

Management
public

Sous la direction de
Robert Holcman

Management public

DUNOD

Le pictogramme qui figure ci-contre mérite une explication. Son objet est d'alerter le lecteur sur la menace que représente pour l'avenir de l'écrit, particulièrement dans le domaine de l'édition technique et universitaire, le développement massif du photocopillage.

Le Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992 interdit en effet expressément la photocopie à usage collectif sans autorisation des ayants droit. Or, cette pratique s'est généralisée dans les établissements

d'enseignement supérieur, provoquant une baisse brutale des achats de livres et de revues, au point que la possibilité même pour

les auteurs de créer des œuvres nouvelles et de les faire éditer correctement est aujourd'hui menacée. Nous rappelons donc que toute reproduction, partielle ou totale, de la présente publication est interdite sans autorisation de l'auteur, de son éditeur ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC, 20, rue des Grands-Augustins, 75006 Paris).



© Dunod, 2014

5 rue Laromiguière, 75005 Paris
www.dunod.com

ISBN 978-2-10-071568-8

Photo de couverture : © scorcom - Fotolia.com

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a), d'une part, que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

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

Sommaire

Les auteurs	VII
Introduction	1
Chapitre 1 Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics (F. Colin)	5
Chapitre 2 Coopération, concurrence, imbrication du public et du privé (É. Campagnac) ...	33
Chapitre 3 Comptabilité et finances publiques (S. Damarey) ...	61
Chapitre 4 Les principes de la commande et de l'achat publics (P. Maraval)	89
Chapitre 5 Organisation et gestion des ressources humaines (F. Edel)	131
Chapitre 6 Performance, efficacité, contrôle et évaluation de l'action publique (S. Flizot)	165
Chapitre 7 Audit et contrôle internes dans le secteur public (I. de Francqueville)	223
Chapitre 8 Le management hospitalier (R. Holcman)	253
Chapitre 9 Management public et construction européenne (P. Bauby et M. M. Similie)	285
Table des matières	311

Les auteurs

Pierre BAUBY

Docteur en sciences politiques, Pierre Bauby est aujourd'hui enseignant et chercheur spécialisé sur les services publics et l'action publique, en France et en Europe. Expert auprès de l'Intergroupe services publics du Parlement européen et auprès du Comité économique et social européen, il est auteur en particulier de *Service public, services publics*, Documentation française, 2011 ; *L'eupéanisation des services publics*, Presses de Sciences Po, 2011 ; *Reconstruire l'action publique*, Syros, 1998 ; *L'État stratège*, Éditions ouvrières, 1991. Il est l'auteur, avec Mihaela M. Similie, des études *Mapping of the Public services in the European Union and 27 Member States*, 2010, *La fourniture de services publics de haute qualité en Europe sur la base des valeurs du Protocole 26 du Traité de Lisbonne*, 2012, du rapport sur *La gouvernance des services publics locaux en Europe*, dans le cadre du projet GOLD III, CGLU, 2013.

Élisabeth CAMPAGNAC

Élisabeth Campagnac, juriste, est titulaire d'un doctorat en urbanisme et d'une HDR en sociologie. Elle est Directrice de recherche au LATTs (Laboratoire Techniques, Territoires et société, commun à l'École des Ponts et à l'Université Paris-EST, UMR CNRS 8134). Ses travaux de recherche ont porté successivement sur : la stratégie industrielle et l'organisation des grands groupes de BTP ; la réforme des marchés publics et les transformations des systèmes d'acteurs de la construction, en France et en Europe ; les politiques publiques et le partenariat public/privé. Elle a mené, sur ces thèmes, de nombreuses recherches comparatives avec le Royaume-Uni. Elle a enseigné à Paris 1 Sorbonne-Panthéon (UFR de gestion), à l'École des Ponts ainsi qu'à University College London (Bartlett School of Graduate Studies), de 1995 à 2007. Elle a notamment publié, ou co-publié : *Citizen Bouygues* (avec Nouzille V.) Belfond 1987 ; *Les grands groupes de la construction : de nouveaux acteurs urbains ?*, l'Harmattan 1992 ; *Évaluer les partenariats public/privé en Europe*, Presses de l'École Nationale des Ponts et Chaussées, 2009.

Frédéric COLIN

Frédéric Colin est maître de conférences, habilité à diriger des recherches, en droit public (section 02) à Aix-Marseille Université, Faculté de droit et de science politique. Il est affecté au Centre de recherches administratives (EA 893) et responsable de la licence d'administration publique. Il enseigne diverses matières de droit public (droit public général, droit administratif, droit administratif des biens,

science administrative, droit de la fonction publique ; institutions administratives et juridictionnelles). Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages de droit public, dont un manuel de droit administratif (Economica), un mémento de droit de la fonction publique (Lextenso), un mémento de droit public économique (Lextenso), un manuel d'administration publique (Economica), et des ouvrages dans la collection « Les Carrés » chez Lextenso (droit administratif des biens ; grands arrêts de la jurisprudence administrative ; contentieux administratif ; droit public économique).

Stéphanie DAMAREY

Stéphanie Damarey est professeur agrégé de droit public. Successivement Directrice de l'Institut de Préparation à l'Administration générale de Lille et Vice-présidente de l'Université Lille 2, elle y enseigne les finances publiques et le contentieux financier.

Elle est l'auteur de plusieurs ouvrages (Éditions Gualino) consacrés aux finances publiques dans lesquels ces dernières sont abordées successivement en termes d'élaboration, d'exécution et de contrôle, offrant ainsi le panorama le plus large d'analyse de cette matière.

Elle est l'auteur de nombreux articles et commentaires en finances publiques et plus particulièrement en contentieux financiers (approche des compétences du juge financier que sont la Cour des comptes, les chambres régionales des comptes et la Cour de discipline budgétaire et financière). En collaboration avec le Professeur Vandendriessche, elle rédige une chronique de jurisprudence financière publiée par la Revue *Gestion et finances publiques*.

Frédéric EDEL

Frédéric Edel est chercheur au Centre d'expertise et de recherche administrative de l'École nationale d'administration (ENA), et rédacteur en chef adjoint de la Revue *française d'administration publique* (RFAP). Il est docteur en droit public et également titulaire d'un certificat d'aptitude à la profession d'avocat ainsi que d'une maîtrise de sciences politiques. Il est, par ailleurs, chargé d'enseignement en droit public à l'Université de Strasbourg (UDS), et membre de l'Institut international des droits de l'homme (IIDH).

Il est l'auteur de plusieurs ouvrages (tous publiés aux Éditions du Conseil de l'Europe, dont notamment *L'interdiction de la discrimination par la Convention européenne des droits de l'homme*, 2010) et articles en droit public. Ses publications portent sur les rapports entre pouvoirs publics et égalité ou non-discrimination sous différents aspects (dont notamment « Linéaments d'une théorie générale du principe d'égalité », *Droits* n° 49, 009), et particulièrement en matière de fonction publique (récemment : « Deux siècles de principe d'égalité aux emplois publics », *RFAP*, n° 142, 2012 ; « Les instruments juridiques de l'égal accès des femmes et des hommes aux emplois publics : depuis le droit à l'égalité jusqu'aux politiques d'égalité », *RFAP*, n° 145, 2013).

Stéphanie FLIZOT

Titulaire d'un doctorat en finances publiques, maître de conférences en droit public, titulaire de l'habilitation à diriger les recherches, Stéphanie Flizot a été directrice de l'Institut de préparation à l'administration générale de Paris X – Nanterre pendant cinq ans, puis rédactrice en chef adjointe de la revue *Gestion et finances publiques* pendant six ans. Ses publications portent tant sur les contrôles qui pèsent sur la gestion publique dans une perspective historique et comparative, que sur l'évolution du cadre juridique qui s'y applique, tant au niveau supra national (Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, et cadre européen), que national : pluriannualité, équilibre des comptes des administrations publiques, évaluation des politiques publiques, évolutions du cadre budgétaire et comptable... Elle assure un cours de M1 en gestion publique à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense (anciennement université Paris X – Nanterre), et a participé à plusieurs concours administratifs, notamment ceux de l'École nationale d'administration, comme examinatrice en finances publiques pour le concours externe, puis membre du jury pour le concours interne.

Isabel de FRANQUEVILLE

Isabel de Francqueville est conseiller référendaire à la Cour des comptes après avoir été commissaire de l'armée de l'air pendant treize ans. Diplômée de Sciences Po Bordeaux et de l'École du commissariat de l'air, elle est titulaire d'un diplôme d'études approfondies d'Histoire de la Défense militaire de l'Université de Montpellier et d'un diplôme de master en audit comptable et financier de l'Université Paris Dauphine. Avant de devenir magistrate à la Cour des comptes où elle réalise des enquêtes dans les domaines de la Défense et de l'Industrie, elle a été en charge des fonctions de contrôle de gestion et d'audit au sein du service du commissariat de l'air puis a été responsable du soutien financier et administratif de la base aérienne de Cognac. Elle a enfin participé à la mise en place du Centre d'audit des armées (CAA) et à la certification IFACI du centre qui a été le premier à l'obtenir au sein du secteur public. Elle assure des enseignements pour le compte de l'Institut français de l'audit et du contrôle internes (IFACI).

Robert HOLCMAN

Ancien élève de l'École nationale de la Santé publique, Robert Holcman, est directeur d'hôpital et exerce comme auditeur à la direction de l'inspection et de l'audit de l'AP-HP. Docteur en sciences de gestion, habilité à diriger des recherches et qualifié aux fonctions de professeur par le Conseil national des universités, il est professeur des universités associé à l'Institut d'études politiques de Bordeaux, après avoir enseigné au Conservatoire des Arts et Métiers et à Sciences Po Paris. Il est l'auteur de nombreux articles et ouvrages consacrés à la protection sociale et à l'hôpital. La nouvelle édition de son ouvrage, *Management hospitalier*, édité chez Dunod, paraît en janvier 2015.

Philippe MARAVAL

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, ancien élève de l'École des hautes études en santé publique, Philippe Maraval a poursuivi une carrière de directeur d'hôpital, qui l'a conduit à diriger le service des achats de l'Assistance publique-Hôpitaux de Paris de 2001 à 2011. Il est actuellement directeur des achats et des marchés de Pôle Emploi. Il est intervenant à l'ENA depuis 2003 sur le thème du management des achats publics. Il écrit régulièrement des articles sur le thème des achats et de la commande publique : « Épitaphe pour l'appel d'offres », *Contrats Publics*, n° 85, février 2009 ; « Favoriser les groupements d'achat public », *Contrats Publics*, n° 90, juillet-août 2009 ; « La réforme des achats centraux des Hôpitaux de Paris » *Contrats publics*, n° 101, juillet-août 2010.

Mihaela M. SIMILIE

Mihaela M. Similie a obtenu une licence en sciences administratives (1999) et un doctorat en droit (2007) en Roumanie, où elle a travaillé comme chercheuse en sciences administratives (1999-2008) et chargée de cours notamment en droit administratif et droit communautaire. Depuis 2008, elle participe à des recherches sur les services d'intérêt général et la politique de cohésion en Europe. Elle est conférencière associée à l'Université Paris 8. Elle est l'auteur, avec Pierre Bauby des études *Mapping of the Public services in the European Union and 27 Member States*, 2010, *La fourniture de services publics de haute qualité en Europe sur la base des valeurs du Protocole 26 du Traité de Lisbonne*, 2012, du rapport sur *La gouvernance des services publics locaux en Europe*, dans le cadre du projet GOLD III, CGLU, 2013.

Introduction

Robert Holcman

HORMIS quelques manuels de droit public économique qui ne couvrent pas – tant s’en faut – le champ du management public, les ouvrages en français consacrés au sujet sont rares, pour ne pas dire quasi inexistantes. Or sous le double effet de la contrainte budgétaire et de la complexité sans cesse croissante de la gestion publique, un manuel consacré au management public est indispensable.

Par un effet de balancier dont l’histoire est coutumière, la gestion publique a été parée de toutes les vertus avant que d’être ensuite vouée aux gémonies. L’incapacité des mécanismes internes du marché à régler la crise économique mondiale des années 1930 a accouché de la théorie keynésienne démontrant la nécessité de l’intervention de l’État pour revenir à une situation d’équilibre de plein-emploi. Puis, la longue période de stagflation consécutive aux deux chocs pétroliers de 1973 et 1979 a favorisé l’émergence de théories économiques remettant en cause l’efficacité de l’intervention de l’État – parfois même son rôle. Frédéric Colin retrace l’historique de la construction du service et du secteur public, délimite leur périmètre et montre que le service public, en tant que vecteur de cohésion économique et sociale, a trouvé à s’exprimer dans une diversité de structures – publiques et privés ; il rappelle et décrit l’extension et la contraction du secteur public par le biais des grandes vagues de nationalisations et de privatisations. Élisabeth Campagnac, quant à elle, nous remémore qu’historiquement les services publics ont été gérés par le secteur privé, par le biais de la concession, et que les communes ont élargi leurs compétences jusqu’à empiéter sur l’activité privée. Elle décrit les relations entre secteurs public et privé, qui s’articulent autour de la coopération, de la concurrence, et de l’imbrication, tout particulièrement depuis la création des partenariats public/privé.

L’organisation du public est enserrée dans des règles extrêmement contraignantes, tout particulièrement en raison du caractère public des ressources, et de leurs montants colossaux. En effet, comme l’argent public est à tout le monde... il n’est à personne, et donc bien plus susceptible d’être détourné ou mal employé. C’est la

raison pour laquelle les finances et les achats publics sont autant encadrés. Stéphanie Damarey décrit ainsi les grands principes budgétaires, les règles principales de la comptabilité publique. Elle dépeint les modalités d'adoption et d'exécution des budgets publics – de l'État, des collectivités territoriales et de leurs établissements, de la sécurité sociale. Philippe Maraval, lui, nous explique les fondements et les principes de la commande et de l'achat publics. Il dresse une typologie des différents types de marchés publics en expliquant les règles et les étapes de passation de ces derniers. Il expose les nouveaux enjeux de l'achat public, et les procédures d'achat groupé.

Le grand public, ou les personnes non averties s'étonnent parfois du terme même « Management public », comme si les institutions et les administrations publiques n'étaient que de grands paquebots quasiment ingouvernables, ingouvernés et non contrôlés. Or c'est l'inverse qui prévaut. Stéphanie Flizot retrace ainsi l'émergence des interrogations sur l'efficacité et l'efficience de l'action publique, pas toujours dénuée d'une remise en cause de cette dernière. Elle décrit les différentes modalités d'une gestion orientée vers les résultats. Elle montre les enjeux et les limites de la mesure de la performance de l'action de l'État et des autres acteurs publics. Elle dépeint les différentes formes d'évaluation de l'action publique. Isabel de Francqueville, de son côté, nous révèle l'émergence du contrôle interne et de l'audit dans le secteur public. Elle montre que ces concepts d'origine anglo-saxonne, ayant vocation à s'appliquer aux entreprises privées, se développent désormais dans les administrations publiques à partir de normes et de méthodes comparables, sinon identiques, à celles mises en œuvre dans le privé. Elle décrit les grandes étapes d'une mission d'audit dans un service public.

Quant aux agents publics, c'est justement parce qu'ils sont sous statut, assurés d'un emploi à vie, que le management est encore plus indispensable. Dans le public, ordonner signifie moins qu'ailleurs être obéi ; encore faut-il convaincre, faire adhérer, entraîner. Frédéric Edel décrit l'organisation et la gestion des ressources humaines dans les fonctions publiques – fonction publique d'État, fonction publique territoriale, fonction publique hospitalière. Il brosse les différentes étapes dans la carrière du fonctionnaire, et rappelle les droits, les obligations et la responsabilité des agents publics sous statut.

Dans la contribution consacrée au management hospitalier, on se rend compte que certaines composantes du service public recèlent, par leur activité propre, une complexité supplémentaire par rapport à celle d'autres secteurs du public. Ainsi, l'hôpital présente-t-il des caractéristiques particulières : un service public assuré à la fois par le public et le privé ; tous deux soumis aux instruments de la planification hospitalière ; la gouvernance de l'hôpital qui associe les médecins à la gestion ; la coexistence du public et du privé au sein des hôpitaux publics ; la certification des établissements ; un mode de financement innovant adossé à l'activité ; la diversité des personnels et de leur statut.

Enfin, le service et le secteur publics sont confrontés au défi de la construction européenne dont les règles viennent souvent heurter des concepts historiquement construits et fondateurs de l'organisation sociale française. Pierre Bauby et Mihaela

Similie resituent donc le management public dans le cadre de la construction européenne. Ils exposent la diversité des concepts de service public en Europe, le processus d'européanisation des services publics. Ils montrent que les rapports entre le droit communautaire – droit de la concurrence essentiellement – et les services publics ont été complexes et conflictuels ; de cette opposition sont nées différentes catégorisations de services universels qui concilient concurrence et préservation du service public.



Chapitre 1

Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

Frédéric Colin

PLAN DU CHAPITRE

1. Le service public	7
Le service public, vecteur de cohésion sociale	7
Le service public « à la française » sous influence européenne	14
2. Le secteur public	20
Fondements historiques du secteur public	20
L'entreprise publique comme élément structurant du secteur public	22
L'État actionnaire	24
3. Extension et contraction du secteur public	26
L'entrée dans le secteur public	27
La sortie du secteur public : la privatisation	29

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

1. LE SERVICE PUBLIC

Le service public est une activité d'intérêt général gérée par une personne publique, ou par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique. Il entretient depuis longtemps des points de contact avec l'économie.

Le service public, vecteur de cohésion sociale et économique

La conception classique du service public héritée de Léon Duguit, au début du XX^e siècle, identifie le service public comme une activité d'intérêt général, menée dans une perspective de cohésion sociale. Cette doctrine, très influente, et vraisemblablement à juste titre, a impliqué la « mise à part » du service public, qui bénéficiait du « privilège » de l'application du droit administratif, et de prérogatives de puissance publique. *A contrario*, toute application du droit privé semblait exclue.

Un choix discrétionnaire de mode de gestion de l'intérêt général

Toutes les solutions juridiques sont ouvertes aux collectivités publiques qui souhaitent gérer un service public :

- la régie directe du service public par la personne publique elle-même. Dans ce cas, le service n'a ni personnalité juridique ni autonomie financière : il fonctionne grâce au personnel de la personne publique, qui le finance via son budget (les ministères forment un exemple type) ;
- la régie autonome, dans laquelle le service dispose d'une simple autonomie financière (les recettes et dépenses figurent dans un budget annexe spécifique, équilibré) ;
- la régie « personnalisée », développée par les collectivités territoriales : le service est géré par une personne morale distincte créée par délibération de l'assemblée locale, dotée de l'autonomie financière. L'administration de la régie est de la compétence d'un conseil d'administration ; la régie est dotée d'un président du conseil d'administration et d'un directeur ;
- l'établissement public industriel et commercial (EPIC), personne publique dotée de la personnalité juridique soumise à un principe de spécialité d'intérêt général strictement délimité, est doté d'une assemblée délibérante, d'un exécutif, et se trouve sous la tutelle d'une autre personne publique (État ou collectivité territoriale). Comme grands EPIC, on peut citer : la SNCF, la RATP, l'Office national des forêts, Réseau ferré de France...
- la délégation de service public – généralement contractuelle dans le cadre de la délégation de service public industriel et commercial – à une autre personne

juridique (*cf. infra*). Le délégataire peut être une autre personne publique, du moment qu'elle ne contrevient pas aux règles de concurrence, ou une personne privée (qu'elle soit une entreprise publique ou non).

Une personne publique va, compte tenu des modes de gestion décrits ci-dessus, être amenée à mettre en place un système de relations juridiques afin de fixer les compétences de chacun. Pour ce faire, historiquement, trois modalités d'organisation ont été retenues.

La *concentration* (ou centralisation) tout d'abord, pratiquée sous l'Ancien Régime en France : il n'existe qu'une personne souveraine, le Roi, qui progressivement va incarner l'État. Une autorité unique de pouvoir, de type absolu, est compétente en toutes matières, à la fois pour administrer et juger. Le risque évident d'engorgement de ce système administratif a conduit à penser un correctif.

La *déconcentration* ensuite, consiste à répartir le pouvoir de décision administrative, dans le cadre d'une même personne publique (l'État), entre une autorité centrale et des représentants locaux de l'État central qui sont nommés, soumis à l'exercice du pouvoir hiérarchique, et répartis sur l'ensemble du territoire national au sein de circonscriptions administratives. Elle permet de conforter l'État unitaire, et notamment d'assurer l'unité de gestion du territoire national : toutes les administrations locales de l'État sont identiques, fonctionnent selon les mêmes principes, et incarnent l'indivisibilité de la République. Dans ce système, les services administratifs de l'État sont scindés en deux grandes catégories :

- les *administrations centrales*, qui ont vocation à agir sur l'ensemble du territoire, et sont en général situées à Paris (activités de conception, de réflexion) ;
- les *services déconcentrés*, qui exercent leur activité dans une circonscription d'action locale (région, département, canton, arrondissement, zone de défense...), et qui constituent des services de gestion. La déconcentration se développe aujourd'hui dans plusieurs directions principales : le budget, la représentation devant les tribunaux, la gestion du personnel, la prise de décisions administratives individuelles (par exemple, les nombreux agréments ressortissant à la compétence du préfet).

La *décentralisation*, enfin, est un système d'administration dans le cadre d'un État unitaire, qui consiste à attribuer à des collectivités territoriales, dotées de la personnalité juridique, le pouvoir de s'administrer librement dans le respect de la légalité. Elle a été largement initiée sous la III^e République (avec deux « grandes » lois : la loi du 10 août 1871 sur l'organisation du département, et la loi du 5 avril 1884 sur l'organisation de la commune, dite « charte municipale »). Mais c'est la V^e République qui met en application le principe constitutionnel de libre administration des collectivités territoriales (article 34 de la Constitution), via différentes « vagues » de décentralisation, initiées en mars 1982 et juillet 1983. La révision constitutionnelle du 28 mars 2003 conforte la décentralisation, en précisant qu'elle constitue un principe de base de l'organisation de la République (article 1^{er} de la Constitution).

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

Les communes, les départements et les régions s'administrent ainsi librement par des conseils élus (article 72 de la Constitution). La décentralisation s'exprime par quatre principes essentiels :

- la gestion de ses affaires propres par chaque collectivité territoriale ; soit une clause générale de compétence, soit une compétence d'attribution plus strictement délimitée par la loi (par exemple, la gestion du revenu de solidarité active, RSA, par le département) ;
- l'élection des autorités locales, qui donne une légitimité politique aux élus locaux (contrairement aux fonctionnaires nommés, dans le cadre de la déconcentration), et est par ailleurs renforcée par une réglementation de plus en plus stricte interdisant certains cumuls de mandats ;
- la personnalité juridique, ce qui confère aux collectivités territoriales des droits ainsi que des obligations spécifiques, exprimées par le biais d'organes propres (assemblée délibérante ; exécutif). Chaque collectivité territoriale a en conséquence un patrimoine propre, des biens, des agents, un budget propre, des droits, des obligations, et peut ester en justice.
- la soumission au contrôle de la légalité, exercé « *a posteriori* » (une fois l'acte pris par la collectivité territoriale) par le représentant de l'État (le préfet), qui peut après sa transmission à la préfecture, déférer l'acte administratif d'une collectivité territoriale au juge administratif (article 72 alinéa 6 de la Constitution) s'il l'estime illégal (il ne s'agit pas d'un contrôle d'opportunité, qui peut au contraire s'exercer dans le cadre de la tutelle).

La décentralisation permet la mise en place d'un interventionnisme économique local. Que ce soit dans le système centralisé ou déconcentré, ou décentralisé, l'administration fonctionne toujours sous l'autorité d'un chef de service qui dispose sur ses agents d'un pouvoir hiérarchique très puissant, ce qui conduit à lui reconnaître la faculté d'émettre des actes à caractère réglementaire pour garantir le bon fonctionnement du service sous sa responsabilité, comme des actes individuels de gestion : pouvoir de gestion du personnel, d'évaluation des subordonnés, de nomination, ou de sanction ; et pouvoir sur les actes de ses subordonnés : pouvoir d'instruction, d'annulation, ou de réformation. Le service public constitue le cœur de l'action de ce système administratif.

Service public industriel et commercial et économie

Le service public est un moyen de cohésion sociale du fait qu'il incarne ce que les gouvernants considèrent comme étant d'intérêt général, et nécessite donc une certaine mainmise sur l'activité considérée. Mais, du fait de la dichotomie juridique mise en place à partir de la Révolution, la doctrine, les juridictions et les gouvernants, en sont venus à considérer qu'il serait sans doute plus pertinent d'organiser les services publics autour de deux grandes catégories juridiques, dédiées à deux domaines d'intervention « philosophiquement » antagonistes : soit une activité de gestion purement administrative (comme pour les secteurs purement

régaliens – Défense, ordre public, diplomatie...), soit une activité qui au contraire peut « s'accommoder » d'une gestion privée, ne nécessitant donc pas en totalité l'application du droit administratif, dérogatoire au droit commun (le droit privé), car ressemblant à l'activité d'entreprises privées.

Notion de service public industriel et commercial

Assez rapidement, la doctrine a donc admis le fait que toute application du droit privé ne devait pas être exclue dans le cadre du service public. Le service public a en effet toujours développé une partie de son action au sein de la « gestion privée », se défaisant alors de ses prérogatives exorbitantes du droit commun, et étant alors soumis au droit privé.

C'est l'émergence d'une nouvelle catégorie de service public, distincte du service public administratif classique, qui va tout bouleverser. En effet, le service public industriel et commercial, consacré dans les années 1920, s'identifie par sa « ressemblance » avec l'entreprise privée¹. Ce critère s'identifie par la réunion d'indices cumulatifs, à savoir l'objet du service (opérations de production, de vente, de prestation commerciale), ses modalités de fonctionnement (par exemple l'existence d'une comptabilité), et la provenance des ressources du service (redevance d'usage perçue sur les usagers, au contraire du service public administratif financé préférentiellement par l'impôt).

Le succès de ce service public industriel et commercial « à la française » va être considérable, puisqu'il allie les avantages du droit public (moyens dérogatoires au droit commun lorsque c'est nécessaire) et du droit privé (souplesse de gestion : personnel de droit privé essentiellement, comptabilité commerciale, responsabilité de droit privé, financement au moins pour partie par l'utilisateur).

Le service public industriel et commercial doit néanmoins respecter l'ensemble des « grandes lois » communes à tous les services publics. Ainsi, le principe d'égalité impose de traiter de manière identique toute personne en relation avec le service dans une même situation, mais pas de traiter de façon différente des personnes dans des situations différentes. Le principe de continuité permet à l'autorité administrative d'encadrer spécifiquement le droit de grève des personnels, sachant que tous deux ont valeur constitutionnelle et doivent être conciliés, ce qui peut passer par l'instauration d'un service minimum ou la mise en place de certaines modalités du droit de grève. Enfin, le principe de mutabilité signifie que le service doit en permanence s'adapter aux exigences de l'intérêt général tel que déterminé par les pouvoirs publics. Cette juxtaposition de considérations de droit public et privé va conduire à certaines incompréhensions face aux impératifs européens en termes de libre concurrence.

1. Concl. Matter sur TC, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain, Rec., p. 91, D, 1921.III.1.

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

La nécessaire conciliation entre intérêt général économique et liberté économique

Ce sont les pouvoirs publics qui vont définir les relations entre l'intérêt général et le secteur purement économique, en fonction de circonstances géopolitiques et temporelles. Dans cette perspective, l'action publique économique est guidée par des grands principes, toujours alimentés par la réflexion révolutionnaire de 1789, mais sans cesse actualisés.

L'enjeu principal réside sans doute dans la problématique de la confrontation potentielle entre l'intérêt général que doit incarner le service public, et l'atteinte potentielle à la liberté économique des opérateurs privés, du fait des avantages juridiques dont il dispose (prérogatives de puissance publique).

Cet enjeu est plus précisément celui de l'obligation ou non pour le service public d'avoir à respecter la *liberté du commerce et de l'industrie*. Découlant du « décret » d'Allarde des 2-17 mars 1791, toujours applicable, cette liberté autorise toute activité économique non défendue expressément par les textes. En ce qui concerne les personnes publiques, elle revêt deux grandes dimensions : négative et positive.

Tout d'abord, elle est « négative » : elle oblige les pouvoirs publics à ne pouvoir entraver cette liberté des opérateurs privés que dans la stricte nécessité de préoccupations d'intérêt général. Elle contraint ainsi l'administration à ne pas pouvoir soumettre une activité à autorisation préalable si les textes ne le prévoient pas. Elle relève par ailleurs du domaine de la loi tel que déterminé par l'article 34 de la Constitution. La loi peut d'ailleurs y apporter des limites, qui vont de la nécessité de déposer une déclaration, jusqu'à l'autorisation préalable, ce qui peut s'expliquer par plusieurs considérations, comme la nécessité de lutter contre le trafic de substances prohibées, le contrôle de matières dangereuses... La loi ou la jurisprudence peuvent à l'inverse décider que telle ou telle activité à vocation économique bénéficiera de « privilèges » exorbitants du droit commun, du moment qu'une mission d'intérêt général est poursuivie par l'opérateur concerné (par exemple, l'occupation privative du domaine public).

Cette liberté du commerce et de l'industrie est par ailleurs un principe « positif » de limitation de l'action des pouvoirs publics, lorsqu'ils souhaitent intervenir dans l'économie. Cette forme d'action publique a toujours fait question en France, puisque la théorie classique du service public déconnectait clairement la vocation administrative du service public de la sphère économique. Le Conseil d'État s'en était fait l'écho lorsqu'il subordonnait l'action économique des collectivités territoriales à la preuve de circonstances « exceptionnelles », puis, assouplissant sa jurisprudence, à des circonstances « particulières » de temps et de lieu². Autrement dit, il fallait une *carence*, soit quantitative, soit qualitative, pour que l'intervention soit admise. Finalement, le juge va adopter une position plus conciliante, et indique dans sa jurisprudence contemporaine que :

2. Conseil d'État, 30 mai 1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers.

« Les personnes publiques sont chargées d'assurer les activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies et bénéficient à cette fin de prérogatives de puissance publique ; en outre, si elles entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci. »

De plus, le juge a précisé que « ni la liberté du commerce et de l'industrie, ni le droit de la concurrence ne font obstacle à ce qu'elles décident d'exercer elles-mêmes, dès lors qu'elles le font exclusivement à cette fin, les activités qui découlent de la satisfaction de ces besoins, alors même que cette décision est susceptible d'affecter les activités privées de même nature ».

La *liberté d'entreprendre* est à la fois une liberté fondamentale pour le juge administratif, et une liberté constitutionnelle, tirée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon laquelle la liberté « ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». Certaines limitations peuvent cependant, là encore, y être apportées, du moment qu'elles sont « liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général, à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi. »

Enfin, la *liberté de la concurrence* a fait une apparition remarquable dans le champ de l'action publique économique. Il s'agit en effet d'un bastion traditionnel du droit privé ; on ne pensait pas pouvoir l'appliquer aux personnes publiques. Mais l'évolution juridique consécutive à l'insertion du droit de l'Union européenne en droit interne devait bouleverser les choses. Le basculement a eu lieu à la fin des années 1990 lorsque le Conseil d'État a considéré que les actes de dévolution des services publics pouvaient dorénavant être contestés sur le fondement de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (aujourd'hui codifiée dans le code de commerce), relative à la liberté des prix et de la concurrence. C'est l'interdiction des ententes et des abus de position dominante qui est faite aux personnes publiques, au regard du droit écrit de la concurrence, plutôt que d'une « liberté » de la concurrence qui serait non écrite (d'ailleurs, le Conseil d'État a refusé de transmettre une question prioritaire

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

de constitutionnalité³, au Conseil constitutionnel sur la prétendue violation de cette liberté).

Le respect de la concurrence par le service public

La progression de l'intégration européenne (Acte unique européen de 1986 ; libéralisation des services publics marchands depuis 1996) a interrogé le modèle français du service public, notamment dans sa relation à l'économie, et à la concurrence. Elle implique en effet de vérifier s'il est possible de distinguer, au sein de l'activité d'un service public, des activités qui seraient concurrentielles, et d'autres, non. L'interrogation qui surgit alors est celle de la compatibilité ou non entre concurrence et missions de service public. La problématique tourne principalement autour des aides publiques, prohibées par le droit de l'Union européenne : l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) dispose en effet que :

« Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États membres ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. »

Autrement dit, sont interdites les subventions croisées⁴, ou plutôt « déguisées », de l'État en faveur des entreprises publiques. Une exception est néanmoins admise : celle permettant de compenser les obligations de service public qui pèsent sur certaines entreprises publiques dans un but d'intérêt général. La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) applique en la matière le critère de « l'investisseur en économie de marché », ou de l'investisseur « avisé », très strict pour les entreprises publiques, puisqu'une opération de recapitalisation sera ainsi qualifiée d'aide (prohibée), dès lors que l'entreprise bénéficiaire n'aurait pas pu se procurer des avantages équivalents sur le Marché, et dans la mesure où l'opération ne s'inscrit pas dans une procédure globale de restructuration.

Cependant, la CJUE admet des compensations du surcoût lié à l'accomplissement d'obligations de service public, à condition que cela soit assimilable au besoin « une entreprise moyenne bien gérée pour assurer le service prévu et en tirer un

3. La « question prioritaire de constitutionnalité » est le droit reconnu à toute personne qui est partie à un procès ou une instance de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit. Si les conditions de recevabilité de la question sont réunies, il appartient au Conseil constitutionnel, saisi sur renvoi par le Conseil d'État et la Cour de cassation de se prononcer et, le cas échéant, d'abroger la disposition législative. La question prioritaire de constitutionnalité a été instaurée par la réforme constitutionnelle du 23 juillet 2008.

4. Subvention destinée en principe à financer une activité de service public mais permettant en réalité de minorer les coûts de produits ou de services vendus sur un marché soumis au droit de la concurrence.

profit raisonnable⁵ ». Cette position explique notamment la création de l'Agence des participations de l'État (cf. infra), qui doit s'assurer de la conformité de la politique d'actionnariat de la France vis-à-vis de l'Union européenne.

Diverses entreprises publiques françaises ont fait les frais de la politique européenne. On peut notamment évoquer le cas de La Poste qui, avec l'ouverture du secteur postal à la concurrence, a été obligée de modifier son statut juridique (d'exploitant public à société anonyme), et surtout, a suscité une jurisprudence intéressante de la CJUE, précisant qu'un avantage fiscal pouvait compenser une obligation de desserte du territoire.

Le service public « à la française » sous influence européenne

La notion de service public industriel et commercial ne coïncide pas avec celle d'entreprise publique utilisée par l'Union européenne, qui ne s'intéresse pas tant à l'organisation statutaire des organes agissant sur le Marché, qu'à l'effet qu'ils y développent. Elle ne peut pas non plus être assimilée à celle de service d'intérêt économique général développée par l'UE.

En effet, le service public s'est construit en France autour de la référence à l'intérêt général, de façon largement déconnectée à l'économie, dans une conception plus purement juridique. Il n'est donc pas foncièrement étonnant que le droit de l'Union européenne, alimenté par d'autres traditions, et une vocation économique, ne consacre pas la même notion. Mais cela n'interdit pas des points de jonction.

Le service public « à la française » saisi par le droit de l'Union européenne

C'est essentiellement le service public industriel et commercial qui a engendré des difficultés, face à l'ouverture à la concurrence commandée par le droit de l'Union européenne.

L'incorporation de l'intérêt général

Le droit de l'Union européenne aura fait parfois cruellement comprendre à la France que « son » service public ne pouvait plus se concevoir comme dissocié de l'économie réelle. Les grands opérateurs historiques de services publics « de réseau » comme La Poste, France Télécom, EDF, GDF, la SNCF ont dû passer sous les fourches caudines des traités communautaires (aujourd'hui du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE), et des multiples directives ouvrant

5. Cour de justice des communautés européennes, 24 juillet 2003, affaire C-280/00, Altmark Trans.

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

toute activité économique à la concurrence, notamment, pour ce qui nous intéresse, les marchés publics ou les délégations de service public : par exemple, l'adoption le 15 janvier 2014 par le Parlement européen de directives relatives à la passation des marchés publics (secteurs classiques et spéciaux) et à l'attribution des contrats de concession (directive du 26 février 2014), qui rapprochent le droit de l'Union européenne du droit français. Le droit de l'Union européenne, tant originaire que dérivé⁶, se caractérise en effet par sa *primauté* sur le droit interne. Il a longtemps été perçu comme un droit de la confrontation, face à un service public « à la française » intervenant hors champ économique. Le « service public » est ainsi une référence émergente du droit de l'Union européenne.

Les conceptions française et de l'Union européenne ne doivent pas être considérées comme inconciliables. La concurrence n'est en effet pas une fin en soi pour l'Union européenne, mais le meilleur moyen pour parvenir à une régulation efficace du secteur marchand. La reconnaissance de préoccupations tenant à l'intérêt général a en réalité toujours été présente, mais pas toujours comprise⁷.

Mais le « métissage » juridique a ses limites, et le juge administratif rappelle parfois aux acteurs de la régulation que la construction des réseaux a engendré, en France, l'élaboration de solutions juridiques innovantes, notamment contractuelles, susceptibles de conduire à des tarifications bien spécifiques.

La mise en place d'organes de régulation

La reconfiguration du rôle de l'État passe par une nouvelle dimension, de *régulation* économique. L'État est désormais considéré comme susceptible d'intervenir, mais de manière raisonnée, dans le but de maintenir ou de rétablir une situation économique considérée comme souhaitable et réalisable à un moment donné (dimension conjoncturelle mais aussi dans le long terme). Il ne s'agit pas de faire disparaître la réglementation, mais de la réformer pour détacher l'État de la gestion directe de l'économie, et empêcher la constitution ou le maintien de structures empêchant une concurrence effective. L'État doit se cantonner dans un rôle de définition des très grandes lignes d'une politique nationale. Il laisse à d'autres opérateurs la fonction d'encadrer l'activité économique : autorités administratives indépendantes essentiellement (par exemple, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, ARCEP), solution dorénavant perçue comme

6. Le droit européen originaire (ou primaire) est composé des différents traités adoptés ; le droit dérivé procède lui de l'ensemble des actes pris par les institutions européennes conformément à ces traités (règlements, directives et décisions).

7. La question de l'incorporation de la notion de service public dans le droit européen est traitée dans la contribution de Pierre Bauby et Mihaela Similie, « Management public et construction européenne », page 285.

protégeant davantage l'indépendance de chaque secteur, et certaines libertés économiques⁸.

Le champ d'action économique s'est considérablement diversifié et complexifié avec le temps. L'action économique des pouvoirs publics se trouve désormais toujours en tension : entre le court terme de la vie économique, et le moyen ou long terme de l'action publique. Plutôt que d'agir directement, l'État a préféré prendre du recul pour se spécialiser dans la régulation, à savoir la définition de très grandes orientations, et le contrôle de leur exécution. On a ainsi créé de nouvelles *autorités administratives indépendantes* (AAI) destinées à garantir à l'avenir que les acteurs structurant l'économie se plient à des règles de prudence essentielles, pour ne pas impacter le devenir de l'ensemble de la société.

Ainsi, l'*autorité de contrôle prudentiel et de résolution* (ACPR), autorité indépendante, adossée à la Banque de France, est l'organe de supervision français de la banque et de l'assurance, en charge de l'agrément et du contrôle des établissements bancaires et des organismes d'assurance.

De même, l'*Autorité des Marchés Financiers* (AMF) est aussi un acteur majeur du dispositif de régulation économique. Autorité publique indépendante dotée de la personnalité morale, elle a été créée par la loi du 1^{er} août 2003 relative à la sécurité financière, et remplace la Commission des Opérations de Bourse.

Délégation de service public

La délégation contractuelle de service public est un moyen très ancien d'association du secteur privé à l'action publique. Dès l'Ancien régime, de grands aménagements ont été réalisés par ce biais (par exemple, le creusement des grands canaux). C'était, avant l'heure, une véritable politique de « partenariat » qui était mise en œuvre.

Après une longue période d'indétermination juridique, et un encadrement par la jurisprudence, la loi est intervenue, pour donner la définition suivante de la délégation de service public (DSP) :

C'est « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service⁹. »

La prise de risque économique du contractant est essentielle dans l'identification de la DSP.

Il existe un avantage évident dans le choix de la voie de la DSP : le délégataire de service public est sélectionné *intuitu personae* par l'administration, du moment que le principe d'égal accès à la commande publique est respecté. Les délégations de

8. Voir le dossier consacré à « L'indépendance des autorités de régulation économique et financière : une approche comparée », *Revue française d'administration publique*, 2012/3, n° 143, 286 p.

9. Article 38 de la loi dite « Sapin » du 29 janvier 1993 pour l'État, et article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales, pour les collectivités territoriales.

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

service public des personnes morales de droit public sont soumises par l'autorité délégante à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes¹⁰. La DSP est une catégorie de contrat qui englobe la concession de *service public*, qui en est l'exemple type, et se caractérise par la prise en charge par le concessionnaire des frais d'exploitation et d'entretien exigés par le service mais aussi des investissements, souvent lourds, ce qui va conduire à des contrats de longue durée. La concession du viaduc de Millau en est une illustration.

L'administration dispose d'un droit de direction et de contrôle, qui lui permet de donner des instructions à son cocontractant, ou de lui demander des renseignements, sous peine de sanctions (pécuniaires, ou coercitives : substitution, mise en régie, exécution temporaire aux risques du cocontractant).

L'administration a aussi le droit de modifier unilatéralement le contenu, l'étendue ou la durée des obligations du cocontractant, même en l'absence de dispositions contractuelles. Elle peut même aller jusqu'à résilier prématurément le contrat dans l'intérêt général. Mais elle ne peut pas apporter de changements à l'objet du contrat altérant « sa substance, son essence », ce qui serait contraire aux exigences de la loyauté contractuelle.

On précisera simplement que le droit de l'Union européenne encadre de plus en plus précisément la concession de service public. Il ne pouvait en être autrement puisqu'on estime à environ 60 % des contrats du secteur public ceux mettant en œuvre des concessions. L'Union européenne tend à unifier le droit des concessions de service et de travaux publics, et à les rapprocher avec le droit des marchés publics. Deux directives en date du 26 février 2014 viennent de renouveler le domaine : l'une relative à la passation des marchés publics (secteurs classiques et spéciaux), et l'autre relative à l'attribution des contrats de concession. Elles tendent à faciliter l'accès des petites et moyennes entreprises (PME) aux marchés publics, en simplifiant les dossiers de candidatures, et développant la dématérialisation. Une nouvelle procédure de « partenariat d'innovation » permet de s'associer à une entreprise afin de développer et d'acquérir ensuite des services innovants. Enfin, le contrat de « concession de services » fait désormais l'objet d'une définition : il s'agit d'un « contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux à un ou plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ». Les États membres ont 24 mois pour transposer ces directives.

10. La question de la commande et des marchés publics est traitée dans la contribution de Philippe Maraval, « Les principes de la commande et de l'achat publics », page 89.

La protection interne de la concurrence

L'incorporation de l'action économique des personnes publiques au sein du droit de la concurrence complique le paysage juridictionnel français : ce n'est ainsi pas parce que le service public est en cause qu'il relèvera de la compétence du juge judiciaire ; mais c'est le juge administratif qui lui appliquera les règles tirées du code de commerce.

Sur le fond du droit applicable, on notera simplement que les entreprises publiques, les opérateurs de service public quels qu'ils soient, doivent bénéficier mais aussi respecter la liberté des prix et de la concurrence telle qu'elle est consacrée aujourd'hui par le code de commerce (après codification de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986), sous le contrôle de l'Autorité de la concurrence, qui a pour mission de veiller au libre jeu de la concurrence, et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international (article L. 461-1 du code de commerce). Ses pouvoirs sont considérables : elle est consultée par le gouvernement sur les projets de texte de sa compétence, par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles ; elle donne un avis sur toute question de concurrence ; elle est saisie par le ministre de l'économie d'ententes, de concentrations, de position dominante ou d'abus de dépendance économique.

En tout état de cause, comme l'a précisé clairement la jurisprudence, toute action publique ayant des répercussions économiques est susceptible d'être soumise au droit de la concurrence. Au-delà des contraintes techniques, qui ne seront pas abordées dans cette contribution, on retiendra le principe :

Si les personnes publiques « entendent, indépendamment de ces missions, prendre en charge une activité économique, elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence ; qu'à cet égard, pour intervenir sur un marché, elles doivent, non seulement agir dans la limite de leurs compétences, mais également justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ; qu'une fois admise dans son principe, une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans laquelle se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le même marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci¹¹. »

Le soutien des acteurs économiques et l'introuvable notion d'aide publique

Plutôt que d'intervenir directement, les pouvoirs publics, conscients des limites de l'exercice, préfèrent dorénavant substituer aux politiques traditionnelles de direction de l'économie, une action de régulation de l'action des opérateurs économiques, plus incitative.

Si l'État a bien assimilé le fait qu'il ne peut plus intervenir directement dans l'ensemble des secteurs économiques, il n'a pas renoncé à orienter le secteur privé

11. Conseil d'État, 3 mars 2010, département de la Corrèze, préc.

1 • Périmètre, champ et diversité du service et du secteur publics

via des politiques complexes d'aides publiques. On compte ainsi environ 4 500 dispositifs d'aide, chiffre qui engendre une certaine perplexité, et qui a motivé la création d'un site internet dédié, géré par le ministère de l'économie¹².

La définition de l'aide publique ne fait pas l'objet d'une définition unique par la loi. C'est donc la doctrine qui a formalisé le concept, retenant plusieurs critères de l'aide publique, toutefois délicats à combiner. Il doit s'agir d'un avantage individualisé octroyé à un opérateur économique par une personne publique (ou une personne sous son contrôle), dans un but d'intérêt général, sans contrepartie directe, ce qui ne correspond donc pas à l'attitude normale d'un actionnaire.

L'aide publique peut dès lors se révéler d'une grande hétérogénéité. Il peut s'agir d'un abondement financier direct – par le biais d'une subvention (qui fait l'objet d'une définition dans la loi sur l'économie sociale et solidaire¹³) ou d'une prime... – ou indirect (en recourant à une exonération) ; il peut s'agir aussi d'un droit exclusif (monopole) ou spécial (prérogatives de puissance publique). Elle peut prendre juridiquement la forme d'un acte unilatéral (via une prime de droit si certaines conditions sont réunies), ou contractuel (au travers d'une convention d'objectifs obligatoire pour toute subvention supérieure à 23 000 euros). Les structures responsables de l'instruction et du versement des aides sont très nombreuses. Ainsi, l'État et les collectivités territoriales utilisent souvent des « Fonds », présentant l'intérêt d'extraire de leur budget les aides, de les « débudgétiser » : c'est le cas, par exemple, du Fonds national d'aménagement et de développement du territoire (FNADT). BPI France (créée par la loi du 31 décembre 2012) gère ainsi de nombreux fonds, ce qui peut permettre de pallier une certaine légèreté de ses moyens financiers¹⁴.

L'encadrement des aides publiques

L'administration qui verse l'aide est la première intéressée au contrôle de l'utilisation des aides. Le contrôle interne des aides publiques appartient, pour celles versées par l'État, au ministre de l'Économie en principe.

Ceci étant, la pratique a montré une insuffisance du contrôle administratif des aides versées. C'est en grande partie via le droit de l'Union européenne, que le contrôle des aides a progressé. En vertu de l'article 107.1 du TFUE, est en effet consacré le principe d'une interdiction des aides nationales aux entreprises, dans la mesure suivante :

12. <http://www.economie.gouv.fr/aides-aux-entreprises>.

13. « Constituent des subventions les contributions facultatives de toute nature, sous forme pécuniaire ou en nature, dont le montant est évalué dans l'acte d'attribution, attribuées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la conduite d'une action ou au financement de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions ou activités sont initiées, définies et mises en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires. »

14. Chan-Tung L. (2013), « La mise en place de la Banque publique d'investissement », *AJDA*, 2013, p. 2011.