

Les entreprises publiques et le droit de la concurrence

par Pierre DELVOLVE

1. Les travaux du présent colloque ont déjà évoqué les rapports entre les entreprises publiques et le droit de la concurrence. Il ne pouvait en être autrement s'agissant des « entreprises publiques et l'Europe », d' « entreprises publiques et monopoles », de « contrôle et régulation des entreprises publiques », puisque l'Europe a particulièrement développé le droit de la concurrence, que les monopoles sont directement encadrés voire écartés par ce droit, que le contrôle et la régulation des entreprises doivent tenir compte des exigences de la concurrence.

Y-a-t-il encore à traiter ici des entreprises publiques et du droit de la concurrence ? Et peut-on le faire sans répéter ce qui a été dit ?

Les organisateurs du colloque ont cru nécessaire cependant une présentation globale du sujet, pour en couvrir tous les aspects.

A priori le droit de la concurrence et les entreprises publiques semblent en contradiction. C'est ce qu'il faudra vérifier.

Cette analyse est commandée par une identification exacte et du droit de la concurrence et des entreprises publiques, qui n'est pas aussi évidente que cela peut apparaître.

2. Lorsqu'on parle du droit de la concurrence, on pense pourtant immédiatement aux textes fondamentaux dont il a fait l'objet : en droit communautaire, dans le Traité de Rome instituant la Communauté européenne (selon l'appellation du traité de Maastricht), les articles 81 à 89 (selon la numérotation résultant du traité d'Amsterdam) regroupés dans un chapitre portant sur « *les règles de concurrence* »; en droit français, l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence, considérée comme le socle actuel de la matière.

Pourtant d'autres normes sont relatives à la concurrence au-delà de ces dispositions et l'établissent ou l'encadrent, soit à titre général soit de manière spéciale.

Dans ses principes, le Traité de Rome appelle notamment à « *un haut degré de compétitivité* » (art. 2) et prévoit « *une politique économique... conduite conformément au respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre* » (art. 4). En droit français, la liberté d'entreprendre a été reconnue au niveau constitutionnel¹. Elle implique la liberté du commerce et de

¹ C.C. N°81-132 DC 16 janvier 1982, Rec.18 ; *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, par L. Favoreu et L. Philip, 10ème éd., 1999, p.463.

l'industrie, reconnue avant elle² et, dans le prolongement de celle-ci, la liberté de concurrence, dont le Conseil d'Etat a fait application³, bien avant qu'il l'ait exprimée comme découlant de l'ordonnance du 1er décembre 1986⁴.

Des dispositions particulières aménagent la concurrence dans certains domaines ou pour certains modes d'activité. Ainsi les télécommunications ont été ouvertes à la concurrence en vertu de plusieurs directives communautaires⁵ et de la loi du 26 juillet 1996, l'électricité, en vertu de la directive du 19 décembre 1996, transposée par la loi du 10 février 2000⁶. De même les « *contrats publics* » font l'objet d'une mise en concurrence, qu'il s'agisse des conventions de délégation de service public selon la loi française du 29 janvier 1993 ou des marchés publics à la fois selon les directives communautaires⁷ et les textes qui les ont transposés⁸. Il ne s'agit que des exemples les plus importants. Ils ne concernent pas exclusivement les entreprises publiques, mais ils les atteignent toutes d'une manière ou d'une autre.

3. Ils contribuent aussi à les identifier.

Le droit de la concurrence a puissamment contribué à l'identification des entreprises publiques, parce que, s'appliquant à elles, il faut d'abord savoir ce qu'elles sont. Mais d'autres branches du droit ont également joué un rôle.

C'est la jurisprudence qui a essentiellement précisé ce que sont les entreprises publiques, à la fois en tant qu'entreprises et en tant que publiques.

² Par exemple C.E. Ass. 22 juin 1951, Daudiniac, Rec.362 ; *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 12ème éd., 1999, par M. Long, P. Weil, G. Braibant, P. Delvolvé et B. Genevois, p.458.

³ Par exemple C.E. Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, Rec.583 ; *Les grands arrêts...*, p.276.

⁴ C.E. 1er avril 1998, Union hospitalière privée et Fédération intersyndicale des établissements d'hospitalisation privée, Rec. 115.

⁵Directives de la Commission n°88/301 du 16 mai 1988 sur l'ouverture à la concurrence des équipements terminaux, n°90/357 et 90/388 du 28 juin 1990 sur l'ouverture à la concurrence des services de télécommunications et la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication ; directive du Parlement européen et du Conseil n°95/62 du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert à la téléphonie locale ; directive de la Commission n°96/19 du 13 mars 1996 modifiant la directive 90/388 en ce qui concerne la réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications. Voir notamment L. Idot, « La réalisation de la pleine concurrence sur le marché des télécommunications : la transposition de la directive 96/19 du 13 mars 1996 », *Europe* octobre 1996.

⁶V. notamment L. Richer, « La loi de février 2000 sur l'électricité : entre concurrence et service public », *A.J.D.A.* 2000.239 ; F. Robbe, « L'ouverture du marché de l'électricité et son impact sur le service public (la transposition de la directive 96/92 CE du 19 décembre 1996 par la loi n°2000-108 du 10 février 2000) », *C.J.E.G.* juin 2000, p.211.

⁷ Directive 92/50 du 18 juin 1992 sur les marchés publics de services ; directives 93/36, 93/37 et 93/38 du 14 juin 1993 relatives respectivement aux marchés publics de fourniture, aux travaux et aux marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, qui codifient les directives antérieures.

⁸ Lois du 3 janvier 1991, du 11 décembre 1992 et du 22 janvier 1997.

4. La Cour de justice des Communautés européennes considère ainsi dans son arrêt du 23 avril 1991, HÖFNER⁹ que « *dans le contexte du droit de la concurrence... la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* ». Par activité économique, il faut entendre une activité de production ou de distribution de biens ou de services.

Le statut juridique de « *l'entité* » importe peu (c'est pourquoi est retenue cette expression générale et approximative). En particulier, il n'est pas nécessaire qu'elle ait la personnalité juridique. Ainsi une régie, qui s'insère dans la personnalité d'une collectivité publique, sans être dissociée juridiquement de celle-ci, n'en constitue pas moins une entreprise dès lors qu'elle exerce une activité de production ou de distribution de biens ou de services¹⁰. En droit français, on aurait tendance à considérer que l'entreprise publique n'apparaît qu'avec la personnalisation juridique. Mais cette conception, outre qu'elle est seulement doctrinale, est sans importance au regard du droit de la concurrence déterminé par l'ordonnance de 1986 dès lors que celle-ci s'applique « *à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques* », ce qui couvre leurs activités en régie autant que celles qui bénéficient de la personnalité juridique. D'ailleurs le Conseil d'Etat considère que, sans être doté de la personnalité juridique, « *un ensemble d'actifs susceptibles d'une exploitation autonome* »¹¹ ou encore, selon la définition fiscale¹², « *un ensemble d'éléments formant soit une, soit plusieurs branches complètes et autonomes d'activité* » constitue une entreprise.

L'entreprise est tout entière organisée afin de produire ou distribuer des biens ou des services. A cet égard, elle est essentiellement de nature industrielle et commerciale.

La production ou la distribution peuvent porter sur toutes sortes de biens ou de services. Il en est ainsi par exemple de l'électricité, dont « *il n'est pas contesté en droit communautaire, ni d'ailleurs dans les droit nationaux qu' (elle) constitue une marchandise* »¹³, des services de placement : selon l'arrêt HÖFNER, déjà cité, « *la circonstance que les activités de placement sont normalement confiées à des offices publics ne saurait affecter la nature économique de ces activités. Les activités de placement n'ont pas toujours été et ne sont pas nécessairement exercées par des entités publiques... Il s'ensuit qu'une entité, telle qu'un office public pour l'emploi exerçant une activité de placement peut être qualifiée d'entreprise aux fins d'application des règles de concurrence communautaires* ».

⁹ aff. C-41/90, Rec.1, p. 1979, concl. Jacobs.

¹⁰ C.J.C.E. 27 octobre 1993, Decoster, aff. C-69/91, Rec.I.5335.

¹¹ B. Lasserre, conclusions sur C.E. 11 octobre 1985, Syndicat général de la recherche agronomique, R.F.D.A. 1986. 409.

¹² article 301-E de l'Annexe II du code général des impôts.

¹³ C.J.C.E. 27 avril 1994, Almelo, aff. C-393/92, Rec.483, concl. Darmon ; C.J.E.G. 1994.623, concl. Darmon, note Fiquet ; A.J.D.A. 1994.637, note Hamon.

L'activité d'assurances a donné lieu à des distinctions. Saisie d'une question préjudicielle par le Conseil d'Etat la Cour de justice a considéré dans son arrêt du 16 novembre 1995, Fédération française des sociétés d'assurance¹⁴, qu' *« un organisme à but non lucratif, gérant un régime d'assurance vieillesse destiné à compléter un régime de base obligatoire, constitué par la loi à titre facultatif et fonctionnant, dans le respect des règles définies par le pouvoir réglementaire, notamment en ce qui concerne les conditions d'adhésion, les cotisations et les prestations, selon le principe de la capitalisation, est une entreprise »*. Le Conseil d'Etat en a tiré les conséquences pour la Caisse nationale d'assurance-vieillesse mutuelle agricole, en tant qu'elle est chargée de la gestion du régime complémentaire d'assurance vieillesse des agriculteurs¹⁵. De même un fonds de pension qui détermine lui-même le montant des cotisations et des prestations, fonctionne selon le principe de la capitalisation, dépend des résultats financiers des placements qu'il effectue, est soumis aux mêmes contrôles que les compagnies d'assurances, exerce une activité économique en concurrence avec les compagnies d'assurances : l'absence de but lucratif et les éléments de solidarité ne suffisent pas à lui enlever sa qualité d'entreprise au sens des règles du traité¹⁶. En revanche les organismes de sécurité sociale, *« qui concourent à la gestion du service public »*, *« remplissent une fonction de caractère exclusivement social »*, *« fondée sur le principe de la solidarité nationale et dépourvue de tout but lucratif »*, versent *« des prestations légales et indépendantes du montant des cotisations »*, n'exercent pas une activité économique ; ce ne sont pas des entreprises¹⁷.

Les activités *« régaliennes »* ne comportent pas l'aspect économique de production ou distribution de biens ou services qui caractérisent l'entreprise. C'est le cas de celles qui se rattachent à la police. Ainsi Eurocontrol, qui *« assure, pour le compte des Etats contractants des missions d'intérêt général dont l'objet est de contribuer au maintien et à l'amélioration de la sécurité de la navigation aérienne »* n'est pas une entreprise publique¹⁸. *« La surveillance antipollution... dans le port pétrolier de Gênes constitue une mission d'intérêt général qui relève des fonctions essentielles de l'Etat en matière de protection de l'environnement du domaine public maritime. Une telle activité, par sa nature, son objet et les règles auxquelles elle est soumise, se rattache ainsi à l'exercice de prérogatives relatives à la protection de l'environnement qui sont typiquement des prérogatives de puissance publique. Elle ne présente pas un caractère économique justifiant l'application des règles de concurrence du traité »*¹⁹, alors même qu'elle est confiée à une entreprise privée concessionnaire. Cela n'aurait pas été différent si elle l'avait été à une administration publique.

¹⁴ aff. C-244/94, Rec.I.4013 ; D.1996.317, note Bergerès.

¹⁵ C.E. Sect. 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurances, Rec.441 ; C.J.E.G. 1997.232, concl. Bonichot ; A.J.D.A. 1997.142, chr. Chauvaux et Girardot.

¹⁶ C.J.C.E. 21 septembre 1999, Albany International, aff. C-67/96 ; du même jour, Brentjens..., aff.e. 115/97 et 117/97, J.C.P. 2000.II.10325, note Chazal.

¹⁷ C.J.C.E. 17 février 1993, Poncet et Pistre, aff. C-159 et 160/91, Rec.I.637, concl. Tesauro.

¹⁸ C.J.C.E. 19 janvier 1994, S.A.T., aff. C-394/92, Rec.I.43.

¹⁹ C.J.C.E. 18 mars 1997, Diego Cali et Figli, aff. C-434/95, Rec.I.1547. V. aussi pour les agences financières de bassin, dont *« la mission ne consiste pas à intervenir sur un marché de biens ou services »*, C.E. 1er juin 1994, Letierce, Rec.278 ; A.J.D.A. 1994.633, concl. Arrighi de Casanova.

5. Mais, dès lors qu'apparaît une véritable entreprise, se pose la question de savoir si elle est « *publique* » ou encore, selon la formule de l'article 34 de la Constitution, si elle appartient au « *secteur public* ». Les textes ne précisent pas les critères de manière générale.

Pour la directive de la Commission européenne du 25 juin 1980 (modifiée le 24 juillet 1985 et le 30 septembre 1993) relative à la transparence des relations financières entre les Etats-membres et les entreprises, il faut entendre par entreprise publique « *toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante, du fait de la propriété, de la participation financière, ou des règles qui la régissent* ». Par pouvoirs publics, il faut entendre l'Etat et les collectivités territoriales. « *L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics directement ou indirectement à l'égard de l'entreprise : a) détiennent la majorité du capital souscrit dans l'entreprise ; b) ou disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ; c) ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise* ».

Au regard de l'article 34 de la Constitution, le Conseil d'Etat a précisé qu'appartiennent au secteur public, les entreprises dont les collectivités publiques détiennent, ensemble ou séparément, directement ou indirectement, plus de la moitié du capital social²⁰ ; a contrario une entreprise ayant un statut de droit privé et un capital majoritairement « *privé* », même si l'Etat y exerce un certain contrôle, reste une « *entreprise privée* »²¹.

6. Il existe une sorte de contradiction, voire de déchirement dans l'entreprise publique. En ce qu'elle est entreprise, elle poursuit un objectif de rentabilité et de profit. Mais parce qu'elle est publique, elle connaît des contraintes et des avantages qui ne se trouvent pas normalement dans une entreprise privée : les collectivités publiques auxquelles elle appartient peuvent lui assigner des buts d'intérêt général que ne connaissent pas les entreprises privées, lui imposer des obligations, des contrôles que ces dernières ne supportent pas ; elle peut aussi bénéficier d'un appui dont celles-là ne profitent pas.

Dans un cas comme dans l'autre, le jeu de la concurrence se trouve faussé, soit à l'avantage soit au détriment des entreprises publiques.

7. On pourrait le garantir en interdisant purement et simplement la création d'entreprises publiques. Cette solution extrême n'est évidemment pas retenue.

²⁰ C.E. Ass. 24 novembre 1978, Syndicat national du personnel de l'énergie atomique C.F.D.T. ; du même jour, Schwartz ; Rec.465 et 467 ; A.J.D.A. mars 1979.34, chr. 0. Dutheillet de Lamothe et Robineau, et 42, concl. M.A. Latournerie et note Bazex ; Ass. 22 décembre 1982, Comité central d'entreprises de la S.F.E.N.A.,_Rec.436 ; R.D.P. 1983.497, concl. Bacquet, note J.M. Auby ; A.J.D.A. 1983.172, chr. Lasserre et Delarue.

²¹ C.E. Ass. 6 décembre 1996, Société Lambda, Rec.466, concl. Piveteau; *Les grands arrêts ...*, p.799.

Le traité de Rome, quel que soit son engagement en faveur de la concurrence, ne les exclut pas puisque, selon son article 295 (ex. 222), il « *ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les Etats membres* ».

En droit français, le Conseil d'Etat considère certes que « *les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée* »²². Mais, d'une part, la loi a pu procéder à des nationalisations dès lors que, par une appréciation non entachée d'erreur manifeste, elle n'a pas restreint le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions de la Déclaration de 1789²³. D'autre part, des entreprises publiques peuvent être créées ex nihilo soit par la loi soit par un acte administratif pour remplir une mission de service public²⁴.

Mais c'est à condition que soit respecté le droit de la concurrence.

8. Ce respect n'est pas à sens unique.

Certes il est assuré d'abord par la soumission des entreprises au droit de la concurrence (I).

Mais il l'est aussi par la reconnaissance du bénéfice du droit de la concurrence au profit des entreprises publiques (II)²⁵.

I. Les entreprises publiques et la soumission au droit de la concurrence.

9. La soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence pourrait être considérée comme paradoxale en ce que les personnes publiques auxquelles elles appartiennent sont, par leurs statuts, leurs pouvoirs, leurs fonctions, hors concurrence. Mais le paradoxe tombe dès lors que l'on considère que les entreprises publiques sont d'abord des entreprises : à ce titre, comme les entreprises privées, elles sont soumises au droit de la concurrence. Tel est bien le principe (A). S'il connaît des aménagements, ils tiennent exclusivement aux missions particulières dont elles peuvent être investies (B).

²² C.E. Sect. 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, précité note 3.

²³ C.C. n°81-132 DC 16 janvier 1982, précité note 1.

²⁴ par ex. pour la création du service public des bases de données juridiques (qui a été concédé à une entreprise privée) : C.E. 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la Cour de Paris, Rec.491 ; A.J.D.A. 1998.362, concl. Combrexelle, et 369, note Nouel.

²⁵ Sur l'ensemble du sujet, v. notamment N. CHARBIT, *Secteur public et droit de la concurrence*, 1999 ; C.E.D.E.C.E. *Service public: entre intérêt général et marché*, colloque de Strasbourg, octobre 1996 ; La documentation française, 2 vol. 1998 ; B. THIRY et J. VANDAMME (dir.), *Les entreprises publiques dans l'Union européenne : entre concurrence et intérêt général*, Pédone, 1994.

A. Le principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence.

10. Le principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence est affirmé à titre de principe général (1°). Il est confirmé dans le cadre de certaines régimes spéciaux (2°).

1) **11.** En droit commun de la concurrence, le traité de Rome formule expressément à l'article 86 (ex 90) le principe de la soumission des entreprises publiques aux règles de concurrence. Selon l'alinéa 1, « *Les Etats membres, en ce qui concerne les entreprises publiques..., n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment à celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus* » (supra, n°2). Mais cette précision ne vaut pas seulement pour les entreprises publiques ; elle s'étend, selon le même alinéa 1, aux entreprises auxquelles les Etats accordent des droits spéciaux ou exclusifs, et, selon l'alinéa 2, aux « *entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal* ». Cela révèle que les entreprises publiques ne sont pas les seules à présenter des particularités justifiant un rappel à la nécessité de les soumettre au droit de la concurrence. D'ailleurs elles peuvent elles-mêmes être titulaires de droits spéciaux ou exclusifs, être chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présenter le caractère d'un monopole fiscal. Dans tous les cas, elles sont soumises normalement aux règles de la concurrence déterminées par le droit communautaire.

En droit interne, l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne vise pas expressément, elle, les entreprises publiques. Elle utilise une formule encore plus générale dans son article 53 : « *les règles définies à la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques...* » Cela couvre nécessairement les entreprises publiques, quelle que soit leur forme : établissement public, société, voire régie non personnalisée d'une collectivité publique. Mais il est remarquable que le champ d'application de l'ordonnance ait été défini en termes d'activité et non d'entité, et que les entreprises publiques n'aient pas à cet égard fait l'objet d'un traitement particulier : cela confirme leur soumission de principe au droit de la concurrence.

12. Elle entraîne des conséquences.

La première concerne les mesures que prennent les pouvoirs publics à l'égard des entreprises publiques. Elles ne doivent pas elles-mêmes violer le droit de la concurrence.

Elles ne peuvent leur attribuer une position dominante les mettant en état d'en abuser. La Cour de justice a eu l'occasion de condamner des Etats membres

pour l'avoir fait²⁶. Le Conseil d'Etat a déjà vérifié plusieurs fois si l'attribution d'une position dominante à une entreprise privée concessionnaire de service public ne lui permettait pas d'en abuser²⁷ ; cela eût été de même si l'entreprise concessionnaire avait été publique. Il a annulé les dispositions d'un décret permettant à une caisse nationale d'assurance-vieillesse d'abuser de la position dominante résultant des droits exclusifs qu'il lui attribuait²⁸.

Les pouvoirs publics ne peuvent non plus aider « leurs » entreprises publiques, non plus que les entreprises privées, si ce n'est dans les conditions prévues par les textes (art. 87 et s. - ex 92 et s. - du traité de Rome ; lois du 2 mars 1982 et du 5 janvier 1988, reprises par le code général des collectivités territoriales, notamment dans ses articles L.1511-1 et s.). La Commission européenne est particulièrement vigilante en la matière. C'est ce qui l'a conduite à adopter la directive, déjà citée, du 25 juin 1980 sur les relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques²⁹. Les aides peuvent apparaître non seulement lorsqu'elles sont accordées par l'Etat et les autres collectivités publiques aux entreprises qu'ils contrôlent directement, mais encore par ces entreprises elles-mêmes à leurs filiales. Elles sont soumises aux mêmes règles, et d'abord à celle de l'interdiction de principe, autant dans le second cas que dans le premier³⁰.

La tentation est grande pour les pouvoirs publics de soutenir les entreprises publiques en difficulté (elle existe déjà lorsque les difficultés atteignent les entreprises privées). On l'a vu notamment dans le cas d'Air France et du Crédit Lyonnais. La Commission européenne n'a pas manqué de réagir dans un cas³¹ comme dans l'autre³². De même les collectivités locales ne peuvent apporter à leurs sociétés d'économie mixte une aide en dehors des conditions prévues par les textes³³, y compris pour pallier une faillite³⁴.

²⁶ Par ex. C.J.C.E. 23 avril 1991, HÖFNER, précité note 9 ; 18 juin 1991, ERT, aff. C- 260/89, Rec.I.2925, concl. Lenz ; 10 décembre 1991, Merci Convenzionali (Port de Gênes), aff. C-179/90, Rec.I.5889, concl. Van Gerven ; 8 juin 2000, Giovanni Carra, aff. C-258/98.

²⁷C.E. Sect. 3 novembre 1997, Société Millon et Marais, Rec.406, concl. Stahl ; Les grands arrêts... p.816 ; 17 décembre 1997, Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris, précité note 24. C.E. Sect. 8 novembre 1996, Fédération française des sociétés d'assurances, précité note 15.

²⁹ Sur cette directive v. C.J.C.E. 6 juillet 1982, France, Italie et Grande-Bretagne c/ Commission, aff. 188 à 190/80, Rec.2545 ; 16 juin 1993, France c/ Commission aff. C- 325/91, Rec.I.3283.

³⁰ C.J.C.E. 21 mars 1991, Italie c/ Commission, aff. C-303/88 et C-305/89 ; Rec.I.1603 ; 11 juillet 1996, Syndicat français de l'express international, C39/94, Rec.I.3548. V. J.Y. Chérot, *Les aides d'Etat dans les Communautés européennes*, Economica, 1998.

³¹Décision de la Commission du 27 juillet 1994 concernant l'augmentation de capital d'Air France, v. T.P.I. 12 décembre 1996, Air France c/ Commission, aff. T- 358/94. Rec.II.2109.

³² Pour d'autres exemples, v. notamment C.J.C.E. 10 juillet 1986, Belgique c/ Commission, aff.40/85, Rec.2341 ; 21 mars 1991, Italie c/ Commission, aff. C305/89, Rec.I.1635. Pour apprécier si une augmentation de la participation d'un Etat dans une entreprise constitue une aide, la Cour de justice se fonde sur le critère du comportement normal d'un actionnaire privé dans une économie de marché. V. L. Idot, « Les aides aux entreprises en difficulté et le droit communautaire », R.T.D.E. 1998.295 ; J. Wouters et B. Van Hees, « Les entreprises publiques et les règles européennes en matière d'aides d'Etat », R.M.C.U.E. 1999, n°2, p.35.

³³ C.E. 17 janvier 1994, Préfet du Département des Alpes de Haute-Provence, Rec.18 ; 16 janvier 1995, Ville de Saint-Denis, Rec.34 ; 13 septembre 1995, Département des Alpes-Maritimes,

13. En second lieu, la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence régit leur propre comportement.

En particulier, elles ne doivent pas abuser de la position dominante dont elles disposent. Plusieurs affaires récentes ont conduit à leur condamnation de ce chef.

Ainsi France Télécom a été condamnée pour les pratiques qu'elle-même et sa filiale, la société Transpac, ont mises en œuvre dans le secteur de la transmission des données³⁵. Une autre procédure est menée contre elle au sujet de l'augmentation de tarif importante et immédiate qu'elle a imposée à une société diffusant des services audiovisuels sur un réseau câblé lui appartenant³⁶.

Electricité de France a été lourdement condamnée, et pour des motifs sévères, ayant « *utilisé son monopole légal de transport et de distribution d'électricité pour protéger sa position dominante dans la production de cette énergie et... abusé de la dépendance économique dans laquelle se trouvaient à son égard, pour la disposition d'infrastructures essentielles nécessaires à la commercialisation de l'énergie par elles produites, les entreprises indépendantes, qui disposaient de techniques plus compétitives et performantes que la sienne...* »³⁷

D'Aéroports de Paris, la Cour d'appel de Paris a jugé que le refus de signaler les hôtels situés hors de la périphérie de la plate-forme aéroportuaire, au bénéfice de ceux qui se trouvent sur la plate-forme et lui versent des redevances, « *fausse le droit de la concurrence sur le marché de l'hôtellerie et doit être qualifié d'abus de position dominante* », justifiant une sanction pécuniaire de 500 000 F³⁸.

Si un litige sur les pratiques commerciales susceptibles de fausser le jeu de la concurrence, imputées à une entreprise publique, oppose celle-ci à des entreprises privées, il relève normalement de la compétence des juridictions judiciaires³⁹.

2) 14. Des régimes spéciaux sont venus garantir l'effectivité de la concurrence soit pour certaines modalités soit dans certains secteurs d'activité.

Rec.345 ; 6 novembre 1995, Commune de Villeneuve d'Ornon, Rec.t.687. V. notamment C. Maugue et J.H. Stahl, « Le cadre juridique des relations financières entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités locales », A.J.D.A. 1996.475.

³⁴ C.E. 15 mars 2000, Commune de Romilly-sur-Seine.

³⁵ C.A. Paris 19 mai 1998, B.O.C.C.R.F. 18 juin 1998, p.339.

³⁶ v. Cass. com. 18 avril 2000, B.O.C.C.R.F. 23 mai 2000, p.282.

³⁷ C.A. Paris 27 janvier 1998, B.O.C.C.R.F. 17 février 1998, p. 54. V. aussi C.A. Paris 14 septembre 1999, B.O.C.C.R.F. 14 octobre 1999, p. 564.

³⁸ C.A. Paris 8 février 2000, B.O.C.C.R.F. 7 mars 2000, p.135 ; rectificatif B.O.C.C.R.F. 21 avril 2000, p.245. V. aussi au sujet des services d'escale C.A. Paris 23 février 1999, B.O.C.C.R.F. 18 février 2000.

³⁹ T.C. 19 janvier 1998, Syndicat français de l'express international c/ La Poste, Chronopost, Sofipost... Rec.534.

Les modalités concernent principalement les « *contrats publics* » auxquels les entreprises publiques peuvent être parties et dont l'attribution est soumise à une mise en concurrence.

C'est le cas d'abord des conventions de délégation de service public consenties par les collectivités publiques selon une « *procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes* » qu'a imposée la loi du 29 janvier 1993. Le législateur a voulu écarter l'application de cette procédure pour l'attribution d'une convention de délégation de service public non seulement à une entreprise bénéficiant d'un monopole ou à un établissement public spécialement créé pour assurer l'activité déléguée, mais encore à des sociétés dont le capital est directement ou indirectement majoritairement détenu par la collectivité délégante, à la seule condition que l'activité déléguée figure expressément dans leurs statuts. Le Conseil constitutionnel a considéré que cette seconde catégorie d'exceptions était contraire au principe d'égalité et que les sociétés du secteur public devaient être mises en concurrence avec les entreprises privées pour obtenir ces conventions⁴⁰.

Avec les marchés publics, les entreprises publiques peuvent également se présenter comme prestataires ; elles sont le plus souvent bénéficiaires de prestations.

Lorsqu'elles se présentent comme prestataires, pour fournir des marchandises, réaliser des travaux ou accomplir des services, au profit de personnes publiques, elles doivent normalement participer à la procédure d'attribution des marchés à égalité avec leurs concurrents privés. Le principe a été reconnu et appliqué en ce qui concerne les directives communautaires sur les marchés publics, tant par le Conseil d'Etat⁴¹ que par la Cour de justice⁴², alors même que l'institution prestataire est elle-même une personne publique regroupant des collectivités publiques. Il doit prévaloir a fortiori lorsqu'elle est une entreprise publique au sens strict, et non seulement pour le droit communautaire des marchés publics mais aussi pour le droit interne.

Les entreprises publiques passent aussi des marchés pour leurs propres besoins. La logique d'entreprise devrait suffire à leur faire chercher, par la concurrence, les meilleurs fournisseurs, entrepreneurs, prestataires. Elle n'a pas paru suffisante pour les laisser agir toujours librement. Ainsi la loi du 29 janvier 1993, dans son article 48, a prévu l'application des principes de publicité et de mise en concurrence des marchés publics aux contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte, ainsi qu'aux contrats conclus soit par les organismes privés d'HLM soit par les sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux⁴³. Dans le domaine de l'eau, de

⁴⁰ C.C. n°92-316 DC 26 janvier 1993, Rec.14 ; R.F.D.A. 1993.902, note Pouyaud.

⁴¹ C.E. Sect.20 mai 1998, Communauté de communes du Piémont de Barr, Rec. 202, concl. Savoie.

⁴² C.J.C.E. 18 novembre 1999, Teckal et Comune di Viano, aff. C-107/98, Rec.I.8121, concl. Cosmas ; B.J.C.P. 2000.43.

⁴³ v. les décrets d'application des 26 et 27 mars 1993.

l'énergie, des transports, des télécommunications, le législateur communautaire a adopté une directive sur les marchés qui s'applique aux entreprises publiques autant qu'à d'autres pouvoirs adjudicateurs⁴⁴, alors que dans les autres domaines elles sont écartées du champ d'application des directives relatives aux marchés publics (voir note 7).

15. Cela s'explique par la particularité des secteurs d'activité dans lesquels ces marchés sont conclus.

Elle justifie aussi l'aménagement d'un régime de concurrence dépassant les seuls marchés.

Le droit communautaire a été déterminant. Deux domaines particulièrement importants peuvent être cités : celui des télécommunications et celui de l'électricité.

Pour les télécommunications, les directives communautaires (supra, note 5) ont conduit le législateur français : - d'abord, par la loi n°96-659 du 26 juillet 1996, à modifier la réglementation pour que ces activités « *s'exercent librement, dans le respect des autorisations et déclarations... qui sont délivrées ou vérifiées dans des conditions objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées aux objectifs poursuivis* », « *au bénéfice des utilisateurs* » par « *une concurrence effective et loyale entre les exploitants et les fournisseurs de services de télécommunications* »⁴⁵ ; - ensuite par la loi n°96-660 du même jour, à transformer France Télécom en « *une entreprise nationale... dont l'Etat détient directement plus de la moitié du capital social* », et soumise en principe « *aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes* »⁴⁶ : l'alignement sur le droit commun s'est marqué aussi par le déclassement de ses biens relevant du domaine public, la possibilité d'employer librement des agents contractuels sous le régime des conventions collectives, l'assujettissement à une contribution libératoire dont le taux « *est calculé de manière à égaliser les niveaux de charges sociales et fiscales obligatoires assises sur les salaires entre France Télécom et les autres entreprises du secteur des télécommunications...* »

Pour l'électricité, à la suite de la directive du 19 décembre 1996, la loi du 10 février 2000 (supra, note 6) a dû permettre notamment l'octroi d'autorisations de production à des entreprises autres qu'Electricité de France, la possibilité pour les clients « *éligibles* » de conclure des contrats d'achat d'électricité avec des producteurs ou fournisseurs de leur choix, la dissociation au sein d'Electricité de France du réseau public de transport d'électricité, dont la gestion doit être indépendante de celle des autres activités de l'entreprise, la tenue d'une comptabilité séparée au titre respectivement, de la production, du transport et de

⁴⁴ directive 90/531 du 17 septembre 1990, reprise par la directive 93/38 du 14 juin 1993, et transposée par la loi du 11 décembre 1992.

⁴⁵ nouvel article L.32.1 -I et II du code des postes et télécommunications.

⁴⁶ v. notamment J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités », R.F.D.A. 1996.909 ; « La mise en oeuvre de la réforme des télécommunications », R.F.D.A. 1997.1115.

la distribution, ainsi que, le cas échéant, pour les autres activités. Les règles d'imputation, les périmètres comptables, les principes déterminant les relations financières entre ces activités doivent empêcher toute discrimination, subvention croisée ou distorsion de la concurrence.

Sans aller jusqu'à la séparation juridique des entreprises chargées l'une des infrastructures, l'autre de l'exploitation, comme ce fut le cas pour les transports ferroviaires avec la loi du 13 février 1997 créant Réseau ferré de France en entreprise distincte de la S.N.C.F., ces modalités sont destinées à garantir l'identification des différentes fonctions d'une même entreprise et à éviter les interférences.

Des autorités administratives indépendantes sont spécialement chargées de veiller au respect du régime nouveau ainsi établi : l'Autorité de régulation des télécommunications d'une part, la Commission de régulation de l'électricité de l'autre. Leur rôle s'ajoute à celui du Conseil de la concurrence, en relation avec lequel elles agissent le cas échéant.

C'est déjà un aménagement du principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence.

B. Les aménagements du principe de la soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence.

16. Si des aménagements sont nécessaires, ils tiennent aux missions particulières qui sont confiées aux entreprises publiques. Mais les entreprises publiques ne sont pas les seules auxquelles de telles missions puissent être confiées. Elles peuvent l'être aussi bien dans certains cas à des entreprises privées dans le cadre de relations particulières, notamment celles de la concession de service public, nouées avec les pouvoirs publics. C'est moins alors le statut d'entreprise publique en tant que telle qui justifie des aménagements du régime de la concurrence, que la mission particulière attribuée à des entreprises publiques : il se trouve que cette mission pèse souvent sur elles et que les aménagements leur profitent particulièrement. Mais ils peuvent aussi bien valoir pour des entreprises privées.

Certaines missions ne relèvent pas d'une activité de production ou de distribution de biens ou services : elles échappent logiquement au droit commun de la concurrence (1°). Même des activités de production ou de distribution peuvent répondre à des finalités telles que le droit de la concurrence ne peut pas s'appliquer pleinement (2°).

1) 17. Les activités autres que de production ou distribution de biens ou services présentent un caractère administratif qui, par principe, relève du droit administratif et exclut l'application des règles applicables aux entreprises. La jurisprudence reconnaît depuis longtemps qu'un même organisme peut remplir des fonctions administratives à côté de fonctions industrielles et commerciales et

en tire les conséquences quant au droit applicable et aux juridictions compétentes en cas de litige⁴⁷.

Il en est ainsi notamment des fonctions de police, qui, même si elles portent sur une activité économique, en en assurant la « régulation », sont inhérentes aux attributions de l'Etat et de ses démembrements. Tel est le cas pour la circulation aérienne⁴⁸, l'accès aux ports⁴⁹, ou encore le bon fonctionnement d'un marché de biens ou de services⁵⁰.

Le rôle propre des autorités publiques dans l'aménagement et l'utilisation du domaine public reste fondamentalement administratif. Il en est ainsi non seulement pour la réalisation des équipements et la mise à la disposition des usagers⁵¹, mais pour leur utilisation par les entreprises. Les mesures de gestion du domaine public restent donc des actes administratifs, dont le contentieux appartient, non aux autorités de concurrence et aux juridictions judiciaires, mais aux juridictions administratives. Le Tribunal des conflits l'a reconnu particulièrement à propos d'Aéroports de Paris : la décision de regrouper à Orly Ouest les activités du groupe Air France et de refuser à une autre compagnie l'ouverture d'une ligne à partir de cette aérogare constitue un acte administratif dont seule la juridiction administrative peut connaître⁵². De même la Cour de cassation considère que, la SEMMARIS (société d'économie mixte) s'étant vue confier la gestion du marché d'intérêt national de Paris Rungis sur un domaine public qui lui a été concédé, et se trouvant investie des pouvoirs d'administration et des prérogatives de puissance publique, sa décision de soumettre l'exploitation de distributeurs automatiques dans le périmètre du marché à une convention d'occupation et au paiement d'une redevance, constitue un acte de gestion du domaine public, dont l'appréciation relève du juge administratif et non du Conseil de la concurrence⁵³.

18. Ce n'est pas à dire que dans l'adoption de telles mesures les entreprises publiques n'aient pas à respecter le droit de la concurrence. On retrouve à ce sujet les mêmes exigences que celles qui pèsent sur les pouvoirs publics : pas plus que ceux-ci ne peuvent favoriser les entreprises, publiques ou non, ou les mettre en état d'abuser d'une position dominante (supra, n°12), les entreprises publiques, dans l'exercice des missions administratives qui leur sont confiées, ne peuvent méconnaître le droit de la concurrence. Le Conseil d'Etat l'a

⁴⁷ v. notamment T.C. 10 février 1949, Guis, Rec.590, à propos de l'Office national de la navigation.

⁴⁸ T.C. 23 février 1981, Crouzel et Chambre de commerce et d'industrie de Périgueux, Rec.631 ; A.J.D.A. 1981.603, concl. Galabert.

⁴⁹ C.E. Sect. 17 avril 1959, Abadie, Rec.239, concl. Henry.

⁵⁰ T.C. 24 juin, Société d'approvisionnement alimentaires et Société Distilleries bretonnes, Rec.801, concl. Gégout.

⁵¹ T.C. 13 décembre 1976, Epoux Zaoui, Rec.706 ; D. 1977.434, note Moderne.

⁵² T.C. 18 octobre 1999, Aéroports de Paris et Air France c/ TAT European Airlines, A.J.D.A. 1999.996, chr. Fombeur et Guyomar, et 1029, note Bazex. Sur les services d'escale, v. aussi C.A. Paris 23 février 1999, B.O.C.C.R.F. 18 février 2000, p. 65.

⁵³ Cass. com. 16 mai 2000, Chambre syndicale nationale de vente et services automatiques, D.A. juillet 2000, n°154.

particulièrement jugé à propos d'Aéroports de Paris pour l'attribution d'emplacements aux exploitants de location de voitures à Orly et Roissy : pour apprécier si un tel acte avait ou non violé les règles de concurrence formulées par l'ordonnance du 1er décembre 1986, il a décidé de recueillir l'avis du Conseil de la concurrence⁵⁴.

La constitution d'autorités de régulation distinctes des entreprises publiques peut mettre fin à la dualité des fonctions de ces dernières (v. note 10) et, les limitant à des fonctions industrielles et commerciales, de les soumettre entièrement au contrôle des autorités de concurrence. Mais, outre que cette séparation n'est pas toujours possible (notamment pour la gestion du domaine public), elle ne suffit pas à empêcher les aménagements du principe de soumission au droit de la concurrence.

2) 19. Car même les activités de production ou de distribution de biens ou de services peuvent faire l'objet de tels aménagements en raison de la nature du service auquel elles correspondent : service public, service d'intérêt économique général ou service universel.

Ce n'est pas le lieu ici de refaire la théorie de chacun d'entre eux et d'établir les relations qui les unissent ou les différencie qu'ils conservent⁵⁵.

20. On peut simplement rappeler que la notion de service public, essentiellement française, couvre les activités d'intérêt général prises en charge par les personnes publiques, selon des modalités diverses, et soumises à un régime spécial. Elle paraissait étrangère au droit communautaire. L'expression n'apparaît dans le traité de Rome qu'à l'article 77, pour admettre « *les aides... qui correspondent au remboursement de certaines servitudes inhérentes à la notion de service public* » (art. 73 dans la version consolidée après le traité d'Amsterdam). Elle se retrouve dans la directive du 19 décembre 1996 sur le marché intérieur de l'électricité, dont l'article 3.2 admet que « *les Etats membres peuvent imposer aux entreprises du secteur de l'électricité des obligations de service public, dans l'intérêt économique général, qui peuvent porter sur la sécurité, y compris la sécurité d'approvisionnement, la régularité, la qualité et les prix de la fourniture, ainsi que la protection de l'environnement* ».

Les textes nationaux y font systématiquement référence. La première loi du 26 juillet 1996 identifie les composantes du service public des télécommunications : « *a) le service universel des télécommunications... ; b) les services obligatoires de télécommunications... ; c) les missions d'intérêt général dans le domaine des télécommunications, en matière de défense et de sécurité, de recherche publique et*

⁵⁴ C.E. Sect. 26 mars 1999, Société EDA, Rec. 108, et 96, concl. Stahl.

⁵⁵ v. notamment Conseil d'Etat, « Service public, services publics : déclin ou renouveau ? », E.D.C.E. 1995, n°46, p. 13 ; « L'intérêt général », E.D.C.E. 1999, n°50, p.239 ; Le service public (rapport au Premier ministre, sous la direction de R. Denoix de Saint Marc), La documentation française, 1996 ; n° spécial de l'A.J.D.A. juin 1997 sur « Le service public. Unité et diversité » ; n° spécial de la R.F.D.A. 1995, sur « Le service public et la construction communautaire » ; G. Moire, « Le service universel ». A.J.D.A. 1997.246.

d'enseignement supérieur... » Celle du 10 février 2000 vise dans son titre même le "service public de l'électricité". Elle lui consacre tout son titre 1er. Son article 1er en définit l'objet (« garantir l'approvisionnement en électricité sur l'ensemble du territoire national, dans le respect de l'intérêt général ») par des formules essayant de le préciser. L'article 2 en identifie les missions (« le développement équilibré de l'approvisionnement en électricité, le développement et l'exploitation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ainsi que la fourniture d'électricité »), tout en renvoyant aux dispositions suivantes les conditions de sa réalisation. Pour les transports ferroviaires, les textes définissent moins le contenu du service public que les principes de celui-ci, au regard desquels la S.N.C.F. « a pour objet d'exploiter, d'aménager et de développer... le réseau ferré national » (loi du 30 décembre 1982, art. 18), et Réseau ferré de France, d'assurer « l'aménagement, le développement, la cohérence et l'infrastructure du réseau ferré national » (loi du 13 février 1997, art. 1er).

21. Des « *services d'intérêt économique général* », l'article 86.2 du traité de Rome (ancien article 90.2) fait état à propos des entreprises chargées de leur gestion. Par un nouvel article 16, le traité d'Amsterdam a reconnu « *la place qu'(ils) occupent... parmi les valeurs communes de l'Union ainsi que (le) rôle qu'ils jouent dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union* ».

La Cour de justice a eu l'occasion d'en reconnaître. Ses plus célèbres arrêts en la matière sont ceux du 19 mai 1993, Corbeau⁵⁶ et du 27 avril 1994, Almelo (v. note 13). Selon le premier, « *il ne saurait être contesté que la Régie des postes est chargée d'un service d'intérêt économique général consistant dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaire, sans égard aux situations particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle* ». Le second concernait une entreprise à laquelle avait été conférée « *par une concession de droit public non exclusive, la mission d'assurer la fourniture d'énergie électrique dans une partie du territoire national* ». La Cour a relevé « *qu'une telle entreprise doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique, sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients* ». Elle a prolongé cette analyse dans son arrêt du 23 octobre 1997, relatif à E.D.F. et G.D.F.⁵⁷, dont la Commission ne contestait d'ailleurs pas qu'elles « *peuvent être considérées comme des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général* ». Elle a admis elle-même la démonstration du gouvernement français sur l'existence d'obligations de service public à la charge de ces entreprises, à savoir les obligations de fourniture, de continuité de l'approvisionnement et d'égalité entre les clients et les abonnés.

⁵⁶ aff. C-320/91, Rec.I.2533, concl. Tesaurio ; A.J.D.A 1993.865, note Hamon.

⁵⁷ C.J.C.E. 23 octobre 1997, Commission c/ France, aff. C-159/94, A.J.D.A. 1997.991, note Hamon ; C.J.E.G. février 1998, notes Combrexelle, Lombart et Blanchard.

Apparaît ainsi d'ailleurs une coïncidence entre la notion de service public et celle de service d'intérêt économique général. Si tous les services publics ne sont pas « *d'intérêt économique général* » pour la raison qu'ils ne sont pas économiques (par ex. la justice, la police), les services d'intérêt économique général au sens communautaire sont sans doute tous des services publics au sens français.

22. Un recoupement, sinon une coïncidence, peut se rencontrer aussi avec le service universel. Celui-ci peut être défini comme le service de base, offert à tous à des prix abordables et dans des conditions de qualité raisonnable.

La loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications en offre un exemple. Elle établit aussi les relations avec le service public et l'entreprise publique.

D'une part, « *le service universel des télécommunications fournit à tous un service téléphonique de qualité à un prix abordable. Il assure l'acheminement des communications téléphoniques en provenance ou à destination des points d'abonnement, ainsi que l'acheminement gratuit des appels d'urgence, la fourniture d'un service de renseignements et d'un annuaire d'abonnés sous forme imprimée et électronique et la desserte du territoire national en cabines téléphoniques installées sur le domaine public. / Il est fourni dans des conditions tarifaires et techniques prenant en compte les difficultés spécifiques rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes en raison notamment de leur niveau de revenu ou de leur handicap* »⁵⁸.

D'autre part, il est une des composantes du service public des télécommunications (supra, n°20), et « *France Télécom est l'opérateur public chargé du service universel* »⁵⁹ - ce qui n'exclut pas que des opérateurs privés puissent accepter d'en être chargés aussi.

Le service universel peut être un service d'intérêt économique général et un service public. C'est ce qu'a jugé la Cour de justice dans un arrêt du 18 juin 1998⁶⁰ à propos des opérations de lamanage dans un port (amarrage des navires) : elles « *revêtent un intérêt économique général qui présente des caractères spécifiques par rapport à celui que revêtent d'autres activités économiques... en effet les lamaneurs sont tenus de fournir à tout moment et à tout usager un service universel de lamanage, et ce pour des raisons de sécurité dans les eaux portuaires... le service de lamanage... présente les caractéristiques d'un service public (l'universalité, la continuité, la satisfaction d'exigences d'intérêt public, la réglementation et la surveillance par l'autorité publique)* ». Il comporte un « *supplément de coût qu'implique le maintien d'un service universel* ». Cela a des conséquences sur le régime de la concurrence.

23. Les règles de concurrence auxquelles sont en principe soumises les entreprises publiques peuvent être altérées pour leur permettre de remplir les missions particulières dont elles sont chargées.

⁵⁸ art. L.35-1 nouveau du code des postes et télécommunications.

⁵⁹ art. L.35-2 nouveau du même code.

⁶⁰ Corsica Ferries France, aff. C-266/96.

C'est ce qu'admet explicitement l'article 86.2 (ex 90.2) du traité instituant la Communauté européenne. Après avoir affirmé le principe de leur application, il reconnaît que c'est « *dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'application en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie* ». Mais ces limites rencontrent elles-mêmes une limite : « *Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté* ».

Cela implique un délicat équilibre, que la Cour de justice a contribué à déterminer.

Dans l'arrêt Corbeau du 19 mai 1993 (v. note 56), elle juge qu'il est permis « *aux Etats membres de conférer à des entreprises qu'ils chargent de la gestion de services d'intérêt économique général, des droits exclusifs qui peuvent faire obstacle à l'application des règles du traité sur la concurrence dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux titulaires de droits exclusifs... L'obligation, pour le titulaire de cette mission, d'assurer ses services dans des conditions d'équilibre économique présuppose la possibilité d'une compensation entre les secteurs d'activités rentables et des secteurs moins rentables et justifie dès lors, une limitation de la concurrence, de la part d'entrepreneurs particuliers, au niveau des secteurs économiquement rentables* »⁶¹. Ces formules sont prolongées dans l'arrêt du 27 avril 1994, Almelo : « *il faut tenir compte des conditions économiques dans lesquelles est placée l'entreprise, notamment des coûts qu'elle doit supporter et des réglementations, particulièrement en matière d'environnement, auxquelles elle est soumise* ».

Ainsi, dans l'arrêt du 23 octobre 1997, Commission c/ France (v. note 57), la Cour n'a pas considéré que la France ait manqué à ses obligations communautaires en maintenant les droits exclusifs d'importation et d'exportation d'Electricité de France et de Gaz de France, « *par rapport aux obligations de service public dont le gouvernement français a démontré l'existence, à savoir les obligations de fourniture, de continuité de l'approvisionnement et d'égalité de traitement entre les clients ou abonnés* ».

Un supplément de prix par rapport au coût effectif de la prestation mais correspondant au supplément de coût qu'implique le maintien d'un service universel peut être imposé aux entreprises tenues de recourir au service (Corsica ferries, v. note 60).

Ce ne sont pas seulement des droits dérogatoires aux règles de la concurrence qui peuvent être ainsi reconnus au bénéfice des entreprises chargées d'un service (public, universel, d'intérêt économique général). Des contraintes pèsent sur

⁶¹ Dans un sens voisin C.J.C.E. 10 février 2000, Deutsche Post, aff. C-147 et C- 148/979 à propos du « repostage ».

elles, non seulement quant au service à remplir, mais quant à certaines modalités qui s'y ajoutent. Ainsi l'obligation pour les organismes d'H.L.M. de déposer leurs fonds à la Caisse des dépôts et consignations « *trouve sa justification dans l'accomplissement de leur mission* »⁶². Les tarifs de vente de l'électricité qui ne peuvent résulter du jeu de la concurrence sont fixés par voie administrative conformément à l'ordonnance du 12 décembre 1986⁶³ : ce n'est que la contrepartie de l'absence de concurrence.

24. Mais de telles exceptions doivent être limitées à ce qui est lié à l'accomplissement des missions particulières confiées à l'entreprise. « *L'exclusion de la concurrence ne se justifie... pas dès lors que sont en cause des services spécifiques, dissociables du service d'intérêt général* » (Corbeau)⁶⁴. L'entreprise ne peut faire payer des taxes sans tenir compte des compensations qui ont déjà pu être effectuées en amont (Deutsche Post, v. note 61).

Elle ne peut non plus être elle-même soumise à des charges sans rapport avec ses missions.

Car elle-même peut aussi réclamer le bénéfice du droit de la concurrence.

II. Les entreprises publiques et le bénéfice du droit de la concurrence

25. Pas plus qu'il n'est paradoxal de soumettre les entreprises publiques au droit de la concurrence, il ne l'est qu'elles en réclament l'application à leur profit : c'est encore leur qualité d'entreprise qui le justifie. Assurant, comme les entreprises privées, des fonctions de production et de distribution de biens ou de services, elles doivent, comme elles aussi, bénéficier du droit de la concurrence.

Cela implique qu'elles soient dans une situation d'égalité par rapport aux entreprises privées (A) et qu'elles puissent exercer un droit de concurrence (B).

A. L'égalité de concurrence au profit des entreprises publiques

26. On aurait tendance à penser que le jeu de la concurrence est faussé plus par les entreprises publiques, en raison de leur appartenance même au secteur public et du soutien des pouvoirs publics, que par les entreprises privées. C'est pourtant l'inverse qui peut se produire : les entreprises publiques peuvent se trouver dans une situation défavorable par rapport aux entreprises privées, soit en raison des missions particulières qui leur sont confiées (1°) soit même en dehors de telles missions (2°). Dans les deux cas, l'égalité doit être rétablie.

⁶² C.E. 24 avril 1992, Union nationale des fédérations d'organismes d'H.L.M., Rec. 191.

⁶³ art. 4 de la loi du 10 février 2000.

⁶⁴ arrêt Corbeau, à propos des services spécifiques répondant « *à des besoins particuliers d'opérateurs économiques et qui exigent certaines prestations supplémentaires que le service postal traditionnel n'offre pas, telles que la collecte à domicile, une plus grande rapidité ou fiabilité dans la distribution ou encore la possibilité de modifier la distribution en cours d'acheminement...* »

1) 27. Les missions particulières confiées à des entreprises publiques au titre d'un service (public, universel ou d'intérêt) sont plus pour elles des charges que des avantages. Il faut les mesurer et les compenser.

28. Leur identification peut s'améliorer avec l'obligation de tenir une comptabilité particulière de chaque type d'activité. Cette obligation n'a pas seulement pour effet d'éviter les financements croisés (supra, n°15). Elle permet de relever les coûts qui dépassent ceux de l'entreprise dans son activité normale de production ou de distribution de biens ou services. Le rapport NORA sur les entreprises publiques l'a souligné il y a près de quarante ans⁶⁵. Les textes ont systématisé la solution.

Ainsi, pour les télécommunications, « *les coûts imputables aux obligations du service universel sont évalués sur la base d'une comptabilité appropriée tenue par les opérateurs. Cette comptabilité est auditée (sic), à leurs frais, par un organisme indépendant désigné par l'Autorité de régulation des télécommunications* »⁶⁶. De même, « *les charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité... sont calculées sur la base d'une comptabilité appropriée tenue par les opérateurs qui les supportent. Cette comptabilité est contrôlée à leurs frais par un organisme indépendant agréé par la Commission de régulation de l'électricité* ». Le montant de ces charges est arrêté par les ministres chargés de l'économie et de l'énergie sur proposition de la Commission⁶⁷.

29. Cela permet leur compensation.

Ainsi la S.N.C.F. « *reçoit des concours financiers de la part de l'Etat au titre des charges résultant des missions de service public qui lui sont confiées en raison du rôle qui est imparti au transport ferroviaire dans la mise en oeuvre du droit au transport et de ses avantages en ce qui concerne la sécurité et l'énergie* ». Ces concours donnent lieu à des conventions conclues avec l'Etat⁶⁸. Ici c'est bien l'entreprise publique, et elle seule, qui reçoit une compensation, et celle-ci vient essentiellement de l'Etat (accessoirement des collectivités territoriales).

Si la Poste bénéficie d'un abattement égal à 85% du montant de ses bases d'imposition, c'est « *en raison des contraintes de desserte de l'ensemble du territoire national et de participation à l'aménagement du territoire qui s'impose à cet exploitant* » :: l'avantage fiscal n'est que la contrepartie des surcoûts pesant sur lui. Il n'est donc pas une aide contraire aux règles de la concurrence⁶⁹. Il ne fait que rétablir l'égalité de concurrence.

⁶⁵ La documentation française, 1968.

⁶⁶ art. L.35-3-1 du code des P. et T., issu de la loi 96-659 du 26 juillet 1996.

⁶⁷ art. 5 de la loi du 10 février 2000.

⁶⁸ art. 24.II de la loi du 30 décembre 1982, dans la rédaction que lui a donnée l'article 14.III de la loi du 13 février 1997 sur Réseau ferré de France.

⁶⁹ T.P.I. 27 février 1997, Fédération française des sociétés d'assurances, aff. T.106-95, Rec.II.229 ; C.J.C.E. 25 mars 1998, aff. C-174/97, Rec.I.1303. V. notamment J. Y. Chérot, « Financement des obligations de service public et aides d'État », *Europe*, mai 2000, p. 4.

S'agissant des télécommunications et de l'électricité, les lois de 1996 et de 2000 ont prévu respectivement la création d'un fonds de péréquation pour le service universel des télécommunications d'une part, pour le service public de la production d'électricité d'autre part. Chacun de ces fonds est géré par la Caisse des dépôts et consignations dans un compte spécifique. Il est alimenté par les contributions dues par les opérateurs (télécommunications) ou les producteurs (électricité).

Le système est remarquable, non seulement parce qu'il assure la compensation des charges du service, mais parce qu'il ne se limite pas, comme pour la S.N.C.F. et La Poste, à une entreprise publique et qu'il n'est pas financé par les collectivités publiques. D'une part, en effet, la rémunération des charges propres au service profite à toutes les entreprises, privées ou publiques, qui assurent le service. D'autre part, les contributions proviennent, non de l'État et autres collectivités publiques, mais des entreprises elles-mêmes. Il s'agit d'un système de péréquation.

L'égalité n'est pas assurée seulement par la compensation des charges pesant sur une entreprise publique, elle l'est par la péréquation de ces charges entre toutes les entreprises.

On a déjà relevé que les aménagements du régime de concurrence ne bénéficient pas aux entreprises publiques en tant que telles, mais en tant qu'elles exercent des missions pouvant aussi bien dans certains cas être assurées par des entreprises privées (supra, n°16). De la même manière, la compensation des charges pesant sur les entreprises publiques n'est pas propre à celles-ci. Elle joue aussi pour des entreprises privées.

Du moins dans tous les cas, les entreprises publiques sont-elles mises à égalité avec les entreprises privées.

2) 30. Elles doivent l'être aussi en dehors de missions particulières, soit qu'elles n'en aient pas du tout⁷⁰ soit que leur activité ne se limite pas à ces missions.

Air France, qui a été aux côtés d'Aéroports de Paris dans certaines affaires (supra note 52), s'y est opposée dans d'autres, précisément pour faire respecter l'égalité. Aéroports de Paris avait fixé le taux des redevances d'atterrissage des avions- cargos avec des abattements de 50% et 25% jusqu'à un certain tonnage - ce qui, compte tenu de l'importance du fret d'Air France à Roissy et Orly, entraînait pour elle un coût moyen supérieur de près de 50%. Dans un arrêt du 13 octobre 1999⁷¹, le Conseil d'Etat, tout en rappelant la possibilité de fixer des

⁷⁰ pour un exemple d'entreprise publique qui n'assure pas de service public, v. C.E. Sect. 27 octobre 1999, Rolin, C.J.E.G. 2000.24, concl. Daussun ; A.J.D.A. 1999.1008, chr. Fombeur et Guyomar, relatif à la Société française des jeux, société d'économie mixte : *"il ne résulte ni des dispositions législatives... ni des caractéristiques générales des jeux de hasard que la mission dont (elle) a été investie revête le caractère d'une mission de service public"*.

⁷¹ C.E. 13 octobre 1999, Compagnie nationale Air France c/ Aéroports de Paris, A.J.D.A. 2000.86, concl. Arrighi de Casanova.

tarifs différents en cas de différences de situations appréciables ou pour des considérations d'intérêt général, qui pouvaient jouer pour le développement des aéroports parisiens, a considéré qu'en l'espèce « *les modalités de modulations de ces redevances... induisent des écarts de charges entre les compagnies concernées au regard du service rendu qui, en raison de leur ampleur, ne peuvent être regardées comme limitées à ce que permettait, eu égard aux exigences du principe d'égalité, la prise en compte des considérations d'intérêt général invoquées* ».

La solution eût été exactement la même si la compagnie requérant avait été une entreprise privée. Elle reprend les mêmes motifs de principe que ceux qui ont été exprimés depuis longtemps pour les simples particuliers⁷².

Elle illustre bien la situation d'égalité dans laquelle les entreprises publiques doivent être par rapport aux entreprises privées.

Elle leur garantit la possibilité de les concurrencer.

B. Le droit de concurrence pour les entreprises publiques

31. La concurrence des entreprises publiques est, pour les entreprises privées, une cause de méfiance : elles sont toujours accusées de la fausser en raison de leurs liens avec les pouvoirs publics et des avantages qu'elles peuvent en tirer. Le groupe Peugeot-Citroën s'est ainsi plaint de la concurrence de Renault. Mais dès lors que les entreprises publiques sont soumises au droit de la concurrence, qu'elles exercent leurs activités dans les conditions du droit commun, à égalité avec les entreprises privées, elles devraient pouvoir les concurrencer. Cela a été soutenu pour les personnes publiques proprement dites⁷³. Cela devrait valoir a fortiori pour les entreprises publiques, qui sont d'abord des entreprises.

Il n'en existe pas moins des obstacles (1°) dont la levée (2°) conditionne l'exercice d'une pleine concurrence par les entreprises publiques.

1) 32. Les obstacles tiennent à leur spécialité et à leur spécificité.

La spécialité des entreprises publiques a parfois été niée⁷⁴ comme contraire à leur nature même d'entreprise. Elle n'en a pas moins été affirmée comme interdisant à l'entreprise publique de sortir de l'objet que ses statuts lui ont donné, quelle que soit sa nature.

⁷² C.E. Sect. 10 mai 1974, Denoyez et Chorques, Rec.274 ; A.J.D.A. 1974.298, chr. Franc et Boyon ; R.D.P. 1974.467, note Waline.

⁷³ M. Lombard, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », D. 1994, chr. 163 ; D. Truchet, « Les personnes publiques disposent-elles en droit français, de la liberté d'entreprendre? », D.aff. 1996, art. p. 731.

⁷⁴ notamment G. Dupiellat, « L'adaptation du principe de spécialité à l'évolution du secteur public », C.J.E.G. 1985.429.

Si elle est constituée sous forme d'établissement public, « *le principe de spécialité qui régit cet établissement lui interdit d'exercer des activités étrangères à (sa) mission* »⁷⁵. Ce rappel récent à propos de la R.A.T.P. prolonge les formules que le Conseil d'Etat avait utilisées à son sujet dans un avis du 15 juillet 1992⁷⁶ et à propos d'E.D.F. et G.D.F. dans celui du 7 juillet 1994⁷⁷ : « *Le principe de spécialité qui s'applique à un établissement public tel qu'E.D.F. et G.D.F. signifie que la personne morale, dont la création a été justifiée par la mission qui lui a été confiée, n'a pas de compétence générale au-delà de cette mission. Il n'appartient pas à l'établissement d'entreprendre des activités extérieures à cette mission ou de s'immiscer dans de telles activités* ». Ainsi a été censurée la prise de participation d'E.D.F. dans une société exerçant une activité d'ingénierie générale ne se rattachant ni directement ni par voie de connexité aux missions de cet établissement⁷⁸.

Le principe de spécialité ne s'impose pas moins aux entreprises publiques constituées sous forme de société. La Compagnie des Côteaux de Gascogne n'est donc pas en droit de concurrencer les ingénieurs-conseils pour l'établissement d'un barrage en Normandie⁷⁹.

33. La spécificité des entreprises publiques est particulièrement marquée lorsqu'elles sont constituées en personnes publiques. Alors même qu'elles exercent une activité industrielle et commerciale, leur personnalité publique entraîne des conséquences incompatibles avec les usages du commerce : les voies d'exécution du droit commun ne peuvent être dirigées contre elles⁸⁰ ; elles ne peuvent recourir à l'arbitrage⁸¹ ; elles bénéficient ex officio de garanties de la personne publique à laquelle elles sont rattachées⁸² ; mais elles ne peuvent être mises en faillite⁸³. Il ne s'agit pas nécessairement d'un avantage pour elles : la perspective de ne pas pouvoir utiliser les mécanismes usuels des relations industrielles et commerciales peut retenir des partenaires privés de s'engager avec une entreprise publique.

⁷⁵ C.E. 29 décembre 1999, Société Consortium français de localisation.

⁷⁶ E.D.C.E. 1992, n°44; p. 435.

⁷⁷ E.D.C.E. 1994, n°46, p. 409 ; C.J.E.G. 1994.1156, note Rodrigues.

⁷⁸ T.A. Paris 25 mai 1994, Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie, C.J.E.G. 1995.157, concl. Plouvin ; R.F.D.A. 1994.1168, note Rodrigues.

⁷⁹ C.E. 14 mars 1997, Compagnie d'aménagement des Côteaux de Gascogne, R.F.D.A. 1997.349, note P. Delvolvé.

⁸⁰ Cass lère civ. 21 décembre 1987, Bureau de recherches géologiques et minières, Bull. Civ. I., n°348, p.249 ; *Les grands arrêts...*, p.714.

⁸¹ C.E. Ass. 13 décembre 1957, Société nationale de vente des surplus, Rec.677 ; D.1958.517, concl. Gazier et note L'Huillier ; A.J.D.A. 1958.II.91, chr. Fournier et Braibant.

⁸² Cf le rapport annuel du Conseil d'Etat pour 1995 (E.D.C.E. 1995, n°47, p.219) à propos de l'établissement public créé pour servir de support au soutien financier apporté par l'Etat au redressement du Crédit Lyonnais : « la garantie de l'Etat à cet établissement découlera, sans disposition législative explicite, de la nature d'établissement public de l'organisme » ; V. D. Prétat, « L'aide de l'Etat à ses établissements publics : une aide incompatible avec le marché commun ? », L.P.A. 26 janvier 2000.

⁸³ par ex. C.A. Paris 15 février 199 1, Centre national des bureaux régionaux de fret, A.J.D.A. 1991.568, note Broussole ; Bull. Jol. 1991.427, note J.B. Auby.

Même lorsqu'elles sont constituées sous forme de sociétés privées, les entreprises publiques restent marquées par les contraintes résultant soit des contrôles particuliers exercés sur elles soit de la participation des représentants des personnes publiques à leurs organes d'administration.

Ce sont autant d'obstacles pour qu'elles se lancent pleinement dans la concurrence.

2) 34. Ils peuvent être surmontés par l'aménagement de la spécialité et l'abandon de la spécificité.

La spécialité peut être d'abord assouplie par l'interprétation des missions statutaires. Le Conseil d'Etat l'a dit dans ses avis. Elle « *ne saurait être interprétée comme... interdisant d'exercer... des activités qui sont le complément de la mission et qui présentent un intérêt direct pour l'amélioration des conditions d'exercice de celle-ci* » (v. note 76). Le principe de spécialité « *ne s'oppose pas par lui-même à ce qu'un établissement public, surtout s'il a un caractère industriel et commercial, se livre à d'autres activités à la double condition : - d'une part que ces activités annexes soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale... ou au moins connexes à ces activités ; - d'autre part que ces activités soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs de bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal* » (v. note 77). C'est ce qui a été admis par exemple pour l'activité de radiolocalisation exercée par la R.A.T.P. non seulement pour ses besoins propres, mais également pour ceux d'utilisateurs indépendants (v. note 75).

A fortiori un simple réaménagement des activités complémentaires que l'entreprise publique est déjà autorisée à exercer n'est pas contraire au principe de spécialité⁸⁴.

35. Pour aller plus loin, il faut une modification des dispositions statutaires, permettant à l'entreprise d'accéder à des domaines élargis par rapport à son activité principale.

Ainsi, la S.N.C.F., qui « *a pour objet : - d'exploiter, selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire sur le réseau ferré national ; - d'assurer, selon les mêmes principes, les missions de gestion de l'infrastructure ferroviaire...* », peut « *exercer toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à cette mission, ... créer des filiales ou prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes ayant un objet connexe ou complémentaire* »⁸⁵. Les mêmes formules se retrouvent dans les textes régissant

⁸⁴ C.E. 9 juillet 1997, Société Maison Balland Brugneaux, Rec.t.846-847 ; C.J.E.G. 1997.400 et R.F.D.A. 1998.53, concl. Bergeal.

⁸⁵ article 18 de la loi du 30 décembre 1982, modifié par l'article 14 de la loi du 13 février 1997.

Réseau ferré de France⁸⁶, La Poste et France Télécom⁸⁷. La R.A.T.P. s'est vue reconnaître la possibilité de constituer des filiales, sous forme de sociétés anonymes, pour construire ou exploiter des réseaux ou des lignes de transport en commun en dehors d'Ile-de-France⁸⁸.

36. En même temps, les entreprises publiques perdent de leur spécificité.

Les textes mêmes qui leur permettent d'étendre leur activité précisent que les filiales doivent avoir une gestion financière autonome et ne peuvent pas recevoir les concours financiers de l'Etat destinés aux missions de service public (v. notes 85 et 86).

Ils leur accordent la possibilité de recourir à l'arbitrage (S.N.C.F., R.F.F., La Poste, France Télécom).

Ils leur ouvrent la voie de la liberté économique⁸⁹.

37. Ils les transforment pour leur donner un statut de plus en plus proche de celui des entreprises privées. Si l'on a vu, avec la S.N.C.F., une société anonyme devenir un établissement public, c'est plutôt l'inverse qui se produit en général. Toute une gradation (certains diront une dégradation) s'est produite avec le passage du statut de régie à celui d'établissement public industriel et commercial, puis de celui d'établissement public industriel et commercial à celui de société anonyme (ex. de France Télécom, de la radio et de la télévision). Parfois une régie industrielle et commerciale a été directement transformée en société (Société nationale des poudres, Groupement des industries de l'armement terrestre).

38. Le stade suivant est celui de la privatisation : alors l'entreprise doit être soumise aux mêmes conditions de concurrence que les autres entreprises.

Mais ce n'est pas toujours entièrement le cas. Les entreprises privées peuvent elles-mêmes être l'objet d'aménagement de la concurrence en raison des missions particulières qui leur sont confiées, comme c'est le cas si ces mêmes missions sont attribuées à des entreprises publiques.

Cela prouve que la particularité des rapports entre les entreprises publiques et le droit de la concurrence tiennent moins au statut dont elles sont dotées qu'aux charges qui leur sont imposées.

Lorsque les entreprises publiques ne reçoivent pas de fonction particulière, elles doivent être pleinement soumises au droit de la concurrence, de même que,

⁸⁶ article 3 de la loi du 13 février 1997.

⁸⁷ article 7 de la loi du 2 juillet 1990.

⁸⁸ article ajouté à l'article 2 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 par la loi sur la solidarité et le renouvellement urbain.

⁸⁹ en ce sens notamment, C.E. 15 mars 1999, France Télécom, Rec.68 ; Juris PTT 1999, n°55, concl. Hubert, note Sanvee.

si les entreprises privées sont investies d'un rôle spécial, elles échappent en partie au droit de la concurrence.