts* ».

1. La notion de groupements

La notion de groupements désigne l'ensemble des modalités de partenariat institutionnel offertes aux personnes publiques dans le cadre de leur action économique. Elle inclut ici les groupements d'intérêt économique (GIE) et leur pendant, les groupements européens d'intérêt économique (GEIE), les groupements d'intérêt public (GIP), les associations, les fondations et les fonds de dotation.

Elle exclut donc la prise de participation dans une société régie par le droit commercial, ou la création d'établissements publics (v. fiches respectives). Les partenariats entre personnes publiques et privées au sein de sociétés locales font également l'objet d'une fiche spécifique.

Ces différentes formes de groupements ont en commun de disposer de la personnalité juridique, et de représenter ainsi des acteurs à part entière sur un marché.

2. L'usage économique d'un groupement

2.1. Intérêt du recours à un groupement pour les personnes publiques

A l'exception du GIE, les groupements étudiés dans cette fiche ne sont pas autorisés à poursuivre un but lucratif. Les motivations des personnes publiques peuvent notamment être les suivantes :

- l'externalisation et la mise en commun d'activités ;
- la possibilité de conduire des opérations plus larges que celles dévolues à un établissement public, contraint par le principe de spécialité ;
- la possibilité de rejoindre une structure plus souple que la société commerciale, permettant dans la plupart des cas un partenariat avec une personne privée ;
- dans le cas des GIP, le recours à une structure de droit public permettant d'éviter certains inconvénients propres à l'établissement public.

2.2. Intérêt comparatif des différentes catégories de groupements

Le GIE, à la différence de la société, n'a pas pour objectif de faire des bénéfices pour lui-même, mais fonctionne seulement dans l'intérêt de ses membres. Néanmoins, à la différence de l'association, le GIE peut avoir un but lucratif.

Le GIP permet de constituer un partenariat souple entre personnes publiques et privées tout en disposant du statut d'une personne publique et des modalités de contrôle associées. Néanmoins, il s'agit d'une structure moins souple que le GIE.

La formule de l'association jouit d'un mode de fonctionnement particulièrement souple, qui peut être adapté pour garantir le contrôle de la personne publique. Son utilisation reste néanmoins risquée (v. *infra* point 5.1.5.).

La fondation constitue un moyen d'affectation irrévocable de biens à la réalisation d'œuvres d'intérêt général, remplissant en ce sens une mission plus spécifique que les autres structures.

Le fonds de dotation combine les avantages de l'association et de la fondation sans leurs inconvénients. Il constitue une modalité pratique de financement des œuvres d'intérêt général, et notamment du mécénat.

3. Les GIE et GEIE

3.1. La notion de GIE et de GEIE

3.1.1. Définition du GIE

Le GIE a été créé en tant que nouvelle structure juridique par l'ordonnance [n° 67-821](#) du 23 septembre 1967. Son statut est désormais codifié aux articles [L. 251-1](#) à [L. 251-23](#) du code de commerce.

Il s'agit d'une personne morale de droit privé, qui peut être constituée avec ou sans capital, pour une durée déterminée. Bien qu'il soit immatriculé au registre du commerce et des sociétés, il peut être civil ou commercial, selon son objet, c'est-à-dire selon l'activité qu'il exerce réellement. Les textes ne font pas de distinction entre les personnes morales autorisées à participer à un GIE (art. L. 251-1).

La création d'un GIE ou d'un GEIE repose sur l'activité économique des membres et le caractère auxiliaire des activités mises en commun par rapport à leurs activités principales. Si l'objectif premier du GIE n'est pas de faire des profits, il peut toutefois avoir un but lucratif.

Les membres du groupement sont tenus des dettes de celui-ci sur leur patrimoine propre. Toutefois, un nouveau membre peut, si le contrat le permet, être exonéré des dettes nées antérieurement à son entrée dans le groupement (art. [L. 251-6](#)).

3.1.2. Définition du GEIE

Le GEIE a été créé par le règlement (CEE) [n° 2137/85](#) du 25 juillet 1985, les dispositions de ce règlement étant directement applicables depuis le 1^{er} janvier 1989. Il s'inspire fortement du modèle français du GIE. Le code de commerce comporte des dispositions le régissant (art. [L. 252-1](#) à [L. 252-12](#)).

Les GEIE permettent à des personnes morales de droit public ou privé appartenant à des États différents au sein de l'Union européenne de s'associer « *pour faciliter et développer leur activité économique* ». Les membres du GEIE doivent avoir leur siège statutaire ou légal et leur siège réel dans un pays membre de l'Union européenne.

Les GEIE organisent la coopération de leurs membres dans le cadre de leurs statuts et des dispositions de droit interne qui régissent leur activité. Ils relèvent d'un régime de droit privé.

3.2. La prise en compte du droit de l'Union

3.2.1. Concernant les GIE au niveau national

La personne publique participant à un GIE doit notamment prendre en compte le droit des aides d'État, issu des articles [107](#) et [108](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, qui peut s'appliquer aux GIE.

La transparence fiscale des GIE constitue un point de vigilance particulier. La Commission a ainsi notamment conclu à l'illégalité du dispositif fiscal de financement de biens mis en location par des GIE issu de l'article 77 de la loi n° 98-546 du 2 juillet 1998, dit « GIE fiscal », en décembre 2006 [aide d'État [C 46/2004](#) (ex NN 65/2004)]. Par ailleurs, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que des GIE pouvaient être les bénéficiaires directs d'avantages de nature à constituer des aides d'Etat, alors même que ces avantages étaient intégralement transférés aux membres des GIE du fait de la transparence fiscale des groupements (CJUE, 25 juillet 2018, Commission / Espagne e.a, aff. C-128/16 P).

3.2.2. Concernant les GEIE au niveau européen

Le droit des aides d'État s'applique également aux GEIE. Dans un arrêt du 13 octobre 1982 (*Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor Herbert Will e.a. c/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung*, aff. jointes [213 à 215/81](#), point 22), la Cour de justice a rappelé que les dispositions des traités concernent « *les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État* » ; ainsi, lorsque l'avantage financier est octroyé au moyen de ressources de l'Union européenne, il ne saurait être considéré comme une aide d'État ou comme une aide accordée au moyen de ressources d'État.

Par ailleurs, « *les aides instituées par le droit de l'Union, que les États se contentent de mettre à exécution, sans aucun pouvoir d'appréciation, ne sont pas considérées comme des avantages accordés par les États* » (v. la fiche 1 sur la notion d'aide d'Etat du [vade mecum des aides d'Etat](#) de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, point 2.1.1).

3.3. La participation des personnes publiques à un GIE et un GEIE

Certains textes législatifs spécifiques prévoient une telle participation : c'est le cas, par exemple, de l'article [L. 115-5](#) du code de la sécurité sociale, qui dispose que les caisses nationales d'assurance maladie, en tant qu'établissements publics, peuvent participer à des GIE.

Pour le reste, n'étant pas interdite par les textes, la participation des personnes publiques à un GIE ou à un GEIE doit être regardée *a priori* comme possible. Elle peut toutefois être subordonnée au respect par ces personnes de certaines règles du droit public, qui peuvent avoir pour conséquence de réduire la très grande liberté reconnue aux membres d'un GIE par le code de commerce.

Par exemple, les collectivités territoriales doivent prendre en compte la règle selon laquelle en principe, elles n'ont pas le droit de participer au capital d'une société commerciale ou d'un organisme à but lucratif, sauf autorisation par décret en Conseil d'État (art. [L. 2253-1](#) du code général des collectivités territoriales).

3.4. Le cadre juridique d'un GIE

3.4.1. La création d'un GIE

Le GIE peut être créé *ex nihilo* ou par transformation d'une société ou d'une association, sans dissolution. L'acte institutif du GIE est un contrat établi entre ses différents membres ([L. 251-8](#) du code de commerce), pour la rédaction duquel une grande liberté leur est laissée. En conséquence, la plus grande attention doit être apportée à la rédaction de ce contrat constitutif.

La participation de personnes publiques au GIE entraîne des obligations particulières pour :

- les établissements publics : l'approbation de l'autorité de tutelle est nécessaire. La délibération du conseil d'administration relative à cette opération, ainsi que le contrat constitutif du GIE doivent être approuvés par le ministre de tutelle ainsi que par le ministre des finances.
- les collectivités territoriales : l'absence de capital ou de but lucratif du GIE conditionne leur participation, qui à défaut doit être autorisée par décret en Conseil d'État (v. *supra* point 3.3.).

Lorsqu'un texte prévoit explicitement la participation d'une personne publique à un GIE, il organise en général sa participation (par exemple, [l'article R. 115-4](#) du code de la sécurité sociale pour les caisses d'assurance maladie).

En l'absence de règles statutaires particulières, les représentants de l'État qui administrent ou contrôlent les groupements ne peuvent exercer de mandat supérieur à trois ans (art. 6 du décret [n° 94-582](#) du 12 juillet 1994 relatif aux conseils et aux dirigeants des établissements publics, des entreprises du secteur public et de certaines entreprises privées).

Il peut être constitué avec ou sans capital (art. [L. 251-3](#) du code de commerce). Un GIE constitué sans capital ne connaît pas d'apports, sauf en industrie.

Le GIE ne jouit de la personnalité morale qu'à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés (art. [L. 251-4](#)).

3.4.2. Modalités d'organisation d'un GIE

Le contrat du groupement fixe les règles relatives à l'organisation et à l'administration du GIE, qui comprend une assemblée des membres, organe délibérant (art. [L. 251-10](#) du code de commerce), et des administrateurs (art. [L. 251-11](#)).

L'assemblée des membres : l'article L. 251-10 n'édicte que trois règles, dont une règle impérative, qui énonce que dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité ; dans ce cas, chaque membre dispose d'une voix ; l'assemblée est obligatoirement réunie à la demande d'au moins un quart des membres. Les fondateurs du GIE fixent librement la compétence de l'assemblée. L'assemblée doit néanmoins obligatoirement se réunir en cas d'exercice de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes (art. [L. 251-15](#)).

Les administrateurs : ils sont nommés par le contrat de groupement, qui détermine leurs attributions et les conditions de leur révocation. De fait, les administrateurs peuvent être des personnes physiques ou morales, membres du groupement ou tiers... Leur nombre est également librement déterminé par le contrat constitutif, tout comme leurs pouvoirs. A défaut de limitation statutaire, les administrateurs d'un GIE sont tenus d'agir dans les limites de l'objet social et de l'intérêt du groupement.

Dans le cas de la participation d'une personne publique au GIE, les représentants de l'État qui administrent ou contrôlent les groupements ne peuvent, en principe, exercer de mandat supérieur à trois ans (v. *supra* point **3.4.1.**).

Le GIE peut disposer de son propre personnel, solution juridiquement plus sécurisée, ou bénéficier d'un personnel mis à disposition par ses membres, dans le respect des règles fixées par ses membres. Le personnel du GIE est de droit privé.

La mise à disposition de personnel est encadrée par le législateur, ce qui implique d'être vigilant dans sa mise en œuvre. Dans le cadre d'une mise à disposition de personnel, les salariés concernés auprès du GIE restent soumis à leur structure d'origine, avec laquelle ils conservent un lien de subordination. De même, pour être licite, la mise à disposition ne doit pas avoir « *pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre* » et ne doit pas avoir un « *but lucratif* » (conditions cumulatives définies à l'art. [L. 8241-1](#) du code du travail). Le membre du GIE sera ainsi particulièrement attentif à définir clairement la tâche du personnel mis à disposition afin d'éviter la constitution d'un délit de prêt illégal de main d'œuvre (art. [L. 8243-1](#)). Il devra également veiller à ne pas se rendre coupable de « marchandage » défini comme « *toute opération à but lucratif de fourniture de main-d'œuvre qui a pour effet de causer un préjudice au salarié qu'elle concerne ou d'éluider l'application des dispositions légales ou de stipulations d'une convention ou d'un accord collectif de travail* » (art. [L. 8231-1](#)) et constitutif d'un délit (art. [L. 8234-1](#)).

3.4.3. Les règles applicables en matière de commande publique

Lorsqu'ils ont la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article [10](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les GIE sont soumis aux règles prévues par cette ordonnance.

3.5. Le contrôle de la gestion et des comptes

La comptabilité du GIE est tenue par un comptable privé, selon les règles du droit privé. Le contrôle des comptes est obligatoire, avec recours à un commissaire aux comptes (art. [L. 251-12](#) du code de commerce). Le contrat constitutif est libre d'organiser ce contrôle, sauf lorsque le GIE compte au moins cent salariés à la clôture d'un exercice : le contrôle des comptes est alors exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes nommés par l'assemblée des membres pour une durée de six exercices.

Le code de commerce prévoit que le contrôle de gestion, confié à des personnes physiques, est exercé dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement (art. [L. 251-12](#)). Ce contrôle porte sur le bien-fondé et l'opportunité des actes de gestion des administrateurs. Le contrôleur de gestion dispose de plusieurs pouvoirs prévus par le contrat constitutif afin de mener à bien sa mission : vérification sur pièces, rapports périodiques et annuels à l'assemblée des membres...

Un GIE constitué d'une ou plusieurs personnes publiques est susceptible d'être contrôlé par la Cour des comptes (art. [L. 133-2](#) du code des juridictions financières), ainsi que par les membres du contrôle économique et financier de l'État, dans les conditions prévues par le décret [n° 55-733](#) du 26 mai 1955.

4. Les groupements d'intérêt public

Apparus pour la première fois dans l'ordre juridique en 1982, dans le domaine de la recherche (art. 21 de la loi [n° 82-610](#) du 15 juillet 1982), les groupements d'intérêt public (GIP) sont à présent régis par le chapitre II de la loi [n° 2011-525](#) du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, qui a harmonisé les règles de nature législative applicables jusque-là aux différents GIP et s'est substituée en partie aux nombreux textes qui existaient jusqu'alors, qui ont été abrogés ou modifiés en conséquence par les articles 118 et 119 de cette loi. Le décret [n° 2012-91](#) du 26 janvier 2012 précise les modalités d'application de ce nouveau régime et abroge ou modifie les décrets relatifs aux différentes catégories de GIP créées antérieurement à cette réforme.

4.1. La notion de GIP

Le GIP est une personne morale de droit public, dotée de l'autonomie administrative et financière. Il est constitué par convention, approuvée par l'État, soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre une ou plusieurs personnes morales de droit public et une ou plusieurs personnes morales de droit privé, afin d'exercer ensemble des activités d'intérêt général (art. [98](#) de la loi du 17 mai 2011).

Les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent pas constituer entre eux des GIP pour exercer ensemble des activités qui peuvent être confiées à l'un des organismes publics de coopération prévus à la cinquième partie du code général des collectivités territoriales (par ex., établissements de coopération intercommunale), à l'exception des activités de gestion des programmes opérationnels interrégionaux.

Le Tribunal des conflits a constaté que le législateur, en créant les GIP, avait entendu leur appliquer, par analogie, les dispositions de l'article [34](#) de la Constitution qui fondent la compétence de la loi en matière d'établissements publics proprement dits (v. fiche « *établissements publics industriels et commerciaux*»). Il en résulte qu'il revient à la loi de fixer les règles constitutives des GIP. Pour le reste, les GIP constituent des personnes publiques relevant d'un régime spécifique qui se caractérise par une absence de soumission de plein droit aux lois et règlements régissant les établissements publics (TC, 14 février 2000, *GIP Habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris*, [n° 03170](#)).

4.2. La prise en compte du droit de l'Union

Le droit des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux GIP (v. *supra* point [3.2.](#)).

4.3. Le régime juridique d'un GIP

4.3.1. La création d'un GIP

La convention constitutive d'un GIP est un contrat relatif à l'organisation du service public et non un acte administratif unilatéral. En ce qui concerne l'approbation et le contenu de la convention constitutive, v. *Guide de légistique* (cas pratiques, fiche [5.2.4.](#)).

4.3.2. Missions des GIP (article 98 de la loi du 17 mai 2011)

Les membres des GIP exercent ensemble au sein du groupement des activités d'intérêt général à but non lucratif, en mettant en commun les moyens nécessaires à leur exercice, ce qui les distingue des GIE.

4.3.3. Organisation des GIP (articles 103 à 106 de la loi du 17 mai 2011)

L'organe délibérant d'un GIP est l'assemblée générale. Elle doit être majoritairement représentée – en voix ou en capital – par les personnes morales de droit public et les personnes morales de droit privé chargées d'une mission de service public. La loi du 17 mai 2011 donne également la faculté à la convention constitutive d'établir un conseil d'administration.

Seule l'assemblée générale a le pouvoir de modifier ou de renouveler la convention constitutive, de transformer le GIP en une autre structure ou de le dissoudre par anticipation. Ces décisions sont prises à l'unanimité ou à la majorité qualifiée, en fonction des stipulations de la convention. Sauf clause contraire, chaque membre dispose d'une voix. L'assemblée générale est obligatoirement réunie à la demande du quart au moins des membres du groupement ou à la demande d'un ou plusieurs membres détenant au moins un quart des voix.

Le fonctionnement du GIP est assuré par un directeur, qui peut être placé sous le contrôle de l'assemblée générale ou du conseil d'administration et dont la désignation se fait dans les conditions prévues par la convention constitutive. Le directeur peut également exercer les fonctions de président du conseil d'administration, si la convention constitutive le prévoit.

Sous réserve de dispositions relatives à la mise à disposition prévues par le statut général de la fonction publique, les personnels du groupement ainsi que son directeur sont soumis, par la convention constitutive, soit à un régime de droit public déterminé par décret en Conseil d'Etat lorsque le groupement au sein duquel ils exercent assure, à titre principal, la gestion d'une activité de service public administratif, soit au code du travail lorsque le groupement assure, à titre principal, la gestion d'une activité de service public industriel et commercial ([art 109](#) de la loi du 17 mai 2011 modifié par la loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits et obligations des fonctionnaires). Cette règle s'applique sauf disposition législative contraire. Ainsi, dans sa décision du 24 avril 2017 [n° 4082](#), *Mme Simus*, le Tribunal des conflits a jugé que, en application d'une disposition spécifique du code du travail, les personnels engagés par les missions locales pour l'insertion professionnelle des jeunes constituées sous forme de GIP étaient soumis aux règles prévues par ce code.

4.3.4. Les règles applicables en matière de commande publique

Lorsqu'ils ont la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'article [10](#) de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, les GIP sont soumis aux règles prévues par cette ordonnance ainsi qu'à son décret d'application n° 2016-360 du 25 mars 2016.

En application de l'article [17](#) de l'ordonnance du 23 juillet 2015, les personnes publiques qui recourent, pour réaliser des prestations correspondant à leurs besoins, à un GIP dont elles sont membres, exclusivement composé de personnes publiques, ne sont pas soumises aux règles que cette ordonnance prévoit, un tel GIP pouvant être regardé comme une structure de quasi-régie, ou « *in-house* » (CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé*, [n° 300481](#)).

4.4. Le contrôle des GIP

L'article [1^{er}](#) du décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public prévoit l'obligation d'approbation, par arrêté conjoint du ministre chargé du budget et du ou des ministres compétents dont relèvent les activités du groupement, de la convention constitutive du GIP. La consultation des autorités administratives compétentes s'avère également obligatoire en cas de demande de modification ou de renouvellement de la convention ([article 2](#) du décret précité).

Par ailleurs, le GIP est soumis à un double contrôle technique et financier (art. [114](#) et [115](#) de la loi du 17 mai 2011). Sur le plan technique, un commissaire du Gouvernement peut être désigné pour contrôler l'activité du groupement si l'État en est membre. Il dispose d'un droit d'opposition aux décisions mettant en jeu l'existence ou le bon fonctionnement du GIP.

Sur le plan financier, les GIP sont notamment soumis au contrôle de la Cour des comptes et des chambres régionales des comptes. Sous certaines conditions, le groupement peut également être soumis au contrôle général économique et financier.

Ce contrôle permet une meilleure préservation des intérêts publics en jeu, notamment dans le cas d'une coopération avec une personne privée.

5. Les autres groupements : associations, fondations et fonds de dotation

5.1. Les associations

5.1.1. Définition

Selon l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs connaissances ou leurs activités dans un but autre que de partager des bénéfices. La liberté d'association est un principe fondamental reconnu par les lois de la République (CE, Ass., 16 juillet 1956, *Amicale des Annamites de Paris*, [n° 26638](#)), qui a une valeur constitutionnelle (CC, décision [n° 71-44](#) DC du 16 juillet 1971). Les associations peuvent être reconnues d'utilité publique par décret du gouvernement après avis du Conseil d'État.

Il existe différentes formes de collaboration entre l'association et la personne publique : elle peut soit participer à la création de l'association, soit y adhérer, mais elle peut également utiliser la réglementation unilatérale ou recourir à une collaboration contractuelle.

A la différence d'une société, l'association a un but non lucratif. Cette caractéristique n'exclut cependant pas la possibilité pour elle d'exercer une activité économique, a fortiori en collaboration avec la personne publique, dès lors que le but n'est pas de partager les bénéfices entre les membres.

5.1.2. La prise en compte du droit de l'Union

Le régime des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux associations (v. *supra* point 3.2.).

5.1.3. Création et organisation

La création de l'association requiert le consentement de deux personnes physiques ou morales. Si la rédaction des statuts est libre, l'objet de l'association doit néanmoins être licite et figurer dans les statuts. Ces derniers sont obligatoires pour les associations déclarées. L'association acquiert la personnalité morale de droit privé dès sa déclaration auprès des autorités de l'État et sa publication au Journal officiel.

Le fonctionnement interne de l'association, ainsi que la répartition des pouvoirs entre les différents organes, est librement déterminé par les statuts. Les dirigeants de l'association exercent leurs fonctions

sur mandat de l'assemblée générale. Ce mandat obéit aux règles de droit commun régissant le mandat en droit civil.

A noter, l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 portant simplification du régime des associations et des fondations a pour objectif de simplifier les démarches des associations auprès des administrations. L'article 1^{er} supprime notamment la mention de [l'article 5](#) de la loi de 1901 indiquant que les modifications et changements de statut devaient être consignés sur un registre spécial présenté aux autorités administratives ou judiciaires à leur demande.

5.1.4. Les règles relatives à la commande publique

Les associations peuvent être soumises à une obligation de mise en concurrence de leurs prestataires lorsqu'elles sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 et du code de la commande publique (entrée en vigueur différée : art. 20 ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018). Il est à noter que le premier critère posé par le 2° de [l'article 10](#) de cette ordonnance et de l'article L. 1211-1 du code de la commande publique (personnes morales de droit privé créé afin de satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial) sera le plus souvent rempli.

5.1.5. Les risques liés au recours à des associations

Ces risques existent dans deux cas de figure majeurs : l'engagement de la responsabilité de la personne publique ; la requalification et les risques liés à la fictivité de l'association.

Même en cas d'usage à bon escient de l'association, la responsabilité de la personne publique peut être engagée tant sur les plans administratif et financier, pour défaut de contrôle ou faute de gestion, que sur le plan pénal, où les agents publics peuvent être mis en cause en cas d'infractions.

La fictivité de l'association, qui correspond à l'hypothèse dans laquelle la structure créée ne dispose d'aucune autonomie et ne constitue qu'un démembrement de la personne publique, augmente les risques encourus par la collectivité publique, qui devient responsable des fautes commises par l'association.

5.1.6. Le contrôle des associations

Les associations, tout comme les fondations, reconnues d'utilité publique doivent transmettre un rapport d'activité financier à la préfecture de leur siège social, qui exerce un contrôle administratif. Un rapport comptable doit également être transmis, certifié par un commissaire aux comptes. Enfin, ces associations peuvent faire l'objet d'un contrôle par la Cour des comptes depuis la loi [n° 91-772](#) du 7 août 1991 en tant qu'organismes faisant appel public à la générosité et dont le champ a été renforcé par l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 préc. modifiant l'article [L. 111-8](#) du code des juridictions financières.

En outre, l'article 9 de cette ordonnance, qui modifie [l'article 4](#) de la loi du 7 août 1991 préc., renforce l'obligation de transparence. D'abord, le compte d'emploi annuel des ressources collectées auprès du public doit désormais préciser l'affectation des dons par type de dépenses, lorsque le montant de ces dons excède un seuil (qui est fixé par décret). De plus, il est aussi indiqué que les corps de contrôle peuvent demander à ces organismes une communication de leur compte pour s'assurer du montant des ressources collectées. Enfin, le compte d'emploi ne peut plus seulement être « consulté par tout adhérent ou donateur de cet organisme », il doit désormais être « porté à la connaissance du public par tous moyens ».

5.2. Les fondations et fonds de dotation

5.2.1. Les fondations

La fondation est une personne morale de droit privé à but non lucratif, qui permet l'affectation irrévocable de biens, droits et ressources à la réalisation d'œuvres d'intérêt général dans un but désintéressé. Elle peut également être reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État. Cette forme particulière d'association a été encouragée par plusieurs textes législatifs, notamment la loi n° 87-571 du 23 juillet 1987 sur le développement du mécénat, la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990 portant création des fondations d'entreprises ou encore la loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique. Pour corriger les inconvénients résultant du caractère perpétuel de la fondation, certaines catégories peuvent depuis la loi du 1^{er} août 2003 préc., n'être que temporaires (fondations d'entreprises ou fondations abritées créées par la loi n° 90-559 du 4 juillet 1990).

Contrairement à l'association, la fondation doit être reconnue d'utilité publique par décret en Conseil d'État afin de disposer de la personnalité juridique. Son objet est plus spécifique, et porte exclusivement sur le financement d'œuvres d'intérêt général.

A noter, l'article 6 de l'ordonnance n° 2015-904 du 23 juillet 2015 préc. , qui insère un nouvel [article 20-3](#) à la loi du 23 juillet 1987 préc., permet à une fondation dotée de la personnalité morale d'être transformée en une fondation reconnue d'utilité publique, sans donner lieu à dissolution ni à création d'une personne morale nouvelle.

5.2.2. Les fonds de dotation

Institué par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie ([art. 140](#)), le fonds de dotation est une personne morale de droit privé, créée par une ou plusieurs personnes physiques ou morales pour une durée déterminée ou indéterminée, à laquelle des biens, droits et ressources sont affectés en vue de la réalisation d'œuvres d'intérêt général. Son régime juridique est fixé par les dispositions du décret [n° 2009-158](#) du 11 février 2009 relatif aux fonds de dotation.

Le fonds de dotation n'a pas la libre disposition des dotations en capital dont il bénéficie, mais il doit en tirer des fruits qui seront, soit utilisés pour financer une activité d'intérêt général mise en œuvre directement par lui, soit reversés à d'autres personnes morales à but non lucratif, à charge pour elles de mettre en œuvre une telle activité. Par dérogation, les statuts peuvent fixer les conditions dans lesquelles la dotation en capital peut être consommée.

Le fonds de dotation dispose d'avantages liés à la fois à l'association et à la fondation. Il peut recevoir sans restrictions toute libéralité – ce qui n'est pas le cas de l'association, sauf si elle est reconnue d'utilité publique. A la différence de la fondation, le fonds de dotation n'a pas à être créé par décret en Conseil d'État pour disposer de la personnalité juridique : il en jouit, comme les associations, à compter de la date de publication au Journal officiel de la déclaration du fonds faite à la préfecture. Le principal atout du fonds de dotation réside dans son régime fiscal, qui s'apparente à celui des fondations reconnues d'utilité publique : d'une part, il bénéficie, sous réserve de certaines conditions, d'une exonération d'impôt sur les sociétés ([art. 206](#), 1 bis du code général des impôts, ci-après CGI) ; d'autre part, les versements effectués par des entreprises ou des particuliers à son profit ouvrent droit, sous certaines conditions, au régime du mécénat ([art. 200](#), 1, g du CGI).

Les versements faits au fonds de dotation pour remplir sa mission ne peuvent provenir que de fonds privés, qu'il s'agisse de la dotation initiale qui doit être versée en numéraire et ne peut être inférieure à

15 000 euros ([art. 2 bis](#) du décret du 11 février 2009 préc. créé par le décret n° 2015-49 du 22 janvier 2015) ou des fonds ultérieurement reçus. Ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'a été prévue la possibilité d'un apport de fonds publics, sur autorisation donnée par arrêté interministériel, pour une « œuvre » ou un programme d'actions déterminé et en considération de son importance ou de sa particularité (Conseil d'État, section de l'intérieur et section des finances réunies, avis n° 384577 du 27 octobre 2010).

5.2.3. La prise en compte du droit de l'Union

Le régime des aides d'État est également susceptible de s'appliquer aux fondations et fonds de dotation (v. *supra* point 3.2.).

→ Pour approfondir

V. sur les fonds de dotation, le jeu de questions-réponses, mis en ligne par la direction des affaires juridiques (DAJ) des ministères économiques et financiers : <http://www.economie.gouv.fr/daj/questions-reponses-fonds-dotations> et également, disponible sur le même site, le clausier pour la rédaction d'un fonds de dotation (mis à jour le 12 mars 2015).

Encadrement des activités économiques (I) : objet du cadre

(Version de décembre 2018)

1. Notion d’encadrement des activités économiques

L’encadrement des activités économiques entendu au sens de la présente fiche, regroupe l’ensemble des législations et réglementations économiques correspondant à la police des activités économiques privées, sans toutefois pouvoir être réduit à cette seule dimension.

Il s’agit pour l’essentiel d’examiner les conditions dans lesquelles les textes peuvent régir :

- l’étendue et la structure d’un marché ;
- l’accès à un marché ;
- le fonctionnement d’un marché.

La présente fiche ne traitera pas des textes législatifs et réglementaires traitant d’outils spécifiques, comme les textes instituant une fiscalité incitative, organisant l’urbanisme économique, définissant les conditions d’octroi des subventions, ou fixant le droit des marchés publics. On se reportera aux fiches correspondantes du présent guide.

Les textes encadrant les activités économiques affectent par nature les libertés économiques des opérateurs, résultant du droit interne (liberté du commerce et de l’industrie, liberté d’entreprendre) comme du droit de l’Union (libre circulation des marchandises, des capitaux, libre prestation de service et liberté d’établissement). Leur compatibilité avec les autres traités internationaux doit par ailleurs être vérifiée.

2. Les monopoles et droits exclusifs

2.1. Notion

Un droit exclusif est un droit accordé par acte d’une autorité publique réservant à un opérateur économique le droit de fournir un service ou une activité.. Il s’approche donc de la notion de monopole légal. Toutefois, il existe des droits exclusifs n’engendrant pas nécessairement une position monopolistique, notamment s’il s’agit de droits exclusifs d’utilisation de certaines installations n’empêchant pas la concurrence de s’exercer par d’autres moyens. C’est le cas, par exemple, des droits exclusifs d’utilisation d’un réseau.

2.2. Exigences de droit interne

2.2.1. Compétence

Seul le législateur est compétent pour instituer un monopole (CE, sect., 9 octobre 1981, *CCI de Toulon et du Var*, n° 11151).

La création d'un simple droit exclusif ne relève pas forcément du législateur (CE Assemblée 13 mai 1983, *SA René Moline*, n° 370030 ; CE 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° 276928).

2.2.2. Respect des libertés économiques

L'instauration d'un monopole ou d'un droit exclusif affectant l'initiative des autres opérateurs, il convient de vérifier qu'il n'apporte pas une atteinte excessive à la liberté d'entreprendre ou à la liberté du commerce et de l'industrie (v. pour un droit exclusif, CE 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° 276928, au rec. p. 20).

L'institution de droits exclusifs constitue également une restriction aux libertés de circulation garanties par le Traité. A ce titre, il convient de rappeler que toute restriction aux libertés d'établissement et de prestation de services doit être justifiée par les motifs énumérés par le Traité (art. 51 et 52 TFUE) ou des raisons impérieuses d'intérêt général, propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit (principe de nécessité) et ne doit pas excéder ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (principe de proportionnalité).

En ce qui concerne la protection du service public exploité exclusivement sur le domaine public, l'administration dispose de larges prérogatives pour limiter les activités commerciales exploitées sur ce dernier et concurrençant un service public (CE, 29 janvier 1932, *Société des autobus antibois*, n° 99532, au rec. p. 117).

2.3. Exigences du droit de l'Union

2.3.1. Cadre concurrentiel

Les notions de droits exclusifs et spéciaux font l'objet de définitions spécifiques en droit de l'Union.

Les droits exclusifs sont « *des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument juridique, réglementaire et administratif, qui lui réserve le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné* » (art. 2, sous f) de la directive [2006/111/CE](#) relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises).

Les droits spéciaux sont, quant à eux, « *des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné (...) confèrent à une ou plusieurs entreprises (...) des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes* » (art. 2, sous g) de la directive [2006/111/CE](#) précitée).

L'institution de droits exclusifs peut également contrevenir aux règles de concurrence, et notamment à l'interdiction des abus de position dominante, dès lors que ces droits confèrent à l'entreprise une position dominante sur un ou plusieurs marchés.. Un tel abus peut être constitué lorsque l'entreprise

bénéficiaire du droit exclusif n'est manifestement pas en mesure de satisfaire la demande que présente le marché pour ce genre d'activités (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser* précité, pt 31 ; CJCE, 3 mars 2011, *AG2R Prévoyance*, C-437/09, EU:C:2011:112, pt 69). De même, l'attribution de droits exclusifs ne doit pas mettre leur titulaire en situation d'exploiter une position dominante de façon abusive (CE, 26 mars 1997, Association française des Banques, n° 163098).

Enfin, comme dans le cadre des services d'intérêt économique général (SIEG ci-après), l'attribution de droits exclusifs ou spéciaux doit toujours s'accompagner de la définition, par l'autorité publique, de la mission pour l'accomplissement de laquelle ces droits sont accordés.

2.3.2. Le cas particulier des SIEG et l'exigence impérative d'intérêt général

Il existe une exception généralisée aux règles du traité, fondée sur la notion de SIEG, inscrite au paragraphe 2 de l'article [106](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). Ce dernier stipule que « les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie ». L'arrêt *Corbeau* de la CJCE du 19 mai 1993 ([aff. C-320/91](#), pt 14) admet l'octroi de droits exclusifs et spéciaux aux SIEG pour la réalisation de leur mission. Cette jurisprudence a été confirmée par l'arrêt *Commune d'Almelo* de la Cour de justice du 27 avril 1994 ([aff. C-393/92](#), pts 47-50).

Les États membres disposent d'un large pouvoir d'appréciation quant à la définition de ce qu'ils considèrent comme des SIEG (v. Tribunal, 15 juin 2005, *Fred Olsen*, aff T-17/02, point 216) : la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en question par la Commission qu'en cas d'erreur manifeste (Tribunal, 15 novembre 2018, [T-202/10 RENV II](#) et [T-203/10 RENV II](#), point 79). Le juge administratif contrôle le bien-fondé de l'attribution de droits exclusifs à l'aune des prescriptions du paragraphe 2 de l'article [106](#) du TFUE (v. par exemple CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*, n° [218067](#) ; CE, 26 janvier 2007, *Syndicat professionnel de la géomatique*, n° [276928](#)) et des directives sectorielles (CE, Ass., 17 juin 2015, *La Chaîne Info*, n° [384826](#)).

Un acte d'investiture de la part de la puissance publique doit être pris, par exemple, sous la forme d'une habilitation unilatérale ou l'octroi d'une concession de service public (CJCE, *Almelo*, préc point 47 et Tribunal, 12 février 2008, *BUPA e.a./ Commission*, aff T-289/03, points 181 à 183.), définissant de manière suffisamment précise, à tout le moins, la nature, la durée et la portée des obligations de service public incombant aux entreprises chargées de l'exécution de ces obligations (Tribunal, 26 avril 2018, *Cellnex Telecom c. Commission*, aff. C-91/17 P et C-92/17 P).

Une mesure ne peut être justifiée au regard de l'article [106 § 2](#) que si elle est nécessaire pour permettre l'accomplissement de la mission et proportionnée.

Un droit exclusif peut par ailleurs être légitimé au regard d'une raison impérieuse d'intérêt général. De même, l'octroi de droits exclusifs pour un tel motif doit être adéquat et proportionnel (CJUE, 24 janvier 2013, *Stanleybet International Ltd*, aff. jtes C-186 et 209/11).

3. Le contrôle de l'accès à une profession ou à une activité

Le contrôle de l'accès à un marché peut prendre **trois formes**, plus ou moins contraignantes :

- l'exigence, pour l'exercice d'une activité, du dépôt d'une déclaration préalable ;
- la soumission d'une activité à autorisation ;
- l'interdiction pure et simple d'une activité.

3.1. Le cadre juridique national

3.1.1. Compétence

Le contrôle de l'accès au marché, c'est-à-dire l'instauration d'un régime restrictif, est réservé au législateur, en tant qu'il affecte l'exercice de la liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre (v. not., CE, 3 septembre 2007, *Amiel c. Ordre national des médecins*, n°s [295344](#) et [295344](#)). Seule la loi peut limiter l'accès à une profession et en fixer les conditions (art. 34 de la Constitution ; CE, Ass., 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins Garonne Isle et Dordogne maritimes*, n° [75544](#)). Ainsi, sauf habilitation législative, les autorités détentrices de pouvoirs de police administrative, en particulier le pouvoir réglementaire local, n'ont pas compétence pour subordonner l'exercice d'une activité à une autorisation ou à une déclaration préalable (CE, Ass., 22 juin 1951, *Daudignac*, n°s [00590](#) et [02551](#) ; CE, Ass. 13 avril 2018, *Etablissement public du domaine national de Chambord*, n°397047). Une restriction qui ne consiste pas en une interdiction générale et absolue peut toutefois être édictée par l'autorité de police locale pour des motifs d'ordre public (CE, Ass., 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes-filmeurs* n°s [00590](#) et [02551](#)).

Seules deux hypothèses peuvent légitimer l'intervention du pouvoir réglementaire :

- lorsque le pouvoir réglementaire ne vient que préciser ou compléter une législation restrictive (CE, Sect., 25 juillet 1975, *Min. de l'équipement c/ Sieur Richoux*, n° [96377](#) ; CE Ass , 7 juillet 2004, *Min. de l'intérieur c/ M. Benkerrou*, n° [255136](#) ; CE 5 décembre 2016 *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de places CGT-Taxis* n°395086) ; le pouvoir réglementaire doit toutefois veiller avec attention à ne pas altérer le champ et l'équilibre de la législation ;
- lorsqu'il s'agit de soumettre à un régime d'autorisation préalable des activités s'exerçant sur le domaine public et faisant un usage distinct de l'usage normal des dépendances de ce domaine (CE, *Société des autobus antibois*, préc.).

3.1.2. Respect des libertés économiques

L'instauration de régimes restrictifs par la loi doit respecter la liberté d'entreprendre, qui est un principe de valeur constitutionnelle (CC, décision n° [81-132 DC](#) du 16 janvier 1982, *Loi de nationalisation* ; n° [2014-692 DC](#) du 27 mars 2014, *Loi visant à reconquérir l'économie réelle*) et, lorsqu'ils sont introduits par le pouvoir réglementaire, la liberté du commerce et de l'industrie (CE, *Daudignac*, préc.).

En cas de fixation d'un contingent d'autorisations, ce nombre doit être déterminé en considération des équilibres économiques et de la régulation de la concurrence. La pertinence de la fixation de ce contingent est soumise au contrôle normal du juge de l'excès de pouvoir (CE, 27 juin 2007, *Syndicat de défense des conducteurs du taxi parisien*, n° [292855](#)).

S'il n'existe aucun texte encadrant la fixation des critères de délivrance d'une autorisation, l'administration doit veiller à ne pas fixer des conditions susceptibles de méconnaître le principe d'égalité ou le droit de la concurrence (CE, 23 février 1979, *Ville de Strasbourg*, n° [10230](#) ; CE, 16 juin 1978, *Ville de Clermont-Ferrand*, n° [04193](#)).

3.2. Exigences découlant du droit de l'Union

3.2.1. Les libertés

Le principe de libre concurrence suppose l'affirmation de la liberté d'accès au marché. En droit de l'Union, cette liberté générale d'accès au marché est traduite par **cinq libertés particulières** : la liberté

de circulation des marchandises (art. [28](#) à [37](#) du TFUE), la liberté de circulation des personnes (citoyens de l'Union : art. [20](#) et [21](#) ; travailleurs : art. [45](#) à [48](#)), la liberté d'établissement (art. [49](#) à [55](#)), la liberté de prestation de services (art. [56](#) à [62](#)), et la liberté de circulation des capitaux (art. [63](#) à [66](#)).

Ces libertés économiques sont assorties d'un principe général de non-discrimination (à raison de la nationalité : art. [18](#) du TFUE ; pour les autres critères : v. art. [19](#) du TFUE, directive [2000/43/CE](#) et directive [2000/78/CE](#)).

En conséquence, toute restriction à l'accès au marché (par l'interdiction d'exercer une activité ou par l'exigence d'une autorisation préalable par exemple) doit être justifiée.

3.2.2. Les textes d'harmonisation

Directive « services »

Le législateur doit se conformer à la directive [2006/123/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services du marché intérieur, plus communément appelée « directive services ». Cette directive a pour objectif, entre autres, d'encadrer les régimes d'autorisation voire de tendre à leur suppression dans certains domaines. En particulier :

- pour les services relevant de son champ d'application, elle ne permet aux États membres de recourir au régime d'autorisation que sous certaines conditions énumérées par son article 9, à savoir : 1) le régime d'autorisation ne doit pas être discriminatoire à l'égard du prestataire visé ; 2) seule une raison impérieuse d'intérêt général peut justifier qu'un État membre subordonne l'accès à une activité de service et son exercice à un régime d'autorisation ; 3) l'État membre doit établir que l'objectif poursuivi ne pouvait être atteint par une mesure moins contraignante ; les trois principes à respecter sont donc la non-discrimination, la nécessité et la proportionnalité ;
- l'article 10 de la directive fixe des critères encadrant l'exercice du pouvoir d'appréciation discrétionnaire de l'autorité compétente ; de même, il prévoit que toute décision de retrait d'autorisation doit être dûment motivée et doit pouvoir faire l'objet d'un recours juridictionnel ;
- son article 13 incite les États membres à faciliter les procédures et les formalités d'autorisation dans le cadre de la liberté d'établissement afin de ne pas rendre celles-ci dissuasives ;
- ses articles 14, 15 (concernant la liberté d'établissement) et 16 (concernant la libre prestation de service) encadrent les exigences qui peuvent accompagner ou constituer les conditions d'une autorisation ;
- l'article 14 fournit une liste « d'exigences interdites » (notamment la preuve d'un besoin économique ou encore l'intervention, même indirecte, d'un opérateur potentiellement concurrent dans une procédure d'autorisation) ; de telles exigences ne peuvent être imposées aux prestataires par les États membres ;
- l'article 15 fournit quant à lui une liste d'exigences à évaluer en matière d'établissement des prestataires ; ces exigences, sans être nécessairement contraires à la directive ont en commun le fait de restreindre l'accès aux activités de services ou de rendre celui-ci moins attrayant, notamment pour les prestataires des autres États membres ;
- l'article 16 rappelle que les États membres ne peuvent en principe restreindre la libre prestation de service, notamment en imposant une autorisation préalable à un prestataire établi dans un autre État membre ou d'autres exigences qui constituent des restrictions injustifiées à la libre prestation de services.

Par ailleurs, la directive (art. 6) impose aux États membres la mise en place de « guichets uniques », permettant d'accomplir en ligne les formalités nécessaires à l'accès à une activité de service, en particulier les déclarations, notifications ou demandes nécessaires aux fins d'autorisation auprès des autorités compétentes. Son article 7 affirme le droit à l'information juridique des prestataires (exigences opposables et voies de recours), par l'intermédiaire de ces guichets uniques.

La directive [2006/123/CE](#) prévoit un régime de notification à la Commission des textes, réglementaires ou législatifs, qui subordonnent l'accès aux activités de services ou l'exercice de ces activités à une autorisation, obligation, interdiction, condition ou limite. Elle s'applique à l'ensemble des services, qu'elle définit comme toute activité économique exercée contre rémunération, à l'exception de ceux dont la liste est dressée au point 2 de son article 2.

A la différence de la procédure de notification prévue par la directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015, les notifications opérées dans le cadre de la directive « services » n'empêchent pas les États membres d'adopter les projets de texte en cause. Cependant, afin d'assurer la sécurité juridique des destinataires de la réglementation, la circulaire du Premier ministre du 22 novembre 2011 recommande de veiller à ce que la notification à la Commission intervienne avant l'adoption et la publication des textes.

Directive « qualifications professionnelles »

De même, le législateur doit prendre en compte la directive n° [2005/36/CE](#) du 7 septembre 2005 relative à la reconnaissance des diplômes et des qualifications professionnelles pour la liberté d'établissement. Cette dernière modernise le système européen de reconnaissance des qualifications professionnelles en prévoyant un régime général de reconnaissance des formations, complété par un régime sectoriel.

La directive [2013/55/UE](#), entrée en vigueur le 17 janvier 2014, a modifié en profondeur la directive [2005/36/CE](#) précitée, notamment en introduisant le principe d'accès partiel issu de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne. Par dérogation au principe selon lequel la reconnaissance des qualifications professionnelles par l'État membre d'accueil permet aux professionnels d'accéder dans cet État membre à la même profession que celle pour laquelle ils sont qualifiés dans l'État membre d'origine et de l'y exercer dans les mêmes conditions que les nationaux, le principe d'accès partiel permet à un professionnel qualifié dans son État membre d'origine pour exercer certaines activités de les exercer dans l'État d'accueil qui réglemente un ensemble plus large d'activités exercées par une profession réglementée avec des exigences de qualifications professionnelles en conséquence plus importantes. En outre, à l'instar de la « directive services » pour les régimes d'autorisation, les exigences limitant l'accès à une profession ou l'exercice de celle-ci aux titulaires d'un titre de formation particulier, y compris le port de titres professionnels et les activités professionnelles autorisées, doivent être compatibles avec les principes de non-discrimination, nécessité et proportionnalité.

Dans le cadre des fonctions publiques nationales, le droit de l'Union a imposé aux États membres de permettre l'accès des ressortissants européens à tous les emplois publics sauf ceux consistant en la participation à l'exercice de la puissance publique et à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État (CJCE, 17 décembre 1980, *Commission c/ Belgique*, [aff. 149/79](#), pt 19) . La directive « qualifications professionnelles » s'applique à ces fonctions comme dans le secteur privé, ces fonctionnaires occupant des emplois autres que ceux liés à l'exercice de la puissance publique ou à la sauvegarde des intérêts généraux de l'État sont, comme les salariés, des travailleurs en droit de l'Union (CJCE, 9 septembre 2003, *Isabelle Burbaud c/ Ministère de l'Emploi et de la Solidarité*, [aff. C-285/01](#), pts 43-55).

4. La normalisation et la réglementation techniques des produits et services

4.1. La normalisation

La normalisation renvoie à une « *activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations* » (art. 1^{er} du décret [n° 2009-697](#) du 16 juin 2009 relatif à la normalisation). Si les normes techniques sont d'application volontaire, l'article 17 du même décret prévoit la possibilité de les rendre d'application obligatoire par arrêté du ministre de l'industrie.

La coordination de cette activité est assurée en France par l'Association française de normalisation (AFNOR). Au niveau européen, les organismes de normalisation sont : le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation électrotechnique (CENELEC) et l'Institut européen de normalisation des télécommunications (ETSI). L'Organisation internationale de la normalisation (ISO) et le Comité électrotechnique international (IEC) sont les organismes internationaux de normalisation. A l'exception de l'ETSI, les positions françaises sont portées au sein des instances européennes et internationales par l'AFNOR.

4.2. La réglementation technique

4.2.1. Droit international

En droit international, l'accord OTC (« obstacles techniques au commerce »), conclu le 12 avril 1979, et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1980, dans le cadre du cycle de négociations de Tokyo entre les États membres de l'OMC, vise à éliminer les OTC constituant des barrières non-tarifaires au commerce ou des instruments de défense à visée protectionniste.

4.2.2. Droit de l'Union

Cadre général

En droit de l'Union, les réglementations techniques nationales doivent respecter les exigences générales découlant du traité et la jurisprudence, notamment le caractère nécessaire et proportionné de la mesure et sa justification par l'un des intérêts supérieurs définis à l'article 36 du TFUE ou reconnus par la jurisprudence de la Cour de justice.

Le démantèlement des barrières non-tarifaires au commerce entre les États membres a par ailleurs fait émerger le principe de reconnaissance mutuelle des réglementations techniques nationales, érigé en principe directeur du droit de l'Union (CJCE, 20 février 1979, *Rewe-Zentral*, [aff. 120/78](#), dite *affaire du cassis de Dijon*). Le règlement CE n° [764/2008](#) du Parlement européen et du Conseil du 9 juillet 2008 établissant les procédures relatives à l'application de certaines règles techniques nationales à des produits commercialisés légalement dans un autre État membre formalise les règles en matière de reconnaissance mutuelle.

Des directives sectorielles peuvent en outre s'appliquer et certaines d'entre elles s'opposent à l'adoption de textes nationaux pour les produits et intérêts concernés.

Notifications

La directive [2015/1535](#) prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information impose la notification à la Commission européenne des projets de textes comportant des règles techniques. Cette notification doit intervenir au moins trois mois avant leur adoption, à peine d'inopposabilité du texte aux tiers. En outre, le juge administratif regarde l'absence de notification préalable de dispositions contenant des normes techniques comme un vice de procédure justifiant leur annulation (cf. par exemple CE, 10 juin 2013, *M. Pitte*, n° 327375 ; CE, 16 mars 2015, n°370072 ; CE 9 mars 2016 *Société Uber France et autre - Association Taxilibre et autre - Syndicat des artisans taxis de l'Essonne* n°388213 388343 388357 ; CE 31 mars 2017 *Société Vitamins et autres* n°397644).

La réception de la notification par la Commission européenne ouvre un délai de trois mois durant lequel le texte notifié ne peut pas être adopté. Pendant ce délai (dit « délai de *statu quo* »), qui peut être prolongé dans certains cas, la Commission et les autres États membres peuvent émettre des observations sur le projet de texte, auxquelles l'État qui notifie est tenu de répondre avant l'adoption du texte.

Sont concernés par cette procédure les projets de textes réglementant les produits de fabrication industrielle et les produits agricoles, quel que soit le type de règle technique en cause : niveau de qualité, caractéristiques d'emploi, sécurité, dimensions, dénomination de vente, terminologie, symboles, essais, emballages, marquage, étiquetage, cycle de vie du produit après sa mise sur le marché, conditions d'utilisation, de recyclage, de réemploi...

Sont également concernés les projets de texte relatifs aux services de la société de l'information, c'est-à-dire tout service assuré normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services.

5. La réglementation des prix

5.1. Droit de l'Union

Les États peuvent réglementer les prix sous réserve de ne pas porter atteinte aux libertés de circulation, notamment la liberté de circulation des marchandises (art. [34](#) à [37](#) du TFUE). Si une restriction aux libertés de circulation est constatée, les États peuvent tenter de justifier leur réglementation sur la base des dérogations du traité ou des exceptions jurisprudentielles (CJCE, 26 février 1976, *Tasca*, [aff. 65/75 pts 12-14](#) : les États membres peuvent fixer des prix maximum ou minimum sous réserve qu'ils ne rendent pas les importations plus difficiles ou impossibles). Dans le cas inverse, la mesure nationale entrerait dans la catégorie des mesures équivalentes à des restrictions quantitatives interdites au titre de la liberté de circulation des marchandises.

En matière de services, la directive [2006/123](#) interdit, depuis le 28 décembre 2006, d'imposer aux prestataires des tarifs obligatoires minimum ou maximum sauf si une telle exigence est justifiée, non discriminatoire et proportionnée (v. article 15).

En outre, les textes de droit dérivé (règlements, directives) peuvent prévoir un encadrement des prix (y compris sur les marchés de gros) dans certains secteurs régulés, qu'il appartient aux États et plus particulièrement à leurs autorités de régulation de mettre en œuvre.

Ainsi, dans l'arrêt « ANODE » du 7 septembre 2016 (affaire C-121/15), la CJUE a dit pour droit que l'intervention d'un État membre consistant à imposer à certains fournisseurs, parmi lesquels le fournisseur historique, de proposer au consommateur final la fourniture de gaz naturel à des tarifs réglementés constituait une entrave à la réalisation d'un marché du gaz naturel concurrentiel prévue par la directive 2009/73/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et que cette réglementation des prix de la fourniture du gaz naturel ne pouvait être admise qu'à la triple condition qu'elle réponde à un objectif d'intérêt économique général, qu'elle ne porte atteinte à la libre fixation des prix que dans la seule mesure nécessaire à la réalisation de cet objectif et notamment durant une période limitée dans le temps et, enfin, qu'elle soit clairement définie, transparente, non discriminatoire et contrôlable.

Ce cadre ainsi défini, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a annulé le décret du 16 mai 2013 réglementant les tarifs de vente du gaz naturel au motif que, n'ayant pas pour objectif de garantir ni la sécurité des approvisionnements de la France en gaz naturel, ni une harmonisation des prix sur l'ensemble du territoire national ni un prix raisonnable de la fourniture du gaz naturel, cette réglementation tarifaire qui constituait une entrave à la réalisation d'un marché du gaz ne poursuivait aucun objectif d'intérêt économique général (CE Ass du 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°370321 – point 15).

Transposant cette jurisprudence en matière de tarifs de vente de l'électricité des prix, le Conseil d'Etat statuant au contentieux a jugé que la réglementation française était incompatible avec les objectifs de la directive 2009/72/CE du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité en ce qu'elle ne prévoyait pas un réexamen périodique de la nécessité de l'intervention étatique sur les prix de vente au détail (CE Ass, 18 mai 2018, *Société Engie et Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°413688 et 414656 - point 26). En outre, il a jugé qu'en ce qu'elle s'appliquait à tous les consommateurs finals, domestiques et non domestiques, dont la puissance souscrite sur le site considéré était inférieure ou égale à 36 kilovoltampères, sans distinction entre les professionnels ayant une faible consommation d'électricité, et les sites non résidentiels appartenant à des grandes entreprises, cette même réglementation allait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'intérêt économique général de stabilité des prix de la fourniture d'électricité qu'elle poursuivait et qu'elle était, par suite, incompatible dans cette mesure avec les objectifs de la directive 2009/72/CE (point 27). Voir aussi CE, 3 octobre 2018, l'Association nationale des opérateurs détaillants en énergie (ANODE) n°404502.

5.2. Droit interne

L'ordonnance n° [86-1243](#) du 1^{er} décembre 1986 a posé le principe selon lequel les prix sont fixés librement par le jeu de la concurrence. Cette disposition est désormais codifiée à l'article [L. 410-2](#) du code de commerce. **Deux exceptions** sont toutefois prévues.

D'une part, une réglementation permanente des prix peut être instituée dans les secteurs où la concurrence par les prix est faible, soit en raison de situations de monopole, soit en raison de difficultés durables d'approvisionnement, soit du fait de dispositions législatives ou réglementaires. Cette réglementation permanente relève d'un décret en Conseil d'État pris après avis de l'Autorité de la concurrence. Le Conseil d'État exerce un contrôle entier sur l'existence de ces conditions (CE, 3 mars 1993, *Compagnie financière et industrielle des autoroutes (Cofiroute)*, [n° 105461](#)). Le juge examine les spécificités du marché qui fondent la réglementation des prix (CE, 18 janvier 2006, *Société des ciments antillais*, [n°269406](#)). A titre d'illustration, sont réglementés de manière permanente aujourd'hui les prix

des courses de taxis (CE, 05 décembre 2016, *Chambre syndicale des cochers chauffeurs de voitures de places CGT-Taxis*, n°395086) ; les prix des péages autoroutiers ; certains tarifs applicables à la fourniture de gaz et d'électricité (CE Ass, 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n°370321 préc.).

D'autre part, une réglementation des prix peut être mise en place de manière conjoncturelle, dans le but d'éviter des fluctuations (à la hausse ou à la baisse) excessives des prix, dues à une situation de crise, à des circonstances exceptionnelles, à une calamité publique ou à une situation manifestement anormale de marché dans un secteur déterminé. Une telle réglementation relève d'un décret pris après avis du Conseil national de la consommation. Elle a par exemple été mise en œuvre pour réglementer le prix des produits pétroliers après la crise du Golfe persique (décret n° [90-701](#) du 8 août 1990).

6. Les mécanismes innovants de réglementation

Parmi différents types de réglementation innovante, les marchés de droits occupent une place particulière.

Ceux-ci ont été institués à ce jour en matière de quotas d'émission de gaz à effet de serre. Ce dispositif repose sur des instruments internationaux et européens. En application du protocole de Kyoto de 1997, la directive [2003/87/CE](#) a créé le Système communautaire d'échange des quotas, qui correspond à un marché d'échange de quotas d'émission de CO₂ (SCEQE). Entré en vigueur le 1^{er} janvier 2005, ce système constitue un mécanisme innovant d'internalisation des externalités liées à l'émission de gaz à effet de serre (GES). Il a été transposé par l'ordonnance n° [2012-827](#) du 28 juin 2012 relative au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre pour la période 2013-2020, codifiée aux articles [L. 229-5](#) et suivants du code de l'environnement.

Le dispositif plafonne les émissions de GES d'entreprises à forte consommation d'énergie, qui sont responsables collectivement de près de 50 % des émissions européennes. Des quotas d'émission sont délivrés aux entreprises concernées : celles dont la pollution effective est inférieure au quota qui leur est alloué peuvent alors vendre leurs droits à polluer sur un marché spécifique, tandis que les autres peuvent dépasser leurs quotas en achetant les excédents sur ce même marché.

Le SCEQE constitue ainsi un mécanisme de réglementation original, visant à la fois la réduction des externalités négatives constituées par la pollution tout en encourageant l'innovation. Ce type de dispositif pourrait être utilisé dans d'autres secteurs.

Encadrement des activités économiques (II) : modalités de mise en œuvre

(Version de décembre 2018)

1. Notion

Lorsque les personnes publiques encadrent une activité économique, cet encadrement donne lieu à des mesures d’application qui constituent autant d’outils, à leur disposition, pour agir sur le comportement des opérateurs concernés.

Sauf exception, ces outils ne diffèrent pas fondamentalement selon qu’ils ont été confiés à des administrations classiques ou à des entités indépendantes ou autonomes.

La présente fiche présente les modalités essentielles à définir.

2. Mesures générales précisant les conditions d’application du cadre

Les personnes publiques peuvent être amenées à préciser les conditions d’application des lois et règlements encadrant les activités économiques.

Ces précisions peuvent être apportées par des actes normatifs (arrêtés, règlements...) lorsque la personne publique concernée est habilitée à y recourir. Il convient de rappeler à cet égard que le pouvoir d’appliquer la loi appartenant au Premier ministre par décret (art. [21](#) et [37](#) de la Constitution), les ministres ne sont pas habilités à en fixer eux-mêmes les modalités en dehors d’un texte les y habilitant (CE, 7 février 1936, *Jamart*, [n°43321](#)). De même, les autorités indépendantes ne peuvent prendre de telles dispositions que si elles y ont été habilitées par la loi, étant précisé que le législateur ne peut leur confier de telles prérogatives qu’à la condition qu’elles ne concernent que des mesures de portée limitée tant par leur champ d’application que par leur contenu (CC, [n° 88-248](#) DC du 17 janvier 1989, *conseil supérieur de l’audiovisuel*, ci-après CSA).

Ces précisions peuvent plus fréquemment être apportées par le recours au « droit souple » ([v. l’étude annuelle du Conseil d’État pour 2013](#)). Parmi ces outils, figurent :

- l’édiction de lignes directrices, d’instructions, de recommandations ;
- la publication de bonnes pratiques ;
- la délivrance de labels.

3. Mesures individuelles d'application à une situation particulière

Il convient de distinguer les mesures individuelles prises dans le cadre de régimes déclaratifs et celles prises dans le cadre de régimes d'autorisation.

3.1. Mesures relevant des régimes déclaratifs

Le régime de déclaration peut se borner à donner à l'administration des informations relatives à l'existence et à l'identité des personnes exerçant l'activité concernée, sans lui conférer d'autre prérogative que celle de veiller au respect de l'obligation de déclaration et de poursuivre, à défaut, les contrevenants devant les instances judiciaires compétentes. Dans ce cas, l'administration est en compétence liée : elle ne pourra pas refuser la délivrance du récépissé de la déclaration.

Certains textes peuvent autoriser l'administration à imposer le respect de prescriptions spéciales, au vu de la déclaration. Tel est le cas, par exemple, en matière d'installations classées pour la protection de l'environnement, où les prescriptions édictées par le préfet doivent être respectées.

Certains textes peuvent prévoir l'exercice par l'administration (ou, si nécessaire, par voie de saisine de l'autorité judiciaire) d'un pouvoir d'opposition consécutif au dépôt de la déclaration. Ce régime se rapproche alors de celui de l'autorisation préalable.

3.2. Mesures relevant des régimes d'autorisation préalable

S'agissant de ces régimes, **deux cas** de figure doivent être distingués : soit les textes fixent de manière exhaustive les conditions devant être satisfaites, et lorsque celles-ci le sont, l'administration est tenue de délivrer l'autorisation ; soit les textes donnent à l'autorité publique un certain pouvoir d'appréciation, dans le cadre de critères fixés par la loi ou par des directives internes à l'administration.

Ces conditions, plus ou moins restrictives, peuvent reposer sur des critères juridiques, moraux, matériels ou financiers. L'autorisation peut notamment être subordonnée à des engagements pris par la personne (par exemple, en matière d'autorisations d'utilisation de fréquences par le CSA).

Le texte législatif instaurant un régime d'autorisation pourra se borner à fixer les règles principales (autorité compétente, délais de procédure, éventuelle autorisation tacite, nature des conditions à remplir, durée de validité de l'autorisation, pouvoirs de contrôle et modalités de recours) et renvoyer les autres dispositions à des textes réglementaires d'application.

Depuis la loi [n° 2013-1005](#) du 12 novembre 2013, modifiant l'article 21 de la loi précitée [n° 2000-321](#) du 22 avril 2000, désormais codifié à l'article L. 231-1 du code des relations entre le public et l'administration (CRPA), « *le silence gardé pendant deux mois par l'administration sur une demande vaut décision d'acceptation* ». Tel que le précise l'article D. 231-2 du même code, « *La liste des procédures pour lesquelles le silence gardé sur une demande vaut décision d'acceptation est publiée sur un site internet relevant du Premier ministre* ». L'article [L. 231-4](#) du CRPA énumère cependant les cas où, par exception au nouveau principe, le silence de l'administration continue de valoir décision de rejet, et les articles suivants précisent les cas dans lesquels un décret en Conseil d'Etat peut déroger à ce principe.

En principe, les autorisations administratives sont accordées en considération de la personne et ne peuvent être cédées à des tiers. La loi peut toutefois autoriser le bénéficiaire à céder son autorisation. Dans cas, elle doit préciser les conditions auxquelles une telle cession est subordonnée et prévoir une

information préalable de l'autorité publique compétente, ainsi que, le cas échéant un pouvoir d'opposition de cette autorité. Sauf disposition contraire, les cessions sont effectuées à titre gratuit.

La Cour de justice s'est prononcée sur le régime d'autorisations en matière de jeux de hasard. Elle a estimé que l'article 56 TFUE ne s'oppose pas en principe à une réglementation nationale qui soumet certains jeux de hasard à un monopole public et les autres à un régime d'autorisations délivrées à des opérateurs privés, dès lors qu'elle poursuit effectivement, de manière cohérente et systématique, l'objectif de prévention de l'incitation des citoyens à des dépenses excessives liées au jeu et de lutte contre la dépendance. Un régime d'autorisations pour l'organisation de jeux de hasard doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance. Or, la restriction constatée dans l'affaire présente un caractère discriminatoire, et n'est pas compatible avec le droit de l'Union (Cour de justice, sixième chambre, Sporting Odds, 28 février 2018, C-3/17).

4. Mesures susceptibles d'être prises en cas de suspicion de manquements

Une série d'outils, plus ou moins intrusifs et contraignants, peut être déployée pour vérifier le respect de la réglementation. Figurent parmi ces outils les pouvoirs d'enquête, les pouvoirs d'instruction, les pouvoirs de contrôle sur place, éventuellement inopinés, comme les visites domiciliaires.

Ces pouvoirs doivent être strictement encadrés par le législateur.

Ainsi, aucune visite domiciliaire ou perquisition ne peut être effectuée sans le truchement d'un mandat judiciaire dûment motivé. A ces règles, s'ajoutent celles issues de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH, 21 février 2008, *Ravon et autres contre France*, req. n° 18497/03), qui estime notamment, que le contrôle du juge ayant autorisé la perquisition et la possibilité de cassation contre l'ordonnance prise par ce juge ne sont pas suffisants pour satisfaire au droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6 paragraphe 1 de la [Convention](#). La possibilité d'engager une procédure d'appel est ainsi nécessaire pour respecter les exigences conventionnelles.

Pour des raisons de garantie des droits et plus précisément d'impartialité, les fonctions d'instruction et d'enquête doivent par ailleurs être strictement séparées des fonctions de sanction (cf. *infra*).

5. Mesures susceptibles d'être prises en cas de manquements avérés

5.1. Injonctions, mise en demeure, exécution forcée

En cas de non respect de la législation, de la réglementation ou des limites ou conditions imposées par une décision individuelle, l'autorité compétente peut rappeler l'opérateur concerné à ses obligations par une simple mesure d'information. Lorsque l'autorité entend conférer une portée contraignante à cette mesure ou lui faire produire des effets juridiques, elle adresse à l'opérateur des mises en demeure ou des injonctions, dont le régime peut-être fixé par le texte encadrant l'activité économique concernée. La mesure revêtira alors le caractère d'acte faisant grief et pourra faire l'objet d'un recours contentieux.

Les règles de droit commun en matière d'exécution forcée des décisions administratives s'appliquent. Celle-ci ne peut intervenir, en vertu de la jurisprudence (TC, 2 décembre 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, [n°00543](#)), que dans **trois cas** :

- l'exécution doit trouver sa source dans un texte de loi précis ;
- l'administré confronté à l'exécution forcée doit avoir manifesté une mauvaise volonté caractérisée ;
- il n'existe pas de sanctions administratives ou pénales permettant de vaincre la résistance de l'intéressé.

L'exécution forcée ne doit tendre qu'à l'application d'une décision légale, et l'usage de la contrainte ne doit pas excéder ce qui est strictement indispensable, dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité.

5.2. Remise en cause de l'autorisation accordée

L'autorité compétente peut mettre fin à une autorisation, non seulement dans le cas où le bénéficiaire ne respecte pas les obligations résultant de cette autorisation, mais également dans d'autres hypothèses. Les textes doivent préciser les motifs susceptibles de conduire à la remise en cause d'une autorisation délivrée et les modalités de cette remise en cause (autorité compétente, délais, procédure). Ces modalités doivent être conçues à la lumière **de trois objectifs** : assurer le caractère effectif du pouvoir conféré à l'autorité compétente, garantir les droits du bénéficiaire de l'autorisation, réduire les risques de contentieux.

Les motifs d'un retrait d'une autorisation sont, notamment, les suivants :

- le titulaire de l'autorisation cesse de remplir les conditions subordonnant l'octroi de l'autorisation (CE, sect., 25 juillet 1975, *ministre de l'équipement c. Richoux*, [n° 96377](#) ; CE Sec., 30 mars 2016, *Société Diversité TV France*, [n° 395702](#)) ;
- le retrait est prononcé pour maintenir l'ordre public ; il s'agit alors d'une mesure de police administrative (CE, 22 avril 1955, *Association franco-russe*, n° 15155, au rec. p. 202) ;
- le comportement du bénéficiaire de l'autorisation peut justifier qu'il soit mis fin à celle-ci.

Les autorisations d'exercice d'activités économiques sont pour la plupart créatrices de droit, sauf celles emportant occupation du domaine public (avec comme exception les autorisations d'utilisation de fréquences, v. CE, 30 juin 2006, *Société Neuf Télécom SA*, [n° 289564](#)).

En cas de retrait d'une autorisation, l'administration doit motiver sa décision et respecter une procédure contradictoire préalable conformément aux règles prévues par les articles [L. 121-1](#) et [L. 211-2](#) du code des relations entre le public et l'administration.

5.3. Sanctions

Le juge constitutionnel a admis (CC, n° [89-260](#) DC du 28 juillet 1989) que le législateur attribue un pouvoir de sanction à toute autorité administrative « *dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis* ».

En matière d'encadrement des activités économiques, un choix existe entre un dispositif de sanction administrative et un dispositif de sanction pénale (on se référera, pour le détail de chaque régime, au [Guide de légistique](#), fiche n° 5.6).

5.3.1. Sanctions pénales

Compétence

C'est, en vertu de l'article [34](#) de la Constitution, la loi qui fixe les règles en matière pénale, et donc en matière de sanctions pénales. Cela n'exclut toutefois pas le recours au règlement, pour les contraventions.

Ainsi selon l'article [111-2](#) du code pénal, si « *la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs* », « *le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants* ». Plus précisément, relèvent de la loi les peines privatives de liberté et les sanctions pénales en matière criminelle et délictuelle. La matière contraventionnelle fait l'objet d'un partage entre le législateur et le pouvoir réglementaire, de la manière suivante :

- le législateur est seul compétent pour définir les catégories de contraventions ;
- le pouvoir réglementaire peut déterminer les contraventions et les peines contraventionnelles pour chacune des catégories définies par le législateur (l'article [R. 610-1](#) du code pénal précise que les contraventions sont déterminées par décrets en Conseil d'État).

Règles de fond

Les sanctions pénales doivent notamment respecter :

- *le principe de légalité des délits et des peines* : ce principe, issu de l'article [8](#) de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, exige clarté et précision des textes, pour éviter l'arbitraire (CC, [n° 80-127](#) DC du 20 janvier 1981, loi Sécurité et liberté). Le droit conventionnel européen comporte cette même exigence (v. CEDH, 2 août 1984, *Malone*, série A, n° 82) ;
- *le principe de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère* : ce principe, également issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789, est absolu (CC, [n° 92-307](#) DC du 25 février 1992) ;
- *le principe d'application immédiate de la loi pénale plus douce* (v. par exemple CC, [n° 2010-74](#) QPC du 3 décembre 2010) ;
- *le principe de personnalité des peines*, qui découle des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 (v. par exemple, CC, [n° 2010-604](#) DC du 25 février 2010) ;
- *le principe de nécessité et de proportionnalité des peines* ; ce principe, fondé sur l'article 8 de la Déclaration de 1789, est toutefois contrôlé sous l'angle de la disproportion manifeste par le Conseil constitutionnel (CC, [n° 87-237](#) DC du 30 décembre 1987) ;
- *le principe d'individualisation des peines* : il implique qu'une sanction pénale ne peut être appliquée que si elle a été expressément prononcée en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce (CC, [n° 2010-6/7](#) QPC du 11 juin 2010) ; ce principe exclut donc les peines automatiques, sans pour autant faire obstacle à l'institution, dans certains cas et sous certaines conditions, de peines minimales, comme les amendes forfaitaires (CC, [n° 2011-162](#) QPC du 16 septembre 2011) ;
- *le principe d'égalité devant la loi pénale* (CC, [n° 2011-161](#) QPC du 9 septembre 2011).

5.3.2. Sanctions administratives

Règles de compétence

Le principe de légalité des délits et des peines implique que les infractions administratives et les sanctions correspondantes soient prévues par un texte (v. CC, [n° 88-248](#) DC du 17 janvier 1989). Ce texte n'est toutefois pas nécessairement une loi. Lorsque le pouvoir réglementaire est compétent pour fixer certaines règles d'exercice d'une profession, cette compétence peut inclure le pouvoir de prononcer des sanctions administratives (CE Ass., 7 juillet 2004, *ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c. M. Benkerrou*, [n° 255136](#)).

De même, la détermination des sanctions disciplinaires applicables à une profession relève de la compétence réglementaire (CC, [n° 2011-162](#) QPC du 16 septembre 2011).

Règles de fond

Plusieurs principes constitutionnels applicables aux sanctions pénales s'imposent également aux sanctions administratives. Toutefois, leur respect est parfois apprécié avec une moindre exigence. Par exemple, en ce qui concerne le principe de légalité des délits et des peines, les manquements peuvent être définis par référence à la règle dont le respect s'impose à l'intéressé. Les sanctions administratives, comme les sanctions pénales, obéissent au principe de personnalité des délits et des peines.

Par ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme veille au respect du droit à un procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention et au principe du non cumul des répressions (ou *non bis in idem*).

Différents types de sanctions administratives sont envisageables, de manière non exhaustive : avertissements et blâmes ; amendes ; retraits d'avantages, d'agrèments ou d'autorisations ; fermetures ou suppressions d'établissements ou d'installations ; interdictions d'exercer une profession. Elles peuvent être distinguées en deux grandes catégories : les sanctions administratives privatives de droit, et les sanctions administratives patrimoniales.

Règles de procédure

Le régime procédural des sanctions administratives a tendance à se rapprocher de plus en plus de celui des sanctions pénales, tout en conservant certaines spécificités.

Sont applicables aux sanctions administratives : le principe du respect des droits de la défense (CE, sect., 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, [n° 69751](#)) ; la motivation de la décision de sanction (art. [L. 211-2](#) du code des relations entre le public et l'administration ; le caractère contradictoire de la procédure (art. [L. 121-1](#) du même code).

La particularité la plus notable des sanctions administratives est le fait qu'elles peuvent être prononcées sans intervention du juge. Il existe toutefois des cas où la sanction administrative est prononcée par un organe assimilable à une juridiction, comme les formations disciplinaires des ordres professionnels, dont les décisions rendues en dernier ressort peuvent être attaquées en cassation devant le Conseil d'État.

En ce qui concerne les autorités administratives indépendantes (ci-après AAI), notamment de régulation, celles-ci peuvent combiner le pouvoir d'adresser des injonctions et celui de prononcer des sanctions. Ceci ne contrevient pas aux règles issues des dispositions de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après la Convention) (CE sect., 30 juillet 2003, *Société Dubus SA*, [n° 250669](#)). Toutefois, la contrepartie de ce pouvoir réside dans le

respect des garanties découlant de la notion de procès équitable. Ainsi, si les AAI ne sont pas regardées comme des instances juridictionnelles en droit interne, elles doivent respecter les stipulations de l'article 6 §1 de la Convention, notamment au regard des principes de publicité des séances et d'impartialité (v. Cass., Ass. Plén., 5 février 1999, *COB c. Oury et autres*, n° 97-16440 ; CE Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434 ; CE, 28 octobre 2002, *M. Laurent*, n° 222188), ainsi qu'au regard de l'obligation de mise en demeure et de l'application de toutes les garanties du droit répressif (CEDH, 4 mars 2014, *Grande Stevens et autres c. Italie*, n°s 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10). Les règles du procès équitable au sens de la Convention s'appliquent lorsque la sanction est prononcée par un organisme collégial.

Le législateur doit prévoir lui-même, lorsqu'il confie un pouvoir de sanction à une AAI, des garanties de nature à assurer le respect des « *principes d'indépendance et d'impartialité indissociables de l'exercice de pouvoirs de sanction par une AAI* », ce qui implique notamment une séparation stricte entre les fonctions de poursuite et l'instruction et les pouvoirs de sanction (CC, n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012).

5.3.3. Éléments de choix entre le régime pénal et le régime administratif et questions de cumul

Éléments de choix

La sanction administrative est immédiatement exécutoire, sans saisine préalable du juge. Elle permet donc une plus grande rapidité d'intervention. Elle peut également être moins infamante, pour la personne sanctionnée, qu'une sanction pénale. Un tel type de sanction est donc adapté lorsque les manquements consistent en la méconnaissance de règles techniques ou présentent un caractère essentiellement disciplinaire.

Cumul des sanctions

Si le législateur souhaite instaurer un dispositif qui cumule les deux types de sanctions, une grande vigilance est nécessaire afin de ne pas méconnaître le principe *non bis in idem*, consacré notamment par l'article 4 du [protocole n° 7](#) à la Convention européenne des droits de l'homme et par l'article 50 de la [Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne](#) et le principe de nécessité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Sur le terrain conventionnel, pour apprécier l'existence d'une atteinte au principe *non bis in idem*, la Cour EDH détermine si « *la mesure nationale spécifique dénoncée constitue, dans sa substance ou dans ses effets, une double incrimination portant préjudice au justiciable ou si, au contraire, elle est le fruit d'un système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et formant un tout cohérent, en sorte de ne causer aucune injustice à l'intéressé* » (CEDH (grande chambre), *A et B contre Norvège*, 15 novembre 2016, requêtes n°24130/11 et 29758/11 §122). Pour la Cour, l'article 4 du Protocole n°7 n'exclut pas « *les systèmes juridiques qui traitent de manière « intégrée » le méfait néfaste pour la société en question, notamment en réprimant celui-ci dans le cadre de phases parallèles menées par des autorités différentes à des fins différentes* », pourvu que certaines conditions soient remplies. Ainsi, l'État défendeur doit établir d'une part que les procédures mixtes en question étaient unies par un lien matériel et temporel suffisamment étroit, et d'autre part, que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question sont proportionnées et prévisibles pour le justiciable (§130 même décision).

Toutefois, dans sa décision du 12 octobre 2018 *SARL Super Coiffeur* n° 408567, l'assemblée du Conseil d'Etat a rappelé que la règle conventionnelle du *non bis in idem* ne trouvait à s'appliquer, selon la

réserve accompagnant l'instrument de ratification du protocole n° 7 par la France, que pour "*les infractions relevant en droit français de la compétence des tribunaux statuant en matière pénale*" et n'interdisait ainsi pas le prononcé de sanctions administratives parallèlement aux décisions définitives prononcées par le juge répressif. Elle a jugé qu'il n'appartenait pas au juge national de se prononcer sur la validité de cette réserve, non dissociable de la décision de la France de ratifier ce protocole.

Sur le terrain constitutionnel, il est jugé que le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues : CC, 14 janvier 2016, n° 2016-546 QPC ; dernièrement : CC, 30 mars 2017, n° 2016-621 QPC et CE QPC, 3 octobre 2018, *Société Softposition*, n°422290.

En général, le cumul de sanctions administratives et pénales n'est nécessaire que dans **quatre hypothèses** :

- lorsque la sanction administrative constitue une solution provisoire dans l'attente d'une sanction pénale (par exemple, la suspension d'une autorisation d'exercer une profession) ;
- lorsqu'il existe une différence de nature entre la sanction administrative et la sanction pénale (l'une pécuniaire, l'autre consistant au retrait d'une autorisation, par exemple) ;
- lorsque la sanction pénale n'a qu'un caractère exceptionnel ;
- lorsque les sanctions encourues prononcées à l'issue de procédures complémentaires, et non différentes, s'articulent sous la forme d'une gradation.

6. Contentieux des décisions prises dans le cadre de la réglementation économique

Le contentieux des décisions prises par l'administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique relève en principe de la juridiction administrative. Le législateur peut toutefois attribuer le contentieux de mesures prises à l'égard d'opérateurs économiques à la juridiction judiciaire (par exemple, pour les décisions que prend l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles, qui font l'objet de recours devant la cour d'appel de Paris, en vertu de l'article [L. 464-8](#) du code de commerce : pour une application : CE 11 octobre 2017, *Société Umicore France et société Umicore*, n° 402268). En l'absence de dispositions législatives expresses attribuant la contestation d'une décision d'une autorité administrative indépendante à la juridiction judiciaire, la compétence du juge administratif prévaut (CE, 10 octobre 2014, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, n° 367807).

Le Conseil d'État a admis la recevabilité d'un recours contre les décisions par lesquelles le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence refuse la protection du secret des affaires ou accorde la levée de ce secret, qui sont sans incidence sur la régularité de la procédure suivie devant l'Autorité de la concurrence, mais qui sont susceptibles de faire grief, par elles-mêmes, aux parties dont émanent les

pièces ou éléments en cause (CE, *Syndicat national des fabricants d'isolants en laines minérales manufacturées*, préc.).

Par ailleurs, l'abrogation d'un acte de droit souple peut être demandée à l'autorité de régulation qui l'a adopté et, le cas échéant, contester devant le juge de l'excès de pouvoir le refus que l'autorité oppose à cette demande (CE, 13 juillet 2016, *Société GDF Suez* n° [388150](#); CE, 19 juillet 2017, *Société Menarini France Société Daiichi Sankyo France*, n° [399766](#), 399769).

Ainsi, les lignes directrices par lesquelles les autorités de régulation définissent, le cas échéant, les conditions dans lesquelles elles entendent mettre en œuvre les prérogatives dont elles sont investies, peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir, introduit par un requérant justifiant d'un intérêt direct et certain à leur annulation, lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent (CE, 13 décembre 2017, *Société Bouygues Télécom et autres*, n° [401799](#), 401830, 401912).

Un recours en responsabilité peut également être engagé (par exemple : CE, 18 novembre 2015, *M. Sereme*, n° [380461](#)). Si l'autorité administrative qui a pris une décision illégale est dotée de la personnalité morale, elle en assumera en principe seule les conséquences. A défaut de personnalité morale distincte de l'État, c'est la responsabilité de ce dernier qui sera susceptible d'être directement engagée.

Le recours formé contre une sanction administrative n'est pas suspensif, mais il peut être fait usage des procédures d'urgence de droit commun. Lorsque le juge est saisi d'un recours contre une sanction infligée par l'administration, il se prononce en qualité de juge de plein contentieux (v. CE, Ass., 16 février 2009, *société ATOM*, n° [274000](#)).

Protection des intérêts stratégiques dans les entreprises

(Version de décembre 2018)

1. Notion de protection des intérêts stratégiques dans les entreprises

L'activité économique, et notamment celle de certaines entreprises, peut mettre en cause des intérêts publics allant au-delà des motifs d'intérêt général poursuivis par les lois et règlements encadrant l'activité ordinaire de ces entreprises. Ces intérêts supérieurs, parfois dits « stratégiques », sont susceptibles d'être préservés par **deux types** d'outils distincts.

Les personnes publiques, et en particulier l'État auquel la défense de ces intérêts stratégiques incombe le plus souvent, peuvent faire le choix d'assurer la préservation de ces intérêts :

- soit en acquérant tout ou partie de la propriété des entreprises concernées, c'est-à-dire en recourant aux outils du droit des entreprises et participations publiques (v. fiche dédiée) ;
- soit en recourant à des procédés de puissance publique, en prévoyant dans des lois et règlements les droits qu'elles se reconnaissent pour assurer la préservation de ces intérêts.

Cette seconde approche, seule traitée dans la présente fiche, se traduit principalement par **quatre législations**. Trois ont un caractère transversal : l'action spécifique, les commissaires du Gouvernement, les investissements étrangers en France. La quatrième est plus sectorielle : les exportations sensibles.

2. L'action spécifique

NB : les éléments qui suivent sont appelés à évoluer en cas d'adoption de la loi dite PACTE en cours d'examen au Parlement

2.1. Notion d'action spécifique

Inspirées du mécanisme des « *golden shares* », les actions spécifiques ont été introduites en droit français par l'article [10](#) de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations. Elles figurent désormais à l'article [31-1](#) de l'ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique introduit par l'article 186 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

Bien qu'il s'appuie sur une action détenue par l'État, l'outil que constitue l'action spécifique est sans rapport avec les prérogatives qu'un actionnaire pourrait exercer du seul fait de la détention de ce titre.

Indépendamment du mécanisme de l'action spécifique, toute opération de cession par l'Etat au secteur privé conduisant à transférer la majorité du capital d'une société doit s'accompagner des garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation dans les domaines concernés. Le cas échéant, le cahier des charges de l'appel d'offres portant cession du capital intègre cette exigence ([art. 21-1](#) de l'ordonnance du 20 août 2014).

2.2. Recours à l'action spécifique

L'action spécifique ne peut être instituée dans n'importe quelle entreprise. Ce mécanisme est réservé aux entreprises dans lesquelles l'État cède une participation majoritaire au secteur privé, c'est-à-dire privatise l'entreprise. Aux termes de l'article [31-1](#) de l'ordonnance précitée, c'est en effet postérieurement au décret ou à l'arrêté décidant de la cession de cette participation et préalablement à la réalisation de l'opération, qu'un décret distinct détermine, pour chacune des entreprises concernées, si la protection d'intérêts essentiels du pays exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis ci-dessous. Dans l'affirmative, ce dernier décret prononce également cette transformation.

Les intérêts en cause ont été précisés par ces dispositions : il s'agit des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale.

2.3. Prérogatives attachées à l'action spécifique

Ce décret prévoit alors les droits attachés à une action spécifique parmi les prérogatives suivantes :

- l'agrément préalable par le ministre chargé de l'économie pour le franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, d'un ou plusieurs des seuils fixés dans le décret qui institue l'action spécifique ; un seuil particulier peut être fixé pour les participations prises par des personnes étrangères ou sous contrôle étranger ;
- la nomination au conseil d'administration ou de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu d'un ou deux représentants de l'État sans voix délibérative désigné dans les conditions prévues par le décret instituant l'action spécifique ;
- le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie, qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays ; les conditions de ce droit d'opposition ont été fixées par le décret [n° 2015-1482](#) du 16 novembre 2015.

L'institution de cette action produit ses effets de plein droit. Hormis les cas où l'indépendance nationale est en cause, l'action spécifique peut à tout moment être définitivement transformée en action ordinaire par décret (ex. le décret [n° 2002-1231](#) du 3 octobre 2002 abrogeant le décret n° 93-1298 du 13 décembre 1993 instituant une action spécifique de l'État dans la Société nationale Elf-Aquitaine).

2.4. Méconnaissance des prérogatives de l'Etat

Lorsque des prises de participation sont soumises à agrément préalable en raison d'une action spécifique et tant que cette obligation est méconnue, les détenteurs des participations irrégulièrement acquises sont privés des droits de vote correspondants. S'agissant des entreprises dont l'activité relève des intérêts essentiels de la défense nationale ou de ceux mentionnés à l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les détenteurs de participations acquises irrégulièrement doivent céder leurs titres dans un délai de trois mois, faute de quoi, il est procédé à leur

vente forcée. Le produit de la vente est tenu à la disposition des anciens détenteurs (II de l'article [31-1](#) de l'ordonnance du 20 août 2014 précitée).

2.5. Compatibilité avec le droit de l'Union

Le recours à une action spécifique doit être examiné au regard de la liberté de circulation des capitaux établie par l'article [63](#) du TFUE et de la liberté d'établissement établie par l'article [49](#) de ce traité.

Le droit de l'Union ne s'oppose pas, par principe à l'établissement d'une telle mesure, en reconnaissant que selon les circonstances, il peut être justifié « *que les États membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans le domaine des services d'intérêt général ou stratégiques* » (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. France*, aff. [C-483-99](#), pt 43).

Toutefois, l'entrave à la liberté de circulation des capitaux et à la liberté d'établissement que constitue l'institution d'une action spécifique doit être justifiée, à la double condition d'être motivée par « *des raisons visées à l'article [65] paragraphe 1 du traité ou des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil* » et d'être proportionnée au but poursuivi (CJCE, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, aff. [C-367-98](#), pts 49-50). L'existence de cette double condition a conduit la Cour de justice à rejeter les mesures ayant un caractère trop général et conférant à l'État des pouvoirs discrétionnaires (CJCE, *Commission c. France*, préc.). En conséquence, lors de l'examen du projet de loi pour la croissance et l'activité, le Conseil d'État (avis du 8 décembre 2014, n° 389394) a circonscrit le champ du dispositif à la préservation des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de défense nationale au sens du droit de l'Union, soit un champ analogue à celui de la législation sur les investissements étrangers (v. *infra* point 4.).

La compatibilité d'une action spécifique avec le droit de l'Union doit ainsi donner lieu à un examen approfondi préalablement à l'intervention du décret l'instituant pour définir s'il peut être recouru à cet outil et, dans l'affirmative, quelles sont les prérogatives susceptibles de lui être attachées.

3. Les commissaires du Gouvernement

3.1. Notion de commissaires du Gouvernement

Aucun texte général ne définit le statut des commissaires du Gouvernement, le droit positif reconnaissant l'existence de nombreux commissaires du Gouvernement aux attributions variées.

Le commissaire du Gouvernement a pour rôle, au sein d'un établissement public ou d'une société commerciale, de veiller à la cohérence et à la compatibilité des orientations retenues par l'entreprise avec la politique menée, dans ce secteur, par le Gouvernement. Sa présence doit permettre de « *restituer l'action de l'entreprise dans le contexte plus général des orientations retenues par l'État pour ce secteur d'activité* » ([EDCE 2015, Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises](#)).

L'institution d'un commissaire du Gouvernement, généralement nommé par le ministre assurant la tutelle technique sur ce secteur, au sein d'un établissement public ou d'une entreprise assure un certain degré de contrôle du Gouvernement sur les décisions stratégiques prises par l'entreprise.

Les missions confiées au commissaire du Gouvernement, représentant de l'État comme « puissance publique » doivent être clairement distinguées des missions exercées au nom de l'État comme

« actionnaire ». Les missions du commissaire du Gouvernement se distinguent également du contrôle économique et financier qu'exerce l'État sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent, en vertu du décret [n° 55-733](#) du 26 mai 1955.

3.2. Recours au commissaire du Gouvernement

3.2.1. Niveau de norme

L'institution d'un commissaire du Gouvernement dans un établissement public n'affecte pas les règles constitutives de cet établissement. Son institution relève donc en principe du pouvoir réglementaire. Au contraire, en ce qui concerne les sociétés commerciales, l'institution d'un commissaire relève des obligations civiles et commerciales dont il appartient à la loi de fixer les règles en vertu de l'article 34 de la Constitution.

L'article 15 de l'ordonnance [n° 2014-948](#) du 20 août 2014 prévoit que l'État peut, dans des conditions fixées par voie réglementaire, désigner un commissaire du Gouvernement au sein des entreprises où il dispose d'un représentant au sens de l'article 4 de cette ordonnance. Il s'agit des sociétés dont il détient, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital ainsi que celles dans lesquelles il détient à lui seul plus de 10 % du capital. Ce commissaire « *assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu de la société. Le cas échéant, il expose la politique du Gouvernement dans le secteur d'activité de celle-ci* ».

3.2.2. Justification

L'institution d'un commissaire du Gouvernement est une pratique dérogatoire du droit commun ; il convient donc de s'interroger sur l'intérêt réel d'une telle mesure et, en particulier, sur sa pertinence vis-à-vis des autres moyens de contrôle dont dispose l'État sur l'action de l'entreprise ou de l'établissement public :

- **dans le cas d'un établissement public** : si la question de l'existence d'un contrôle ne se pose pas, il convient de mesurer la pertinence de l'institution d'un commissaire du Gouvernement vis-à-vis des autres leviers de contrôle (nomination du dirigeant, désignation d'administrateurs, approbation par le ministre de tutelle des délibérations du conseil d'administration...);
- **dans le cas d'une société commerciale** : la question de la nécessité d'un contrôle se pose avec plus d'acuité ; la gestion d'une mission de service public entraînant nécessairement un contrôle de son accomplissement par l'État, le recours à l'institution d'un commissaire du Gouvernement n'est pas systématiquement justifié (EDCE 2015, préc.).

3.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

La Cour de justice de l'Union européenne ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la fonction de commissaire du Gouvernement, en ce qu'elle consiste à veiller à la conformité de la politique générale de l'entreprise avec les orientations gouvernementales, constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux.

Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice sur les actions spécifiques énonce les conditions de compatibilité de l'intervention de l'État dans la gestion d'une entreprise avec le droit de l'Union largement transposable au cas du commissaire du Gouvernement (v. *supra*).

4. Le contrôle des investissements étrangers

NB : les éléments qui suivent sont appelés à évoluer en cas d'adoption de la loi dite PACTE en cours d'examen au Parlement

4.1. Objet du contrôle des investissements étrangers

L'accueil et la réglementation d'un investissement étranger s'articule, suivant la nationalité des parties, autour de normes internationales (des traités bilatéraux d'investissement v. *p.ex.* le [traité](#) entre la France et le Kazakhstan), de normes européennes (la liberté de circulation des capitaux) et de normes internes (en France, le Code monétaire et financier). Sur ces dernières, en vertu de l'article [L. 151-1](#) du code monétaire et financier, les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article [L. 151-3](#) du même code, certains investissements étrangers en France, concernant des secteurs stratégiques, sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.

Le ministre dispose de deux mois pour se prononcer sur la demande d'autorisation qui lui est soumise, à l'issue de ce délai son silence vaut autorisation implicite (art. [R. 153-8](#) du code précité). Le ministre peut soit autoriser purement et simplement l'opération, soit l'assortir de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux tels que définis au I de l'article [L. 151-3](#) du code monétaire et financier (conditions précisées à l'art. [R. 153-9](#)) soit la refuser par décision motivée (pour des motifs précisés à l'art. [R.153-10](#)).

S'il constate qu'un investissement étranger est ou a été réalisé en méconnaissance des prescriptions du I ou du II de l'article [L. 151-3](#), le ministre peut enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure. En cas de non-respect de l'injonction, le ministre peut infliger à l'investisseur une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève au double du montant de l'investissement irrégulier (III du même article). En vertu de l'article [459](#) du code des douanes, rendu applicable par l'effet de l'article [L. 165-1](#) du code monétaire et financier, les infractions à la législation sur les investissements financiers en France sont punies, sur plainte exclusive du ministre de l'économie et des finances (art. [458](#) du code des douanes) ou de ses représentants habilités à cet effet, d'une peine d'emprisonnement de cinq ans, de la confiscation du corps du délit et des biens et avoirs qui sont le produit de l'infraction et d'une amende égale au minimum au montant et au maximum au double de la somme sur laquelle a porté l'infraction ou la tentative d'infraction (article 459 du même code).

Enfin, est frappé de nullité l'engagement, la convention ou la clause contractuelle qui réalise directement ou indirectement un investissement étranger dans un domaine stratégique sans avoir fait l'objet d'une autorisation préalable (article [L. 151-4](#)).

4.2. Champ du contrôle des investissements étrangers

Ce régime d'autorisation concerne les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :

- activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;
- activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus. Ces dispositions ont été codifiées aux articles R. 153-1 et suivants du code monétaire et financier, modifiés en dernier lieu par le décret. n°2018-1057 du 29 novembre 2018, dont l'essentiel des dispositions entre en vigueur le 1^{er} janvier 2019. Quatorze secteurs d'activités y sont énumérés.

Certains investissements en provenance des États membres de l'Union européenne sont également soumis à la procédure d'autorisation préalable (art. [R.153-3](#) à [R. 153-5](#) du même code) de même que les investissements effectués par des entreprises de droit français contrôlées par des personnes physiques ou morales étrangères ou des français résidant hors de France dans l'une des activités énumérées aux 8° à 14° de l'article R. 153-2 et à l'article R. 153-5 ([art. R.153-5-2](#)).

Certaines autorisations peuvent être réputées acquises, notamment dans le cadre d'opérations intragroupes ([art. R.153-6](#)), sauf si l'opération a pour objet de transférer à l'étranger tout ou partie d'une branche de l'une des activités énumérées aux articles R. 153-2 et R. 153-4.

Avant la réalisation d'un investissement, l'investisseur ou l'entreprise cible de l'opération peut saisir le ministre chargé de l'économie d'une demande écrite aux fins de savoir si cet investissement est soumis à une procédure d'autorisation. Le ministre dispose alors d'un délai de deux mois pour y répondre, sans que son absence de réponse vaille dispense de demande d'autorisation (art. R. [153-7](#)).

4.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

Les régimes de contrôle des investissements étrangers sont une restriction à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, qui ne peut être justifiée que par les objectifs poursuivis au sens des articles [52](#), [65](#) et [346](#) du [TFUE](#) .

L'application de ce dispositif doit être proportionnée au regard des objectifs poursuivis, et ne pas être motivée, en fait, par des fins purement économiques, notamment sauvegarde de ses intérêts financiers ou de poursuite de ses objectifs de politique économique (CJCE, 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. C-54/99; CJCE, 26 mars 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, C-326/07).

La Cour de justice avait en effet estimé que le régime français imposant une autorisation préalable pour tout investissement direct étranger « *de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique* », sans autre précision constituait une restriction aux mouvements de capitaux. Le décret n° 89-938 réglementant les relations financières avec l'étranger n'indiquait en effet aucunement aux investisseurs concernés les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable était nécessaire (CJCE, 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, aff. [C-54/99](#), pts 17-21). La Commission européenne n'a pas contesté néanmoins le décret français n° 2014-479 du 14 mai 2014 soumettant les investissements étrangers dans certains secteurs définis par le décret à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'économie en indiquant que « des restrictions à la liberté des mouvements des capitaux peuvent être justifiées si l'objectif poursuivi relève de la politique publique ou de la sécurité publique ».

La Cour de justice tolère la sécurisation des activités essentielles et des services publics. La Cour de justice, dans sa jurisprudence relative aux actions privilégiées dites « golden shares », a admis que certaines restrictions peuvent être justifiées par « *l'approvisionnement minimal en ressources énergétiques et en biens essentiels à la collectivité, la continuité du service public, la sécurité des installations utilisées dans le cadre de services publics essentiels, la défense nationale, la protection de l'ordre public et de la sécurité publique* » et a retenu le qualificatif « essentiel » comme critère

d'appréciation. La Cour de justice a toutefois précisé qu'en raison de l'absence de lien entre les critères litigieux et les pouvoirs d'opposition, l'application des critères n'est pas apte à atteindre les objectifs de justification qui seraient poursuivis (CJCE, 26 mars 2009, *Commission des Communautés européennes c. République italienne*, C-326/07). En outre, la Cour de justice a une interprétation beaucoup moins stricte des restrictions à la libre circulation des capitaux en matière de santé publique « *qui figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général* » (CJCE, 19 mai 2009, *Commission c. Italie*, aff. C-531/06)

Comme en matière d'action spécifique et de commissaire du Gouvernement, la compatibilité du recours au contrôle des investissements étrangers dépend donc de l'utilisation qui en sera faite dans chaque cas de figure.

Pour renforcer la sécurité juridique des dispositifs de contrôle des investissements directs étrangers mis en place par certains Etats membres, la Commission européenne a adopté, le 13 septembre 2017, une proposition de règlement établissant un cadre pour le filtrage des investissements directs étrangers dans l'Union (COM(2017)487). Elle a pour objectif de mettre en place un cadre favorable pour les États membres qui disposent déjà ou souhaitent instaurer un mécanisme de filtrage, et de veiller à ce que ce mécanisme satisfasse à certaines exigences, comme la possibilité d'un recours juridictionnel contre les décisions, l'absence de discrimination entre différents pays tiers et la transparence. Elle prévoit également que la Commission peut procéder à un filtrage pour des motifs de sécurité et d'ordre public, lorsqu'un investissement direct étranger est susceptible de porter atteinte à des projets ou programmes présentant un intérêt pour l'Union. Un accord politique a été trouvé sur ce projet de règlement entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission le 20 novembre 2018.

5. Contrôle des exportations sensibles

Les exportations de la France vers les pays-tiers sont libres, notamment en vertu du règlement n°2015/479 du 11 mars 2015 relatif au régime commun applicable aux exportations (version codifiée).

Toutefois, des restrictions sont envisageables, notamment sur le fondement de l'article 36 du TFUE autorisant les États membres à maintenir certaines restrictions d'exportation « *justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* », ou du b) de l'article 346§1 TFUE stipulant que « *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre ; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* ».

S'agissant des produits liés à la défense, la directive [2009/43/CE](#) du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 modifiée, met en place au niveau intra-européen un système européen d'autorisation fondé sur l'octroi de licence de transfert aux fournisseurs. Elle précise néanmoins en son article 1§2 qu'elle est « *sans incidence sur la liberté de décision des États membres en matière de politique d'exportation [hors Union européenne] de produits liés à la défense* ».

Au niveau national, le principal régime concerne les exportations de matériels de guerre, régies notamment par les articles L. 2335-2 et suivants du code de la défense, qui repose sur un principe de prohibition, mais prévoit un système d'autorisations par étape et une concertation interministérielle permanente.

D'autres régimes restrictifs existent (par exemple, biens à double usage, œuvres d'art et biens culturels, marchandises portant atteinte à certains droits de propriété intellectuelle...).

(Version de décembre 2018)

1. La notion d’urbanisme économique

L’urbanisme peut être mis au service du projet économique des personnes publiques, qu’il s’agisse de l’organisation spatiale des activités économiques ou des objectifs de développement qu’elles s’assignent.

Plusieurs catégories de règles d’urbanisme peuvent être distinguées à cette fin :

- « **l’urbanisme de planification** » qui a pour objet de fixer la destination des sols ; il s’exprime à travers des documents d’urbanisme qui servent de référence pour les actions opérationnelles en orientant l’aménagement des territoires et l’utilisation des sols ; les documents d’urbanisme ont des impacts économiques directs, notamment sur les entreprises ; l’élaboration ou la révision d’un document d’urbanisme permet de lier stratégie économique et planification ;
- « **l’urbanisme opérationnel** » qui correspond à la phase de concrétisation des prévisions des documents d’urbanisme ; il se manifeste sous la forme d’opérations ayant pour objet la fourniture de terrains viabilisés (opération d’aménagement), la construction de bâtiments ou le traitement du bâti existant (rénovation, restauration, réhabilitation) ; les procédures d’aménagement les plus utilisées sont la zone d’aménagement concerté (ZAC) et le lotissement, lesquelles poursuivent des finalités notamment économiques, en particulier lorsqu’elles permettent d’organiser le maintien, l’extension ou l’accueil d’activités économiques ;
- « **l’aménagement commercial** » qui contribue à l’attractivité et au dynamisme d’une ville, en régulant l’implantation des commerces ; la mise en œuvre d’une politique de développement commercial permet en outre de mettre en cohérence les enjeux économiques avec les orientations définies dans le cadre de l’aménagement du territoire et du développement durable.

2. L’urbanisme de planification

Le schéma de cohérence territorial (SCOT ci-après) et le plan local d’urbanisme (PLU ci-après) sont des documents de programmation qui planifient l’espace dans ses dimensions spatiales, temporelles, environnementales mais également économiques. Ils permettent d’identifier les espaces à vocation économique, d’optimiser le foncier consacré aux activités, d’accroître et de diversifier l’offre de foncier support du développement économique, de définir une stratégie d’aménagement commercial.

2.1. L'usage économique du schéma de cohérence territorial

2.1.1. L'objet du SCOT

En tant que document de planification, le SCOT fixe les grandes options relatives à l'avenir du territoire. Il doit, comme le PLU, respecter les principes généraux énoncés par les articles [L. 101-1](#) à [L. 101-3](#) du code de l'urbanisme (CU ci-après) et comporte un rapport de présentation, un projet d'aménagement et de développement durables ainsi qu'un document d'orientation et d'objectifs ([art. L. 141-2](#) du CU).

En particulier, le SCOT (comme le PLU) permet d'assurer « *la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction, sans discrimination, des besoins présents et futurs de l'ensemble des modes d'habitat, d'activités économiques, touristiques, sportives, culturelles et d'intérêt général ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial, en tenant compte en particulier des objectifs de répartition géographiquement équilibrée entre emploi, habitat, commerces et services, d'amélioration des performances énergétiques, de développement des communications électroniques, de diminution des obligations de déplacements motorisés et de développement des transports alternatifs à l'usage individuel de l'automobile* » ([art. L. 101-2](#) du CU).

Le SCOT coordonne les différentes politiques publiques autour d'orientations communes et permet la mise en cohérence des documents de planification utilisés par les communes. Son usage économique s'appréhende à travers le volet économique et commercial du rapport de présentation, du projet d'aménagement et de développement durable (PADD) et du document d'orientation et d'objectifs (DOO) qui peut contenir un document d'aménagement artisanal et commercial (DAAC).

C'est à travers l'élaboration de ces différents éléments que les collectivités peuvent faire un usage économique, commercial et touristique du SCOT.

2.1.2. L'utilisation stratégique du SCOT

Une utilisation stratégique du SCOT comme outil économique suppose de :

- concevoir un projet cohérent s'appuyant sur une vision globale du territoire, décrit dans le rapport de présentation, à partir d'un diagnostic établi au regard de prévisions économiques et de besoins répertoriés en matière de développement économique ([art. L. 141-3](#) du CU) ;
- fixer les objectifs de politiques publiques de développement économique, touristique et culturel dans le PADD ([art. L. 141-4](#) du CU) ;
- définir les objectifs relatifs à l'équipement commercial et artisanal dans le DOO, ainsi que réguler les implantations commerciales et protéger le petit commerce à travers le DAAC ([art. L. 141-16](#) et [L. 141-17](#) du CU, qui reprennent ainsi les objectifs assignés par la loi n° [2014-366](#) du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite ALUR) ; ce document fixe les conditions d'implantation des équipements commerciaux, qui du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire et le développement durable.

Pour permettre une utilisation stratégique du SCOT, les collectivités se font accompagner dans toutes les phases de son élaboration par différentes personnes associées ou consultées à même d'offrir une expertise, d'animer la concertation, de débattre sur les orientations du PADD, d'élaborer un diagnostic économique, de mettre en évidence des enjeux économiques sur le territoire ([art. L. 132-7](#) du CE). Il peut notamment s'agir de l'État, des régions, des départements, des établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) compétents, ainsi que de divers organismes comme les chambres

de commerce et d'industrie (CCI) territoriales, les chambres de métiers, les chambres d'agriculture, les parcs naturels régionaux et des parcs nationaux... Ces organismes assurent la liaison avec les organisations professionnelles intéressées.

Par ailleurs, les études économiques nécessaires à la préparation des documents prévisionnels d'organisation commerciale et artisanale peuvent être réalisées à l'initiative des CCI et des chambres de métiers.

Pour l'élaboration des SCOT, sont, en outre, associés dans les mêmes conditions, les syndicats mixtes de transports créés en application de l'article [L. 1231-10](#) du code des transports, lorsque le schéma est élaboré par un établissement public qui n'exerce pas les compétences définies aux articles [L. 1231-10](#) et [L. 1231-11](#) du même code, et les établissements publics chargés de l'élaboration, de la gestion et de l'approbation des schémas de cohérence territoriale limitrophes ([art. L. 132-8 du CU](#)).

Enfin, d'autres consultations peuvent être effectuées à la demande de certains organismes, tels que les associations locales d'usagers agréées, les associations de protection de l'environnement agréées, les communes limitrophes ([art. L. 132-12 du CU](#)) et la commission départementale de la préservation des espaces naturels, agricoles et forestiers ([art. L. 132-13 du CU](#)).

2.2. L'usage économique du plan local d'urbanisme

2.2.1. L'approche économique du PLU

Le PLU est le principal document de planification à l'échelle communale ou intercommunale et constitue un document stratégique local permettant la conception d'un projet de territoire. Les plans d'occupation des sols qui n'ont pas été mis en forme de PLU au plus tard le 31 décembre 2015 sont devenus caducs à compter de cette date, sous réserve des dispositions des articles [L. 174-2](#) à [L. 174-5 du CU](#) (cas par ex. d'une procédure de révision qui a été engagée et non encore achevée). La caducité du plan d'occupation des sols ne remet pas en vigueur le document d'urbanisme antérieur. Depuis le 1^{er} janvier 2016, le règlement national d'urbanisme mentionné aux articles L. 111-1 et [L. 422-6](#) s'appliquent sur le territoire communal dont le plan d'occupation des sols est caduc ([art. L. 174-1 du CU](#)).

Le PLU respecte les principes énoncés aux articles [L. 101-1](#) à [L. 101-3 du CU](#). Il comprend un rapport de présentation, un projet d'aménagement et de développement durables, des orientations d'aménagement et de programmation, un règlement et des annexes ([art. L. 151-2 du CU](#)). Lorsqu'il est élaboré par un établissement public de coopération intercommunale (EPCI) compétent, il peut comporter des plans de secteur qui couvrent chacun l'intégralité du territoire d'une ou plusieurs communes membres de l'établissement public de coopération intercommunale ([art. L. 151-3 du CU](#)).

Le PLU a pour objet de fixer les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols sur le territoire couvert. Ces règles d'utilisation des sols peuvent répondre à des objectifs de développement économique. Le PLU permet la traduction spatiale d'une stratégie économique, pour l'élaboration de laquelle l'intercommunalité devient l'échelle pertinente de coordination et de mise en œuvre. La loi n° [2014-366](#) du 24 mars 2014 précitée organise le transfert du PLU communal vers un PLU intercommunal (PLUi) : les communautés de communes et les communautés d'agglomération deviennent compétentes de droit en matière de PLU dans un délai de trois ans à compter de la publication de cette loi. Depuis le 27 mars 2017, ces EPCI sont compétents pour élaborer le PLUi, sauf si une minorité de blocage d'au moins 25 % des communes représentant 20 % de la population a été mise en œuvre trois mois auparavant.

Les communes doivent placer le développement économique et l'emploi au cœur des débats du PLU/PLUi. Pour cela, elles doivent sensibiliser les entreprises aux enjeux économiques liés à l'élaboration du document d'urbanisme. En effet, le PLU concerne tous les acteurs de la vie économique : la contribution des entreprises est essentielle pour prendre en compte la diversité de l'économie et accompagner ses besoins de mutation. Différents acteurs peuvent être associés à la concertation sur le PLU : les chefs d'entreprises, clubs, réseaux, associations d'entreprises peuvent ainsi faire connaître leurs attentes et leurs besoins.

2.2.2. Sa mise en œuvre dans le dossier du PLU

Les communes peuvent mener une réflexion spécifique sur l'économie et le commerce car les éléments qui forment le dossier du PLU contiennent des volets économiques et commerciaux permettant aux collectivités de définir une vision du développement économique pour le territoire. Parmi ces éléments, le rapport de présentation du PLU comprend le diagnostic établi au regard des prévisions économiques et des besoins en matière de développement économique, de surface et de développement agricole, de développement forestier, d'aménagement de l'espace, d'environnement, d'équilibre social de l'habitat, de commerce, de transports, d'équipements et de services ([art. L. 151-4 du CU](#)). Le PADD arrête quant à lui les orientations générales concernant l'habitat, les transports et les déplacements, le développement des communications numériques, l'équipement commercial, le développement économique et les loisirs ([art. . 151-5 du CU](#)).

Les documents d'urbanisme communaux peuvent être utilisés pour donner du foncier ayant vocation à recevoir des activités économiques. Les zones d'activités économiques sont des outils au service de la stratégie de développement économique. Ce sont les zones urbanisées et les zones à urbaniser qui ont vocation à accueillir de telles activités.

L'enjeu économique des documents d'urbanisme se trouve dans la capacité à anticiper les besoins des entreprises pour être en mesure de leur proposer une offre foncière adaptée en termes de disponibilité (offre foncière immédiate, à moyen et long termes), de localisation (territoire urbain, périurbain et rural), de caractéristiques et d'équipement du terrain (taille des parcelles, proximité de réseaux de communication, y compris immatérielle, fluides...), de prix et de modalités juridiques d'occupation (location, acquisition...).

3. L'urbanisme opérationnel

3.1. L'usage économique de l'urbanisme opérationnel

Dans le cadre de l'urbanisme opérationnel, la personne publique intervient sur un périmètre pour réaliser ou faire réaliser une opération d'aménagement. Les finalités de l'opération d'aménagement sont énoncées à l'article [L. 300-1](#) du CU. L'aménagement peut consister à mettre en œuvre un projet urbain, une politique de l'habitat, organiser le maintien, l'extension ou l'accueil d'activités économiques, favoriser le développement du tourisme et des loisirs...

Toutefois, la réalisation d'une opération d'aménagement nécessite la constitution des réserves foncières en amont de la réalisation du projet. La définition de la politique foncière est la traduction opérationnelle du projet de territoire et des orientations économiques du territoire. Le besoin de foncier économique s'appréhende au moyen d'une confrontation entre la demande, c'est-à-dire les

besoins futurs en foncier économique, et l'offre, constituée par les produits fonciers disponibles à court, moyen et long termes.

L'urbanisme opérationnel est intégré dans l'urbanisme de planification puisque les opérations foncières et les opérations d'aménagement doivent être compatibles avec le DOO des SCOT.

3.2. Les modes d'acquisition foncière

3.2.1. La constitution de réserves foncières

La constitution d'une réserve foncière correspond à l'acquisition progressive de terrains ou de bâtiments, dans l'intérêt général, au moyen ou non de prérogatives de puissance publique (procédure d'expropriation), afin d'anticiper des actions ou opérations d'aménagement telles que définies à l'article [L. 300-1](#) du CU.

Les réserves foncières doivent permettre de réaliser :

- *des opérations d'aménagement*, telles que les zones d'aménagement concerté (ZAC), les opérations de restauration immobilière, les lotissements, les permis de construire groupés, les remembrements et groupements de parcelles par des associations foncières urbaines ;
- *des actions d'aménagement*, comme par exemple une action de développement social des quartiers, une action d'accompagnement de la politique du logement comme les opérations programmées d'amélioration de l'habitat (OPAH) ou les opérations de résorption de l'habitat insalubre.

Les réserves foncières ont également pour objet de geler les terrains « *en vue de permettre la réalisation d'une action ou d'une opération d'aménagement* » (art. [L. 221-1](#) du CU) éloignée dans le temps. L'achat de terrains dont l'affectation n'est pas définitive au moment de l'acquisition permet d'anticiper la maîtrise foncière en amont de l'opération sans risquer de devoir payer le prix de la spéculation foncière ou se heurter à la rétention des sols.

3.2.2. Les établissements publics fonciers

Les établissements publics fonciers de l'État ([art. L. 321-1](#) du CU) et des collectivités territoriales ou des établissements publics de coopération intercommunale (« établissements publics fonciers locaux » de [l'art. L. 324-1](#) du CU) sont des instruments d'action de la politique foncière. Ils peuvent à ce titre contribuer « *au développement des activités économiques* » (articles précités).

Les établissements publics fonciers de l'Etat sont compétents pour réaliser toutes acquisitions foncières et immobilières dans le cadre de projets conduits par les personnes publiques et pour réaliser ou faire réaliser toutes les actions de nature à faciliter l'utilisation et l'aménagement ultérieur, au sens de l'article [L. 300-1](#) du CU, des biens fonciers ou immobiliers acquis. Ils sont compétents pour constituer des réserves foncières ([art. L. 321-1](#) précité).

Les établissements publics fonciers locaux sont compétents pour réaliser, pour leur compte, pour le compte de leurs membres ou de toute personne publique, toute acquisition foncière ou immobilière en vue de la constitution de réserves foncières en application des articles [L. 221-1](#) et [L. 221-2](#) ou de la réalisation d'actions ou d'opérations d'aménagement au sens de l'article [L. 300-1](#) (art. [L.324-1](#) du CU).

3.2.3. Les procédures d'acquisition

Les collectivités disposent de diverses procédures pour acquérir du foncier :

la voie amiable ;

- l'expropriation pour cause d'utilité publique (dont l'expropriation à des fins de constitution de réserve foncière définie à l'article [L. 221-1](#) du CU) ;
- le droit de préemption, lui-même décomposé notamment en :

droit de préemption urbain (art. [L. 221-1](#) et [R. 211-1](#) et suivants du CU) permettant à son titulaire, dans une zone préalablement définie, de se substituer à l'acquéreur éventuel d'un bien immobilier mis en vente, en vue de la réalisation d'une opération d'aménagement ;

droit de préemption dans les zones d'aménagement différé, qui peut être exercé pendant une période de six ans renouvelable à compter de la publication de l'acte qui a créé la zone (définie à l'art. [L. 212-1](#) du CU), et qui est ouvert soit à une collectivité publique ou à un établissement public y ayant vocation, soit au concessionnaire d'une opération d'aménagement (art. [L. 212-2](#) et [R. 212-1](#) et suivants du CU) ;

droit de préemption des fonds de commerce, fonds artisanaux, et baux commerciaux, permettant aux communes d'intervenir directement en faveur du développement et du maintien de certaines activités commerciales et artisanales dans un périmètre, préalablement défini, de sauvegarde du commerce et de l'artisanat de proximité (art. [L. 214-1](#) et suivants et [R. 214-1](#) et suivants du CU).

3.3. Les opérations d'aménagement

La jurisprudence a précisé la définition de l'opération d'aménagement, laquelle suppose une volonté et un effort d'organisation et d'agencement d'une partie du territoire, ce qui la différencie de l'opération de construction seule (CE sect., 28 juillet 1993, *Commune de Chamonix-Mont-Blanc*, n° [124099](#) ; CE, 30 juillet 1997, *Ville d'Angers c. Dubois*, n° [160949](#)).

Les procédures d'aménagement sont :

- la ZAC (art. [L. 311-1](#) et s. et [R. 311-1](#) et s. du CU) : elle permet à une personne publique y ayant vocation, de réaliser ou de faire réaliser l'aménagement et l'équipement de terrains, notamment de ceux que cette collectivité ou cet établissement a acquis ou acquerra en vue de les céder ou de les concéder ultérieurement à des utilisateurs publics ou privés ;
- les *politiques de rénovation urbaine*, plus particulièrement les plans de sauvegarde et de mise en valeur (art. [L. 313-1](#) du CU, tel que modifié par la loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine) et la restauration immobilière (art. [L. 313-4](#) du CU).

L'État, les collectivités locales et leurs établissements publics sont à l'initiative des opérations d'aménagement. Ces personnes publiques peuvent réaliser l'opération elles-mêmes en régie directe ou en régie dotée de l'autonomie financière. Elles peuvent aussi en confier la réalisation à toutes personnes y ayant vocation et agissant pour le compte de la personne publique. Il s'agit des associations foncières urbaines (art. [L. 322-2](#) du CU), des sociétés d'économie mixte locales (art. [L. 1521-1](#) du code général des collectivités territoriales, ci-après CGCT), des sociétés publiques locales d'aménagement et des sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (art. [L. 327-1](#) du CU), des établissements publics d'aménagement créés par décret en Conseil d'État (art. [L. 321-14](#) du CU).

Différents modes de gestion de l'aménagement sont ainsi envisageables :

- **la régie directe** est un mode d'exploitation peu fréquent pour les opérations réalisées sous forme de ZAC compte tenu de la complexité des opérations ;
- **le mandat** est le contrat par lequel la collectivité mandante délègue un certain nombre de missions concourant à la réalisation de l'opération d'aménagement à un tiers, le mandataire, qui agit pour le nom et le compte de la collectivité ; ce mode de gestion est également peu utilisé pour le même motif tenant à la complexité des projets nécessitant des compétences variées dont les collectivités ne disposent pas toujours elles-mêmes ;
- **la concession d'aménagement** est le contrat par lequel la personne publique à l'initiative d'une opération d'aménagement (État, collectivités territoriales et leurs groupements) confie l'étude et la réalisation à un aménageur public et privé ; ce dispositif est fréquemment utilisé, dès lors qu'il a le double avantage de limiter le besoin de financement public et de transférer la responsabilité et une grande partie du risque financier à un aménageur (v. fiche « *Contrats dédiés aux opérations de construction* »).

4. L'aménagement commercial

4.1. L'usage économique de l'aménagement commercial

Le commerce est une composante essentielle de l'aménagement cohérent du territoire. Il doit être appréhendé en fonction des enjeux économiques mais également urbains et sociaux. L'activité commerciale contribue à l'attractivité et au dynamisme d'une ville, à la création d'emplois et de richesses, et a des conséquences sur les flux de transport, les paysages. La personne publique peut orienter le développement commercial en cohérence avec les orientations définies dans le cadre de l'aménagement des territoires. L'objectif est d'éviter les déséquilibres urbains entre le centre-ville et la périphérie, entre le petit commerce et le grand commerce.

Pour équilibrer l'implantation des surfaces commerciales dans l'objectif de protéger le petit commerce tout en permettant aux consommateurs de satisfaire leurs besoins, le législateur a institué un régime d'autorisation spécifique pour les projets de création ou d'extension de commerce de détail dès lors que la surface de vente dépasse un certain seuil.

Par ailleurs, la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises contient plusieurs mesures afin de maintenir les petits commerces de proximité en centre-ville. Une commune faisant partie d'un EPCI peut déléguer tout ou partie du droit de préemption à cet établissement, s'il en est d'accord ; la commune ou l'EPCI délégataire lui-même peut déléguer ce droit à un établissement public y ayant vocation, à une société d'économie mixte, au concessionnaire d'une opération d'aménagement ou au titulaire d'un contrat de revitalisation artisanale et commerciale (art. [L. 214-1-1](#) du CU). La loi étend à trois ans le délai dont dispose la commune pour identifier un repreneur du fonds de commerce en cas de mise en location-gérance (art. [L. 214-2](#) du CU). Elle prévoit également l'expérimentation de contrats de revitalisation artisanale et commerciale pour cinq ans. Ils ont pour objectif de favoriser la diversité, le développement et la modernisation des activités dans des périmètres caractérisés soit par une disparition progressive des activités commerciales, soit par un développement de la mono-activité au détriment des commerces et des services de proximité, soit par

une dégradation de l'offre commerciale, ou de contribuer à la sauvegarde et à la protection du commerce de proximité ([art. 19 de la loi préc.](#)).

Pour soutenir le commerce de proximité, les élus locaux peuvent s'appuyer sur le Fonds d'intervention pour les services, l'artisanat et le commerce (Fisac). Sa mission consiste à financer des opérations destinées à favoriser la création, le maintien, la modernisation ou la transmission des entreprises de proximité destinées à la population locale ([art. L. 750-1-1](#) du code de commerce).

4.2. Le cadre juridique de l'aménagement commercial

4.2.1. Projets soumis à autorisation d'exploitation

L'autorisation d'exploitation commerciale est délivrée par m² de surface de vente. Les projets commerciaux soumis au régime de l'autorisation d'exploitation commerciale sont précisés par l'article [L. 752-1](#) du code de commerce. Sont principalement concernés les projets ayant pour objet la création ou l'extension de magasin de commerce de détail de plus de 1000 m² de surface de vente, les changements de secteurs d'activité d'un magasin de plus de 2000 m² de surface de vente (1000 m² pour un commerce à prédominance alimentaire), les créations ou les extensions d'ensembles commerciaux d'une surface de vente supérieure à 1000 m², ainsi que la réouverture d'un commerce ou d'un ensemble commercial, d'une surface de vente supérieure à 1000 m², et ayant perdu sa « commercialité » (c'est-à-dire qui a fermé ses portes pendant une période supérieure à 3 ans).

4.2.2. Projets nécessitant un permis de construire

L'autorisation d'exploitation commerciale doit être obtenue en même temps que le permis de construire (autorisation unique), ou avant la réalisation du projet si celui-ci n'implique pas l'obtention d'un permis de construire. La procédure diffère selon que le projet nécessite ou non un permis de construire.

Si le projet nécessite un permis de construire, depuis le 15 février 2015, une procédure de « guichet unique », introduite par le décret n° [2015-165](#) du 12 février 2015 relatif à l'aménagement commercial, permet au porteur de projet de déposer un seul dossier, portant à la fois sur la demande de permis de construire et sur la demande d'autorisation d'exploitation commerciale. La demande est déposée auprès de l'autorité compétente en matière de permis de construire, généralement la mairie de la commune d'implantation. Cette autorité saisit pour avis la commission départementale d'aménagement commercial (CDAC) compétente pour se prononcer sur l'autorisation d'exploitation commerciale ([art. R* 423-13-2](#) du CU). Les pièces constitutives du dossier de demande sont listées à l'article [R. 752-6](#) du code de commerce et au code de l'urbanisme qui, outre les pièces exigibles pour tout projet de construction soumis à permis de construire, requiert les pièces énumérées à l'article précédent ([art. R* 431-33-1](#) du CU). Pour les projets ne nécessitant pas de permis de construire, l'article [R. 752-7](#) énumère les pièces demandées.

Si la CDAC émet un avis défavorable au projet, le maire ne peut délivrer le permis de construire demandé. Si la commission départementale émet un avis favorable, le maire peut délivrer un permis de construire qui vaudra, outre l'autorisation de construire, autorisation d'exploitation commerciale.

Si le projet ne nécessite pas de permis de construire, le porteur de projet doit saisir directement la CDAC compétente de sa demande d'autorisation d'exploitation commerciale. La commission rend alors une décision : autorisation ou refus du projet.

4.2.3. *Décision de la commission*

Dans les deux cas, la CDAC dispose d'un délai de deux mois, à compter de sa saisine, pour se prononcer sur le projet. Si elle ne se prononce pas explicitement, sa décision est réputée favorable (art. [L. 752-14](#) du code de commerce). L'avis ou la décision est notifié dans les dix jours au pétitionnaire et au maire de la commune d'implantation. Si la décision ou l'avis est favorable, un extrait est publié dans deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans le département. Cette décision est susceptible de recours. Celui-ci doit être exercé, préalablement à tout recours contentieux, devant la Commission nationale d'aménagement commercial (CNAC), dans un délai d'un mois suivant la notification ou la publication de l'avis ou de la décision (art. [L. 752-17](#) du code de commerce). Il s'agit d'un recours administratif préalable obligatoire, sous peine d'irrecevabilité du recours contentieux pouvant être ultérieurement introduit (CE sect., 28 juin 2013, *SAS Coutis*, n° [355812](#)).

4.3. Les critères de l'autorisation d'implantation commerciale

La Commission européenne avait adressé aux autorités françaises, en décembre 2006, un avis motivé en raison de certaines dispositions de la législation relative à l'équipement commercial (art. 28 et suivants de la loi n° [73-1193](#) du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, modifiée par la loi n° [96-603](#) du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat) considérées comme incompatibles avec l'article 49 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après) sur la liberté d'établissement. L'avis visait le caractère disproportionné de la procédure française quant à la nature des critères servant de fondement aux décisions des anciennes commissions d'équipement.

Il ressort en effet du droit de l'Union, et notamment de l'article 14 paragraphe 5 de la directive [2006/123/CE](#) relative aux services dans le marché intérieur, que les États membres doivent abolir les exigences qui pourraient exister dans leur législation qui prévoient l'application au cas par cas de tests économiques. En particulier, les États membres doivent veiller à ne pas subordonner l'octroi de certaines autorisations à la preuve de l'existence d'un besoin économique ou d'une demande de marché, à une évaluation des effets économiques potentiels ou actuels de l'activité. En outre, il est de jurisprudence constante que des motifs de nature économique ne peuvent pas constituer une justification à une restriction à la liberté d'établissement.

Depuis lors, la France a adopté la loi n° [2008-776](#) du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a supprimé les critères permettant une appréciation économique des projets commerciaux. Les projets sont désormais appréciés au regard des critères que sont l'aménagement du territoire, le développement durable et la protection du consommateur (art. [L. 752-6](#) du code de commerce, notamment modifié par la loi du 18 juin 2014 préc., qui détaille de manière plus précise les composantes de ces critères).

La jurisprudence a précisé le cadre d'examen des demandes d'autorisation d'aménagement commercial après l'intervention de la loi du 4 août 2008. Le Conseil d'État a ainsi jugé qu'« *il appartient aux commissions d'aménagement commercial, lorsqu'elles statuent sur les dossiers de demande d'autorisation, d'apprécier la conformité du projet à ces objectifs, au vu des critères d'évaluation mentionnés à l'article L. 752-6 du code de commerce et précisés à l'article R. 752-7 du même code* » (CE, 30 mai 2011, *S. A. S. Vinli*, n° [336134](#) ; v. également CE, 4 octobre 2010, *Syndicat commercial et artisanal de l'agglomération sénonaise et autres et Société Sens distribution*, n°s [333413](#) et [333492](#), précisant que

depuis l'entrée en vigueur de la loi du 4 août 2008, la densité d'équipement commercial de la zone de chalandise concernée ne figure plus au nombre de ces critères).

4.4. L'intégration du commerce dans les documents de planification urbaine

4.4.1. Le lien entre le commerce et les documents de planification

Les documents de planification intègrent les enjeux et les préoccupations liés au commerce, notamment à travers les objectifs poursuivis par le SCOT et le PLU figurant aux [articles L. 101-1 à L. 101-3 du CU](#) [cf. *supra*]. Les documents de planification doivent notamment assurer « *la diversité des fonctions urbaines et rurales et la mixité sociale dans l'habitat, en prévoyant des capacités de construction et de réhabilitation suffisantes pour la satisfaction (...) d'activités économiques (...) ainsi que d'équipements publics et d'équipement commercial (...)* ».

L'autorisation d'exploitation commerciale doit être compatible avec les documents de planification, notamment avec le DOO des SCOT ([art. L. 142-1 du CU](#)) ou, le cas échéant en l'absence de SCOT, avec les orientations d'aménagement et de programmation des PLUi comportant les dispositions relatives à l'équipement commercial et artisanal mentionnées aux articles L. 141-16 et L. 141-17 du CU ([art. L. 151-6](#)).

4.4.2. L'inscription du commerce dans le SCOT

En matière de commerce, le caractère stratégique du SCOT est affirmé puisqu'il est le seul document à pouvoir placer en son sein le commerce dans une définition transversale des politiques publiques.

Les articles [L. 141-5](#), [L. 141-16](#) et [L. 141-17](#) du CU précisent que l'activité économique et artisanale est intégré dans le SCOT, en particulier à travers le DOO, lequel a principalement pour objet de définir la politique d'urbanisme et de l'aménagement et de déterminer les objectifs et principes qui s'imposent aux PLU et que devront respecter les permis de construire.

Le DOO détermine également les conditions d'un développement équilibré et arrête des objectifs chiffrés en matière de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain, qui peuvent être ventilés par secteur géographique ([art. L. 141-6](#)). Parmi les autres objectifs ([art. L. 141-16](#) et [L. 141-17 préc.](#)), le DOO précise notamment les orientations relatives à l'équipement commercial, définit les localisations préférentielles des commerces en tenant compte de l'objectif de revitalisation des centres-villes, du maintien d'une offre commerciale diversifiée, afin de répondre aux exigences d'aménagement du territoire, de cohérence entre équipements commerciaux, de desserte en transports, notamment collectifs, et de maîtrise des flux de marchandises, de consommation économe de l'espace. Le DOO peut comprendre un document d'aménagement artisanal et commercial déterminant les conditions d'implantation des équipements commerciaux qui, du fait de leur importance, sont susceptibles d'avoir un impact significatif sur l'aménagement du territoire et le développement durable ([art. L. 141-17 préc.](#)).

4.4.3. L'inscription du commerce dans le PLU

Le rapprochement entre l'aménagement commercial et l'urbanisme général est conforté par l'inscription du commerce dans le PLU. Parmi les différents éléments qui composent le PLU, le rapport de présentation doit s'appuyer sur un diagnostic au regard des prévisions économiques et démographiques et des besoins en matière de développement économique, de commerce, d'équipements et de services ([art. L. 151-4 du CU](#)).

Le PADD doit en outre définir les orientations générales en matière d'équipement commercial, de développement économique et de loisirs ([art. L. 151-5 du CU](#)).

Le règlement délimite en particulier les zones urbaines ou à urbaniser. Il peut préciser l'affectation des sols selon les usages principaux qui peuvent en être faits ou la nature des activités qui peuvent y être exercées et également prévoir l'interdiction de construire. Il peut définir, en fonction des situations locales, les règles concernant la destination et la nature des constructions autorisées ([art. L. 151-9 du CU](#)).

Son contenu a été redéfini par le décret n°2015-1783 du 28 décembre 2015 relatif à la partie réglementaire du livre Ier du code de l'urbanisme et à la modernisation du contenu du PLU. Désormais, il contient exclusivement les règles générales et les servitudes d'utilisation des sols destinées à la mise en œuvre du PADD ([art. R. 151-9 du CU](#)). Le règlement peut soumettre à conditions particulières les types d'activités qu'il définit et les constructions ayant certaines destinations ou sous-destinations ([art. R. 151-33 du CU](#)). En ce qui concerne la liste des destinations et des « sous-destinations » des constructions que les règles édictées par les PLU peuvent prendre en compte, elle est désormais fixée par les articles [R. 151-27 à R. 151-29 du CU](#). Les neuf destinations qui figuraient à l'article R. 123-9 du même code sont remplacées par cinq destinations (exploitation agricole et forestière, habitation, commerce et activités de service, équipements d'intérêt collectif et services publics, autres activités des secteurs secondaire ou tertiaire), elles-mêmes subdivisées en sous-destinations, dont par exemple, pour la destination « commerce et activités de service » : artisanat et commerce de détail, restauration, commerce de gros, activités de services où s'effectue l'accueil d'une clientèle, hébergement hôtelier et touristique, cinéma. Enfin, en vue d'assurer la mise en œuvre des objectifs de mixité fonctionnelle et sociale, le règlement peut notamment identifier et délimiter les quartiers, îlots et voies dans lesquels doit être préservée ou développée la diversité commerciale, notamment à travers les commerces de détail et de proximité, et définir, le cas échéant, les règles spécifiques permettant d'atteindre cet objectif ([art. L. 151-16 du CU](#) et [art. R. 151-37 du CU](#)).

(Version de décembre 2018)

1. Notion de prise de position publique

Une prise de position publique est une manifestation d’opinion ou de volonté qui, sans s’imposer à ses destinataires, est exprimée dans le but d’obtenir un effet précis dans un sens déterminé.

La prise de position publique se distingue de la communication publique, qui a une portée générale et promotionnelle et n’exprime pas une analyse ou une position précise dans une affaire donnée. Elle se distingue également des circulaires et instructions qu’une personne publique est susceptible d’adresser aux agents de ses services, qui s’imposent à ces derniers en vertu du principe hiérarchique.

La prise de position publique ne constitue pas, en principe, une décision administrative, même non formalisée. La prise de position tend en effet à orienter les comportements et non à s’imposer en droit à ses destinataires.

Elle peut être rapprochée à certains égards du « droit souple » tel qu’il a été défini par le Conseil d’État ([étude annuelle de 2013](#)), mais elle s’en écarte dans la mesure où les outils de droit souple présentent, par leur contenu et leur mode d’élaboration, un degré de formalisation et de structuration qui les apparente aux règles de droit.

2. Usage économique de la prise de position publique

La prise de position publique est un procédé commode et rapide à mettre en œuvre : elle peut remplacer le recours à une norme contraignante, plus complexe à élaborer, notamment au plan procédural, ou des outils mobilisant des ressources financières importantes.

Les prises de position publiques peuvent prendre la forme de déclarations d’intention, de recommandations informelles, de soutiens ou à l’inverse, d’oppositions à certains acteurs ou projets.

Les acteurs économiques ayant tendance à anticiper sur les décisions prises, le seul fait d’exprimer une analyse ou une orientation peut suffire à produire un effet significatif sur ces derniers, le cas échéant un effet dissuasif.

3. Les restrictions de fond aux prises de position publiques

3.1. Obligations d'abstention générales applicables à toutes personnes

Les prises de position publiques sont soumises au droit de la presse, en particulier à la [loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse](#). Elles sont donc susceptibles de donner lieu, notamment, à condamnation pour diffamation publique, laquelle est définie comme l'allégation ou l'imputation d'un fait non avéré portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un corps (art. 29, alinéa 1er, de la loi de 1881).

L'infraction suppose, pour être constituée, la réunion d'un élément matériel et d'un élément intentionnel.

L'élément matériel consiste en l'allégation ou l'imputation d'un fait précis et déterminé, de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne. La simple allégation d'un fait, si désagréable qu'elle puisse paraître à celui qu'elle concerne, ne revêt un caractère diffamatoire « qu'autant que le fait comporte le déshonneur ou le discrédit de cette personne et est de nature à la dégrader moralement dans l'opinion publique, ou à la diminuer dans l'estime qu'elle s'est acquise auprès de son entourage ou de ceux qui appartiennent à son état ou à sa profession » (Trib. corr. de la Seine, 20 décembre 1962).

L'allégation ou l'imputation diffamatoire doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire (Cass. crim. 6 janv. 2015, [n° 13-86330](#)). Cette précision permet de distinguer la diffamation de l'injure, qui ne comporte l'imputation d'aucun fait (v. art. 29, alinéa 2 de la loi de 1881). L'auteur de l'allégation ou de l'imputation, s'il apporte la preuve de la vérité de ses propos, s'exonère de sa responsabilité pénale (« exception de vérité »). La démonstration de cette preuve est toutefois soumise à des conditions de délai et de procédure très contraignantes – notamment, elle doit être apportée dans les 10 jours suivant la notification de la citation à comparaître (v. [art. 55](#) de la loi de 1881).

L'élément intentionnel implique que l'auteur des allégations ou imputations diffamatoires a eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée. L'existence de cet élément intentionnel est présumée dans le cadre de la mise en œuvre de la loi du 29 juillet 1881 : selon une jurisprudence constante, les imputations diffamatoires sont réputées, de droit, faites avec l'intention de nuire, cette présomption ne pouvant disparaître qu'en présence de justifications suffisantes pour faire admettre la bonne foi (Cass. crim. 20 février 1990, [n° 89-80487](#)).

Il faut relever que les personnes morales ne peuvent être condamnées dans ce cadre (Cass. crim. 10 septembre 2013, [n° 12-83.672](#)), de sorte que les personnes publiques doivent être regardées, en tant que telles, comme placées hors du champ d'application des crimes et délits réprimés par la loi du 29 juillet 1881 – ce qui n'exclut pas une condamnation de leurs représentants légaux.

Les supports de la diffamation sont largement entendus (les articles 30 à 33 de la loi de 1881 les définissent par renvoi aux dispositions de son art. 23 : écrit, parole, image et, depuis l'entrée en vigueur de la loi [n° 2004-575](#) du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, tout moyen de communication au public par voie électronique). Ces dispositions sont susceptibles de sanctionner l'atteinte à l'image d'une entreprise qui découlerait de propos diffamatoires visant personnellement les dirigeants ou responsables sociaux, ou l'entreprise elle-même, à l'exclusion de toute critique des produits ou services de l'entreprise (Cass. 2e civ. 5 juillet 2000, [n° 98-14.255](#)).

L'action en dénigrement, fondée sur les dispositions de droit commun de l'article [1240](#) du code civil (anciennement article 1382), est quant à elle applicable aux publications de critiques négatives, propos ou commentaires concernant des produits et services, et permet de faire sanctionner et indemniser les atteintes à la réputation d'une société, plus largement que ne le permet l'action en diffamation. Un dénigrement fautif est ainsi défini comme « *un comportement déloyal consistant à répandre des appréciations touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise lorsqu'elles portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne physique ou morale qui l'exploite* » (v. CA de Paris, Pôle 1 - Chambre 2, 21 novembre 2013, société Aigle Azur, n° RG : 12/23396).

Toute entreprise dispose ainsi de possibilités de riposte en cas d'atteinte injustifiée à son image :

- une action pénale sur le fondement de l'article [32](#), alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 prohibant les diffamations envers les particuliers sanctionnées par une amende de 12 000 euros ;
- une action civile de droit commun pour obtenir réparation du préjudice subi du fait de la diffamation ou du dénigrement ;
- un droit de réponse – moyen d'action extrajudiciaire – en vertu soit de l'article [13](#) de la loi du 29 juillet 1881 si la prise de position a été diffusée par le biais d'une publication périodique soit du IV de l'article [6](#) de la loi du 21 juin 2004 si elle a été diffusée en ligne (sans préjudice, dans ce dernier cas, de la mise en cause éditoriale des éditeurs et des hébergeurs de site prévue également à l'article 6 précité).

3.2. Obligations d'abstention générales applicables aux personnes et agents publics

Une prise de position publique informelle ne fait pas l'objet d'une définition légale et ne repose pas sur un régime juridique particulier. Elle peut néanmoins être proscrite par les textes ou certains principes, comme la nécessité pour les fonctionnaires et agents publics de se conformer au devoir de réserve, de discrétion et de secret professionnel : « *Les fonctionnaires sont tenus au secret professionnel dans le cadre des règles instituées dans le code pénal. / Les fonctionnaires doivent faire preuve de discrétion professionnelle pour tous les faits, informations ou documents dont ils ont connaissance dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions. (...)* » (art. [26](#) de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires).

Des textes particuliers proscrivent des prises de position publiques individuelles, notamment des membres des collèges des autorités de régulation. Ainsi l'article [9](#) de la loi [n° 2017-55](#) du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes prévoit que les membres de ces autorités ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent. Ces mêmes dispositions soumettent les membres et anciens membres de ces autorités à l'obligation de respecter le secret de leurs délibérations. Elles les assujettissent également à des obligations de secret professionnel et de discrétion professionnelle.

3.3. Obligations d'abstention découlant du droit des marchés financiers

Lorsque les déclarations publiques se rapportent à des entreprises dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé ainsi que dans certaines autres hypothèses prévues par le droit des marchés financiers, ces déclarations sont susceptibles de constituer des **manquements boursiers**, par exemple des opérations d'initiés ou des manipulations de marché respectivement définies aux articles 8 et 12 du règlement (UE) [n° 596/2014](#) du 16 avril 2014 sur les abus de marché (ci-après

règlement MAR). La réglementation boursière s'applique aux personnes publiques et à leurs agents, à l'exception des actions entreprises dans le cadre de la politique monétaire, de change ou de gestion de la dette publique, lesquelles sont hors du champ d'application du règlement MAR (règlement MAR, art. 6.1).

La responsabilité pénale des acteurs publics dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions sur le fondement de **délits boursiers** (délit d'initié, délit de recommandation d'utilisation d'informations privilégiées, délit de divulgation illicite d'une information privilégiée, délit de manipulation de cours, délit de diffusion de fausses informations et délit de manipulation d'indice – voir art. [L. 465-1 et suivants](#) du code monétaire et financier) est également susceptible d'être engagée (étant précisé que manquements boursiers et délits boursiers ne peuvent plus, désormais, être sanctionnés cumulativement – voir [art. L. 465-3-6](#) du code monétaire et financier). Seul l'État, en tant que personne morale, bénéficie d'une irresponsabilité pénale générale (art. [121-2](#) du code pénal).

Le principal risque, s'agissant de déclarations publiques, se situe en matière de diffusion de fausses informations.

Aux termes de l'article 12.1 c) du règlement MAR, constitue une manipulation de marché le fait de « *diffuser des informations, que ce soit par l'intermédiaire des médias, dont l'internet, ou par tout autre moyen, qui donnent ou sont susceptibles de donner des indications fausses ou trompeuses en ce qui concerne l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier, d'un contrat au comptant sur matières premières qui lui est lié ou d'un produit mis aux enchères sur la base des quotas d'émission, ou fixent ou sont susceptibles de fixer à un niveau anormal ou artificiel le cours d'un ou de plusieurs instruments financiers, d'un contrat au comptant sur matières premières qui leur est lié ou d'un produit mis aux enchères sur la base des quotas d'émission, y compris le fait de répandre des rumeurs, alors que la personne ayant procédé à une telle diffusion savait ou aurait dû savoir que ces informations étaient fausses ou trompeuses.* »

Il convient également de considérer les dispositions du I de l'article [L. 465-3-2](#) du code monétaire et financier, selon lesquelles « *Est puni des peines prévues au A du I de l'article L. 465-1 le fait, par toute personne, de diffuser, par tout moyen, des informations qui donnent des indications fausses ou trompeuses sur la situation ou les perspectives d'un émetteur ou sur l'offre, la demande ou le cours d'un instrument financier ou qui fixent ou sont susceptibles de fixer le cours d'un instrument financier à un niveau anormal ou artificiel* ».

3.4. Obligation d'abstention découlant du droit des aides d'État

Lorsqu'elles favorisent un opérateur, les prises de position publiques sont susceptibles d'être qualifiées d'aides d'État au sens de l'article [107](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après). En effet, la Cour de justice (CJUE ci-après) a estimé, dans un cas demeuré isolé, mais significatif, que des déclarations gouvernementales pouvaient participer à l'identification d'une aide d'État. Il s'agissait d'annonces du ministre de l'économie, par communiqué de presse, en juillet et décembre 2002, relatives au soutien financier que l'État français se proposait d'apporter à la société France Télécom, que la Commission européenne avait regardées comme des éléments d'une aide d'État.

La CJUE s'est prononcée sur la question de savoir si les déclarations publiques faites par les autorités publiques d'une part, et l'annonce de l'offre d'avance d'actionnaire proposée par l'État, d'autre part, constituaient une aide d'État au sens de l'article [107](#) du TFUE. La Cour de justice a fait prévaloir, dans son raisonnement, une approche globale de la notion d'avantage économique impliquant l'engagement

de ressources d'État (CJUE, grande chambre, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission e. a.*, 19 mars 2013, aff. jointes [C-399/10 P](#) et [C-401/10 P](#), pts 103-139). Selon la Cour de justice, le Tribunal (dans sa décision TUE, *Bouygues et Bouygues Télécom c. Commission e. a.*, 21 mai 2010, [T-425/04](#), [T-444/04](#), [T-450/04](#) et [T-456/04](#)) avait commis une erreur de droit en recherchant un lien étroit entre les avantages issus des déclarations et de l'offre d'avance, et une diminution du budget étatique correspondant à chacun de ces avantages.

Elle a ainsi considéré qu'il n'y avait pas lieu d'exclure que « *plusieurs interventions consécutives de l'État doivent, aux fins de l'application de l'article 107, paragraphe 1, TFUE, être regardées comme une seule intervention* » (point 103). Elle a précisé ensuite qu'une « *intervention étatique susceptible, à la fois, de placer les entreprises auxquelles elle s'applique dans une situation plus favorable que d'autres et de créer un risque suffisamment concret de la réalisation, à l'avenir, d'une charge supplémentaire pour l'État, peut grever les ressources de l'État* » (point 106).

La Cour de justice en a déduit qu'il était manifeste que les annonces publiques de l'État devaient être associées à l'offre d'avance d'actionnaire, et que c'était à bon droit que la Commission avait considéré que cette avance constituait un avantage au sens de l'article 107, paragraphe 1, en ce qu'elle a permis à France Télécom « *d'augmenter ses moyens de financement et de rassurer les marchés quant à sa capacité de faire face à ses échéances* » (considérant 194 de la décision de la Commission). Enfin, elle a confirmé que l'ouverture d'une ligne de crédit de 9 milliards d'euros au titre de l'offre d'avance d'actionnaire, qui aurait pu être signée à tout moment, constituait un avantage octroyé au moyen de ressources d'État.

Le Tribunal, statuant à nouveau dans cette affaire, a quant à lui annulé la décision de la Commission européenne, en considérant que le critère de l'investisseur avisé n'avait pas été correctement appliqué. En l'espèce, le critère de l'investisseur avisé permet de déterminer si un investisseur privé, placé dans la même situation que l'État français, aurait fait des déclarations de soutien en faveur de France Télécom et lui aurait octroyé une avance d'actionnaire. A ce titre, le Tribunal relève que la Commission européenne a essentiellement appliqué le critère de l'investisseur avisé aux déclarations publiques faites en juillet 2002 (point 207), alors qu'elle aurait dû l'appliquer à l'annonce de l'offre d'avance d'actionnaire et à sa concrétisation, intervenues en décembre 2002, prises ensemble. L'application du critère de l'investisseur privé avisé était d'autant plus erronée que la Commission européenne ne disposait pas d'éléments suffisants pour déterminer si les déclarations faites en juillet 2002 étaient, en elles-mêmes, susceptibles d'engager des ressources d'État et, par conséquent, de constituer une aide d'État (point 212) (TUE, 2 juillet 2015, *République française c. Commission européenne*, aff. jointes [T-425/04 RENV](#) et [T-444/04 RENV](#)).

Saisie d'un nouveau pourvoi en cassation, la CJUE l'a rejeté, en confirmant qu'il y a lieu de se placer, pour appliquer le critère de l'investisseur privé avisé, au moment où est prise la décision d'investissement susceptible d'engager des ressources d'État, et en relevant que le Tribunal avait souverainement constaté que cette décision n'avait été prise en l'espèce qu'en décembre 2002 (CJUE, 30 novembre 2016, *Commission européenne c. République française*, [aff. C-486/15 P](#), points 138-145).

4. La contestation de la légalité de la prise de position publique

En principe, seules les véritables décisions de l'administration, c'est-à-dire ses actes qui modifient l'ordonnement juridique en créant par eux-mêmes des droits ou des obligations, peuvent faire l'objet d'un recours devant le juge administratif afin qu'il en prononce l'annulation. Une simple prise de position publique est normalement dénuée de tout effet contraignant et ne constitue donc pas une décision administrative susceptible de recours – ce n'est que par exception que le juge admettra la recevabilité d'un recours pour excès de pouvoir dirigé contre une prise de position (4.1.). De ce cas général doit être nettement distingué celui dans lequel l'auteur de la prise de position est une autorité administrative chargée d'une mission de régulation – une jurisprudence récente du Conseil d'Etat admet en effet plus largement, dans ce cas, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir (4.2.).

4.1. Cas général

Une prise de position publique, en règle générale, ne constitue ni ne révèle une véritable décision, susceptible de recours : elle ne pourra donc pas être contestée devant le juge administratif, sauf exceptions témoignant de la prise en compte, par le juge, de l'importance de ses effets concrets (4.1.1.). Dans des cas particuliers, une prise de position publique peut recéler ou révéler une véritable décision, dont le juge, à défaut d'autres actes plus formalisés, acceptera de se saisir en admettant le recours contre la prise de position (4.1.2.).

4.1.1. Prises de position ne constituant pas des actes décisives

Les simples mesures d'information indicatives et autres prises de position ne modifient pas l'ordonnement juridique et ne sont donc en principe pas susceptibles de recours pour excès de pouvoir.

Ainsi, la prise de position publique prenant la forme d'une déclaration d'intention s'apparente à une simple mesure d'information : elle avertit d'un comportement futur, mais ne comporte encore aucune décision. Elle ne fait donc pas, par elle-même, grief et est insusceptible de faire l'objet d'un recours contentieux (CE, 9 décembre 1988, *Ville d'Amiens et Chambres de commerce et d'industrie d'Amiens et de Rouen*, n°s [97746](#) et [97747](#) : le communiqué par lequel le Premier ministre a rendu public le tracé retenu pour une ligne de TGV est une simple déclaration d'intention du gouvernement ; CE, 24 septembre 2003, *Syndicat national unifié des impôts*, n°s [248154](#) et [248441](#) : annonce par un ministre des diverses possibilités envisagées dans le cadre d'une réforme ; CE, 5 octobre 2015, *Comité d'entreprise du siège de l'Ifremer et autres*, n°s [387899](#) et [388524](#) : annonces du transfert du siège de l'Ifremer à Brest, dépourvues par elles-mêmes de tout effet juridique direct). Il en est de même d'une délibération d'une commission économique interministérielle, qui ne comporte qu'une déclaration d'intention (CE, 22 avril 1970, *Société Établissements Louis Rémusat*, n° [70960](#)).

Néanmoins, le juge administratif admet, dans certaines hypothèses et à l'issue d'une appréciation *in concreto*, la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre des prises de position ou mesures d'information dépourvues d'effet décisive si elles risquent d'influencer une procédure en cours (par ex., CE sect., 5 novembre 1993, *S.A. Le Courrier de l'Ouest*, n° [132305](#) : position prise par l'administration fiscale sur l'applicabilité d'une déduction supplémentaire pour frais professionnels), ou de faire perdre à l'intéressé le bénéfice d'un avantage qui n'est pas conféré par une décision administrative susceptible

d'être déférée au juge de l'excès de pouvoir (CE, 17 décembre 1986, *Lazarevitch*, n° 50903). Certaines mesures d'information ou prises de position font également grief lorsqu'elles sont susceptibles d'avoir des effets importants sur la situation de tiers (CE sect., 21 octobre 1988, *Église de scientologie de Paris*, n° 68638 69439 ; CE, 7 août 2008, *Fédération chrétienne des témoins de Jéhovah de France*, n° 310220).

Le Conseil d'État a également admis la recevabilité du recours pour excès de pouvoir contre les rescrits fiscaux lorsque la prise de position de l'administration, à supposer que le contribuable s'y conforme, entraînerait des effets notables autres que fiscaux (CE sect., 2 décembre 2016, *Ministre de l'économie et des finances c/ société Export Press*, n° 387613).

Dans le même ordre d'idée, sont jugées dépourvues d'effet décisive les réponses ministérielles, écrites ou orales, aux questions posées par des parlementaires (CE, sect., 12 juin 1936, *Hitzel*, au rec. p. 641) ; mais par exception, le recours pour excès de pouvoir est ouvert à l'encontre de celles qui comportent une interprétation de la loi fiscale, dès lors qu'elles sont opposables à l'administration fiscale sur le fondement de l'article L. 80 A du livre des procédures fiscales (CE sect., 16 décembre 2005, *Société Friadent France*, n° 272618).

Les vœux et recommandations ne sont pas non plus susceptibles de recours (CE, 27 septembre 1989, *SA Chopin, S.A.R.L. Editions de Mirandol et Société Presse Mailing*, n°s 74548, 74549 et 74550, pour une recommandation de la CNIL), sauf si la recommandation interprète l'état du droit en des termes impératifs (CE, 26 septembre 2005, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n° 270234) ou si la méconnaissance de la recommandation, même rédigée en des termes non impératifs, pourrait, indirectement, donner lieu à sanction (CE, 27 avril 2011, *Association pour une formation médicale indépendante (Formindep)*, n° 334396).

4.1.2. Cas des prises de position qualifiées d'actes décisives

Lorsque la déclaration recèle ou révèle une décision administrative, cette dernière fait normalement grief et donc, est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir.

Une telle décision peut être exprimée par un simple communiqué de presse (CE, 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, n°s 105440, 106591, 110194 et 121353 : le ministre de la santé a reconnu à des organisations syndicales de médecins la qualité d'organisations syndicales représentatives ; CE Ass., 3 mars 1993, *Comité central d'entreprise de la SEITA*, n° 132993 : le Premier ministre annonce la délocalisation de divers organismes).

Elle peut également être révélée par diverses actions de communication (CE, 6 octobre 2000, *Association Promouvoir*, n°s 216901, 217800, 217801 et 218213 : décision relative à la distribution dans les collèges et lycées d'une pilule contraceptive, annoncée lors d'une conférence de presse, puis révélée par le lancement d'une campagne d'information ; CE, 15 mars 2017, *Association « Bail à part »*, n° 391654 : décision relative au champ d'une expérimentation prévue par la loi, révélée par des déclarations publiques du Premier ministre).

4.2. Cas des prises de position émanant d'autorités administratives chargées d'une mission de régulation

Eu égard à la place croissante des actes de « droit souple » dans l'exercice des missions de régulation dont sont chargées certaines autorités administratives, le Conseil d'Etat a, récemment, décidé d'ouvrir plus largement le recours pour excès de pouvoir contre ces actes (CE Ass., 21 mars 2016, *Société Fairvesta International GmbH*, n° 368082 ; CE Ass., 21 mars 2016, *Société Numericable*, n° 390023). Il a

jugé que les avis, recommandations, mises en garde et prises de position adoptés par les autorités de régulation dans l'exercice des missions dont elles sont investies peuvent être déférés au juge de l'excès de pouvoir, non seulement lorsqu'ils revêtent le caractère de dispositions générales et impératives ou lorsqu'ils énoncent des prescriptions individuelles dont ces autorités pourraient ultérieurement censurer la méconnaissance, mais aussi lorsqu'ils sont de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles ils s'adressent.

De tels actes peuvent également faire l'objet de demandes d'abrogation, dont le rejet peut être contesté devant le juge de l'excès de pouvoir (CE, sect., 13 juillet 2016, *Société GDF-Suez*, n° [388150](#)).

5. Réparation des dommages causés par les prises de position publiques

De façon générale (et en dehors de l'action civile en dommages-et-intérêts mentionnée *supra*, au point **3.1.**), s'il peut être reproché un comportement fautif (promesse non tenue, renseignements erronés, décision entachée d'illégalité...) à l'autorité qui a exprimé la position publique et que cette faute a été à l'origine d'un dommage, la personne qui a subi le dommage peut demander réparation de son préjudice devant le juge administratif.

Une prise de position publique peut en particulier recéler une promesse, qui ultérieurement n'est pas tenue par la personne publique. La promesse est la manifestation d'une volonté de s'engager à prendre un acte, à conclure un contrat ou à faire bénéficier quelqu'un d'un avantage ou d'une situation quelconque. Le comportement de l'administration ou certains de ses agissements peuvent être analysés par le juge comme un manquement à une promesse, dès lors que la conviction que leur destinataire a pu légitimement acquérir s'est révélée infondée.

Le domaine de l'intervention économique de l'État est particulièrement illustratif de promesses génératrices de fautes de nature à engager la responsabilité de l'administration. Sont ainsi assimilés à des promesses des encouragements précis donnés à une entreprise pour atteindre un objectif économique. Ne sont pas, en revanche, constitutifs d'engagements non tenus de simples intentions ou encouragements imprécis (CE, 15 juillet 1957, *Société de décorticage*, au rec. p. 485 ; CE, sect., 16 novembre 1960, *Société d'exploitation des chantiers d'Ajaccio*, au rec. p. 621 ; CE, 23 mai 1986, *Etablissement public régional de Bretagne*, n° [45640](#)).

A fortiori, si de véritables engagements pris par l'administration à l'égard d'entreprises, dont elle cherche à orienter l'activité, ne sont finalement pas respectés, ces manquements constituent des fautes engageant sa responsabilité (CE, 25 juin 1954, *Otto*, au rec. p. 380). À l'inverse, divers encouragements et une promesse de primes relatifs à un projet d'implantation, non accompagnés d'un engagement relatif à l'approbation de la vente des terrains nécessaires à sa réalisation, ne sauraient être regardés comme des promesses non tenues d'approuver cette vente (CE, 13 mars 1985, *Sté Barlocher-France-Production SARL*, n° [16173](#)).

De simples incitations économiques sans garantie financière n'en sont pas davantage, car l'administration conserve un pouvoir discrétionnaire en la matière (CE, 18 mai 1956, *Sté Léon Claeys*, aux tables du rec. p. 752). Il en est de même pour une simple proposition sur la possibilité de prévoir une réalisation s'insérant dans un projet de reconstruction d'un centre ville, dès lors qu'elle ne comporte aucun engagement précis (CE, 16 octobre 1992, *SA Garage de Garches*, [n° 95152](#)).

Enfin, si l'administration ne commet pas de faute en s'abstenant d'exécuter un engagement qui était illégal, elle en commet toutefois une en prenant cet engagement (v. par ex. CE sect., 24 avril 1964, *Sté des Huileries de Chauny*, au rec. p. 245, s'agissant de la garantie donnée à des industriels contre une éventuelle baisse des prix en vue de les inciter à acheter un produit au-delà de leurs besoins normaux).

(Version de décembre 2018)

1. Notion de communication publique

On entend par communication publique la communication institutionnelle de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements publics ainsi que des entreprises publiques et autres groupements auxquels participent des personnes publiques, qui a pour objet de contribuer à la compréhension de leur action par le public.

La communication publique se distingue :

- de la *communication politique*, faite pour promouvoir des personnalités ou partis politiques notamment à des fins électorales ;
- des *prises de position publiques* des personnes publiques, qui n'ont pas de portée générale et promotionnelle mais se rapportent à une affaire donnée ou un sujet précis (v. fiche « *prises de position publiques* ») ;
- des *activités d'accompagnement*, qui s'adressent à des personnes déterminées ou, lorsqu'elles présentent un caractère collectif, ne se limitent pas à des activités promotionnelles (v. fiche « *accompagnement en matière économique* »).

Il n'existe pas de définition précise de ce que recouvre la communication publique. Elle inclut généralement (v. not., rapp. Cour des comptes, [Les dépenses de communication des ministères](#), 2011) :

- les sondages et études d'opinion ;
- les campagnes de communication (conception, réalisation, achat d'espaces publicitaires...);
- le conseil stratégique et la formation à la communication (dont la préparation à la prise de parole).

Les sondages et études d'opinion, de même que le conseil stratégique et la formation, se situent en amont ou en aval des messages que cherchent à transmettre au public les campagnes de communication. Dans une approche limitée aux outils d'action économique des personnes publiques, seules les campagnes de communication sont à examiner.

2. L'usage économique de la communication publique

2.1. Au niveau national

La communication nationale peut avoir un rôle quasi macro-économique, en contribuant à un climat de confiance et d'optimisme, essentiel à la croissance économique. Mais elle poursuit le plus souvent des objectifs plus ciblés, de promotion d'un secteur, d'une activité, d'un territoire ou d'un dispositif de soutien.

La communication économique nationale vise principalement :

- à faire connaître l'action économique des personnes publiques (projets de textes, initiatives publiques, déploiement de dispositifs d'aides...) par le public ; elle est alors un facteur d'acceptation de cette action, notamment lorsqu'elle a été perçue, de prime abord, comme défavorable pour ses destinataires ;
- à modifier par elle-même les comportements individuels et collectifs des citoyens, comme inciter à la création d'entreprises ou aux investissements.

La communication économique nationale peut aussi avoir des objets plus spécifiques, soit ponctuels, comme dans le cadre de la crise financière et des dettes souveraines de 2008, soit plus permanents, comme par exemple en matière de promotion de la France à l'étranger pour inciter aux investissements internationaux (cf. not. le [site internet de l'agence Business France](#), issue en 2015 du regroupement des moyens de l'Agence française pour les investissements internationaux et d'UBIFRANCE).

Elle peut aussi relayer des dispositifs européens, afin de les promouvoir, comme par exemple les fonds structurels (circ. du [12 févr. 2007](#) du Premier ministre relative à la communication sur les projets financés par l'Union européenne dans le cadre de la politique de cohésion économique et sociale).

2.2. Au niveau local

La communication économique des collectivités territoriales et de leurs groupements est, par nature, largement axée sur un territoire. La compétition croissante entre les territoires, en particulier pour l'implantation d'activités économiques, s'accompagne de l'émergence d'un « marketing territorial ». Il s'agit de promouvoir un territoire, le cas échéant en mobilisant d'autres outils, comme le dépôt d'une marque (v. fiche « *marques publiques* »). La communication économique locale tend ainsi à valoriser ce territoire auprès des investisseurs potentiels et à attirer des personnes susceptibles d'y implanter des activités économiques.

La communication locale peut également servir à favoriser les initiatives locales au plan économique, en informant sur les dispositifs d'accompagnement existant (v. fiche « *accompagnement en matière économique* »), ou sur les aides financières proposées par les collectivités concernées (v. les fiches de la famille « *concours financiers* »).

2.3. Caractères généraux

La communication est souvent mobilisée en matière économique, en raison de son caractère relativement peu dispendieux par rapport à d'autres outils, mais la professionnalisation de cet instrument (appel à des agences de communication, utilisation d'espaces publicitaires) en augmente les coûts.

L'usage de cet outil se caractérise par une certaine dispersion des efforts, qui a conduit à diverses démarches de rationalisation ces dernières années, notamment en ce qui concerne l'État.

3. Compétence en matière de communication

3.1. L'État et ses établissements publics

3.1.1. Répartition des compétences

Les textes d'organisation des ministères désignent généralement un service plus particulièrement chargé des questions de communication. Celle-ci est assurée le plus souvent en partage avec les services compétents sur le fond mais aussi en lien avec un membre du cabinet du ministre plus particulièrement chargé de ces questions. Certains ministères se sont par ailleurs dotés de porte-parole (v. p. ex. décret n° [2007-1506](#) du 19 octobre 2007 instituant un porte-parole du ministre de la justice ; disposition reprise à l'article 1^{er} du décret n° [2008-689](#) du 9 juillet 2008 relatif à l'organisation du ministère de la justice).

Au niveau déconcentré, le décret n° [2009-587](#) du 25 mai 2009 confie au secrétaire général pour les affaires régionales la fonction de coordonner la mise en œuvre des actions d'information et de communication de l'État relatives aux politiques publiques dans la région (art. 1^{er}, II, 4°).

Les établissements publics de l'État assurent également leur propre communication dans la limite de leur spécialité et des textes qui les régissent. Ils ont vocation à travailler en collaboration avec le service de communication de leur ministère de tutelle.

La coordination de la communication gouvernementale est confiée au service d'information du Gouvernement, ci-après SIG (décret n° [2000-1027](#) du 18 octobre 2000 ; arrêté du [15 juin 1990](#)). Il est notamment compétent pour diffuser aux élus, à la presse et au public des informations sur l'action gouvernementale ainsi que pour entreprendre les actions d'information d'intérêt général à caractère interministériel sur le plan national et, en liaison avec les préfets et les ambassadeurs, dans le cadre des services déconcentrés de l'État. Il a également vocation à travailler en lien avec les établissements publics de l'État.

3.1.2. Modalités de la coordination

Les modalités de l'action de coordination du SIG ont été précisées par trois circulaires successives : circ. n° 5140/SG du 23 mars 2006 sur la coordination de la communication gouvernementale, n° [5340/SG du 3 octobre 2008](#) sur les objectifs et l'organisation de la communication gouvernementale et n° [5574/SG du 16 février 2012](#) relative à l'Internet de l'État.

Toute action de communication dont le coût global est supérieur à 90 000 euros hors taxe doit ainsi recevoir un agrément délivré par le SIG, au nom du Premier ministre. Le SIG doit être également associé à la procédure de sélection de l'agence de communication ainsi qu'aux différentes structures en charge

du pilotage de l'action de communication. La délivrance de l'agrément est soumise à plusieurs critères : opportunité de l'action ; cohérence avec les priorités gouvernementales ; pertinence du type de communication ; impact prévisible compte tenu des moyens mobilisés.

L'ensemble des actions de communication au niveau national ont vocation à être intégrées dans un « planning stratégique », élaboré par le SIG (circ. préc. du 3 octobre 2008).

Le SIG anime le réseau des services de communication de l'État au sein des administrations centrales et déconcentrées. Il conseille les ministères sur les passations de marchés de communication et la gestion des campagnes de communication. Depuis 2003, un marché mutualisé d'achat d'espaces publicitaires est passé.

3.2. Les collectivités territoriales

La jurisprudence assimile les activités de communication des collectivités territoriales à l'exercice d'une mission de service public (CE, 10 juillet 1996, *Coisne*, n° [140606](#) ; TC, 24 juin 1996, *Préfet de l'Essonne*, n° [03023](#) ; TC 22 janvier 2001, *Société Multicom*, n° [03238](#)), dont le Tribunal des conflits a précisé qu'il revêtait un caractère administratif (TC, 5 juillet 1999, *International Management Group*, n° [03133](#)).

Pour les collectivités territoriales, le contenu de l'opération de communication économique doit relever du champ de compétences qui leur est conféré par la loi. C'est aussi dans le respect de leurs attributions légales que les exécutifs locaux ont la responsabilité de la direction du service de communication locale (CE sect., 25 juillet 1986, *Divier*, n° [55064](#) : en réalisant des actions de communication comportant l'utilisation du mobilier urbain sur un projet modifiant profondément le régime administratif de la commune, le maire ne méconnaît pas les limites de ses attributions légales en qualité d'exécutif de la commune responsable de l'information municipale).

Les communes les plus importantes, les départements et les régions disposent majoritairement d'une direction ou d'un service de la communication pour organiser leurs actions de communication économique (éditions, événements, relations presse, communication interne, communication numérique, communication institutionnelle et image, relations publiques, interventions et discours, animation). Les directions ou services de la communication restent diversement rattachés selon le type de collectivité : dans les départements et régions, ils sont souvent rattachés au directeur de cabinet, dans les intercommunalités au directeur général des services (DGS), tandis que dans les communes, les situations sont encore plus diverses : c'est tantôt le DGS, tantôt le maire (voire l' élu délégué à la communication) qui est l'instance de rattachement.

4. Contenu du message

Dans leurs actions de communication, les personnes publiques sont soumises au droit de la presse et notamment à la loi du [29 juillet 1881](#) (cas par ex. des bulletins municipaux : Cass. Civ. 2^e, 18 décembre 1995, *Société Cermef*, n° [93-21476](#)). Ces actions peuvent notamment donner lieu à condamnation pour diffamation publique, c'est-à-dire, pour l'imputation de faits précis portant atteinte à l'honneur ou à la considération (v. fiche « *prises de position publiques* »).

Dans leurs actions de communication, les personnes publiques doivent également respecter le droit à l'image et le droit d'auteur. Une atteinte au droit d'auteur au sens de l'article [L. 111-1](#) du code de la propriété intellectuelle peut être ainsi portée par un maire ayant fait procéder à la reproduction d'un tableau, sans avoir recueilli préalablement l'accord de l'artiste (TA de Nice, 9 mars 2012, *M. Jean-Claude Campana*, n° 1002932).

Les personnes publiques se doivent également de respecter les secrets protégés par la loi, comme le secret des affaires.

5. Supports de communication

5.1. Publications

Les publications recouvrent l'édition publique (revues, bulletins périodiques) comme la diffusion de prospectus ou de déliants.

Dans les communes de 3 500 habitants et plus, lorsque la commune diffuse, sous quelque forme que ce soit, un bulletin d'information générale sur les réalisations et la gestion du conseil municipal, un espace est réservé à l'expression des conseillers n'appartenant pas à la majorité municipale (art. [L. 2121-27-1](#) du code général des collectivités territoriales (CGCT ci-après), ajouté par la loi n° [2002-276](#) du 27 février 2002, art. 9, I). Les modalités d'application de cette disposition sont fixées par le règlement intérieur du conseil municipal. La suppression de l'espace réservé à l'expression de l'opposition municipale est illégale, alors même qu'il s'agirait d'une suppression temporaire motivée par la proximité d'une échéance électorale (CE 17 juin 2015, *Elections municipales de Bron*, n° [385204](#) – sur les obligations s'imposant aux collectivités publiques en matière de communication à l'approche d'un scrutin, voir *infra*, point 7.).

5.2. Affichage

Il doit notamment respecter la police de l'affichage dont la responsabilité incombe au maire lorsqu'un règlement local de publicité a été institué. Les publicités, enseignes et pré-enseignes sont en effet soumises à une réglementation protectrice de l'environnement et du cadre de vie (art. [L. 581-1](#) et suivants du code de l'environnement). Leur installation doit être conforme à des conditions de densité et de format et faire l'objet, suivant les cas, d'une déclaration en mairie ou en préfecture, voire d'une autorisation préalable.

5.3. Audiovisuel

Au niveau national, le service public audiovisuel est défini par le titre III de la loi n° [86-1067](#) du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Comme dans la plupart des autres pays européens, les entreprises publiques occupent en France une place importante dans le secteur de l'audiovisuel. La loi n° [2000-719](#) du 1^{er} août 2000 modifiant la loi précitée prévoit la conclusion de contrats d'objectifs et de moyens entre l'État et les sociétés de l'audiovisuel public. Ces contrats, conclus pour une durée de trois à cinq ans suivant les cas, ont pour objet, notamment, d'arrêter le montant des ressources publiques affectées aux sociétés publiques de l'audiovisuel, ainsi que de définir les orientations stratégiques de ces sociétés, en associant des objectifs à des indicateurs précis.

Au niveau local, les articles [L. 1425-1](#) et [L. 1425-2](#) du CGCT définissent le régime d'intervention des collectivités territoriales en matière de réseaux de communications électroniques. L'article [L. 1426-1](#) est plus spécialement consacré à la communication audiovisuelle. Il prévoit que « *les collectivités territoriales ou leurs groupements peuvent, dans les conditions prévues par la loi n° [86-1067](#) du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, éditer un service de télévision destiné aux informations sur la vie locale et diffusé par voie hertzienne terrestre ou par un réseau n'utilisant pas des fréquences assignées par le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (alinéa 1^{er}). La collectivité « *conclut avec la personne morale à laquelle est confié le service un contrat d'objectifs et de moyens définissant des missions de service public et leurs conditions de mise en œuvre, pour une durée comprise entre trois et cinq ans. Ce contrat est annexé à la convention conclue avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel* » (alinéa 2).

5.4. Internet

La création d'un site internet est devenue un moyen privilégié de communication et de promotion des entités publiques. La mise en place de ces sites et leur fonctionnement sont soumis au même régime que celui applicable aux personnes privées. La loi n° [2004-575](#) du 21 juin 2004 dite LCEN (loi pour la confiance dans l'économie numérique) généralise l'application de la loi du 29 juillet 1881 à la communication en ligne ([art. 6](#)) et règle les conditions d'engagement de la responsabilité pénale et civile des hébergeurs (stockeurs de contenu internet).

6. L'externalisation de la communication publique

Le service de communication d'une collectivité publique peut être géré en régie, c'est-à-dire assuré directement par les agents de cette collectivité et selon ses moyens propres.

La mission de communication peut être également assumée par une association créée à cet effet, qui peut percevoir des subventions de la collectivité dès lors que son activité présente un intérêt pour celle-ci. Toutefois, si ce n'est en réalité qu'une association « transparente », le juge procédera à sa requalification (v. pour des actions d'information entreprises par une association présidée par le maire et ne percevant aucune autre ressource que des subventions municipales : CE 11 mai 1987, *Divier c. Association pour l'information municipale*, n° [62459](#)).

Les entités publiques peuvent faire le choix de l'externalisation en concluant des contrats avec des entreprises privées pour leur confier des opérations relevant de leur mission de service public de la communication. Les règles relatives aux contrats administratifs sont alors en principe applicables (voir la jurisprudence citée au point [3.2. in limine](#)). La réponse est certaine pour les marchés publics relevant de l'ordonnance n° [2015-899](#) du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics (art. 3 de cette ordonnance) comme pour les contrats de concession relevant de l'ordonnance n° [2016-65](#) du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (art. 3 de cette ordonnance).

La question de la détermination du régime exact de passation des contrats, à savoir marché public ou contrat de concession portant sur la délégation d'un service public, peut se révéler délicate pour la personne publique. Généralement, cette dernière conserve la maîtrise du contenu de l'opération de communication et il n'y a pas à proprement parler de prise en charge du service de la communication par le cocontractant. Ces contrats relèveront *a priori* de la catégorie des marchés publics. Dans cette hypothèse, le contrat porte sur une prestation déterminée (conception, réalisation, relations presse,

audiovisuel, évènementiel, édition, web). Les règles de publicité et de mise en concurrence s'appliquent pour le choix du prestataire. Par exception, si le contrat confie la maîtrise de l'organisation et de la gestion d'une partie du service public de la communication au contractant et que celui-ci supporte le risque financier de l'exploitation, ce contrat pourra être qualifié de délégation de service public (voir, *a contrario*, CE sect., 6 novembre 2009, *Société Prest'Action*, n° [297877](#)).

7. Cas particulier des campagnes menées en périodes pré-électorales ou électorales

Quel que soit le mode de communication (bulletin municipal, organisation d'événements ou diffusion sur un site internet), celui-ci sera soumis, d'une part, à l'article [L. 52-1](#) alinéa 2 du code électoral qui mentionne qu'« à compter du premier jour du sixième mois précédant le mois au cours duquel il doit être procédé à des élections générales, aucune campagne de promotion publicitaire des réalisations ou de la gestion d'une collectivité ne peut être organisée sur le territoire des collectivités intéressées par le scrutin » et, d'autre part, à l'article [L. 52-8](#) du même code organisant un contrôle du financement des campagnes des candidats à un scrutin.

Le juge électoral a dégagé des règles encadrant la communication des personnes publiques en période pré-électorale :

- les actions de communication conduites durant cette période doivent présenter un caractère habituel (et non pas résulter d'une initiative spécifique prise en vue des élections) ou, du moins, être justifiées par des circonstances particulières indépendantes des échéances électorales (par exemple, inauguration d'un nouvel équipement public) ;
- dans le cas d'une action de communication périodique (comme la publication d'un bulletin municipal), sa périodicité ne doit pas être modifiée (exigence de régularité) ;
- la forme et l'ampleur de la communication ne doivent pas faire l'objet de modifications avantageuses pour la collectivité concernée ;
- le contenu doit rester neutre et purement informatif, c'est-à-dire éviter toute allusion promotionnelle.

En particulier, une campagne de communication de la collectivité ne doit pas, pendant la période précédant les élections, aborder des thèmes en rapport avec ceux développés par un candidat au cours de sa campagne électorale et comporter des messages à caractère promotionnel (CE Ass., 4 juillet 2011, *Élections régionales d'Ile-de-France*, n°s [338033](#) et [338199](#)). Le juge électoral contrôle l'ampleur et le contenu de l'information diffusée par une campagne de communication de la collectivité pour apprécier si elle relève d'une aide à la campagne d'un candidat. Les actions menées dans le cadre d'une telle campagne peuvent être évoquées devant le juge de l'élection concernée, à titre de manœuvres ou d'irrégularités de nature à altérer la sincérité du scrutin (p. ex. CE, 8 juin 2005, *Election cantonale de Villeneuve-sur-Lot Nord*, n° [273360](#)). Le juge peut aboutir au constat qu'il y a eu violation des règles du code électoral sans pour autant que, compte tenu notamment de l'écart des voix, le résultat du scrutin n'ait été altéré (v. p. ex. CE 25 septembre 1995, *Elections cantonales de Vitry-sur-Seine Ouest*, n° [163051](#)).

Par ailleurs, les dépenses correspondant à une campagne de promotion publicitaire des réalisations et de la gestion de la collectivité au sens du second alinéa de l'article [L. 52-1](#) du code électoral doivent,

lorsqu'elle peut être regardée comme appuyant la campagne d'un candidat, être réintégrées dans son compte de campagne, ce qui peut aboutir au rejet de ce dernier et à l'application de sanctions d'inéligibilité (v. décision *Élections régionales d'Ile-de-France*, préc.).

8. Communication économique et droit de l'Union

Les personnes publiques doivent être vigilantes lorsqu'elles développent une stratégie de communication économique. Au regard du droit de l'Union, des campagnes de promotion émanant de l'État au profit des entreprises françaises ou afin d'inciter à l'achat de produits nationaux constituent des mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives aux échanges contraires aux articles [34](#) et [35](#) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Plus précisément, la Cour de justice a reconnu qu'une campagne publicitaire organisée à l'échelle nationale promouvant l'achat de produits nationaux devait être regardée comme une mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative aux échanges prohibée par le traité dès lors que cette campagne était imputable à la volonté de l'État de favoriser les produits nationaux et non assimilable à une action publicitaire émanant des entreprises privées ou publiques de cet État afin de promouvoir leurs produits (CJCE, 24 novembre 1982, *Commission c/ Irlande*, [aff. C-249/81](#), pts 26-30). La Cour considère ainsi que même des actes du gouvernement d'un État membre dépourvus de force contraignante peuvent être de nature à influencer sur le comportement des commerçants et consommateurs sur le territoire de cet État. Tel est le cas de la mise en œuvre d'un programme défini par le gouvernement qui touche l'ensemble de l'économie nationale et qui vise à freiner les échanges entre États membres par la promotion de l'achat de produits nationaux moyennant une campagne publicitaire à l'échelle nationale et lorsque l'ensemble de ces activités est imputable au gouvernement (arrêt précité ; voir aussi, à propos d'actions de promotion d'un label octroyé aux produits fabriqués sur le territoire d'un État membre, CJCE, 5 novembre 2002, *Commission c/ Allemagne*, [aff. C-325/00](#)).

Accompagnement en matière économique

(Version de décembre 2018)

1. Notion d’accompagnement en matière économique

Il s’agit pour les personnes publiques d’apporter un soutien non financier aux entreprises, en leur prodiguant conseil, expertise, en les mettant en relation entre elles ou avec d’autres administrations.

Ces instruments se différencient :

- des *concours financiers* (subventions, prêts et avances, garanties) ; même si les missions d’appui sont souvent combinées à de tels concours, elles ne se confondent pas avec eux ;
- des *mesures réglementaires ou fiscales incitatives* qui constituent des dispositifs obligatoires dont les personnes peuvent seulement bénéficier, ou au contraire s’exonérer, en adoptant un comportement déterminé ; au contraire, l’accompagnement n’est pas contraignant ; les personnes auxquelles les dispositifs de ce type s’adressent peuvent décider d’en bénéficier ou non ;
- de la *communication publique généraliste*, qui ne se traduit pas par des activités matérielles autres que la diffusion de supports de communication.

2. L’usage économique de l’accompagnement

2.1. Domaines variés

Les activités d’accompagnement se déploient dans de nombreux domaines, généralement directement vers les entreprises :

- création d’entreprises ;
- développement des entreprises ;
- financement des entreprises ;
- implantation ou extension des entreprises (foncier et immobilier) ;
- débouchés (partenariats, clientèles) des entreprises ;
- exportation des produits et services ;
- difficultés des entreprises (prévention, essentiellement).

Ces actions peuvent être réalisées directement par des collectivités territoriales ou établissements publics, ou par l’intermédiaire de structures missionnées ou dédiées à ces missions.

2.2. Avantages et inconvénients

Ces actions présentent l'avantage de pouvoir être proposées aux entreprises à titre individuel ou collectif.

Leurs effets sont difficiles à mesurer. Il s'agit de formes d'assistance dont la part exacte dans la réussite ou dans l'échec d'un projet peut difficilement être isolée.

3. Types d'activités possibles

Le conseil et l'expertise renvoient à un soutien technique, généralement dans l'analyse d'une situation ou la conduite d'un projet. Les prestations de conseils et d'expertise prennent des formes diverses : la conception de « *business models* », l'optimisation des recherches de financement ou de projets de création d'entreprises. Elles peuvent également comporter des analyses de risques, des études de marché, la prospection de marchés au niveau national et international ainsi que la mise en relation avec des clients potentiels ou du suivi commercial.

Ces prestations peuvent également recouvrir des missions de promotion permettant de donner plus de visibilité aux entreprises concernées auprès des professionnels.

L'appui est plus protéiforme, pouvant comporter des aspects de conseil et d'expertise mais s'étendant aussi à de l'information et à un dialogue, pouvant impliquer une présence physique aux côtés des intéressés dans la conduite d'une démarche de projet.

Les « incubateurs d'entreprise », les pépinières d'entreprises, constituent des structures d'accompagnement plus intégrées des projets de création d'entreprises. Elles encadrent les entrepreneurs et/ou les créateurs en leur fournissant des conseils administratifs, juridiques, des services mutualisés (accueil téléphonique, prestations techniques), une aide au marketing et à la communication, un réseau pour trouver des collaborateurs, de premiers clients ou des fonds.

L'intermédiation correspond à la mise en relation de différentes personnes par l'intermédiaire ou au moins à l'initiative de la personne publique. Il s'agit :

- soit d'assurer un traitement global d'une question complexe par des personnes publiques, c'est alors une forme de coordination entre elles (par ex. les comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises ou CODEFI) ;
- soit de favoriser des échanges et collaborations entre acteurs privés, pour qu'ils travaillent ensemble, ainsi qu'avec les personnes publiques, sous différentes formes : la structuration de filières (ex : les 34 plans de la « Nouvelle France industrielle » ; les pôles de compétitivité) ou les créations de « clusters » (ou grappes d'entreprise) ou encore de groupes d'entrepreneurs pour l'export, se sont ainsi développées au cours des dix dernières années.

L'intermédiation peut se concrétiser par la conclusion de conventions ou protocoles avec les différents acteurs en présence. Leur portée dépend des clauses qui y sont insérées par les parties.

4. Compétence pour conduire ce type d'activités

Ces activités peuvent ne pas être explicitement prévues par les textes relatifs à la personne publique qui en prend l'initiative ou qui l'assure pour le compte d'une autre. Elles doivent néanmoins se rattacher à une compétence appartenant à la personne publique qui entend l'assurer ou la faire assurer.

En ce qui concerne les collectivités locales, cette compétence reviendra le plus souvent à la région (voir notamment l'article [L. 4211-1](#) du code général des collectivités territoriales).

S'agissant des établissements publics, la conduite de ces activités doit notamment respecter le principe de spécialité. Ce principe ne s'oppose pas à la diversification des activités à condition d'une part que ces dernières soient le complément normal de leur mission statutaire principale, et, d'autre part, qu'elles soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs de bonne gestion des intérêts qui lui ont été confiés, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences (Avis CE, Section des travaux publics, 7 juillet 1994, *Diversification des activités d'EDF/GDF*, n° 356089).

5. Modalités de gestion de ces activités

La conduite de ce type d'activité suppose, pour la personne publique qui en prend l'initiative, de disposer des ressources et du savoir-faire nécessaires. Il est également possible d'externaliser tout ou partie de ces activités en présence d'entités mieux à même que la personne publique initiatrice d'y pourvoir.

5.1. Prise en charge par la personne publique initiatrice

5.1.1. Par les administrations elles-mêmes

La prise en charge de ces activités par les administrations peut prendre la forme :

- de services dédiés à cette seule fonction (p. ex, la mission d'appui au financement des infrastructures, service à compétence nationale rattaché au directeur général du Trésor, instituée par le décret n° [2016-522](#) du 27 avril 2016 relatif à la mission d'appui au financement des infrastructures, en remplacement de la mission d'appui aux partenariats public-privé, mais qui ne s'adresse qu'aux collectivités publiques) ;
- des subdivisions dédiées d'un service ayant un objet plus large (par ex. bureau « du conseil aux acheteurs » de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers prévu par [l'arrêté du 21 avril 2009](#) portant organisation de cette direction, qui ne s'adresse qu'aux collectivités publiques) ;
- de services non spécifiquement dédiés à ces missions, mais compétents sur le fond (cas des agences de développement économique non personnalisées des collectivités territoriales ou des DIRECCTE instituées par le décret n° [2009-1377](#) du 10 novembre 2009).

Les textes d'organisation des administrations peuvent être modifiés à cette fin (décrets, arrêtés).

5.1.2. Par des commissions ou comités

Ces formations collégiales réunissent les personnes intéressées et ne présentent pas de caractère permanent (comme par exemple le Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI) et les comités départementaux d'examen des difficultés de financement des entreprises).

Ces commissions ne sont pas nécessairement formalisées. Un simple accord ou échange de lettre peut suffire à les constituer. L'existence de l'organisme repose alors sur la participation volontaire de ses membres. Dans ce cas, les textes relatifs à la création et à l'organisation de ces commissions ne sont pas applicables.

Le secrétariat de ces organismes collégiaux peut être assuré par un service d'une personne publique, à l'instar de la direction générale du Trésor pour le CIRI.

5.1.3. Par des agents spécialement désignés à cet effet

Il est possible de désigner au sein des administrations des agents ayant spécialement cette fonction (p. ex les commissaires aux restructurations et à la prévention des difficultés des entreprises (antérieurement commissaires au redressement productif), cf. [circulaire relative à l'évolution du dispositif d'accompagnement des entreprises en difficulté](#)).

Il n'est pas nécessaire pour cela de prévoir un statut d'emploi particulier. Il convient seulement de veiller à ce que les missions confiées à l'intéressé puissent se rattacher aux compétences du service auquel il est affecté.

5.2. Externalisation de ces activités

Les activités d'appui, de conseil et d'intermédiation peuvent être prises en charge par des entités publiques ou privées distinctes de la personne publique initiatrice.

Il peut s'agir :

- d'établissements publics (comme les chambres de commerce et d'industrie) ;
- de groupements tels que les GIP, les GIE ou des associations (v. fiche « *groupements* ») ;
- d'entités auxquelles cette activité est confiée par la voie d'un marché public ou d'une délégation de service public (v. fiches « *marchés publics* » et « *délégations de service public* »).

Des dispositifs originaux sont également envisageables, comme la désignation de personnes physiques pour concourir à ce type d'activité de manière bénévole (cas des conseillers du commerce extérieur régis par le décret [n° 2010-663](#) du 17 juin 2010 portant réorganisation de l'institution des conseillers du commerce extérieur de la France).

6. Respect des libertés économiques

6.1. Champ d'application

La jurisprudence amène à distinguer selon que l'activité en cause est un service public assuré par la collectivité publique ou bien une activité économique (v. sur ces aspects, fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* »).

Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique.

Si elles entendent en outre, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence. Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci (CE Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, n° 275531, qui a été rendue en matière de conseil, non aux entreprises, mais aux personnes publiques).

Il a été jugé qu'aucune des attributions de la mission d'appui aux contrats de partenariat public-privé n'emporte intervention sur un marché (même décision). De même, l'institution d'un médiateur des entreprises, service du ministère de l'économie et des finances, qui a pour objet de proposer gratuitement à tous les acheteurs et à toutes les entreprises, quelles que soient leurs ressources, un processus organisé afin de parvenir, avec son aide, à la résolution amiable de leurs différends, n'emporte aucune intervention sur un marché (CE, 17 mars 2017, *M. Perez et Ordre des avocats de Paris*, n° 403768 et 403817). De la même façon, la diffusion d'information gratuites par la CNAF relatives aux structures d'accueil de la petite enfance ne constitue pas une intervention d'une personne publique sur un marché (CE, 28 mai 2010, *Société Enfanceconfiance*, n° 328731).

6.2. Exigences au regard de la liberté du commerce et de l'industrie

Lorsqu'elles interviennent sur un marché, les personnes publiques doivent non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée (CE Ass., 31 mai 2006, préc.). Celle-ci n'est donc pas une condition nécessaire de l'intervention. Il y a seulement lieu de rechercher si les activités en cause présentent un intérêt public suffisant (CE, 5 juillet 2010, *syndicat national des agences de voyage*, n° 308564).

S'agissant d'une activité de téléassistance aux personnes âgées, il a été jugé que si des sociétés privées offrent des prestations de téléassistance, la création d'un tel service, ouvert à toutes les personnes âgées ou dépendantes du département, indépendamment de leurs ressources, satisfait aux besoins de la population et répond à un intérêt public local (CE, 3 mars 2010, *département de la Corrèze*, n° 306911).

6.3. Exigences au regard du droit de la concurrence interne

Une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci (décision *Ordre des avocats au barreau de Paris*, préc.).

Ces exigences ont été précisées par l'Autorité de la concurrence dans plusieurs avis (v. not. [avis n° 14-A-10](#) du 31 juillet 2014 relatif à la situation de concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international) rappelant la nécessité d'éviter toute pratique anticoncurrentielle, distorsion de concurrence (prix prédateurs, subventions croisées) en raison de son mode de financement et recommandant, lorsque l'entité qui conduit les accompagnements exerce d'autres activités en rapport avec celle-ci, de mettre en place une comptabilité analytique dissociant clairement les prestations de médiation et d'accompagnement relevant de sa mission de service public de celles relevant du champ concurrentiel (v. également sur ces aspects, fiche « *exercice d'une activité économique par les personnes publiques* », préc.).

6.4. Exigences au regard du droit de l'Union

Les personnes publiques, au même titre que les personnes privées, sont tenues de respecter les règles du droit de la concurrence édictées par l'Union européenne dans le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE ci-après) lorsqu'elles exercent une activité économique sur un marché concurrentiel. Les activités de fourniture de prestations d'appui ou de conseil peuvent constituer des activités économiques au regard du droit de l'Union dans la mesure où les personnes publiques se trouvent en concurrence avec des personnes privées qui offrent les mêmes types de prestations. Les personnes publiques doivent alors éviter d'adopter toute pratique anticoncurrentielle à l'égard de leurs concurrents.

Il est recommandé aux personnes publiques concernées d'accorder une attention particulière aux dispositions du droit de l'Union relatives à la prohibition des ententes ([art. 101](#) du TFUE) et de l'abus de position dominante ([art. 102](#) du TFUE). Ces règles s'appliquent à toute « entité qui exerce une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de fonctionnement (CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elner c/ Macroton*, [C-41/90](#), point 21). Il est essentiel pour la personne publique proposant des prestations de conseil et d'appui d'être prudente dans la gestion de ses partenariats avec d'autres personnes publiques ou privées.

Un renvoi systématique sur le site internet d'organismes ou institutions publiques à la personne publique offrant des prestations de conseil et d'expertise, sans faire mention de la possibilité de faire également et/ou alternativement appel à des prestataires privés, peut être perçu comme une distorsion de la concurrence au sens de l'article 101 du TFUE. Il convient dès lors d'éviter une orientation systématique vers ces personnes publiques au détriment de leurs concurrents, personnes privées, s'ils existent.

Il est primordial pour la personne publique concernée de définir et établir une distinction claire entre ses activités économiques, c'est-à-dire les prestations de conseil et d'expertise, et ses activités relevant d'une mission de service public. Cette distinction peut s'opérer, notamment, par la mise en place d'une séparation comptable entre les différents types d'activités exercés par les opérateurs concernés (Autorité de la concurrence, [avis n° 14-A-10](#) du 31 juillet 2014 préc.).

En effet, les ressources publiques allouées aux missions de service public des personnes publiques ne peuvent être utilisées dans le cadre des activités relevant du domaine concurrentiel. La personne publique bénéficierait dans le cas contraire de conditions plus avantageuses auxquelles les opérateurs privés proposant des prestations similaires n'ont pas accès dans des conditions normales de marché. Un tel comportement de la personne publique consisterait en une distorsion de la concurrence au sens de l'article 102 du TFUE.

7. Responsabilité encourue dans le cadre de ces activités

Dans son activité d'accompagnement, la personne publique est amenée à délivrer des renseignements aux entreprises. Si la responsabilité de la puissance publique n'est, en principe, jamais retenue lorsque les renseignements délivrés l'ont été soit par un service public ou un agent incompétent, soit à titre gracieux, soit à des tierces personnes, il en va autrement si elle communique à un tiers un renseignement confidentiel sur une entreprise ; elle engage alors sa responsabilité à l'égard de ce dernier.

Si des renseignements erronés ou incomplets sont fournis directement à l'agent économique par un service sur lequel pèse une obligation de renseignement, la responsabilité de la personne publique est susceptible d'être admise si la victime établit un lien de causalité entre le renseignement donné et le préjudice qu'elle a subi (CE, 7 novembre 1986, *Rigaud*, [n° 33316](#)) : tel est le cas lorsqu'un service économique donne des renseignements inexacts sur les conditions d'octroi d'une licence d'importation (CE, 21 décembre 1951, *Feiz Karam*, au rec. p. 612) ou lorsque l'administration délivre une brochure comportant des informations erronées ayant entraîné un préjudice pour l'agent économique.