

IGPDE – Préparation au concours de l'INSP – Droit public

Séance 19

La régulation économique

I. Brève histoire de la structuration de l'action publique économique

I.A. L'acquis de la Révolution française : liberté du commerce et de l'industrie et droit de propriété

- ◆ **Loi des 2-17 mars 1791 (dite « loi d'Allarde »)** portant suppression de tous les droits d'aides, de toutes les maîtrises et jurandes et établissement des droits de patente.

« Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix, et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits. » (art. 7)

- ◆ **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.**

« Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression. » (art. 2)

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » (art. 4)

« La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. » (art. 17)

I.B. L'expérience limitée d'une économie dirigée durant le XX^e siècle

- ◆ **Charte du travail du 4 octobre 1941 (déclarée nulle à la libération par une ordonnance du 27 juillet 1944 relative à la liberté syndicale)**

« Les activités professionnelles sont réparties entre un nombre déterminé, de familles industrielles ou commerciales. Ces familles, et les professions qui les composent, sont organisées dans les conditions générales fixées par la présente loi en vue de gérer en commun les intérêts professionnels de leurs membres de toutes catégories et d'apporter leur concours à l'économie nationale, selon les directions des Pouvoirs publics. » (art. 1^{er})

- ◆ Ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 relative aux prix
 - « Les prix de tous les produits et services sont et demeurent bloqués, soit au niveau qu'ils avaient atteint au 1^{er} septembre 1939, soit au niveau qui résulte des décisions prises depuis cette date. » (art. 16)
- ◆ Projet de constitution du 19 avril 1946 (rejeté par référendum)
 - « Le droit de propriété ne saurait être exercé contrairement à l'utilité sociale. » (art. 36)
- ◆ **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**
 - « Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »
- ◆ **CC, 1982, Lois de nationalisation**
 - « 13. Considérant que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ;
 - « 14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités.
 - « 15. Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946 .
 - « 16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté

qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ; »

◆ **Art. 1^{er} du premier protocole additionnel à la Conv. EDH (« 1P1 »)**

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

« Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les États de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

◆ **CÉ, 1951, Daudignac**

« Vu la loi des 2-17 mars 1791 ; [...]

« Considérant que [...] le maire, qui tient de l'art. 97 de la loi du 5 avr. 1884, le pouvoir de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux inconvénients que ce mode d'exercice de la profession de photographe peut représenter pour la circulation et l'ordre public [...] ne saurait, sans [...] porter atteinte à la liberté de l'industrie et du commerce garantie par la loi, subordonner l'exercice de ladite profession à la délivrance d'une autorisation ; »

I.C. La confirmation d'un ordre économique d'inspiration ordolibérale depuis les années 1980

◆ **Acte unique européen, signé le 17 février 1986**

◆ **Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence (codifiée au livre IV du code de commerce)**

« L'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 est abrogée. Les prix des biens, produits et services relevant antérieurement de ladite ordonnance sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. » (art. 1^{er})

◆ **Loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques (« loi Sapin 1 »)**

◆ **CC, 1989, Modalités d'application des privatisations**

« 5. Considérant que la liberté d'entreprendre n'est ni générale, ni absolue ; qu'il est loisible au législateur d'y apporter des limitations exigées par l'intérêt général à la condition que celles-ci n'aient pas pour conséquence d'en dénaturer la portée ; »

II. L'intervention des personnes publiques agissant comme acteurs sur le marché de la production de biens et services publics

II.A. Le législateur dispose d'une grande liberté dans la création et le choix du mode de gestion des services publics

Sur les relations entre nationalisation, activité de service public et caractère de droit public

- ◆ CÉ, 1999, *Rolin*
- ◆ **CÉ 1938, Caisse primaire Aide et protection**
- ◆ **CÉ, 1942, Montpeurt**
- ◆ **CÉ, 1943, Bouguen**
- ◆ CÉ, 1974, *Fédération des industries françaises d'articles de sport*

Sur la compétence du législateur

- ◆ **Article 34 de la constitution du 4 octobre 1958** : « la loi fixe les règles concernant [...] les nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ».
- ◆ **CC, 1982, Lois de nationalisation**
« 20. Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 ; »

Contraintes issues du préambule de la Constitution de 1946

- ◆ **Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946**
« Tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité. »
- ◆ CC, 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*
- ◆ CC, 2004, *Service public de l'électricité et du gaz*
- ◆ CC, 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*
- ◆ CC, 2019, *Croissance et transformation des entreprises*
« Si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, la détermination des autres activités qui

doivent être érigées en service public national est laissée à l'appréciation du législateur ou de l'autorité réglementaire selon les cas, en fixant leur organisation au niveau national. »

- ◆ CC, 2019-1 RIP, Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris

II.B. L'exercice par les personnes publiques d'activités économiques, y compris dans le cadre d'un service public, est encadrée

- ◆ **CÉ, 1901, Casanova**

« Considérant que la délibération attaquée n'a pas été prise en vue d'organiser l'assistance médicale gratuite des indigents, conformément à la loi du 15 juillet 1893 ; que si les conseils municipaux peuvent, dans des circonstances exceptionnelles, intervenir, pour procurer des soins médicaux aux habitants qui en sont privés, il résulte de l'instruction qu'aucune circonstance de cette nature n'existait à Olmeto, où exerçaient deux médecins ; qu'il suit de là que le conseil municipal de ladite commune est sorti de ses attributions en allouant par la délibération attaquée, un traitement annuel de 2.000 francs à un médecin communal chargé de soigner gratuitement tous les habitants pauvres ou riches indistinctement et que c'est à tort que le préfet a approuvé cette délibération ; »

- ◆ CÉ, 1916, Astruc

- ◆ **TC, 1921, Société commerciale de l'Ouest africain**

- ◆ CÉ, 1964, Ville de Nanterre

- ◆ CÉ, 1959, Commune d'Huez

- ◆ **CÉ, 1930, Chambre syndicale du commerce au détail de Nevers**

« Considérant [...] que les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et que les conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services publics communaux que si, en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ;

« Considérant que l'institution d'un service de ravitaillement municipal destiné à la vente directe au public constitue une entreprise commerciale et qu'aucune circonstance particulière à la ville de Nevers ne justifiait la création en 1923 et le maintien au cours des années suivantes, d'un service municipal de cette nature dans ladite ville ; que le sieur X... est dès lors fondé à soutenir qu'en refusant de déclarer nulles de droit les délibérations par lesquelles le conseil municipal de Nevers a organisé ce service, le Préfet de la Nièvre a excédé ses pouvoirs ; »

- ◆ CÉ, 1933, Blanc

- ◆ CÉ, 1988, Mézy

- ◆ **CÉ, 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris**

« Considérant que 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 ; qu'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 ; 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-ci ; »

◆ **CÉ, 2014, Armor SNC**

« 2. Considérant qu'hormis celles qui leur sont confiées pour le compte de l'Etat, les compétences dont disposent les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération s'exercent en vue de satisfaire un intérêt public local ; que si aucun principe ni aucun texte ne fait obstacle à ce que ces collectivités ou leurs établissements publics de coopération se portent candidats à l'attribution d'un contrat de commande publique pour répondre aux besoins d'une autre personne publique, ils ne peuvent légalement présenter une telle candidature que si elle répond à un tel intérêt public, c'est à dire si elle constitue le prolongement d'une mission de service public dont la collectivité ou l'établissement public de coopération a la charge, dans le but notamment d'amortir des équipements, de valoriser les moyens dont dispose le service ou d'assurer son équilibre financier, et sous réserve qu'elle ne compromette pas l'exercice de cette mission ; qu'une fois admise dans son principe, cette candidature ne doit pas fausser les conditions de la concurrence »

II.C. L'exercice d'une activité économique par une personne publique ne doit pas avoir pour effet de distordre le bon fonctionnement du marché

◆ **Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, article 106**

« 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. [...] »

◆ **Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et du commerce :** les règles s'appliquent à « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public » (actuel **art. L. 410-1 du code de commerce**).

◆ **CÉ, 2000, Jean-Louis Bernard Consultant**

« 4°) Pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppose, d'une part,

que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié. »

III. Au-delà de leurs interventions directes sur le marché, les personnes publiques poursuivent un objectif d'ordre public économique, reposant en partie sur le bon fonctionnement des marchés

III.A. Les pouvoirs publics s'assurent, par leur intervention, de ne pas créer de situations contraires aux principes du droit de la concurrence

III.A.1. Cette obligation est particulièrement marquée lors de la passation de délégations de service public

- ◆ TC, 1989, *Ville de Pamiers*
- ◆ CÉ, 1993, *Compagnie générale des eaux*

« Considérant qu'il résulte de l'article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que les règles qui y sont définies ne s'appliquent aux personnes publiques qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de services ; que l'organisation du service public de la distribution de l'eau à laquelle procède un conseil municipal n'est pas constitutive d'une telle activité ; que l'acte juridique de dévolution de l'exécution de ce service n'est pas, par lui-même, susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ; qu'il suit de là que le conseil municipal de Saint-Denis de la Réunion pouvait choisir le délégataire du service municipal de l'eau sans être astreint, en l'état de la législation alors en vigueur, à une mise en concurrence préalable ; »

- ◆ **CÉ, 1997, *Million et Marais***

« Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 9 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : "Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles 7 et 8" ; qu'est prohibée, notamment, en vertu de l'article 8, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ; [...] ; qu'il résulte de ces dispositions que si le contrat par lequel une commune a concédé à une entreprise le service extérieur des pompes funèbres ne saurait être utilement critiqué à raison du droit exclusif d'exploitation du service public conféré à cette entreprise en vertu de l'article L. 362-1 précité du code des communes, les clauses de ce contrat ne peuvent légalement avoir pour effet de placer l'entreprise dans une situation où elle contreviendrait aux prescriptions susmentionnées de l'article 8 »

- ◆ CÉ, 1997, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*
« Considérant qu'alors même que, comme le soutient la requête, le recours à un concessionnaire conférerait à celui-ci une position dominante, aucune des dispositions du décret attaqué [...] n'a pour effet de le placer dans une situation d'abus de position dominante au sens »
- ◆ Art. L. 2113-10 et R. 2191-3 du code de la commande publique

III.A.2. Elle s'étend également à d'autres catégories d'actes des pouvoirs publics

- ◆ CÉ, 2002, *Cégédim*
« Considérant, par suite, que l'arrêté attaqué en établissant à la fois un tarif unitaire dégressif pour les clients finaux de l'INSEE et une redevance proportionnelle de 20 centimes pour les rediffuseurs est de nature à placer l'INSEE en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché pertinent des fichiers de prospection commerciale de grande taille et méconnaît les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; que, compte-tenu des modalités de calcul ainsi fixées, l'arrêté attaqué présente un caractère indivisible et ne peut qu'être annulé dans son intégralité ; »
- ◆ CÉ, 2003, *Syndicat professionnel des exploitants de réseaux d'eau et d'assainissement*
- ◆ **CÉ, 2000, Société L. et P. Publicité**
« Dès lors que l'exercice de pouvoirs de police est susceptible d'affecter des activités de production, de distribution ou de services, la circonstance que les mesures de police ont pour objectif la protection de l'ordre public ou, dans certains cas, la sauvegarde des intérêts spéciaux que l'administration a pour mission de protéger ou de garantir n'exonère pas l'autorité investie de ces pouvoirs de police de l'obligation de prendre en compte également la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de la concurrence. »
- ◆ CÉ, 1996, *Société Lambda*

III.B. Les pouvoirs publics assurent une fonction de régulation économique en contrôlant le bon fonctionnement des marchés

III.B.1. L'autorité de la concurrence et l'autorité des marchés financiers assurent des fonctions de régulation générale des marchés

- ◆ Code de commerce : art. L. 462-2
- ◆ Art. L. 450-1
- ◆ Art. L. 464-2
- ◆ **Art. L. 464-8**

III.B.2. Le Gouvernement a conservé des pouvoirs dans la fixation des prix

III.B.3. Dans certains secteurs où la concurrence est dysfonctionnelle, des autorités de régulation sectorielle jouent un rôle accru

III.C. Les pouvoirs publics assurent désormais avant tout la défense d'un ordre public économique

- ◆ **CÉ, 2012, Sociétés Groupe Canal Plus et Vivendi Universal**
- ◆ CÉ, 2014, Société TDF et autres
- ◆ CÉ, 2015, Société Bernheim Dreyfus et co.
- ◆ CC, 2011, QPC, Société Système U Centrale nationale
- ◆ CC, 2015, QPC, Syndicat réunionnais des exploitants de stations-service

Bibliographie

- ◆ Conseil d'État, *Guide des outils d'action économique*, actualisation 2023-2024¹
- ◆ Pierre Delvolvé, *L'ordre public économique* (dir. : Aurore Laget-Annamayer), éd. *lextenso*, chap. conclusion, 2018.
- ◆ Frédéric Colin, *Droit public économique*, 5^e éd, éd. *lextenso*, 2015.
- ◆ M. Long et al., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, commentaires des arrêts suivants :
 - 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce au détail de Nevers*
 - 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*

¹ <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/guide-des-outils-d-action-economique>