



HAL
open science

La liberté d'entreprendre des collectivités territoriales : une liberté locale en plein essor ?

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. La liberté d'entreprendre des collectivités territoriales : une liberté locale en plein essor ?. Pouvoirs Locaux : les cahiers de la décentralisation / Institut de la décentralisation, 2018. hal-02452614

HAL Id: hal-02452614

<https://hal.science/hal-02452614v1>

Submitted on 23 Nov 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

LA LIBERTE D'ENTREPRENDRE DES COLLECTIVITES TERRITORIALES : UNE LIBERTE LOCALE EN PLEIN ESSOR ?

Par
Fabien BOTTINI
Maître de conférences HDR
Président de la Section droit
Directeur-adjoint du LexFEIM
Responsable du Master droit des Collectivités territoriales
de l'Université Le Havre-Normandie

Résumé: Tout comme la jurisprudence et les textes ont progressivement reconnu le bénéfice d'un véritable droit de propriété aux personnes publiques, les réformes législatives menées depuis l'alternance de 1981 ne conduisent-elles pas à en faire les titulaires d'une véritable liberté d'entreprendre ? La réponse semble positive, tant l'essor des entreprises publiques locales apparaît comme l'expression d'une telle liberté. Il s'agit toutefois d'une liberté au fondement et à la nature différente de celle des personnes privées. Alors que cette dernière est fondée sur le principe de liberté du commerce et de l'industrie, celle des personnes publiques paraît également découler au niveau local du principe constitutionnel de libre administration. Tandis que la liberté d'entreprendre des personnes privées vise à la réalisation d'un profit immédiat, celle des personnes publiques en fait des opérateurs « avisés » sur le moyen ou long terme, oeuvrant davantage à la création des conditions nécessaires à l'accumulation des richesses dont doit découler la prospérité de la collectivité. Tout comme les préfets, les élus locaux sont ainsi invités à se transformer en de véritables « entrepreneurs » de la République.

« Somme des droits »¹ dont les entrepreneurs ont besoin pour « accéder à une profession ou à une activité économique »² et « l'exercer »³ dans les conditions prévues par les textes, la liberté d'entreprendre bénéficie-t-elle seulement aux personnes privées ou bien s'étend-elle désormais aux personnes publiques ? À partir du moment où, selon le *Littré*, l'entrepreneur est « celui qui dirige pour son compte une exploitation industrielle » - ou, par extension, une activité commerciale, artisanale ou libérale - dans le but avoué d'accumuler des richesses et de réaliser un profit, une telle qualité peut-elle être reconnue à l'administration ?

Force est de constater que ces interrogations sont peu traitées par la doctrine malgré leur intérêt. Une recherche en texte intégral sur le Doctrinal+ des mots « liberté d'entreprendre des personnes publiques » (ou « des collectivités territoriales ») ne fait ressortir que deux contributions sur la question, toutes deux rédigées par Didier Truchet dans les années 1990⁴. Lui-même y constate que « la réponse n'est pas acquise »⁵.

Dans le sens de la négative, peut être invoquée la longue tradition héritée du « laisser-faire » cher aux physiocrates et aux auteurs libéraux classiques. Car étendre le bénéfice de la

¹ Fraissinier V., *La liberté d'entreprendre. Étude de droit privé*, Thèse La Réunion 2006, p. 12.

² CC 285 QPC du 30.11.2012, R. 636, cs. 7.

³ *Id.* ; CE ord. référé 29.4.2004, Dpt du Var, req. n° 266902.

⁴ Note Didier Truchet sous CE 10.10.1994, Préfet de la Région Lorraine, Préfet de la Moselle, *CJEG* 1995. 202 ; « Etat et marché », *Arch. phil. droit* 1995-40. 314 s.

⁵ « Etat et marché », *loc. cit.*, p. 318.

liberté d'entreprendre à l'administration revient mécaniquement à limiter celle des personnes privées et à fausser le libre jeu de l'offre et de la demande dont doit découler, dans leur perspective, la prospérité économique nécessaire au progrès social. L'administration jouit en effet de moyens financiers et juridiques exorbitants du droit commun avec lesquels les entrepreneurs privés ne peuvent rivaliser. La méfiance qu'inspirent ses prérogatives a longtemps conduit à en faire le gardien - et non le propriétaire - de son domaine public -, dès lors qu'on lui en refusait « l'abusus »⁶. Cette absence de droit de propriété explique qu'elle n'ait pendant longtemps pu posséder à titre exclusif ou majoritaire de participations dans des entreprises comme n'importe quel entrepreneur digne de ce nom et que son action ait été cantonnée à l'exercice des activités régaliennes de la Révolution française jusqu'à la fin du XIXe siècle. Après avoir affirmé en 1894 que « les activités industrielles et commerciales étaient étrangères aux attributions légales »⁷ des collectivités territoriales, le Conseil d'Etat réaffirmait d'ailleurs en 1930 que « les entreprises ayant un caractère commercial restent (...) réservées à l'initiative privée »⁸. Quoique de façon renouvelée par les idées néolibérales⁹, cette analyse sous-tend encore aujourd'hui les dispositions qui limitent l'action du secteur public en droit de l'UE et constitutionnel. S'ils consacrent désormais tous deux expressément la liberté d'entreprendre, les deux ordres juridiques n'affirment explicitement sa fondamentale qu'à l'égard des personnes privées. Du côté du droit européen, les articles 52 s. du traité de Rome de 1957 repris aux articles 49 s. du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 (TFUE) et complétés par l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE le font au travers des « liberté d'établissement » et de « prestation de services ». Du côté du droit interne, la décision fondatrice du 16 janvier 1982 par laquelle le Conseil constitutionnel déduit la constitutionnalité de la liberté d'entreprendre des articles 4 et 17 de la DDHC est avant tout destinée à poser des limites aux nationalisations d'entreprises¹⁰. Aucune pétition de principe n'affirme en comparaison la liberté d'entreprendre des personnes publiques au plus haut sommet de la hiérarchie des normes des deux ordres juridiques.

Depuis le tournant du XXe siècle, la jurisprudence est toutefois en réalité plus nuancée. Ce n'est à la lettre qu'« en règle générale »¹¹ qu'elle établit le lien entre initiative privée et entreprises commerciales. Dans le sens de la positive, on peut ainsi relever que l'Etat s'est « lancé dans la voie collectiviste des entreprises économiques »¹² au tournant du XXe siècle, comme que l'a relevé - pour le regretter ! - Maurice Hauriou, dès 1899, à la lumière de deux évolutions. La première tient à la création d'établissements publics intervenant directement sur le secteur marchand. La catégorie juridique existe depuis 1804 et l'adoption de l'article 2045 du Code civil¹³. Mais jusqu'alors, les personnes publiques ne s'en servaient que pour gérer des services publics administratifs, notamment les hospices confisqués à l'Eglise le 10 octobre 1789, sous la Révolution. Les choses commencent à changer au tournant du XXe siècle, obligeant en 1921 la jurisprudence à reconnaître explicitement la possibilité de gérer une activité industrielle ou commerciale par leur biais¹⁴. La seconde évolution tient au développement de l'actionnariat public. Les établissements publics ont pour spécificité de ne

⁶ Sur cette question, v Proudhon M., *Traité du domaine public*, t. 1, V. Lagier 1833, p. 63.

⁷ Avis du 2.8.1894, cité in CE, *L'eau et son droit*, DF 2010, p. 345.

⁸ CE 30.5.1930, Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers, *RDP* 1930. 530, concl. Josse.

⁹ Sur cette question, v. Bottini F. (dir.), *Néolibéralisme et droit public*, Mare & Martin 2017.

¹⁰ CC 182 DC du 16.1.1982, Loi de nationalisation, *R.* 18, cs. 16 s.

¹¹ CE 30.5.1930, *préc.*

¹² Note sous TC 9.12.1899, Assoc. syndicale du Canal de Gignac, *S.* 1900. 3. 49.

¹³ Cf. Cass. civ. 5.3.1856, Caisse d'épargne de Caen, *S.* 1856. 1. 517; TC 9.12.1899, *préc.*

¹⁴ TC 22.1.1921, Sct. commerciale de l'Ouest africain (« Bac d'Eloka »), *R.* 1921. 91.

pas avoir de capital social au contraire des sociétés publiques qui sont des sociétés majoritairement ou exclusivement détenues par une personne publique. Or, non seulement l'Etat s'est octroyé la faculté de nationaliser certaines activités comme l'illustre, en 1872, la transformation des entreprises d'allumette en monopole étatique¹⁵, mais il a progressivement reconnu aux collectivités territoriales et à leurs groupements la faculté de créer des sociétés locales. Amorcée en Alsace Moselle avec l'apparition de sociétés d'économie mixte de droit allemand - les « *Stadtwerke* »¹⁶ - dont la formule a été généralisée par la loi Strauss du 12 avril 1906¹⁷, cette évolution s'est trouvée confortée, au niveau textuel, par les décrets-lois Poincaré des 26 novembre et 28 décembre 1926, et, au niveau jurisprudentiel, par l'arrêt *précité* Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers de 1930. En 1946, *L'inventaire de la situation financière (1913-1946)* de l'État dressé à la demande de Robert Schuman qualifie le couple EPIC/ sociétés publiques d'« entreprises publiques » avant que le préambule de 1946 n'impose à la collectivité de devenir propriétaire de « toute entreprise (...) dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait » ; et que l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 n'affirme la compétence du législateur pour fixer les règles concernant les « nationalisations d'entreprises et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé ». Loin d'être un frein à leur développement, cette assise constitutionnelle a permis leur essor à la suite de l'alternance de 1981, comme l'illustrent l'adoption des lois n° 82-155 du 11 février 1982, de nationalisation, et n° 83-597 du 7 juillet 1983, relative aux sociétés d'économie mixte locale (cette dernière ayant été prise dans le cadre de l'approfondissement de la décentralisation). Quant au droit européen, il affirme depuis la même époque la possibilité des Etats membres de posséder un secteur public (art. 222 du Traité de Rome repris à l'article 345 du TFUE) - malgré l'atteinte qu'il est susceptible de porter à la liberté d'entreprendre des personnes privées - lorsqu'il est un atout pour le bon fonctionnement du marché. Afin d'éviter tout abus, il prend toutefois dans le même temps soin de retenir une interprétation extensive de la notion. Désormais reprise par le droit interne, celle-ci revient à définir l'entreprise publique comme une entité marchande sur laquelle une personne publique détient « la majorité du capital social ou des voix dans les organes délibérants ou (...) exerce, directement ou indirectement, un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion »¹⁸.

De même que le simple fait que l'Etat ou ses démembrements puissent le gérer ne suffisait pas à en faire les titulaires d'un droit de propriété sur les biens de leur domaine public, de même **le pouvoir qui leur a été progressivement reconnu au début du XIXe siècle de créer des entreprises publiques ne permettait toutefois pas, à lui seul, d'en faire les détenteurs d'une véritable liberté d'entreprendre**. Non seulement l'obligation faite par le préambule de 1946 aux autorités nationales d'ériger certaines activités en entreprise publique est contraire à l'idée même de liberté, mais on pouvait considérer que la faculté ouverte aux administrations locales de créer des EPIC était en réalité l'expression du pouvoir de l'Etat d'organiser les services publics. De même, pouvait-on considérer que la possibilité ouverte aux territoires de créer des sociétés d'économie mixte n'était en réalité que l'expression de la liberté d'entreprendre des personnes privées dont ils favorisaient, au fond, l'exercice en tant

¹⁵ L. du 2.2.1872, attribuant à l'État le monopole de la fabrication et de la vente des allumettes chimiques, *JO* 1872-310. 6897.

¹⁶ V. Besançon X., *Essai sur les contrats de travaux et de service public*, LGDJ 1999, p. 388.

¹⁷ L. du 12.4.1906, modifiant et complétant la loi du 30.11.1894, sur les habitations à bon marché, *JO* 1906-104. 2774, art. 6.

¹⁸ Cf. art. 133-1 du Code des juridictions financières (issu de l'ordonnance n° 2016-1360 du 13 octobre 2016) et art. 2 de la Dir. n° 80/723 du 25.6.1980.

qu'actionnaires publics. Mais, rapprochée de la faculté qui leur est désormais reconnue de prendre des participations dans des sociétés ayant pour objet social la production d'énergies renouvelables (art. L. 2253-1 et L. 3231-6 du CGCT) ou la garantie des concours financiers aux entreprises privées (art. L. 2253-7 et L. 4253-1 du CGCT), la multiplication de la forme et la diversification de l'objet statutaire des EPL opérée depuis le tournant des années 1980 (v. *infra*) incitent à réexaminer la question sous un nouveau jour : outre que le lien entre entreprise publique / service public n'est plus automatique, il existe désormais des sociétés publiques à l'actionnariat 100% public. **Tout comme la jurisprudence et les textes ont progressivement reconnu, à partir de 1909, le bénéfice d'un véritable droit de propriété aux personnes publiques¹⁹, les réformes législatives menées depuis l'alternance de 1981 ne conduisent-elles pas à en faire les titulaires d'une véritable liberté d'entreprendre ?**

Sans doute la tendance est-elle à la privatisation - totale ou partielle - d'entreprises nationales - quitte pour cela à transformer, de façon transitoire, dans un souci de paix sociale, des EPIC étatiques en sociétés anonymes dont l'Etat finit par céder le capital majoritaire. Les contraintes du droit unionnaire de la concurrence sont désormais telles que la possession d'un secteur public national ne présente plus le même intérêt stratégique pour lui. D'autant que le jeu des prises de participation minoritaire suffit parfois à lui permettre d'exercer un contrôle sur les entreprises jugées sensibles tout en garantissant certains dividendes au pouvoir central. Mais ce désengagement (relatif) de l'Etat s'accompagne de l'essor (quantitatif et qualitatif) corrélatif des entreprises publiques locales (EPL) qui, généralement, soit bénéficient du régime plus favorable des règles *de minimis* ou des règlements d'exemption par catégories, soit passent carrément sous le radar du droit européen de la concurrence, faute d'affecter le marché intérieur (v. *infra*).

Or, l'essor des EPL apparaît comme l'expression d'une véritable liberté d'entreprendre des collectivités territoriales et de leurs groupements dont le fondement nous semble à rechercher, à la fois dans la liberté du commerce et de l'industrie²⁰ comme elle l'est pour les personnes privées, et dans le principe constitutionnel de libre administration affirmé aux articles 34 et 72 du texte de 1958. Si ce principe implique le droit pour les intéressées de s'administrer par des conseils élus dotées du pouvoir réglementaire, il revient au pouvoir législatif d'en préciser le contenu. Or, nombre de lois votées depuis le tournant des années 2000 ont tendu à renforcer la possibilité des administrations locales de créer des entreprises publiques dans un objectif d'efficience et d'efficacité des politiques publiques qu'elles ne peuvent véritablement atteindre que si elles jouissent des attributs d'une véritable liberté d'entreprendre (I). Dans ses effets, il s'agit toutefois d'une liberté d'entreprendre publique, qui recoupe, sans s'y confondre, celle des personnes privées. Son originalité est d'être une liberté locale dont l'exercice est assujéti à un certain nombre de contraintes spécifiques en raison de son caractère public (II).

I. UNE LIBERTE

Si la liberté d'entreprendre s'analyse comme une liberté-autonomie permettant à toute personne justifiant de la capacité juridique de créer et d'exploiter son entreprise dans les conditions prévues par les textes, force est de constater que les personnes publiques locales jouissent d'une telle liberté.

¹⁹ Cf. CE 16.7.1909, Ville de Paris et chemins de fer d'Orléans, R. 707 et Ord. n° 2006-460 du 21.4.2006, créant un Code général de la propriété des personnes publiques (CG3P).

²⁰ CE Ass. 22.6.1951, Daudignac, R. 362.

Il s'agit toutefois bien d'une liberté d'entreprendre d'une nature particulière, dans la mesure où elle leur réserve la possibilité de recourir à une large gamme d'entreprises publiques (A) pour réaliser divers objets statutaires (B), au besoin en recourant à des montages juridiques complexes qu'elle seules peuvent pour partie opérer (C).

A.OFFRIR AUX ADMINISTRATIONS LOCALES UNE LARGE GAMME D'ENTREPRISES PUBLIQUES...

Pour que les administrations locales puissent bénéficier d'une véritable liberté d'entreprendre, il convient de leur reconnaître une triple possibilité de choix.

Tout d'abord, celle de recourir ou de ne pas recourir à une entreprise publique. Or, si certains textes leur imposent parfois leur utilisation - à l'image de l'article L. 111-52 du Code de l'énergie pour la distribution d'électricité -, la plupart met à leur charge des compétences dont elles peuvent s'acquitter librement de diverses façons, notamment en régie ou par leur intermédiaire, comme cela ressort des articles L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT. C'est ainsi qu'une compétence obligatoire telle que celle de l'assainissement des eaux usées ou de la collecte et du traitement des déchets ménagers (art. L. 2224-8 et L. 2224-13 du CGCT) peut s'analyser comme un SPA exploité en interne par l'administration ou un SPIC délégué à une entreprise publique, selon son mode de financement et ses modalités de fonctionnement (son objet restant inchangé)²¹.

Pour que les administrations locales jouissent d'une véritable liberté d'entreprendre, il convient ensuite de leur reconnaître la possibilité de choisir entre diverses formes statutaires celle qui leur semble la plus adaptée à leur besoin à un instant «T». Or, une telle liberté existe. Outre que le juge administratif opère un contrôle infra-minimum sur le mode de gestion retenu d'un service public²², de réelles alternatives s'offrent désormais aux autorités territoriales. Celles-ci peuvent toujours choisir, en toute sécurité juridique, entre la formule de l'Établissements public industriel et commercial et diverses formes de sociétés anonymes taillées à la mesure de leur besoin et en principe soumises au droit commun des sociétés (énoncé dans le Livre II du Code de commerce, aux articles L. 210-1 s.).

Certaines continuent d'appartenir à l'économie mixte, puisqu'elles ont vocation à favoriser un actionnariat majoritairement public, permettant d'associer des personnes publiques locales (ou locales et étrangères²³) à des actionnaires privés. C'est ainsi qu'à côté des sociétés d'économie mixte proprement dites (art. L. 1521-1 du CGCT), sont apparues les Sociétés d'Économie Mixte à Opération Unique (SEMOU, art. L. 1541-1 du CGCT) ou d'Aménagement à Opérations Unique (SEMAOU, art. L. 32-10-1 du Code de l'urbanisme) dont l'originalité est, comme leur nom l'indique, d'être constituées en vue de la réalisation d'un projet ponctuel, clairement déterminé.

D'autres s'analysent inversement comme des sociétés exclusivement (ou 100%) publiques, destinées à favoriser l'actionnariat conjoint de diverses personnes publiques locales ou locales et nationales. Celles-ci peuvent en effet prendre des parts dans des sociétés publiques locales (SPL, art. L. 1531-1 du CGCT), des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA, art. L. 327-1 du Code de l'urbanisme) ou des sociétés publiques locales d'aménagement d'intérêt national (SPLAIN, *id.*).

Or, chacune de ces structures offre des avantages spécifiques qui expliquent leur intérêt et la liberté de choix laissée aux administrations locales d'y recourir discrétionnairement. Tous sont à des degrés divers soumis à un régime mixte de droit public (notamment pour le contrôle des

²¹ CE Ass. 16.11.1956, Union syndicale des industries aéronautiques, *D.* 1956. 759, concl. Laurent.

²² CE 18.3.1988, Loupias, *RDP* 1988. 1420, note Llorens.

²³ Art. 1^{er} de la L. du 7.7.1983, dans sa rédaction issue de l'art. 132 de la L. du 6.2.1992.

actes les organisant et l'exercice des prérogatives de puissance publique dont ils sont éventuellement investis) et de droit privé (pour le recrutement d'agents soumis au droit commun du travail ou la passation de contrats commerciaux par exemple). Mais alors que les EPIC sont des personnes morales de droit public pouvant être soumises à la comptabilité publique (v. ancien art. L. 421-1-1 du Code de la construction et de l'habitation), les sociétés publiques locales sont des sociétés anonymes de droit privé relevant forcément de la comptabilité privée. Tandis que les EPIC permettent aux autorités de tutelle de personnaliser la gestion d'un service public industriel et commercial dont elles ont la charge en bénéficiant automatiquement de certains privilèges exorbitants du droit commun (comme la prescription quadriennale, la possession d'un domaine public ou l'émission de titres exécutoires...), les autres entreprises publiques locales leur donnent le moyen de s'associer à d'autres acteurs pour la réalisation d'opérations d'intérêts communs, qu'elles réalisent le cas échéant à l'aide de prérogatives de puissance publique (exemple du droit de préemption pouvant être accordé aux SEML d'aménagement²⁴). Alors que la famille des SEML favorise les partenariats institutionnels publics-privés, celle des SPL rend possible des partenariats publics-publics. Alors que les contrats de concession ou de marchés publics passés entre l'administration et les SEML sont en principe soumis au droit de la commande publique, les actes instituant des SPL y échappent au contraire (v. *infra*).

Enfin, les possibilités ouvertes aux autorités locales sont d'autant plus étendues qu'il est possible en cours de route de changer la forme statutaire de l'entité. Sauf lorsque les textes imposent une forme précise comme dans le cas *précité* des entreprises publiques locales de distribution d'électricité, une activité exploitée en régie peut être transformée en un EPIC appelé à devenir une SEML puis une SPL avant d'être - pourquoi pas? - re-transformé en SEM ou en EPIC, voire même ré-internalisé en régie (comme cela s'est passé pour certains services publics locaux de l'eau, externalisés dans les années 1990 puis repris en régie dans les années 2000²⁵).

Si cette triple liberté de choix et ses limites accréditent la thèse de l'avènement d'une véritable liberté d'entreprendre publique bénéficiant aux administrations locales, l'étendue de l'objet social pouvant leur être confié va dans le même sens.

B... A L'OBJET SOCIAL ADAPTE A LEURS BESOINS...

Dans les années 1980, la défense de la liberté d'entreprendre des personnes privées avait conduit le Conseil d'Etat à interpréter très strictement la possibilité ouverte par la loi de 1983 aux administrations locales de créer des SEML²⁶. Malgré l'orthodoxie dont faisait alors preuve cette solution, ce conservatisme jurisprudentiel a depuis été renversé par le législateur : plusieurs lois sont intervenues par la suite pour élargir les cas de recours à une entreprise publique tant et si bien qu'on assiste aujourd'hui à une double extension de leur objet statutaire.

Le législateur a, d'une part, étendu la liste des domaines d'activités pouvant être confiés à une EPL au moment de sa création.

Toutes peuvent se voir confier une mission de service public industrielle ou commerciale ou la réalisation d'une opération d'aménagement ou de construction, que l'entreprise appartienne à la

²⁴ V. D. n° 2017-1128 du 30.6.2017, autorisant la société d'aménagement foncier et d'établissement rural Grand Est à exercer le droit de préemption et à bénéficier de l'offre amiable avant adjudication volontaire.

²⁵ CE, *L'eau et son droit*, *op. cit.*, p. 8.

²⁶ CE 10.10.1994, *préc.* ; 23.12.1994, Cne de Clairvaux d'Aveyron, *AJDA* 1995. 352.

famille des ÉPIC²⁷, des SEML (art. L. 1521-1 du CGCT) ou des SPL (art. L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1 du Code de l'urbanisme).

Certaines - les SEML - peuvent être investies d'une mission particulière pour financer, concevoir, réaliser, entretenir ou maintenir un équipement hospitalier ou médico-social pour les besoins d'un établissement de santé, d'un établissement social ou médico-social ou d'un groupement de coopération sanitaire (art. L. 1521-1 du CGCT).

Enfin, les SEML et les SPL de droit commun peuvent se voir confier toute autre mission d'intérêt général (art. L. 1521-1 et L. 1531-1 du CGCT), c'est-à-dire, selon le CE, « toute activité économique sur un marché concurrentiel » répondant à un intérêt local²⁸.

Les règles applicables facilitent, d'autre part, la diversification des prestations pouvant être délivrées par une même entité.

Cela se vérifie *primo* s'agissant de la nature des activités menées. De même qu'un entrepreneur purement privé peut cumuler les domaines d'intervention²⁹, de même un entrepreneur public peut cumuler les activités autorisées par les textes, dès lors qu'elles apparaissent « complémentaires » et d'intérêt général³⁰.

Ce cumul est possible dès sa création, ou par la suite, tant « il n'y a pas d'entreprise qui ne soit appelée à grandir et à sortir de la lettre de ses statuts »³¹, tout comme dans le secteur privé. Ces activités complémentaires sont notamment valables lorsqu'elles permettent d'améliorer la qualité des prestations statutaires de l'entité³² ou d'assurer son équilibre financier³³.

Cette diversification s'apprécie *deuxio* s'agissant des bénéficiaires des activités menées.

D'un point de vue géographique, les ÉPIC et les SEML (et non les SPL) jouissent de la libre prestation de services et peuvent se tailler des parts de marchés sans limites territoriales. En droit de l'UE, ce principe signifie que tous les opérateurs peuvent « proposer et fournir temporairement leurs services » – de nature commerciale, libérale, artisanale sinon industrielle – dans d'autres États membres tout en demeurant « dans leur pays d'origine » (art. 56 du TFUE)³⁴. Hors SPL/SPLA/SPLAIN, les entreprises locales peuvent ainsi délivrer leurs prestations en dehors de leur circonscription administrative³⁵, voire à l'étranger³⁶ sous la seule réserve de respecter les règles internationales applicables au droit des sociétés³⁷. Contrairement aux diverses formes de sociétés publiques locales³⁸, aucun principe de spécialité territoriale ne limite ainsi leur action³⁹.

²⁷ Cf. TC 22.1.1921, *préc.* et L. n° 2006-872 du 13.7.2006, portant engagement national pour le logement, créant les Établissements publics locaux d'aménagement (ÉPLA) qui sont des EPIC.

²⁸ CE 5.10.2007, Sct Ciné-cité UGC, *AJDA* 2007. 2260.

²⁹ CC 516 QPC du 15.1.2016, *JO* 2016-14, texte n° 1, cs. 7.

³⁰ Cf. CE Avis Sect. des travaux publics 7.7.1994, n° 356.089 pour les EPIC et art. L. 1521-1 du CGCT.

³¹ Note Thaller sous Cass. 26.11.1894, *DP* 1895. 1. 57.

³² CA Paris 18.2.1903, Chemin de Fer d'Orléans c/ Sct du Grand Hôtel du Quai d'Orsay, *DP* 1903. 2. 486 ; CE 12.4.1935, SA des Glacières Toulousaines, *R.* 511.

³³ CE 4.6.1954, Dame Berthod, *R.* 335 ; 23.5.2003, Cté de cnes Artois-Lys, *DA* octobre 2003. 45, comm. Lombard.

³⁴ V. par ex. 23.10.1999, Arblade et a., Aff. C-369/96 et 376/96.

³⁵ « Rép. min. n° 34930 », *JOAN Q.* 1992. 4515.

³⁶ « Rép. min. n° 7757 », *JOS Q.* 1990. 723.

³⁷ *Id.*

³⁸ Art. L. 1531- CGCT. Toutefois, la L. n° 2017-257 du 28.2.2017, art. 47-II leur permet d'« exercer leurs activités pour le compte d'une société publique locale d'aménagement d'intérêt national sur laquelle au moins un de leurs membres exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

³⁹ « Rép. min. n° 34930 », *préc.*

D'un point de vue organique, les EPIC et les SEML peuvent travailler pour des tiers, comme n'importe quelle société privée⁴⁰. Tandis que les EPIC peuvent contracter avec qui ils souhaitent, les SEML peuvent « intervenir pour des personnes qui ne participent pas à leur capital » dans les conditions prévues à l'article L. 1523-1 du CGCT (les SPL étant, pour leur part, tenues de travailler pour leurs actionnaires).

Si l'objet social pouvant être poursuivi par les diverses EPL et ses limites accréditent là encore l'idée de l'apparition progressive d'une liberté d'entreprendre publique, sa spécificité se vérifie enfin s'agissant de la faculté qui leur est désormais reconnue d'agir en réseau.

C.... POUVANT FONCTIONNER EN RESEAU

Un autre phénomène révélateur de l'avènement d'une véritable liberté d'entreprendre publique tient au développement de montages juridiques complexes destinés à permettre aux EPL de se constituer en réseaux d'entreprises, afin d'atteindre leur objectif à un moindre coût. Alors que de tels montages étaient jusqu'alors l'apanage des entreprises du secteur privé – qui n'hésitent pas à y recourir pour « optimiser » leur taux d'imposition ou augmenter leurs marges bénéficiaires –, l'ingénierie territoriale conduit désormais à les imiter pour compenser la baisse des dotations étatiques, en jouant sur les économies d'échelles que favorise la mutualisation de leurs moyens d'action. Outre que les EPIC⁴¹ et les SEML de droit commun⁴² peuvent prendre des participations dans d'autres entreprises ou se doter de filiales (à la différence de la famille des SPL et des SEMOP/SEMAOU), deux sortes de montages coopératifs sont particulièrement prisés, dans la mesure où ils permettent aux parties prenantes de conserver leur existence propre tout en leur offrant une souplesse d'organisation et de gestion pour la mise en œuvre de compétences d'intérêts communs⁴³.

Cette mise en réseau peut d'abord se faire par le biais d'associations type loi de 1901 (par opposition aux associations culturelles prévues par la loi du 9 décembre 1905). Celles-ci sont désormais sollicitées pour faciliter le pilotage des pôles de compétitivité mis en place par la loi n° 2004-1484 du 30 décembre 2004, de finances pour 2005, ou la réalisation d'actions d'« ingénierie partenariale », selon la formule employée à l'article L. 132-6 du Code de l'urbanisme. Alors que les premiers constituent des grappes d'entreprises à la française (par référence aux *clusters* du droit américain⁴⁴), destinées à créer des synergies entre centres de recherches et opérateurs économiques locaux nécessaires au développement d'une économie de la connaissance, les secondes complètent le dispositif, en permettant à la co-construction des décisions intéressant le développement économique locale. Le procédé associatif est ainsi utilisé pour faciliter la mise en réseau d'opérateurs publics en matière urbanistique (agences d'urbanisme), d'aide aux entreprises (exemples de l'agence France entrepreneur, de la Fédération des agences de développement et des comités d'expansion économique (CNER), du réseau Initiative France ou encore France Active) ou tout simplement pour conseiller les administrations locales sur la forme d'entreprise publique la plus adaptée à leurs projets (exemple de la Fédération des entreprises publiques locales).

⁴⁰ En ce sens, v. Circ. du 16.7.1985, relative à l'information sur les conditions de constitution, de fonctionnement et de contrôle des sociétés d'économie mixte locale, pt. 2.1.1.

⁴¹ Sur cette question, v. Richer L., « Les EPIC et la tentative de filialisation de leurs activités », *JCP A* 2009-31/35. 2201.

⁴² « Réponse du ministre de l'Intérieur à la question écrite de M. Marcel Vidal », *JOS Q.* 5.4.1990.

⁴³ Sur cette question, v. Fédération des EPL, *EPL et GIE*, coll. « Stratégie », p. 3 (disponible sur le site <http://www.lesepl.fr>).

⁴⁴ Sur cette notion, v. Comm. Eur., « Vers des *clusters* de classe mondiale dans l'Union européenne », COM(2008) 652 du 17.10.2008.

Cette mise en réseau peut ensuite se faire par le biais de structures en partie créées de toute pièce à cette fin, et qualifiées de groupements d'intérêts économiques (GIE) ou publics (GIP). Alors que les GIE sont prévus par les articles L. 251- 1 et suivants du Code de commerce, les GIP sont organisés par les lois n° 82-610 du 15 juillet 1982 et n° 2011-525 du 17 mai 2011. Tandis que les GIE visent à « faciliter ou (...) développer l'activité économique de ses membres » et à « améliorer ou (...) accroître les résultats de cette activité » - même si son but « n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même »⁴⁵, le GIP a forcément un but non lucratif. En pratique, la Ville et l'Agglomération de Montpellier se sont par exemple servi d'un GIE pour optimiser le fonctionnement d'une SEML et d'une SPLA, via la mise en commun de leurs locaux, matériels et services. Grâce à ce montage, la SPLA a pu réaliser une concession d'aménagement conçue par la SEML⁴⁶. Pour leur part, les GIP peuvent être utilisés pour associer des collectivités territoriales et des SEML en vue de la réalisation d'opération d'aménagement et de développement du territoire, comme le permet l'article 236 de la loi n° 2005-537 du 23 février 2005. Il est toutefois également possible de combiner les deux sortes de groupements. C'est ainsi que la ville du Havre, le département de Seine-Maritime et la région Normandie se sont associés au sein d'un GIP avec divers établissements publics (la Communauté d'agglomération havraise (CODAH), l'Université Le Havre-Normandie et la Chambre du commerce et d'industrie Seine Estuaire, en partie investie de missions de SPIC) et... l'HAROPA - un GIE unissant les Grands Port Maritime du Havre et de Rouen au port autonome de Paris! - pour commémorer les 500 ans de la ville du Havre et contribuer au développement et au rayonnement économique du territoire.

La faculté désormais ouverte par les textes et la jurisprudence aux administrations locales de faire travailler leurs entreprises publiques en réseau, selon des modalités parfois spécifiques, confirme l'avènement d'une liberté d'entreprendre destinée à leur permettre de mener à bien leurs politiques publiques de façon plus efficiente et efficace, à moindre coût. Celle-ci apparaît toutefois d'une nature particulière sur le plan matériel. Elle se distingue de celle des personnes privées, en ce qu'elle se présente comme une liberté locale, dérivée du principe de libre administration des collectivités territoriales.

II. UNE LIBERTE LOCALE

Malgré ses similitudes avec celle des personnes privées, la liberté d'entreprendre des personnes publiques locales s'en distingue à plusieurs égards. Outre que les textes ou la jurisprudence n'ont, quant à sa valeur juridique, jamais affirmé son caractère fondamental, son étendue et ses limites découlent de celles qui sont attachées à la libre administration des collectivités territoriales. En tant que composante de cette dernière, la liberté d'entreprendre n'est valable qu'autant qu'elle répond aux besoins de la population (A), dans le respect du principe de libre concurrence (B), sous le contrôle des autorités nationales (C).

A. REpondre aux besoins de la population...

En conséquence de son caractère public, la liberté d'entreprendre des administrations locales ne leur permet de constituer valablement une EPL qu'à condition de respecter la répartition des compétences prévues par les textes et de répondre à un besoin local.

⁴⁵ Art. L. 251-1 C. de Commerce,.

⁴⁶ Fédération des EPL, « La SEM, fer de lance de l'aménagement urbain montpellierain », in *Entreprises publiques locales une réponse globale*, coll. « Stratégie », p. 16 (disponible sur le site <http://www.lesepl.fr>).

Leur liberté d'action est en premier lieu contrainte par le fait que les personnes publiques ne peuvent prendre en charge les activités qui sont expressément réservées par les textes à un autre niveau d'administration. Les collectivités territoriales et leurs groupements ne pourraient ainsi par exemple pas s'associer pour prendre en charge une activité devenue un monopole national, dès lors que la compétence revient dans ce cas à l'Etat, selon la disposition *précitée* du préambule de 1946. Ils ne peuvent pas davantage méconnaître l'interdiction qui leur est traditionnellement faite - par une jurisprudence administrative et constitutionnelle constante⁴⁷ désormais systématisée par certaines dispositions législatives (art. L. 1541-1 du CGCT) - de déléguer l'exercice de leurs missions de souveraineté.

Leur liberté d'action est en second lieu conditionnée à la satisfaction, de façon suffisamment « directe »⁴⁸, d'un « besoin » de la population locale, sous le contrôle du juge administratif.

Selon la jurisprudence, seul ce dernier est habilité à apprécier l'existence d'un intérêt public⁴⁹. Or, si celui-ci est présumé chaque fois qu'une loi habilite une autorité locale à intervenir⁵⁰, cette présomption disparaît lorsque les communes ou les collectivités à statut particulier agissent dans le silence des textes sur le fondement de leur clause générale de compétence. Le juge doit alors s'assurer que la décision prise était « justifiée par la satisfaction de besoins précis de certains ou de l'ensemble des habitants »⁵¹. Ce qui peut être le cas lorsqu'il s'agit de pallier une carence de l'initiative privée⁵². Mais cette hypothèse n'est pas limitative et d'autres considérations peuvent former un intérêt local susceptible de justifier l'intervention publique⁵³ : comme le remarquait le Commissaire du gouvernement Séners, il suffit que celle-ci « serve les intérêts collectifs qui, en l'état des conceptions politico-juridiques du moment, sont regardés comme légitimant l'engagement de la collectivité publique »⁵⁴ pour que la condition soit satisfaite.

C'est pour s'assurer que le fonctionnement de l'EPL poursuit bien la satisfaction des intérêts de la population que les personnes publiques actionnaires doivent par ailleurs exercer sur elles une influence déterminante ou un pouvoir prépondérant.

Tandis les EPIC doivent être soumis à la tutelle de l'administration locale qui les a créés, les SPL ne peuvent avoir un actionnariat autre que 100% publique. Pour leur part, les SEML doivent avoir un actionnariat majoritairement public, les personnes publiques actionnaires devant détenir plus de la moitié du capital et des voix (à concurrence de 85% - art. L. 1522-1 et L. 1522-2 du CGCT).

À chaque fois, les élus locaux peuvent en conséquence exercer, ès qualité de mandataires, des responsabilités en tant que membres ou présidents des organes collégiaux ou même de président directeur général dans le cas d'une d'une société d'économie mixte ou publique locale (art. L. 1524-5).

Cette solution avait été jugée contraire aux dispositions du Code électoral rendant « les entrepreneurs de services » inéligibles dans la région, le département ou la commune où ils assurent ces services (art. L. 207 pour le département, L. 343 pour la région et L. 231 pour la commune)⁵⁵. Mais l'article 42 de la loi du 6 février 1992 l'a validée en prévoyant une dérogation,

⁴⁷ CE 17.6.1932, Ville de Castelnaudary, *R.* 595 ; CC 461 DC du 29.8.2002, *R.* 204, cs. 8.

⁴⁸ CE 6.5.1996, Préfet des Pyrénées-Atlantiques, req. n° 165054.

⁴⁹ Autorité de la conc. Avis n° 14-A-10 du 31.7.2014, relatif à la situation de la concurrence dans le secteur de l'accompagnement à l'international.

⁵⁰ CE 15.2.1961, Couquet, *R.* 119.

⁵¹ CE 24.10.1958, Cne de Saint-Trojan, *RPDA* 1958, n° 396.

⁵² CE 30.5.1930, *préc.*

⁵³ CE 31.5.2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, *AJDA* 2006. 1592, chron. Landais et Lenica.

⁵⁴ Concl. sur CE 7.7.2004, Cne Celoux, *BJCL* 2004-9. 625.

⁵⁵ CE 21.2.1990, Trani, *AJDA* 1990. 560, obs. C. Devès.

désormais reprise à l'article L. 1524-5 du CGCT, par laquelle « les élus locaux agissant en tant que mandataires des collectivités ou de leur groupement au sein du conseil d'administration ou du conseil de surveillance d'une SEML ne sont pas considérés comme entrepreneurs de services municipaux, départementaux ou régionaux ». L'article 42, alinéa 2, autorise de même (dans une disposition figurant désormais au même article) les élus locaux mandataires à percevoir les rémunérations ou avantages particuliers, à condition qu'ils soient « autorisés par une délibération expresse de l'assemblée qui les a désignés », et que celle-ci fixe « le montant maximum des rémunérations ou avantages susceptibles d'être perçus ainsi que la nature des fonctions qui les justifient ».

Autre conséquence du caractère local de la liberté d'entreprendre reconnue aux collectivités territoriales et à leurs groupements: celle-ci ne doit pas fausser le libre jeu de la concurrence à l'échelle de leur territoire.

B.... DANS LE RESPECT DE LA LIBRE CONCURRENCE...

Le caractère public de la liberté d'entreprendre reconnue aux administrations locales se déduit également de sa soumission au principe de libre concurrence. L'expression renvoie à une règle prétorienne, d'origine communautaire⁵⁶, depuis reprise dans le droit national par la jurisprudence constitutionnelle⁵⁷, judiciaire⁵⁸ et administrative⁵⁹ qui la rattache généralement au principe d'égalité.

Bien que sa signification exacte fasse débat, on peut y voir une sorte de synthèse entre la liberté de la concurrence découlant de la liberté du commerce et de l'industrie et le droit de la concurrence découlant des traités originaires et de l'ordonnance de 1986⁶⁰. Son intérêt est de veiller à ce que l'État et ses démembrés ne faussent pas le libre jeu du marché lorsqu'ils interviennent comme puissance publique et/ou comme opérateur public. Il implique que les entreprises publiques locales se conforment en principe au droit commun.

Parce qu'il s'agit d'entreprises, celles-ci doivent en effet s'y soumettre autant que possible, de façon à être gérées et exploitées comme n'importe quelle autre société.

Leur gestion implique ainsi que leur gouvernance respecte les règles de base du droit des sociétés. C'est pourquoi celle des SEML ou SPL peut revêtir une forme dualiste ou moniste, selon qu'elle s'articule autour du couple conseil d'administration/président ou directoire / conseil de surveillance ; et que les actionnaires purement privés doivent, lorsqu'ils existent, avoir accès aux informations stratégiques de l'entreprise au même titre que leurs homologues publics, comme le préconise de l'OCDE⁶¹. La gestion des EPL est de même soumise aux principes communs du droit du travail, de sorte que leurs organes doivent pouvoir recruter discrétionnairement leurs collaborateurs⁶² ou, à l'inverse, s'en séparer pour anticiper sur des « difficultés économiques à venir »⁶³ de l'entreprise (après entretien préalable et par décision motivée). Ils doivent également pouvoir « assigner chacun à son poste de travail » et « gérer » la « carrière » de leurs collaborateurs tout en « exerçant » sur eux « un pouvoir de commandement »⁶⁴.

⁵⁶ CJCE 12.6.1958, Hauts-fourneaux de Chasse c/ Haute autorité, Aff. n° C-15/57, R. 174.

⁵⁷ CC 450 DC du 11.7.2001, R. 82, cs. 10.

⁵⁸ Cass. com. 1^{er}.7.2003, Pourvoi n° 98-11543.

⁵⁹ CE 20.4.2005, Conseil national des professions de l'automobile, R. 772.

⁶⁰ En ce sens, v. l'articulation des 3 notions opérée par CE Ass. 31.5.2006, *préc.*

⁶¹ OCDE, *Lignes directrices sur la gouvernance d'entreprise des entreprises publiques*, OCDE 2015, p. 60.

⁶² CC 244 DC du 20.7.1988, R. 124, cs. 22.

⁶³ CC 455 DC du 12.1.2002, R. 49, cs. 48.

⁶⁴ Delvolvé V., *La liberté d'entreprendre*, Thèse Paris II 2002, p. 273.

L'exploitation des EPL est pour sa part soumise aux charges fiscales (TVA, taxe d'habitation, foncière, contribution économique territoriale, impôt sur le revenu ou les sociétés⁶⁵ ...) et sociales (cotisations patronales, CSG, CRDS, maladie-maternité, vieillesse, retraite complémentaire obligatoire, formation professionnelle, cotisations invalidité-décès, patronales, d'allocations familiales, retraite complémentaire obligatoires...) dues par n'importe quelle entreprise. Les EPL doivent s'en acquitter, sous peine de rompre l'égalité de traitement qui doit guider leur régime juridique, en bénéficiant d'un avantage anti-concurrentiel contraire aux règles nationales ou européennes proscrivant en principe l'attribution d'aides publiques aux entreprises (v. *infra*). Elles sont de même soumises aux règles normales du droit de la consommation, du commerce ou encore de la propriété intellectuelle. Les organes de l'entreprise doivent de ce point de vue pouvoir « mettre en œuvre des stratégies commerciales et des tactiques compétitives à l'égard des consommateurs comme des concurrents en vue d'assurer aux mieux les intérêts de l'entreprise créée, notamment en cherchant à se constituer une clientèle et à la conserver »⁶⁶, comme n'importe quelle entreprise. Entre autres, leurs organes doivent par exemple pouvoir investir dans la recherche et développement ; déposer un dessin ou modèle auprès de l'INPI (Institut national de la propriété intellectuelle) ou breveter une invention et décider de son éventuelle commercialisation sous forme de marque, en recourant à la publicité pour faire connaître la production de l'entreprise⁶⁷. Il ne faut en effet pas oublier que « la publicité, c'est la vie du commerce », comme l'expliquait le 30^e Président des États-Unis, Calvin Coolidge, au début du XX^e siècle. Y recourir est donc de droit, sous réserve du respect dû à la dignité humaine⁶⁸.

Parce qu'il s'agit d'entreprises publiques, elles doivent toutefois pouvoir bénéficier d'un régime dérogatoire lorsque ce dernier est nécessaire et proportionné à la réalisation de l'objectif d'intérêt général poursuivi⁶⁹.

Cette contrainte conditionne la validité des privilèges exorbitants du droit commun dont elles peuvent être investies, sous forme de facilités de financement ou de prérogatives juridiques. S'agissant des premières, le droit de l'UE assimile le statut des EPIC à une aide d'État⁷⁰ et n'admet les compensations de service public que si elles respectent les 4 conditions de la jurisprudence Altmark⁷¹ désormais reprises au point 3 de la Communication n° 2012/C 8/02 du paquet « Almunia » du 20 décembre 2011⁷². Mais la plupart des EPL échappent en réalité à la

⁶⁵ Cf. Art. 1654 et e 256 B du Code général des impôts. Sur cette question, v. notre article « L'évolution des modes de financements des services publics », in Bottini F. (dir.), *Les évolutions des modes de financement de l'action publique*, L'Harmattan 2014, p. 51 s.

⁶⁶ Fraissinier V., *op. cit.*, p. 174.

⁶⁷ CC 283 DC du 8.1.1991, R. 11, cs. 10.

⁶⁸ CA Reims 23.10.1990, GP 1991. 77 ; Lyon 14.3.1994, GP 1994. 315, note Cremades.

⁶⁹ CC 439 DC du 16.1.2001, *loc. cit.*, cs. 14.

⁷⁰ V. Comm. Eur., « Lettre du 16.7.2008 », JOUE 2008-C259. 12 et CJUE 19.3.2013, Bouygues c/ Comm., Aff. C-399/10 P.

⁷¹ CJCE 24.7.2003, Altmark TransGmbH, AJDA 2003. 1739, note Rodrigues.

⁷² La somme versée doit 1°) bénéficier à une entreprise effectivement chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies ; 2°) être calculée sur la base de paramètres préalablement fixés de façon objective et transparente ; 3°) ne pas s'analyser comme une surcompensation, c'est-à-dire excéder ce qui est nécessaire pour couvrir les coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, compte tenu de ce qu'elles ont éventuellement rapporté et du droit de l'opérateur à percevoir un bénéfice raisonnable en échange de ses prestations. La 4°) condition concerne pour sa part les gestionnaires qui ont été investis des obligations de service public sans mise en concurrence préalable. Elle tient au fait que le montant versé doit alors être conforme aux coûts qu'aurait supportés une entreprise bien gérée et adéquatement équipée pour s'acquitter desdites obligations.

rigueur de ces solutions, compte-tenu de leur faible impact sur le marché intra-européen⁷³. Au pire, elles bénéficient des règles *de minimis*⁷⁴ ou des règlements d'exemption par catégories⁷⁵. Au mieux, elles sont soumises aux dispositions plus favorables du droit interne, qui les dispense notamment d'opérer une séparation comptable ou juridique entre leurs activités éventuelles de service public et celles qui en sont détachables, facilitant ainsi le financement des premières par ces dernières⁷⁶. Quant aux droits exclusifs (comme les monopoles) ou spéciaux (comme les quasi-monopoles) ou au pouvoir d'édicter des actes administratifs unilatéraux (exemple du droit de préemption des SEML d'aménagement) ou de conclure des contrats administratifs, ils sont admis sous les mêmes réserves de nécessité et de proportionnalité. C'est pourquoi seules les SEML⁷⁷ et les SEML d'aménagement⁷⁸ ne peuvent en principe se voir attribuer un contrat de concession ou de marché public qu'après avoir remporté la procédure de mise en concurrence préalable. La règle ne s'impose aux EPIC que s'ils candidatent à l'attribution d'une délégation de service public incombant à une autorité autre que leur autorité de tutelle⁷⁹. Les SEMOU et SEMAOU y échappent dès lors que leur spécificité est de faire jouer la mise en concurrence en amont de l'obtention du contrat, au moment du choix des actionnaires (art. L. 1541-1 du CGCT et L. 32-10-1 du Code de l'urbanisme). Quant aux membres de la famille des SPL, ils y sont soustraits au titre de l'exception « *in house* », chaque fois qu'ils sont soumis à un contrôle analogue à celui que leurs actionnaires exercent sur leur propre service et que leur activité est captive de leurs besoins, c'est-à-dire qu'ils n'ont pas de vocation de marché (art. L. 1531-1 du CGCT et L. 327-1 du Code de l'urbanisme).

Les mêmes contraintes expliquent parallèlement l'obligation particulière de « dé-entreprendre »⁸⁰ qui pèse parfois sur les EPL. Les entreprises publiques sont en effet contraintes de « se retirer du monde des affaires »⁸¹ dans des hypothèses qui recoupent celles des entrepreneurs purement privés sans s'y confondre.

S'agissant d'entreprises spécialement constituées pour délivrer une mission de service public ou réaliser une opération de travaux publics, leur durée de vie est souvent limitée dans le temps, leur statut prévoyant généralement un terme à leur existence. Il peut s'agir d'une durée équivalente à celle du contrat de la commande public en vue duquel elles ont été constituées ou de la survenance d'un élément de fait, comme l'achèvement de l'opération prévue par les statuts d'une SEMOU/ SEMAOU ou le rétablissement de l'initiative privée défailante que l'entité avait vocation à pallier. Dans ce cas toutefois, la jurisprudence admet que le SPIC continue de fonctionner le temps d'amortir les investissements réalisés pour le mettre en oeuvre⁸².

D'autres circonstances non prévues par leurs statuts peuvent les conduire à « dé-entreprendre ».

⁷³ Sur cette notion, v. Comm. Eur., « Lignes directrices relatives à la notion d'affectation du commerce », *JOCE* 2004-C101. 81 s., pt. 47.

⁷⁴ Cf. Règlement UE n° 360/2012 du 25.4.2012 et Règlement UE n° 1407/2013 du 18.12.2013.

⁷⁵ Cf. Décision n° 2012/21/UE du 20.12.2011 et Règlements UE n° 651/2014 du 17.6.2014 et n° 2017/1084 du 17.5.2017.

⁷⁶ CE 5.7.2010, Synd. nat. des agences de voyage, req. n° 308564.

⁷⁷ CC 316 DC du 20.1.1993, *R.* 14, cs. 47 s.

⁷⁸ L. n° 2005-809 du 20.7.2005, relative aux concessions d'aménagement.

⁷⁹ CE Ass. 30.12.2014, Sct Armor SNC, req. n° 355563.

⁸⁰ Selon l'expression de Fraissinier V., *op. cit.*, p. 8.

⁸¹ *Id.*

⁸² CE 23.6.1933, Lavabre, *R.* 677.

La chance peut tourner et conduire l'entreprise à se soumettre aux procédures de redressement ou de liquidation judiciaire. Exception faite des EPIC⁸³ (et de certaines entreprises nationales⁸⁴), les entreprises publiques ne sont en effet pas de ce seul fait immunisées contre le régime de la faillite, comme cela ressort de l'article L. 1523-4 du CGCT. Ce qui s'explique dans la mesure où leur budget doit en principe être en équilibre en recettes et dépenses, faute de pouvoir être financé par l'impôt⁸⁵. De même, l'administration peut être conduite à supprimer le SPIC facultatif délivré par une SEM, lorsque ses prestations ne répondent plus aux besoins des usagers, en conséquence du principe d'adaptation du service public⁸⁶.

Au contraire, la fortune peut sourire à l'entité et ses actionnaires publics peuvent décider de la céder à un repreneur pour retrouver des marges de manoeuvre financière. Ils ne peuvent toutefois céder leurs parts dans la société que dans les conditions prévues par la loi, le Conseil d'État estimant les procédures de privatisation applicables à la généralité des entreprises publiques⁸⁷. Ce qui montre que cette liberté locale est placée sous le contrôle des autorités nationales.

C.... SOUS LE CONTROLE DES AUTORITES NATIONALES

Dès les 2 et 17 mars 1791, le décret d'Allarde prévient : la liberté d'entreprendre s'exerce sous réserve de se « conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Depuis, non seulement cette limite a été réaffirmée, mais elle a été hissée au plus haut niveau de la hiérarchie des normes : droits de l'UE et constitutionnel s'accordent pour reconnaître aux autorités la possibilité d'interdire ou de soumettre à un régime d'autorisation ou de déclaration préalable l'accès à certaines professions ou activités, pour un motif d'intérêt général. S'agissant de la liberté d'entreprendre des personnes privées, l'« européenité » d'un régime prohibitif ou restrictif est conditionnée à l'existence d'une raison impérieuse d'intérêt général⁸⁸ ; à son caractère non discriminatoire et à l'impossibilité d'atteindre l'objectif recherché par un contrôle *ex post* moins contraignant. Si l'exercice de la liberté d'entreprendre des administrations locales est également très encadrée, c'est toutefois parce que le principe de libre administration s'exerce sous réserve des « intérêts nationaux » de l'État (art. 72 C.). Le législateur, compétent en la matière⁸⁹, soumet ainsi la création et le fonctionnement des EPL à des contrôles étatiques renforcés, qui jouent tantôt avant leur création et tantôt après.

Le contrôle *ex ante* s'opère au moment de la constitution proprement dite de l'entreprise. Il se concrétise par l'existence d'un certain nombre de formalités préalables dont le ou les entrepreneurs doivent s'acquitter auprès de divers organismes dépendants de l'État. Leurs modalités confirment toutefois le renforcement actuel de cette liberté locale.

D'un côté, on assiste en effet au recul de l'autorisation préalable devant être délivrée par décret en Conseil d'État pour la création de certaines entreprises publiques. La loi NOTRe l'a abrogée à l'égard des régions, de sorte qu'elles peuvent désormais en principe librement devenir actionnaire de sociétés commerciales. La formalité ne subsiste que pour les communes (art. L. 2253-1 du CGCT) et les départements (art. L. 3231-6 du CGCT), qui ne peuvent monter au capital de

⁸³ CA Paris 15.2.1991, Sct PDG et B., *AJDA* 1991. 528, note Broussolle ; Cass. Soc. 25.2.1981, *D.* 1983. 658, note Laurin.

⁸⁴ Comme *Air France*. V. Cass. Soc. 16.12.1987, *Bull. Civ.* V, n° 731.

⁸⁵ Sur cette question, v. notre article « L'évolution des modes de financements des services publics », *op. cit.*

⁸⁶ CE Sect. 18.3.1977, CCI de La Rochelle, *R.* 153, concl. Massot.

⁸⁷ Cf. CE avis 10.11.199, *EDCE* 1993. 349 et Ord. n° 2014-948 du 20.8.2014, relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

⁸⁸ V. la liste donnée à l'art. 4 de la Dir. n° 2006/123/CE du 12.12.2006, relative aux services dans le marché intérieur.

⁸⁹ CE 3.9.2007, *Amiel c/ Ordre national des médecins*, req. n° 295344.

sociétés commerciales autres que celles destinées à gérer un SPIC ou une activité d'intérêt général relevant de leur compétence, sans cette autorisation.

D'un autre côté, s'opère une sorte de banalisation de la déclaration préalable. Comme n'importe quelle société commerciale, la création d'une société publique doit faire l'objet d'une annonce légale dans les conditions prévues par le Code de commerce. Elle doit en outre se concrétiser par le dépôt des actes de constitution de la société et l'envoi d'une demande d'immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). En pratique, le centre de formalités des entreprises (CFE) de la CCI du siège social de la nouvelle entité s'occupe généralement de gérer l'enregistrement des statuts et de leurs documents annexes (procès-verbal d'assemblée nommant les administrateurs, déclaration de conformité etc.) et de procéder à toutes les déclarations sociales et fiscale nécessaires auprès des administrations concernées (v. *supra*). C'est notamment l'occasion pour l'Etat de s'assurer que l'entreprise publique locale a bien son siège sur le sol français. Contrairement à leurs homologues purement privées qui bénéficient de la liberté d'établissement et peuvent s'installer n'importe où au sein de l'UE, les EPL doivent en effet être domiciliées sur le territoire national. La règle est importante car elle détermine aussi les autorités compétentes pour contrôler *ex post* leurs décisions au nom de l'État.

Comme les sociétés purement privées, les sociétés publiques sont soumises au contrôle d'un commissaire aux comptes. Mais elles sont parallèlement soumises à des contrôles supplémentaires, destinés à vérifier la validité des actes de puissance publique qu'elles peuvent être autorisées à prendre et de leurs engagements financiers.

Leurs décisions font l'objet du contrôle de légalité du préfet du département où est domiciliée l'entité (art. L. 1524-1 du CGCT). Ce dernier est notamment amené à contrôler la licéité, outre des délibérations à l'origine de sa création, des actes pris par elle pour mener à bien son objet social. C'est notamment pour lui l'occasion de vérifier que la création ou le fonctionnement de l'entreprise est compatible avec le Schéma Régional de Développement Économique, d'Innovation et d'Internationalisation de la Région (SRDEII) désormais prévu à l'article L.4251-12 du CGCT. Afin de faciliter son examen, les décisions des SEML traduisant l'exercice d'une prérogative de puissance publique doivent faire l'objet d'un rapport spécial (art. L. 1524-3 du CGCT). En cas d'illégalité, le préfet peut saisir le juge administratif. Mais il peut également saisir la Chambre régionale des comptes de la circonscription, les articles L. 1524-2 et L. 1531-1 du CGCT lui permettant par exemple de lui demander son avis sous un mois sur la situation financière d'une SEML.

En cas de cession, la décision peut être soumise à l'avis conforme de la Commission des participations et des transferts. Celle-ci est compétente pour évaluer la valeur des titres détenus par les actionnaires publics. Selon l'article 181 de la loi n° 2015- 990 du 6 août 2015, la Commission doit précisément être saisie lorsque la société concernée réalise « un chiffre d'affaires supérieur à 75 millions d'euros ou employant plus de 500 personnes ». Ce qui montre bien le contrôle renforcé auxquels les EPL sont soumises et le caractère spécifique de la liberté d'entreprendre qui leur est implicitement reconnue.

* *
*

En conclusion, les développements qui précèdent permettent d'apporter une réponse doublement positive aux deux questions posées en introduction.

S'agissant de la première, l'exemple des administrations locales montre que **les personnes publiques jouissent** en réalité désormais tacitement de la liberté d'entreprendre. Seulement il s'agit **d'une liberté d'entreprendre au fondement et à la nature différente de celle reconnue aux personnes privées**. Tandis que cette dernière dérive, en droit interne, de la liberté du

commerce et de l'industrie, la première découle également du principe de libre administration pour les collectivités territoriales et leurs groupements (et probablement du pouvoir reconnu au législateur par l'article 34 C. de procéder à des nationalisations d'entreprise, de créer de nouvelles catégories d'établissement public ou de fixer le régime des sociétés commerciales pour l'Etat). **En droit de l'UE, elle apparaît comme la conséquence du principe *précité* de neutralité, dès lors que ce dernier permet aux Etats membres d'avoir un secteur public, à la condition que ses opérateurs se comportent, hors le cas où ils sont investis de missions de service public, comme n'importe quelle entreprise sur le marché, conformément au principe « d'égalité concurrence »⁹⁰.**

Quant à la seconde, **les personnes publiques peuvent bien être considérées comme des entrepreneurs, puisque cette liberté vise à leur permettre de réaliser les profits nécessaires à l'équilibre financier de leurs entreprises, le principe de neutralité de l'impôt interdisant normalement de les financer par le biais des contributions publiques.** Alors que la liberté d'entreprendre des personnes privées vise à leur permettre d'accumuler des richesses *stricto sensu*, celle des personnes publiques vise toutefois également à créer les conditions nécessaires à cette accumulation de richesses. De sorte qu'il s'agit d'entrepreneurs « avisés » pour paraphraser la formule de la CJUE⁹¹: à la différence de leurs homologues purement privés qui sont à la recherche d'un profit direct, sur le court terme, les entrepreneurs publics sont davantage à la recherche d'un profit indirect, sur le moyen ou long terme, leur entrepreneuriat servant de support au développement socio-économique de la collectivité. **Alors que les préfets ont été en 2017 appelés à se comporter en « entrepreneur » de la République au sens figuré⁹², les élus locaux en sont ainsi devenus au sens propre, depuis le tournant des années 1980, en conséquence de l'approfondissement de la décentralisation.**

Cette évolution marque la fin d'un tabou. Entre le refus radical formulé au XIXe siècle de voir les personnes publiques créer des entreprises concurrençant l'initiative privée et l'obligation dans laquelle elles se trouvent parfois depuis le milieu du XXe siècle de les instituer, il y a place pour une liberté d'entreprendre leur permettant de recourir discrétionnairement, en toute sécurité juridique, à des entreprises publiques, pour répondre, de façon la plus adaptée possible, aux besoins de leur population à un instant «T».

En tant que liberté, elle implique pour ses bénéficiaire la faculté de créer, dans le respect des textes applicables et pour un motif d'intérêt général, des entreprises publiques locales, de déterminer leur objet social, de le faire évoluer, mais aussi d'en changer la forme statutaire, de les faire adhérer à des réseaux d'entreprises, de prendre des participations dans d'autres sociétés ou de partir à l'assaut des marchés étrangers (dans le cas des SEML ou des EPIC), d'embaucher - ou de débaucher ! - les talents nécessaires à la poursuite de leur activité, de faire de la publicité, de déposer des marques ou modèles ou des brevets à l'INPI mais aussi de céder leurs parts sociales etc. En tant que liberté locale, elle implique d'être utilisée pour satisfaire un intérêt local, dans le respect de la libre concurrence, et sous le contrôle des autorités centrales ou déconcentrées.

Malgré ces contraintes, les territoires semblent bien décidés à s'engouffrer dans les interstices que leur laissent les textes et la jurisprudence pour maintenir, grâce à cette liberté nouvelle, leurs interventions dans leur circonscription et compenser ainsi la baisse de leurs dotations étatiques. On peut toutefois se demander si on ne peut aller plus loin. **Les textes ne les autorisent pour l'instant qu'à recourir à des sociétés commerciales. Or, pourquoi ne pas étendre leur pouvoir de création à des entités d'une autre nature ?** À l'heure où l'inventaire exact des biens

⁹⁰ CE Sect. 31.5.2006, *préc.*

⁹¹ CJUE 4.9.2014, SNCM SA, Aff. C-533/12 P.

⁹² Discours prononcé par le président de la République, Emmanuel Macron, le 5 septembre 2017.

de leur domaine privé reste souvent difficile à établir⁹³, n'y aurait-il par exemple pas d'intérêt à leur ouvrir la possibilité de recourir à des sociétés civiles de gestion de portefeuille pour les aider à optimiser, seule ou à plusieurs, la valeur patrimoniale dudit domaine ?

Au-delà on peut se demander si le renforcement de leur liberté d'entreprendre ne révèle pas en creux l'architecture « moderne » de l'administration territoriale de demain. Avec la multiplication des EPL, seul le noyau dur des services publics administratifs (comme l'activité de police ou d'organisation des élections⁹⁴) est garanti de continuer à être assuré en régie par les agents publics, un nombre croissant d'activités de sécurité ou de contrôle pouvant désormais être externalisées à des entreprises publiques ou privées⁹⁵. De même, nombre de SPIC et autres activités d'intérêt général assumés à titre obligatoire ou facultatif par les territoires semblent avoir vocation à être pris en charge par elles. Dans les deux cas, les EPL seront amenées à fonctionner avec un certain nombre d'agents d'exécution et d'application qui leur auront été transférés par voie de détachement - voire de détachement intégration -, ceux d'élaboration et de conception étant, pour partie - mais pour partie seulement -, destinés à rester employés des administrations locales: afin d'assurer le lancement et de veiller à la bonne exécution des missions dont les entreprises auront été investies.

Via ce stratagème, on semble ainsi s'orienter vers cette fonction publique de métiers, ménageant une place plus importante aux agents contractuels, qu'avait envisagée en 2007 le *Livre Blanc sur l'avenir de la Fonction publique*⁹⁶. Quelles que soient les suites données à ce sentiment par la réforme du statut qui s'annonce pour 2018, une chose est sûre : **la liberté d'entreprendre des personnes publiques locales se présente d'ores et déjà comme une caractéristique originale de l'administration territoriale du XXIe siècle. A quand sa consécration explicite par les textes et la jurisprudence?**

À Tahiti, le 17 mai 2018.

⁹³ En ce sens, v. Bendahi R., *La gestion du patrimoine immobilier des collectivités territoriales*, Territorial éd. 2018, p. 97 s.

⁹⁴ Sur cette question, v. Circ. n° NOR INTB8700232C du 7.8.1987.

⁹⁵ Sur cette question, v. Cour des comptes, *Rapport public 2018*, tome 1, Cour des comptes 2018, p. 171 s.

⁹⁶ Silicani J.-L., *Livre blanc sur l'avenir de la Fonction publique*, DF 2007, p. 101.