FICHE 14

Établissements publics industriels et commerciaux

(Version 2022/2023)

Sommaire

1. La notion d’EPIC

1.1. La nature d’établissement public

1.2. Le caractère industriel et commercial

2. L’usage économique de l’EPIC

2.1. Aspects généraux

2.2. Conséquences de l’absence de capital

3. La création des EPIC

3.1. Niveau de norme

3.2. Règles particulières applicables aux établissements publics locaux

4. La spécialité des EPIC

5. Le respect des principes et libertés économiques

5.1. Droit interne

5.2. Droit de l’Union

6. La gouvernance des EPIC

6.1. EPIC de l’État

6.1.1. *Organe délibérant*

- *Composition*
- *Fonctionnement*

6.1.2. *Dirigeants*

6.2. EPIC locaux

7. Les contrôles

8. La dissolution

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 de puissance publique dont disposent ces établissements. En effet, les biens des EPIC sont insaisissables (s'appliquent à eux les procédures d'exécution prévues à l'article 1er 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 compromissoires, 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 pu placer 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 1er 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 (il est aujourd'hui abrogé).

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 concernant 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 Pavlov e.a. 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. 2e, 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.

Saisis 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, pt. 98). Dans une affaire relative à un autre EPIC, l'IFP énergies nouvelles (IFPEN), contrairement au tribunal qui avait jugé que les effets de la garantie n'avaient à être vérifiés qu'auprès 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. En conséquence, la Cour a annulé l'arrêt initial du 26 mai 2016 et renvoyé l'affaire devant le Tribunal qui s'est prononcé le 5 octobre 2020 (T-479/11 RENV) sur les autres moyens invoqués par les

parties en première instance. Dans cet arrêt, le Tribunal a notamment jugé que les autorités françaises n'étaient pas parvenues à renverser la présomption d'avantage dans les relations entre l'IFPEN et les institutions bancaires et financières pour le futur. A bon droit, la Commission a considéré que la garantie de l'Etat dont bénéficie l'IFPEN en raison de son statut d'EPIC lui procurait un avantage économique, bien qu'elle n'ait pas prouvé l'existence d'un tel avantage dans les relations de l'IFPEN avec ses fournisseurs et clients. Le tribunal a donc annulé partiellement la décision initiale de la Commission du 29 juin 2011 relative à l'aide d'Etat accordée par la France à l'IFPEN, objet du recours.

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 l'article 1er 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 si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois (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. 1er 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 1er 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.