CNFPT

3e CONCOURS D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2010

Note de synthèse, à partir d'un dossier, permettant de vérifier l'aptitude du candidat à faire l'analyse et la synthèse d'un problème et d'apprécier les connaissances acquises ayant trait, au choix du candidat, sur:

Le droit des affaires

ÉPREUVE N° 16

Durée: 4 h
Coefficient: 5

SUJET:

Sur la base des documents joints et en fonction de vos propres connaissances, il vous est demandé de rédiger une note de synthèse sur l'avenir des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) comme mode de gestion du service public.

DOCUMENTS JOINTS

Document n° 1	«Les EPIC dans tous leurs états» / étude rédigée par Michaël Karpenschif. JCP = Jurisclasseur périodique | La semaine juridique: administration et collectivités territoriales, 27 juillet 2009, n° 82.31-35, pages 18-36 et 40-46	**Page 3**
Document n° 2	«Les EPIC face au droit de la concurrence» / étude rédigée par Philippe Cossalter. JCP = Jurisclasseur périodique | La semaine juridique: administration et collectivités territoriales, 14 septembre 2009, n° 82.38, pages 39-44.	**Page 29**
Document n° 3	«La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés» / par Sophie Nicinski. Revue française de droit administratif, janvier-février 2008, n° 24.1, pages 35-42.	**Page 35**
Document n° 4	«L'établissement public industriel et commercial est-il condamné?» / par Martine Lombard. AJDA = L'actualité juridique: droit administratif, 16 janvier 2006, n° 62.02, pages 79-84.	**Page 43**

Document n° 5	Extraits du rapport sur l'avenir de la Poste présenté par François Ailleret, président de la Commission sur le développement de la Poste [en ligne]. Commission sur le développement de la Poste, décembre 2008. http://www.gouvernement.fr/sites/default/files/legacy/Rapport_Ailleret.pdf	**Page 49**
Document n° 6	«La Poste veut changer de statut pour devenir une société» / Anne Michel. Le Monde [sur CD-ROM], 5 juillet 2008, n° 19732, page 11.	**Page 52**

NOTA:

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies** : pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.

DOCUMENT n° 1

2197 Les EPIC dans tous leurs états

Étude rédigée par :
Michaël KARPENSCHIF,
professeur de droit public, université Lyon III

1 - Permettez-moi tout d'abord de commencer par des remerciements chaleureux à l'Université Lyon III, à chacun des prestigieux intervenants de cette journée, à nos partenaires (les éditions LexisNexis, le Conseil général du Rhône, la ville de Lyon et l'École des Avocats) et à M^me^ Véronique Gervasoni (responsable administrative du CEE) qui organise notre deuxième colloque en l'espace de deux mois.

2 - Cette journée, outre qu'elle offre l'occasion unique à nos étudiants de mettre des visages sur des noms célèbres, trouve sa raison d'être dans des motifs scientifiques incontestables. En premier lieu, il apparaît qu'il n'existe pas ou peu d'études globales sur les EPIC [1] ; chacun appréhendant les EPIC sous un aspect particulier pour parvenir néanmoins au même constat : celui de leur disparition inéluctable [2]. En deuxième lieu, parce que pour le non-juriste, l'EPIC n'est pas inconnu et qu'il est définitivement associé à la prise en charge d'un service public national. Rien d'étonnant dès lors à ce qu'il fasse l'objet d'une attention particulière des élus (comme en témoignent les débats animés du Parlement français sur les changements programmés du statut de la poste [3] mais aussi des usagers ; entretenant à l'occasion des confusions assez fréquentes sur l'emploi de l'expression de « privatisation de l'action publique » puisque l'adoption d'un statut de droit privé n'implique normalement pas (même s'il faut, en pratique, constater le contraire) l'ouverture, et *a fortiori* la privatisation, du capital de l'EPIC transformé. En troisième lieu, parce que les EPIC sont, depuis quelques années, au cœur de la tourmente communautaire. Ainsi, après la question récurrente mais tranchée de l'application des règles de concurrence européenne aux EPIC [4], puis celle du retour des employés de ces structures dans le régime général des retraites [5] à l'aune des règles du traité, c'est la question de la garantie illimitée de l'État accordée aux EPIC, dont la Commission estime qu'elle est constitutive d'une aide d'État prohibée, qui a semble-t-il accéléré le mouvement profond de transformation des EPIC en société anonyme. Car, après la fameuse décision EDF du 16 décembre 2003 [6], puis l'examen d'une situation identique pour la Poste [7] ou le laboratoire national d'essai (LNE) [8], c'est l'établissement public en tant que tel qui paraît devenir un instrument inadapté à la prise en charge d'un SIEG dans une économie ouverte où tous les secteurs sont désormais libéralisés. En quatrième lieu, il convient de noter que les difficultés rencontrées par les EPIC ne sont pas que franco-françaises. En effet, nombre de nos partenaires européens disposent de structures juridiques équivalentes aux EPIC (à l'image de la Pologne et de la Hongrie par exemple) et tentent, pour l'instant sans plus de succès, de défendre devant Bruxelles et les juges du plateau du Kirchberg la spécificité de cette structure juridique. Ultime raison du choix de ce sujet, moins avouable, c'est qu'il fallait trouver un thème capable de fédérer toutes les branches du droit public (droit des contrats, droit des personnels à statut réglementé, droit de la commande publique, droit fiscal, droit de la concurrence...), d'intéresser les praticiens et les étudiants, et de perpétuer une coutume que nous venons d'instaurer : l'organisation tous les 18 mois d'un colloque portant sur une thématique de droit public économique ou, comme l'on dit maintenant, de droit public des affaires.

3 - Sans vouloir déflorer l'intérêt des autres contributions ou anticiper sur leurs conclusions, je souhaiterais pour ma part introduire ce colloque en développant une seule idée : celle qui consiste à défendre la thèse selon laquelle on ne peut appréhender les EPIC de manière globale et qu'il convient impérativement d'établir un distinguo entre les EPIC nationaux et les EPIC locaux. Il nous semble en effet que leurs destins ne sont pas communs : disparition progressive ou transformation pour les premiers (V. les Pr. Fâtome, Richer), renouveau profond pour les seconds (V. Ph. Terneyre, et l'intervention de M^me^ Anne Le Strat directrice d'un EPIC local fortement médiatisé et qui servira sans nul doute d'exemple : la régie des eaux de Paris, EDP).

4 - Comment dès lors expliquer cette évolution asymétrique ? À notre sens, l'explication réside dans un élément central (à défaut

1. Même si des études, anciennes, s'intéressent évidemment aux établissements publics nationaux. V. en ce sens, *Rapport du Conseil d'État sur les établissements publics nationaux : Doc. fr., n° 4784, 1985* et *O. Dugrip et L. Saidj, Les établissements publics nationaux : LGDJ, coll. Systèmes, 1992.*
2. V. en ce sens *M. Lombard, L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? : AJDA 2006, p. 79 ; D. Bailleul, Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés : RJEP 2006, p. 105, ou de S. Nicinski, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés : RFD adm. 2008, p. 35.*
3. Débats désormais clos avec la présentation du projet de loi de la réforme du statut de la Poste (transformée pour l'instant en SA contrôlée à 100% par l'État ou des investisseurs publics) par Luc Chatel le 16 juin 2009 (*V. JCP A 2009, act. 802*).
4. On pense ici, pour le cas de la France, à l'ancien EPIC ADP.
5. Questions traitées pour les cas des agents de la Poste et de la SNCF, mais qui renvoient aussi à la problématique du financement public de la protection sociale complémentaire des fonctionnaires. – V. sur ce point, *D. Jean-Pierre, La participation des personnes publiques au financement de la protection sociale complémentaire des fonctionnaires : JCP A 2007, 2304.*
6. *Comm. CE, déc. n° 2005/145/CE, 16 déc. 2003 : JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9.*
7. La Commission européenne a en effet ouvert une enquête approfondie sur la garantie illimitée accordée par l'État français à la Poste (*AJDA 2007, p. 2011*).
8. *Comm. CE, déc. n° 2006/5477/CE, 22 nov. 2006 : JOUE n° L 95, 5 avr. 2007, p. 25.*

d'être unique) : la légitimité de l'outil juridique. Ainsi, alors que l'EPIC national semble définitivement discrédité (1), l'EPIC local bénéficie lui d'un surcroît de légitimité (2).

1. L'EPIC national discrédité

5 - Plusieurs arguments sont régulièrement avancés pour dénoncer l'inefficacité, l'obsolescence de l'établissement public comme outil de gestion des services publics industriels et commerciaux. Arguments que l'on peut regrouper en deux catégories : les handicaps juridiques et stratégiques d'une part (A), les handicaps originels et concurrentiels d'autre part (B).

A. - Les handicaps juridiques et stratégiques

6 - Les handicaps juridiques, même s'ils sont connus, doivent être rappelés. Le premier d'entre eux tiendrait au respect du principe de spécialité qui briderait la capacité de développement économique et de diversification des activités prises en charge par les établissements publics. Ainsi, le principe de spécialité serait trop rigide et peu conciliable avec la nécessaire évolution de l'offre d'un opérateur économique [9]. Au soutien de cette thèse, on rappellera les exemples avortés d'EDF (au temps où cette entreprise publique était encore un EPIC) qui avait souhaité commercialiser des systèmes d'alarme, se lancer dans la vente d'équipements électriques ou participer au capital d'une société d'ingénierie [10] ; le tout, malgré les assouplissements introduits par les avis du Conseil d'État (section des travaux publics du 15 juillet 1992 pour la RATP et du 7 juillet 1994 pour EDF/GDF [11] qui reconnaissent aux établissements publics le droit de développer des activités nouvelles dès lors : « *...qu'elles sont le complément de la mission principale et présentent un intérêt pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci* ».

7 - Le deuxième, au cœur de débats doctrinaux enflammés [12] et qui n'est toujours pas tranché par la Cour de justice, tient à la question de la garantie illimitée accordée par l'État à ses établissements publics dont la Commission estime qu'elle est constitutive d'une aide d'État prohibée au sens de l'article 87 § 1 du traité CE. Pour la Commission, on le sait, cette garantie illimitée accordée par l'État français à ses établissements publics se traduit par des avantages concurrentiels évidents car, fort de cette solvabilité assurée, les établissements publics bénéficieraient d'un accès facilité au crédit, de conditions préférentielles de prêts grâce, notamment, au fameux triple A accordé par les agences internationales de notation... dont la crise actuelle nous a d'ailleurs montré rétrospectivement le bien-fondé. Il reste que cette analyse de la Commission (que l'on peut remettre en cause par le biais d'une batterie d'arguments : où est en effet la charge financière pour l'État, élément indispensable à la qualification d'aide au sens de la jurisprudence [13], dès lors que cette garantie n'est pas mise en œuvre [14] ? Cette garantie ne sert-elle pas de simple contrepartie aux créanciers qui ne peuvent saisir les biens des EPIC ou exiger la liquidation de ce débiteur public ? Cette garantie ne vient-elle pas compenser les handicaps que subissent par ailleurs les EPIC sans leur procurer d'avantages spécifiques ? Si aide d'État il y a, ce mécanisme est-il nécessairement incompatible avec le droit communautaire ? etc.) a semble-t-il porté un coup fatal aux EPIC.

8 - Enfin, classiquement, le régime juridique des biens des EPIC est souvent avancé pour souligner le frein qu'il constitue au développement d'une activité économique efficace (pas de baux commerciaux possibles pour les investisseurs, précarité de leur situation, faible attractivité du domaine public etc....). Là encore pourtant, et même si ces arguments peuvent être aisément combattus (puisque tous les biens des EPIC ne relèvent pas nécessairement du domaine public [15], puisque l'appartenance d'un bien au domaine public est loin d'exclure toute forme de valorisation [16], puisque les techniques contractuelles sont désormais nombreuses pour donner aux occupants des dépendances domaniales des garanties réelles [17]... sans oublier que lorsque ces biens appartiennent effectivement à un EPIC, ils bénéficient inversement d'une protection juridique supplémentaire puisque l'établissement public, comme toute personne publique, échappe aux procédures de redressement et de liquidation judiciaire [18], même si l'exécution forcée n'est plus, quoique très encadrée, aujourd'hui impossible [19], ils jouent clairement un rôle dans cette « stratégie de l'abandon » de l'EPIC.

9 - À ces handicaps juridiques, s'ajoutent des handicaps stratégiques plus convaincants qui ont de toute évidence accéléré le mouvement de « sociétisation » des EPIC. Ainsi, il est certain que l'établissement public est peu adapté à la mise en place de partenariats capitalistiques. Comment en effet rapprocher les EPIC d'autres opérateurs nationaux ou étrangers (sont topiques à cet égard les alliances de GDF et de SUEZ, puis d'EDF et de British Energy, après la transformation des EPIC en SA) lorsqu'il est impossible d'offrir aux partenaires pressentis les moyens d'une gouvernance effective ? Identiquement, comment attirer des investisseurs dans un EPIC lorsque la prise de contrôle de ces entités est, à moyen comme à long terme, impossible ? De même, comment lever des fonds indispensables au développement de l'activité lorsque l'on ne peut accéder au marché boursier (même si cette critique n'a plus, en ces temps tourmentés, la même résonance) et que la seule alternative est de se tourner vers l'actionnaire unique qui n'a, au demeurant, plus nécessairement les moyens d'y pourvoir ? Enfin, comment assurer la croissance externe des EPIC au-delà de nos frontières sans déchaîner l'ire de nos partenaires qui dénoncent (et qui se prémunissent contre [20] le protectionnisme juridique que constitue le statut d'EPIC puisqu'il interdit aux investisseurs étrangers la réciproque ? Certes, le tableau n'est pas si sombre puisque le statut d'EPIC n'interdit absolument pas des hypothèses de croissance externe [21] comme l'illustre l'exemple récent de la SNCF chez Novatrans (permettant ainsi à l'en-

9. V. par exemple, *CE, 11 juill. 2001, n° 222039, Synd. CGCT sté Clemessy : JurisData n° 2001-062808.*

10. *TA Paris, 25 mai 1994, Chbre synd. stés d'études techniques et d'ingénierie : JurisData n° 1994-600163.*

11. *CE, sect. Trav. publ., avis n° 356089. Rapport public 1994, EDCE 1994, p. 409.*

12. V. *A. Delion, Les garanties d'État et leur évolution : RJEP 2004, p. 471. – Ch. Barthélémy, La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité ? : RJEP 2004, p. 423. – M. Bazex et S. Blazy, Le statut d'établissement public recèle-t-il par nature une aide d'État ? : Dr. adm. 2005, comm. 61.*

13. Depuis l'arrêt de *CJCE, 17 mars 1993, aff. jtes C-72/91 et C-73/91, Sloman Neptun : Rec. CJCE 1993, I, p. 887,* régulièrement confirmé depuis.

14. Une simple intention suffit-elle comme l'a dit, à une seule reprise et sans que cela soit validé par la Cour de justice, la Commission ? V. *Comm. CE, déc. n° 2004/3060, 2 août 2004* concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom : *AJDA 2004, p. 2311, note N. Charbit.*

15. V. *CE, 23 oct. 1998, n° 160246, EDF.*

16. Comme en témoignent le Code général de la propriété des personnes publiques *(CGPPP, art. L. 2152-1 et s.)* et la jurisprudence administrative la plus audacieuse qui veut soumettre la délivrance des titres d'occupation domaniale à une procédure de publicité et de mise en concurrence (V. *TA Nîmes, 24 janv. 2008, n° 0620809, Sté des trains touristiques G. Eisenreich*).

17. AOT, BEA, PPP, BEA hospitalier etc...

18. *Cass. 1re civ., 21 déc. 1987, n° 86-14.167, BRGM c/ Lloyd Continental : CJEG 1988, p. 107.*

19. V. *CE, 18 nov. 2005, n° 271898, Sté fermière et sté de gestion du Port de Campoloro.*

20. On fait ici allusion à ce que l'on a appelé les lois anti-EDF en Italie mais aussi en Espagne. Ces États refusant d'ouvrir le capital de leurs champions nationaux à un opérateur économique (EDF) qui était, lui, totalement à l'abri de prises de participations capitalistiques étrangères.

21. Sous la réserve toutefois de se conformer au principe de spécialité.

treprise nationale de devenir l'actionnaire majoritaire de ce spécialiste du transport combiné), mais il reste que la sous capitalisation chronique de la plupart des EPIC et la symbolique attachée à cet outil qui semble trahir la volonté de l'État de garder la main sur des secteurs stratégiques (énergie, transport, télécommunication, poste), militent pour un abandon de l'EPIC.

10 - Dans un tel contexte de méfiance si ce n'est de défiance à l'égard de l'EPIC, la France est en passe d'abandonner totalement cet outil pour gérer des services publics nationaux. Cette évolution paraît d'autant plus inéluctable que l'établissement public n'a pas été originellement conçu pour prendre en charge de tels services et ne présente plus guère d'avantages concurrentiels pour continuer à le faire.

B. - Les handicaps originels et concurrentiels

11 - Par handicaps originels, on entend souligner ici le fait que les EPIC nationaux n'ont jamais été conçus pour gérer des services publics industriels et commerciaux et que leur légitimité à le faire s'est même étiolée ces dix dernières années. Tout d'abord, comme le montre brillamment F. Béroujon [22], les établissements publics n'ont pas initialement été créés pour assurer la gestion d'activités d'intérêt général. Ce sont, semble-t-il, essentiellement des raisons patrimoniales qui ont conduit à la création d'établissements publics ; la mission prise en charge, même si elle est d'intérêt général, apparaissant secondaire dans l'invention de cette nouvelle structure juridique. Si, au fil du temps, les établissements publics nationaux ont été privilégiés pour assurer de telles missions, force est de constater que le contexte juridique a si profondément changé que l'établissement public n'est plus nécessairement adapté à cet environnement nouveau. En effet, quand les services d'intérêt économique général (SIEG) étaient des activités préservées des règles de concurrence et gérées de manière monopolistique par l'État, l'EPIC offrait une unité de gestion utile à la prise en charge de ces missions et soulignait (au moins implicitement) le rôle indispensable, irremplaçable de l'État ; l'EPIC n'étant finalement qu'une des nombreuses manifestations de l'État providence. Or, dans le contexte de libéralisation des activités économiques porté par le droit communautaire auquel les SIEG n'échappent pas, les EPIC nationaux n'apparaissent plus indispensables pour gérer des activités totalement ouvertes à la concurrence, ou des opérateurs privés, nationaux comme « étrangers », sont tout à fait capables d'offrir les mêmes prestations, parfois à un meilleur coût, et avec la prise en compte d'objectifs de satisfaction des « usagers consommateurs » bien longtemps inconnus des opérateurs historiques. Ce mouvement inexorable d'ouverture, qui s'accompagne d'une définition communautaire des conditions dans lesquelles ces missions d'intérêt général doivent être assurées [23] et financées [24], sape donc un peu la légitimité, déjà fragile, des EPIC à rester l'outil structurel de gestion des services publics nationaux.

12 - Concurremment, les EPIC ne bénéficient plus aujourd'hui d'avantages concurrentiels, justifiant dès lors que cette forme juridique soit abandonnée au profit de structures « classiques ». Ainsi les EPIC, comme tout opérateur économique, sont soumis à l'impôt sur les sociétés, au paiement de la taxe professionnelle et à l'ensemble des obligations fiscales de droit commun (V. C. Chamard) quand ils exercent des activités économiques dans des conditions comparables à celle des opérateurs privés [25]. Tout comme ces derniers, les EPIC ne peuvent s'exonérer du respect des règles de concurrence et font d'ailleurs, assez fréquemment, l'objet de condamnations par le conseil (l'Autorité) de la concurrence [26]. Pis, la qualification juridique d'EPIC entraîne, *de jure*, la soumission aux règles de la commande publique (Code des marchés publics pour les EPIC nationaux, ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 pour les EPIC locaux ; V. Ch. Maugüe) ce qui conduit d'ailleurs des EPIC nationaux à s'intéresser aux modalités de mise en œuvre de l'article 30 de la directive n° 2004/17/CE permettant, sous certaines conditions, aux opérateurs concernés de sortir du champ des règles communautaires de l'achat public. Enfin, il apparaît même que loin d'être protecteur, le statut d'EPIC fait peser sur ces derniers des obligations qui sont à certains égards plus importantes que celles que subissent les opérateurs privés. On en donnera deux illustrations. La première est celle où un EPIC (ou plus largement toute personne publique) candidate à un marché public ou à une délégation de service public. Si cette possibilité est désormais ouverte en France [27], il faut encore rappeler que cela n'est possible qu'au prix de contraintes très fortes : obligation de mettre en place une comptabilité analytique [28] pour interdire les pratiques de subventions croisées, obligation de justifier de la réalité du prix des prestations proposées [29], démonstration des coûts supportés par le candidat public afin d'interdire les prix prédateurs... ce qui peut conduire l'opérateur public, contrairement à une entreprise privée qui n'est pas elle suspectée de fausser l'égal accès au marché lorsqu'elle candidate, à produire devant le juge : ses comptes, sa stratégie économique, voire sa marge bénéficiaire [30]. Seconde illustration du handicap que peut constituer la permanence d'une personnalité morale de droit public, l'exemplarité qui semble s'attacher aux comportements de ces personnes lorsqu'elles interviennent dans la sphère économique. Ainsi, par deux décisions récentes [31], le Conseil de la concurrence a décidé de condamner plus sévèrement les pratiques anticoncurrentielles lorsqu'elles sont le fait de personnes publiques en s'appuyant sur « ...la malheureuse valeur d'exemple donnée » par ces opérateurs ; le tout, sans incrimination spécifique.

13 - On l'aura compris, si l'EPIC national ne présente plus d'atout véritable, s'il est concurrencé de toute part par les structures juridiques de droit privé au point d'ailleurs d'inspirer l'État dans la gestion de ses EPIC [32], l'avenir de l'établissement public industriel et commercial est scellé. Pour autant, il convient de prendre avec précautions ces arguments univoques car l'EPIC national peut retrouver sa légitimité, et partant être pérenne, lorsqu'il se borne à prendre en charge

22. *F. Béroujon, Le recul de l'établissement public comme procédé de gestion des services publics : RFD adm. 2008, p. 26.*

23. *V. M. Karpenschif, Vers une définition communautaire du service public ? : RFD adm. 2008, p. 58.*

24. *V. M. Karpenschif, Face au droit communautaire : quel avenir pour le financement des services publics ? : RJEP 2006, p. 43 ; Le financement des obligations de service public : vers une généralisation des contrats de service public ? : BJCP 2008, p. 234.*

25. *V. CE, 16 mai 2007, n° 272727, Cté cnes Pays de Landerneau-Daoulas. – CAA Douai, 30 déc. 2003, Cne du Havre : AJDA 2004, p. 1308.*

26. V. les cas de L'UGAP, de la Française des jeux, des Haras nationaux, de France télécom, de l'institut national de la consommation etc...

27. *V. CE, avis, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté JLB Consultants.*

28. Si l'on veut se conformer aux obligations découlant de la directive « transparence » (dernièrement modifiée par la directive n° 2006/111/CE du 16 novembre 2006).

29. Conformément aux exigences de la jurisprudence *JLB Consultants* précitée où le Conseil d'État énonce que : « (...) le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat (...) et qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ».

30. *V. CAA Douai, 10 avr. 2007, n° 05DA00188, Sté Saur France.*

31. *V. Cons. conc., 13 sept. 2007, déc. n° 07-D-28,* relative à des pratiques mises en œuvre par le port autonome du Havre. – *Cons. conc., 6 mai 2008, déc. n° 08-D-09,* relative à des pratiques mises en œuvre par la régie municipale de la ville de Lyon. Sur cette dernière décision, V. *JCP A 2009, 2149.*

32. Est à cet égard topique la modification introduite par l'article 79 de la loi de finances rectificative n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 qui conduit depuis l'État à se rémunérer par le biais de dividendes sur ses EPIC à l'instar d'un actionnaire classique d'une société anonyme.

certaines missions ou lorsqu'il occupe un rôle singulier qui n'est pas en concurrence frontale avec les opérateurs privés. On pense ainsi aux EPIC « régulateurs » d'une activité (tels : RFF, l'ONIC, ou d'autres offices comme ONIVIT, ONIVEB, FIOM, ONILAIT...), aux EPIC « protecteurs » des administrés (comme l'établissement Français de sécurité ferroviaire ou l'ANDRA : l'Agence nationale pour la gestion des déchets radioactifs) ou aux EPIC « initiateurs » de politiques publiques (tels l'ADEME ou l'ANVAR). Mais s'agit-il encore véritablement d'EPIC ? Certes, le législateur les qualifie comme tels ; pour autant, l'étude de leur modalité de fonctionnement comme l'origine de leurs ressources (avec l'exemple caractéristique de RFF) témoigne qu'ils empruntent plus à l'EPA qu'à l'EPIC. Ce n'est donc que pour des commodités de gestion, que le statut d'EPIC est conservé. Au final, moins que la structure juridique, c'est la légitimité de l'action publique poursuivie par son entremise qui justifie ou non la perpétuation du modèle de l'établissement public. D'ailleurs, personne ne conteste aujourd'hui l'action des personnes publiques par le biais d'EPA. Si cette controverse existe pour les EPIC, c'est plus fondamentalement parce que la légitimité de l'État à intervenir dans la sphère économique avec un outil *ad hoc* n'est plus certaine. Bien différent est, en revanche, le cas des EPIC locaux.

2. L'EPIC local légitimé

14 - Si nous croyons déceler dans l'EPIC local le renouveau de cet outil juridique, c'est qu'il jouit d'une double légitimité ; l'une avérée (la légitimité politique), l'autre espérée (la légitimité juridique) dont ne peut raisonnablement se parer l'EPIC national.

A. - L'existence d'une légitimité politique

15 - Les EPIC locaux gèrent tout d'abord des services publics de proximité et entretiennent de ce fait des liens forts avec les usagers de la collectivité au travers de la prise en charge d'activités aussi diverses et essentielles que : l'eau, l'assainissement, les transports publics, les remontées mécaniques, les réseaux de chaleur, les parcs de stationnement, les pompes funèbres ou, aujourd'hui, les réseaux de télécommunication et de radiodiffusion. Nous ne sommes donc pas en présence de la logique de « l'entreprise industrielle » que constitue l'EPIC national (à l'image de la Poste, de la SNCF ou, il y a peu encore, d'ADP, d'EDF ou de GDF) et qui « doit », pour des raisons capitalistiques déjà évoquées, évoluer vers un statut de société commerciale. Tout au contraire, les EPIC locaux répondent à des intérêts locaux, ils n'ont pas vocation à prester en dehors de leur territoire de rattachement ou à excéder le périmètre de leurs compétences. En d'autres termes, les limites imposées par le principe de spécialité paraissent totalement supportables pour l'EPIC local qui ne cherche ni à diversifier ses activités, ni à intervenir sur un territoire national, voire international.

16 - Cette activité de proximité de l'EPIC local est aussi, et peut-être avant tout, la manifestation d'une volonté politique des édiles locaux de prendre directement en charge les SIEG. En effet, gérer un service public par le biais d'un EPIC local n'est pas neutre politiquement. Cela témoigne d'un désir de ne pas abandonner la gestion d'une activité d'intérêt général au secteur privé ce qui, plus qu'implicitement, légitime l'action des élus de terrain. Car, qu'on le veuille ou non, les EPIC locaux jouissent d'un certain nombre de postulats favorables. Ainsi, les EPIC (qu'ils soient dotés ou non d'une personnalité juridique distincte de la collectivité) sont présumés agir dans des conditions économiques moins onéreuses pour les usagers que les délégataires privés. De même, ils sont présupposés mieux répondre aux besoins des usagers (le terme usager remplaçant d'ailleurs avantageusement celui de consommateur) que les opérateurs privés davantage attachés à la réalisation de profits. Même si ces explications sont parfois caricaturales, elles deviennent, jour après jour, des arguments politiques majeurs. On renverra, pour s'en convaincre, à la dernière campagne électorale des municipales où la « remunicipalisation » de services publics locaux a été un véritable enjeu dans des villes moyennes et grandes à l'image de Grenoble ou de Paris qui ont engagé une « guerre de l'eau » avec les délégataires en place. Ce retour à la gestion publique de certains SIEG locaux, qui n'est pas sans rappeler la résurgence d'un socialisme municipal idéalisé, est même à certains égards encouragé par la jurisprudence du Conseil d'État qui ne censure pas les incitations financières des collectivités territoriales au bénéfice d'une gestion directe des services publics locaux [33].

17 - Cette gestion des services publics locaux qui fait l'objet d'une attention particulière des organismes spécialisés [34], de la Cour des comptes [35], de la doctrine [36], mais aussi des « usagers-électeurs », doit également composer depuis quelques années avec l'introduction de critères qualitatifs [37] qui légitiment la « reprise en main » de ces activités par les collectivités. En effet, qui mieux qu'une régie municipale est à même de respecter les exigences de la Charte des services publics locaux (élaborée en 2002 et signée le 23 juin 2006) ? Qui mieux que la collectivité (ou ses démembrements) est en mesure de permettre au maire de remplir les obligations figurant à l'article L. 2224-5 du Code général des collectivités territoriales ?

18 - Rien d'étonnant donc à ce que l'on assiste à une demande croissante de régies chargées de l'exploitation de spic locaux ; notamment en matière d'eau potable, d'assainissement ou de station d'épuration [38]. Cette dimension politique de l'instrument juridique explique assez largement à notre sens le retour en grâce des EPIC locaux (voir également l'exemple caractéristique des offices de tourisme qui prennent de plus en plus souvent la forme d'un EPIC). Il reste que les EPIC locaux sont à la recherche d'une légitimité juridique. En d'autres termes : existe-t-il ou non un cadre juridique favorable à la gestion des SPIC par des EPIC locaux, expliquant ainsi leur renouveau ? Si oui, ce cadre juridique est-il pérenne ?

B. - La quête d'une légitimité juridique

19 - Depuis quelques années et sous la double influence du pouvoir réglementaire et de la jurisprudence administrative et communautaire, le recours à l'EPIC local présente des avantages juridiques indéniables.

20 - Tout d'abord, depuis le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 « relatif aux régies chargées de l'exploitation d'un service public industriel et commercial local » [39], les EPIC sont dotés de statuts types auxquels les collectivités locales ne peuvent déroger [40]. Ce qui, *prima facie*, peut apparaître comme une contrainte, est en réalité un gage de sécurité juridique pour les collectivités locales qui disposent désormais d'un cadre stable et aisé à mettre en œuvre (V. en ce sens *CGCT, art. L. 2221-1 et s. et R. 2221 et s.*). Faciles à constituer (puisqu'elles sont créées par simple délibération, V. *CGCT, L. 2221-10*), sous le

33. V. *CE, 12 déc. 2003, n° 236442, Dpt Landes.*

34. V. *Rapp. Institut de la gestion déléguée : La régulation des services publics locaux, 10 févr. 2000. – Les services publics locaux dans les villes moyennes et leurs intercommunalités : Dexia et assoc. des maires des grandes villes de France, févr. 2006.*

35. *Cour des comptes, La gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement : janv. 1997*

36. V. notamment, *G. Terrien, Les évolutions de la gestion des services publics industriels et commerciaux locaux : JCP A 2008, 2237.*

37. V. *D. n° 2000-404, 11 mai 2000* relatif au rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'élimination des déchets.

38. V. par exemple en ce sens l'avis d'appel public à la concurrence lancé par la commune de Bonneville le 22 avril 2009.

39. *RFD adm. 2001, p. 1063.*

40. V. *TA Nancy, 5 nov. 2002, Préfet Vosges.*

contrôle absolu de la collectivité, et pouvant même dans ce cas de figure échapper à la règle de l'unité de trésorerie (V. *CGCT art. L. 2221-5-1*), les régies municipales gérant des SPIC offrent également aux collectivités une grande souplesse d'intervention dans la sphère économique. Ainsi, les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière [41] peuvent « *...dans les conditions prévues à l'article L. 2253-1 du Code général des collectivités territoriales, acquérir des participations financières dans les entreprises publiques, semi-publiques ou privées qui exercent une activité complémentaire ou connexe. La régie est habilitée à contracter des emprunts auprès de tous organismes prêteurs et auprès des particuliers. Elle peut acquérir ou faire construire des biens meubles et immeubles payables en plusieurs termes aux cédants et entrepreneurs* » [42]. Tout semble donc militer pour que les collectivités privilégient la gestion directe des SPIC par le biais d'un EPIC local au lieu de choisir une gestion déléguée.

21 - Ensuite, il faut bien reconnaître que le droit français continue d'offrir aux EPIC locaux des avantages concurrentiels réels. Ainsi, les Offices Publics de l'Habitat (OPH), qui sont des EPIC locaux, sont en situation de force lorsqu'ils candidatent, face à des opérateurs privés, à des opérations d'aménagement. Il est en effet certain que la confiance des élus locaux dans les OPH, la solvabilité garantie de ces opérateurs, leur expérience (en ce qu'ils succèdent aux OPAC), militent pour qu'ils soient prioritairement sélectionnés lors de la passation d'une concession d'aménagement. Identiquement, l'article L. 1411-12 du Code général des collectivités territoriales offre une échappatoire à la procédure de mise en concurrence normalement applicable lorsque la délégation d'un service public local « *...est confiée à un établissement public et à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement* ». Si des doutes subsistent sur la conformité de cette exception française au droit communautaire, le recours à l'EPIC local reste néanmoins particulièrement aisé et utile.

22 - Enfin, il convient de rappeler que l'EPIC local peut être un instrument puissant au service de l'intercommunalité (V. *CGCT, art. L. 2221-13*) permettant à une structure publique de prendre directement en charge, et pour l'ensemble de ses membres, les missions d'intérêt général qui sont habituellement soit exercées directement, soit déléguées à un opérateur privé. Présenté comme tel, l'EPIC intercommunal peut tirer profit des dernières évolutions jurisprudentielles de la Cour de justice. En effet, si la Cour du plateau du Kirchberg a récemment reconnu aux « intercommunales » (qui, en Belgique, sont des associations disposant d'une personnalité morale de droit public) la nature d'une structure dédiée pouvant répondre aux conditions de l'exception « in house » [43], il est certain qu'il en va de même de l'EPIC intercommunal qui est nécessairement sous le pluri contrôle des collectivités qui le dirigent, et qui réalise l'essentiel pour ne pas dire la totalité de ses activités au bénéfice desdites collectivités. Plus convaincante que la jurisprudence *Commune d'Aix-en-Provence* [44] (d'autant qu'il s'agissait en l'espèce d'une activité de service public administratif), la formule de l'EPIC intercommunal a donc toutes les chances de séduire les collectivités qui veulent exercer en commun des activités d'intérêt général (en échappant aux règles de la commande publique) ; donnant, par là même, un dynamisme nouveau à cette solution juridique.

23 - Certes, les avantages dont bénéficient les EPIC locaux n'ont pas encore été appréhendés par le droit communautaire et l'on peut s'interroger sur le point de savoir s'ils ne subiront pas le même sort que ceux reconnus aux EPIC nationaux une fois passés sous les fourches caudines de la Commission. L'avenir nous le dira.

24 - On le voit, légitime ou non, l'EPIC pose de nombreuses questions : quid des personnels, du patrimoine, de la fiscalité, de la concurrence, de la commande publique, de leur avenir ? C'est à l'ensemble de ces questions, et à quelques autres, que cette journée d'études se propose d'apporter des réponses.

41. Qui sont, rappelons-le : « des établissements publics locaux » comme en dispose l'article L. 2221-10 du Code général des collectivités territoriales.

42. *CGCT, art. R. 2221-42.*

43. *CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant A c/ Cne Uccle e.a.*

44. *CE, 6 avr. 2007, n° 284736, note M. Karpenschif, De l'utilité d'une association transparente : JCP A 2007, 2111.*

2198

Les EPIC face au droit de la commande publique

Étude rédigée par :
Christine MAUGÜÉ,
conseiller d'État, professeur associé à l'université de Paris I

1 - Le sujet qu'il m'a été demandé de traiter dans le cadre de ce colloque, les EPIC face au droit de la commande publique, appelle deux observations liminaires.

2 - La première observation repose sur un constat simple : on ne peut que relever, encore aujourd'hui, l'indétermination de la notion de commande publique.

3 - Cette notion est d'abord apparue dans la jurisprudence. Le Conseil constitutionnel l'a utilisée pour la première fois dans sa décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 sur la loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure, en dégageant le principe « d'égalité d'accès à la commande publique ». Un an plus tard, le Conseil constitutionnel a donné une portée contraignante à ce principe. Dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, il a consacré l'existence d'un droit commun de la commande publique auquel il ne pourrait être apporté que des dérogations limitées sous peine de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique et au bon usage des deniers publics. Cette réserve d'interprétation est à l'origine des critères restrictifs d'éligibilité aux contrats de partenariat. On constate qu'elle n'a pas pour autant fait obstacle à l'élargissement des critères d'éligibilité réalisé par la loi du 28 juillet 2008 [1], mais a conduit à la censure de la disposition introduisant une liste d'investissements présumés répondre à la condition d'urgence [2]. La notion de commande publique a par ailleurs été reprise par le Conseil d'État dans la décision *Sueur et autres* du 29 octobre 2004 [3] qui a rejeté le recours formé contre l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative au contrat de partenariat.

4 - La notion de commande publique a ensuite été consacrée par le droit positif, mais sans être davantage définie. Elle figure à l'article 1er du Code des marchés publics parmi les principes que doivent respecter les marchés publics et les accords cadres : les marchés publics et accords cadres « respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures » et « ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics », est-il indiqué dans cet article. C'est pour méconnaissance de l'exigence d'égal accès à la commande publique, d'où découlent les principes rappelés à l'article 1er du code, que le Conseil d'État a annulé l'article 30 du Code des marchés publics (dans sa version issue du décret du 7 janvier 2004), qui exemptait les marchés de service autres que ceux énumérés à l'article 29 de toute procédure de publicité et de mise en concurrence préalable [4]. L'article 2 de l'ordonnance n° 2007-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat a été modifié par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008 qui a introduit un troisième critère de recours aux contrats de partenariat : le critère de l'efficience économique, qui consiste à démontrer que le recours au contrat de partenariat « présente un bilan entre les avantages et les inconvénients plus favorables que ceux d'autres contrats de la commande publique ». Enfin la question de l'élaboration d'un code de la commande publique s'est récemment posée, à l'occasion de l'adoption de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés. Cette loi comportait un article habilitant le gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative d'un code de la commande publique, dans un délai de 18 mois (article 33). L'invalidation de cet article, issu d'un amendement parlementaire et regardé comme un cavalier législatif par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 12 février 2009 [5], repousse la perspective de la sortie de ce nouveau code. C'est en fin de compte par le contenu de ce code, s'il finit par voir jour le jour, que l'on pourra véritablement savoir ce qu'il faut entendre par commande publique.

5 - On utilisera, dans cette intervention, le sens commun de la notion de commande publique. Ce sens correspond à l'ensemble des contrats par lesquels les personnes publiques se procurent les moyens de répondre à leurs besoins et assurer leurs missions ou associent des tiers à l'exercice du service. Il inclut les marchés publics, les conventions de délégation de service public, les contrats de partenariat, certains baux emphytéotiques administratifs et certaines conventions domaniales.

1. En ce sens, *Cons. const., 24 juill. 2008, déc. n° 2008-567 DC.*
2. Au motif que cette présomption avait pour effet de limiter la portée de l'évaluation préalable et d'empêcher le juge d'exercer son contrôle sur le caractère d'urgence et, dès lors, 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.
3. *Rec. CE 2004, p. 393.*
4. *CE, 23 févr. 2005, n° 264712, n° 265248, n° 265281 et n° 265343, ATMMP : JurisData n° 2005-068145 ; Rec. CE 2005, p. 70.*
5. *Cons. const., 12 févr. 2009, déc. n° 2009-575.*

6 - La seconde observation tient à ce que ne sera évoquée, dans le cadre de cette intervention, que la situation des établissements publics à caractère industriel et commercial face à la passation des contrats de la commande publique. C'est au stade de leur participation à ces contrats, soit que les établissements en passent soit qu'ils se portent candidats pour leur obtention, que des questions se sont posées et que des évolutions ont eu lieu. En revanche il n'y a pas de difficulté particulière à mentionner en ce qui concerne l'exécution de ces contrats quand ils sont conclus par ou avec des EPIC. Les quelques aspects qui pourraient être évoqués (recours à l'arbitrage, règles de compétence juridictionnelle pour le contentieux de l'exécution) ne seront donc pas abordés dans le cadre de cette intervention, faute de temps.

7 - Les EPIC sont soumis au droit de la commande public publique à un double titre (1). Le droit de la commande publique institue par ailleurs des dérogations au profit des EP ou dont les EPIC sont susceptibles de bénéficier (2).

I. Les EPIC sont soumis au droit de la commande publique à un double titre

A. - Ils le sont d'abord en tant qu'acheteurs

1° Une différenciation des règles applicables selon les EPIC pour la passation des marchés publics

a) De la distinction entre EPIC nationaux et EPIC locaux...

8 - Une distinction a pendant longtemps dû être faite entre les EPIC nationaux et les EPIC locaux, en ce qui concerne le droit applicable à la passation de leurs marchés publics. Le Code des marchés publics inclut en effet depuis l'origine les EPIC locaux dans son champ d'application, alors qu'il n'est pas applicable aux EPIC nationaux. Il y a donc une différence ancienne dans le champ d'application des dispositions du Code des marchés publics aux établissements publics à caractère industriel et commercial. Cette différence devait certes être relativisée en prenant en considération le fait que certains EPIC nationaux, tels EDF ou la SNCF, s'étaient dotés eux-mêmes de règles pour la passation de leurs marchés. Mais il s'agissait là d'une contrainte que les établissements s'étaient imposés proprio motu, et non d'une obligation juridique extrinsèque.

b) ...à la distinction entre EPIC pouvoirs adjudicateurs et EPIC entités adjudicatrices

9 - Le droit communautaire a conduit à gommer en grande partie la différence de traitement ainsi faite entre EPIC nationaux et EPIC locaux en ce qui concerne le champ du droit des marchés publics, et à lui substituer une autre ligne de partage qui passe au sein des EPIC nationaux et des EPIC locaux. Les EPIC nationaux sont en effet soumis 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, qui transpose les règles issues des directives communautaires relatives aux marchés publics pour des personnes qui ne relèvent pas du Code des marchés publics en soumettant leurs marchés à des règles de passation et de mise en concurrence. Les EPIC de l'État ne sont pas désignés en tant que tels comme une catégorie d'organismes soumise à l'ordonnance mais sont susceptibles d'être regardés comme des organismes de droit public, et donc comme des pouvoirs adjudicateurs, ou, s'ils interviennent dans certains secteurs précisément délimités (aujourd'hui l'eau, l'énergie, les transports, les services postaux), comme des entreprises publiques au sens de ce texte, et donc comme des entités adjudicatrices. Les organismes de droit public et les entreprises publiques sont des catégories qui rentrent toutes deux dans le champ de l'ordonnance. La définition communautaire de l'organisme de droit public (organismes créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial) est large et inclut des organismes qui, en droit français, peuvent parfaitement avoir un caractère industriel et commercial. On ne peut donc faire de correspondance entre établissements publics à caractère administratif et organismes de droit public, d'une part, et établissements publics à caractère industriel et commercial et entreprises publiques, d'autre part. L'exemple des EPIC qui se sont développés dans le domaine culturel (Opéra national de Paris, théâtres nationaux, Réunion des musées nationaux, Centre des monuments nationaux) illustre que des EPIC peuvent fort bien constituer des organismes de droit public au sens que le droit communautaire a donné à cette notion.

10 - La question de la qualification des établissements publics comme pouvoirs adjudicateurs ou comme entités adjudicatrices se pose aussi au regard du Code des marchés publics, ce dernier procédant, depuis l'adoption du code de 2006, à une différenciation claire des règles applicables aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices. Le droit communautaire a, ce faisant, mis fin à l'approche organique traditionnelle, familière au droit français : il n'est plus possible de raisonner par catégorie d'organisme et il appartient à chaque établissement public de se demander s'il doit être regardé comme un pouvoir adjudicateur ou comme une entité adjudicatrice.

11 - On assiste donc, sous l'influence des directives communautaires sur les marchés publics, à un rapprochement des règles applicables à la passation des marchés des EPIC, alors qu'il y a encore 20 ans seuls les établissements locaux étaient soumis à des règles en ce domaine. Désormais la distinction passe entre les établissements qui sont pouvoirs adjudicateurs et ceux qui sont entités adjudicatrices. Les EPIC – pouvoirs adjudicateurs sont soumis à des règles plus contraignantes que les EPIC – entités adjudicatrices : les seuils ne sont pas les mêmes, les règles de procédure offrent davantage de souplesses pour les entités adjudicatrices. La qualification comme entité adjudicatrice constitue un enjeu réel pour les établissements publics comme, plus largement, pour les personnes publiques et pour les personnes privées susceptibles de relever de l'une ou de l'autre des directives communautaires. Le seul véritable enjeu de la soumission au Code des marchés publics plutôt qu'à l'ordonnance du 6 juin 2005 est l'application, pour les personnes relevant du Code, de règles applicables à l'exécution et au contrôle des marchés.

12 - Il convient cependant d'évoquer, pour être tout à fait complet, que du fait même du droit communautaire, certains EPIC sont susceptibles de ne plus être soumis à aucune contrainte pour la passation de leurs marchés. Tel est en effet le cas des EPIC – entités adjudicatrices intervenant dans des secteurs qui sont sortis de la directive secteurs spéciaux en raison de leur ouverture complète à la concurrence [6]. La SNCF envisage ainsi de faire procéder à la constatation de l'ouverture complète à la concurrence de son activité de fret. France Télécom aurait pu de la même façon, si l'entreprise avait encore le statut d'établissement public, bénéficier de cette disposition lors de la sortie des télécommunications, à l'occasion de la révision des directives marchés publics, des secteurs relevant de la directive 2004/17. Pour les établissements publics concernés, la distinction entre EPIC nationaux et EPIC locaux ne retrouvera pas pour autant de pertinence car les marchés passés par une entité adjudicatrice cessent d'être soumis à toute règle de passation, même si l'entité en cause est par ailleurs un pouvoir adjudicateur (ce qui est nécessairement le cas des entités qui entrent dans le champ du Code des marchés publics). En d'autres termes, une activité qui, devenue complètement concurrentielle, quitte le champ de la deuxième partie du Code des marchés publics (relative aux entités adjudicatrices) ne rentre pas

6. *PE et Cons. UE, dir. n° 2004/17, 31 mars 2004, art. 30 ; ord. 6 juin 2005, n° 2005-649, art. 31 : JO 6 juin 2005, p. 9999 ; CMP, art. 140.*

pour autant dans le champ de la première partie (relative aux pouvoirs adjudicateurs).

2° Une similitude des règles applicables pour la passation des autres contrats de la commande publique

13 - L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat est en revanche applicable à tous les établissements publics, y compris ceux à caractère industriel et commercial, sans qu'il y ait lieu de faire de distinction entre établissements nationaux ou locaux. La loi n° 2009-179 du 17 février 2009 a simplement étendu aux entités adjudicatrices relevant de l'article 4 de l'ordonnance du 6 juin 2005 (parmi lesquelles figurent de nombreux EPIC) la possibilité de libre choix des procédures entre dialogue compétitif, appel d'offres et procédure négociée qui ne leur avait pas été ouverte jusqu'alors.

14 - De la même façon, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite loi Sapin, relative aux conventions de délégation de service public, s'applique de façon identique aux établissements publics, sans qu'il y ait lieu de faire de différence selon qu'ils ont un caractère national ou local. Le statut d'établissement public local a simplement pour conséquence l'application de certaines règles spécifiques : présence d'une commission d'ouverture des plis, règles sur la composition de cette commission.

3° Un contentieux de la passation qui relève à la fois du juge judiciaire et du juge administratif

15 - Le principe est que les marchés passés en application du Code des marchés publics et les contrats de partenariat sont des contrats administratifs. Il en va de même des conventions de délégation de service public. Cette qualification résulte de la loi pour les marchés publics [7], de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 relative aux contrats de partenariat pour ces contrats et de la jurisprudence pour les conventions de délégation de service public.

16 - Les marchés relevant de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 sont quant à eux tantôt des contrats administratifs, tantôt des contrats de droit privé, par application des critères jurisprudentiels bien connus (clause exorbitante ou participation au service public). S'agissant des marchés passés par les EPIC, le principe est plutôt celui de la compétence judiciaire, faute pour leurs marchés de comporter de clause exorbitante ou de faire participer le cocontractant à l'exercice d'une mission de service public. Il existe d'ailleurs quelques ordonnances du juge judiciaire du référé précontractuel concernant des EPIC (ordonnances relatives à la SNCF, à RFF, à la RATP, à la Poste). On ne peut cependant manquer d'être frappé par le très faible nombre de ces décisions eu égard au grand nombre des marchés passés par ces établissements. Cela tient-il à la lenteur avec laquelle ces organismes ont pris conscience de leur soumission à des règles pour la passation de leurs marchés ? Ou bien au fait que les concurrents s'estimant évincés irrégulièrement hésitent à porter le litige devant un juge ? Ces deux facteurs ont sans doute joué simultanément.

B. - Ils le sont ensuite en tant que candidats à des commandes publiques

1° Les EPIC peuvent se porter candidats à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public...

17 - La question de la possibilité pour une personne publique de candidater à un marché public ou à une délégation de service public n'a été résolue que récemment. Tel est l'apport de l'important avis contentieux du 8 novembre 2000 *Société Jean-Louis Bernard Consultants* [8], qui élargit la portée de la décision *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau* rendue quelques jours auparavant à propos des délégations de service public [9]. Cet avis tranche la question de la faculté pour un établissement public de se porter candidat à l'attribution d'un marché public. Il énonce qu' « Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ».

18 - Le contenu de cet avis est à l'origine d'une clarification, dans le Code des marchés publics (depuis le code de 2001), du champ d'application des règles édictées. Depuis cette date, le code indique que les marchés sont des contrats conclus avec « des opérateurs économiques publics ou privés ». On retrouve la même clarification dans l'ordonnance du 6 juin 2005 relative aux marchés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au Code des marchés publics.

19 - De la même façon, l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat n'exclut pas qu'un contrat de partenariat soit attribué à une personne publique.

2° ...mais sous deux réserves

20 - La première réserve tient à ce que les EPIC, comme tout établissement public, sont soumis au principe de spécialité. Ils ne peuvent donc candidater pour des marchés publics qui les conduiraient à sortir de leur spécialité.

21 - La seconde réserve résulte de l'avis de 2000 précité. Cet avis rappelle en effet la nécessaire application des exigences de l'égal accès aux marchés publics et du principe de liberté de la concurrence. Si, a considéré le Conseil d'État, il n'y a pas atteinte au jeu de la concurrence du seul fait du statut fiscal et social des établissements publics, l'avis précise les conséquences de l'application de ces exigences et de ce principe quant au prix proposé par l'établissement. L'intervention de l'établissement public ne doit pas être de nature à fausser le principe de liberté de la concurrence. L'avis donne un véritable mode d'emploi pour apprécier concrètement l'égalité de concurrence : la personne publique doit prendre en compte, pour présenter son offre, l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de sa prestation, sans que l'établissement puisse disposer, pour déterminer ce prix, des avantages découlant des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public.

22 - On peut évoquer, faisant application de ces principes, le jugement du tribunal administratif de Dijon du 20 février 2003 [10] à propos d'un marché d'études attribué par le district de l'agglomération dijonnaise à l'IGN [11], et celui du tribunal administratif de Limoges du 16 octobre 2008 [12]. Ces jugements relèvent que les établissements publics ne sont pas tenus de produire une compatibilité analytique mais qu'il leur appartient de pouvoir justifier des modalités de fixation de leur prix.

7. *L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001*, dite loi MURCEF, *art. 1.*

8. *Rec. CE 2000, p. 492.*

9. *CE, 16 oct. 2000, n° 212054 : JurisData n° 2000-061187 ; Rec. CE 2000, p. 422.*

10. *TA Dijon, 20 févr. 2003, n° 99245, Sté J.-Bernard Consultants.*

11. *BJCP 2003, p. 276*

12. *TA Limoges, 16 oct. 2008, Féd. rég. travaux publics Limousin c/ Cne Bussière-Dunoise : Contrats-Marchés publ., avril 2009, comm. 125.*

2. Le droit de la commande publique institue des dérogations au profit des EP ou dont les EPIC sont susceptibles de bénéficier

A. - Une dérogation improbable : les EPIC n'étant pas des opérateurs sur un marché concurrentiel

23 - Comme les directives communautaires, le Code des marchés publics ne s'applique que si les marchés sont conclus avec des opérateurs économiques. Certains opérateurs, compte tenu de la nature de la prestation qu'ils réalisent et des conditions particulières dans lesquelles ils exercent leur activité, ne sauraient être regardés comme un opérateur sur un marché concurrentiel. Il n'y a donc pas lieu, pour les personnes publiques, de faire précéder les contrats passés avec ces organismes de règles de publicité et de mise en concurrence. On trouve une décision récente faisant application de cette exception au contentieux : l'arrêt de section du Conseil d'État du 6 avril 2007 [13], a fait la théorie des conditions dans lesquelles une personne publique peut ne pas procéder à une mise en concurrence pour assurer la dévolution d'un service public à un tiers. Tel est le cas, relève l'arrêt, lorsque le tiers, « eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions dans lesquelles il l'exerce, ne saurait être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel ».

24 - Mais une telle hypothèse est rare. En principe une personne publique qui procède à des achats s'adresse à des opérateurs sur des marchés effectivement ou potentiellement concurrentiels. On ajoutera que l'on ne peut identifier des opérateurs qui, par nature, ne relèveraient pas d'un marché concurrentiel : il faut pour cela procéder à une analyse au cas par cas.

25 - A priori, les EPIC ne seront jamais dans ce cas, puisque précisément ils fonctionnent dans des conditions concurrentielles. Leurs modalités d'organisation et de fonctionnement constituent en effet un des éléments de caractérisation de ces établissements, lorsque leur qualification ne résulte pas de loi ou qu'aucun texte ne les qualifie [14].

B. - Une dérogation susceptible de jouer : les EPIC en situation de monopole ou détenant des droits exclusifs

26 - L'article 41 de la loi Sapin et, pour les collectivités territoriales, l'article L 1411-12 du Code général des collectivités territoriales écartent l'application des règles de mise en concurrence aux délégations de service public attribuées dans deux cas principaux : lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise ; et lorsque ce service est confié à un établissement public, à condition que l'activité déléguée figure expressément dans les statuts de l'établissement.

27 - Cette exclusion est logique. Il n'y a pas de sens, en effet, de procéder à une mise en concurrence des délégations attribuées dans de tels cas. Il reste qu'est susceptible de se poser la question de la soumission des actes procédant à l'habilitation des entreprises ou des établissements publics à d'éventuelles règles de publicité et de mise en concurrence. Le principe de transparence, issu de la jurisprudence communautaire *Telaustria* du 7 décembre 2000, doit-il conduire à faire précéder ces actes d'une publicité préalable ? La question n'est à ce jour pas tranchée. En cas de réponse positive, c'est la compatibilité de la disposition de l'article 41 b) de la loi Sapin avec le droit communautaire qui serait directement mise en cause.

28 - L'inapplication du régime législatif issu de la loi Sapin n'a lieu bien sûr de jouer, s'agissant des établissements publics, que pour autant que sont en cause des établissements de la collectivité de rattachement. En revanche, comme le constate à juste titre une réponse ministérielle, les régies communales ou intercommunales qui ont le statut d'établissement public et qui sont délégataires de collectivités locales autres que celles de rattachement ne bénéficient pas de régime d'exonération et sont dès lors soumises à la procédure de passation prévue par la loi [15].

C. - Une dérogation également possible : les EPIC étant dans une relation « in house » avec des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices

29 - La jurisprudence communautaire admet qu'il n'y a de marché que conclu entre deux personnes juridiquement distinctes. Il est cependant des cas où un pouvoir adjudicateur et son cocontractant, bien que juridiquement distincts, entretiennent des relations si étroites qu'on peut les assimiler à deux services relevant d'une même personne. Le pouvoir adjudicateur peut dès lors passer librement commande sans procéder à une publicité et à une mise en concurrence. Cette exception est toutefois subordonnée à des conditions strictes : le cocontractant doit être le simple prolongement de la personne publique. Cela suppose, selon les critères énoncés par l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 [16] qui le premier a admis l'exception des marchés « in house », qu'il soit soumis à un contrôle de la personne publique analogue à celui exercé sur ses propres services et qu'il ne reçoive, sauf hypothèse marginale, commande que d'elle.

30 - Cette exception, dite exception « in house » ou encore des prestations « intégrées » ou « contrats-maison », vaut aussi bien pour les marchés publics que pour les délégations de service public. La décision *Commune d'Aix-en-Provence* précitée a en effet transposé la logique de cette exception en assimilant à une gestion directe du service, excluant la mise en concurrence, le cas dans lequel les personnes publiques créent pour gérer le service public « 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 ». Et la décision fait une application positive de cette exception pour l'association à laquelle l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont confié la gestion du festival international d'Aix-en-Provence.

31 - La jurisprudence de la Cour de justice relative à l'application de l'exception des « prestations in house » est particulièrement stricte. La Cour considère que le critère du « contrôle analogue » ne peut jouer que pour des prestations réalisées avec d'autres personnes publiques ou par une société aux capitaux entièrement publics [17]. En revanche le critère n'est pas rempli pour une société anonyme, même contrôlée par une personne publique, car le simple fait qu'il y ait un actionnaire privé, même très minoritaire, empêche, aux yeux de la Cour, qu'il y ait un contrôle analogue à celui exercé sur les propres services [18].

32 - Une telle exception est malgré tout envisageable dans le cas des relations entre une collectivité publique et un de ses établissements publics dépourvu, en droit et en fait, de toute autonomie. La logique des prestations intégrées correspond bien aux relations nouées entre une collectivité publique et un établissement public

13. *CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, Cne Aix-en-Provence : Rec. CE 2007, p.155.*

14. *CE, ass., 16 nov. 1956, Union synd. industries aéronautiques : Rec. CE 1956, p.434.*

15. *Rép. min. n° 12055 : JO Sénat Q 25 janv.1996, p. 154.*

16. *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal.*

17. Cas des régies locales ou des sociétés publiques locales d'aménagement créées par l'article 20 de la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement.

18. *CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle. – CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen Gmbh.*

qu'elle a créé pour l'exercice d'une mission d'intérêt général. La Cour de justice des communautés européennes a ainsi admis, dans l'arrêt *ASEMFO* son premier arrêt faisant une application positive de la jurisprudence *Teckal*, que cette exception pouvait jouer pour une entreprise publique à capitaux entièrement publics, simple « moyen instrumental » et service technique de plusieurs personnes publiques à l'égard desquelles elle ne dispose d'aucune liberté (notamment pour refuser leurs commandes ou fixer ses tarifs) et qui réalise presque 90 % de son activité pour elles [19]. La Cour de justice considère donc que le critère du contrôle peut être satisfait même en cas de pluralité de pouvoirs adjudicateurs contrôlant un même organisme dédié. La Cour a par la suite confirmé l'assouplissement de sa jurisprudence, dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008 [20], à propos du transfert de la gestion d'un service public d'une collectivité à une société coopérative intercommunale, et, encore plus récemment, dans l'arrêt Commission c/ Allemagne du 9 juin 2009 [21], à propos d'une mesure interne de collaboration entre autorités publiques.

33 - Des cas de relations « in house » entre une personne publique et un EPIC sont susceptibles d'être rencontrés avec le développement des EPIC locaux. Tel est en particulier le cas pour les régies dotées de la personnalité morale et de l'autonomie financière, qui peuvent gérer des services d'intérêt public à caractère industriel et commercial [22]. Ainsi les relations entre la Ville de Paris et le nouvel EPIC, Eau de Paris, qu'elle a créé pour procéder à la remunicipalisation du service de distribution des eaux relèvent vraisemblablement de l'exception du « in house ». La possibilité de bénéficier de cette exclusion de l'application des règles de concurrence peut sans doute contribuer à expliquer le regain d'intérêt auquel on assiste aujourd'hui en faveur des EPIC locaux.

19. *CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, ASEMFO.*
20. *CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, Coditel Brabant.*
21. *CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, Comm. CE c/ Allemagne.*
22. *CGCT, art. L. 2221-1 et L. 2221-4.*

2199

Les EPIC face à leurs personnels. De la différenciation à l'indifférenciation

Étude rédigée par :
Christian-Albert GARBAR,
professeur agrégé de droit public (LERAD) – université François Rabelais (Tours), doyen honoraire de la faculté de droit, d'économie et des sciences sociales

1 - La situation juridique des personnels des EPIC est une question souvent mal connue du profane, voire même, en raison des curiosités juridiques qu'elle recèle, d'un grand nombre de juristes. Complexe dès l'origine, malgré la simplicité apparente des principes jurisprudentiels fondateurs des SPIC, elle n'a fait, au fil des nombreuses réformes qui l'ont affectée, que se compliquer de plus en plus pour atteindre dans certains cas un degré extrême de sophistication qui ne facilite ni son approche théorique ni le fonctionnement harmonieux des relations du travail dans les entreprises concernées.

2 - Pour décrire les grandes lignes de son évolution – en précisant que cette étude se limitera aux personnels des EPIC nationaux (comme La Poste, la SNCF, la RATP, le CEA ou l'ONF, pour prendre quelques exemples significatifs) – il est tentant de faire le parallèle avec celle de la fonction publique, même si leurs configurations juridiques – originelles et actuelles – sont loin de se confondre. En effet, en simplifiant à l'extrême, qu'il s'agisse des personnels de l'administration ou de ceux des EPIC, l'on s'est trouvé en face de la même alternative : soit choisir la logique de la différenciation, qui conduit à se démarquer du droit du travail [1], soit opter pour celle de l'indifférenciation qui amène à l'inverse à s'en rapprocher le plus possible. Et comme pour la fonction publique, l'on a d'abord assez souvent préféré, pour « gérer » les personnels des EPIC, la voie de la différenciation, avant, conformément aux réquisits de la vulgate libérale, de se diriger progressivement, et parfois dans une certaine confusion, vers celle de l'indifférenciation.

1. Droit privé du travail et non droit commun du travail selon la formule consacrée, car le droit administratif paraît tout aussi commun que le droit privé (V. en ce sens, *F. Melleray, C. Maugüé et A. Courrèges, Code du travail et personnes publiques : AJDA 2008, p. 855*).

3 - C'est donc dans cet ordre (différenciation/indifférenciation), assez fidèle à la chronologie, que sera présenté l'état du droit applicable aux personnels des EPIC.

1. La différenciation : la démarcation initiale du droit du travail

4 - Certes, au début du XX[e] siècle, la jurisprudence de Robert Lafrégeyre de 1923 [2] tire toutes les conséquences de la création des SPIC : leur personnel est un personnel de droit privé, sous réserve des agents occupant des fonctions de direction, qui se réduiront ultérieurement au détenteur du plus haut emploi et au comptable, s'il a la qualité de comptable public [3].

5 - Mais ce principe, s'il est appliqué dans un certain nombre d'EPIC [4], souffre assez rapidement des exceptions législatives de taille, puisque l'on voit apparaître dans les plus grandes entreprises publiques constituées sous cette forme juridique, non seulement un personnel statutaire de droit privé plus proche de la fonction publique que du droit du travail, mais encore un personnel de droit public.

A. - Les personnels statutaires de droit privé [5]

6 - La création de cette catégorie de personnels est historiquement datée : même si le procédé du statut existait avant la seconde guerre mondiale (statuts des compagnies privées d'électricité, des compagnies maritimes, ou encore des compagnies de chemin de fer), il est d'abord et avant tout contemporain de la Libération où il est lié à la nationalisation de larges secteurs de l'économie, et plus spécifiquement des secteurs de l'énergie et des transports, c'est-à-dire d'activités de service public. C'est ce qui explique que la « vague statutaire » ait largement touché les EPIC, souvent considérés alors comme le meilleur moyen de gérer un service public industriel et commercial.

7 - Le statut du mineur et celui du personnel des industries électriques et gazières sont édictés en 1946, celui de la RATP en 1949, puis après la loi du 11 février 1950 sur les conventions collectives créant la catégorie des entreprises publiques à statut soustraites à la négociation collective, ce sera le tour d'autres établissements publics, comme Aéroports de Paris (ADP), considéré par la jurisprudence comme un établissement public à double visage. Certes le système statutaire n'a pas concerné que des EPIC, puisque des entreprises publiques sous forme de sociétés ont également été dotées au début de la IV[e] République de statuts du personnel : la Transat et les Messageries Maritimes, devenues ultérieurement Compagnie Générale Maritime (CGM, privatisée en 1996), Air-France (privatisée en 2004) et la SNCF, qui, il est vrai, a rejoint depuis 1982 le camp des EPIC (cependant que, plus récemment, ADP, EDF et GDF devenaient quant à elles des sociétés, GDF étant privatisée en juillet 2008).

8 - Ce système avait une logique, tant au plan du procédé d'édiction que du contenu des statuts : il s'agissait, dans la perspective de la reconstruction, alors que l'on allait demander des sacrifices à ces personnels des services publics de l'énergie et des transports, de ne pas les loger à la même enseigne que les salariés ordinaires, et de leur octroyer, en compensation des obligations auxquelles on allait les astreindre, un régime plus favorable que le droit du travail.

9 - Par la suite, sous la V[e] République, de nouveaux statuts furent édictés, mais avec d'autres motivations. Il s'agissait le plus souvent d'opérer une transition douce entre le système de la fonction publique et celui du droit du travail, au moment de la transformation de services publics administratifs gérés en régie en SPIC gérés par des sociétés en passant par le stade intermédiaire de l'EPIC, comme l'a montré notamment le cas de l'audiovisuel public.

10 - La catégorie juridique des personnels statutaires de droit privé est originale. D'une part en effet, il s'agit bien de salariés, comme l'ont reconnu quasi simultanément en 1950 le Conseil d'État et la Cour de cassation [6], l'existence d'un statut n'excluant pas celle de contrats individuels conclus dans son cadre, et relevant donc pour les conflits du travail, du juge judiciaire. Mais d'autre part, il s'agit de salariés *sui generis*, qui ne sont pas placés sous le régime des conventions et accords collectifs, mais régis, avec l'autorisation du législateur, par un statut, acte administratif réglementaire, le plus souvent « négocié », pris soit sous forme de décret (CDF, EDF-GDF), soit sous la forme d'un acte innommé pris par l'entreprise elle-même (RATP, SNCF), dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif et dont le contenu s'inspire très fortement de celui de la fonction publique, notamment en ce qui concerne la carrière, parfois l'impossibilité du licenciement économique, ou encore le droit disciplinaire et la représentation du personnel. À ce statut s'ajoutent en outre les excroissances de la réglementation interne, c'est-à-dire toute une série d'actes unilatéraux complétant et développant le statut, et qui peuvent également avoir la nature d'actes administratifs.

11 - On trouve cependant aussi dans ces EPIC des personnels contractuels de droit privé hors statut, qui sont aux personnels statutaires ce que les contractuels de droit public sont aux fonctionnaires.

B. - Les personnels de droit public

12 - Si l'exception jurisprudentielle concernant les comptables publics et les titulaires du plus haut emploi dans les EPIC est quantitativement négligeable, celle d'origine législative est d'une tout autre ampleur. Certes, jusqu'en 1991, elle ne recouvrait que deux catégories d'agents : il s'agissait, soit de fonctionnaires qui avaient choisi de conserver leur statut initial et avaient été placés dans un corps en extinction après transformation de leur service en EPIC (SEITA, RTF), soit de fonctionnaires constituant le personnel principal d'entreprises publiques créées *ex nihilo* comme les Offices d'intervention agricole, « faux EPIC » gérant en réalité des SPA. N'étaient donc concernées que de petites entreprises publiques ne dépassant pas une dizaine de milliers d'agents.

13 - Mais à partir du 1[er] janvier 1991, le champ de l'exception législative s'est très largement accru. Ainsi la loi du 2 juillet 1990 a transformé ces régies administratives de l'État qu'étaient alors La Poste et France Télécom en « exploitants publics », c'est-à-dire en EPIC, mais a permis que le personnel dominant reste fonctionnaire (même s'il était désormais possible de recruter du personnel de droit privé) : environ 400 000 fonctionnaires ont alors rejoint le personnel des EPIC. Toutefois, il est juste de préciser que certaines dérogations ont été apportées au statut de la fonction publique, et que si quelques fonctionnaires ont préféré conserver leur statut d'origine, la grande majorité d'entre eux a accepté ce nouveau système.

14 - À La Poste, la seule des deux entreprises à avoir conservé – encore pour quelque temps – son statut d'EPIC (France Télécom a été transformé en société publique en 1996 et privatisée en 2004), le régime juridique dominant reste en principe celui de la fonction publique, avec ses spécificités : recrutement par concours, avancement au choix et à l'ancienneté, impossibilité de négocier, du moins en abou-

2. *CE, 26 janv. 1923, de Robert Lafrégeyre : GAJA n° 40.*

3. *CE, sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau, Rec. CE 1957, p. 158.*

4. Tel le CEA, assujetti au droit du travail et à une convention collective.

5. *V. J. Chorin, Le particularisme des relations du travail dans les entreprises publiques à statut : LGDJ, BD Priv. t. 245, 1994, p. 568. – F. Debord, Le droit du travail applicable aux entreprises publiques : thèse Lyon II, 1994, dactyl. – Ch.-A. Garbar, Le droit applicable au personnel des entreprises publiques : LGDJ, 1996, BD Pub. t. 175, p. 588. – N. Maggi-Germain, Négociation collective et transformations de l'entreprise à statut, LGDJ, BD Soc. t. 30, 1996.*

6. *CE, 10 mars 1950, Mathieu, Rec. CE 1950, p. 155. – Cass. soc., 12 juill. 1950, Ardouin : D. 1950, p. 665, note Blaevoët.*

tissant à de véritables accords à valeur juridique, modalités particulières de représentation du personnel (CTP et CAP). L'on ajoutera en outre, qu'à titre transitoire, La Poste compte encore quelques contractuels de droit public.

15 - Au total, si le législateur a parfois souhaité définitivement affranchir certains EPIC du régime des conventions collectives au profit de celui de la fonction publique, il a également souvent maintenu ce dernier – La Poste en est un exemple significatif – à titre provisoire, pour préserver la paix sociale et opérer ainsi une transition douce sur une longue période vers le droit du travail.

16 - Comme le montre l'existence de personnels statutaires de droit privé et de fonctionnaires dans les EPIC, la théorie de la différenciation s'applique donc encore aujourd'hui, mais elle est de plus en plus concurrencée par la théorie contraire de l'indifférenciation.

2. L'indifférenciation : l'application croissante du droit du travail

17 - Sous l'influence des idées libérales, de la doxa managériale et des pressions européennes, la théorie de l'indifférenciation connaît un éclatant renouveau. Non seulement un nombre croissant de personnels a été soustrait à l'application des statuts (par les procédés de la privatisation, de la filialisation, de l'externalisation, ou, comme à La Poste, du recrutement de contractuels de droit privé plutôt que de fonctionnaires). Mais encore le droit des personnels statutaires a été banalisé sous la double influence des textes et de la jurisprudence.

A. - Le rôle des textes

18 - L'on retiendra trois exemples significatifs pour illustrer cette banalisation.

19 - Le premier est celui de la représentation du personnel. Le législateur, dès la loi du 28 octobre 1982, a aligné les personnels statutaires de droit privé sur le droit du travail (comités d'entreprise et délégués du personnel), tout en permettant des adaptations par décret [7]. À La Poste, la banalisation est moins sensible, car les instances de type fonction publique ont été conservées, la loi du 2 juillet 1990 excluant même expressément pour ses salariés de droit privé l'application des dispositions du Code du travail relatives aux représentants du personnel, bien qu'elle prévoie toutefois par décret en Conseil d'État leur représentation dans les instances existantes. Mais, la loi du 20 mai 2005 sur la régulation postale [8] institue une commission d'échanges sur la stratégie et une commission de dialogue social, instances d'information et de concertation.

20 - Le second exemple est celui de la négociation. Depuis la loi du 13 novembre 1982, le Code du travail permet dans les entreprises à statut le développement d'une contractualisation subsidiaire, l'article L. 134-1 alinéa 3, devenu L. 2233-2, disposant que « *des conventions et accords d'entreprise peuvent compléter les dispositions statutaires ou en déterminer les modalités d'application dans les limites fixées par le statut* » [9]. Cette légalisation pose toutefois un problème d'articulation entre normes statutaires et normes conventionnelles, car si le Code du travail consacre le principe de primauté du statut ou de non-contrariété des accords avec le statut, l'interprétation de ce principe n'est pas encore parfaitement claire, la jurisprudence estimant que ces compléments au statut ne doivent pas dépasser un certain seuil de complémentarité [10], mais n'ayant pas encore réglé la question de savoir s'il faut appliquer le principe de faveur [11]. Pour les personnels hors statut en revanche, rien ne s'oppose en principe à la négociation prévue par le Code du travail, sauf peut-être la pratique des entreprises elles-mêmes, les syndicats préférant souvent que cette catégorie de personnel soit régie, comme à la SNCF, par un acte de la réglementation interne plutôt que par une convention.

À La Poste où cohabitent fonctionnaires et contractuels de droit privé, la négociation ne devrait concerner que ces derniers, régis par une convention collective, commune initialement à la Poste et France Télécom, et appelés dans un proche avenir, aux termes de l'article 26 de la loi du 20 mai 2005, à l'être par une convention de branche. Les fonctionnaires en revanche, conformément au droit de la fonction publique, ne sont pas autorisés à conclure de véritables accords. Pourtant la loi du 2 juillet 1990, dans un article 31-2 créé par la loi sur la régulation des activités postales, précise que « *La Poste recherche par la négociation et la concertation la conclusion d'accords avec les organisations syndicales dans tous les domaines sociaux afférents à l'activité postale* », ce qui inclut les fonctionnaires, comme le montre la pratique assez développée de la négociation (droit syndical, temps de travail).

21 - Enfin *last but not least*, doit être également retenu comme exemple de cette banalisation, le régime de retraites : alors que la réforme initiée par la loi du 21 août 2003, qui avait partiellement aligné le régime des retraites de la fonction publique sur celui du secteur privé, avait ignoré les régimes spéciaux des entreprises publiques à statut, une série de décrets pris pendant l'année 2008 [12] a procédé à leur harmonisation avec le régime de la fonction publique, première étape probable vers un alignement futur des deux régimes sur celui du droit privé.

B. - Le rôle de la jurisprudence

22 - Il a surtout concerné les personnels des entreprises à statut et l'évolution qui s'est dessinée au fil du temps consacre une inexorable extension de la compétence du juge judiciaire et de l'application du Code du travail.

23 - En théorie, la répartition des compétences, gouvernée par le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires, devrait être la suivante : au juge judiciaire la compétence pour interpréter et appliquer les règles, légales et conventionnelles relatives au personnel statutaire de droit privé, et pour apprécier la légalité des accords complétant et développant le statut ; au juge administratif celle pour apprécier la légalité des statuts et des actes de la légalité interne, c'est-à-dire leur régularité par rapport à la loi, la constitution [13] ou les traités [14].

24 - Mais d'une part cette frontière est loin d'être respectée : en effet, le juge judiciaire ne craint pas de contourner la règle de la séparation des autorités administratives et judiciaires, lorsqu'en cas de conflit du statut avec le Code du travail, il détermine la norme la plus favorable, ou lorsqu'il contrôle la conventionnalité des statuts [15]. Et d'autre part elle se déplace de plus en plus à son profit, puisqu'il se

7. *J. Chorin, L'adaptation de la législation de la représentation du personnel dans les entreprises à statut : Dr. soc. 1990, p. 886.*
8. JO 21 mai 2005, p. 8825.
9. La loi du 10 février 2000 permet également à EDF et à GDF (ainsi qu'à toutes les entreprises privées intervenant dans ce secteur) d'accéder à la négociation de branche.
10. *Cass. soc., 12 juill. 1999, EDF et GDF c/ Féd. nat. CGT du personnel des industries de l'énergie et autres : RJS 1999, p. 724, n° 1161.*
11. *V.* toutefois en ce sens, *TGI Paris, 22 nov. 1983 : Dr. ouvrier 1985, p. 102.*
12. *V.* notamment *D. n° 2008-47, 15 janv. 2008* relatif à la SNCF : *JO 16 janv. 2008 p. 814. – D. n° 2008-48, 15 janv. 2008* relatif à la RATP : *JO 16 janv. 2008 p. 818. – D. n° 2008-69, 22 janv. 2008* relatif au personnel des industries électriques et gazières : *JO 23 janv. 2008 p. 1198.*
13. *CE, 2 juill. 2008, n° 309647, Francis D. : Dr. adm. 2008, p. 31, note F. Melleray.*
14. *CE, 6 déc. 2006, n° 291473, Boissière : AJDA 2007, p. 157.*
15. *Cass. soc., 18 déc. 2007, RATP c/ Somazzi : RFD adm. 2008, p. 499, note X. Dupré de Boulois ; JCP G 2008, II, 10023, note D. Jacotot ; RDT 2008, p. 393, obs. M. Schmitt.*

reconnaît désormais compétent pour apprécier la légalité des actes unilatéraux des entreprises concernant les conditions d'emploi des personnels des EPIC [16], ce qui n'est que faiblement compensé par la compétence implicite récemment attribuée par le Tribunal des conflits au juge administratif pour apprécier la régularité des actes conventionnels dès l'instant qu'ils concernent l'organisation du service public [17]. Alors que la tendance de la jurisprudence était de considérer que les statuts édictés par les entreprises et les actes de la réglementation interne étaient toujours liés à l'organisation du service public, ce qui avait consacré l'extension de la compétence du juge administratif, elle est plutôt aujourd'hui de dissocier les conditions de travail et les mesures d'organisation du service public, seules les secondes relevant de la compétence administrative, les premières, c'est-à-dire l'essentiel du contenu des statuts (sauf ceux pris par décret) et de la réglementation interne, tombant ainsi dans l'escarcelle du juge judiciaire.

25 - L'extension de compétence au profit de ce dernier n'entraîne sans doute pas *ipso facto* l'application du Code du travail, mais elle peut cependant y contribuer, renforçant une tendance qui est désormais à l'œuvre dans les deux ordres de juridictions, surtout depuis que, le Code ayant dépassé certaines dispositions statutaires, les agents en ont logiquement réclamé l'application devant le juge.

26 - Dans un premier temps, les deux ordres de juridiction se sont opposés assez radicalement : tandis que le juge judiciaire défendait l'idée d'une application de principe du Code du travail, que le champ d'application des dispositions du Code inclue ou non les entreprises publiques, le juge administratif n'acceptait cette application – et encore sous l'importante réserve des nécessités du service public – que dans la première hypothèse. En revanche lorsque le champ d'application des dispositions du Code n'avait pas été défini, le juge administratif ne les jugeait applicables qu'à travers le filtre des principes généraux du droit du travail (et sous réserve là encore des nécessités du service public), une jurisprudence inaugurée par l'arrêt *Billard* [18] de 1988 en matière de sanctions pécuniaires. Mais progressivement les juridictions ont fini par s'accorder au bénéfice global de la théorie de l'application du droit du travail. En effet, d'une part, elles appliquent le Code du travail lorsque ses dispositions incluent les entreprises publiques [19], avec une réserve différente – les nécessités du service public pour le Conseil d'État et le principe de faveur pour la Cour de cassation [20]. Et d'autre part, si la Cour de cassation a rejoint la Haute juridiction administrative en renonçant à la thèse de l'applicabilité de principe des dispositions du Code du travail au champ d'application non défini, pour lui préférer celle de l'applicabilité de principe du statut [21], le Conseil d'État, quant à lui, parmi les nouveaux principes généraux du droit du travail dégagés depuis 1988, a surtout « découvert » celui de l'immutabilité des contrats de travail [22], qui aboutira probablement à terme à rendre illégales nombre de dispositions des statuts et de la réglementation interne.

27 - Il ne faut malheureusement pas compter sur le législateur pour régler la question de l'applicabilité du Code du travail au personnel statutaire, comme le montre notamment l'article L. 1211-1 *(ex. L. 120-1)* : si celui-ci pose le principe que les dispositions relatives au contrat de travail seront désormais applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé – donc à celui de la plupart des EPIC – il contient une réserve (« *les dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel* ») qui en limite considérablement la portée.

28 - Cette dialectique différenciation/indifférenciation à l'œuvre dans les EPIC compose donc pour l'heure un ensemble assez hétéroclite, puisque l'on ne compte en effet pas moins de quatre catégories différentes de personnels : des personnels statutaires de droit privé, des personnels contractuels de droit privé, des personnels fonctionnaires, et des contractuels de droit public. On peut évidemment se satisfaire de ce patchwork juridique, en estimant pragmatiquement qu'il n'est pas scandaleux que chaque EPIC possède un régime du personnel spécifique, adapté à sa nature et à sa « culture d'entreprise ».

29 - On peut aussi le déplorer et imaginer un régime de l'EPIC (si cette catégorie juridique n'est toutefois pas appelée à disparaître) sinon unifié, du moins harmonisé. Mais celui qui semble s'annoncer sous les couleurs de l'indifférenciation ne suscite pas nécessairement l'enthousiasme, l' « *univers à deux dimensions* » [23] vers lequel il conduit inéluctablement ayant tendance à « raplatir » quelque peu le problème posé. Ne risque-t-on pas d'oublier en effet la troisième dimension du secteur public de service public, laquelle devrait se traduire – c'était là tout l'apport des « statuts de droit privé » – par un équilibre entre obligations et garanties pour les personnels ? Certes l'on peut consentir à l'abandon du tiers secteur des relations du travail dans les entreprises à statut, et à son remplacement, comme dans de nombreux pays de l'Union européenne, par la solution de l'alignement sur le droit du travail et de la diffusion de considérations d'intérêt général dans l'ensemble du spectre des relations de travail [24]. Mais à condition qu'elle ne se traduise ni par la dégradation des garanties sociales des personnels, ni par celle du service public.

16. *Cass. soc., 1er juin 2005, RATP c/ CFDT-RATP ; JCP S 26 juillet 2005, n° 5, note Bernard Gauriau, p. 27 ; Dr. soc. 2005, p. 1064, note C. Radé ; Dr. ouvrier 2005, p. 549, note Francis Saramito.*

17. *T. confl., 15 déc. 2008, Voisin c/ RATP et M. Kim c/ Établissement français du sang : AJDA 2009, p. 365, chr. de jur.*

18. *CE, ass. 1er juill 1988, Billard et Volle, Rec. CE 1988, p. 268 ; V. références complètes GAJA n° 92.17.*

19. *Cass. soc. 12 juill. 2006, EDF-GDF c/ Billères : Dr. ouvrier 2007, p. 238, note F. Saramito.*

20. *CE, ass., 7 juill. 1995, Damiens : AJDA 1995, p. 757, chr. de jur. p. 692 ; CJEG 1995, p. 449, concl. Bonichot. – Cass. soc., 17 juill. 1996, SNCF c/ Boj et EDF c/ Filoni : Dr. soc. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen, p. 1054, note Jean Savatier ; JCP G, 1997, II, 22798, note J. Chorin.*

21. *Cass. soc., 22 févr. 2000, Mme Andreux c/ Air-France : Bull. civ. V, n° 72, p. 58 ; Dr. soc. 2000, p. 665, note C.-A. Garbar. – Cass. soc. 23 janv. 2007, Thomas c/ SNCF : JCP S 2008, n° 6, p. 30, note T. Lahalle ; Dr. ouvrier 2007, p. 381, note F. Saramito.*

22. *CE, ass., 29 juin 2001, Philippe Berton : Dr. soc. 2001, p. 948, concl. S. Boissard ; Mélanges Benoît Jeanneau, Dalloz 2002, p. 117, note C.-A. Garbar ; RJEP / CJEJ, n° 584, févr. 2002, p. 94, note Nicole Maggi-Germain.*

23. *B. Jeanneau, L'évolution du droit applicable au personnel statutaire des entreprises publiques : Mélanges Savatier, PUF 1992, p. 266.*

24. V. les conclusions de l'ouvrage de *J.-L. Bodiguel, C.-A. Garbar et A. Supiot (dir.), Servir l'intérêt général : PUF, 2000, Coll. Les voies du droit.*

2200 Les EPIC face au droit fiscal

Étude rédigée par :
Caroline CHAMARD-HEIM,
professeur des universités, université de Savoie

1 - La catégorie des établissements publics à caractère industriel et commercial n'existe pas, en tant que telle, en droit fiscal. Le Code général des impôts, comme les instructions fiscales et la documentation de base ne connaissent que des notions approchantes comme celle d'activités industrielles et commerciales. Tout au plus peut-on trouver quelques instructions fiscales qui mentionnent l'existence des EPIC, mais c'est essentiellement dans le but de souligner que cette qualification ne saurait lier le fiscaliste et qu'elle ne permet pas, en tout état de cause, de régler la question de l'assujettissement de l'établissement public aux différents impôts [1]. Le Code général des impôts évoque aussi « *les établissements publics ayant un caractère industriel ou commercial* » à l'article 165, ann. IV. Mais, cette rédaction, qui résulte d'un arrêté du 31 janvier 1942, renvoie en fait simplement à l'impôt cédulaire sur les bénéfices industriels et commerciaux, puisque l'impôt sur les sociétés n'existait pas encore.

2 - Cette particularité du droit fiscal par rapport au droit administratif se fonde sans doute sur le réalisme du premier. Cela signifie que le droit fiscal appréhende les activités ou les biens, sans autre distinction ou critère qu'il a lui-même déterminé. On ne retrouve donc pas en droit fiscal les distinctions habituelles du droit administratif comme celles opposant les personnes publiques aux personnes privées ou les établissements publics industriels et commerciaux et les établissements publics administratifs.

3 - Il n'est alors pas simple d'entreprendre une recherche sur la fiscalité applicable aux EPIC auxquels on assimile les régies personnalisées à caractère industriel et commercial [2]. Le Code général des impôts et la doctrine administrative ne contiennent par exemple que de très rares informations relatives aux EPIC régionaux [3]. Il faut également intégrer dans le champ de l'étude les établissements publics qui gèrent des services publics industriels et commerciaux, sans être pour autant qualifiés d'EPIC, parce qu'ils exercent par exemple, concurremment un SPIC et un SPA [4]. En effet, le traitement fiscal d'un EPIC exerçant effectivement une activité industrielle et commerciale est le même que celui qui s'applique à un EPA exerçant une activité du même ordre.

4 - Ce réalisme du droit fiscal explique l'application nuancée qu'il convient de faire du principe d'imposition des personnes publiques [5], spécialement lorsqu'il s'agit d'EPIC. La logique voudrait que, les EPIC gérant les mêmes activités que les entreprises privées et étant assimilés à des commerçants, ils soient tous et systématiquement imposables aux mêmes impôts. Cette solution est bien sûr trop simple, voire simpliste. Les EPIC n'en demeurent pas moins des personnes publiques et, à ce titre, ils sont en charge, dans une certaine mesure, d'activités d'intérêt général ce qui tend plutôt à commander un non-assujettissement.

5 - Le principe de l'imposition des EPIC n'est pas récent ; il a été posé par l'article 4 de la loi du 28 juin 1941, aujourd'hui codifié à l'art. 1654 du Code général des impôts : « *Les établissements publics, les exploitations industrielles ou commerciales de l'État ou des collectivités locales (...) doivent (...) acquitter, dans les conditions de droit commun, les impôts et taxes de toute nature auxquels seraient assujetties des entreprises privées effectuant les mêmes opérations* ». Il est complété par l'article 165 de l'annexe IV au Code général des impôts. Selon ce principe, les personnes publiques qui agissent comme des personnes privées en raison de l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale relèvent normalement du régime juridique fiscal de droit commun. Les collectivités publiques sont donc confrontées à la fiscalité dès lors qu'elles interviennent dans le domaine économique, concurrentiel et commercial. C'est la traduction fiscale de la gestion privée des personnes publiques.

6 - L'objectif de cet assujettissement est naturellement d'éviter les distorsions de concurrence. La non-imposition d'une personne publique exerçant une activité comparable à celle d'une entreprise privée constituerait un acte manifeste de concurrence déloyale envers cette dernière. Celle-ci verrait en effet le coût de son activité alourdi

1. V. par ex. *Doc. adm. 4 H-1161, 1er mars 1995, § 4 à 6*, à propos de l'impôt sur les sociétés.
2. En vertu de *CGCT, art. L. 2221-10*
3. Alors que les régions peuvent instituer des régies dotées de la simple autonomie financière ou de la personnalité morale depuis la loi du 12 juillet 1999 *(CGCT, art. L. 1412-1)*. Les EPIC régionaux ne sont pas envisagés par l'article 167, 1 de l'annexe IV au Code général des impôts, ni par la documentation de base relative à l'impôt sur les sociétés 4 H-1161, précitée. Ils sont seulement évoqués, *via* les régies régionales sans autre précision relative à la personnalité morale, dans la documentation administrative n° 4 H-1351 du 1er mars 1995, § 7, à propos encore de l'impôt sur les sociétés.
4. Ainsi, les chambres de commerce et d'industrie qui sont des EPA même si elles peuvent exercer parallèlement un SPIC lorsqu'elles exploitent l'outillage public des ports *(Cass. 1re civ., 7 déc. 1954, CCI Boulogne-sur-mer : Bull. civ. 1954, I, n° 353. – C.E., 25 mai 1960, CCI La Rochelle : Rec. CE 1960, p. 295)* ou lorsqu'elle gère un port de plaisance *(CE, 14 mai 2003, n° 245628, CCI Nîmes-Uzès-Bagnols-Le Vigan : Dr. adm. 2003, comm., 142, note G.L.C. ; DMF 2003, p. 689, note R. Rézenthel)*.
5. Sur cette question, *G. Eckert, Droit administratif et commercialité, thèse Strasbourg, 1994, p. 335 et s.* – L. Levoyer, *Le guide de l'imposition des collectivités territoriales : Berger-Levrault, 2006.* – *P. Moulié, L'imposition des personnes publiques : LGDJ, 1972.* – *L. Ayrault, Personne publique et droit fiscal, La personnalité publique, Colloque organisé par l'AFDA les 14-15 juin 2007 : Litec, 2007, Colloques et Débats, p. 199.* – *E. Gintrand et G. Gouaislin, Fiscalité des personnes publiques : J.-Cl. Administratif, Fasc. 105.* – *E. Gintrand, La fiscalité des services publics locaux à caractère industriel et commercial, Services publics industriels et commerciaux : questions actuelles : LGDJ, 2003, Décentralisation et développement local, p. 143.* – *Y. Weber, Personnes publiques et fiscalité : AJDA 1970, p. 324.*

par un certain nombre d'impôts, contrairement à la personne publique qui pourrait alors pratiquer des prix inférieurs.

7 - Pourtant, l'assujettissement des personnes publiques en général, et des EPIC en particulier, reste spécifique dans la mesure où le droit fiscal, parce qu'il est réaliste, ne peut ignorer l'intérêt général qui s'attache à leurs missions. L'objectif est alors de concilier, sur le plan de la fiscalité, la préservation de l'intérêt général avec la nécessité d'éviter les distorsions de concurrence avec le secteur privé qui pourraient résulter d'une non-taxation.

8 - La fiscalité applicable aux EPIC résulte donc de la tension qui existe entre ces deux principes opposés : le principe de similitude, d'une part et la préservation d'un régime fiscal spécifique pour tenir compte de l'intérêt général véhiculé par les EPIC, d'autre part.

9 - Le premier de ces deux principes domine pourtant : l'assimilation fiscale des EPIC aux entreprises privées reste poussée, en dépit du maintien d'une spécificité fiscale circonstancielle.

I. L'assimilation fiscale des EPIC aux entreprises privées

10 - Ce principe est posé par les articles 1654 et 165 de l'annexe IV au Code général des impôts. Cette assimilation se vérifie tout d'abord dans le domaine des procédures fiscales. En effet, les EPIC, comme toutes les personnes publiques d'ailleurs, bénéficient des mêmes procédures et des mêmes garanties de n'importe quel contribuable.

11 - Ils peuvent par exemple invoquer l'article L. 80 du Livre des procédures fiscales. Cette disposition a, par exemple, été utilisée par des établissements publics gérant des installations portuaires (comme les ports autonomes ou les chambres de commerce et d'industrie) : le Code général des impôts les assujettit normalement à l'impôt sur les sociétés, alors que l'administration fiscale les en exonère officiellement depuis 1995 [6]. Une chambre de commerce et d'industrie, qui avait été imposée à tort à l'impôt sur les sociétés, a invoqué le bénéfice de l'article L. 80 du Livre des procédures fiscales pour se voir reconnaître une exonération par le ministre des Finances. Et, le juge administratif lui a donné gain de cause [7].

12 - Les EPIC peuvent également faire l'objet d'une vérification de comptabilité comme les entreprises privées, d'une rectification contradictoire de l'impôt, voire d'une procédure de la taxation d'office.

13 - En revanche, d'autres procédures fiscales ne paraissent pas envisageables à l'encontre de personnes publiques, comme la perquisition fiscale, la répression des abus de droit, la répression du délit d'opposition au contrôle fiscal ou la répression du délit de fraude fiscale. Ces procédures ne sont pas expressément réservées aux personnes privées, mais on voit mal comment une personne publique pourrait être en mesure de remplir les conditions de leur application.

14 - En fait, c'est surtout dans le champ d'application des principaux impôts que se vérifie le principe de similitude. Il existe d'ailleurs même une sorte de présomption d'assujettissement des EPIC aux impôts commerciaux, qui s'explique naturellement par le fait que les EPIC ont vocation à gérer une activité qui pourrait tout aussi bien l'être par une entreprise privée.

15 - Pour déterminer l'assujettissement d'un EPIC, l'administration fiscale, comme le juge fiscal, ne se contentent pas de la forme de l'établissement public ; ils examinent, selon les impôts, l'activité de l'EPIC ou la propriété des biens qui sont à sa disposition.

A. - L'activité commerciale des EPIC

16 - Globalement, les EPIC sont assujettis, pour leurs activités commerciales, aux impôts commerciaux dans les mêmes conditions que les entreprises privées. Il faut cependant préciser et décliner cette notion d'activité commerciale selon les impôts, afin de bien mesurer leur champ d'application à l'égard des EPIC. En effet, les impôts commerciaux sont indépendants les uns des autres et l'assujettissement à l'un n'implique pas l'imposition aux autres.

17 - Il existe deux grandes catégories d'activités qui permettent de fonder l'assujettissement aux impôts commerciaux d'un EPIC ou d'une entreprise privée : l'activité lucrative et l'activité économique concurrentielle.

1° L'activité lucrative des EPIC

18 - L'activité lucrative est le critère de l'imposition à l'impôt sur les sociétés et à la taxe professionnelle. Toute personne qui exerce une activité qui génère des bénéfices, des profits se trouve donc en principe assujettie à ces deux impôts. *A priori*, cet élément est intrinsèquement lié aux EPIC, lesquels, sauf quelques exceptions jurisprudentielles [8], ne peuvent pas être gratuits, ou fonctionner à prix coûtant ou à perte [9]. L'assimilation des EPIC aux entreprises privées est très forte en matière d'impôt sur les sociétés. Elle l'est également, dans une moindre mesure toutefois, pour la taxe professionnelle.

19 - L'article 206 du Code général des impôts définit les personnes morales assujetties à l'impôt sur les sociétés. Et, les personnes publiques n'en sont pas exclues [10]. Parmi celles-ci, on trouve généralement les établissements publics. En fait, l'article 206 du Code général des impôts ne mentionne pas précisément les EPIC, contrairement à l'article 1654 dont la rédaction est antérieure. Il ne vise expressément que « *les établissements publics (...) se livrant à une exploitation ou à des opérations de caractère lucratif* ». Mais, en droit et en fait, cette définition permet d'inclure de nombreux EPIC. Il existe d'ailleurs même une présomption d'assujettissement des EPIC à l'impôt sur les sociétés.

20 - Pour être imposable au taux normal à l'impôt sur les sociétés, les EPIC doivent donc exercer une activité lucrative. La doctrine fiscale utilise, pour le vérifier, trois éléments combinés relatifs au caractère désintéressé de la gestion, à l'existence d'une concurrence et aux conditions d'exercice de l'activité [11]. Pour ce qui concerne les EPIC, ces critères peuvent être synthétisés en deux propositions. Sont imposables à l'impôt sur les sociétés, d'une part les EPIC qui gèrent une activité de manière intéressée et d'autre part, ceux qui exercent leur activité, de manière désintéressée, en secteur concurrentiel, dans les mêmes conditions que les entreprises privées.

21 - Par application de cette méthode, la grande majorité des EPIC est imposable à l'impôt sur les sociétés [12]. On trouve, par exemple, des EPIC nationaux, comme Voies navigables de France, les chambres de commerce et d'industrie exploitant un aéroport [13], l'Économat des Armées, l'Agence France presse, la SNCF, RFF et la RATP, l'Office national des forêts, La poste, la Monnaie de Paris, l'Entreprise de recherches et d'activités pétrolières, l'office interprofessionnel des

6. *Doc. adm. 4 H-1352, § 2, 1er mars 1995.*
7. *CAA Douai, 28 nov. 2006, n° 05DA00979, Min. Eco. c/ CCI de Calais.*
8. *T. confl., 19 févr. 1990, Thomas : AJDA 1990, p. 558, obs. J.-P. Théron,* à propos du service de distribution de l'eau potable.
9. *CE, 30 juin 1950, Sté Merrienne : Rec. CE 1950, p. 408,* à propos d'un service de remorquage. – *Cass. soc., 10 juill. 1992 : RFD adm. 1997, p. 403, concl. Y. Chauvy,* à propos de la distribution de l'eau potable. – *CE, 26 juill. 1930, Benoit : Rec. CE 1930, p. 840,* concernant un service de bas.
10. V. sur ce point *Doc. adm. 4 H-1161, 1er mars 1995.* – *L. Levoyer, L'assujettissement des personnes publiques à l'impôt sur les sociétés : Dr. fisc. 2006, étude n° 6, p. 419.*
11. *Instr. 4 H-5-06, BOI 18 déc. 2006,* concernant les associations, mais transposée à propos des personnes publiques.
12. Une liste figure à l'article 167, 1 de l'annexe IV au Code général des impôts, mais celle-ci est très largement indicative.
13. *CE, 8 mars 1968, Chbre commerce Nice : Rec. CE 1968, p. 175 ; Dr. fisc. 1968, comm. 586.* – Bien que l'on soit plutôt en présence d'un EPA gérant un SPIC *(T. confl., 23 janv. 1978, Marchand : D. 1978, p. 584, note P. Delvolvé).*

viandes, de l'élevage et de l'agriculture, et avant leur transformation en sociétés anonymes, EDF, GDF ou Aéroports de Paris. On trouve aussi des EPIC locaux imposables. Ce sont ceux gérant des casinos, des théâtres municipaux, des remontées mécaniques [14], des offices de tourisme [15], le port autonome de la Nouvelle-Calédonie [16] ou une régie départementale de transport de voyageurs [17].

22 - L'assimilation des EPIC aux entreprises privées *via* l'impôt sur les sociétés peut aller jusqu'à la remise en cause de théories solidement ancrées en droit administratif. En effet, certains EPIC peuvent exercer des activités purement administratives soit de manière simplement accessoire, soit au même titre que leurs activités lucratives, l'établissement public héritant alors de l'étiquette « établissement public à double visage ». Dans cette hypothèse, le droit fiscal fait apparemment une claire distinction entre les activités de l'assujetti pour déterminer celles qui sont imposables – les activités lucratives – et celles qui ne le sont pas – les activités purement administratives [18]. On pourrait donc penser que ces activités administratives seraient écartées de la base d'imposition. Or, l'article 38 du Code général des impôts considère au contraire que l'assiette de l'impôt sur les sociétés doit comprendre les résultats des activités non imposables ; cette solution n'est pas propre aux personnes publiques, elle concerne tous les assujettis. Elle s'applique même lorsque c'est l'activité lucrative est qui accessoire par rapport à une activité administrative dominante [19]. Au final, la notion administrativisme de l'établissement public à double visage est complètement dénaturée ; on peut même dire que celle-ci se transforme, par la magie de l'impôt sur les sociétés, en établissement public à « double visage... unique ».

23 - Quant à la taxe professionnelle, elle est due chaque année par toute personne qui exerce à titre habituel une activité professionnelle non salariée, laquelle s'entend comme une activité lucrative industrielle, commerciale, artisanale ou libérale. Les EPIC sont donc normalement assujettis à la taxe professionnelle, au même titre que les entreprises privées [20].

24 - Et, ce n'est sans doute pas un hasard si l'on retrouve, dans le tiercé des plus gros contributeurs de taxe professionnelle deux anciens EPIC (au premier rang, EDF avec plus d'1 milliard d'euros par an et au troisième rang, France Télécom) et la SNCF au deuxième rang. Sont également imposables à la taxe professionnelle les EPIC qui exercent des activités de transports de voyageurs (SNCF, RATP), de formation initiale et continue, indissociable de l'activité lucrative [21], des activités dans le secteur de l'énergie (production, transport et distribution de gaz, ERAP, etc.), dans le secteur industriel (production de matériels militaires par des établissements publics [22], comme le Commissariat à l'énergie atomique par exemple [23] ou les productions de La monnaie de Paris), qui gèrent un aéroport [24] ou un port de plaisance [25] ; c'est encore le cas de La Poste [26].

2° L'activité économique concurrentielle des EPIC

25 - L'activité économique concurrentielle est l'élément qui détermine l'assujettissement des activités des EPIC à la TVA [27]. Les textes vont dans le sens d'une assimilation des EPIC aux entreprises privées [28]. On peut tenter de présenter les activités des EPIC assujetties à la TVA en deux grandes catégories : leurs activités économiques concurrentielles classiques qui sont complètement équivalentes aux activités des entreprises privées, d'une part, et leurs activités administratives qui sont assujetties à la TVA afin de ne pas porter atteinte à la concurrence, d'autre part.

26 - Ce sont les articles 256 et 257 du Code général des impôts qui traitent de ces activités économiques concurrentielles classiques des EPIC, bien qu'il ne soit pas fait mention expresse des EPIC. Ainsi, au titre de l'article 256, les activités de livraisons de biens par les EPIC sont assujetties à la TVA : il en va ainsi de la vente de coupes de bois par l'ONF, de la billetterie ou de la vente de souvenirs par un office du tourisme constitué sous la forme d'un EPIC. Sont également assujetties les prestations de services réalisées par des EPIC, comme la gestion de parkings de stationnement, les travaux d'études et de recherches ou la vente d'espaces publicitaires dans les revues éditées par un EPIC.

27 - Parallèlement à ces activités tout à fait comparables à celles des entreprises privées, les EPIC peuvent aussi exercer des activités administratives, qui sont, en dépit de ce caractère, des activités imposables à la TVA sur la base de trois fondements.

28 - C'est tout d'abord le cas pour les activités administratives du secteur concurrentiel au titre de l'article 256 B, alinéa 1er du Code général des impôts. Ainsi, un EPIC qui gère un cinéma, un golf ou une salle de spectacle, doit collecter de la TVA. Il en est de même s'il exerce des activités de recherches fondamentales comme le Commissariat à l'énergie atomique ou le Centre national d'études spatiales (CNES) [29].

29 - L'article 256 B, al. 2 fait ensuite la liste des activités d'intérêt général des personnes publiques qui sont assujetties « *en tout état de cause* » ; il n'est alors pas nécessaire d'examiner la situation de la concurrence. On trouve, parmi ces activités qui peuvent être prises en charge par un EPIC notamment, la distribution de gaz, d'électricité et d'énergie thermique, les cantines administratives, le transport de biens ou la fourniture d'eau dans les communes ou EPCI de plus de 3 000 habitants.

30 - On trouve enfin des activités d'intérêt général qui peuvent être assujetties sur option. L'article 260 du Code général des impôts ne traite pas spécifiquement des personnes publiques, mais rien ne s'oppose à ce qu'il soit applicable aux opérations réalisées par un

14. *Doc. adm. 4 H-1161, 1er mars 1995.*
15. *CE, 16 déc. 1983, Office mun. tourisme vallée de Méribel : AJDA 1984, p. 170.*
16. *CE, 19 mars 2001, Port autonome Nouvelle-Calédonie : Dr. fisc. 1984, comm. 881, concl. M.-A. Latournerie.*
17. *CAA Douai, 14 nov. 2000, n° 98DA01289 et n° 99DA00663, Régie dptale transports de l'Aisne.*
18. V. *infra.*
19. *CE, 19 mars 2001, Port autonome Nouvelle-Calédonie : Dr. fisc. 2001, comm. 823.* – V. aussi, *CAA Douai, 14 nov. 2000, préc. note 17.*
20. *Doc. adm. 6 E-131, § 25 et 26, 1er sept. 1991.*
21. À propos de l'INA, *CAA Paris, 29 juin 2004, n° 01PA03112, Cne Bry-sur-Marne : Dr. fisc. 2004, p. 789.*
22. Sur la base de l'article 1447 et non pas de l'article 1447 bis du Code général des impôts qui concerne les organismes non personnalisés de l'État *(Doc. adm. 6 E-131, § 5 et s.).*
23. *Instr. 30 oct. 1975.*
24. *CE, 28 déc. 2007, Min. Economie c/ CCI Lyon : BJCL 2008, n° 5, p. 364, concl. L. Vallée* : dans cet arrêt, le Conseil d'État reconnaît que les CCI sont assujetties à la taxe professionnelle pour leurs activités de gestion des terrains et installations aéroportuaires, mais également pour leurs autres activités d'exploitation des dépendances du domaine public concédé par l'État. V. également *CE, 25 oct. 1963, CCI Calais : Rec. CE 1963, p. 426.*
25. *CE, 23 avr. 1997, n° 157850, n° 157851 et n° 157852, CCI, Nice-Côte-d'Azur.*
26. *CGI, art. 1635 sexies.*
27. V. sur cette question, *L. Levoyer, Les collectivités territoriales et la TVA, Le Moniteur, 2005, Les guides juridiques de la gazette.* – *TVA et collectivités territoriales, Le Moniteur, 2007, Guides juridiques* – *Collectivités locales.* – *L. Cartou, L'autorité publique et l'assujettissement à la TVA. La notion d'autorité publique selon la Cour de justice : LPA 31 janv. 1990, n° 14, p. 17.* – *E. Kornprobst, L'incidence des normes communautaires sur le champ d'application de la TVA pour les personnes morales de droit public : Dr. fisc. 1990, n° 14, p. 516.* – *Doc. adm. 3 A-121, 20 oct. 1999.*
28. *CGI, art. 256 B.*
29. *Instr. 3 A-4-08, BOI 13 juin 2008.*

EPIC. En conséquence, la mise en location de locaux industriels et commerciaux non aménagés et la mise à disposition de terrain par voie de bail emphytéotique ou de bail à construction sont assujetties à la TVA. L'article 260 A s'applique uniquement aux personnes publiques. Il énonce, à cet égard, deux principes. D'une part, seuls les établissements publics locaux, sans distinction quant à la nature de leur activité, peuvent bénéficier de cette option. D'autre part, seuls certains services publics industriels et commerciaux peuvent faire l'objet de cette option : il s'agit de la fourniture d'eau dans les communes ou EPCI de moins de 3 000 habitants, l'assainissement, les abattoirs publics, les marchés d'intérêt national et l'enlèvement et le traitement des ordures lorsque le service est financé par la redevance d'enlèvement des ordures ménagères.

31 - La très grande majorité des activités et des opérations des EPIC est finalement imposable à la TVA, de la même façon et dans les mêmes conditions que si ces activités ou opérations avaient été réalisées par des entreprises privées.

32 - Ce principe de similitude s'applique également en matière de taxes foncières à propos d'un autre élément, celui de la propriété des biens des EPIC.

B. - La propriété des biens des EPIC

33 - Aucun EPIC ne bénéficie de l'exonération permanente de taxes foncières dont jouissent les propriétés publiques qui figure aux articles 1382 et 1394 du Code général des impôts. Leurs propriétés bâties et non bâties sont donc normalement assujetties à ces taxes locales, comme si elles appartenaient à une entreprise privée [30] : c'est le cas, par exemple, pour la SNCF, la RATP, le CEA, l'ONF ou les offices de tourisme.

34 - En fait, la seule marge de manœuvre des EPIC subsiste dans la détermination du débiteur des taxes foncières. En effet, les EPIC utilisent souvent des biens qui sont mis à leur disposition par leur collectivité de rattachement [31]. Et, parallèlement, ils peuvent autoriser l'occupation par des personnes privées de leurs propriétés, quel que soit leur régime juridique d'ailleurs. Les EPIC peuvent alors tenter d'échapper au paiement des taxes foncières en mettant cet impôt à la charge de leur collectivité de rattachement ou des occupants privés.

35 - En effet, l'article 1400 du Code général des impôts rend le propriétaire débiteur des taxes foncières qui grèvent ses biens, sauf lorsque ceux-ci sont grevés d'un usufruit, s'ils sont loués par un bail emphytéotique, un bail à construction ou un bail à réhabilitation ou, enfin, s'il s'agit d'un immeuble faisant partie du domaine public et qui a fait l'objet d'un titre d'occupation constitutif de droit réel [32]. Dans tous ces cas, la taxe foncière est établie au nom de l'usufruitier, de l'emphytéote, du preneur à bail ou du titulaire de l'autorisation.

36 - C'est ainsi que l'ONF a tenté d'échapper à la taxe foncière, en invoquant le fait qu'il gère des biens qui appartiennent à l'État, les forêts domaniales, et qu'il n'est titulaire d'aucun véritable usufruit, au sens civiliste du terme. Le 17 novembre 2008, le conseil d'administration de l'ONF a pris la décision de refuser de s'acquitter de la taxe foncière sur les propriétés non bâties pour les forêts domaniales et n'a pas inscrit cette dépense dans son budget 2009. Ce refus, représentant une perte d'environ 14 millions d'euros pour les collectivités territoriales, a légitimement inquiété de nombreuses communes [33] et sans doute agacé les services de l'État. La réponse de l'État fut d'ailleurs immédiate, limpide et ferme : l'article 108 de la loi de finances rectificatives pour 2008 du 30 décembre 2008 a complété l'article 1400 du Code général des impôts en créant un paragraphe V : « *L'Office national des forêts est le redevable de la taxe foncière afférente aux forêts et terrains visés à l'article L. 121-2 du Code forestier* ». Et la loi de finances rappelle, pour couronner le tout, que les forêts gérées par l'ONF ne sauraient bénéficier d'une exonération de taxe foncière [34]. En conséquence, l'Office national des forêts devra continuer à s'acquitter du paiement de cette taxe sur les forêts domaniales.

37 - Il faut également rajouter une autre hypothèse qui permet au propriétaire d'un bien d'échapper au paiement de la taxe foncière : il s'agit du cas où une personne qui occupe privativement le domaine public, quelle que soit la nature de son titre d'occupation, construit des immeubles sur la parcelle occupée. Le juge administratif considère alors que celle-ci est propriétaire des ouvrages qu'elle a construit et, qu'à ce titre, elle est redevable de la taxe foncière afférente. Le propriétaire public du terrain occupé en est déchargé. C'est ce qui résulte de l'arrêt du Conseil d'État, inédit [35] au recueil *Lebon*, du 21 avril 1997 [36], analyse qui a avantageusement permis à la SNCF d'échapper à la taxe foncière.

38 - Cela étant, en dépit du principe de similitude, la fiscalité des personnes publiques, et notamment les EPIC, conservent des spécificités non négligeables, mais essentiellement circonstancielles.

2. Le maintien d'une spécificité fiscale des EPIC

39 - Cette spécificité existe en premier lieu au niveau des procédures fiscales, et notamment dans le domaine du recouvrement des impôts dont les EPIC doivent s'acquitter. En effet, le principe de l'insaisissabilité protège, en l'état actuel du droit, les biens des EPIC [37]. Cette immunité d'exécution ne joue pas seulement dans l'hypothèse où le créancier d'une personne publique n'aurait pas été régulièrement payé. Elle s'applique aussi à l'encontre des créanciers privilégiés des personnes publiques, notamment le Trésor public. Ainsi, même s'il n'y a pas de jurisprudence en la matière, le principe de l'insaisissabilité des biens publics s'étend jusqu'à la matière fiscale, si bien que, vraisemblablement, un comptable public ne pourrait pas recourir aux voies d'exécution du droit commun [38] pour obtenir le recouvrement d'impôts dus par un EPIC. De la même façon, la procédure de flagrance fiscale [39] paraît impossible à l'encontre des personnes publiques en général, et des EPIC en particulier. Au-delà du fait que l'on ne voit pas quelle personne publique pourrait remplir les conditions de recours à cette procédure [40], le procès-verbal de flagrance fiscale peut déboucher sur des saisies conservatoires, pour

30. Concernant les aéroports, il y a toutefois des abattements important qui s'appliquent sur la valeur locative des biens *(CGI, art. 1518 A)*.

31. Pour une vaine tentative d'échapper à la taxe foncière en invoquant l'incorporation des biens dans le domaine public de l'État, V. par exemple, *CAA Nantes, 10 nov. 2008, n° 06NT00912, CCI Morlaix c/ Min. Budget.*

32. Le Code général des impôts réserve aussi le cas du contrat de fiducie, qui concerne potentiellement moins les EPIC.

33. V. par exemple : *Rép. min. n° 38573 : JOAN Q 23 déc. 2008, p. 11026. – Rép. min. n° 38579 : JOAN Q 3 févr. 2009, p. 1028. – Rép. min. n° 39835 : JOAN Q 24 mars 2009, p. 2780. – Rép. min. n° 07079 : JO Sénat Q 22 janv. 2009, p. 149.*

34. *CGI, art. 1394, al. 9.*

35. Et pour cause, car il ne s'agit pas d'un arrêt de principe rendu en droit administratif, mais d'un arrêt d'espèce de droit fiscal.

36. *CE, 21 avr. 1997, n° 147602, Min. Budget c/ Sté Sagifa : Dr. adm. 1997, n° 316, note Ch. Lavialle. – RFD adm. 1997, p. 935, note E. Fatôme et Ph. Terneyre.* – V. également dans le même sens, *CAA Bordeaux, 3 déc. 1996, Dr. fisc. 1997, p. 605.* – V. sur cette question, *L. Ayrault, Domaine public et taxes foncières : Dr. adm., mars 2005, p. 7 à 12. – G. Melleray, Domaine public et fiscalité : AJDA juin 1980, doctrine, p. 323.*

37. *CGPPP, art. L. 2311-1. – Cass. civ., 21 déc. 1987, n° 86-14.167, BRGM : Bull. civ., I, n° 348 ; RFD adm. 1988, p. 771, concl. Charbonnier, note Pacteau ; JCP G 1989, II, 21189, note Nicod.*

38. *LPF, art. 258.*

39. *LPF, art. L. 16-0 BA.*

40. Exigeant par exemple la présence d'une activité occulte, de travail dissimulé, l'utilisation de logiciels permettant la fraude, des factures fictives, à condition que ces infractions soient susceptibles de menacer le recouvrement d'une créance fiscale.

garantir le recouvrement des impôts et des taxes. Or, le principe de l'insaisissabilité s'oppose aussi aux saisies conservatoires [41].

40 - Mais, la spécificité fiscale des EPIC apparaît surtout en matière de champ d'application des impôts. Il existe en effet des cas où des EPIC ne sont pas traités comme les entreprises privées, et ne sont pas assujettis aux mêmes impôts. Cela s'explique par le fait que, tout EPIC qu'ils sont, ils n'en demeurent pas moins des personnes publiques en charge d'activité d'intérêt général. Ils doivent pouvoir bénéficier, à ce titre, d'un traitement fiscal propre. Ces cas de non-assujettissement, partiel ou total, sont multiples si l'on s'attache à l'étude de chaque impôt, mais on peut tenter de les regrouper en deux grandes catégories. Certains EPIC peuvent être non imposables en raison de la nature purement administrative de l'activité qu'ils exercent. Il existe, par ailleurs d'autres EPIC, qui, indépendamment de leurs activités, relèvent de catégories ou de secteur particuliers que le législateur, le juge ou l'administration tentent de protéger en leur accordant un statut fiscal privilégié.

A. - Les EPIC exerçant une activité purement administrative

41 - En dépit de leur qualification, les EPIC peuvent avoir une activité purement administrative, c'est-à-dire une activité d'intérêt général, non concurrentielle et non lucrative. C'est le cas dans trois hypothèses : l'EPIC qui exerce ce type d'activité de manière simplement accessoire, l'EPIC qui l'exerce de manière concomitante à son activité économique (double visage) ou encore l'EPIC qui n'a qu'une seule activité, l'activité purement administrative (visage inversé). Or, le droit fiscal ne fait en principe pas une appréciation globale de chaque EPIC ; il fait une application distributive des critères d'assujettissement. On retrouve ces cas de non-assujettissement d'EPIC dans les trois impôts commerciaux, avec une situation particulière pour l'impôt sur les sociétés.

1° Le non-assujettissement à l'impôt sur les sociétés des EPIC exerçant uniquement des activités purement administratives

42 - En principe, les EPIC à double visage et à visage inversé ne sont pas assujettis aux impôts pour leurs activités administratives. Mais, en matière d'impôt sur les sociétés, le résultat de l'activité non imposable des EPIC à double visage fait tout de même partie du bénéfice imposable [42].

43 - La particularité n'existe, en définitive, pour l'impôt sur les sociétés qu'à propos des établissements publics à visage inversé, lesquels ne sont pas très nombreux. Lorsque c'est le cas, le droit fiscal ne s'en tient pas à la qualification officielle et apparente de l'établissement public ; c'est la nature de l'activité qu'il va examiner. En conséquence, les EPIC ayant exclusivement des activités administratives ne sont pas assujettis à l'impôt sur les sociétés. Tel était, par exemple, le cas du Fonds d'orientation et de régularisation des marchés agricoles (FORMA) aujourd'hui dissous [43]. Cette situation s'applique toujours à propos du Centre national du commerce extérieur [44]. On peut sans doute citer également les sept grands ports maritimes qui, depuis la loi du 4 juillet 2008 et le décret du 9 octobre 2008, restent des EPIC, tout en étant privés de leurs compétences dans la gestion de l'outillage public. Ceci dit, les grands ports maritimes échappent de toute façon à l'impôt sur les sociétés [45].

2° Le non-assujettissement à la TVA et à la taxe professionnelle des EPIC exerçant accessoirement ou concurremment des activités purement administratives

44 - *Sont ici concernés, non seulement les EPIC à visage inversé, mais aussi les établissements publics à double visage, ainsi que les EPIC exerçant accessoirement des activités purement administratives. Le champ de l'exception est donc nettement plus large, tant pour la TVA que pour la taxe professionnelle.*

45 - En dépit de la nature industrielle et commerciale des établissements publics, certaines de leurs activités peuvent rester en dehors du champ d'application de la TVA. Il s'agit, d'une part, des activités qui sont imposables sur option [46]. À défaut d'option prise, celles-ci ne sont pas imposables à la TVA.

46 - D'autres activités publiques peuvent également être non-imposables, à condition que leur non-assujettissement ne porte pas atteinte à la concurrence. Il s'agit des activités mentionnées à l'art. 256 B, alinéa 1er du Code général des impôts : ce sont celles des services administratifs, sociaux, éducatifs, culturels et sportifs. Évidemment, ce sont surtout des missions qui sont prises en charge par des établissements publics administratifs, mais on peut tout à fait envisager qu'un EPIC exerce des activités comparables, à titre accessoire ou concurrente. Dans ce cas-là, ces activités ne seront pas assujetties à la TVA, même si elles sont gérées par un EPIC. Ainsi, un office de tourisme constitué sous la forme d'un EPIC peut-il disposer de services d'information et de promotion du tourisme, lesquels ne sont pas assujettis à la TVA ; les recettes correspondant à cette activité (subventions, rémunérations, cotisations, etc.) ne sont donc pas augmentées de la TVA. Des EPIC peuvent être constitués pour exploiter des musées et des monuments historiques [47]. Enfin, le port autonome de Paris perçoit les redevances d'occupation du domaine public fluvial auprès des particuliers stationnant sur la Seine ; il ne s'agit pas là d'une exploitation portuaire, mais d'une activité administrative – en l'occurrence, l'exercice de son pouvoir de gestion du domaine de l'État. Il n'y a donc pas d'assujettissement à la TVA [48].

47 - Le non-assujettissement peut être pénalisant pour les EPIC, car ils perdent le bénéfice du droit à déduction et l'octroi du Fonds de compensation de la TVA est loin d'être systématique. En effet, si les EPIC locaux peuvent bénéficier du FCTVA [49], certains en sont expressément exclus, comme les offices de tourisme. Et surtout, les EPIC nationaux ne peuvent, en aucune façon récupérer la TVA versée en amont par cette voie.

48 - De la même façon, mais indépendamment de leur situation à l'égard de la TVA, les personnes publiques sont exonérées de taxe professionnelle pour leurs activités accessoires ou concurrentes administratives exercées dans les secteurs énumérés par l'article 1449-1° du Code général des impôts [50]. Il s'agit en premier lieu des activités culturelles. Ainsi, l'Institut national de l'audiovisuel (INA) est exonéré de taxe professionnelle au titre de ses activités de conservation et d'exploitation des archives et de production et de distribution des

41. *L. n° 91-650, 9 juill. 1991, art. 1er, al. 3.* – V. par exemple, *Ch. Gentili, Immunités en droit interne : J.-Cl. Voies d'exécution, Fasc. 495, spéc. § 59.*

42. V. *supra.*

43. Bien que qualifié d'EPIC par le décret du 29 juillet 1961 l'instituant, le juge n'en a pas moins considéré qu'il gérait un service public administratif *(T. confl., 24 juin 1968, Sté Distilleries bretonnes : Rec. CE 1968 p. 801 ; JCP G 1969, II, 15764, concl. Gégout, note Dufau ; D. 1969, jurispr. p. 116, note Chevallier.* – *V. aussi C.E, 13 nov. 1970, Conqui : Rec. CE 1970, p. 666.* – *CE, 24 avr. 1981, FORMA : Rec. CE 1981, p. 190).*

44. Erigé en EPIC par le décret du 4 mai 1960, mais son « visage » a été inversé par le juge administratif en 1986 *(CE, 4 juill. 1986, n° 22836 : Dr. adm. 1986, n° 487 ; D. 1988, jurispr. p. 90, note Fatôme et Moreau).*

45. V. *infra.*

46. V. *supra.*

47. Le Conseil de la concurrence a d'ailleurs eu à se prononcer sur cette question, *Cons. concur. déc. n° 01-D-37, 28 juin 2001 : BOCCRF 24 juill. 2001, p. 666.*

48. *CE, 18 déc. 1989, Port autonome Paris c/ Nitot : Rec. CE 1989, p. 258.*

49. *CGCT, art. 1615-2.* – *L. Levoyer, Les collectivités territoriales et la TVA, Le Moniteur, 2005, Les guides juridiques de la gazette, p. 109.*

50. *Doc. adm. 6 E-131, 1er sept. 1991.*

œuvres et documents résultant de ses recherches [51]. En second lieu, sont exonérées de taxe professionnelle les activités éducatives des personnes publiques. C'est ce qui explique qu'EDF, alors EPIC, était exonéré pour ses « Écoles des métiers » [52]. Les EPIC comme le Commissariat à l'énergie atomique ou le Centre national d'études spatiales sont aussi exonérés de taxe professionnelle pour leurs activités de recherche fondamentale [53]. Les activités publiques exercées dans le secteur sanitaire bénéficient, en troisième lieu, du même avantage fiscal : l'assainissement, la distribution de l'eau ou l'enlèvement et destruction des ordures ménagères [54]. La nouvelle régie Eau de Paris sera donc exonérée de taxe professionnelle sur son activité de distribution de l'eau potable. En quatrième lieu, les activités sociales des EPIC sont exonérées de taxe professionnelle, comme ce pourrait être le cas de crèches d'entreprise ou de colonies de vacances. Enfin, dans le secteur touristique ou sportif, les campings, piscines, etc. gérés par un EPIC comme un office de tourisme ne sont pas assujettis à la taxe professionnelle.

49 - Parallèlement à ces hypothèses de non-assujettissement fondées sur la nature administrative de l'activité des EPIC, il y a d'autres EPIC qui sortent du champ des impositions en raison du secteur particulier dans lequel ils interviennent.

B. - Les exonérations sectorielles d'EPIC

50 - Il y a, pour le droit fiscal, trois secteurs fiscalement privilégiés dans lequel des EPIC peuvent intervenir [55]. Ce sont des domaines pour lesquels l'autorité compétente n'a pas voulu aligner le statut fiscal des intervenants publics sur celui des entreprises privées, pour des raisons qui sont propres à chaque situation. Il s'agit des établissements publics locaux, des établissements publics intervenant dans le secteur du logement social et de ceux gérant des ports.

51 - En droit fiscal, il n'y a pas d'identité entre les établissements publics nationaux et leurs homologues locaux. Globalement, les EPIC locaux sont plus facilement dispensés d'impôts. On peut sans doute l'expliquer par une proximité avec les administrés qui n'est pas sans rappeler la période du socialisme municipal. Deux impôts illustrent cette constatation.

52 - En matière d'impôt sur les sociétés, d'une part, l'assujettissement des EPIC locaux est moins systématique. En effet, ceux-ci doivent non seulement exercer une activité lucrative [56], mais il faut en outre que le service public géré ne soit pas indispensable à la satisfaction des besoins collectifs des habitants de la collectivité territoriale. En effet, l'article 207-1, 6° du Code général des impôts exonère « *les régies de services publics* », exonération interprétée par l'administration fiscale et par le juge de l'impôt comme s'appliquant aux régies de service public indispensables aux besoins de la population [57]. Cette disposition concerne à l'évidence les régies locales non personnalisées, mais on peut également penser qu'elle s'applique aux établissements publics locaux, en vertu des dispositions combinées des articles L. 1412-1 et L. 2221-4 du Code général des collectivités territoriales. Pour relever de cette catégorie privilégiée, le service doit concerner l'ensemble des habitants de la collectivité, doit présenter un intérêt direct local et être indispensable aux besoins collectifs [58]. C'est ainsi que sont exonérées les régies locales (éventuellement donc personnalisées sous la forme d'un EPIC) de distribution de l'eau, du gaz ou de l'électricité, de transports en commun ou de traitement des ordures ménagères. En matière de droits d'enregistrement, d'autre part, les établissements publics de l'État, lorsqu'ils acquièrent des biens immobiliers, sont normalement assujettis aux droits d'enregistrement [59]. En revanche, les établissements publics locaux en sont exonérés par le Code général des impôts [60].

53 - Les établissements publics intervenant dans le secteur du logement social sont aussi exonérés de nombreux impôts. Cette mesure permet naturellement de soutenir ce secteur particulièrement fragile. Ainsi, les offices publics de l'habitat sont exonérés d'impôt sur les sociétés [61] et de taxe professionnelle [62] pour les opérations faites en application de la législation sur les habitations à loyer modéré. Ils sont aussi non imposables à l'impôt sur les sociétés lorsqu'ils sont chargés de l'aménagement foncier par une convention contractée en application de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme [63] ou lorsqu'ils vendent des terrains leur appartenant [64]. Les OPH sont également exonérés de TVA immobilière pour les apports et cessions de terrains à bâtir effectués par les collectivités locales à leur profit pour les opérations faites en application de la législation sur les organismes à loyer modéré ou pour les apports effectués à titre gratuit [65]. Par ailleurs, les acquisitions réalisées par les offices publics de l'habitat sont exonérées de droits d'enregistrement [66].

54 - Enfin, les établissements publics intervenant dans le secteur portuaire (grands ports maritimes, ports autonomes ou chambres de commerce et d'industrie) sont exonérés d'impôt sur les sociétés par l'administration fiscale, contrairement aux dispositions du Code général des impôts, en tout cas pour les immeubles et services nécessaires à l'exploitation des ports ou qui dépendent directement de cette exploitation [67]. Ils sont aussi exonérés de taxe professionnelle [68].

55 - Il résulte de cette analyse qu'il y a une grande similitude fiscale entre les EPIC et les entreprises privées, spécialement en matière d'impôt sur les sociétés. Il y a certes des spécificités, c'est-à-dire des exonérations d'EPIC, qui n'ont pas vraiment d'équivalent pour les entreprises privées. Ces spécificités doivent être maintenues car elles sont intimement liées à l'intérêt général. Cependant, elles n'ont pas nécessairement besoin du support de la personnalité publique pour ce faire.

---

51. *CAA Paris, 29 juin 2004, Cne Bry-sur-Marne : Dr. fisc. 2004, p. 789.*
52. *CE, 17 avr. 1992, Min. Budget c/ EDF : Rec. CE 1992, p. 186. – CAA Marseille, 25 sept. 2000, n° 97MA01667, Dpt Alpes de Haute-Provence.*
53. *CE, 3 déc. 1975 : Dr. fisc. 1976, n° 13-14, comm. 491, concl. Fabre. – Rép. min. n° 16417 : JO Sénat Q 12 sept. 1975, p. 2687.*
54. Contrairement à la valorisation qui est imposable, *CAA Douai, 21 août 2008, SA Valnor : JCP A 2009, 2020.*
55. D'autres secteurs sont également épargnés par la fiscalité, mais cela ne concerne en principe pas les EPIC ; c'est par exemple le cas des établissements publics scientifiques, d'enseignement et d'assistance.
56. V. *supra.*
57. V. *Doc. adm. 4 H-1351, § 7, préc. – C.E., 16 janv. 1956, Régie municipale des eaux minérales de..., Rec. CE 1956, p. 17. – CAA Bordeaux, 20 mai 1997, Régie autonome du MIN de Bordeaux-Brienne : Rec. CE 1997, tables p. 784.*
58. V. sur ce point, *L. Levoyer, L'assujettissement des personnes publiques à l'impôt sur les sociétés, préc. note 10, p. 420.*
59. *CGI, art. 1040, al. 2*
60. *CGI, art. 1042-I.*
61. *CGI, art. 207-1, 4° bis* abrogé désormais.
62. *CGI, art. 1461-3°.*
63. *CGI, art. 207-1, 6° bis.* Ce sont les ZAC, lotissements, zone de résorption de l'habitat insalubre et zone de restauration immobilière.
64. *CGI, art. 208.*
65. *CGI, art. 261-5-2°. – Doc. Adm. n° 8 A-1151, § 2.*
66. *CGI, art. 1042.*
67. *Doc. adm. 4 H-1352, § 2, 1er mars 1995* et V. *supra.*
68. *CGI, art. 1449-2°.*

Les établissements publics à caractère industriel et commercial et la tentation de l'abandon [1]

Étude rédigée par :
Étienne FATÔME,
professeur à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

1 - Cette tentation est certes compréhensible, mais, à mes yeux, il ne fait aucun doute qu'il convient d'y résister.

Pour comprendre pourquoi, malgré les évolutions qui ont été rappelées par les précédents intervenants, la formule de l'EPIC n'est pas condamnée, il est nécessaire d'avoir présent à l'esprit trois des grandes caractéristiques des EPIC.

2 - Première caractéristique. – que tout le monde connaît, mais qu'il convient malgré tout de rappeler eu égard à son importance pour la compréhension de la remise en cause de l'EPIC à laquelle on assiste depuis une quinzaine d'années – l'EPIC est une personne publique et, en tant que personne publique, il bénéficie de privilèges de puissance publique (insaisissabilité de ses biens, inapplicabilité des dispositions relatives au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, possibilité d'avoir un domaine public, de conclure des contrats administratifs, de recourir à la procédure d'expropriation...) et est soumis à des sujétions exorbitantes du droit commun (interdiction de compromettre, soumission au contrôle de la collectivité à laquelle il est rattaché, contrôle auquel s'ajoute si cette collectivité n'est pas l'État, la tutelle de l'État...). Étant précisé – car c'est important pour comprendre la difficulté que l'on peut avoir pour apprécier les conséquences de cette première caractéristique sur la possibilité de recourir à l'EPIC – que la même disposition peut dans un certain contexte constituer un privilège et dans un autre une sujétion. La possibilité d'avoir un domaine public ou encore l'insaisissabilité des biens des établissements publics en constituent de très bons exemples dans la mesure où il s'agit de règles qui, d'un côté, protègent et qui, d'un autre, empêchent [2].

3 - Deuxième caractéristique. – qu'à la différence de la précédente, on a trop tendance à perdre de vue alors qu'elle est toute aussi essentielle pour comprendre dans quels termes le problème qui nous occupe se pose – l'EPIC est soumis à ce que Françis-Paul Benoit a

1. V, notamment sur cette tentation, *M. Lombard, L'établissement public industriel et commercial est-il condamné : AJDA 2006, p. 79. – D. Bailleul, Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en société : RJEP, n° 629, mars 2006, p. 105. – S. Nicinski, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, RFD adm. 2008, p. 35.*

2. Notamment de recourir à certains types de financement.

appelé à juste titre « *le régime légal des établissements publics à caractère industriel et commercial* » [3].

4 - Ce régime légal se présente d'une façon tout à fait inhabituelle, ce qui explique sans doute qu'il retienne aussi peu l'attention de la doctrine.

5 - Il ne s'agit pas en effet d'un corps de règles régissant de façon complète et cohérente l'organisation et le fonctionnement des EPIC, comme par exemple la loi du 1er juillet 1901 peut le faire pour les associations, celle du 24 juillet 1966 pour les sociétés commerciales. Mais, il s'agit d'un ensemble de règles très disparates, épars dans la législation, qui ne concernent que certains aspects d'importance très variable de l'organisation et du fonctionnement de ces établissements [4] et qui, sur ces divers aspects, dérogent au régime de droit commun des personnes publiques, et plus particulièrement des établissements publics, de deux façons différentes :

- soit en soumettant ces établissements sur certains points à des règles de droit public spécifiques, différentes de celles qui sont applicables aux autres personnes publiques, et différentes le plus souvent en ce qu'elles sont plus souples, plus faciles à mettre en œuvre, (ex. : le régime comptable des EPIC prévu par le titre III du décret du 29 décembre 1962 relatif à la comptabilité des établissements publics) ;

- soit en allant parfois encore plus loin dans la voie de la dérogation, et en les soumettant sur d'autres points aux mêmes règles que celles qui sont applicables aux personnes privées (ex. : la non-soumission à l'obligation de déposer les fonds auprès du Trésor.).

Il ne fait aucun doute que si ce régime légal est apparu, c'est parce qu'au départ, les EPIC étaient tous des établissements publics qui géraient des services publics industriels et commerciaux et que, gérant des services publics et commerciaux, le législateur a considéré que, sur un certain nombre de points concernant leur organisation et leur fonctionnement et, notamment, leur organisation et leur fonctionnement financier et comptable, ils devaient être soumis à des règles plus souples, plus faciles à mettre en œuvre que celles applicables aux autres personnes publiques.

6 - Mais, l'habitude s'est très vite prise de qualifier des établissements publics qui gèrent des services publics administratifs d'établissement public à caractère industriel et commercial uniquement pour rendre applicable à ces établissements ce régime légal des EPIC et ainsi leur permettre de bénéficier d'une plus grande souplesse dans leur gestion. D'où, l'article 152 du décret du 29 décembre 1962 précité relatif à la comptabilité des établissements publics qui prenant acte de l'existence en droit positif d'hypothèses de dissociation entre le caractère des établissements et le caractère des services gérés par ces établissements, déclare que « selon l'objet de leur activité ou la nécessité de leur gestion les établissements publics nationaux sont dits à caractère administratif ou à caractère industriel et commercial ». D'où, également, l'expression « *d'établissement public à caractère industriel et commercial par commodité* » utilisée par le Conseil d'État dans son Rapport public pour 1990 [5] pour désigner ces EPIC qui gèrent des SPA. Établissements publics par commodité qui sont de plus en plus nombreux pour deux raisons : premièrement, parce que de nombreux établissements publics administratifs ont été transformés en EPIC à activité constante (cas par exemple de l 'Opéra de Paris, des offices HLM..) et, deuxièmement, parce que, depuis un certain nombre d'années, lorsqu'un nouvel établissement public est créé, il l'est le plus souvent, quelle que soit la nature de son activité, sous forme d'EPIC et non d'EPA. Tel a été le cas, par exemple, des établissements publics d'aménagement, des établissements publics fonciers, de l'établissement public d'aménagement et de restructuration des espaces commerciaux et artisanaux...

7 - Le régime législatif des EPIC ayant été conçu par le législateur pour des établissements publics qui gèrent des SPIC, le recours à la formule de l'EPIC pour gérer un SPA constitue à n'en pas douter une dérogation au champ d'application de ce régime législatif. C'est pourquoi, le Conseil d'État décide très logiquement que « *l'octroi du caractère industriel et commercial à ces établissements ne peut...être décidé que par le législateur* » (EDCE 1991, p. 21). Ce qui, j'ouvre une parenthèse, a pour conséquence que le principe qui résulte aussi bien de la jurisprudence du Conseil d'État que de celle du Conseil constitutionnel selon lequel c'est le pouvoir réglementaire qui est compétent pour déterminer le caractère administratif ou industriel et commercial d'un établissement public [6] connaît une exception fondamentale puisque dès lors que ce caractère ne correspond pas à la nature des missions de l'établissement – et, donc, dès lors qu'il ne s'agit pas seulement de tirer les conséquences au niveau du caractère de l'établissement de la nature de sa mission –, ce n'est plus le pouvoir réglementaire qui est compétent pour déterminer le caractère administratif ou industriel et commercial de l'établissement, mais c'est le législateur.

8 - Mais, au-delà de cette question de compétence, ce qui importe – et c'est **la troisième grande caractéristique** des EPIC que l'on doit avoir présent à l'esprit pour comprendre pourquoi la formule de l'EPIC est loin d'être condamnée – c'est qu'il existe depuis l'apparition de ces EPIC par commodité deux grands types d'EPIC : les EPIC qui gèrent des SPIC et les EPIC qui gèrent uniquement ou principalement des SPA.

9 - Or, cette troisième caractéristique est essentielle pour le sujet qui est le nôtre puisque le problème de savoir s'il y a lieu d'abandonner la formule de l'EPIC ne se pose pas du tout dans les mêmes termes selon qu'il s'agit de savoir s'il est toujours possible de recourir à la formule de l'EPIC pour gérer aussi bien des SPIC (1) et que des SPA (2).

10 - D'où, les deux questions auxquelles il convient d'essayer de répondre.

1. Première question : Peut-on toujours avoir recours à la formule des EPIC pour gérer des SPIC ?

11 - Si la question se pose, c'est essentiellement parce qu'au regard du droit communautaire tout SPIC constitue un service d'intérêt économique général et qu'en vertu de l'article 86-2 du traité, « *les entreprises chargées d'un service d'intérêt économique général sont soumises aux règles du présent traité et notamment aux règles de concurrence...* ».

12 - En effet, du fait de ces deux éléments, comme, par ailleurs ainsi que nous l'avons vu, tout EPIC bénéficie, en tant que personne publique, de prérogatives qui, au moins pour certaines d'entre elles, constituent ou sont susceptibles de constituer des avantages concurrentiels, il est incontestablement tentant de considérer que la soumission des entreprises chargées de la gestion de SPIC aux règles de concurrence a pour conséquence que ces entreprises ne peuvent plus être organisées juridiquement sous forme d'EPIC, mais qu'elles doi-

3. *Le droit administratif français : Dalloz, 1968, p. 215 et s.* – V. également, sur ce régime, *E. Fatôme, À propos de la distinction des établissements publics à caractère administratif et des établissements publics à caractère industriel et commercial : Mélanges René Chapus, Montchrestien, 1992, p. 172 et s.*

4. V. sur ces points, *F.-P. Benoit, op cit, p. 215*, où cet auteur écrit : « Ces textes...sur les établissements publics à caractère industriel et commercial définissent un régime dont le contenu reste assez fragmentaire. Il est manifeste qu'il s'agit là d'une institution qui a été créée au jour le jour sans avoir jamais été pensé dans son ensemble ».

5. *EDCE 1991, p. 21.*

6. V. sur ce principe, *E. Fatôme, La détermination du caractère des établissements publics : AJDA, 2001, p. 232.*

vent obligatoirement l'être sous forme de société de droit privé, c'est-à-dire sous une forme qui, par elle-même, n'implique la possession d'aucun privilège de nature à porter atteinte aux règles de concurrence. Et on peut être d'autant plus enclin à le penser que c'est effectivement cette obligation de respecter les règles de concurrence qui a conduit la France, à la demande de la commission, à transformer un certain nombre d'EPIC (notamment EDF et GDF) en société de droit privé.

13 - Mais, une telle manière de voir est en réalité très contestable pour trois raisons.

14 - La première est constituée par le fait qu'après avoir posé le principe que « *les entreprises chargées de service d'intérêt économique général sont soumises aux règles de concurrence* », l'article 86 al2 précise qu'elles le sont « *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* ».

15 - Il résulte en effet de cette disposition que ce que le droit communautaire exige ce n'est pas que les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ne disposent d'aucune prérogative, d'aucun privilège, mais c'est qu'elles n'en disposent que dans la stricte mesure où cela apparaît nécessaire pour la satisfaction du besoin d'intérêt général que le service dont elles sont chargées a pour mission d'assurer.

16 - Par conséquent, il ne fait aucun doute que, du fait de cette exception au principe de la soumission des entreprises chargées de gérer des services d'intérêt économique général aux règles de concurrence, le recours à la formule de l'EPIC pour gérer des SPIC reste possible chaque fois qu'il apparaît que l'accomplissement de la mission d'un SPIC implique que l'organisme qui est chargé de sa gestion dispose des prérogatives – ou, si l'on préfère, pour utiliser la terminologie du droit communautaire, dispose des droits exclusifs – dont disposent les EPIC. Étant entendu que lorsqu'il apparaît que l'accomplissement de la mission d'un SPIC déterminé implique la possession uniquement de certaines de ses prérogatives (par exemple de la possibilité d'exproprier mais pas de celle de bénéficier de la garantie illimitée de la collectivité dont relève le SPIC), on peut penser qu'il appartient au législateur, s'il estime que la formule de l'EPIC est celle qui convient le mieux pour gérer le service en cause, de décider, au titre de sa compétence de fixer les règles constitutives des catégories d'établissements publics, que, par dérogation au droit commun des établissements publics, tel établissement public dont il décide la création ne disposera pas de telles ou telles prérogatives dont dispose en principe les établissements publics. Sous réserve toutefois que l'importance de la dérogation ne soit pas telle que l'établissement ainsi construit sur mesure n'ait plus rien... d'un établissement public.

17 - La deuxième raison pour laquelle la soumission des entreprises chargées de la gestion de SPIC aux règles de concurrence n'a pas pour conséquence d'interdire tout recours à la formule de l'EPIC pour organiser juridiquement ces entreprises est constituée par l'existence de ce qu'il est convenu d'appeler le « in house » ou encore la quasi régie.

18 - En effet, le fait pour un EPIC de remplir les conditions du « in house » a pour conséquence que cet EPIC n'est pas en situation de concurrence avec les opérateurs existant sur le marché qui correspond à son objet.

19 - Dès lors, force est d'admettre que, dans cette hypothèse, les règles de concurrence n'ayant pas lieu de s'appliquer, elles ne sont pas susceptibles de faire obstacle à la création d'EPIC qui remplissent les conditions du « in house » pour gérer des SPIC ; l'intérêt pour la collectivité de recourir à un EPIC de ce type pour gérer un ou plusieurs SPIC étant de bénéficier dans la gestion de ces services d'un certain nombre de facilités juridiques et financières dont elles ne disposeraient pas si elles les géraient en régie directe et non en « quasi régie ».

20 - Enfin, la troisième raison, beaucoup plus spécifique, est constituée par le fait que les règlements ou directives communautaires relatifs à un secteur d'activité déterminée peuvent très bien contenir des dispositions qui ont pour conséquence de rendre possible le recours à la formule de l'EPIC pour gérer des SPIC qui relèvent de ce secteur d'activité, moyennant ou non l'obligation de respecter certaines conditions. Le règlement CE n° 1370/2007 relatif au service public de transports de voyageur par chemin de fer et par route en constitue un très bon exemple.

21 - Dès lors, et en quelle que sorte en résumé de ce qui précède, ce qui apparaît en ce qui concerne la possibilité de recourir à la formule de l'EPIC pour gérer des SPIC, c'est que, alors qu'avant que ne soit posé le principe de la soumission des entreprises chargées de la gestion de SPIC aux règles de concurrence le recours à la formule de l'EPIC pour gérer ces services était toujours possible, désormais il ne l'est que si un certain nombre de conditions sont remplies. Ce qui représente un renversement de perspective certes très important, mais qui n'est pas tel que l'on puisse considérer qu'il y a lieu d'abandonner l'EPIC comme mode de gestion des SPIC.

2. Deuxième question : Le recours à l'EPIC pour gérer des SPA est-il toujours possible ?

22 - Les deux notions d'activité économique au sens du droit communautaire et d'activité industrielle et commerciale au sens de la jurisprudence du Conseil d'État relative à la distinction des SPA et des SPIC ne se recouvrant pas exactement et la première étant plus large que la seconde, il peut arriver – le cas de l'activité des anciens offices HLM devenus offices publics de l'Habitat en constitue un très bon exemple – que l'activité d'un service public qui, en droit interne, doit être qualifié d'administratif constitue une activité économique au regard du droit communautaire. Or, lorsque tel est le cas – ce qu'il n'est pas toujours très facile de savoir eu égard à l'imprécision de la notion d'activité économique en droit communautaire –, force est de décider que l'on est exactement dans la même situation que dans l'hypothèse précédente et, donc, que le recours à la formule de l'EPIC pour gérer ce type de service public n'est possible que si les conditions qui, nous venons de le voir, doivent être remplies pour qu'un EPIC puisse gérer une activité économique – que cette activité correspondent endroit interne à un SPA ou à un SPIC – le sont effectivement. Sachant qu'on peut penser que lorsque l'activité d'un SPA constitue une activité économique au sens du droit communautaire, ces conditions seront sans doute plus souvent remplies que lorsque l'activité est celle d'un SPIC.

23 - La situation est bien sûr totalement différente lorsque l'activité d'un service public administratif au sens de la jurisprudence du Conseil d'État constitue une activité non économique ou, si l'on préfère, pour reprendre la terminologie communautaire, une activité non marchande, au sens du droit communautaire.

24 - En effet, lorsque tel est le cas – puisque, par définition les règles de concurrence ne s'applique pas – le recours à la formule de l'EPIC ne pose pas de problème au regard du droit communautaire.

25 - Et, il en est de même au regard du droit interne, sous une réserve qui est imposée par l'évolution récente de la jurisprudence relative à la nature du droit applicable et à la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à l'activité des établissements publics qui tiennent leur qualité d'établissement public industriel et commercial de la loi. Évolution qui résulte de trois arrêts : un arrêt du Conseil d'État, l'arrêt *Blanckman* du 2 février 2004 [7] et de deux arrêts du Tribunal des conflits qui ont confirmé l'arrêt du Conseil d'État, les

7. Rec. CE 2004, p. 18.

arrêts *Blanckman* du 29 décembre 2004 [8] et *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français* du 16 octobre 2006 [9].

26 - En effet, avant ces arrêts, le droit applicable à l'activité de ces établissements et la juridiction compétente pour connaître des litiges nés de leur activité étaient présumés être le droit privé et la juridiction judiciaire. Mais, comme en dernière analyse, la nature du droit applicable aux activités des établissements publics et la juridiction compétente pour connaître des litiges relatifs à ces activités étaient déterminées par le caractère du ou des services gérés par chaque établissement et non par le caractère de l'établissement, cette présomption [10] était totalement réfragable en ce sens que s'il apparaissait que le ou les services gérés par un établissement public, qualifié d'industriel et de commercial par le législateur, constituaient, par application des critères de distinction des SPA et des SPIC, un ou des services publics administratifs – et, donc, s'il apparaissait que l'établissement public était un « EPIC par commodité » – la présomption était renversé et, donc, le droit applicable était, sauf exceptions, le droit administratif et la juridiction compétente la juridiction administrative [11]

27 - Depuis les trois arrêts précités du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, tel n'est plus le cas. En effet, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont décidé dans ces arrêts que « lorsqu'un établissement public tient de la loi la qualité d'établissement public à caractère industriel et commercial, les litiges nés de ses activités relèvent de la compétence des tribunaux judiciaires à l'exception de ceux relatifs à celles de ses activités qui, telle notamment la réglementation, la police ou le contrôle ressortissent par leur nature aux prérogatives administratives de la puissance publique et ne peuvent donc être exercés que par un service public administratif... » [12].

28 - Par conséquent, depuis ces arrêts, ce qui était une présomption totalement réfragable d'application du droit privé et de compétence des tribunaux judiciaires est devenue une présomption irréfragable, assortie seulement d'une exception pour l'hypothèse où l'activité ou l'une des activités d'un EPIC est une activité de puissance publique qui, dit le Conseil d'État « *ne peut être exercée que par un service public administratif* » et donc, sous entendu, ne peut que relever du droit administratif et de la compétence de la juridiction administrative.

29 - Cette solution est très contestable pour deux raisons.

30 - Elle l'est tout d'abord parce qu'elle méconnaît ce qu'a été l'évolution de l'EPIC depuis son apparition en 1921, évolution pourtant fort bien décrite dans deux rapports du Conseil d'État, l'un de 1971 sur la réforme des établissements publics, l'autre de 1985-1986 [13] qui montre que, dans de très nombreuses hypothèses, le législateur confère le caractère industriel et commercial à un établissement public uniquement pour lui rendre applicable le régime législatif des EPIC [14] et, donc, en aucune façon, parce qu'il considère que le ou les services gérés par cet établissement sont des services industriels et commerciaux qui doivent relever du droit privé et de la compétence des tribunaux judiciaires. Autrement dit, cette solution méconnaît l'existence de ce que le Conseil d'État a pourtant lui-même qualifié à très juste titre « *d'établissements publics à caractère industriel et commercial par commodité* ».

31 - Cette solution est également critiquable pour les raisons exposées par J.-Henri Stahl dans ses conclusions précitées sur l'arrêt du Tribunal des conflits, *Caisse centrale de réassurance*. « Ce parti (qui consiste à ne prévoir qu'une exception au principe selon lequel l'activité des EPIC par détermination de la loi relève du droit privé et de la compétence des tribunaux judiciaires), écrit J.-H. Stahl, procède à une simplification de l'état du droit et contribue à rendre plus prévisible la répartition des compétences juridictionnelles s'agissant des litiges intéressant ces établissements publics. Pour autant, nous ne parvenons pas à y souscrire pleinement, parce qu'il nous paraît faire une part trop belle au critère organique dont nous savons d'expérience qu'il ne cerne qu'imparfaitement la nature exacte des missions exercées, parce qu'il tire des conséquences qui nous paraissent excéder de beaucoup les motivations souvent circonstancielles des qualifications législatives, parce qu'il nous paraît en conséquence faire trop bon marché des services publics administratifs qui ne se résument pas à notre avis aux activités purement régaliennes qui ont été citées. Le critère de la prérogative de puissance publique nous apparaît à cet égard réducteur ; il risque de ne pas permettre de saisir des activités dont la nature administrative ne fait guère de doutes, comme par exemple l'enseignement ou la construction et la gestion d'infrastructures publiques... ».

32 - Mais, quel que soit le jugement que l'on porte sur cette jurisprudence, il reste que le législateur a toujours la possibilité de confier la gestion d'une activité non économique – et, donc, d'une activité qui, par application des critères jurisprudentiels de distinction des SPA et des SPIC, devrait être qualifié de SPA – à un EPIC à seule fin que cet établissement bénéficie dans la gestion de cette activité d'un certain nombre de facilités juridiques et financières. Mais, il doit savoir que, du fait de la jurisprudence du Conseil d'État et du Tribunal des conflits, sauf si l'activité administrative qu'il choisit ainsi de confier à un EPIC ressortit des « activités de puissance publique », cette manière de procéder aura pour conséquence que le droit applicable à cette activité sera en principe le droit privé et la juridiction compétente pour connaître des litiges nés de cette activité la juridiction judiciaire. À moins, il est vrai, qu'il prenne soin de préciser que le droit applicable à tout ou partie des activités de « l'EPIC par commodité » qu'il choisit de créer relève du droit administratif et de la compétence des juridictions administratives. Ce qu'il a bien sûr toujours la possibilité de faire.

33 - Cette manière de procéder n'est d'ailleurs pas la seule qui permette de faire en sorte qu'un établissement public bénéficie de la souplesse de gestion qui résulte de l'application du régime législatif des EPIC sans que cela préjuge de façon définitive du droit applicable aux activités de cet établissement et de la juridiction compétente. Il en existe en effet une autre, beaucoup plus radicale, qui consisterait à rompre le cordon ombilical entre ce régime législatif et l'EPIC et, donc, à rendre applicable ce régime chaque fois que cela apparaît nécessaire pour assurer le bon fonctionnement d'un établissement public sans avoir à qualifier cet établissement d'établissement public à caractère industriel et commercial. Manière de procéder qui présenterait le double intérêt, d'une part, de tirer enfin les conséquences du fait que si, au départ, ce régime a bien été conçu pour des établissements publics qui gèrent des SPIC, la pratique a montré qu'il était nécessaire de l'appliquer à des établissements publics qui gèrent des

8. Rec. CE 2004, p. 525.

9. *CJEG 2006, p. 30, concl. J.-H Stahl ; AJDA 2006, p. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica ; JCP A 2007, 2077, note B. Plessix.*

10. Qui, elle même, était due à une autre présomption, la présomption selon laquelle le caractère des services gérés par un établissement public est le même que celui de cet établissement. Autrement dit, un EPA était présumé gérer des SPA, un EPIC des SPIC ; d'où, puisque la nature du droit applicable et la juridiction compétente étaient déterminées par le caractère du service, la présomption résultant du caractère de l'établissement en ce qui concerne ces deux éléments.

11. V. sur ce point, notamment *E. Fatôme, À propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratif et les établissements publics à caractère industriel et commercial, préc. note 3.*

12. *CE, 2 févr. 2004, Blanckman, préc.*

13. *EDCE n° 36, p. 20.*

14. À noter que si tel n'était pas le cas le législateur ne serait pas compétent pour conférer le caractère industriel et commercial à un établissement public puisque lorsqu'il y a correspondance entre le caractère de service et celui de l'établissement c'est le pouvoir réglementaire qui est compétent.

activités de nature administrative et d'autre part, d'éviter d'avoir à qualifier d'industriel et commercial ce qui ne l'est pas. Ce qui, il faut bien le dire, n'est pas très satisfaisant du point de vue de la lisibilité et de l'intelligibilité du droit et est source de malentendus ainsi que le montre la jurisprudence précitée du Conseil d'État et du Tribunal des conflits.

34 - Mais, eu égard à la difficulté qu'il y a à revenir sur des habitudes terminologiques, aussi regrettables soient-elles, je pense qu'il n'est pas exagéré de dire que « l'EPIC par commodité » a encore de beaux jours devant lui et que, comme, même s'il est plus difficile d'y recourir qu'auparavant, l'EPIC « véritable » – c'est-à-dire l'EPIC qui gère un ou plusieurs SPIC – a toujours son utilité, il me semble que la conclusion qui s'impose est que l'EPIC n'est pas un type d'établissement public en voie de disparition.

2203

Les établissements publics industriels et commerciaux et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux

Philippe Terneyre,
professeur de droit public à l'université de Pau et des Pays de l'Adour

1 - Comme l'a très bien montré à titre liminaire Michaël Karpenschif, l'établissement public industriel et commercial (EPIC) national serait aujourd'hui discrédité alors que l'EPIC local serait, quant à lui, légitimé eu égard au fait qu'il constitue souvent la structure administrative de gestion de services publics de proximité appréciés de la population. Et, de fait, si d'aucuns dressent parfois l'acte de décès de l'EPIC national, il est possible de rendre compte de la nouvelle jeunesse de l'EPIC local.

2 - Ce renouveau tient à deux raisons. Premièrement, on prend aujourd'hui conscience des inconvénients et/ou des limites des autres structures ou entités qui prennent en charge des activités économiques locales d'intérêt général : ainsi des GIP, des régies directes sans personnalité juridique, des personnes morales de droit privé sous influence publique (SEML, SPLA, GIE, filiales d'EPIC, associations administratives transparentes) ou même des entreprises privées délégataires ou prestataires de service public pour lesquelles certaines collectivités territoriales font un refus idéologique, ont du mal à les contrôler ou, tout simplement, pour lesquelles l'attribution de la convention de délégation prend beaucoup de temps, et est facteur d'insécurité juridique.

3 - Secondement, parce que l'on a, de façon symétrique, pris conscience des avantages des structures publiques dont les inconvénients et les lourdeurs ne sont peut-être pas si insurmontables que cela, le tout dans une ambiance favorable au droit public qui a connu ces dernières années une évolution radicale et est désormais bien connu des juristes conseils spécialisés en « droit public des affaires ».

4 - Toutefois, malgré ces évolutions, les travaux contemporains sur l'EPIC local sont peu nombreux et l'on a peine à trouver quelques développements sur le sujet soit dans les ouvrages de droit public économique soit dans ceux de droit des collectivités locales.

5 - Dès lors, l'ambition de cette brève étude consistera uniquement à se demander si le concept d'EPIC local a du « sens », existe en lui-même et, si oui, quels en sont les paramètres, les composantes et les traits caractéristiques du régime juridique. Il ne s'agira donc pas ici d'être exhaustif mais seulement de recenser, de poser des questions et d'ouvrir des pistes. Naturellement, malgré l'empathie que l'on peut avoir pour le sujet, il ne s'agira pas de démontrer que l'EPIC local est la panacée universelle que toute collectivité territoriale doit utiliser.

1. Le domaine étendu des EPIC locaux

A. - Les critères d'identification

6 - En premier lieu, un EPIC local est, comme tout établissement public local, une personne morale de droit public « rattachée » à une collectivité territoriale ou à un établissement public de coopération intercommunale (EPCI). C'est pourquoi, par exemple, alors que leur base locale et territoriale est incontestable, les chambres de commerce et d'industrie ne sont pas des EPIC locaux mais des établissements publics nationaux car rattachés à l'État.

7 - En second lieu, comme leur nom l'indique, les EPIC locaux exercent une activité industrielle et commerciale sans pour autant

nécessairement être en charge d'une activité de service public. En d'autres termes, un EPIC ne gère pas toujours un SPIC.

8 - De plus en plus fréquemment, la qualification de l'activité est le fait du législateur. En cas de doute, elle relève du juge dont on sait [1] qu'il utilise trois critères cumulatifs, à savoir l'objet du service, l'origine des ressources et les modalités de fonctionnement du service. Sur ces bases, ne sont pas des EPIC mais des établissements publics administratifs locaux :

- les structures intercommunales (EPCI, syndicats de communes, syndicats mixtes) ;
- les hôpitaux locaux ;
- les établissements publics de coopération culturelle dont l'objet de leur activité est administratif [2] ;
- le centre communal d'action sociale ;
- les établissements publics locaux d'enseignement ;
- la caisse des écoles [3] ;
- les caisses de crédit municipal [4] malgré leur activité proche des établissements de crédit mais dont la vocation est principalement sociale et locale [5].

B. - Les catégories

9 - L'EPIC local de « droit commun » est incontestablement la régie locale avec personnalité morale et autonomie financière des articles L. 1412-1, L. 2221-1 et L. 2221-10 du Code général des collectivités territoriales. Elle intervient dans tous les domaines comme, par exemple, ceux de l'environnement, du traitement des déchets, des transports urbains de personnes, des communications électroniques, des remontées mécaniques, des infrastructures aéroportuaires ou portuaires, du thermalisme, etc.

10 - Par ailleurs, existent des EPIC locaux « spécialisés » dans des domaines très divers. Ainsi :

- des offices publics de l'habitat [6] ;
- des établissements publics fonciers locaux [7] ;
- des établissements publics locaux d'aménagement [8] ;
- des offices de tourisme qui n'ont pas une forme associative [9] ;
- des établissements publics de coopération culturelle dont l'objet de l'activité est industriel et commercial [10].

C. - Les fonctions

11 - Les fonctions des EPIC locaux sont, dans la quasi-totalité des cas, définis par la loi. En toute hypothèse, ces fonctions sont limitées par le principe de spécialité – qui s'applique à tout établissement public – selon lequel les compétences d'une telle personne publique s'interprètent restrictivement.

12 - Très schématiquement, un EPIC local a parfois une mission « organisationnelle » de direction, de définition de politiques locales, d'impulsion, de maîtrise d'ouvrage, de construction, voire de « régulation ». Mais, pour l'essentiel, un EPIC local assume une mission « opérationnelle » consistant soit à exploiter un service public (industriel et commercial) soit à réaliser des prestations de services (quelquefois publics) pour le compte de tiers ou de la collectivité locale de rattachement.

13 - Dans ce cas, l'intérêt de l'EPIC est qu'il va pouvoir bénéficier de la théorie des contrats « in house » permettant à la collectivité territoriale de lui attribuer ces missions opérationnelles sans publicité ni mise en concurrence (V. l'article ci-dessus de C. Maugüé). En revanche, dans le cas contraire, c'est-à-dire la réalisation d'une prestation à objet économique pour un pouvoir adjudicateur extérieur à l'EPIC, sa qualité de personne publique ne l'empêchera pas de candidater à la procédure de mise en concurrence mais sous réserve de faire la preuve qu'il ne bénéficie pas, ce faisant, d'avantages concurrentiels par rapport aux candidats du secteur privé (jurisprudence *J.-Louis Bernard Consultant*).

2. La souplesse relative du droit applicable aux EPIC locaux

A. - La création

14 - La création d'un EPIC local est relativement aisée et rapide, ce qui fait que, combinée avec la théorie des contrats « in house », l'attribution de la gestion d'un SPIC à un EPIC par une collectivité territoriale peut être beaucoup plus rapide qu'une procédure d'attribution de DSP.

15 - Dans le cas d'une régie locale ou d'un office du tourisme, il suffit d'une délibération de l'assemblée délibérante. Parfois, la création de l'EPIC local suppose une autorisation du préfet dont la compétence est en fait « liée » dès lors que les conditions posées par la loi sont remplies. Exceptionnellement un décret est nécessaire (office de l'habitat).

16 - Enfin, peut être ici mentionné le cas très particulier où l'EPIC naît ou se renforce à la suite de la dissolution d'une SEM locale avec transmission universelle du patrimoine de la société à l'établissement public.

17 - De fait, sur le fondement de l'article 1844-5 du Code civil qui n'exclut pas le cas de figure de « la réunion de toutes les parts sociales (d'une société) en une seule main », on peut envisager, si tous les actionnaires de la SEML sont d'accord, qu'une régie nouvellement créée devienne, pendant un instant de raison, propriétaire à 100 % des actions de la SEML afin, immédiatement après, de dissoudre cette dernière sans liquidation pour réaliser une TUP de la SEML à la régie, associée unique.

18 - Schématiquement, les étapes de la procédure sont les suivantes :

- 1re phase, à condition que tous les actionnaires de la SEML soient vendeurs, la régie, EPIC local, achète toutes les actions de la société, éventuellement à un prix symbolique si cette société n'a plus d'activité.
- 2e phase, devenue l'associée unique de la SEML, la régie est alors tenue de la dissoudre, même si l'article 1844-5 du Code civil ne l'exige pas, et ce, pour deux raisons. D'une part, comme le capital d'une SEML doit être composé pour partie d'actionnaires privés, le fait que son seul actionnaire soit une personne publique a pour conséquence immédiate la requalification de la SEML en SA de droit commun. Or, si rien n'interdit à un EPIC local d'acquérir des actions d'une SEM jusqu'à en devenir l'associé unique, une fois cette situation atteinte, la loi [11] lui interdit de rester plus longtemps actionnaire d'une telle société, sauf autorisation donnée par décret ; d'autre part, comme la SEML est soumise aux dispositions de l'article L. 225-1 du Code de commerce, qui précisent que le nombre d'actionnaires d'une SA ne

1. *CE, 16 nov. 1956, USIA : Rec. CE 1956, p. 434.*
2. *CGCT, art. L. 1431-1.*
3. *C. éduc. art. L. 212-10. – CAA Paris, 2 févr. 2005, n° 03PA0328, Mme Jocelyn X.*
4. *C. monét. et fin., art. L. 514-1.*
5. *V. T. confl., 22 sept. 2003, M. Thomas : Rec. CE 2003, p. 576. – CE, 2 juill. 2004, n° 221811, M. Legris. – Cass. 1re civ., 20 févr. 2007, n° 06-15.074, Crédit municipal Nantes.*
6. *CCH, art. L. 421-1.*
7. *C. urb, art. L. 324-1.*
8. *C. urb., art. L. 326-1.*
9. *C. tourisme, art. L. 133-2.*
10. *CGCT, art. L.1431-1.*
11. *CGCT, art. L. 2253-1.*

peut être inférieur à sept, la régie ne peut alors rester associée unique d'une telle société commerciale.

19 - Concrètement donc, dès que la régie devient l'associée unique de la SEML (par exemple, le jour où elle achète toutes les actions), le conseil d'administration de la régie doit décider en même temps la dissolution de la société, ce qui a pour effet, en application de l'article 1844-5 du Code civil, la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation (de la société).

20 - Cette procédure permet alors une dissolution sans liquidation, évitant tous les effets ou connotations perverses que cette dernière peut sous-entendre dans l'opinion publique locale, et une transmission universelle du patrimoine de la société dissoute dans le patrimoine de la collectivité publique. Cela veut dire que l'ensemble des actifs de la SEM devient la propriété de l'administration à charge pour elle d'assurer l'intégralité des dettes de la SEM.

21 - Cette dissolution ne produit toutefois tous ses effets que si une publicité légale est organisée (déclaration au greffe du tribunal de commerce et insertion dans un journal habilité à recevoir des annonces légales) et s'il n'y a pas opposition des créanciers de la SEM dans un délai de trente jours après cette dernière insertion ou si une décision de justice a rejeté cette opposition, a ordonné le remboursement des créances ou la constitution de garanties, l'expiration du délai réalisant alors la transmission du patrimoine.

B. - L'activité juridique (énumération sous forme d'inventaire)

22 - Les EPIC locaux sont parfois habilités à prendre des décisions administratives unilatérales révélatrices de prérogatives de puissance publique (expropriation, prélèvements obligatoires,...).

23 - Les EPIC locaux sont des pouvoirs et des entités adjudicatrices soumises au Code des marchés publics (à la différence des EPIC nationaux), le cas échéant des autorités délégantes soumises aux articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales et des bailleurs de BEA de l'article L. 1311-2 du Code général des collectivités territoriales dès lors que l'EPIC est réellement propriétaire du terrain loué à un tiers.

24 - De ce point de vue, les EPIC locaux disposent d'un patrimoine immobilier dont certaines dépendances peuvent appartenir au domaine public si elles répondent aux conditions posées par l'article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : Ils disposent également d'un patrimoine mobilier, en particulier de diverses participations financières et actions dans des sociétés commerciales.

25 - S'agissant de leur régime financier et fiscal, les EPIC locaux obéissent au droit de la comptabilité publique (sauf dérogation législative expresse, voir par exemple dans les offices de l'habitat où ces derniers peuvent opter pour une comptabilité du commerce). Dès lors qu'ils gèrent un SPIC, les EPIC locaux sont soumis au principe de l'équilibre financier de l'article L. 2224-1 du Code général des collectivités territoriales. Ils sont par ailleurs soumis à la TVA, à la taxe professionnelle et à l'impôt sur les sociétés. Enfin, dans la mesure où ces personnes publiques constituent sans doute des « entreprises » au sens du droit communautaire et ont a priori une activité économique sur un marché concurrentiel, les relations financières qui les lient à leur collectivité de rattachement doivent être transparentes et respecter le droit communautaire des aides d'État.

26 - En ce qui concerne leur personnel, on sait, selon une jurisprudence ancienne et constante, qu'il est constitué de salariés de droit privé, sauf le directeur et le comptable, si celui-ci dispose d'un statut de comptable public. Par ailleurs, alors que les mesures relatives à l'organisation du service public relevaient, dans les SPIC, de la compétence du juge administratif (jurisprudence *Époux Barbier*), une jurisprudence récente du Tribunal des conflits semble aller en sens contraire afin que tout le contentieux de la légalité des actes organisant le travail dans les EPIC relève du juge judiciaire [12].

27 - Avec ses clients ou les usagers du service public, l'EPIC local entretient des relations contractuelles de droit privé, les sommes versées par ces derniers ou dues par l'établissement devant alors être considérées comme des créances ou des dettes de droit privé.

28 - Enfin, comme toute personne publique décentralisée, les EPIC locaux sont tenus de transmettre leurs principaux actes et contrats au contrôle de légalité et sont soumis au contrôle financier des chambres régionales des comptes.

12. *T. confl., 15 déc. 2008, n° 3662, Voisin c/ RATP.*

29

DOCUMENT n° 2

2221

Les EPIC face au droit de la concurrence

Étude rédigée par :
Philippe COSSALTER,
maître de conférences en droit public, université Panthéon-Assas (Paris II)

1 - L'existence de grands EPIC nationaux n'a jamais véritablement caractérisé un « modèle français ».

Les établissements publics économiques ont été, jusqu'au milieu des années 1990, une forme assez commune dans les États de droit romano-germanique, tels que l'Espagne [1] ou l'Italie [2].

2 - Le reflux de ce mode de gestion, et son maintien en France durant les dernières années, constitue en revanche une sorte « d'exception française ». Partout en Europe, la plupart des grands établissements publics nationaux ont été transformés en sociétés anonymes. Tel a été le cas en Italie, dès 1992, pour les quatre plus grands établissements : Iri (reconstruction), Eni (hydrocarbures), Ina (assurances), Enel (électricité) [3] ; plus tard ont été transformés les *Ferrovie dello Stato* (ferroviaire), la Poste (*Ente poste*) ou les tabacs (*Ente tabacchi*), etc.

3 - La France n'est pas exempte de ce vaste mouvement de transformation des établissements publics en sociétés [4].

4 - Les raisons de ce mouvement ne tiennent pas toutes à l'ouverture à la concurrence des grands services publics en réseaux [5], mais reposent également sur une recherche de souplesse et d'efficience [6], parfois présentée comme une nécessité existentielle [7].

5 - Le droit communautaire de la concurrence, et particulièrement le droit des aides d'État, implique un travail de « banalisation » de l'intervention publique dans l'économie. Les opérateurs publics doivent intervenir comme des opérateurs privés dans les conditions normales d'une économie de marché [8].

6 - Ce n'est donc en principe que le comportement de l'État et de ses entreprises publiques, et non le statut de ces opérateurs, qui est saisi par le droit de la concurrence. La Commission européenne et dans une moindre mesure la CJCE procèdent cependant à une espèce de « confinement » des établissements publics qui remet en cause, non pas seulement leurs comportements d'opérateurs économiques, mais en outre leur statut.

7 - Pourtant, le statut d'établissement public est en principe compatible avec le droit communautaire de la concurrence. Aux termes de l'article 295 (ex 222) du Traité CE « *le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Ainsi, selon la Commission, « *la Communauté ne remet nullement en cause le statut, public ou privé, des entreprises chargées de missions d'intérêt général, et n'impose donc aucune privatisation* » [9].

Note Cet article est issu d'une communication faite le 24 avril 2009 dans le cadre du colloque « Les EPIC dans tous leurs états : Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ? », publié *supra JCP A 2009, 2196 à 2204.*

1. V. la présentation des « services publics personnifiés » *in : Garrido Falla (Fernando), Tratado de derecho administrativo : Tecnos, 2002, vol. 2, p. 409 et s.*
   En Espagne, les services publics personnifiés, au niveau de l'État, ont eu un rôle à jouer dans la gestion des grands services publics nationaux, notamment au moyen d'Entités publiques entrepreneuriales. V. sur les différentes catégories d'établissements publics : *L. 6/1997, 14 avr. 1997, d'Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, dite « LOFAGE ».*
2. *S. Cassese (dir.), Trattato di diritto amministrativo, Parte generale, Milan, Giuffrè, 2003, p. 304 et s.* En Italie, les Entités publiques économiques *(Enti pubblici economici)* ont, durant la période fasciste puis dans l'après-guerre, structuré l'intervention de l'État dans l'économie. Les sociétés publiques et surtout les établissements publics économiques étaient si nombreux que fut institué en 1956 un ministère des participations de l'État. *Ibid* p. 114.
3. Ces transformations ont été opérées par le décret législatif du 5 décembre 1991, n° 386, et le décret législatif du 11 juillet 1992, n° 333.
4. *L. n° 96-660, 26 juill. 1996,* relative à l'entreprise nationale France Télécom : *JO 27 juill. 1996, p. 11398, art. 1. – L. n° 2004-803, 9 août 2004,* relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières : *JO 11 août 2004, p. 14256, art. 24. – L. n° 2005-357, 20 avr. 2005* relative aux aéroports : *JO 21 avr. 2005, p. 6969. – Ord. n° 2005-722, 29 juin 2005,* relative à la création de l'établissement public OSEO et à la transformation de l'établissement public Agence nationale de valorisation de la recherche en société anonyme : *JO 30 juin 2005, p. 10774.*
5. La loi italienne du 5 décembre 1991, précitée, contient un exposé des motifs très explicite, non dépourvu d'une emphase habituelle dans le travail législatif italien : « *Considérant l'extraordinaire nécessité et l'urgence à procéder à la rationalisation du système des participations de l'État par la transformation des entités et établissements autonomes en sociétés par actions, avec pour finalité la valorisation des structures productives, l'accès diffus des épargnants et la contribution à l'assainissement de la dépense publique, y compris au moyen de l'aliénation de biens patrimoniaux susceptibles de gestion économique* ».
6. *D. Bailleul, Vers la fin de l'EPIC ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés : RJEP 2006, p. 105 et s.*
7. *M. Poyet, La transformation des entreprises publiques, véritable enjeu de pérennité : Rev. adm. 2005, p. 565.*
8. V. notamment *CJCE, 11 juill. 1996, aff. C-39/94, SFEI c/ La Poste : Rec. CJCE 1996, I, p. 3547, pt. 60. – CJCE, 29 avr. 1999, aff. C-342/96, Espagne c/ Comm. CE : Rec. CJCE 1999, I, p. 2459, pt 41. – TPICE, 17 oct. 2002, aff. T-98/00, Linde AG c/ Comm. CE : Rec. CJCE, II, p. 3961, pt. 39.*
9. *Commission des communautés européennes, Communication du 11 septembre 1996, Les services d'intérêt général en Europe, COM (96) 443 final, pt. 16.*

8 - Mais les instances communautaires exercent une pression sur les autorités nationales, en créant un « climat favorable aux privatisations » [10], notamment par le biais du droit des aides d'État [11].

9 - Ces règles s'appliquent non seulement aux EPIC, mais également aux EPA. La distinction entre les deux catégories d'établissements et de services [12] est parfois incertaine et souvent discutable. La distinction entre SPIC et SPA ne correspond pas, par ailleurs, à celle qui oppose activités économiques et non économiques, ni en droit communautaire, ni en droit français. Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir que l'Institut géographique national est un EPA, et l'Opéra de Paris un EPIC.

La situation concurrentielle des EPIC concerne ainsi *tous* les établissements publics, pour peu qu'ils interviennent dans le domaine concurrentiel.

10 - Le droit de la concurrence, conformément au principe de neutralité posé à l'article 295 TCE, ne remet pas en cause directement le statut d'établissement public. Il réalise cependant une lente œuvre de confinement tenant aux principes de l'intervention des personnes publiques dans l'économie (1) aussi bien qu'aux modalités selon lesquelles leur sont attribuées leurs missions (2).

1. La concurrence appliquée au modèle de l'EPIC

11 - C'est désormais un lieu commun de souligner que la formule de l'établissement public s'adapte mal, sur le plan économique et juridique, à l'ouverture à la concurrence. Aucune règle du traité ne condamne les formes de propriété publique dans l'Union. Mais la fin des monopoles plonge les grands établissements publics nationaux dans un environnement concurrentiel élaboré pour « démanteler » les opérateurs historiques notamment par l'exercice d'une régulation asymétrique.

12 - La récente remise en cause du statut des établissements publics par la Commission est pourtant en rupture avec l'approche antérieure. Ce n'est plus seulement le comportement des États vis-à-vis de leurs entreprises publiques qui est en cause. La Commission procède désormais à une critique ontologique de l'intervention des personnes publiques dans l'économie (A). Le type d'arguments utilisés rend la défense des EPIC très difficile, voire impossible (B).

A. - La remise en cause du statut d'EPIC par le droit de la concurrence

13 - L'EPIC est une entreprise publique et une personne publique. Ces deux aspects sont saisis, à des titres différents, par le droit des aides d'État.

La qualité d'entreprise publique s'accommode bien du principe de neutralité du régime de propriété : à condition de se comporter comme une entreprise privée en économie de marche, un EPIC ne porte pas atteinte au droit de la concurrence (1°).

Sa qualité de personne publique pose en revanche, et depuis peu, de sérieuses difficultés à la Commission européenne. Ses analyses, qui n'ont jamais été validées par la CJCE, tendent à remettre en cause l'existence même des EPIC, voire le principe de l'intervention de l'État dans l'économie (2°).

1° L'EPIC est une entreprise publique

14 - Les règles de concurrence s'appliquent, à l'égard des entreprises publiques, à deux niveaux : dans leurs relations avec l'État, dans leurs relations avec les tiers.

15 - Dans leurs relations avec l'État, la directive du 25 juin 1980, modifiée, organise un contrôle des relations financières destiné à éviter l'octroi d'aides d'État et les subventions croisées entre activités concurrentielles et non concurrentielles. La définition de l'entreprise publique au sens de la directive du 25 juin 1980 [13] englobe les sociétés aussi bien que les personnes publiques. La soumission concurrentielle des entreprises publiques est indifférente au statut juridique de l'entité, dès lors que les conditions du contrôle de l'État sur l'entreprise sont remplies.

16 - De la même manière, dans ses relations avec ses filiales, l'EPIC est traité comme toute autre entreprise publique. Il bénéficie même d'une sorte d'exemption, lorsque sa taille, liée au service public qu'il gère, lui confère des avantages concurrentiels intrinsèques.

17 - Lors d'une des étapes décisives du feuilleton de l'affaire SFEI, relatif aux relations entre la Poste et sa filiale Chronopost, la CJCE a reconnu que La Poste n'est pas une entreprise comme une autre, et que les coûts de mise à disposition de services à sa filiale, qui étaient jugés anormalement bas par ses concurrents, ne pouvaient être comparés à ceux d'une entreprise privée [14]. Une sorte d'exception concurrentielle semblait bénéficier aux EPIC nationaux et plus largement aux entreprises publiques qui, en raison de leur monopole historique, ne pouvaient pas être traités comme des opérateurs normaux sur le marché.

18 - Valant à l'égard de La Poste en sa qualité d'opérateur historique, cette jurisprudence semblait reconnaître les particularités de sa mission. Mais rien n'était dit sur le statut de La Poste et des grands EPIC nationaux. La Poste était traitée par la CJCE comme un opérateur historique, entreprise publique dispensatrice potentielle d'aides d'État, sa qualité de personne publique étant à cet égard indifférente.

2° L'EPIC est une personne publique

19 - Le principe de neutralité du droit communautaire à l'égard du régime de propriété, inscrit à l'article 295 TCE, avait ainsi laissé accroire que le Traité était indifférent à la qualité d'établissement public.

La Commission, dans les trois décisions que nous allons évoquer, dément ce présupposé.

20 - Se fondant sur sa communication relative à l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'État sous forme de garanties [15], le Commission analyse les types de garanties dont bénéficient certains EPIC nationaux de la part de l'État.

21 - La charge a d'abord concerné EDF [16], dans une décision du 16 décembre 2003. A ensuite été visé le Laboratoire national d'essais (LNE) [17], dans une décision du 22 novembre 2006. Enfin, la Commission a repris à propos de La Poste les critiques émises à l'encontre

10. *« Les institutions communautaires manifestent [...], en dépit du principe de neutralité quant au régime de propriété énoncé par l'article 222 du traité, une incontestable suspicion à l'égard des structures de statut public ». Conseil d'État, Service public, services publics, EDCE 1994, n° 46, p. 46.*

11. *S. Rodrigues, La nouvelle régulation des services publics en Europe – Énergie, postes, télécommunications et transports : Éd. Technique & Documentation 2000, p. 194 et s.*

12. *B. Seiller, L'érosion de la distinction SPA-SPIC : AJDA 2005, p. 417 à 422.*

13. *Cons. UE, dir. n° 80/723, 25 juin 1980,* relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques : *JOCE n° L 195, 29 juill. 1980, p. 35 à 37.*

14. *CJCE, 3 juill. 2003, aff. jtes C-83/01, C-93/01 et C-94/01, Chronopost SA c/ Union française de l'express (UFEX).*

15. *Comm. CE, déc. n° 2000/C 71/07, 11 mars 2000 : JOCE n° C 71, 11 mars 2000, p. 14.*

16. *Comm. CE, déc. n° 2005/145, 16 déc. 2003* relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières : *JOUE n° L 49, 22 févr. 2005, p. 9.*

17. *Comm. CE, déc. n° 2006/5477, 22 nov. 2006* relative aux aides d'État accordées par la France au LNE (Laboratoire national d'essais) : *JOUE n° L 95, 5 avr. 2007, p. 25.*

d'EDF, considérant que son statut d'établissement public lui apporte une garantie illimitée de l'État [18].

22 - Dans la première affaire, EDF, la Commission procède à une analyse qui dépasse le cas d'EDF, et semble valoir pour tous les EPIC.

Partant du constat, indiscutable, que les biens des personnes publiques sont insaisissables, la Commission en déduit, par une interprétation communément admise de l'article L.620-2 du Code de commerce issu de la loi du 25 janvier 1985 relatif aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires, qu'EDF en qualité de personne publique ne pouvait pas être placée en liquidation judiciaire.

Par ailleurs, le remboursement des dettes des collectivités territoriales ou des établissements publics, obéit à une procédure spéciale qui a été établie par la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980. Selon cette loi il incombe au représentant de l'État ou à l'autorité de tutelle de l'établissement, en cas de condamnation pécuniaire par une décision juridictionnelle passée en force de chose jugée, de créer les ressources nécessaires en cas d'insuffisance d'actif. Mais la Commission en déduit, et elle commet sur ce point une erreur [19], que l'État devrait apporter lui-même les ressources manquantes, accordant ainsi une garantie illimitée du passif.

23 - Dans sa décision LNE du 22 novembre 2006, la Commission examine les modalités d'organisation et de fonctionnement du Laboratoire national de métrologie et d'essais, EPIC intervenant dans le domaine de la mesure, de l'essai, de la certification et de la formation.

L'affaire LNE porte principalement sur une « banale » question de subventions croisées. La Commission ne constate l'existence d'une aide qu'en ce qui concerne certaines subventions, qui ne compensent pas des obligations spécifiques de service public.

La Commission relève cependant que le LNE bénéficie d'un certain nombre « *d'avantages sélectifs, tels que l'auto-assurance et plus généralement le non-paiement des assurances, un régime spécifique de droit du travail, notamment concernant les retraites et l'assurance-chômage, le droit d'utiliser des documents à en-tête et logos de la République, l'utilisation d'une image officielle ou de laboratoire officiel, l'agrément de fait dans le cadre du crédit impôt-recherche et l'archivage gratuit* ».

24 - Dans la dernière affaire en date, concernant La Poste [20], le Commission reprend en substance les critiques émises à l'encontre d'EDF, écartant les arguments nouveaux et mieux documentés de la France, ainsi qu'une proposition de modification décret n° 81-501 du 12 mai 1981, d'application de la loi du 16 juillet 1980.

25 - Au-delà de la question des garanties apportées par l'État à ses établissements se pose une question plus générale : la remise en cause du statut des EPIC n'est-elle pas une remise en cause de l'intervention de l'État lui-même ?

Ce n'est pas en effet l'EPIC qui est en cause dans sa substance, mais l'obligation et la capacité supposées indéfinies de l'État de venir à son soutien.

Or, l'État est-il plus faillible qu'un EPIC ? Ses biens sont-ils plus saisissables ? Les réponses étant négatives l'on peut en conclure que l'État ne pourrait désormais plus intervenir directement dans l'exploitation d'une activité concurrentielle.

26 - La Commission et la Cour de justice n'ont jamais condamné le principe de l'intervention directe de l'État dans l'économie. L'INSEE, qui est une administration de l'État, développe par exemple de nombreuses activités concurrentielles sur le marché. Ses interventions doivent se faire sans que le *comportement* de l'État ne crée de situation contraire aux règles du droit de la concurrence. Il n'a en revanche jamais été soutenu que l'État ne pourrait pas intervenir en raison de son *statut*.

27 - Si l'idée que l'État puisse se délivrer une aide à lui-même peut sembler vertigineuse, elle repose pourtant sur un principe solide : la notion d'entreprise est indépendante du statut juridique de l'entité qui en est le support. Une régie même non personnalisée est une entreprise, au sens économique du terme, qui est le seul qui soit retenu par le droit communautaire.

B. - La difficile défense du modèle de l'EPIC

28 - L'EPIC est-il défendable ? L'argumentation de la Commission européenne n'est pas sans faiblesses [21]. Mais la situation est bien plus critique que l'on pense et, tel un accusé en cour d'assises, l'on peut faire condamner son client en croyant le sauver. L'EPIC est-il perclus des handicaps liés à la personnalité publique ? La Commission répond non sans raison que ces handicaps lui sont indifférents sur le plan concurrentiel et qu'il est loisible au législateur de l'en débarrasser (1°). Le régime des EPIC est-il plus complexe que la Commission ne l'imagine ? Cette complexité est l'une des raisons principales du discrédit qui frappe les EPIC (2°).

1° Les handicaps du régime de l'EPIC

29 - Le statut d'établissement public a longtemps été présenté comme un handicap concurrentiel plutôt que comme un avantage.

Il en va ainsi en premier lieu de l'absence de capital social, à l'exception notable d'EDF et GDF [22], qui interdit la constitution de nombreux partenariats. France Telecom en avait souffert en son temps ; la Poste s'en plaint aujourd'hui. Outre le principe de spécialité qui n'est pas propre aux établissements publics, la qualité de personne publique a également une influence sur le domaine public, les travaux publics [23] et la capacité à compromettre. L'on peut noter en outre que l'insaisissabilité des biens des personnes publiques est un handicap non négligeable pour la constitution de garanties réelles, que l'adoption du Code général de la propriété des personnes publiques n'a pas atténué.

30 - Le gouvernement français a fait observer, dans le cadre de l'affaire EDF, que « *la Commission aurait dû procéder à une appréciation globale des prérogatives et des sujétions des EPIC, et non se contenter de mettre en valeur certains privilèges* ».

18. *Comm. CE, communiqué n° IP/07/1572, 23 oct. 2007. – R. Noguellou, Les entreprises publiques sous le feu du droit communautaire : Dr. adm. 2007, alerte 32.*
La Commission remet également en cause le régime de retraites de la RATP *(Comm. CE, communiqué n° IP/07/1477, 10 oct. 2007).* Nous n'aborderons pas spécifiquement cette affaire.

19. *CE, 18 nov. 2005, n° 271898, Sté fermière de Campoloro et a.* De cette affaire, qui concernait en l'espèce une commune et non un établissement public, l'on peut déduire que le représentant de l'État n'a pas l'obligation d'apporter les ressources nécessaires au paiement des condamnations pécuniaires, mais doit exercer son pouvoir de substitution pour créer les ressources nécessaires à partir du budget ou du patrimoine de la collectivité. Il n'existe donc pas de garantie illimitée du passif.

20. *V. Commission, Aide d'État C 56/07 (ex C 49/07, ex E 15/05). – Garantie illimitée de l'État à La Poste. Invitation à présenter des observations en application de l'article 88 paragraphe 2 du traité CE : JOUE n° C 135, 3 juin 2008, p. 5.*

21. V. pour une analyse beaucoup plus systématique notamment *S. Nicinski, Personne publique et droit du marché » in : La personnalité publique, Acte du colloque de l'AFDA, Litec, coll. Colloques et Débats, 2007 ; La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés : RFDA 2008, p. 35. – C. Barthelemy, La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'État aux établissements publics : mythe ou réalité : RJEP 2004, p. 423 à 431.*

22. L'article 16 de la loi du 8 avril 1946, sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, disposait qu'EDF et GDF étaient dotés d'un capital social. Mais, l'article 16 alinéa 2 prévoyait que « *Ce capital appartient à la Nation. Il est inaliénable et, en cas de pertes d'exploitation, il doit être reconstitué sur les résultats des exercices ultérieurs* ». L'article 16, qui était devenu obsolète, a été abrogé par l'article 54 de la loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

23. *C. Lavialle, Une privatisation peut en cacher une autre : AJDA 2004, p. 1729.*

31 - Selon cette argumentation une approche globale aurait permis de découvrir que les inconvénients équilibraient les avantages du statut d'EPIC, ce qui aurait abouti à une forme de neutralité concurrentielle.

Mais la commission ne retient pas cette « approche compensatoire ».

Une aide compense une sujétion, non un handicap.

32 - Les nombreux inconvénients concurrentiels de la personnalité morale de droit public ne se compensent ainsi aucunement avec les avantages supposés. Sont ainsi caduques toutes les analyses qui semblaient mettre les établissements publics à l'abri des critiques en soulignant leurs faiblesses.

2° Les incertitudes du régime de l'EPIC

33 - L'indétermination du régime juridique applicable aux EPIC rend difficile toute défense irréfutable de leur statut.

34 - Il est troublant que le régime des procédures collectives, et la question des garanties illimitées de l'État à ses établissements publics ne soient réglés que par des références indirectes. Le régime des EPIC semble dépendre d'une sorte de Talmud, dans lequel les commentaires doctrinaux prennent plus d'importance que les textes eux-mêmes.

35 - Au point 63 de sa décision relative à EDF, la Commission note que : « *La doctrine juridique française considère que les personnes publiques bénéficient bien en droit français d'une garantie en dernier ressort de l'État. En effet, dès lors que ces personnes publiques gèrent une activité stratégique, essentielle à l'économie ou à la solidarité nationale, l'État ne pourrait se désintéresser de leur sort...* ».

Et de citer Jean Rivero. Ecrivant en 1959, il ne dit guère plus que ce que l'on peut dire aujourd'hui. Rivero note qu'aucun texte n'a prévu l'hypothèse d'un déficit de l'EPIC. Mais, ajoute l'auteur, « *il paraît certain, a priori, qu'il ne saurait aboutir à la mise en faillite de l'entreprise* ».

36 - Peut-on reprocher à la Commission de s'appuyer sur les seuls éléments vraiment solides en sa possession ? Il est indifférent à cet égard que Rivero ait parlé des entreprises nationalisées dans leur ensemble, et non des seuls établissements publics.

La Commission se base aussi, indice certes mince mais important en l'absence d'élément contraire, sur l'opinion « doctrinale » du Conseil d'État qui considérait dans son rapport public pour 1995 que « *la garantie de l'État [...] découlera, sans disposition législative explicite, de la nature même d'établissement public de l'organisme* » [24].

37 - La diversité des établissements publics, la complexité de leur régime rend peut-être impossible une « codification » comparable à celle qui a été effectuée en Espagne. Il n'est pourtant pas déraisonnable d'espérer que ces questions soient réglées au niveau législatif. En tout état de cause, et quels que soient les arguments de défense de l'État français pour sauver les quelques EPIC nationaux qui lui restent, les références doctrinales et les décisions juridictionnelles interprétées *a contrario* ne remplaceront jamais la clarté du texte.

2. La concurrence faite au modèle de l'EPIC

38 - Dans la tourmente qui frappe le modèle, l'EPCI local parait être à l'abri. La plupart des établissements publics locaux gèrent en effet des activités économiques bénéficiant d'un monopole légal et naturel : distribution et évacuation d'eau, évacuation et retraitement des déchets, transports publics urbains, notamment. Ces EPIC locaux ne sont donc pas en concurrence *sur* le marché. Ils sont cependant en concurrence *pour* le marché.

24. *Rapport annuel du Conseil d'État pour 1995 : EDCE 1995, p. 219.*

39 - Un double mouvement pourrait à moyen terme remettre en cause la place privilégiée des EPIC locaux : la fin des exemptions liées au statut de l'EPIC, celui-ci devant être traité comme toute entreprise en concurrence sur le marché (A) ; la fin des exemptions liées aux missions de l'EPIC, l'attribution monopolistique de SIEG devant être justifiée sur le plan économique (B).

A. - La fin des exemptions liées au statut d'EPIC

40 - La question de la soumission des personnes publiques aux règles de publicité et de mise en concurrence n'a, de manière surprenante, été réglée que très tardivement par le Conseil d'État français. Les établissements publics doivent, en dehors d'un rapport de coopération intercommunale ou *in house*, être mis en concurrence [25] pour se voir attribuer une mission par un pouvoir adjudicateur. Ils ne doivent pas profiter de leur régime pour fausser les règles de la concurrence [26].

Ces règles concernent l'intervention « concurrentielle » des établissements publics, en dehors de leurs missions statutaires initiales.

41 - Elles ont été étendues aux relations liant des établissements publics à leurs collectivités de tutelle. La création des EPIC et l'attribution de leurs missions au moyen d'actes unilatéraux n'est plus un moyen d'exclusion des règles de publicité et de mise en concurrence (1°).

Les EPIC sont donc désormais sur un pied d'égalité avec les personnes de droit privé, qui bénéficient des mêmes exemptions que les personnes de droit public (2°).

1° La soumission des actes unilatéraux aux règles de publicité et de mise en concurrence

42 - Les EPIC sont, en droit français, exclus *a priori* de l'application des règles de publicité et de mise en concurrence dans leurs relations avec leur collectivité de tutelle [27]. Cette exclusion est l'expression, au niveau national, du libre choix du mode de gestion de leurs services publics par les collectivités publiques.

Cette exclusion était, jusque récemment, garantie par l'attribution unilatérale de leurs missions statutaires [28].

Mais il est désormais classique de noter que le droit communautaire est indifférent à la forme qu'adoptent les actes par lesquels une collectivité attribue une mission à un tiers. Les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement et de transparence, issus du traité [29], s'appliquent aussi bien à l'attribution de missions par acte unilatéral [30] que par contrat.

43 - L'exception *in house* permet bien sûr d'exempter de toute mise en concurrence les liens, contractuels ou unilatéraux, unissant un établissement public et sa collectivité de tutelle. Cette exception a été étendue aux cas de contrôle conjoint par plusieurs collectivités publiques [31]. Mais cette exemption n'est ni générale ni absolue.

La situation des GIP a, pour la première fois semble-t-il, été examinée par le Conseil d'État dans sa décision *Syndicat national d'informa-*

25. *CE, 20 mai 1998, n° 188239, Cnauté cnes Piémont de Barr : AJDA 1998, p. 553, chron. Raynaud et Fombeur : RFD adm. 1998, p. 609 et s., concl. Savoie.*

26. *CE, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté J.-L. Bernard consultants ; RFD adm., 2001, p. 112, concl. Bergeal.*

27. *CGCT, art. L. 1411-12 b.*

28. Ce qu'exprime l'article L. 1411-12 b du Code général des collectivités territoriales.

29. *CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98, Telaustria et Telefonadress : Rec. CJCE 2000, I, p. 10745, concl. Nial Fennely.*

30. *Comm. CE, Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire, Bruxelles, 12 avr. 2000 : JOCE n° C 121, 12 avr. 2000, p. 2.*

31. *CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei.*

tion des industries de santé [32]. Cette décision montre que la situation de personnes publiques jusqu'ici exclues des principes de mise en concurrence doit désormais être examinée *in concreto*.

44 - Et une situation de détention conjointe voire exclusive ne garantit pas la protection concurrentielle des établissements publics.

La seconde condition de l'exception *in house*, qui tient à ce que l'établissement accomplisse l'essentiel de son activité au bénéfice de sa ou ses collectivités de tutelle, restreint considérablement les possibilités de « diversification » de ces établissements. Inversement, une ouverture irraisonnée d'un établissement public à la concurrence pourrait lui faire perdre le bénéfice de l'exception *in house*.

45 - Les établissements publics locaux ne sont ainsi plus libres de diversifier leurs activités (sous réserve de respecter le principe de spécialité territoriale et matérielle). Ils doivent en outre respecter une sorte de principe de « spécialité concurrentielle », qui les lie de manière indéfectible à leur collectivité de tutelle, sous peine que soient annulés tous les actes leur ayant attribué leurs missions sans respect des principes de transparence et d'égalité de traitement entre opérateurs issus du traité.

2° L'apparition de formes concurrentes de l'EPIC local

46 - Il est notable que l'établissement public soit resté, jusqu'à aujourd'hui, la seule forme d'intervention des collectivités territoriales dont l'attribution des missions soit exemptée de publicité et de mise en concurrence.

La demande pour les formes d'intervention de droit privé est pourtant si forte que le juge financier, le Conseil d'État et, parfois, les juridictions pénales luttent pour endiguer le phénomène des associations para-administratives.

47 - L'apparition des sociétés à capital public exclusif constitue à cet égard une évolution notable, et une perspective considérable pour les collectivités locales françaises. La transformation obligatoire, comme en Italie, de l'ensemble des établissements publics économiques locaux en société de capitaux [33] n'est pas une perspective politique réaliste, ni une évolution juridique envisageable. L'on peut en effet penser que le principe de libre administration des collectivités territoriales, inscrit à l'article 72 de la Constitution française, empêcherait l'interdiction générale et absolue de recourir à cette forme de gestion des services publics.

48 - Les sociétés à capital public exclusif, déjà créées dans le domaine de l'aménagement [34], de la gestion portuaire et aéroportuaire offrent cependant une solution intermédiaire entre la SEM et l'établissement public. La formule, étendue à d'autres domaines d'intervention, permettrait de constituer une seconde catégorie d'entités attributaires de leurs missions sans publicité ni mise en concurrence.

49 - Le fait qu'il se soit écoulé plus de quinze ans depuis la soumission des SEM aux règles de publicité et de mise en concurrence de la loi « Sapin » [35] et qu'aucune forme sociétaire alternative n'est été créée par le législateur ne laisse pas de surprendre. L'extension de la formule des sociétés à capital public exclusif dans un futur proche n'est cependant pas impossible, qui permettrait de proposer une solution alternative à la formule de l'EPIC, débarrassée des tares réelles ou supposées de la personnalité publique, tout en offrant une solution de remplacement à la SEM. L'adoption par le Sénat, le 4 juin 2009, d'une proposition de loi *pour le développement des sociétés publiques locales* pourrait rapidement aboutir à cette extension du modèle des sociétés à capital public exclusif [36].

50 - Le droit communautaire et le droit français [37] offrent un espace à ces sociétés pouvant assurer un nouveau mode de gestion direct des services publics.

B. - La fin des exemptions concurrentielles liées aux missions de l'EPIC

51 - Le fait que les EPIC locaux interviennent souvent dans la prestation de services en monopole naturel et légal ne les exempte évidemment pas de l'application des règles françaises et communautaires de concurrence.

Les articles 86 et suivants du traité CE n'auront certainement aucune conséquence dévastatrice sur les EPIC locaux. Une réflexion prospective sur l'application de ces règles amène cependant à penser que les collectivités locales devront à court ou moyen terme modifier leurs rapports avec les EPIC locaux, à deux égards : les missions des EPIC ne pourront pas rester indéterminées (1°). La durée de cette attribution devra être limitée (2°).

1° Les perspectives de la contractualisation

52 - La jurisprudence Altmark est très loin d'avoir fait sentir tous ses effets. Rappelons que la CJCE a, par cet arrêt, consacré une approche « compensatoire » du droit des aides d'État en considérant qu'il n'existait pas une telle aide lorsqu'elle compensait très exactement les charges d'un SIEG [38]. La collectivité dispensatrice de l'aide est donc exemptée de l'obligation de notification prévue à l'article 88 du traité lorsque quatre conditions sont remplies, qui tiennent toutes à la transparence et à la proportionnalité du soutien apporté à l'entreprise bénéficiaire.

53 - La quatrième condition posée par la Cour tient au fait qu'en l'absence de publicité et de mise en concurrence pour l'attribution des obligations de service public, le niveau de la compensation nécessaire doive être déterminé « *sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée [...] afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations en tenant compte des recettes y relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations* ».

54 - La précision ne concerne, en droit français, que certaines associations para-administratives, les GIP et les établissements publics. Or ces derniers sont attributaires de leurs missions sans aucune analyse préalable.

L'approche de la Cour rappelle celle qui fondait déjà l'arrêt Höfner [39], et qui conditionnait la légalité d'un monopole octroyé à l'entreprise exploitant un SIEG à la condition que celle-ci ait les capacités d'assurer correctement le service.

55 - Les textes du « paquet Monti-Kroes » du 28 novembre 2005 tendent à préciser, sans lever toutes les ambiguïtés, les conditions de

---

32. *CE, 4 mars 2009, n° 300481.*

33. *D. lég. n° 267, 18 août 2000, Texte unique des lois sur l'organisation des entités locales (Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali) : GURI n° 227, 28 sept. 2000, suppl. ord. n° 162, mod.*

34. *C. urb., art. L. 327-1 créé par L. n° 2006-872, 13 juill. 2006* portant engagement national pour le logement.

35. Le Conseil constitutionnel ayant jugé l'exemption au profit des SEM contraire au principe d'égalité : *Cons. const., déc. n° 92-316 DC, 20 janv. 1993.*

36. Le texte adopté par le Sénat et transmis à l'Assemblée nationale le 5 juin 2009 prévoit de créer l'article L. 1531-1 du Code général des collectivités territoriales consacré aux « sociétés publiques locales ». Le texte prévoit que ces sociétés « exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres ». Cette exclusivité devrait garantir que l'exception *in house* leur est toujours applicable.

37. *CMP, art. 3 et CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, Cne Aix-en-Provence,* pour les délégations de service public.

38. *CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, Altmark Trans GmbH, concl. Ph. Léger.*

39. *CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser contre Macrotron : Rec. CJCE 1991, I, p. 1979.*

mise en œuvre de la nouvelle jurisprudence de la Cour [40]. La décision relative aux aides compensant des obligations de service public reprend l'approche compensatoire élaborée par la Cour [41], et l'encadre par des seuils.

56 - La Commission précise qu'aucune notification n'est nécessaire lorsqu'un acte officiel établit notamment la nature et la durée des obligations de service public, la nature des droits exclusifs ou spéciaux octroyés à l'entreprise ainsi que les paramètres de calcul, de contrôle et de révision de la compensation.

Une circulaire du ministre de l'Intérieur du 4 juillet 2008 observe que ces règles n'ont pas encore été prises en compte au niveau local. Le plus étonnant est que ce soit par voie d'une circulaire (qui reste elle-même relativement évasive) que soient précisées des dispositions dont la mise en œuvre concrète peut dérouter même le spécialiste.

57 - Ces conditions pourraient pourtant être à la base d'une obligation systématique de justification du recours à des formes directes de gestion par le biais d'une analyse économique et financière.

58 - Cette détermination préalable des missions et des besoins de l'établissement pourrait prendre place dans un « contrat de service public » ou d'un « cahier des charges », sur le modèle de ceux qui lient les collectivités belges, italiennes (*contratto di servizio*) ou allemandes (*konzessionsvertrag*) à leurs organes de gestion. Ces contrats ne remplacent pas, dans les pays concernés, l'attribution unilatérale des missions ; ils viennent en préciser les conditions, notamment financières.

L'introduction de cette forme de cahiers des charges en droit français apporterait, on peut le penser, une réponse adéquate aux obligations nouvelles élaborées par la Cour et la Commission.

40. Ce « paquet » désigne trois textes du même jour, de nature fort différente : la décision de la Commission 2005/842/CE concernant l'application des dispositions de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE aux aides d'État ; l'encadrement communautaire 2005/C 297/04 du 28 novembre 2005 des aides d'État ; la directive 2005/81/CE du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE.

41. Plutôt que de reconnaître que la corrélation entre l'aide et l'obligation de service public permet d'écarter la qualification d'aide d'État, la Commission élabore un régime d'exemption de notification.

2° Une remise en cause périodique du monopole des EPIC

59 - Le droit de la concurrence est, par nature, évolutif. Or les germes d'un raidissement du droit de la concurrence à l'égard des EPIC locaux sont présents dans les principes du droit communautaire de la concurrence.

60 - Dès lors en effet que l'attribution de missions de service public par le moyen d'actes unilatéraux est soumise aux règles de la concurrence aussi bien que les actes contractuels, il semble logique de leur appliquer les mêmes principes. Si la règle du *in house* exempte les pouvoirs adjudicateurs de soumettre la création ou la désignation d'établissements publics aux règles de publicité et de mise en concurrence, elle ne saurait les exempter des règles de la concurrence.

61 - Or, le principe de proportionnalité, à la lumière duquel doit être lu l'article 86 du traité, « *implique que les moyens utilisés pour remplir la mission d'intérêt général ne créent pas d'inutiles distorsions commerciales* » [42].

Lorsque des droits spéciaux ou exclusifs sont attribués à un opérateur, l'expression première du principe de proportionnalité est la limitation de la durée de cette attribution. C'est ce qu'avait reconnu le Conseil d'État dans son premier acte en tant que juge interne de la concurrence [43].

Ce principe vient renforcer celui de l'octroi de compensations de service public pour une durée limitée (cf. *supra*).

L'élaboration d'un « cahier des charges » à l'attention des établissements publics, qui devrait être respecté pour justifier la légalité de l'octroi d'une aide d'État exemptée de notification, devrait donc être périodique.

62 - Si l'attribution de missions monopolistiques aux EPIC, locaux comme nationaux, est encore possible lorsque les conditions d'exploitation d'un SIEG sont en cause, le droit de la concurrence organise un encadrement dont l'étau ne pourra à l'avenir que se resserrer.

MOTS-CLÉS : *Organisation administrative - EPIC - Personnes publiques - Droit de la concurrence, Aides d'État, La Poste*

42. *Comm. CE, Communication 20 sept 2000, Les services d'intérêt général en Europe, COM (2000) 580 final, pt. 23.*

43. *CE, sect., 3 nov. 1997, Sté Million et Marais : Rec. CE 1997, p. 406, concl. Stahl.*



DOCUMENT n° 3

La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés

Sophie NICINSKI
Professeur à l'Université Lumière Lyon II

A l'heure où le glas semble avoir sonné pour les grands établissements publics industriels et commerciaux nationaux, destinés à être irrémédiablement transformés en sociétés de droit privé [1], le moment est peut-être aussi venu de briser la puissante lame de fond qui les emporterait sur son passage. Que l'on puisse soutenir que la forme juridique de l'établissement public est obsolète, démodée ou condamne aux pires lourdeurs administratives est encore acceptable, mais l'idée souvent avancée que cette forme juridique tomberait sous les fourches caudines du droit communautaire ou serait parfaitement incompatible à la vie des affaires est plus contestable. Le phénomène est néanmoins d'une ampleur certaine: l'ERAP a transféré ses actifs à Elf Aquitaine et le service des poudres fut transformé en société commerciale dans les années soixante-dix; Télévision de France (TDF) est transformé en société anonyme en 1986; puis la Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (SEITA) et la Caisse nationale des marchés de l'Etat (CNME) en 1980, la Caisse d'aide à l'équipement en 1987 (devenue Crédit local de France), l'Imprimerie nationale (anciennement budget annexe) en 1993, les transformations les plus célèbres restant celles de France Télécom en 1996, Electricité de France (EDF) et Gaz de France (GDF) en 2004, et, enfin, Aéroports de Paris en 2005.

On regroupe différents processus juridiques sous le terme générique de "transformation" des Etablissements publics industriels et commerciaux (EPIC) en sociétés. Comme le soulignent S. Carpi [2] puis à son tour B. Plessix [3], il existe en réalité deux catégories de procédures. La première, utilisée plutôt lors des premières transformations et surtout pour France Télécom, consiste à supprimer l'EPIC et à apporter l'ensemble de ses biens, droits et obligations à une nouvelle personne morale prenant la forme d'une société de droit privé [4]. La seconde n'opère qu'un changement de forme juridique sans création de nouvelle personne morale. Il n'y a alors pas d'apport des biens, droits et obligations de l'EPIC, ni cessation d'activité, mais organisation d'une continuité juridique par le législateur, ainsi qu'en témoignent par exemple les termes de la loi n°2004-803 du 9 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, en son article 25: "La transformation en sociétés d'Electricité de France et de Gaz de France n'emporte ni création de personnes morales nouvelles, ni cessation d'activité. Les biens, droits, obligations, contrats et autorisations de toute nature des sociétés Electricité de France et Gaz de France, en France et hors de France, sont ceux de chacun des établissements publics au moment de la transformation de leur forme juridique. Cette transformation ne permet aucune remise en cause de ces biens, droits, obligations, contrats et autorisations et n'a, en particulier, aucune incidence sur les contrats conclus avec des tiers par Electricité de France, Gaz de France (...). Les opérations entraînées par cette transformation ne donnent pas lieu à la perception de droits, impôts ou taxes de quelque nature que ce soit" [5].

La transformation d'un EPIC en société relève d'une opération de privatisation du statut juridique. Le terme de privatisation est si polysémique qu'il convient de ne pas se méprendre. On utilise ce terme pour désigner au moins trois catégories d'opérations: premièrement, l'opération consistant à transférer l'exploitation d'une activité (le plus souvent un service public) dévolue à une régie ou à un établissement public aux mains d'un délégataire privé; deuxièmement, l'opération de transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé (privatisation au sens de l'article 34 de la Constitution); et, troisièmement, la modification de la forme juridique d'un organisme, passant d'une forme juridique de droit public à une forme juridique de droit privé (privatisation du statut). La privatisation du statut doit alors être distinguée de la privatisation du capital (par ex. France Télécom est devenue société anonyme en 1996, mais la privatisation de son capital n'a été rendue possible que par une loi de 2003) [6]. La transformation des EPIC en sociétés n'est qu'une privatisation du statut. De ce fait, même si le législateur intervient quasiment toujours pour y procéder, l'opération ne relève pas d'un transfert de propriété du secteur public au secteur privé impliquant

(1) D. Bailleul, Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial? A propos de la transformation des EPIC en sociétés, RJEP 2006. 105; M. Lombard, L'établissement public industriel et commercial est-il condamné?, AJDA 2006. 79; B. Plessix, L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif, JCP A 2007, n°13, p.38.

(2) S. Carpi, Contribution à une théorie des successions en droit public, Presses universitaires de Rennes 2006.

(3) B. Plessix, Etablissement public. Notion. Création. Contrôle, J.-Cl. Adm. Fasc. 135, 2007. V. également, Conseil d'Etat, Les établissements publics, transformation et suppression, Doc. fr. 1989.

(4) Par ex. loi n° 80-495 du 2 juillet 1980, à propos de la transformation du service d'exploitation des tabacs et allumettes en société nationale; Loi n°96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, art. 1er: «La personne morale de droit public France Télécom mentionnée à l'article 1er est transformée à compter du 31 décembre 1996 en une entreprise nationale dénommée France Télécom, dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social»; «Les biens, droits et obligations de la personne morale de droit public France Télécom sont transférés de plein droit, au 31 décembre 1996, à l'entreprise nationale France Télécom». Cette procédure est évidemment la seule envisageable lorsque c'est un service de l'Etat doté d'un budget annexe qui est «transformé» en société de droit privé, Loi n°93-1419 du 31 décembre 1993 relative à l'imprimerie nationale, art. 1er: «L'ensemble des droits, biens et obligations de l'Etat attachés aux missions des services relevant du budget annexe de l'Imprimerie nationale est apporté à une société nationale, dénommée "Imprimerie nationale"»; plus récemment, art. 78 de la loi de finances rectificative pour 2001, n°2001-1276 du 28 déc. 2001, transformant le service à compétence nationale DCN en société anonyme et lui apportant les droits, biens et obligations de l'Etat relatifs au service.

(5) Il est procédé de la même manière pour ADP par la loi n°2005-357 du 20 avr. 2005, relative aux aéroports, art. 1er: «L'établissement public Aéroports de Paris est transformé en société anonyme. Cette transformation n'emporte ni création d'une personne morale nouvelle, ni conséquence sur le régime juridique auquel sont soumis les personnels».

(6) Pour P. Delvolvé, seule la seconde opération est une vraie privatisation, Droit public de l'économie, Dalloz, 1998, n°630 s.

obligatoirement le vote d'une loi en vertu de l'article 34 de la constitution. Normalement, la règle du parallélisme des compétences s'applique et l'opération de transformation peut alors être opérée soit par la loi, soit par le pouvoir réglementaire [7], à moins qu'une loi se révèle indispensable (déclassement définitif de biens du domaine public sans désaffectation, dérogation au droit privé des sociétés, privatisation du capital accompagnant la privatisation du statut, etc.).

La transformation des EPIC en sociétés commande d'être prudent quant à l'analyse des facteurs qui la sous-tendent. On a beaucoup disserté sur la pression exercée par la Commission européenne ou sur l'incapacité pour les EPIC de conclure des alliances commerciales stratégiques par échange de titres (on se souvient du cas France Télécom / Deutsche Telekom). Ces arguments méritent d'être soigneusement remis à plat. On a beaucoup idéalisé les conséquences de la transformation, comme si les sociétés anonymes à capital public ou majoritairement public étaient à l'abri de toute contestation, mais n'est-ce pas finalement l'actionnaire public qui concentre les velléités communautaires? Aussi, il convient de s'interroger aujourd'hui sur la réelle efficacité d'une privatisation du statut. Mais au-delà de ces considérations immédiates, la question de la banalisation de l'opérateur public mérite d'être posée. A force de vouloir gérer les opérateurs publics comme des opérateurs privés, ne sommes-nous pas en train de perdre toute justification de la raison d'être de l'opérateur public? A quoi sert l'opérateur public s'il fonctionne comme un opérateur privé et poursuit les mêmes objectifs? La transformation des EPIC en sociétés ne peut se passer d'une réflexion sur la reconstruction de la légitimité de l'opérateur public.

Les transformations posent également de redoutables questions juridiques quant à leurs conséquences sur les biens des anciens EPIC, leurs contrats, leur personnel et le sort du service public dont l'exploitation leur était dévolue.

Facteurs

On identifie deux principaux facteurs, d'inégale importance d'ailleurs, commandant la transformation des EPIC en sociétés: la pression du droit communautaire et la nécessité de s'adapter aux réalités des affaires.

La pression du droit communautaire sur le statut d'établissement public

La pression du droit communautaire sur le statut d'EPIC apparaît comme le facteur le plus puissant quant à l'exigence de privatisation du statut. Puissant parce que les autorités françaises ne le maîtrisent pas et parce que, fondé sur l'incompatibilité des aides publiques, il implique potentiellement d'importantes conséquences financières. Pourtant, les arguments avancés par la Commission ne sont pas incontestables [8] et la solution trouvée par les autorités françaises, consistant en une privatisation du statut, n'est probablement pas la plus efficace.

Les procédures engagées par la Commission à l'encontre des EPIC nationaux intervenant sur le marché concurrentiel

On se souvient que la Commission avait demandé la transformation de la Régie Renault en société pour accepter les aides publiques qui lui étaient versées [9]. Ses décisions plus récentes touchant EDF, La Poste et le Laboratoire national d'essais (LNE) ciblent plus précisément le statut de droit public de ces opérateurs économiques, en ce qu'il révélerait l'existence d'une garantie illimitée de l'Etat, incompatible avec la prohibition des aides publiques. Dans une communication du 11 mars 2000 sur l'application des articles 87 et 88 CE aux aides d'Etat sous forme de garantie, la Commission avait exposé que "constituent (...) une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité".

Le Conseil d'Etat français s'était déjà prononcé à ce sujet à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, dans une note non publiée, mais mentionnée dans le rapport pour 1995 (p. 219). Le montage impliquait la création d'un établissement public de financement, à propos duquel le Conseil d'Etat convient qu'il est inutile de préciser dans la loi que cet établissement public bénéficiait de la garantie de l'Etat, en raison de sa nature même d'établissement public.

Selon A. Delion [10], plusieurs arguments ont été avancés à l'appui du principe d'une garantie implicite de l'Etat envers ses établissements publics. D'abord, l'établissement public étant un démembrement d'une collectivité publique, il est nécessaire que l'Etat se substitue à lui pour ne pas laisser les créanciers sans recours puisqu'aucune procédure de redressement ou d'exécution forcée sur les biens ne leur est ouverte. Ensuite, la jurisprudence selon laquelle la responsabilité de la collectivité publique est engagée envers les tiers en cas d'insolvabilité de son concessionnaire [11] aurait été étendue au cas des établissements publics. Enfin, si une garantie expresse avait été fournie à l'établissement public créé dans l'affaire du Crédit Lyonnais, cela aurait signifié *a contrario* que la garantie n'était pas automatique pour les autres établissements publics, rendant ainsi le coût de leurs emprunts plus élevé. C'est précisément cette dernière constatation qui est aujourd'hui fatale aux grands EPIC nationaux.

Les décisions prises à propos d'EDF [12], du LNE [13] et désormais de La Poste [14] ont offert à la Commission la possibilité de développer un argumentaire peu ou prou commun à ces différentes

(7) Par exemple, apport de l'établissement public Caisse nationale des marchés de l'Etat (CNME) à la société Crédit d'équipement aux petites et moyennes entreprises (CEPME).

(8) La contestation des arguments avancés par la Commission a été longuement développée dans un article précédent (S. Nicinski, Personnalité publique et droit du marché, *in La personnalité publique*, Litec, coll. Colloques et Débats, 2007, p.225) et on se contentera ici d'en reprendre les grandes lignes.

(9) Décision n°88/454/CEE du 28 mars 1988, JOCE L. 220 du 11 août 1988.

(10) A. Delion, Les garanties d'Etat et leur évolution, RJEP/CJEG oct. 2004, p.417.

(11) CE, Sect., 13 nov. 1970, *Ville de Royan*, Lebon 683; RDP 1971, p.740, concl. Braibant; CE 11 déc. 2000, *Agofroy*, Lebon 607; RFDA 2001. 1277, concl. S. Austry.

(12) Par lettre du 4 avr. 2003 (2003/C 164 /03), la Commission notifie à la France sa décision d'ouvrir la procédure de l'article 88§2 TCE concernant la mesure d'aide en faveur d'EDF sous la forme de la garantie illimitée de l'Etat liée au statut d'EPIC (JOUE C 164/7 du 15 juill. 2003).

(13) Ouverture d'une procédure formelle d'examen le 5 juill. 2005 à l'encontre du Laboratoire national d'essais (n° C/24/2005) JOUE du 22 oct. 2005, C 263/22; Décision de la Commission du 22 nov. 2006 à propos de l'aide en faveur du Laboratoire national de météorologie et d'essais (C(2006)5477), JOUE 5 avr. 2007, L. 95, p.25.

(14) La Commission Européenne a demandé le mercredi 4 octobre 2006 à la France de mettre fin, avant la fin de l'année 2008, à la garantie illimitée dont

affaires. En premier lieu, le statut d'EPIC exclurait la possibilité d'une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire selon les procédures de la loi modifiée du 25 janvier 1985. Mais c'est surtout l'insaisissabilité des biens des EPIC, personnes publiques, qui est au cœur de la démonstration, en ce que cette particularité serait elle-même à l'origine de l'inapplicabilité des procédures de faillite. En deuxième lieu, les termes de la loi n°80-539 du 16 juillet 1980, relative à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public, et de son décret d'application n°81-501 du 12 mai 1981, en vertu desquels l'autorité de tutelle "dégage le cas échéant, les ressources nécessaires, ..., en augmentant les ressources" du débiteur, sont interprétés comme impliquant nécessairement que ces "nouvelles ressources" proviendraient de l'Etat lui-même. En troisième lieu, la notation des agences de notation, dont on sait qu'elle est essentielle pour le coût d'un crédit et qu'elle est excellente pour les EPIC, serait directement fondée sur cette garantie implicite. La Commission en conclut que "la garantie de l'Etat, liée au statut d'EPIC, dans la mesure où elle est générale, quant aux activités qu'elle couvre, et illimitée dans le temps, paraît à ce stade disproportionnée" ou encore que l'Etat est tenu "d'intervenir en tant que garant en dernier ressort des personnes morales de droit public". Par la suite, la transformation d'EDF en société anonyme en 2004 a justifié la clôture de la procédure à son encontre. Pour le LNE, la Commission a réservé l'appréciation des conditions de l'exception de l'article 86§2 du Traité de la Communauté Européenne (TCE) à une décision ultérieure, mais a reconnu la présence d'un service d'intérêt économique général, ce qui constitue une avancée intéressante.

On peut supposer que d'autres EPIC actuellement en situation de monopole sur certains marchés vont être concernés [15], dès que leur secteur sera ouvert à la concurrence, puisqu'une aide ne peut être déclarée incompatible avec le marché commun que si elle affecte les échanges (art. 87§1 TCE), condition non vérifiée dans les secteurs non encore ouverts à la concurrence.

La contestation de l'argumentaire de la Commission

L'argument tiré de la liaison, dans la notation établie par des agences indépendantes, entre le statut d'EPIC et l'attribution de notes maximales (ou s'en approchant) permettant à ces organismes de bénéficier de crédits dans de bonnes conditions, est susceptible d'être contesté, mais pas à l'aide des arguments déjà avancés par la doctrine pour tenter de renverser la démonstration établie par la Commission. Il faut bien reconnaître que parmi les entreprises publiques, celles qui ont le statut d'EPIC ont de meilleures notes que celles qui sont constituées sous forme de société. Selon la notation établie par l'agence Fitch, Réseau ferré de France (RFF), la Société nationale des chemins de fer (SNCF) et la Régie autonome des transports parisiens (RATP) bénéficient d'une notation AAA et on peut lire dans leurs rapports que ces "notes reposent sur le statut d'EPIC (...), en vertu duquel [l]a dette [de l'établissement] bénéficie d'une garantie implicite de l'Etat français". Les anciens EPIC se contentent d'une moins bonne notation (AA pour GDF eu égard au soutien implicite de l'Etat), A+ pour ADP (pas de pondération positive au titre du soutien potentiel de l'Etat), AA- pour EDF (poids des retraites, coût du démantèlement nucléaire), A- pour France Télécom. Le jour de l'annonce faite par la Commission à propos de La Poste, l'agence de notation Fitch revoie sa note à la baisse (de AAA stable à AAA négatif), au motif qu'il faut interpréter "la recommandation de la Commission européenne comme le premier signe tangible de pression sur le statut juridique de La Poste et donc, sur ses notes". On ne saurait alors rallier la doctrine [16] ayant avancé que la variation des notes précédemment exposées reposait en réalité sur d'autres considérations, comme la présence d'un monopole, l'importance des actifs ou la fourniture de biens de première nécessité. L'articulation de la contestation ne nous semble pas devoir reposer sur une inexacte appréciation des faits, mais sur les faiblesses du raisonnement adopté par la Commission. Si on prend l'exemple d'Aéroports de Paris (ADP), aujourd'hui société de droit privé, il apparaît qu'il bénéficie d'un A+, selon Fitch, alors que ses biens sont insaisissables [17] et on se souvient que l'insaisissabilité des biens avait été placée par la Commission au centre de sa démonstration de l'existence d'une garantie illimitée. Dès lors, de deux choses l'une: soit l'insaisissabilité des biens est un argument fondamental pour démontrer l'existence d'une garantie illimitée de l'Etat mais cette garantie n'influence pas le coût du crédit; soit l'insaisissabilité des biens ne permet pas de démontrer l'existence d'une garantie illimitée de l'Etat liée à un statut puisque des sociétés anonymes peuvent bénéficier de cet avantage et ce sont alors les prémisses du raisonnement de la Commission qui ne sont plus valables. Le raisonnement suivi par la Commission est par ailleurs parfaitement circulaire: elle se fonde sur les rapports des agences de notation, lesquelles réagissent aux prises de position de la Commission!

Par ailleurs, les termes de loi du 16 juillet 1980 n'impliquent pas que l'Etat fournisse lui-même les ressources nécessaires: l'affaire de Campoloro [18] l'a démontré, puisque l'application des procédures prévues par cette loi peut passer par la vente de biens, l'augmentation de ressources perçues sur des tiers (impôts, tarifs des services publics). Il ne faut également pas confondre l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour défaut de mise en œuvre de diverses procédures de tutelle ou de contrôle avec l'existence d'une garantie illimitée.

Enfin, la notion d'aide en droit communautaire implique une manifestation de volonté au moment de la délivrance de l'aide. La Cour recherche une "initiative" de l'autorité publique ou la présence d'une "politique publique" [19]. A notre connaissance, la Cour n'a pas encore validé l'existence d'aides délivrées implicitement à partir d'éléments statutaires [20], comme le laissent supposer la communication précitée de la Commission du 11 mars 2000 et ses prises de position dans les affaires précitées. L'aide doit être

bénéficie La Poste en tant que personne morale de droit public, estimant que cette garantie fausse la concurrence.

(15) Par exemple le cas de la SNCF, Projet de la Commission européenne du 21 déc. 2007 sur les aides d'état aux entreprises ferroviaires, IP/07/1990.

(16) A. Delion, art. préc.; Ch. Barthelemy, La garantie implicite, gratuite et illimitée de l'Etat aux établissements publics: mythe ou réalité?, RJEP/CJEG oct. 2004. 423.

(17) Art. L. 251-3 du c. aviat.

(18) CE, Sect., 18 nov. 2005, *Sté fermière de Campoloro*, n°271898.

(19) CJCE 15 juill. 2004, *Pearle BV*, aff. C-345-02.

(20) Cette question ne doit pas être confondue avec celle qui se pose lorsque des organismes proches de l'Etat délivrent eux-mêmes des aides et dont on se demande si les aides versées le sont à partir de fonds publics. La question se résout alors en recherchant si statutairement les organismes en cause peuvent être rattachés à l'Etat. Dans le cas qui nous préoccupe, on se demande simplement si la décision finale d'octroyer une aide par l'organisme à son bénéficiaire peut être implicite et résulter de la "force des choses".

financée au moyen de ressources d'Etat, ce qui peut consister en un manque à gagner, en une renonciation à percevoir une rémunération, mais, dans ce cas, on se réfère au critère des ressources normales [21]. Or à aucun moment la Commission n'explique en quoi elle considère que la rémunération de la garantie illimitée offerte par l'Etat aux EPIC (montant de l'aide) serait une ressource revenant normalement à l'Etat.

M. Monti, ancien commissaire européen chargé de la concurrence, a pu estimer que la privatisation du statut d'EDF n'était pas imposée par le droit communautaire [22], car l'article 295 TCE préserverait l'existence même d'opérateurs publics. Il donne l'exemple de la suppression en 2002 des garanties dont bénéficiaient les banques allemandes à statut public n'ayant pas entraîné de modification de leur statut. Seul le caractère illimité de la garantie constituerait une aide, non la garantie elle-même.

L'efficacité relative de la solution de transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés

La transformation des Etablissements publics industriels et commerciaux (EPIC) en sociétés ne les exonère pas de toute attaque en provenance des autorités communautaires, car il ressort de plus en plus clairement que c'est l'actionnaire public qui focalise désormais toute l'attention. La seule issue ne serait dès lors pas une privatisation du statut, mais une privatisation totale du capital.

Toutes les interventions capitalistiques de l'Etat tombent sous le coup de la qualification d'aide d'Etat. La Cour a jugé que "l'intervention des pouvoirs publics dans le capital d'une entreprise, sous quelque forme que ce soit, peut constituer une aide étatique lorsque les conditions visées à l'ex-article 92 du Traité sont remplies" [23]. Quatre situations ont été recensées [24] : la création d'entreprises, les transferts de propriété du secteur privé vers le secteur public, les apports en capital dans une entreprise du secteur public et les augmentations de capital dans une entreprise du secteur privé. Les autorités communautaires utilisent le critère bien connu de l'opérateur agissant dans des conditions normales de marché, afin de déterminer si l'Etat a octroyé une aide. Mais, si l'actionnaire public se réduit à un opérateur agissant dans des conditions normales de marché, que reste-t-il de la spécificité de l'entreprise publique? Il en va de même de l'institution d'une action spécifique, susceptible de heurter la libre circulation de capitaux et la liberté d'établissement [25]. Sans être nécessairement incompatible avec le droit communautaire, la création d'une action spécifique doit être justifiée et ne conférer que des prérogatives proportionnelles aux objectifs à atteindre (justifications possibles sur le fondement des raisons impérieuses d'intérêt général ou de la sécurité publique et contrôle des prérogatives conférées).

L'affaire France Télécom peut achever de convaincre que la transformation d'un EPIC en société anonyme n'exempte pas l'actionnaire public du respect du droit des aides. La Commission [26] a ainsi pu estimer qu'une aide avait été constituée par un effet d'annonce de soutien inconditionnel de la part de l'Etat actionnaire. Les déclarations des autorités françaises en faveur de France Télécom ont été considérées comme "suffisamment claires, précises et fermes pour manifester l'existence d'un engagement crédible de l'Etat" et que la "thèse innovante" selon laquelle ces déclarations seraient des aides n'est "probablement pas dépourvue de fondement".

La contestation du statut d'EPIC tend de plus en plus souvent à céder la place à une contestation massive de la présence d'opérateurs publics, ainsi qu'en témoigne l'affaire du LNE [27]. On y lit (même s'il ne s'agit que des arguments des concurrents de l'opérateur public, repris par la Commission) que "le LNE disposerait, du fait de son statut d'entreprise publique, d'un certain nombre d'avantages sélectifs, tels que l'auto-assurance et plus généralement le non-paiement des assurances, un régime spécifique de droit du travail, notamment concernant les retraites et l'assurance-chômage, le droit d'utiliser des documents à en-tête et logos de la République, l'utilisation d'une image officielle ou de laboratoire officiel, l'agrément de fait dans le cadre du crédit impôt-recherche et l'archivage gratuit".

La nécessité de s'adapter aux réalités des affaires

Les arguments qui suivent sont trop connus pour être exposés longuement. Les EPIC doivent réaliser des opérations capitalistiques et trouver des financements. La lourdeur de la tutelle est fréquemment invoquée, même si les EPIC bénéficient largement d'une gestion commerciale et de l'absence de comptabilité publique. Quant au principe de spécialité, il est encore vécu comme un obstacle, même si la formulation de l'objet social dans les statuts des EPIC est de plus en plus large [28]. Par ailleurs, il existe des activités qui ne peuvent être entreprises que sous certaines formes juridiques (société d'assurances, banques). C'est surtout l'incapacité de l'Etat à financer les EPIC à hauteur des investissements qu'ils doivent réaliser qui les a conduits à envisager de procéder par d'autres voies.

L'absence de capital prive les établissements publics des possibilités de financement et d'alliances offertes par certaines opérations capitalistiques (augmentation des fonds propres, échanges de titres de participation, etc.). On peut citer à ce titre l'échec du rapprochement entre l'américain MCI et France Télécom en 1993 et le fait que la perspective d'une alliance avec Deutsche Telekom en 1996 (alliance finalement non concrétisée) a cependant accéléré la réforme et la transformation du statut. Néanmoins, et même si cette avancée ne confère pas un "capital" aux EPIC, il convient de remarquer leur rapprochement notable avec les entreprises de droit privé opéré en 2001, puisque l'Etat actionnaire se rémunère par des dividendes. Ainsi, l'article 79 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001, loi de finances rectificative pour 2001, dispose que "l'Etat peut percevoir un dividende annuel sur le résultat des établissements publics placés sous sa tutelle dont l'activité présente à titre principal un caractère industriel, commercial ou financier. (...) Le dividende constitue le mode exclusif de rémunération de l'Etat actionnaire". La transformation en société permet aussi de bénéficier d'apports corporels ou incorporels si l'apporteur condi-

(21) CJCE 16 mai 2000, *France c/ Ladbroke et Commission*, C-83/98.

(22) Audition à l'Assemblée Nationale en 2003 et audition à la Réunion de la délégation pour l'Union européenne du mardi 8 juin 2004.

(23) CJCE 21 mars 1991, *Italie c/ Commission*, C-305/89.

(24) Commission, Rapport concurrence 1984.

(25) CJCE 4 juin 2002, *Commission c/ France*, C-483/99, à propos de l'action spécifique détenue dans Elf Aquitaine.

(26) Décision de la Commission le 2 août 2004 concernant l'aide d'Etat mise à exécution par la France en faveur de France Télécom.

(27) Décis. de la Commission préc.

(28) M. Lombard, L'établissement public industriel et commercial est-il condamné?, préc.

tionne son apport à une participation au capital. On peut se demander s'il serait véritablement inconcevable que les caractéristiques essentielles des établissements publics soient modifiées en droit français pour admettre que l'EPIC peut être doté d'un capital.

Qu'en est-il réellement des exigences imposées par le souhait de recourir à une nouvelle forme de gouvernance pour les entreprises publiques? Dès le très célèbre Rapport Nora de 1967, les entreprises publiques sont incitées à se soumettre aux lois du marché, sont invitées à adopter une pratique managériale, et l'actionnaire public est exhorté à leur laisser plus d'autonomie.

Au fil du temps, l'idée semble s'être imposée qu'une bonne gestion commerciale des entreprises publiques devait s'accompagner du statut adéquat, c'est-à-dire du statut d'entreprise privée. C'est l'une des conclusions à laquelle parvient le rapport Diefenbacher de 2003 [29] sur la gestion des entreprises publiques, qui préconise de "généraliser le statut de société anonyme pour toutes les entreprises opérant dans le champ concurrentiel". Plus prudemment, les Lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) (2005) préconisent la "rationalisation des formes juridiques" des opérateurs publics. Le risque est alors celui d'une trop grande banalisation, de faire perdre à l'entreprise publique sa spécificité et, partant, sa légitimité. Même s'il est de plus en plus délicat parfois d'établir une distinction claire entre une activité de service public ouverte à la concurrence et des prestations purement commerciales, la mission de service public est plus en corrélation avec le statut d'EPIC qu'avec celui de société.

Dès lors, comment justifier l'alliance nouvelle (presque fatale) entre le management d'une société privée en investisseur de marché et l'exploitation d'une mission de service public? Il est d'ores et déjà possible de répondre que c'est la situation de nombre de délégataires privés et qu'ils ont su s'en accommoder. Mais la transformation du statut des EPIC s'appréhende sous un autre angle en ce que la présence d'un opérateur public (par son capital si ce n'est par son statut) demeure. La collectivité publique n'est pas l'autorité de contrôle, elle n'est pas dans son rôle "légitime", mais apparaît sous ses traits d'entrepreneur et l'on sait que cette situation doit demeurer une exception en France, même si le principe de non concurrence entre initiative privée et initiative publique a été récemment réinterprété. Dès lors, l'entrepreneur public sous une forme juridique de droit privé doit trouver une légitimité politique, si ce n'est un fondement juridique. On avançait fréquemment l'argument de l'utilisation de l'entreprise publique comme un instrument de politique économique, mais les restrictions du droit communautaire visant à banaliser l'actionnaire public remettent sérieusement en cause cette utilisation. Si le renouveau du management des entreprises publiques est parfaitement envisagé (si ce n'est traduit clairement dans les faits), la reconstruction de la légitimité de l'opérateur public est loin d'être réalisée.

On peut puiser des éléments de réponse dans les réflexions menées autour de la doctrine du gouvernement d'entreprise, ayant donné lieu à pléthore de rapports [30], dont la synthèse a été admirablement effectuée par le Professeur Chérot [31]. Il en ressort que certaines recommandations sont récurrentes, articulées autour de la séparation des responsabilités entre les diverses fonctions de l'Etat à l'égard des entreprises publiques: réglementation et régulation, organisation du service public, fonction de l'Etat actionnaire. Mais les principes du gouvernement d'entreprise cherchent aussi à promouvoir et protéger les droits des "parties prenantes" que sont les clients, les fournisseurs, les territoires d'implantation des entreprises, les salariés et l'intérêt social de l'entreprise distingué de celui des associés. Ainsi, il nous semble qu'au-delà de l'ancrage de l'opérateur public dans la mission de service public, celui-ci pourrait acquérir un regain de légitimité par la mise en avant de ces objectifs.

Ainsi, il apparaît que la transformation des EPIC en sociétés n'est peut-être pas aussi irrémédiable qu'il n'y paraît et qu'il suffirait de consentir certaines modifications du statut de l'EPIC pour la pallier. Une fois l'opération de transformation effectuée, il convient de s'intéresser à ses conséquences.

Conséquences

Certaines conséquences de la transformation des EPIC en sociétés sont mieux encadrées juridiquement que d'autres. On pense au sort des contrats, du personnel, voire à celui de la mission de service public, même si sur ce dernier point, des interrogations subsistent. En revanche, le régime des biens n'est nullement harmonisé.

Les conséquences maîtrisées

S'agissant des contrats, après une période d'incertitude [32], il a été jugé par le Tribunal des conflits dans l'arrêt du 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance c/ Mutuelle des architectes français* [33], que la nature de droit public ou de droit privé des contrats des anciens EPIC s'appréciait à la date de leur conclusion, soit à un moment où l'une des parties était une personne publique. On en déduit donc que les contrats qui étaient administratifs à cette date le demeurent et restent soumis à un régime de droit public. Pour ce qui est du personnel, seul le cas dans lequel le personnel est composé à l'origine de fonctionnaires est véritablement susceptible de soulever des difficultés [34]. Si l'on admet que des fonctionnaires puissent être affectés à des activités concurrentielles [35], quand bien même ces activités seraient qualifiables par

(29) M. Diefenbacher, Rapport au nom de la Commission d'enquête de l'Assemblée nationale, Sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, 2003. La notion de «champ concurrentiel» ne semble pas exclure les entreprises chargées d'une mission de service public.

(30) Rapport Arthuis, Les ambiguïtés de l'Etat actionnaire, 1993-1994; Rapport du groupe de travail présidé par J. Bergougnoux, Les services publics en réseau. Perspectives et nouvelles régulations, Doc. Fr. 2000; R. Barbier de la Serre, L'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques, 2003; OCDE Lignes directrices sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques, 2005; M. Diefenbacher, Rapport préc.

(31) L'avenir des entreprises publiques nationales dans le contexte des réformes sur le gouvernement d'entreprise, DA avr. 2006, p.5.

(32) L. Richer, Transformation d'un établissement public en société et contrats en cours, CP-ACCP n°47, septembre 2005, p.58; G. Delaloy, L'incidence du changement de statut d'EDF sur la nature juridique des contrats conclus avec les producteurs d'électricité, C. et marchés publ. mars 2006, étude n° 3.

(33) AJDA 2006. 2382, chron. C. Landais et F. Lenica; RJEP 2007.30, concl. J.-H. Stahl; JCP A 2007. 2077, note B. Plessix.

(34) On peut citer le cas de la SEITA, de la Caisse nationale de crédit agricole, du GIAT, de la CNP, de la Société Nationale DCN, la CDC Finances et des aéroports concédés à des sociétés commerciales. Toutefois, pour ces cas, c'est la solution du détachement de fonctionnaires ou de mise à disposition de la société qui a été retenu. V. J.-P. Duprilot, Les modifications de statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels, AJDA 1972. 603; L. Lamblin, *La fonction publique de l'Etat confrontée à la concurrence*, Thèse Paris II, 2007. 662 s.

(35) V. l'excellente démonstration de L. Lamblin, La fonction publique de l'Etat confrontée à la concurrence, préc. Le recensement effectué par M. Lamblin

ailleurs de services publics, la transformation des EPIC en sociétés (privatisation du statut) soulève moins de difficultés juridiques que la privatisation future du capital de ces sociétés, surtout lorsque la présence d'une mission de service public est moins certaine [36]. Le Conseil d'Etat a dégagé les conditions permettant de maintenir un corps de fonctionnaires auprès d'une société privée dans un avis du 18 novembre 1993 [37]. Le président de la société anonyme doit être une autorité subordonnée afin de pouvoir gérer le corps de fonctionnaires, ce qui implique que le gouvernement dispose d'un pouvoir entier de nomination et de révocation avec une entière liberté d'appréciation. Doit également être respecté le principe constitutionnel selon lequel un corps de fonctionnaires ne peut servir qu'à exécuter une mission de service public, ce qui implique que la loi portant création de la société définisse les missions de service public confiées à la société, que le capital demeure majoritairement public, que des obligations garantissant la bonne exécution du service public soient imposées par un cahier des charges, et que le législateur s'assure qu'il n'y ait pas d'atteinte au principe de continuité.

Enfin, concernant le sort de la mission de service public, se pose la question de l'incidence de l'alinéa 9 du préambule de 1946, qui dispose que "tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité". Cette disposition est fréquemment utilisée pour tenter de s'opposer à la privatisation du capital d'entreprises publiques. Mais faut-il aller plus loin et considérer que les services publics nationaux doivent être exploités par des personnes publiques, auquel cas l'alinéa 9 s'opposerait aussi à la privatisation du statut des EPIC chargés d'un service public national ou d'un monopole de fait? La catégorie des services publics nationaux se divise en deux et regroupe les services publics constitutionnels (c'est-à-dire ceux dont l'existence et le fonctionnement sont exigés par la Constitution) et les services publics nationaux par détermination de la loi ou du règlement. Pour ce qui est de la seconde catégorie, le Conseil constitutionnel dans sa décision *France Télécom* de 1996 [38] a admis qu'un service public national par détermination de la loi soit exploité par un organisme privé (mais à capital majoritairement public). Pour les services publics exigés par la Constitution, la réticence est plus vive, mais, pour notre part, on se rangera à l'opinion de L. Favoreu et L. Philip [39] selon laquelle l'obligation de non-privatisation du capital ne fait pas obstacle à la possibilité de faire assurer contractuellement le service par un organisme privé.

La réponse à cette question tient finalement au caractère substituable des différents moyens de contrôle de l'Etat sur le secteur public (entendu comme regroupant les entreprises publiques à statut de droit public et les entreprises constituées sous forme de droit privé mais ayant un capital majoritairement public). En d'autres termes, le contrôle pesant sur les EPIC accorde-t-il plus de prérogatives à l'Etat que le contrôle pesant sur les sociétés de droit privé à capital majoritairement public? Il apparaît que le champ d'application des grands textes organisant la tutelle de l'Etat sur les entreprises publiques couvre à la fois les EPIC et les sociétés du secteur public [40]. Par ailleurs, l'existence de certains attributs de la tutelle varie au cas par cas et non selon la forme juridique de l'entreprise publique [41]. Mais si l'on s'en réfère aux principes du gouvernement d'entreprise [42], ceux-ci tendent à séparer les différentes fonctions de l'Etat et ainsi à distinguer les moyens de contrôle. Théoriquement, le contrôle de la bonne exploitation du service public devrait n'être assuré que par les contrats de service public conclus avec les entreprises publiques. La question fondamentale qui devrait donc se poser, si ces principes sont réellement mis en œuvre, est de savoir si des prérogatives contractuelles seront aussi efficaces que des attributs "unilatéraux" du pouvoir de tutelle, à l'heure où l'on doute de l'effectivité des prérogatives de direction et de contrôle au sein des contrats administratifs.

Les conséquences aléatoires

Si la mission de service public anciennement dévolue à l'EPIC subsiste après la transformation en société de droit privé, les biens affectés au service public ne peuvent plus bénéficier du statut de dépendances du domaine public. Pourtant, l'institution d'un régime protecteur de substitution relève d'une exigence constitutionnelle à l'adresse du législateur. Un rapide tour d'horizon démontre qu'en ce domaine, c'est à la diversité des régimes qu'il faut s'en tenir.

La diversité des régimes protecteurs des biens affectés à un service public

Concernant France Télécom, lors de sa transformation par la loi n°96-660 du 26 juillet 1996 en société anonyme dont l'Etat détenait plus de la moitié du capital social, ses biens sont déclassés, mais un régime spécifique garantissant certaines prérogatives à l'Etat est institué: "Lorsqu'un élément d'infrastructure des réseaux de télécommunications est nécessaire à la bonne exécution par France Télécom des obligations de son cahier des charges, et notamment à la continuité du service public, l'Etat s'oppose à sa cession ou à son apport ou subordonne la réalisation de la cession ou de l'apport à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations". Il s'agit de prérogatives d'opposition à certaines opérations sur les biens. Ce régime est abrogé par l'article 2. IX de la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003. Très contestée quant à sa constitutionnalité [43], la loi de 2003 semble avoir pris acte de ce que France Télécom n'est plus officiellement l'exploitant du service universel

révèle que le phénomène est d'une certaine ampleur et que l'on dépasse en tout état de cause largement les quelques cas isolés.

(36) Pour le cas de France Télécom, F. Melleray, Fonction publique et service public: le cas de France Télécom, AJDA 2003. 2078; D. Jean-Pierre, La loi France télécom et la fonction publique; JCP A n°14, 2004. 490; L. Rapp, France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid, AJDA 2004. 579.

(37) Le cas de France Télécom et de l'Imprimerie nationale est particulier en ce que les fonctionnaires sont placés en position d'activité directement auprès de la société. CE, Ass., Avis du 18 nov. 1993, n°355255, Grands Avis, Dalloz, comm. L. Richer.

(38) Décision n°96-380 DC.

(39) Grandes décisions du Conseil constitutionnel, Dalloz, 13e éd., n°37-31.

(40) Loi modifiée n°83-75 du 26 juill. 1983 relative à la démocratisation du secteur public, décret modifié n°55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'Etat, décret n°2004-963 du 9 sept. 2004, portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'Etat.

(41) A. Delion, Le droit des entreprises et participations publiques, LGDJ, coll. Systèmes, 2003. 87 s.

(42) J.-Y. Chérot, art. préc.

(43) G. Quiot, De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom, AJDA 2005. 813.

(conformément à ce que commandaient les directives européennes, art. L.35-2 du Code des postes et des communications électroniques). Dès lors, s'agissant des biens, le législateur s'est affranchi des principes constitutionnels régissant le service public dans la gestion des biens transférés, principes qui commandaient un régime de substitution. On peut en être surpris dans la mesure où il existe une différence de taille entre les notions de service public et de service universel et qu'un environnement concurrentiel n'ôte pas forcément à une activité sa qualification de service public, mais telle est la volonté du législateur.

Alors qu'EDF était encore un exploitant public, le Conseil d'Etat, dans un arrêt d'Assemblée du 23 octobre 1998 [44], a jugé que, concernant ses biens, le législateur de 1946 avait "fixé des règles dont l'application est incompatible avec celles de la domanialité publique". Ainsi, au moment de la transformation d'EDF et de GDF en sociétés anonymes, le législateur n'a pas institué de régime spécial (qui aurait été inévitablement plus contraignant que le régime antérieur) grevant l'ensemble des biens de ces établissements. Mais les biens nécessaires à l'exploitation d'un service public bénéficient pour le moment d'une protection garantissant leur affectation au service public. Les ouvrages des réseaux de distribution sont transférés aux collectivités territoriales (art. 36 de la loi du 9 août 2004), le réseau de transport est transféré à une société anonyme (art. 9 de la loi du 9 août 2004) dont le capital est détenu en totalité par EDF, l'Etat ou d'autres organismes publics et les ouvrages les plus importants sont pour le moment insaisissables. Le ministre chargé de l'énergie dispose de prérogatives pour assurer la sécurité de l'approvisionnement, sans que l'affectation des biens nécessite de ce fait d'être garantie [45]. Les obligations de comportement pouvant être imposées aux exploitants des installations de production par l'administration sont susceptibles de pallier l'absence de régime spécifique de ces biens (art. 6 modifié de la loi du 10 février 2000).

Le régime probablement le plus protecteur est celui des biens d'ADP, transformé en société anonyme par la loi n°2005-357 du 21 avril 2005 [46]. Le nouvel article L. 251-3 du code de l'aviation civile dispose que "lorsqu'un ouvrage ou terrain appartenant à Aéroports de Paris est situé dans le domaine aéroportuaire et nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'Etat s'oppose à sa cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit, à la création d'une sûreté sur cet ouvrage ou terrain, ou subordonne la cession, la réalisation de l'apport ou la création de la sûreté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement desdites missions. (...) Les biens mentionnés au premier alinéa ne peuvent faire l'objet d'aucune saisie et le régime des baux commerciaux ne leur est pas applicable".

Lorsque la présence d'un service public appelle un régime protecteur des biens et si ce régime est institué par le législateur, la protection accordée peut passer par de multiples voies: qualité du propriétaire (bien transféré à une personne de droit public), pouvoir prépondérant de décision sur le propriétaire (bien transféré à une personne privée dont l'intégralité du capital est détenue par des personnes publiques), qualité des biens (insaisissabilité), obligation de comportement des exploitants des biens ou interdiction d'opérations (cession, constitution de sûretés, baux commerciaux, etc.).

La jurisprudence du Conseil constitutionnel

Il est désormais connu que le Conseil constitutionnel [47] a rappelé au législateur la portée d'exigences constitutionnelles qui "résident en particulier dans l'existence et la continuité des services publics dont le domaine est le siège". Débutée en 1994 dans la décision sur la loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public [48], peaufinée en 1996 à propos des transferts de biens à France Télécom société anonyme [49], la jurisprudence du Conseil semble s'articuler autour d'une formulation aboutie en 2003 dans la décision sur la loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit [50].

Le Conseil constitutionnel a défini un objectif et a semblé vouloir maintenir une sorte d'unité dans la définition de cet objectif pour les biens affectés à un service public, qu'ils continuent d'appartenir au domaine public ou qu'ils soient transférés à une personne privée (les décisions précitées ne concernent pas toutes le cas des transformations d'EPIC en sociétés). En revanche, aucune méthode particulière n'est imposée. Ont pu être ainsi validées: la technique du recours à des prérogatives d'opposition (à une cession ou à un apport) actionnées par l'administration, sans que l'on sache d'ailleurs s'il s'agit d'un pouvoir discrétionnaire ou d'une compétence liée (Cons. const. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom); la méthode conférant à l'administration un pouvoir prépondérant de décision (par la détention de la majorité du capital ou par l'édiction d'un cahier des charges) ou un pouvoir de sanction sur un organisme privé chargé d'assurer une mission de service public (Cons. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports). La simple présence de prérogatives de droit commun dont l'administration peut faire usage, en dehors de l'édiction d'un régime spécifique a été considérée comme suffisante (Cons. const. n° 2005-513 DC du 14 avril 2005, Loi relative aux aéroports). On ne peut que souhaiter une harmonisation des caractéristiques du régime de substitution. Là encore, se pose la question de la substituabilité d'un ensemble d'obligations mises à la charge des sociétés par des contrats de service public aux contraintes définies par le législateur.

(44) Lebon 364; AJDA 1998. 1017, concl. J. Arrighi de Casanova; CJEG 1998. 490, concl. note D. Delpirou; D. 1999. 484, note J.-P Amadei; JCP 1999. I. n°169, chron. J. Petit; RFDA 1999. 578, note Ch. Lavialle.

(45) Titre II de la Loi du 10 févr. 2000, modifiée par la loi n° 2005-781 du 13 juill. 2005.

(46) J.-F. Brisson, L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires, AJDA 2005. 1835; J. Dufau, Le changement de statut des aéroports de Paris, JCP A 2005, n°27, p.1077.

(47) E. Fatôme, A propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public, AJDA 2003. 1192 et 1404. Pour une formulation aboutie, Cons. const. décis. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, Rec. Cons. const. 382; AJDA 2003. 1391, note J.-É. Schoettl et p. 1404, note E. Fatôme; RFDC 2003. 772, note E. Fatôme et L. Richer.

(48) Cons. const. n°94-346 DC, Loi relative à la constitution de droits réels sur le domaine public, AJDA 1994. 786, note G. Gondouin; RFDC 1994. 814, note P. Bon.

(49) Cons. const. n°96-380 DC du 23 juillet 1996, Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom: il «appartiendra aux autorités juridictionnelles et administratives de veiller strictement au respect par l'entreprise France Télécom des principes constitutionnels régissant le service public notamment dans la gestion des biens transférés».

(50) Cons. const. 26 juin 2003 Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, préc. Il ne s'agissait pas ici de régler les conséquences d'un transfert de biens à une personne privée, mais il nous semble qu'il existe une certaine unité au sein des exigences constitutionnelles touchant des biens affectés à un service public.

Qu'il nous soit permis de penser que, même si le mouvement de transformation des EPIC en sociétés pourrait être contenu et ses conséquences mieux maîtrisées, l'avenir de l'opérateur public (quelle qu'en soit la forme) est plus qu'incertain. La difficulté qu'il nous semble indispensable de résoudre à l'heure actuelle est celle d'une reconstruction de la légitimité de l'opérateur public, car c'est d'elle que procède la régularité de sa présence, légitimité qui doit s'appuyer sur des fondements juridiques solides, tant du point de vue du droit français que du point de vue du droit communautaire.

L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?

PAR MARTINE LOMBARD
PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ DE PARIS II (PANTHÉON-ASSAS)

L'ESSENTIEL

L'avenir de la formule de l'EPIC paraît cantonné tant parce que les avantages liés à ce statut sont suspectés par le droit communautaire de constituer des aides d'Etat que parce que ses limites sont mises en avant pour des raisons de stratégie, même dans un environnement qui n'est pas toujours concurrentiel. Les motifs des choix faits récemment pour ADP comme dans le secteur énergétique pourraient justifier demain aussi bien un changement de statut pour d'autres EPIC, sauf pour ceux qui répondent aux caractéristiques des « opérateurs internes » au sens du droit communautaire.

« A la fois clé de voûte de notre système économique et social et [...] incarnation du droit public, du colbertisme des grands projets industriels et technologiques, [...] des valeurs républicaines telle que l'égalité de traitement ; [...] nos grands établissements publics nationaux sont tout particulièrement mis en question par les règles de concurrence, la dérégulation, le libre-échange du Grand Marché ». Cette désignation du « Grand Marché », avec des majuscules, comme cause de la crise des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC), introduisait, dès 1997, un ensemble de travaux sur les « Services publics comparés en Europe » (La Documentation française, tome 1, p. 13). Depuis lors, c'est leur progressive disparition en tant qu'EPIC qu'il faut constater. Après France Télécom, est venu le tour d'EDF et de Gaz de France, sociétés dorénavant cotées en bourse, puis d'Aéroports de Paris (ADP). Comment ne pas être tenté d'y voir le produit de la remise en cause du « service public à la française » sous l'influence du droit communautaire ? Le rapport du groupe de travail présidé par Renaud Denoix de Saint Marc, ne relevait-il pas, comme pour mieux nous préparer à cette mutation, que cette dernière notion visait moins une philosophie politique qu'une modalité « datée », souli-

gnait-il, de l'organisation des services publics en réseaux, consistant à en confier la gestion à des établissements publics nationaux dotés de monopoles publics (*Le service public*, La Documentation française, 1996, p. 21)?

Le lien entre le droit communautaire et l'abandon de la formule de l'EPIC devrait être pourtant nuancé, même s'il conduit souvent à présenter l'évolution comme subie plutôt que choisie. L'alibi n'est pas loin, en réalité, lorsque les Etats disposent d'un libre choix mais que la France décide pour des raisons propres d'opter pour la forme de la société. Ainsi seule une séparation est imposée par le droit communautaire entre les fonctions de transport, d'une part, et de fourniture, d'autre part, de l'électricité et du gaz, sans préjuger de la nature juridique de l'exploitant en charge du transport. La France a librement voulu une forme sociétaire pour RTE. C'est aussi un choix français qui a fait perdre son statut d'établissement public à Aéroports de Paris par la loi du 20 avril 2005 (J.-F. Brisson, L'incidence de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires, AJDA 2005, p. 1835). De façon significative il était relevé avant le vote de cette loi que les objectifs de développement d'ADP auraient pu être poursuivis dans le cadre conservé de l'établissement public mais la question était alors posée, dans une perspective inversée, des motifs de maintenir aujourd'hui un tel statut. Le rapporteur disait n'en trouver «aucune raison autre qu'idéologique» (rapport de M. Gonnot, député, au nom de la commission des affaires économiques, AN n° 2045).

L'évolution paraît en effet d'abord liée à une perte de sens quant aux raisons d'être mêmes du statut d'EPIC pour les entreprises publiques. Dès 1985 le Conseil d'Etat n'énonçait, il est vrai, que des motivations négatives de recourir à la formule de l'établissement public: échapper aux contraintes de la réglementation comptable et budgétaire et, plus généralement, de l'organisation administrative, substituer aux rapports hiérarchiques une relation de tutelle moins pesante, éviter certaines lourdeurs en matière de gestion des personnels (Réflexions sur les catégories et les spécificités des établissements publics nationaux, EDCE 1984-85, n° 36). Des préoccupations positives, tel le souci de permettre une coopération entre différentes personnes publiques ou celui de l'administration d'une activité ou d'un groupe présentant des caractéristiques particulières, n'étaient énoncées que pour des catégories d'établissements autres que les EPIC. L'étude relevait alors que le choix, pour les entreprises publiques, entre la forme de l'établissement public et celle de la société s'était fait «un peu au hasard des circonstances», «la frontière [étant] indécise et perméable», mais que «des passages d'une catégorie à l'autre se sont faits dans les deux sens» (*ibid.* p. 57). Ce n'est plus le cas aujourd'hui. L'évolution est devenue univoque. Elle a touché d'abord les établissements appelés à évoluer en situation concurrentielle, et ce même lorsqu'ils sont bel et bien dotés de missions de service public (ce qui n'a jamais été le cas de certains EPIC tels que Charbonnages de France ou l'Entreprise minière et chimique). Elle gagne aussi des établissements qui jouissent en réalité d'une situation de monopole et sont appelés à la conserver, tels RTE voire ADP, dont la Cour des comptes soulignait dans son rapport public de 2002 «le caractère monopolistique de la plupart des activités».

Paradoxalement c'est le droit communautaire qui devrait même, à certains égards, inviter à quelque circonspection avant que soit décidée la transformation en société de tel établissement public d'une façon qui aboutit à le priver des caractéristiques d'un opérateur interne. Après l'avertissement qu'a constitué l'arrêt *Stadt Halle* (CJCE 11 janvier 2005, aff. C-26/03, AJDA 2005, p. 898, note F. Rolin), la Cour de justice des Communautés européennes a rappelé récemment les conséquences de la transformation d'une «entreprise spéciale ayant pour fonction spécifique la prestation intégrée de services publics locaux» en société anonyme (CJCE 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, aff. C-458/03): même si son capital reste encore entièrement détenu par la collectivité publique, elle ne peut plus bénéficier d'une concession de service public sans mise en concurrence préalable, compte tenu de «l'élargissement de l'objet social», de «l'ouverture obligatoire de la société à court terme à d'autres capitaux», comme de l'autonomie accrue de ses organes d'administration. L'abandon de la formule de l'établissement public peut provoquer des conséquences en chaîne en tant qu'il permet précisément l'élargissement du domaine d'activité de l'entité concernée et l'ouverture à des capitaux privés.

> *Les avantages apparemment attachés à la formule de l'établissement public semblent se muer en handicaps en ce qu'ils seraient constitutifs d'une aide d'Etat au regard du droit communautaire.*

Or ce sont là les objectifs généralement poursuivis pour donner à ces établissements toute la latitude d'action qui serait celle d'une entreprise privée, dans un contexte où la balance entre les avantages et les inconvénients de la formule de l'EPIC apparaît dorénavant déséquilibrée. Les premiers devenant à certains égards suspects, les limites axiomatiques de ce statut sont mises en avant pour justifier des changements qui pourraient être encore plus radicaux qu'il n'est annoncé.

Des avantages suspects

Les avantages apparemment attachés à la formule de l'établissement public semblent se muer en handicaps en ce qu'ils seraient constitutifs d'une aide d'Etat au regard du droit communautaire. L'analyse est juridiquement discutable mais elle n'est finalement plus guère contestée par le gouvernement français.

DES PRIVILÈGES APPARENTS

L'arrêt de la cour d'appel de Paris de 1984 qui avait donné lieu à une belle discussion doctrinale sur la possibilité de recourir aux voies d'exécution du droit privé à l'égard des EPIC (CA Paris 11 juillet 1984, AJDA 1984, p. 625, note M. Bazex; RFDA 1985, p. 85, note P. Delvolvé; D. 1985, Jur. p. 174, note R. Denoix de Saint-Marc; Gaz. Pal. 1984, II p. 565, étude Y. Gaudemet; JCP 1986, I, n° 3236, étude P. Amselek), était intéressant aussi par le contexte dans lequel

il était intervenu : la SNCF refusait de payer les cotisations relatives à l'Assurance garantie des salaires (AGS), en estimant qu'elle n'avait pas à se prémunir contre un risque de faillite qu'elle ne courrait pas. On sait que, malgré l'intérêt de l'analyse faite par la cour d'appel selon laquelle les EPIC non soumis aux règles de la comptabilité publique pouvaient faire l'objet d'une saisie-arrêt à condition qu'elle ne compromette pas, par la nature ou l'importance des biens saisis, le fonctionnement régulier et continu du service public, la Cour de cassation est revenue, sans égard au lien ainsi proposé avec la mission de service public, à la distinction initiale entre les entreprises publiques en forme de sociétés et celles en forme d'EPIC, ces dernières bénéficiant du « principe général du droit selon lequel les biens des personnes publiques sont insaisissables » (Cass. 1re civ. 21 décembre 1987, *BRGM c/ Société Lloyd Continental*, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, n° 98 ; RFDA 1988, p. 787, concl. L. Charbonnier et note B. Pacteau ; CJEG 1988, p. 107, note L. Richer). La SNCF a par ailleurs triomphé sur le fond contre les Assedic (Cass. soc. 16 décembre 1987, Bull. civ. V, n° 731).

La jurisprudence constante consacrant l'inapplicabilité des procédures collectives aux EPIC se fonde seulement, quant à elle, sur ce que ni la loi du 13 juillet 1967 relative aux procédures de faillite et de règlement judiciaire, ni la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises n'ont visé les personnes morales autres que de droit privé. L'article L. 620-2 du code de commerce, issu de l'article 2 de la loi du 25 janvier 1985, dispose en effet que « le redressement et la liquidation judiciaires sont applicables à tout commerçant, à toute personne immatriculée au répertoire des métiers, à tout agriculteur et à toute personne morale de droit privé », ce qui a été interprété sans discontinuité comme impliquant que les personnes publiques en sont exclues. Il n'est pas évident que cela soit toujours un privilège, car un établissement public en état de cessation de paiements pourrait trouver un intérêt à obtenir la suspension des actions de ses créanciers mais il ne le pourrait pas, même s'il demandait lui-même à bénéficier de ces dispositions (CA Paris 15 février 1991, *Sté PDG c/ Centre national des bureaux régionaux de fret*, AJDA 1991, p. 568, note P. Broussolle ; Bull. Joly 1991, n° 148, p. 427, note J.-B. Auby).

Il reste que c'est cette impossibilité juridique de faillite qui permet aux EPIC d'éviter d'avoir à payer certaines cotisations sociales, la SNCF ayant obtenu gain de cause pour ce motif dans l'affaire de l'AGS. Cet avantage a même bénéficié un temps aux entreprises publiques en forme de société dont le capital était intégralement, ou presque, détenu par l'Etat (Cass. soc. 17 avril 1991, Dr. soc. 1991, p. 497, concl. Picca). La Cour de cassation est depuis lors revenue à une distinction plus ferme entre les entreprises publiques ayant la forme d'EPIC, seules dispensées du paiement des cotisations AGS, et les autres, qui y sont assujetties (Cass. soc. 29 février 2000, Dr. soc. 2001, p. 149, note B. Hatoux). Pour le reste, les caractéristiques des EPIC ne sont susceptibles d'être analysées comme des avantages que si et dans la mesure où elles leur permettent de jouir d'une image de solidité financière et, au bénéfice de celle-ci, de conditions d'emprunt satisfaisantes. Ce n'est pas toujours le cas.

UNE MENACE RÉELLE

Il est vrai que les agences de notation financière ont fréquemment donné des notes pouvant aller jusqu'au fameux triple A aux entreprises publiques en forme d'EPIC, sans que ce niveau de notation soit cependant toujours assuré même pour celles-ci. A la suite de la décision de la Commission d'engager contre la France une procédure d'examen relative à l'aide dont aurait bénéficié EDF par le jeu d'une garantie de l'Etat attachée, selon elle, à son statut d'établissement public, EDF avait ainsi fait valoir que la première dégradation de sa note par l'agence Standard & Poor's datait, en 1996, de l'annonce de l'ouverture du marché de l'électricité, puis que certaines critiques sur sa situation financière l'avaient fait passer à AA+ en 1999, tandis que d'autres agences continuaient à lui attribuer la note maximale malgré ces difficultés. La Commission européenne avait en tout cas indiqué dès sa communication du 11 mars 2000, sur l'application des articles 87 et 88 du traité CE aux aides d'Etat sous forme de garanties, que « constituent [...] une aide sous forme de garantie les conditions de crédit plus favorables obtenues par les entreprises dont le statut légal exclut la possibilité d'une procédure de faillite ou d'insolvabilité ».

> *La croyance dans le fait que les établissements publics seraient à l'abri de toute procédure d'exécution et, par là, d'éventuelles difficultés financières est sans aucun doute fragile.*

Cette croyance dans le fait que les établissements publics seraient à l'abri de toute procédure d'exécution et, par là, d'éventuelles difficultés financières est sans aucun doute fragile. Le directeur juridique d'EDF rappelait certes l'existence de « voies d'exécution administratives » renforcées par la loi du 16 juillet 1980 et permettant que l'autorité de tutelle crée, au sein du budget de l'organisme concerné, les ressources nécessaires au paiement de sa dette, mais aussi les limites de cette procédure (C. Barthélémy, La garantie implicite, gratuite ou illimitée de l'Etat aux établissements publics : mythe ou réalité ?, RJEP 2004, p. 425). Il relevait ainsi que les créanciers d'un établissement public avaient pu se heurter à des obstacles pour recouvrer leur créance au point de renoncer à une part des intérêts qui leur étaient dus pour mieux préserver le paiement du principal. Cet argumentaire relatif aux difficultés financières que pouvaient rencontrer des EPIC pouvait cependant aussi nourrir la thèse de leur situation privilégiée (*ibid.* p. 426). La principale limite de l'analyse de la Commission européenne est que sa thèse d'une garantie liée au statut même d'établissement public ne s'appuyait guère que sur une note du Conseil d'Etat de 1995. Cette prise de position était intervenue à l'occasion de l'examen du projet de loi relatif au redressement du Crédit Lyonnais et du Comptoir des entrepreneurs, qui deviendra la loi n° 95-1251 du 28 novembre 1995 créant un établissement public pour en supporter la charge financière. Le Conseil d'Etat avait considéré qu'il était inutile de préciser dans la loi que celui-ci bénéficiait de la garantie de l'Etat, cela étant acquis en raison de sa « nature même d'établissement public », et sans qu'il ait été explicitement distingué, à ce stade de l'analyse, entre les établissements publics administratifs et les EPIC.

Certes il ne s'agissait que d'une note au gouvernement et non d'un avis délibéré par le Conseil d'Etat mais cette analyse avait été expressément citée lors des débats parlementaires précédant l'adoption de la loi et elle avait fait l'objet d'une mention dans le rapport 1995 du Conseil d'Etat (EDCE, p. 219). L'objectif était alors de rassurer les créanciers confrontés à la crise de ces établissements. Moins de dix ans plus tard, la Commission européenne ne pouvait manquer de relever une certaine contradiction apparente entre les positions successivement soutenues en France quant aux garanties attachées ou non au statut d'établissement public.

La décision de la Commission du 16 décembre 2003 a finalement constaté que «l'impossibilité pour EDF d'être soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire, et par conséquent de faire faillite, équivaut à une garantie générale portant sur l'ensemble des engagements de l'entreprise» et que «cette garantie qui est illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant, constitue une aide d'Etat». La Commission a cependant accepté la clôture de la procédure en prenant acte du fait que la France s'était engagée à modifier le statut d'EDF avant le 1er janvier 2005. Le gouvernement s'est ensuite référé de façon continue à cette analyse de la Commission lors des débats précédant le vote de la loi du 9 août 2004 organisant le changement de statut d'EDF et de Gaz de France. La notation financière d'EDF s'est d'ailleurs effectivement un peu dégradée par la suite, entraînant un enchérissement, au moins provisoire, de ses coûts d'emprunt.

Faut-il trouver alors paradoxalement quelque aspect positif dans le constat que la notation financière de La Poste, par exemple, vient d'être sensiblement dégradée par l'agence Standard & Poor's, qui a placé en octobre sa note à long terme AA+ «sous surveillance avec implication négative»? Cela montre à tout le moins que son statut n'est pas nécessairement perçu en soi comme suffisamment avantageux pour éviter toute altération des conditions d'emprunt d'un grand établissement national. Dans ce contexte, si la question venait à se poser de l'évolution du statut de La Poste, ce serait sans doute moins parce que celui-ci serait, par hypothèse, incompatible avec le droit communautaire des aides d'Etat que pour des raisons d'un autre ordre, liées aux mutations d'ensemble du secteur dans lequel elle intervient.

Des limites axiomatiques

Longtemps l'attention était focalisée sur la question de savoir si «le régime juridique des personnes publiques ne leur confère pas, par lui-même, un avantage anticoncurrentiel» au point qu'il était possible de se satisfaire de constater que «les personnes publiques ne sont pas placées dans une situation nécessairement plus avantageuse que celle dans laquelle se trouvent les entreprises privées» (Conseil d'Etat, Collectivités publiques et concurrence, EDCE 2002, p. 268). Aujourd'hui, alors que leurs avantages mêmes, sans lien étroit avec l'idée de service public dans la jurisprudence française, se muent en handicaps, ni le principe de spécialité inhérent à la logique même de l'établissement public, ni l'absence de certaines souplesses capitalistique et organisationnelle ne sont plus perçus souvent, comme des contreparties légitimes de ces premières caractéristiques.

LES LIMITES RÉSULTANT DU PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ

Le Conseil d'Etat a veillé, tant par sa jurisprudence que dans ses avis, à interpréter la portée de la spécialité des EPIC de manière à ne pas brider intempestivement leurs initiatives (CE 23 juin 1965, *Sté aérienne de recherches minières*, Lebon p. 380; avis du 15 juillet 1992 relatif à la RATP; avis du 7 juillet 1994 relatif à la diversification des activités d'EDF et GDF, *Les grands avis du Conseil d'Etat*, Dalloz, 2002, p. 315, note C. Vigouroux). Ainsi le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un EPIC développe une nouvelle activité lorsque celle-ci remplit deux conditions: elle doit être un «complément normal de la mission statutaire principale de l'établissement public», ainsi que «directement utile» pour permettre l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci en permettant notamment «son adaptation à l'évolution technologique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, en développant le savoir-faire de ses personnels et la valorisation de ses compétences». L'objet de la mission d'un établissement public peut, en outre, à tout moment être complété ou précisé par un acte réglementaire ou par la loi s'il constitue à lui seul une catégorie d'établissement public. La loi du 14 décembre 2002 est intervenue par exemple pour autoriser expressément la RATP à exploiter des réseaux de transport de voyageurs hors de la région parisienne.

Le Conseil d'Etat a veillé, tant par sa jurisprudence que dans ses avis, à interpréter la portée de la spécialité des EPIC de manière à ne pas brider intempestivement leurs initiatives.

Cet exemple même, en ce qu'il traduit la nécessité alors ressentie de lever par la loi toute incertitude, témoigne cependant de ce que le risque contentieux peut être difficilement supportable lorsque les frontières du licite et de l'illicite laissent une certaine place au doute. Le souci de sécurité juridique ne s'accommode en effet guère d'une approche au coup par coup au gré de procédures contentieuses, seulement éclairée par les règles très générales qui viennent d'être rappelées. Certes la mission de l'EPIC peut être complétée ou modifiée par un nouveau texte, mais la lourdeur d'une telle procédure est peu en harmonie avec la rapidité du rythme des évolutions technologiques et économiques contemporaines. Telle fut en tout cas l'argumentation majeure développée récemment en France pour justifier l'abandon du statut d'EPIC tant dans le secteur énergétique qu'aéroportuaire.

Le cas de la diversification souhaitée des activités d'EDF et Gaz de France, qui a abouti finalement à permettre à chacune de ces sociétés d'être l'un des principaux concurrents de l'autre, est à cet égard exemplaire. S'il avait été jugé, dans le cadre défini par la loi de nationalisation de 1946, que la poursuite des activités d'ingénierie d'EDF «doit être regardée comme une extension de ses activités contraire au principe de spécialité auquel sont soumis les établissements publics» (TA Paris 25 mai 1994, *Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie*, RFDA 1994, p. 1146, note S. Rodrigues; CJEG 1995, p. 157, concl. J.-Y. Plouvin et note P. Sablière), ce sont surtout les dispositions spéciales inscrites

dans la loi du 10 février 2000 qui ont par la suite marqué un frein à son développement, du moins sur le marché national. Ces limites ont été ressenties de façon d'autant plus drastique qu'il a été jugé que la prise de contrôle d'une autre entreprise, devenue une filiale d'EDF, ne lui permettait pas de contourner ces limites (CE 11 juillet 2001, *Syndicat CGT de la société Clemessy*, Lebon p. 359 ; CJEG 2002, p. 539, concl. F. Séners et note C. Barthélémy, Dr. adm. 2002, n° 4, p. 15, note P. Delelis). Ces contraintes ont disparu avec la loi du 9 août 2004 qui, en son article 47, renvoie à un décret le soin de fixer les statuts initiaux de chacune de ces sociétés. Les décrets du 17 novembre 2004 ont défini leur champ d'activité de façon si large, par une très longue énumération d'activités possibles autour du noyau dur que sont les missions de service public de ces entreprises, couronnée par la formule classique selon laquelle elle peut «plus généralement, se livrer à toutes opérations industrielles, commerciales, financières, mobilières ou immobilières se rattachant directement ou indirectement, en totalité ou en partie, à l'un quelconque des objets précités, à tous objets similaires ou connexes et encore à tous objets qui seraient de nature à favoriser ou à développer les affaires de la société», que l'on ne voit plus ce qui pourrait encore y être ajouté. Même s'il avait été souligné lors des débats parlementaires que l'un des avantages de la forme sociétaire tient au fait que ce sont les actionnaires eux-mêmes qui peuvent ensuite modifier l'objet social et si la loi du 9 août 2004 a bien prévu en ce sens que les statuts initialement fixés par décret «pourront être modifiés dans les conditions prévues, pour les sociétés anonymes, par le code de commerce», l'imagination fait défaut sur ce qui pourrait encore manquer. Ce souci de leur ouvrir toutes les portes se manifeste aussi en termes de financement et de structure des organes de gestion.

LES LIMITES EN TERMES DE FINANCEMENT ET DE STRUCTURES

Il peut paraître paradoxal qu'on ne s'arrête pas longuement ici sur le choix de recourir à des capitaux privés pour financer le développement de ces établissements alors qu'il est souvent déterminant dans le changement de statut. Ce sont cependant des données extrajuridiques que celles de la nature, voire de la réalité, de leurs besoins en capitaux propres, des limites de leur capacité d'autofinancement, de la situation de leur endettement ainsi que des contraintes liées ou non à l'état des finances publiques. Le juriste ne peut qu'en prendre acte et constater que le choix du recours à des capitaux privés comme moyen de développement peut être atteint soit par des montages contractuels toujours plus ambitieux concernant les investissements de ces entreprises, soit, s'il s'agit d'augmenter leurs fonds propres, par l'abandon de la formule de l'EPIC.

Il est plus significatif, sous l'angle de la stricte technique juridique, d'observer les motifs du choix de la forme sociétaire pour une entité telle RTE chargée de la gestion d'un service public en monopole. Celle-ci a été présentée comme le moyen adéquat de concilier l'appartenance au groupe EDF, qui suppose certains droits de supervision de la part de la société mère, avec la nécessaire indépendance du gestionnaire du réseau de transport, en conformité avec la directive du 26 juin 2003 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité.

Les statuts de la société RTE EDF Transport fixés par le décret du 30 août 2005 illustrent la volonté d'utiliser pleinement à cet effet les possibilités ouvertes par la forme de la société. Le conseil de surveillance «exerce le contrôle permanent de la gestion de la société par le directoire» et «délibère sur les grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques» de l'entreprise. L'article 6 de la loi du 9 août 2004 avait d'ailleurs précisé que les délibérations du conseil de surveillance relatives au budget annuel, à la politique de financement, aux achats, aux transferts et ventes d'actifs d'un montant supérieur à 5 millions d'euros ainsi qu'aux sûretés et garanties de toute nature, devaient avoir l'accord non seulement de la majorité du conseil de surveillance, mais aussi, en son sein, de la majorité des membres représentant l'actionnaire majoritaire. En revanche les attributions propres du directoire concernent «les opérations qui concourent directement à l'exploitation, à l'entretien et au développement du réseau public de transport d'électricité, prévues dans le programme des investissements approuvé par la Commission de régulation de l'énergie». L'indépendance de gestion du réseau de transport apparaît ainsi garantie en même temps qu'un droit de regard pour EDF.

> *Le choix de la société pour RTE a été présenté comme le moyen adéquat de concilier l'appartenance au groupe EDF avec la nécessaire indépendance du gestionnaire du réseau de transport.*

Certes la formule de l'établissement public permet aussi de juxtaposer un directoire et un conseil de surveillance. L'Entreprise minière et chimique (EMC), constituée par le décret du 20 septembre 1967 par regroupement des Mines domaniales de potasse d'Alsace et de l'Office national industriel de l'azote, en offre l'exemple depuis longtemps, avec un partage de compétences organisé par un décret plusieurs fois modifié entre le directoire et le conseil de surveillance chargé d'exercer le contrôle permanent de la gestion de l'entreprise par le premier. Ce dernier exemple témoigne de ce que le recours au décret ou à la loi peut aussi permettre, au cas par cas, d'introduire certaines souplesses de fonctionnement même là où le modèle général de l'établissement public paraît moins s'y prêter. La meilleure illustration en est d'ailleurs la façon dont les prohibitions des articles 2045 et 2060 du code civil, limitant les possibilités de transiger et de compromettre des établissements publics, ont été progressivement contournées jusqu'à disparaître en pratique pour les grands établissements nationaux ayant une activité d'entreprise.

Cependant la préférence pour la forme sociétaire est précisément justifiée aujourd'hui par l'idée, qui sert de fil conducteur aux préoccupations de diverse nature qui viennent d'être évoquées, qu'il faudrait leur donner dorénavant les moyens de s'adapter sans que l'Etat doive recourir cas par cas à la loi ou au décret pour le leur permettre. Alors que la question prioritaire devient celle de l'existence même d'un secteur public en matière économique (J. Fournier, Le devenir des entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne, RJEP 2005, n° 619, p. 135), l'abandon de la forme de l'établissement public serait un moyen d'assurer son avenir (M. Poyet, La transformation des entreprises publiques, véri-

table enjeu de pérennité, Rev. adm. 2004, p. 565). L'expérience tend pourtant à montrer que la forme de la société pour une entreprise publique est souvent dans les faits transitoire, la banalisation de leur statut précédant leur véritable privatisation au sens de perte du contrôle public sur la majorité du capital.

Quoi qu'il en soit, les motifs récemment avancés pour justifier cette modification de statut sont tels que la transformation d'autres grands EPIC en société pourrait n'être plus qu'une question de temps. En prévision de l'éventuelle adoption de la proposition de règlement relatif aux services publics de transports de voyageurs par chemin de fer et par route présentée par la Commission européenne le 20 juillet 2005 (COM [2005] 319 final), la formule de l'EPIC mériterait certes d'être conservée pour ceux d'entre eux qui ont effectivement les caractéristiques d'« opérateurs internes » au sens du droit communautaire, si la collectivité publique entend continuer à leur confier ces missions sans recourir à des procédures de marché. Ces établissements ne sont pas très nombreux, sauf à assimiler régies personnalisées et EPIC, car il faut que soit exercé sur eux un contrôle étroit par la collectivité organisatrice du service public et qu'ils n'aient que cette activité. Il a déjà pu être écrit à la suite du changement de statut de EDF que « cette évolution devrait notamment, un jour ou l'autre, concerner la SNCF » (J. Fournier, préc., p. 142). Il subsisterait alors, par un paradoxe qui n'est qu'apparent, les établissements dont le caractère « industriel et commercial » est le moins évident, tels l'Opéra de Paris ou les théâtres nationaux. ■

Commission sur le développement de La Poste

Oui, La Poste a un bel avenir devant elle...

Rapport présenté par François Ailleret, Président de la Commission sur le développement de la Poste

Décembre 2008

2. Le changement de forme juridique de La Poste en société anonyme à capitaux publics permettrait à l'entreprise de se battre à armes égales.

L'entreprise est aujourd'hui un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC). La transformation en société anonyme (SA) présenterait plusieurs avantages stratégiques décisifs, dans la perspective de l'ouverture du marché du courrier en 2011 et, plus généralement, dans le contexte d'incertitude qui entoure l'évolution des marchés sur lesquels intervient La Poste.

En premier lieu, les auditions menées par la commission ont mis en évidence la singularité de la forme juridique de La Poste : dans les autres pays européens, même les entreprises détenues à 100% par l'Etat sont des sociétés anonymes (à l'exception du Luxembourg). Cette configuration leur donne la souplesse nécessaire pour mener des opérations de rapprochement industriel, souvent fondées sur des échanges de participation. Une opération de ce type vient d'être annoncée entre les postes suédoise et danoise[34]. Certes, aucun projet de rapprochement avec des postes étrangères n'est à l'ordre du jour pour La Poste, mais dans un contexte de consolidation et d'évolution rapide du secteur, la capacité de mener, le moment venu et si les conditions sont réunies, une telle opération de rapprochement ne remettant pas en cause la participation publique majoritaire constitue un atout indéniable.

En second lieu, seul un changement de forme juridique permettrait à la Poste de solliciter des fonds propres auprès d'autres acteurs que l'Etat. Même s'il est temporairement passé au second plan du fait de l'urgence qui s'attache à la résolution de la crise, l'impératif de réduction à moyen terme de la dette publique demeure. Il sera même accru, du fait de l'impact sur les finances de l'Etat des mesures de soutien conjoncturel. Dès lors, laisser la possibilité à La Poste de solliciter ultérieurement d'autres investisseurs que l'Etat pour mener à bien ses projets et lui donner une réactivité comparable à celle des autres postes européennes apparaît raisonnable.

---

[33] C'est-à-dire avec des perspectives de retour financier comparables à celles qu'attendrait un acteur privé. L'exigence de la Commission européenne serait assurément renforcée si La Poste conservait par ailleurs son statut d'EPIC.

[34] La poste suédoise est une SA détenue à 100% par l'Etat, tandis que le capital de la poste danoise, à majorité publique, est ouvert à un fonds d'investissement.

En troisième lieu, la transformation en SA faciliterait les discussions avec la Commission européenne sur un apport public de fonds propres au regard des règles en matière d'aides d'Etat. Celle-ci a, en effet, tendance à considérer le statut d'établissement public comme excessivement protecteur.

La principale objection avancée en commission à un changement de forme juridique réside dans le risque d'une privatisation ultérieure de La Poste, c'est-à-dire le passage à une participation de l'Etat inférieure à 50%. Plusieurs membres de la commission ont rappelé les précédents de France Telecom et de Gaz de France, pour lesquels le maintien d'une participation majoritaire de l'Etat avait été annoncé avant que le choix d'une réduction de cette participation ne soit finalement décidée par la loi. L'exemple des autres postes européennes dont le capital a été ouvert, et dont certaines ont été privatisées, a été également cité. Une partie des élus auditionnés par la commission ont indiqué partager ces craintes, s'agissant notamment de l'effet de l'évolution du statut de La Poste sur la présence postale territoriale.

Certains des membres de la commission ont indiqué que même dans l'hypothèse du maintien d'une participation majoritaire de l'Etat, l'entrée au capital d'actionnaires recherchant un retour sur investissement élevé affecterait la capacité de La Poste à remplir ses missions de service public et pourrait conduire à une dégradation du service rendu aux clients comme des conditions de travail des salariés.

Le président et d'autres membres de la commission considèrent cependant qu'un changement de statut ne présente en soi pas de danger particulier, dès lors que les conditions suivantes seraient remplies :

- le législateur, compte tenu des missions de service public confiées à La Poste, devrait garantir le maintien d'une participation majoritaire de l'Etat, selon la logique du préambule de la Constitution de 1946[35] ;
- les missions de service public de La Poste, qui continueront à s'imposer à elle comme à ses actionnaires, devraient être rassemblées et réaffirmées dans un article de loi; la clarification de la gouvernance du réseau en milieu rural permettrait notamment de garantir que les transformations de bureaux de poste ne pourront avoir lieu qu'après accord des élus concernés ;
- des garanties devraient être données au personnel (statut des fonctionnaires et accord d'entreprise).

S'agissant des impératifs de productivité et de modernisation de l'outil industriel, et des enjeux que représentent la substitution du courrier électronique et l'ouverture totale du marché à la concurrence en 2011, il convient d'observer que les défis que la Poste doit relever seront les mêmes, quel que soit son statut. Dans ces conditions, le choix du statut lui offrant la plus grande souplesse, et lui permettant de faire face à armes égales à ses concurrents apparaît comme une solution favorable en soi, en même temps que pertinent pour mobiliser les fonds propres nécessaires à son développement.

Certains des membres de la commission se déclarent opposés à tout changement de forme juridique de l'entreprise, qu'ils conçoivent comme une première étape vers la privatisation.

---

[35] *« 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 ».*

Le président et d'autres membres de la commission se prononcent pour une transformation du statut de l'entreprise en société anonyme, détenue à sa création à 100% par des investisseurs publics (Etat, FSI ou Caisse des dépôts et consignations). Ils estiment qu'en toute hypothèse, la privatisation est exclue et que des garanties d'ordre législatif devraient être apportées sur le caractère public de l'entreprise.

La commission recommande enfin de rassembler dans un même article de loi la liste et la description de l'ensemble des missions de service public qui figurent actuellement dans des dispositions législatives éparses : service universel postal, aménagement du territoire, transport et distribution de la presse et accessibilité bancaire. De plus, ce même article devrait renvoyer à des dispositions réglementaires complémentaires qui préciseraient le financement du service public et du service universel.

VI. Conclusion

La Commission a mené une analyse approfondie de la situation de La Poste et de ses perspectives d'avenir. Ses travaux se sont appuyés sur des dossiers solides établis par la Poste, des études et témoignages sur les postes étrangères ainsi que des contributions écrites de ses membres. Elle a bénéficié également des nombreuses interventions en séance de ses membres et des organismes auditionnés.

A l'issue de ses réflexions et débats, elle considère que les fondamentaux de La Poste sont sains et solides et qu'ils doivent absolument être préservés pour l'ouverture complète à la concurrence en 2011, avec en toile de fond la menace d'une baisse importante du volume du courrier.

Elle constate que La Poste a démontré au cours des années récentes sa capacité à évoluer et qu'elle est engagée dans une dynamique de progrès, ce qui est encourageant devant le chemin qui reste à parcourir.

L'avenir de La Poste va se jouer sur sa cohésion interne, sa capacité à anticiper et à s'adapter, ainsi que sur la réalisation au cours des 4 années à venir d'un programme d'investissements stratégiques, indispensables pour chacun de ses métiers et pour l'unité du groupe.

Le rapport s'est efforcé de mettre en évidence des propositions s'appliquant à tous les acteurs concernés.

Pour ce qui est du gouvernement, il conviendrait qu'il annonce au cours des semaines à venir les dispositions qu'il entend prendre pour assurer le développement du groupe La Poste auquel les Français, leurs élus et les postiers sont si attachés.

DOCUMENT n° 6

52

Le Monde
5 juillet 2008, page 11

ECONOMIE & MÉDIAS
LIBÉRALISATION La transformation permettrait à terme à l'établissement public d'ouvrir son capital

La Poste veut changer de statut pour devenir une société anonyme

Anne Michel

La Poste, la première entreprise française avec 300 000 salariés, pourrait bientôt changer de statut. Selon nos informations, le président de l'entreprise publique, Jean-Paul Bailly, a mis à l'étude la transformation du groupe, aujourd'hui doté du statut d'exploitant autonome de droit public - assimilable à celui, plus connu, d'Etablissement public industriel et commercial (Epic) - en une société anonyme (SA).

Ce projet, très délicat à mener sur les plans juridique et surtout, politique et social, est élaboré depuis plusieurs mois dans la plus grande discrétion. La Poste s'est entourée de conseils, parmi lesquels la banque d'affaires Rothschild et le cabinet de juristes Baker & Mc Kenzie. Le ministère des finances, Matignon et l'Elysée en ont été mis au courant. Plusieurs réunions de travail ont eu lieu avec des représentants du gouvernement, pour examiner l'opportunité d'un tel changement et le cas échéant, son calendrier.

Pour l'opérateur public postal, l'adoption du statut de SA - une société commerciale dont le capital est détenu par des actionnaires - serait devenue une nécessité, pour affronter la libéralisation totale du marché du courrier prévue en 2011.

Lestée par une dette de 5,8 milliards d'euros, qu'elle s'efforce d'alléger d'un exercice à l'autre, La Poste s'estime aujourd'hui pénalisée face à ses concurrents pour financer sa croissance. Elle est l'un des derniers opérateurs postaux européens à ne pas avoir été transformé en société par actions, dans le cadre d'un mouvement amorcé au milieu des années 1990 dans les pays nordiques qui a, depuis, gagné l'Allemagne et l'Italie.

Le règlement du dossier des retraites à la faveur d'un chèque de deux milliards d'euros payés à l'Etat en 2006, et contre la promesse du versement d'un dividende régulier, en outre, a pesé sur ses comptes.

L'idée de M. Bailly serait de profiter de la transposition en droit français de la troisième directive postale, qui va libéraliser le marché, pour prendre le statut de SA. Le passage du texte au Parlement pourrait intervenir dans le courant du premier trimestre 2009.

Le dossier, cependant, est loin d'être tranché car il renvoie aux choix de politique économique du gouvernement. La question de la transformation de La Poste en SA appelant celle de sa privatisation, fut-elle partielle, le gouvernement doit, en effet, décider s'il décide d'en garder 100 % du capital, ou d'en céder une partie à des investisseurs privés sur le marché.

Interrogé sur ces orientations, un conseiller de l'Elysée indiquait, jeudi 3 juillet, qu' « il paraîtrait assez naturel que La Poste change de statut dans le contexte de mise en concurrence », mais précisait « ne pas avoir été officiellement saisi de la question ». Rendant compte des premiers échanges entre La Poste et le gouvernement, une autre source précisait que « le changement de statut est perçu comme inéluctable, la seule interrogation portant sur le moment opportun pour le faire ».

Toujours selon nos informations, et alors que les discussions s'engagent à peine, un schéma jugé acceptable par toutes les parties serait d'annoncer la modification du statut de La Poste, en même temps qu'une ouverture du capital limitée, du groupe. Cette privatisation partielle pourrait être ouverte aux investisseurs institutionnels et aux particuliers sur le marché financier, avec une part significative d'actions réservées aux salariés, comme ce fut le cas lors de la mise en Bourse d'EDF, en novembre 2005 (2 % du capital environ pour les salariés).

L'adhésion des salariés de La Poste au projet constituerait, en effet, une garantie de bon déroulement de l'opération. Pour que celle-ci soit comprise du grand public et des parlementaires, très attachés à la

© SA Le Monde - CEDROM-SNi inc. 2010. Tous droits réservés.

défense des services publics de proximité, et tout particulièrement à La Poste, les dirigeants de l'entreprise publique verraient, en outre, d'un bon oeil la constitution d'un actionnariat populaire important.

Quelle que soit l'option retenue, souligne un proche du dossier, « l'Etat restera majoritaire dans le capital. La Poste devenue société anonyme restera une entreprise à capital public ». La question d'une prise de participation de la Caisse des dépôts (CDC), dont l'Elysée veut accentuer la position d'investisseur de long terme dans les grandes entreprises françaises, devrait alors probablement se poser.

En 1996, France Télécom avait adopté le statut de SA puis avait ouvert son capital un an plus tard, à hauteur de 20 %, dont près de 3 % avaient été réservés au personnel. Autour de Lionel Jospin, alors premier ministre, et pour apaiser la controverse sur la privatisation de l'opérateur de télécommunications, la gauche avait employé le terme de « sociétisation ».

L'évolution du statut de La Poste et de son capital promet toutefois de faire grincer des dents auprès des syndicats du groupe, attentifs au devenir du service public postal sur tout le territoire, au maintien de l'emploi. Ils sont notamment préoccupés par la priorité donnée à la rentabilité des opérations sur la qualité des services. Ils n'ont de cesse de dénoncer la primauté d'une logique financière, induite par la libéralisation du marché.

Anne Michel

Projet de changement de statut de La Poste - DESSIN : Pessin

FICHE DOCUMENTAIRE

Section : Economie
Taille: MOYEN

© SA Le Monde - CEDROM-SNi inc. 2010. Tous droits réservés.