HAL open science

Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes : conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques

Lucien Breteau

▶ To cite this version:

Lucien Breteau. Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes : conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques. Droit. 2012. ⟨dumas-05545782⟩

HAL Id: dumas-05545782

https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-05545782v1

Submitted on 10 Mar 2026

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.

Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-ND 4.0 - Attribution - Non-commercial use - No Derivative Works - International License

Universités Lumière Lyon II, Jean Moulin Lyon III
et Jean Monnet Saint Etienne
Facultés de droit et de science politique
Année universitaire 2011 /2012

Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes

Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention
du Master 2 Droit public fondamental
Co-habilité Lyon II – Lyon III – Saint Etienne

par

Lucien BRETEAU
Sous la direction de
S. CAUDAL, professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

AVANT-PROPOS

L'Équipe de droit public de Lyon (EA 666) a décidé, il y a quelques années, de lancer une collection des « *Mémoires de l'Équipe de droit public* » destinée à publier les meilleurs mémoires des masters 2 recherche qui lui sont rattachés.

Cette démarche constitue à présent un élément à part entière de la politique scientifique l'Équipe dont l'objectif est de valoriser les meilleurs travaux de recherche réalisés au cours d'une année universitaire.

Certes, ces travaux n'ont pas la dimension d'une thèse mais ils constituent un travail original dont la qualité est attestée par les responsables des masters concernés. Ces mémoires participent également au rayonnement de l'Équipe de droit public, composée de 4 Centres : le Centre de Droit Constitutionnel ; le Centre d'Études Fiscales et Financières ; l'Institut de droit de l'environnement ; l'Équipe d'Etudes Administratives.

C'est dans ce cadre que s'inscrit le mémoire de Monsieur Lucien BRETEAU, diplômé du Master 2 Recherche Droit public fondamental, cohabilité entre les universités de Lyon 2, Lyon 3 et Saint-Étienne.

Ce mémoire, qui porte sur « *Les règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en sociétés anonymes. Conséquences juridiques de la privatisation statutaire des entreprises publiques*», a été préparé sous la direction de Madame le Professeur Sylvie CAUDAL, directrice de l'Institut d'Études Administratives.

Cette recherche s'interroge sur le rôle et la justification de l'application d'un régime exorbitant au droit commun auquel sont soumises les sociétés anonymes issues de la privatisation statutaire de personnes publiques matériellement spécialisées.

La qualité de ce travail a été reconnue au sein du Master et de l'Équipe de droit public. Il paraissait alors indispensable d'en assurer sa diffusion au-delà des murs de notre faculté de droit ; c'est chose faite au travers de la présente publication.

Philippe BLACHER
Professeur de droit public
Directeur de l'Équipe de droit public
Université Jean Moulin – Lyon 3

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Ces remerciements s'adressent, en premier lieu, à Madame le professeur Caudal pour l'aide apportée dans le cadre de la direction de cette étude.
Ils s'adressent aussi à Monsieur le professeur Négrin pour l'éclaircissement désintéressé fourni dans le cadre de son cours de fiscalité locale.
Aussi, mes remerciements sont adressés à l'ensemble des enseignants constituant l'équipe pédagogique du Master dans le cadre duquel ce travail a été effectué.
Enfin, ces remerciements vont à l'ensemble de mes condisciples et amis, ainsi qu'à ma famille.

Table des abréviations

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics
ADP	Aéroport de Paris
AIJC	Annuaire international de justice constitutionnelle.
AJDA	Actualité juridique de droit administratif.
AJCT	Actualité juridique-Collectivités territoriales.
AJFP	Actualité juridique-Fonctions publiques.
Ass	Arrêt d'assemblée.
BJCL	Bulletin juridique des collectivités territoriales.
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics.
CA	Cour d'appel.
CAA	Cour administrative d'appel.
Cah CC	Cahiers du Conseil constitutionnel.
Ccass	Cour de cassation.
CC	Conseil constitutionnel.
C. civ	Code civil.
C. com	Code de commerce.
CE	Conseil d'État.
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme.
CFPA	Cahiers de la fonction publique et de l'administration.
CGCT	Code général des collectivités territoriales.
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques.
Civ	Cour de cassation, chambre civile.
CJA	Code de justice administrative.
CJCE	Cour de justice des communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne depuis le 1er décembre 2009, celle-ci étant censée comprendre à la fois la Cour de justice, le Tribunal et les tribunaux spécialisés.
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz devenus Revue juridique de l'entreprise publique (RJEP), puis Revue juridique de l'économie publique.
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne.
CMP	Contrats et marchés publics.
CNME	Caisse nationale des marchés de l'État.

Chr	Chronique.
Coll. Terr	Collectivités territoriales.
Comm	Commentaire.
Concl	Conclusions.
Cons	Considérant.
D	Recueil Dalloz.
DA	Droit administratif.
EDCE	Etudes et documents du Conseil d'État .
EDF	Électricité de France.
Fasc	Fascicule.
GACA	Grands arrêts du Contentieux administratif (par J. -C Bonichot, P Cassia, B. Poujade, Dalloz, 2ème édition, 2009).
GACE	Grands avis du Conseil d'État (par Y. Gaudement, B. Stirn, T. Dal Farra, F Rollin, Dalloz, 3ème édition, 2008.
GDCC	Les grandes décisions du Conseil constitutionnel (par L. Favoreu et L. Philip, Dalloz, 16ème édition 2011).
GDF	Gaz de France.
Jcl adm	Jurisclasseur administratif.
JCP	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition générale.
JCP A	Jurisclasseur périodique (La semaine juridique), édition Administration et collectivités territoriales.
JO	Journal officiel.
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne.
LNE	Laboratoire national de la météorologie et des essais.
LPA	Les Petites Affiches.
Obs	Observations.
ORTF	Office de radiodiffusion télévision française.
RA	Revue administrative.
Rapp	Rapport.
RATP	Régie autonome des transports parisiens.
RDI	Revue de droit immobilier.
RD publ	Revue du droit public et de la science politique.
Req	Requête.

RFDA	Revue française de droit administratif.
RFDC	Revue française de droit constitutionnel.
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales.
RID comp	Revue internationale de droit comparé.
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique, devenue, en juillet 2007 , Revue juridique de l'économie publique.
RLCT	Revue Lamy des collectivités territoriales.
RLC	Revue Lamy de la concurrence.
RPDA	Revue pratique de droit administratif.
Rec	Recueil.
Rev. Sociétés	Revue des sociétés.
RRJ	Revue de recherche juridique et de droit prospectif.
RTD civ	Revue trimestrielle de droit civil.
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen.
RTF	Radio télédiffusion française.
S	Sirey.
SARL	Société anonyme à responsabilité limitée.
SAS	Société par actions simplifiée.
SASU	Société par actions unipersonnelle.
SEITA	Société d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes.
SNCF	Société nationale des chemins de fer.
Sect	Section.
SNP	Société nationale des poudres.
TA	Tribunal administratif.
TC	Tribunal des conflits.

Sommaire

Avertissement. p. 5

Remerciements. p. 7

Liste des abréviations. p. 9

Sommaire. p. 13

Introduction. p. 17

Titre I : Les règles de droit public relatives à l'encadrement des activités des personnes publiques transformées en personnes privées. p. 45

Chapitre I : L'influence de la transformation statuaire dans l'évolution du champ des règles de droit public applicables aux activités de la personne morale. p. 45

Section I : L'encadrement de l'exercice des prérogatives de service public liées aux activités des personnes publiques transformées en personnes privées. p. 45

Section II : Le principe de spécialité: un principe rattachable à la personnalité morale mais ayant un degré d'application variable en fonction du statut public ou privé. p. 53

Chapitre II : La mise en place d'un régime de droit public spécifique gouvernant les activités de service public des anciennes personnes publiques à statut privatisé. p. 59

Section I : Des activités de service public déterminées par la contractualisation de la tutelle sur les entreprises à statut public transformées en personnes privées. p. 59

Section II : Des obligations de service public imposées jusqu'aux obligations de service universel transposées : une convergence de régimes juridiques. p. 65

Titre II : Les règles de droit public assimilables au statut de la personnalité publique et applicables aux personnes publiques privatisées. p. 73

Chapitre I : Le régime juridique permanent des personnes publiques transformées en sociétés anonymes : entre règles dérogatoires au droit des sociétés et règles propres à la personnalité publique. p. 73

Section I : Les règles spécifiques propres à l'aménagement du contrôle de l'actionnariat public : le cas des sociétés publiques. p. 74

Section II : L'application pour les personnes publiques transformées en sociétés anonymes d'un régime de droit public à titre indéterminé relatif à la protection de leurs moyens de gestion. p. 84

Chapitre II : Les règles spécifiques liées au statut de la personnalité publique appliquées en tant que régime juridique transitoire relatif aux moyens des anciennes personnes publiques à statut privatisé. p. 99

Section I : Une conservation de règles de droit public traditionnellement incompatibles avec le statut de droit privé motivée par l'exigence de sécurité juridique p. 99

Section II : Une conservation des droits acquis théoriquement controversée entrainant la disparition du lien fondateur entre règle de droit public et secteur public. p.104

Conclusion. p.115

Textes officiels. p.121

Bibliographie. p.125

«Si quelques matières, jadis abondantes se tarissent, d'autres les remplacent. N'est ce pas au surplus, le sort du droit civil, aussi bien que du droit administratif, de briller, de s'épuiser, et de se rajeunir. (…) La jurisprudence administrative aura ses révolutions de formule, de règles et de matières. Moins que personne nous ne pouvons espérer durer toujours. Tout passe, toute œuvre de l'homme, comme l'homme lui-même, ne vit que son temps et ce temps est court».
Louis Marie de Lahaye de Cormenin, *Traité de droit administratif*, Tome I, *Pagnerre-Thorel*, *Bibliothèque des arts et métiers*, 5ème édition, Paris, 1840, p. XLIV.

«Il y a en effet des cycles dans la vie des notions juridiques : elles évoluent très vite et suscitent des études souvent si remarquables qu'elles découragent par leur qualité de nouvelles analyses ; puis elles s'assagissent et ne font plus parler d'elles, si ce n'est modestement dans une législation et une jurisprudence en apparence répétitives. Elles ne demeurent pas figées pour autant : comment pourraient-elles l'être, alors que la société connaît les changements politiques économiques et sociaux que l'on sait ? Leur immobilisme total serait le signe fâcheux d'une inadaptation progressive du droit aux besoins sociaux».
Didier Truchet, «Label de service public et statut de service public.», *AJDA*, 1982, p. 427.

Introduction

L'idée d'un régime droit public applicable à des personnes privées est embarrassante. Elle a contribué, de façon notable, à la complexification de la détermination de la sphère du droit administratif ne pouvant plus être délimitée par rapport à la nature publique ou privée de la personnalité juridique[1]. Cette identification du droit administratif par rapport au critère organique a été frappée de sévères remises en cause par des mouvements jurisprudentiels majeurs s'expliquant par l'accroissement du champ d'intervention de l'État dans des domaines différents de ceux qui étaient considérés comme relevant de son «but naturel»[2].
L'avènement de la crise de la notion de service public désignant le cas où une personne publique relève de la compétence du juge judiciaire a donc marqué un premier pas vers cette dissociation entre le critère organique et le critère matériel. Cette crise d'ordre théorique s'est caractérisée par le décantonnement du droit privé de sa place de droit accessoire de l'action

---

[1] C. Eisenmann, *Cours de droit administratif*, Tome 1, p. 90 : Le droit administratif y est défini comme «toutes les règles originales ou non par rapport au droit privé qui s'appliquent à l'administration».
N. Chifflot, *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, préface de O. Jouanjan et P. Wachsmann, Paris, *Dalloz*, coll. «Nouvelle Bibliothèque des Thèses», 2009.
Monsieur Nicolas Chifflot insiste sur la dénonciation de ce que C. Einsenman appelle «l'unité organique de l'administration» d'où la remise en cause de la doctrine organique du service public qui identifiait ce dernier en fonction de la nature publique ou privée de son gestionnaire.

[2] M. Hauriou, Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac* : «Si l'association syndicale, instrument de production agricole, est devenue membre de l'État , un instrument d'État , il n'y a pas de raison pour que l'usine, elle aussi, instrument de production industrielle ne devienne pas établissement d'État , et nous disons que c'est grave, parce qu'on nous change notre État ».
P. Matter, Conclusions sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Recueil *Dalloz,* 1921 .3, p. 1: «Il faut entendre par service public une organisation gérée par un organe de l'Administration publique, en vue de l'accomplissement de la fonction administrative de l'État (M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, *Dalloz*, 10ème édition, p. 25 et suivantes.) Ainsi, ne seront des services publics que ceux organisés et exploités en vue d'accomplir un acte normal de sa fonction, pour atteindre son but naturel. Mais l'État , comme toute son administration, peut entreprendre des services qui ne sont pas de son essence, qui pourraient être organisés par toute personne et par toute société. (Ces services, (…)) sont de nature privée et s'ils sont entrepris par l'État , ce n'est qu'occasionnellement, accidentellement, parce que nul particulier ne s'en est chargé, et qu'il importe de les assurer dans un but d'intérêt général; les contestations que soulève leur exploitation ressortissent naturellement de la juridiction de droit commun. »

publique auquel la personne publique peut décider de se soumettre, occasionnellement, comme n'importe quel particulier, en faisant naitre un rapport d'obligation excluant toute idée d'exorbitance[3]. En effet, le droit privé est aussi un droit pouvant s'imposer à l'action publique dans la mesure où l'activité de service public en question est qualifiée d'industrielle et commerciale[4] . La seconde rupture, toute aussi marquante, à côté de la naissance de cette notion de service public industriel et commercial a été, à l'instar d'un effet miroir, la consécration de «la gestion publique de la personne privée[5]». Ce deuxième aspect constituant la pierre angulaire de ce mémoire consacré à une telle étude au sein du mouvement politique et économique considérable qu'est la privatisation a permis d'affirmer, après quelques incertitudes, nées de la jurisprudence administrative[6] dans le contexte corporatiste supportant le régime de Vichy, l'idée qu'une personne de droit privé pouvait se voir reconnaitre une mission de service public et partant, être investie de prérogatives de puissance publique comme la capacité d'édicter des actes administratifs unilatéraux[7].

La «gestion publique de la personne privée» marque donc l'éclatement du dernier verrou permettant de déterminer la sphère du droit administratif en raison de la personnalité publique qui va, par la même, perdre le monopole de l'applicabilité du droit public. Certes, il est incontestable que le droit public n'a jamais pu se caractériser par une inapplicabilité totale devant le juge judiciaire, ne serait-ce qu'en matière de responsabilité civile[8]. Cependant, il est intéressant de constater qu'en raison des transformations sociales nées à la fin du XXème siècle caractérisées par la remise en cause de ce qu'il convient d'appeler «l'État providence» , mais aussi par un facteur exogène lié au développement du droit communautaire ; le législateur va lui-même aggraver cette dissociation des critères organique et finaliste en insérant ces règles de droit public dans le régime juridique des personnes publiques pourtant transformées en personnes privées. Il s'agit d'un des aspects les plus spécifiques de ce régime juridique propre à la privatisation, même si il convient de constater que le rôle de la jurisprudence n'est pas indifférent à cette dissociation. Ainsi, dans ce dernier cas, le juge

---

[3] Conseil d'État , 31 juillet 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges,* Recueil *Dalloz* 1916. 3, p. 35.

[4] Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain,* Recueil *Dalloz*, 1921.3, p. 1.

[5] Conseil d'État , 13 mai 1938, *Caisse primaire Aide et protection,* Recueil *Dalloz,* 1939.3, p. 65.

[6] Arrêts d'Assemblée: Conseil d'État , 31 juillet 1942, *Montpeurt,* Recueil *Dalloz,* 1942, p. 138 et Conseil d'État , 2 avril 1943, *Bouguen,* Recueil *Dalloz,* 1944, p. 52.

[7] Conseil d'État , 13 janvier 1961, *Magnier, RD publ,* 1961, p. 155.

[8] Cour de cassation, 23 novembre 1956, *Trésor public contre Docteur Giry,* Recueil *Dalloz,* 1957, p. 34.

statuant d'après la loi, va néanmoins décider, notamment pour des raisons de sécurité juridique, de soumettre des personnes ainsi que certains de leurs actes à un régime de droit public quand bien même ces dernières sont devenues des personnes privées.

A) Sur les personnes publiques transformées en personnes privées.

a) La détermination de la notion de transformation d'une personne publique en personne privée.

Avant de s'attarder plus précisément sur la cause de ce mouvement consistant, au sens strict, à rendre privé ce qui est public ; il convient de développer la définition même du terme de transformation pour déterminer dans quelle mesure cette dernière peut être vue comme une définition de la notion, ô combien polysémique, de privatisation[9].

Le terme de transformation d'une personne publique en personne privée peut ne s'appréhender que de façon purement organique[10]. Une telle acception est alors sans conséquence sur la composition du capital de l'organisme pouvant être majoritairement public. Cela signifie qu'il n'est pas remis en cause l'appartenance au secteur public, et notamment la qualification d'entreprise publique d'anciennes personnes publiques gérant une activité économique[11]. Tout au plus, ce changement de statut caractérisé par la perte de la

---

[9] S. Nicinski, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés», *RFDA,* 2008, p. 35. Le professeur Nicinski rappelle ici que «le terme de privatisation est si polysémique qu'il convient de ne pas se méprendre. On utilise ce terme pour désigner au moins trois catégories d'opérations: premièrement, l'opération consistant à transférer l'exploitation d'une activité, le plus souvent un service public dévolu à une régie où à un établissement public aux mains d'un délégataire privé; deuxièmement l'opération de transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé (privatisation au sens de l'article 34 de ,la Constitution; et, troisièmement, la modification de la forme juridique d'(un organisme, passant d'une forme juridique de droit public à une forme juridique de droit privé (privatisation du statut).»

[10] J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, *LGDJ*, 5ème édition, 2011, p. 846.

[11] Loi n° 86-912, 6 aout 1986, article premier: « Les opérations mentionnées à l'article 2 de la loi e privatisation n° 92-923 du 19 juillet 1993 et au II de l'article 7 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, s'effectuent par cession de titres (…), sous réserve que le transfert au secteur privé de la majorité du capital de l'entreprise ne puisse résulter de l'exercice de ces options d'acquisitions ou de souscription, échanges contre des actions de type participatif (…)»

personnalité publique, peut être considéré comme la première étape vers la sortie du secteur public dans la mesure où, par définition, seule une personne privée disposant d'actionnaires permet les partenariats capitalistiques et l'avènement d'une éventuelle majorité privée au capital[12] . C'est par ailleurs cette dernière opération juridique, au sens du transfert de la propriété d'une entreprise du secteur public au secteur privé dont la loi fixe obligatoirement les règles, conformément à l'article 34 de la Constitution, qui apparait comme «la vraie privatisation»[13]. En effet, ce n'est que dans ce dernier cas que le contrôle et la direction ne relèvent plus d'une personne publique, ce qui constitue le critère déterminant de l'entreprise publique[14]. Cela étant précisé, il convient de signaler que la transformation d'une personne publique en personne privée *stricto sensu*, excluant donc la privatisation capitalistique, recouvre néanmoins un aspect plus large du fait de la jurisprudence. En effet, la notion de «transformation», selon une décision récente, englobe des cas de figure plus importants que ce qu'elle pourrait impliquer dans son sens courant, bien que ce dernier recouvre l'essentiel des privatisations structurelles proprement dites . Dans son arrêt du 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français*[15], le Tribunal des conflits a qualifié de transformation, l'opération résultant de l'article 11 de la loi n° 92-665 du 16 Juillet 1992 «portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit» selon lequel : «l'établissement public à caractère industriel et

---

Ainsi selon Madame Perrotet : «seule compte la majorité au capital social, si les actionnaires public la perde il y a transfert, si il ne la perde pas, il n'y a pas transfert».

Voir à ce sujet : S Perrotet «1986-2006: Bilan de 20 années de privatisation», *RJEP*, Avril 2008, étude 4.

La loi lève donc l'ambigüité sur la façon d'examiner cette majorité au capital par la prise en compte des parts directement détenues par l'État ou indirectement par le biais d'autres actionnaires publics voir à ce propos les observations de Pierre Mazeaud au nom de la commission des lois annexe au Rapp AN n° 10, 2ème SO, 1985-1986 de Robert André Vivien.

[12] J.-P. Colson, *op. cit*, p. 848.

[13] P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, Dalloz*, 1998, p. 630.

[14] Conseil d'État , 24 novembre 1978, *Syndicat national du personnel de l'énergie atomique,* Recueil *Dalloz,* 1978, p. 1978.

S. Perrotet, «1986-2006: Bilan de 20 années de privatisation», *RJEP*, Avril 2008, étude 4 précitée : «Le juge s'est d'ailleurs toujours prononcé dans ce sens 5…° Seule compte la majorité au capital social. Si les actionnaires publics le perdent il ya transfert(…)Et peu importe la question de savoir quels droits sont attachés à une telle action spécifique ,ni même l'existence d'un pacte d'actionnaire .

[15] Tribunal des conflits, 16 octobre 2006 , *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français,* Note B. Delaunay, *RFDA*, 2007 p. 290-297.

commercial, dénommé caisse centrale de réassurance, apportera à une société anonyme crée à cet effet également dénommée caisse centrale de réassurance, appartenant au secteur public, l'ensemble des droits, biens et obligations attachés à son activité (…). A la date de la réalisation des apports, l'établissement public à caractère industriel et commercial dénommé caisse centrale de réassurance est supprimé.» L'utilisation de la notion de transformation pour un tel cas de figure montre donc toute l'ambigüité d'une telle qualification par le Tribunal des conflits et l'élargissement qui en résulte. Ainsi, la notion de «transformation» de personnes publiques en personnes privées ne sera pas retenue au sens strict «d'un changement de forme juridique sans création d'une nouvelle personne morale», mais à toutes les hypothèses de succession de personnes morales de droit privé à une personne morale de droit public[16]. Cette définition extensive doit donc être retenue[17], car l'intérêt de l'étude des règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en personnes privées vient du fait qu'elle porte sur une conséquence identique, quand bien même, les deux modes de privatisation statutaire, qui en sont à l'origine, sont différents.

b) L'objet des transformations des personnes publiques en personnes privées.

L'étude des transformations des personnes publiques en personnes privées a donc pour objet essentiel le passage du statut de droit public d'établissements publics au statut de

---

[16] Dans le même sens, S. Nicinski «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés», *RFDA*, 2008, p. 35.

[17] En ce sens, le professeur Brisson semble considérer cette hypothèse de succession de personne comme la modalité de transformation statutaire de principe : J.-F. Brisson, «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires», *AJDA*, 2005, p. 1837: «Si l'on s'en tient aux travaux de la doctrine, la transformation statutaire suppose deux opérations juridiques distinctes: la dissolution de l'établissement et sa recréation sous forme de société commerciale.»

Contra: J.-J. Bienvenu, «La liquidation des établissements publics», *Revue administrative*, 1993, p. 311

N. Mathey, «Personne publique et personne privée», acte du colloque du colloque de l'AFDA organisé les 14 et 15 juin 2007: «La personnalité publique», *Litec*, 2007, p. 81: «Si l'on admet avec une partie de la doctrine l'absence de variabilité de la personnalité morale en fonction de la forme, il est aisé de comprendre que la transformation n'entraîne pas la création d'une nouvelle personne morale. Une double réserve doit être formulée: il faut, d'une part que la finalité ne soit pas atteinte et, d'autre part, que l'organisation ne soit pas bouleversée.»

personnes privées, dont on déduit d'ailleurs, pour ces dernières, la forme de sociétés commerciales. La forme de l'établissement public a largement été définie dans l'arrêt du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du Canal de Gignac*, avec, pour critère premier, les prérogatives de puissance publique dont on constate aujourd'hui le caractère non exclusif. S'ajoute aussi le critère du rattachement à la personne publique qui lui transfère alors une activité spécifique qu'il gère dans le cadre de la «décentralisation technique». Ce «service public spécial personnalisé»[18], selon la formule du doyen Hauriou, fait l'objet d'une confusion entre le service et la personne le gérant, et donc, entre l'application de la règle de droit public par rapport à la personne publique. Comme précédemment dit, la perte de ce statut de personne publique remet en cause cette confusion organique dans la mesure où des règles propres au régime de droit public continuent de s'appliquer à la personne publique transformée même si elle est devenue, par définition, une personne morale de droit privé.

Le régime de droit public applicable à la personne privée résultant de cette transformation est alors dérogatoire au droit privé, et, plus spécifiquement, au droit commercial. En effet, la transformation d'une personne publique en personne privée a principalement pour cause l'exercice d'une activité de nature économique. Les principales personnes publiques concernées sont donc les établissements publics industriels et commerciaux constituant, du fait de la gestion de cette activité économique, une entreprise publique au sens du droit de l'Union européenne, et donc, exerçant une activité soumise aux règles du droit de la concurrence. Dans ce dernier cas, l'application du droit de la concurrence n'a de limite que l'éventuelle qualification de service d'intérêt économique général prévue par l'article 106 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[19]. Comme précédemment dit, l'impulsion de cette transformation est justifiée par les possibles sanctions du droit l'Union européenne en raison du comportement lié au statut public, et ce, dans la mesure où la Cour de justice et la Commission manifestent une indifférence totale envers le critère

---

[18] M. Hauriou, *Précis de droit administratif, Sirey,* 12ème édition*,* 1933, p. 280.

[19] Article 106-2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne: «Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans la limite où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'application en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie (…).

organique pour qualifier d'éventuels manquements au droit de la concurrence[20] . Ce constat est d'ailleurs étendu aux personnes privées du fait qu'elles elles peuvent être considérées comme ayant une activité économique, alors même que leur forme sociale est celle de l'association[21]. On observe donc une radicalisation du démantèlement des établissements publics industriels et commerciaux nationaux exerçant une activité économique, dont ne seraient épargnés que ceux dont la qualification d'activité économique serait la moins évidente, à l'instar des théâtres[22].

La distinction de la nature de l'établissement public administratif et de la nature industrielle et commerciale est essentiellement le résultat de la distinction entre le service public industriel et commercial et le service public administratif. Cela se justifie par le fait que, comme le relève Madame Fouache : «La catégorie de l'établissement public industriel et commercial a été forgée en même temps que celle du service public industriel et commercial, pendant l'entre-deux-guerres, et est apparue comme son prolongement organique[23].» Ainsi, pour déterminer le régime de l'établissement public industriel et commercial dont l'application d'un régime de droit public est secondaire dans la mesure où ses activités relèvent principalement du droit privé, il convient de se reporter au faisceau d'indice érigé par le Conseil d'État, dans son arrêt du 16 novembre 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*[24]. Selon cet arrêt, en cas de silence des textes, la nature industrielle et

---

[20]Cour de justice des communautés européennes, 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH*, Aff. C-41/90.

Dans cet arrêt, est qualifiée d'entreprise «toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement.»

[21] Tribunal administratif de Dijon, 27 novembre 1990, *Préfêt de Saône et Loire,* Recueil *Lebon,* p. 512.

À partir de ce jugement, le professeur Richer remarque qu' «alors qu'on pourrait penser que les entreprises privées de service public sont toujours des sociétés commerciales, il a été admis qu'une association peut être assujettie aux règles concernant l'aide aux entreprises. (…) Une telle solution va dans le sens de l'évolution législative qui confirme la capacité de l'association à exercer une activité économique.»

L. Richer, «Remarques sur les entreprises privées de service public», *AJDA,* 1997, Numéro spécial, p. 104.

[22] D. Bailleul, «Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés», *CJEG*, 2006, p. 105.

[23] V. Fouache, *Etablissement public et société commerciale. Essai sur le devenir de l'établissement public industriel et commercial, Thèse Paris II,* 2005, p. 11.

[24] Conseil d'État , Assemblée générale, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques,* Recueil *Dalloz,* 1956, p. 759.

commerciale se démontre à partir de trois critères cumulatifs relatifs à l'objet de la mission, au mode fonctionnement et à l'origine des ressources. Subsidiairement, le législateur peut, de son propre chef, qualifier d'industriel et commercial l'établissement public, et ce, quand bien même ce dernier assure aussi des missions de service public administratif. Ce *Janus juridique,* selon la formule du professeur Chevallier désignant les établissements publics à double visage, ne peut alors voir sa nature remise en cause par le juge administratif, soumis à la loi, contrairement aux qualifications de nature règlementaires pouvant être renversées[25]. Ce cas de figure subsidiaire d'établissement public industriel et commercial par détermination de la loi concerne notamment l'Office national des forêts. En effet, bien que cet établissement public soit chargé d'une mission de nature administrative par la police spéciale des forêts, il est qualifié d'établissement public industriel et commercial par la loi n° 64-1278 du 23 décembre 1964[26]. Ce double visage est d'autant plus patent pour cet établissement, qu'à côté de son activité de service public administratif, le droit relatif à son personnel est celui de la fonction publique. D'ailleurs, c'est à propos du cas de cet organisme que certains auteurs ont été amenés à parler d' «innovation juridique»[27].

Á côté de cela, il convient de remarquer que certaines de ces «innovations juridiques»[28] ont aussi eu des conséquences similaires aux problèmes posés quant à la nature juridique des personnels, des biens, des obligations et du contrôle de ces personnes. Il s'agit notamment du cas où un service non personnalisé, tel qu'une régie de l'État, est devenu, à la suite d'une réforme législative, une personne privée. C'est, par exemple, le cas de mutations antérieures aux lois de 1980-90 relatives à l'office national des poudres devenant, à la suite de la loi du 24 juillet 1966, une société nationale. Aussi, à propos de l' office en question, la loi du 3 juillet de 1970 va organiser les modalités de reconversion des personnels de fonctionnaires tels que ceux attachés au ministère de la défense ou aux ouvriers d'État. Les

---

[25] Pour quelques exemples d'établissements publics à visage renversé par la remise en cause par le juge de la qualification règlementaire voir l'arrêt du Tribunal des conflits, 24 juin 1968, *Distilleries bretonnes contre FORMA, JCP*, 1969. II. 1564 et l'arrêt du Conseil d'État, 4 juillet 1986, *Berger,* Req nº 22836 ; *Droit Administratif*, 1986, nº 487.

[26] Pour la qualification d'établissement public industriel et commercial de l'ONF et l'inventaire de ses missions : voir les articles L221-1 et suivants du Code forestier.

[27] J.-P. Duprilot, «Les modifications de statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels», *AJDA,* 1972, p. 620.

[28] *Idem.*

personnels concernés pouvaient alors : - soit consentir à la perte de leur statut pour rejoindre les conditions liées au droit commun du travail, - soit demander leur réintégration dans un service et un emploi correspondant aux vocations de leur corps d'origine, du fait de l'application par le législateur d'une solution acquise par la jurisprudence *L'Herbier* de 1965, où la transformation du statut n'implique pas, par elle-même, un changement du statut du personnel dont la mise en œuvre ne peut relever que du législateur, conformément aux dispositions de l'article 34 de la Constitution. Si cette situation est tout à fait originale, elle emporte des problématiques très semblables à celles relatives au changement de statut de l'établissement public administratif devenant un établissement public industriel et commercial, car les solutions proposées concernant le personnel se rapprochent largement des situations récentes de transformation de personnes publiques en personnes privées[29]. De plus, si ce dernier cas de figure ne correspond pas aux termes du sujet dans la mesure où la régie n'est pas un organisme pourvu de la personnalité juridique, toujours est-il que cela permet de ne pas perdre de vue que la modification profonde faisant passer le régime de droit public du principe à l'exception, voire à la marginalité, est le passage du caractère administratif de l'activité matérielle au caractère industriel et commercial. En effet, c'est déjà à partir de ce changement statutaire que les conséquences juridiques sont les plus grandes. Sur ce point, un auteur a remarqué que : «que ce soit le changement du statuts de certains établissements publics administratifs et établissements publics industriels et commerciaux, ou la transformation d'une régie de l'État en Société commerciale, le problème est apparemment le même : un changement de statut avec, pour le personnel, un droit d'option entre le maintien de la qualité de fonctionnaire ou le maintien du statut de droit privé»[30]. On en déduirait donc que seuls sont concernés les établissements publics ayant le caractère d'entreprise publique et donc, les établissements publics industriels et commerciaux ou les établissements publics à double visage, même si on verra, par la suite, le cas d'un groupement d'intérêt public dont la transformation semble s'apparenter à cette logique.

À l'inverse de la qualification de l'établissement public qui peut être jurisprudentielle essentiellement et textuelle subsidiairement, quoique seule la qualification législative s'impose au juge, le caractère civil ou commercial d'une société est déterminé par la loi. Pour

---

[29] Conseil d'État , 29 juillet 1965, *L'Herbier*, Recueil *Dalloz*, 1965, p. 826.

[30] Pour tous ces développements, voir J.-P. Duprilot, «Les modifications du statut des établissements publics et leurs conséquences sur le régime juridique de leurs personnels», *AJDA,* 1972, p. 603.

ce caractère commercial qui est le seul adapté à l'accueil de la transformation du statut de l'entreprise publique en raison de la nature des activités de l'établissement public à caractère industriel et commercial[31], cette société est définie à l'article L. 210-1 du Code de commerce qui prévoit que «le caractère commercial (d'une société) est déterminé par sa forme ou par son objet». Il convient, en fait, de constater que c'est la société commerciale par la forme qui est adaptée à l'aboutissement de cette transformation et notamment un type particulier de société de capitaux : la société anonyme. L'exemple récent de la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 «relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales» permet de conforter cette détermination, et ce, malgré son caractère empirique.

Enfin, le groupement d'intérêt public, créé à l'origine par l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 pour la satisfaction de besoins spécifiques en matière de recherche, entre aussi dans l'objet de cette étude avec l'exemple, pour le moment unique, de la transformation du laboratoire français du fractionnement en société anonyme opérée par l'ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005. On constate alors que si le résultat de la transformation statutaire semble déterminé par le choix exclusif de la société anonyme, la forme publique d'origine est plus hétérogène. En effet, si la nature publique du groupement d'intérêt public a été le résultat d'une qualification jurisprudentielle qui lui a reconnu clairement la qualité de personne publique[32] , cette jurisprudence de 2000 a généralisé la démarche du Conseil d'État qui avait, dans son avis du 15 octobre 1985, affirmé le statut public des groupements d'intérêt public de recherche, d'enseignement supérieur et sportifs[33] .

---

[31] En ce sens A.-S. Mescheriakoff, *Droit public économique, PUF*, 1996, p. 218-219: «L'entreprise publique se livrant habituellement à des actes de commerce (…) La forme privée normale des entreprises publiques reste naturellement la société de capitaux principalement la société anonyme» et P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, Dalloz*, 1998, p. 672: «les particularités que les entreprises publiques à statut de société ont les unes par rapport aux autres ne tiennent pas, pour l'essentiel, au type de société qu'elles mettent en œuvre: normalement, il s'agit de sociétés anonymes . On peut rencontrer d'autres formes (par exemple celle de la SARL pour certaines sociétés d'économie mixte locale) mais elles sont trop rares pour ne pas apparaitre comme des curiosités.»

[32] Tribunal des conflits, 14 février 2000 , *GIP Habitat pour les mal-logés et les sans-abris, Rec,* p.748.

B. Jorion, «Les groupements d'intérêt public: un instrument de gestion pertinent du service public administratif», *AJDA*, 2004, p. 306: «(…) l'arrêt *GIP Habitat* a considéré que les groupements d'intérêt public étaient des personnes publiques soumises à un régime spécifique, caractérisé par une absence de soumission de plein droit aux lois et règlements régissant les établissements publics.»

[33] Conseil d'État , Avis du 15 octobre 1985, Req « n° 338385».

L'hétérogénéité des structures publiques d'origine qui ont fait l'objet d'une transformation statutaire est donc très surprenante, tant on connait les différences entre l'établissement public et le groupement d'intérêt public. Ces différences se manifestent d'une part sur le plan structurel, dans la mesure où la création du groupement d'intérêt public se distingue de celle des autres personnes publiques puisque cette dernière ne résulte pas d'un acte unilatéral, mais d'un acte contractuel qui est assimilé à un processus associatif entre personnes publiques et privées. D'autre part, cet organisme se distingue surtout par rapport à la nature des activités gérées qui sont singulièrement distinctes de celles assurées par les établissements publics à caractère industriel et commercial. Au vu de l'étendue de ces différences entre ces personnes concernées par le processus de privatisation statutaire, on constate cependant des causes comparables à celles qui provoquent les principales transformations d'établissements publics à caractère industriel et commercial en société anonymes.

c) Les causes des privatisations statutaires : la critique de la structure publique dans la gestion d'activités économiques et la remise en cause subsidiaire du groupement d'intérêt public gérant des activités assimilables à celles d'une entreprise publique.

La privatisation, ainsi qualifiée de statutaire ou de structurelle, c'est-à-dire la transformation purement organique d'une personne morale de droit public en une personne morale de droit privé, apparaît donc comme le préalable essentiel de la privatisation capitalistique.

La privatisation capitalistique est une opération significative d'un choix politico-juridique fondé sur une vision plus libérale de l'économie. La formule bien connue du Président des États-Unis Reagan selon laquelle «l'État ne résout pas le problème, le problème c'est l'État» est alors partagée avec la période Thatcher en Angleterre et est initiée lors de la première période de cohabitation en France. Il en résulte une remise en cause de l'importance considérable du secteur public et des privilèges excessifs liés au statut d' «administrateur entrepreneur». Cette remise en cause libérale a conduit au crépuscule de cet âge d'or de l'«économie administrée et de cette troisième voie à la française»[34] se trouvant aux antipodes

[34] B. Plessix, «L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif», *JCP A*, 2007, n° 13, p. 35.

du modèle de l'entrepreneur individuel fondé sur l'initiative et sur le risque. Au-delà d'exagérations idéologiques trop excessives pour rendre précisément compte des motifs à l'origine de la privatisation, il n'en demeure pas moins vrai que cette opération a été perçue comme constitutive d'un nouveau mode de création de politique industrielle, mode de création qui n'a d'ailleurs pas été frontalement remis en cause à l'issue des deux mouvements de privatisation originaires des deux gouvernements de cohabitation dits «de droite» de 1986 à 1988, et de 1993 à 1995. Cette idée de réduction du secteur public est d'ailleurs illustrée de façon édifiante par les lois du 2 juillet 1986, du 6 aout 1986 et du 10 juillet 1989 utilisant les termes de «respiration» et de «dénoyautage» du secteur public ouvrant la voie à la «privatisation véritable», c'est-à-dire capitalistique, de certaines entreprises publiques mises en place par la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 .

Ce mouvement s'inscrit donc dans un cadre plus général lié à une remise en cause de l'interventionnisme public malgré certaines réserves qui peuvent être émises sur cette idée, notamment en ce qui concerne les actions spéciales ou les droits de souscriptions prioritaires prévus notamment par la loi de 1993 précitée, complétant alors les techniques de protection des intérêts nationaux et de stabilisation de l'actionnariat issues de la loi du 2 juillet 1986[35]. Néanmoins, pour en rester au cadre de la privatisation statutaire, cette remise en cause n'est qu'une première étape plus timorée, mais elle constitue évidemment un préalable fondamental à l'accomplissement de l'idéologie libérale du législateur ou du pouvoir règlementaire lorsque ces autorités mettent en œuvre cette démarche. On note aussi, à propos de cette démarche, que les collectivités territoriales ne semblent pas la partager dans la mesure où l'on observe, *a contrario*, l'émergence d'un mouvement inverse au niveau local comme le montre notamment l'exemple récent de la création de la régie lyonnaise des eaux et une volonté forte des élus de «remunicipaliser les activités»[36]. Cette opération essentiellement initiée par l'État envers les établissements publics nationaux repose sur le postulat de la recherche d'une structure

---

[35] Selon le Professeur Bazex, les mécanismes spéciaux en question sont «constitutifs d'innovations révélatrices d'une nouvelle fonction assignée aux transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé. Cessant d'être des opérations patrimoniales, ils s'analysent dorénavant en effet comme des instruments d'une nouvelle forme d'intervention de l'État dans le système économico politique.»

M. Bazex, «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme?», *RFDA,* 1994, p. 287.

[36]Voir à ce propos: P. Terneyre, «Les EPIC et l'espoir d'un renouveau: les EPIC locaux», *Acte du colloque* «Les EPIC dans tout leurs états : Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ?».Direction scientifique du professeur M. Karpenschif, 24 avril 2009, *JCP A,* 2009, n° 31-35, p. 44.

adaptée à la vie des affaires et échappant à la lourdeur liée à l'exorbitance du droit public, notamment en ce qui concerne le principe de spécialité. À cela s'ajoute aussi la prétendue inspiration libérale du droit communautaire dont l'organe exécutif aurait une influence sur le régime de propriété des États membres. Malgré l'apparente neutralité des traités sur ce point, les institutions de l'Union européenne telles que la Commission et la Cour de Justice de l'Union européenne en déduisent une insidieuse atteinte au droit de la concurrence que causerait l'exorbitance liée au caractère public de la structure même en droit français.

Il convient donc de s'attarder sur les deux causes en question, l'une apparaissant comme relevant de considérations d'ordre interne tandis que l'autre serait liée à des exigences d'ordre plus exogène car issue du droit de l'Union même si elles apparaissent comme implicites.

- La cause endogène de la privatisation statutaire de l'entreprise publique : «l'adaptation à la réalité des affaires»[37] permise par la souplesse d'un instrument de droit privé.

Des éléments constitutifs de la forme juridique de l'établissement public semblent se caractériser par une inadéquation avec leur activité économique même si il faut se garder de toute idée d'incompatibilité absolue[38]. Cette idée d'inadaptation en raison de la personnalité publique n'est pas étrangère à l'idée du professeur Rivéro relative aux «dérogations en moins»[39] pouvant se manifester, chez les établissements publics industriels et commerciaux, par la lourdeur de la tutelle ou les restrictions liées au principe de spécialité. Par exemple, le principe de spécialité, principe inhérent à l'établissement public, se caractérise par la restriction au champ d'action de ce dernier en dehors du but précis qui a commandé sa création. En effet, en tant que «service public spécial personnalisé»[40], il ne peut intervenir en dehors de la gestion du service qui a justifié sa création, que ce service soit de nature

---

[37] S. Nicinski, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés», *RFDA*, 2008, p. 38.

[38] S. Nicinski, *op. cit*, p. 35 : «Que l'on puisse soutenir que la forme de l'établissement public est obsolète, démodée ou condamne aux pires lourdeurs administratives est encore acceptable, mais l'idée souvent avancée que cette forme juridique tomberait sous les fourches caudines du droit communautaire ou serait parfaitement incompatible à la vie des affaires est plus contestable».

[39] J. Rivéro, «Existe-t-il un critère du droit administratif ? », *RD publ*, 1953, p. 279.

[40] M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz,* 12ème édition, 1933, p. 280.

administrative ou industrielle et commerciale. Cette limite résultant du principe de spécialité peut donc se caractériser comme un obstacle à l'activité économique de ces formes d'entreprises publiques à statut public[41]. L'autre difficulté d'adaptation de l'établissement public industriel et commercial à la réalité économique se caractérise par l'absence de ressources externes pour les financements de ses fonds propres du fait que ce statut public rend impossible tout partenariat capitalistique par le biais d'actionnaires. De façon tout à fait prosaïque, loin de ne pas recouvrir cet aspect politiquement libéral, la simple privatisation de la structure peut permettre de faire face au caractère déficitaire des finances publiques de l'État et offre la possibilité de recourir à de nouvelles sources de financement de ses entreprises publiques[42]. Le phénomène dit de «respiration», issu de la loi de 1993, apparaît comme une continuité logique de ce processus dans la mesure où la «désétatisation» permet de se concentrer sur les activités stratégiques et à forte présence de service public en abandonnant législativement au secteur privé les actifs détenus dans une entreprise à activité purement économique. À ce propos, Madame Pelletier estime que : «si la privatisation d'une entreprise publique économique comporte des effets positifs, il n'en va pas de même pour l'entreprise publique de service public. (…) Les partisans de la privatisation semblent oublier

---

[41] S. Nicinski, *op. cit*, p. 38 : «Le principe de spécialité est considéré comme un obstacle (dans) la nécessité de s'adapter à la réalité des affaires». Néanmoins, cette assertion est complété par la référence à l'article du professeur Lombard ne manquant pas de constater les nuances est le caractère souple de l'application de ce principe par le Conseil d'État de manière «à ne pas brider intempestivement les initiatives des EPIC. Ainsi, le principe de spécialité ne s'oppose pas à ce qu'un EPIC développe une activité» d'une part vue comme un complément normal de la mission statutaire principale de l'établissement public, ainsi que directement utile pour permettre l'amélioration des conditions d'exercice de celles-ci en permettant notamment l'évolution technologique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, en développant le savoir-faire de ses personnels et la valorisation de ses compétences» . D'autre part, «l'objet de la mission peut à tout moment être complétée ou précisé par acte règlementaire ou par la loi s'il constitue à lui seul une catégorie d'établissement public. La loi du 14 décembre 2002 est intervenue par exemple pour autoriser expressément la RATP à exploiter de réseaux de transports hors de la région parisienne» conformément à la compétence de la loi fixant les règles au titre de l'article 34 de la Constitution.

Voir M. Lombard, «L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?», *AJDA,* 2006, p. 79.

Conseil d'État, 23 juin 1965, *Société aérienne des recherches minières*, Recueil *Lebon,* p.380.

Conseil d'État avis, 15 juillet 1992, *RATP*, *Les grands avis du Conseil d'État , Dalloz*, 2002.

Conseil d'État avis, 7 juillet 1994, *Diversification des activités d'EDF et GDF,* voir *Les grands avis du Conseil d'État*, *Dalloz*, 2002.

[42]Voir D. Linotte et R. Romi, *Droit public économique, Litec*, 7ème édition, 2012, p. 414.

que la privatisation totale d'une entreprise publique de service public comporte un coût social et qu'il n'est pas nécessairement plus efficace qu'une respiration du secteur public convenablement maitrisée et assortie de mécanismes de régulation du marché qu'il convient à l'État de définir»[43]. La conception extrêmement extensive du service public en France peut remettre cela en question dans la mesure où même la régie Renault pouvait être considérée comme le «laboratoire social de l'État »[44].

Toujours est-il que le droit de l'Union européenne est un incontestable facteur d'incitation des États à la privatisation structurelle des entreprises publiques sous forme d'établissement public industriel commercial, à partir du moment où ces dernières se trouvent en situation concurrentielle. Cette démarche incitative de la Commission est remarquable au vu de ses nombreuses communications ayant, entre-autres, abouti à l'adoption de la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 «relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales» dont l'article 1 transforme la personne publique «La Poste» en société anonyme. Cette influence du droit de l'Union a même conduit le professeur Lombard à envisager la seule préservation de la forme d'établissement public industriel et commercial aux entreprises publiques de service public pour lesquelles cette nature est la moins évidente comme pour les cas relatifs aux théâtres et aux opéras nationaux[45].

-La cause exogène : une condamnation indirecte par le droit de l'union de la forme statutaire publique dans un cadre de généralisation du secteur concurrentiel malgré un principe originaire de neutralité quant au régime de propriété des États membres.

Depuis son origine, le droit communautaire, devenu droit de l'Union européenne à la suite de l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne de 2009, affirme ne pas être opposé à la propriété ou à la tutelle étatique de structures intervenant dans le domaine économique, et donc à toute forme de capitalisme d'État, comme cela ressort clairement de l'article 345 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne[46]. Néanmoins, il n'en reste pas moins vrai que des institutions de l'Union européenne comme la Commission et la Cour de Luxembourg

---

[43]M.-L. Pelletier, *L'entreprise publique de service public : Déclin et mutation, L'Harmattan*, 2009, p. 180.

[44] Voir en ce sens : J.-L. Loubet : Propos recueillis par A. Gonclaves, *Les Echos*, disponible sur internet : http://www.lesechos.fr/info/auto/300404807.htm?xtor=RSS-2059#

[45] M. Lombard, «L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ?», *AJDA* 2006, p. 79.

[46] Article 222 du Traité de Rome puis article 295 du traité des communautés européennes.

entretiennent une «suspicion face aux structures de nature publique ainsi qu'une certaine propension à l'incitation de l'État français à la modification de ces dernières»[47].

Ainsi, la remise en cause de cette forme sociale par ces deux facteurs reste largement révélatrice des antagonismes entre les ordres juridiques français et européen. À ce propos le professeur Plessix constate que : «(…) si le droit administratif enseigne la forte présence des établissements publics dans notre histoire nationale, le droit communautaire apprend celle de leur fragilité dans une économie européenne et mondialisée soumise dans les faits, à la compétitivité des entreprises et en droit, au principe d'une libre et égale concurrence»[48]. La remise en cause du statut même de l'établissement public par le droit de l'Union, malgré la disposition de droit originaire est donc une réalité. Cette réalité est liée à ce que le professeur précité appelle «l'irréductible stock de règles de droit public attaché au critère organique»[49]. C'est donc ces règles irréductibles liées à la personnalité publique elle-même, constitutives de l'établissement public, qui ont été sanctionnées par la Commission[50] . Ainsi en est-il de la décision du 16 décembre 2003 dans laquelle *la gardienne des traités* ayant compétence décisionnelle en matière de droit de la concurrence statue que «l'impossibilité pour EDF d'être soumise à une procédure de redressement ou de liquidation judiciaire et par conséquent de faire faillite équivaut à une garantie générale sur l'ensemble portant sur l'ensemble des engagements de l'entreprise et que cette garantie qui est illimitée dans sa couverture, dans le

---

[47] B. Delaunay, «Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété des États membres», *RJEP*, n° 669, octobre 2009, étude 11.

[48] B. Plessix, «L'établissement public: notion création contrôle», *Jcl adm*, Fasc 135, 2007. Il convient de préciser que l'auteur n'en conclu qu' à une obsolescence de l'EPIC en particulier et non pas de l'établissement public en général qu'il considère comme «en train de devenir un outil juridique adapté à l'économie de marché» dans la mesure où il permet d'abord d'assurer la compétitivité de certains services d'intérêt économique général, en leur offrant l'indépendance financière que leur confère la personnalité morale(…). Mieux: l'établissement public peut être utilisé pour exercer dans le cadre du néo-libéralisme, les nouvelles fonctions de régulation économique: pour se conformer au droit communautaire imposant à chaque État de créer une autorité nationale de sécurité ferroviaire indépendante des opérateurs sur le marché, la France a opté au détriment d'une autorité administrative indépendante , en faveur d'un établissement public administratif (L . n° 2006-10, 5 janvier 2006: journal officiel 6 janvier 2006.

[49] B. Plessix, *op. cit*, fasc 135.

[50] Notamment l'impossibilité de recourir aux voies d'exécution de droit commun selon les termes de la loi de 1980 et le principe d'insaisissabilité des biens . Voir l'arrêt de la première chambre Civile de la Cour de cassation, 21 décembre 1987, *Bureau de recherches géologiques et minières contre Société Lloyds Continental, RFDA,* 1988, p. 771.

temps et dans son montant constitue une aide d'État ». Cette atteinte liée à la nature même d'établissement public à caractère industriel et commercial semble d'autant plus révélée qu'elle montre que l'aide anticoncurrentielle est «accordée au moment où la garantie est offerte, c'est à dire dans l'acte de création d'EDF sous la forme juridique de l'établissement public industriel et commercial». Dans la mesure où ce soutien découlait de la nature même d'établissement public industriel et commercial, la France n'a eu d'autre choix que de modifier le statut pour l'aligner sur celui des sociétés commerciales conformément à «l'intention délibérée de la Commission» à partir du moment où ce domaine d'activité se trouve en situation concurrentielle[51]. C'est donc de cette idée de garantie illimitée implicite que semble découler, dans le raisonnement de la Commission, l'incompatibilité par nature du statut d'établissement public industriel et commercial prolongé par les décisions de la Commission relative au LNE[52] et à La Poste[53]. Ce caractère illimité de la garantie lié au rattachement et à la substitution de la collectivité publique constitue donc bien un avantage concurrentiel essentiellement fondé sur l'insaisissabilité des biens. En effet, de l'insaisissabilité des biens résulteraient la facilité d'obtenir un prêt à cout peu élevé du fait, par exemple, des notations favorables des agences, et ce, indépendamment de la situation monopolistique ou de la valeur des actifs [54]. Par ailleurs, il est indéniable que cela met

---

[51] H. Courivaud, «Droit de la concurrence et entreprise publiques, l'adaptation des entreprises publiques françaises à un environnement concurrentiel mondialisé», *JCP Concurrence consommation*, fasc 122, n° 51.

[52] Décision de la Commission européenne du 22 novembre 2006 à propos de l'aide en faveur du laboratoire national de météorologie et d'essais (C(2006)5477), JOUE 5 avril 2007, L 95, p. 25.

[53] Communication du 17 juillet 2006 dont l'aboutissement récent est la privatisation par la loi de 2010. La Commission Européenne a demandé le mercredi 4 octobre 2006 à la France de mettre fin, avant la fin de l'année 2008, à la garantie illimitée dont bénéficie La Poste en tant que personne morale de droit public, estimant que cette garantie fausse la concurrence. Voir S. Ninciski, *op. cit*, p. 36.

[54] Voir à ce propos la controverse entre le professeur Nicinski dans son article précité et le professeur Delion :
A. Delion, « Les garanties d'État et leur évolution », *RJEP/CJEG*, 2004, p. 417.
Selon le professeur Nicinski, les conséquences du statut public et donc de la garantie implicite est essentiellement fondée par la commission sur l'insaisissabilité des biens alors que la note de ADP a été dégradée en passant au statut privé quand bien même ces biens restent insaisissable , les prémisses du raisonnement de la commission ne sont plus valables car soit la garantie illimité matérialisé par l'insaisissabilité des biens n'influence pas le crédit comme le montre la dégradation de la note d'ADP société privatisée mais dont les biens sont toujours insaisissables, soit l'insaisissabilité des biens ne relève pas de la garantie illimitée implicite . Par ailleurs, le raisonnement de la Commission est circulaire car elle réagit aux notations des agences elles-mêmes fondées sur les interventions de la Commission susceptibles de menacer le statut d'EPIC d'une entreprise.

l'établissement public dans une situation de force vis-à-vis des emprunteurs[55]. Enfin, une dissociation peut être opérée entre la règle légale d'interdiction de la liquidation judiciaire à l'encontre des personnes publiques issue de l'article 1 de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980 et la garantie illimitée venant de ressources qui ne proviendraient que de l'État chargé de fournir les ressources nécessaires. En effet, l'arrêt du Conseil d'État de 2005 *Société fermière de Campoloro* montre bien le possible contournement de cette règle par la possible aliénation par le préfet des biens d'une collectivité territoriale se trouvant en situation de faillite financière par la vente des biens non «nécessaires à l'exécution d'une mission de service public» sous couvert du respect du principe d'incessibilité à vil prix[56]. Ce dernier principe a d'ailleurs été rappelé, lors des privatisations capitalistiques, par le Conseil constitutionnel, dans le cadre du contrôle de la loi n° 86-912 «relative aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social». La juridiction constitutionnelle a rappelé, à l'occasion de cession de participations majoritaires de l'État dans les entreprises publiques : «(…)que la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur ; que cette règle découle du principe d'égalité invoqué par les députés auteurs de la saisine ; qu'elle ne trouve pas moins un fondement dans les dispositions de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 relatives au droit de propriété et à la protection qui lui est due ;

Voir S. Nicinski, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés.», *RFDA*, 2007, p. 37.

Cette présomption de garantie semble jouer un rôle non négligeable dans le cadre des notations d'entreprises réalisées par des agences indépendantes, pour évaluer les risques d'insolvabilité.

V.-M. Chenevoy-Guériaud, «L'établissement public industriel et commercial face au droit communautaire, la décision du 16 octobre 2002 de la Commission européenne relative aux aides d'État et à électricité de France», *RRJ*, 2004, p. 1964.

[55] D. Bailleul, «Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en société», *RJEP-CJEG*, 2006, p.111.

[56] Conseil d'État , 18 novembre 2005, *Société fermière de Campoloro et autres*, Req n° 271898: Dans cette décision, le Conseil d'État a statué que le Préfet a la possibilité, pour faire exécuter une décision de justice, de procéder à la vente forcée de biens appartenant à la commune sous réserve que ceux-ci ne soient pas «nécessaires à l'exécution d'une mission de service public».

que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques»[57].

C'est donc bien à partir de ce raisonnement très contestable issu de l'analogie entre l'exonération des procédures d'exécution et l'absence de difficulté financière que découle ce mouvement de privatisation structurelle. Cette tendance est, en effet, issue de l'indisposition de principe à l'égard de l'établissement public industriel et commercial malgré l'apparente neutralité des institutions de l'Union européenne à cet égard, et ce, sans doute à plus forte raison, dans le secteur concurrentiel comme en témoigne l'aménagement des monopoles d'État dans les secteurs de l'énergie. De plus, ce mouvement peut s'avérer insuffisant pour garantir l'égale concurrence car si, avec la «sociétisation»[58], il est ôté le caractère soupçonneux de la structure publique vis-à-vis du marché[59] toujours est-il que l'État, dans son rôle d'actionnaire et d'entrepreneur, peut commettre des infractions au droit de la concurrence de même nature. En effet, «(…)c'est alors l'actionnaire public qui focalise désormais toute l'attention»[60]. À cela, s'ajoute le fait que la privatisation de la structure laisse apparaitre un mode de gestion «dépublicisé» mieux adapté. En effet, Le professeur Bailleul montre que l'opérateur public en forme de société commerciale est émancipé du principe de spécialité, mais aussi du fait que les protections propres à ce statut, telles que l'insaisissabilité des biens, pouvaient se révéler être une épée à double tranchant. En effet, la Commission pouvait y voir, comme précédemment dit, une rupture à la libre concurrence même si ce principe pouvait aussi être vu comme un handicap considérable dans la vie des affaires. Le problème n'est donc pas réglé par la simple privatisation du statut car, à aucun moment, l'État actionnaire de la société ne peut être vu comme insusceptible de causer des atteintes au droit de l'Union européenne, notamment au droit des aides publiques.

Les règles particulières gouvernant les personnes publiques transformées en personnes privées pouvant être qualifié de droit public n'arrangent d'ailleurs rien au vu de l'intégration

---

[57] Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC, 26 juin 1986*, Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.* (Voir plus précisément le considérant n° 58).

[58] Terme employé par le sénateur G. Larcher, in «l'avenir de France Télécom: un défi national», *J O Rapp Sénat,* 1995-1996. n° 260.

[59] C. Lemaire, «Les avantages concurrentiels des personnes publiques», *RJEP*, 2004.

[60] S. Nicinski, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en société», *RFDA,* 2008, p. 38.

des règles de droit de la concurrence dans l'ordre juridique national issue de la directive transparence[61]. Si ces règles de droit public sont constitutives pratiques anticoncurrentielles, le simple changement de structure apparait très peu approprié tant la différence entre la société à capitaux publics et l'établissement public à caractère industriel et commercial est ténue. En effet, dans l'hypothèse où ce seraient les règles de droit public qui constitueraient des situations anticoncurrentielles où incompatibles avec la vie des affaires, la distinction entre le changement de nature d'un établissement public administratif en établissement public industriel et commercial reste sans commune mesure dans l'élimination du régime de droit public par rapport au changement de nature de l'établissement public industriel et commercial en société à capitaux publics. Cette faiblesse de différence est d'autant plus accrue que le législateur et la jurisprudence vont mettre en œuvre une véritable préservation de ces règles notamment en ce qui concerne le régime du personnel, des ouvrages, et dans l'activité de service public gérée.

-Les causes subsidiaires de l'extension de l'opération de privatisation statutaire aux groupements d'intérêt public : le cas du laboratoire français du fractionnement.

A priori, la différence séparant les groupements d'intérêt public de l'établissement public industriel et commercial est le faible caractère économique de leur objet de service public. La nature essentiellement administrative et non lucrative des missions des groupements d'intérêt public devraient empêcher toute comparaison avec les causes propres à la transformation des établissements publics industriels et commerciaux. Cependant, on peut constater un certain rapprochement du groupement d'intérêt public avec l'établissement public, notamment lorsque ces groupements apparaissent comme de «faux établissements publics» parce qu'ils sont marqués par l'absence de toute forme partenariale des structures publiques et privées en leur sein[62]. Si ce rapprochement peut être fait, le principe reste que

---

[61] Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, «relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques».

[62] M. Collin-Demurieux, «Les problèmes juridiques posés par les groupements d'intérêt public», AJDA, 2003, p. 481: «Certains GIP, constitués exclusivement de personnes publiques apparaissent comme de faux établissements publics . Dès lors, la question de l'intérêt de cette nouvelle personne publique par rapport à celle de l'établissement public mérite d'être posée.»

l'objet d'intérêt général de ces structures se distingue radicalement de ce celui assuré par l'établissement public industriel et commercial. En effet, si les premiers groupements d'intérêt public issus de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 concernaient la recherche scientifique, qualifiée d'intérêt général ; l'action de ces groupements s'est aussi étendue à d'autres domaines allant des activités de santé[63] à l'action touristique[64]. Cependant, comme le souligne Monsieur Jorion, «l'observation des différents groupements d'intérêt public, en dépit de leur infinie diversité, permet de penser qu'ils ont un objet qui peut, dans la majorité des cas, difficilement être poursuivi par une personne privée. Par ailleurs, tant la méthode déductive, telle qu'elle peut être suivie après l'arrêt *GIP Habitat*, que la méthode inductive appliquée aux différents groupements existants conduisent à considérer que leur activité est rarement une activité économique»[65].

Pourtant, la transformation du groupement d'intérêt public «Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies» opérée par l'ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005 ne semble pas totalement étrangère aux causes de transformations qui sont celles des établissements publics industriels et commerciaux. En effet, il parait important de souligner qu'une partie de l'activité de cette ancienne personne publique *sui generis,* aujourd'hui prévue par l'article L. 5124-14 du Code de la santé publique, se trouve en secteur concurrentiel dans la mesure où l'organisme n'a pas le monopole de l'approvisionnement en MDS (médicaments dérivés du sang). C'est alors à ce titre que cet organisme a pu être qualifié d'entreprise dont la transformation statutaire rejoint l'exigence propre à la transformation des établissements publics industriels et commerciaux visant à trouver de nouvelles sources de financement par la mise en œuvre de «partenariats européens» et dont la transformation en société anonyme aurait permis , «en raison des contraintes de gestion imposées par la concurrence» de donner, «mieux que l'EPIC, la souplesse indispensable pour

---

[63] Article L. 6115-2 du Code de la santé publique relatif aux agences régionales de l'hospitalisation.

[64] Article 30 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992 relative aux activités de développement ou d'intérêt commun dans le domaine du tourisme.

Pour une énumération exhaustive des différentes activités des GIP, voir B. Jorion, «Les groupements d'intérêt public: un instrument de gestion pertinent du service public administratif», *op. cit*, p. 307.

[65] B. Jorion, *op. cit*, p. 308-309.

lui permettre de maintenir ses positions sur le marché français et mener à bien ses efforts de développement sur le marché européen»[66].

B) L'étude des règles relatives aux personnes publiques transformées en personnes privées: la détermination de leur assujettissement à un régime juridique de droit public.

Les règles de droit public applicables à de telles personnes devraient, en toute logique, être inexistantes si elles sont justifiées par l'ancienne nature publique des dites personnes morales. Si ces règles existent effectivement, c'est de façon purement dérogatoire et ce régime dérogatoire découle de la volonté du législateur, lui-même, dans l'opération de privatisation structurelle. L'existence de ces règles est alors justifiée par des motifs hétérogènes voire des considérations, plus politiques que juridiques, relatives à la protection de ce qu'il convient d'appeler des «droits acquis», notamment en ce qui concerne les personnels fonctionnaires des anciens établissements publics à caractère industriel et commercial, tels que France Télécom ou La poste, dont la situation statutaire particulière, relative à la loi «Le Pors» de 1983 et à la loi de 1984 sur la fonction publique de l'État, était déjà une dérogation législative[67]. Ce problème s'est d'ailleurs amplifié en ce qui concerne France Télécom, car la loi de 2003, autorisant la perte du caractère d'entreprise publique par la privatisation capitalistique, remet en cause toute justification juridique apparente au maintien du statut de fonctionnaire selon un principe constitutionnel que semble dégager le Conseil d'État[68]. Cependant, par une décision récente, le Conseil constitutionnel vient d'invalider cette

[66] Réponse du Gouvernement à la question n° 54708 de Monsieur le député J.-C. Bois. Publiée au Journal officiel le 8 février 2005, p. 1475.

[67] Parce qu'il est de jurisprudence constante que mis à part le directeur et le comptable, les personnels des EPIC sont des salariés de droit privé et que les exceptions ne peuvent être prévus que par le législateur qui l'a fait lors de la création de La poste de France télécom ou de l'Office national des forêts (ONF).

Il est aussi de jurisprudence constante que le fonctionnaire n'a aucun droit acquis au maintien de son statut

[68] Conseil d'État Assemblée, avis du 18 novembre 1993, Req n° 355255, *GACE*, *Dalloz* 2ème éd 2002. Le Conseil d'État affirme l'existence d'un principe constitutionnel selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public»

Une telle démarche n'est pas sans rappeler son arrêt d'Assemblée *Koné* de 1996 (Conseil d'Etat, Assemblée générale, 3 juillet 1996, *Koné*, *Rec* p. 255).

interprétation du Conseil d'État, et nie toute nature constitutionnelle au lien qui uni service public et fonction publique[69]. Les doutes exprimés par le professeur Melleray sur la valeur d'un tel fondement juridique dégagé par le Conseil d' État sont alors confirmés par cette décision issue d'une question prioritaire de constitutionnalité. Le Conseil constitutionnel n'avait, en effet, pas été saisi de la conformité de cette loi dans le cadre du traditionnel contrôle *a priori* de l'article 61 de la Constitution. Ainsi, comme le rappelle l'auteur précité : «Le Conseil d'État n'a pas cité de lois républicaines antérieures à 1946, (…) De plus, le débat s'est animé en doctrine pour savoir si le Conseil d'État est ou n'est pas compétent pour dégager de tels principes. Si rien ne nous semble l'interdire, rien ne nous semble davantage impliquer que le Conseil constitutionnel soit tenu de le suivre et obligé de reprendre ces règles à son compte»[70]. L'absence d'attachement à un texte issu de la législation républicaine antérieure à 1946 qui empêche d'ériger ce principe en principe fondamental reconnu par les lois de la République a été déterminante dans le refus de constitutionnaliser le principe selon lequel des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public[71], que le Conseil d'Etat semblait avoir voulu dégager *ex nihilo*[72].

On remarque néanmoins, malgré l'attachement que le Conseil d'État semble témoigner envers le lien entre régime de droit public et statut public que, avec l'avis *Béligaud,* le rôle des juges du palais royal n'est pas anodin dans l'extension de cette incohérence[73].

---

[69] Conseil constitutionnel*,* 12 octobre 2012, *Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires,* considérant 11.

[70] F. Melleray, «Fonction publique et service public : le cas de France télécom», *AJDA*, 2003, p. 2082.

[71] Conseil constitutionnel*, Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires, Commentaires aux cahiers*, pp. 9-10.

[72] Par cette décision en contradiction avec l'avis du Conseil d'Etat, le Conseil constitutionnel a donc rappelé son rôle exclusif d'interprète authentique de la Constitution à travers lequel il nie toute valeur constitutionnelle au lien entre fonction publique et service public que les juges du Palais-Royal avaient cru voir à l'époque.

Voir A. Roblot- Troiziers «La Constitution, le service public et le fonctionnaire, Note sur la *décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires», AJDA*, 2013, pp. 584-588 et plus particulièrement les pages 586 et 587.

[73] Conseil d'État , Assemblée générale, Avis du 29 avril 2010, *Béligaud,* voir aussi Tribunal des conflits, 12 avril 2010, *Société ERDF* Le Tribunal des conflits a adopté une position similaire en estimant qu'un ouvrage directement affecté à un service public reste un ouvrage public quand bien même son propriétaire n'est pas une personne publique.

D'ailleurs ce caractère dérogatoire en matière de personnel est originaire car il l'était déjà dans la mesure où, à part les exceptions du comptable public et du directeur[74], les agents des services publics industriels et commerciaux sont des salariés de droit privé indépendamment de la nature publique de la personne morale le gérant. C'était donc le législateur qui avait prévu cette exception au droit commun avec la création d'établissements publics à caractère industriel et commercial à personnel de fonctionnaire tels que -l'ONF, -France Télécom et La poste. Ces règles vraiment dérogatoires s'ajoutent donc à celles prévoyant que certaines activités des services publics industriels et commerciaux qui devraient être économiques et commerciales et des règlements intérieurs qui sont constitutifs, s'ils concernent le fonctionnement du service, des activités normatives dont le contentieux relève de la compétence du juge administratif. Ces règles s'ajoutent donc aux règles relatives au statut du service public même si le clivage avec l'autre groupe de règles dites purement dérogatoires est difficile car on aura l'occasion de se demander si les règles liées au statut organique public n'étaient elles pas des règles relatives au statut de service public tant le législateur fait déborder les premières sur les secondes (ouvrage et personnel). Cette question se posera évidemment pour la nature contractuelle des actes.

a) L'identification du régime juridique de droit public auquel sont soumises les personnes publiques transformées en personnes privées.

Le régime juridique de droit public s'identifie communément à partir de son exorbitance, c'est-à-dire, de son caractère dérogatoire au droit privé. Si l'on se réfère aux deux critères classiques de détermination de la sphère du droit public, on constate que les deux notions sont victimes du relativisme. Le principe de mutabilité du service public se justifie d'ailleurs par le fait que, si le service public se définit à partir d'un but d'intérêt général, il se définit à partir d'un but instable et dépendant des évolutions politiques et contextuelles[75]. Par ailleurs, une activité de service public peut relever du droit privé si elle a un caractère industriel et commercial. Enfin, le critère fonctionnel du droit administratif défini comme «le droit commun de la puissance publique» est lui aussi remis en cause[76], de façon extrêmement

---

[74] Voir à ce propos les arrêts du Conseil d'État du 26 janvier 1923, *De Robert Lafrégeyre, Rec,* 1923, p. 67 , cité et commenté au *GAJA* et du 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau, Rec* p. 158.

[75] Conseil d'État , 27 janvier 1961, *Vannier*, *Rec,* p. 60.

[76] G. Vedel, «Les bases constitutionnelles du droit administratif», *EDCE,* n° 8, p. 21.

prononcée, par la jurisprudence récente relative à l'attribution du «label de service public» à une personne privée assurant, de sa propre initiative, une mission d'intérêt général[77]. Pour concilier ces deux critères, il parait donc intéressant de suivre la manœuvre opérée par le professeur Chapus visant à leur donner un champ respectif dans la détermination du droit administratif par la puissance publique comme «critère de compétence du juge administratif» et par le service public comme «élément fondamental du droit administratif»[78].

Néanmoins, comme précédemment expliqué, les personnes publiques transformées en personnes privées étant des anciens établissements publics industriels et commerciaux, leur activité était déjà peu imprégnée de droit public. Le régime de droit public qui leur était applicable était en réalité essentiellement lié à ce que le professeur Truchet nomme «le statut de service public», c'est à dire une notion qu'il considère comme «un puissant facteur d'unité entre les services publics» car applicable à toute activité de service public quelque en soit la - nature, -le mode de gestion, - la situation du personnel ou, -la situation des usagers. Ces règles seraient, selon cet auteur, constitutives de règles «inéluctables, indiscutables» auxquelles seraient soumis tous les services publics. De plus, ces dernières seraient révélatrices du besoin de mettre «un peu d'ordre dans une mosaïque de régimes juridiques dont les tons vont du service public administratif en régie au service public industriel et commercial géré par une personne privée avec toutes les nuances intermédiaires» telles que «le désir de compenser la «privatisation» des services publics»[79].

b) L'étendue des règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en personnes privées.

Trois groupes de règles applicables aux personnes publiques transformées en personnes privées semblent se distinguer. D'abord, il y a les règles de droit public applicables

---

[77] Conseil d'État , 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés, JCP A,* 2007, p. 2066: «Même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation et de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparait que l'administration a entendu lui confier une telle mission .»

[78] R. Chapus, «Le service public et la puissance publique», *RD publ,* 1968, p. 482.

[79] D. Truchet, «Label de service public et statut de service public», *AJDA,* 1982, p. 439.

en commun avec d'autres personnes privées du fait qu'elles sont chargées d'une mission de service public. Ensuite, il y a les règles exceptionnelles, car relatives à la protection spécifique accordée aux personnes publiques dont le législateur ou la jurisprudence ont néanmoins entendu assujettir les nouvelles personnes privées. Enfin, les règles particulières issues des obligations de service universel dont on verra ultérieurement que la doctrine tend à opérer une analogie avec les lois de «Rolland» théorisant les principes du service public[80].

Malgré sa clarté sur le plan des notions, cette triple distinction est marquée par une certaine perméabilité. D'abord, le premier groupe, le moins spécifique car commun aux autres personnes privées chargées d'une mission de service public, est constitué de règles semblables à celles liées aux obligations de service public et notamment de service universel. Aussi, on constate que ce sont souvent les lois du service public qui vont justifier l'existence du deuxième groupe, notamment en ce qui concerne l'application du régime de l'ouvrage public aux ouvrages des personnes privatisées à coté des considérations de sécurité juridique pour les contrats ou le statut du personnel. Enfin, le service universel n'est pas totalement indifférent à la protection des moyens de gestion. De cette notion découle des principes gouvernant l'activité des anciens monopoles publics constituant parfois encore un service public.

À partir de l'observation de ces différentes règles, il convient alors de se poser la question du rôle et de la justification de l'application d'un régime exorbitant au droit commun dont sont soumises les sociétés anonymes issues de la privatisation statutaire de personnes publiques matériellement spécialisées.

La persistance du régime de droit public à l'issue de la privatisation statutaire des personnes publiques est constitutive d'une rupture entre critère organique et critère matériel se

---

[80] A titre d'exemple, l'article L. 35-I du Code des postes et des télécommunications, dispose d'une obligation de service universel relative aux critères essentiels de «la qualité et du prix». Le critère de la qualité définissant le service téléphonique n'est pas qualifié, mais le professeur Rapp suppose, à propos de ce dernier, que l'«on peut assurément s'entendre dans toutes les dimensions de la qualité d'une prestation : qualité technique sans doute, qui renvoie inconsciemment au principe de mutabilité du service public».
Voir L. Rapp, «France télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», *AJDA,* 2004, p. 582.

révélant alors autant dans l'encadrement des activités (Titre I) que dans l'existence de moyens et de spécificités structurelles traditionnellement attribués à la personnalité publique (Titre II).

Titre I : Les règles de droit public relatives à l'encadrement des activités des personnes publiques transformées en personnes privées .

Les règles de droit public encadrant les activités des personnes morales de droit public sont affaiblies à la suite de la transformation de ces dernières en personnes privées. Néanmoins, les activités de ces personnes, du fait de la mise en place d'un certain nombre d'obligations relatives aux activités de service public, restent encore des activités régies par le droit public justifiant les prérogatives qui y sont attachées (Chapitre I). Ces activités restent alors gouvernées par des principes propres au service public, même si les fondements juridiques de ces derniers sont soumis à une hypothèse de disparition en cas de transfert au secteur privé (Chapitre II).

Chapitre I : L'influence de la transformation statuaire dans l'évolution du champ des règles de droit public applicables aux activités de la personne morale.

Si ces prérogatives peuvent, pour la plupart d'entre elles, être assimilables à celles dont disposent des personnes privées chargées d'une mission de service public, d'autres sont tout à fait originales, dans la mesure où ce sont des prérogatives liées à des activités monopolistiques bénéficiant d'un régime particulier (Section I). Par ailleurs, le principe de spécialité délimitant le champ d'intervention des personnes publiques matériellement spécialisées se retrouve encore sous la forme d'une règle de droit public, et ce, malgré la coexistence avec une dimension privatiste dans la sanction de ce principe (Section II).

Section I : L'encadrement de l'exercice des prérogatives de service public liées aux activités des personnes publiques transformées en personnes privées.

On constate ici que l'ensemble des personnes qui ont été assujetties à des privatisations statutaires étaient, par définition, des personnes publiques matériellement spécialisées, dans la mesure où il ne peut pas s'agir de collectivités publiques. Ainsi, qu'il s'agisse de groupements d'intérêt public ou d'établissements publics industriels et commerciaux, leurs attributions étaient largement encadrées par ce principe de spécialité, que ce soit dans le cadre de la poursuite d'une mission de service public administratif, (domaine

de gestion privilégié du groupement d'intérêt public[81]), ou d'un service public industriel et commercial, (domaine de gestion de l'établissement public industriel et commercial).

Le «statut» de service public donne à ces personnes des prérogatives liées à la nature de leurs activités qui, à la suite de la privatisation statutaire, seront conservées. Parmi ces prérogatives, la capacité d'édiction d'un acte relatif à l'organisation du service public est le meilleur exemple du caractère irréductible de l'acte administratif unilatéral (§1). À cela s'ajoute l'existence des prérogatives de puissance publique et des sujétions exorbitantes au droit privé dont certaines sont tout à fait originales pour ces personnes privées dans la mesure où leur exercice est traditionnellement le fait de personnes publiques (§2).

§1 : La prérogative de service public principale commune aux personnes privées gérant un service public : l'édiction des actes administratifs unilatéraux.

La gestion d'un service public se traduit, quelle que soit la nature de l'organe qui le gère effectivement, par la compétence consistant à prendre des actes administratifs unilatéraux et exécutoires emportant le privilège du préalable perçu par le juge administratif comme «une règle fondamentale du droit public[82]». Ces règles de droit public découlent alors de l'exercice subsidiaire, pour des activités essentiellement industrielles et commerciales, de prérogatives de puissance publique. Il en résulte un assujettissement de ces personnes privées à des règles qui en sont perçues comme des corollaires aux prérogatives évoquées et qui renforcent substantiellement ce «statut» de service public. À ce titre, les entreprises qui gèrent un service public peuvent prendre des actes unilatéraux qui ont un caractère administratif indifféremment de leur personnalité publique ou privée. Une telle prérogative de puissance publique est indifférente de la nature organique de la personne qui en est titulaire à partir du moment où cette dernière est chargée d'une mission de service public. De plus, même en cas de gestion d'une mission de service public industriel et commercial, la jurisprudence *époux Barbier* montre cette part incompressible de l'acte administratif unilatéral dans la mesure où : «la légalité des règlements émanant du Conseil d'administration qui, touchant à l'organisation

---

[81] B. Jorion, «Les GIP: un instrument de gestion pertinent du service public administratif», *AJDA*, 2004, p. 305.

[82] Conseil d'État , 2 juillet 1982, *Huglo*, Req n° 25288 25323.

du service public, présentent un caractère administratif»[83] . Les limites de la qualification de l'acte administratif dans le cadre de ces activités touchant à l'organisation et au fonctionnement du service sont donc les mêmes que celles qui sont communes à l'ensemble des personnes publiques c'est-à-dire, l'exclusion des avis dépourvus de caractère exécutoire[84]. La distinction issue de la jurisprudence *Barbier* garde d'ailleurs toute sa pertinence, puisqu' en ce qui concerne le cas de la société Aéroports de Paris, il en découle la distinction entre les actes relatifs à l'affectation des biens et ceux relatifs à la gestion de ces derniers[85].

C'est donc cette part minimale de la compétence d'édiction de l'acte administratif, déterminée en 1968 par le Tribunal des conflits, qui persiste à la privatisation statutaire d'une entreprise publique à statut public dans la mesure où toutes les autres hypothèses d'édiction d'un acte de cette nature disparaissent pour laisser place à des actes relevant du droit privé. L'exemple récent concernant la privatisation statutaire de l'exploitant public La Poste par la loi n° 2010-123 du 9 février 2010 montre cette diminution des cas de compétence de la juridiction administrative pour les litiges entre la personne morale et ses usagers. En effet, l'abrogation de l'article 25 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 a pour effet d'exclure du champ du recours pour excès de pouvoir les litiges d'ordre individuel relevant, «par leur nature, de la juridiction administrative». L'abrogation de cette disposition montre donc un retour à la règle de la compétence exclusive du juge judiciaire pour les litiges entre un service public industriel et commercial et un usager[86]. La seule hypothèse de compétence administrative n'est donc plus que celle relative à l'objet de ses actes règlementaires qui ne concernent que l'organisation du service public indépendamment de la nature publique ou privée de l'établissement[87] .

---

[83] Tribunal des conflits, 15 janvier 1968, *Compagnie Air France contre époux Barbier*, *Rec* p. 789, Conclusions J. Kahn (cité et commenté au *GAJA*).

[84] Cour de cassation, Chambre commerciale, 22 avril 1980, Recueil *Dalloz*, 1981, *Sirey*, p. 48.

[85] J.-F. Brisson, «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires», *AJDA*, 2005, p. 1843 : «Cette distinction n'est jamais que la décalque de la distinction classique, établie par la jurisprudence administrative, entre les mesures de fonctionnement et d'organisation du service public. La loi précise ainsi que les décisions par lesquelles ADP assure la répartition des transporteurs aériens entre les différents aérodromes et aérogares d'un même aérodrome sont des actes administratifs».

[86] Conseil d'État, 20 janvier 1988, *SCI La Colline, Rec* p. 21.

[87] Conseil d'État, 26 juin 1989, *Association études et consommation CFDT* . *CJEG*, 1990, p. 180.

Aussi, cette persistance du droit public se retrouve par la présence de prérogatives liées à l'activité de gestion du service public (§2).

§2 : Les prérogatives exorbitantes au droit privé liées aux activités de service public des personnes privées.

Certaines dispositions relatives aux relations entre l'administration et le public ont considérablement enrichi la substance du statut du service public indépendamment de la nature publique ou privée de l'organisme gérant cette activité. Ces dispositions exorbitantes liées à l'activité de service public peuvent d'ailleurs être constitutives de prérogatives, mais aussi de sujétions lorsqu' elles se caractérisent comme des «dérogations en moins»[88], selon la formule du professeur Rivéro. En effet, il s'agit de contraintes particulières s'imposant du fait de la nature publique de l'activité. À titre d'exemple, l'article 15 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 soumet le traitement informatisé des informations nominatives pour le compte d'une personne morale de droit privé gérant un service public, à une procédure de décision par acte règlementaire après avis de la Commission nationale informatique et liberté (CNIL). On constate aussi que ces personnes sont assujetties aux obligations prévues par l'article 2 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 sur la communication des documents administratifs, ou encore à la loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives publiques. Par contre, l'applicabilité de certaines dispositions peut se révéler plus ambigüe du fait de la difficulté d'intégrer l'assujettissement des activités de service public industriel et commercial qui sont, comme précédemment dit, le secteur d'activité principal des personnes publiques ayant fait l'objet d'une transformation statutaire. Ainsi, l'exclusivité du caractère administratif de l'acte règlementaire pris en vue de l'organisation du service public industriel et commercial, pose la question de l'assujettissement à la loi n°79-587 du 11 juillet 1979 prévoyant la motivation des mesures individuelles défavorables. En effet, tous les actes issus de l'organisation du service public industriel et commercial qualifiés d'administratifs sont, en principe, règlementaires[89].

---

[88] J. Rivéro, « Existe-t-il un critère du droit administratif ?», *RD publ*, 1953, p. 279.

[89] Observations sous l'arrêt du Tribunal des Conflits du 15 janvier 1968 *Compagnie Air France contre époux Barbier* aux grands arrêts de la jurisprudence administrative : «Les mesures individuelles, et plus généralement non règlementaires, en toute hypothèse, ne sont jamais des actes administratifs.»

Toutefois, la conservation de la qualité d'agent public, notamment à l'issue de la transformation statutaire des anciens exploitants publics, ne semble absolument pas remettre en cause la qualité d'acte administratif individuel de la sanction disciplinaire. Si le régime disciplinaire, prévu par l'actuel article 29-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 «relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom» modifiée à la suite des transformations statutaires de 1996 et de 2010, est marqué par une certaine particularité en ce qu'il prévoit la compétence de principe du Président du Conseil d'administration à l'exception des sanctions de quatrième groupe où l'autorité compétente reste le ministre des télécommunications, toujours est-il que l'obligation de motivation de la loi de 1979 dont le non-respect est constitutif d'un vice de forme semble toujours applicable en la matière. Cela peut se justifier par le fait que ces agents publics gardent cette qualité même à l'issue des transformation statutaires et, le cas échéant pour France Télécom, à l'issue de la privatisation capitalistique. Ainsi, l'obligation de motivation des décisions qui infligent une sanction reste en vigueur tout comme le régime de droit public disciplinaire dont ces agents font l'objet, et ce, par exception au principe, précédemment mentionné, selon lequel les mesures individuelles prises par les services publics industriels et commerciaux ne sont pas des actes administratifs. L' applicabilité de cette règle de droit public aux anciens exploitants publics dont l'un est aujourd'hui transféré au secteur privé peut donc se justifier par le régime de droit public auquel est soumis le personnel de fonctionnaire qui, malgré les particularité de son statut et de la dissociation entre son autorité de nomination et son autorité disciplinaire, conserve des éléments du régime de la loi «Le Pors» du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires[90].

Après avoir étudié ces diverses sujétions, on peut aussi envisager la présence d'autres prérogatives de service public que l'acte unilatéral, communes à l'ensemble des personnes privées, à partir du moment où ces dernières sont chargées de missions de service public. Ainsi en est-il de la possibilité d'être bénéficiaire d'une réquisition de biens et de service ou de recourir à la procédure d'expropriation même en tant que personne privée[91]. Cependant, si

---

Il en est ainsi des actes qui concernent les usagers: Conseil d'État, 20 janvier 1988, *SCI La Colline, op. cit*, tout comme les mesures individuelles concernant les agents du service: Conseil d'État , 15 décembre 1967, *Level, Rec,* p. 501.

[90] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 relative aux droits et obligations des fonctionnaires.

[91] Conseil d'État, 17 janvier 1973, *Ancelle,* Recueil *Lebon,* p. 38; *AJDA,* 1973, p. 141.

l'on reconnait de telles prérogatives aux personnes privées chargées d'un service public, on constate que leur exercice, à la suite des transformations statutaires voire même des privatisations capitalistiques, semble beaucoup plus susceptible d'être le fait de l'État à l'encontre même des personnes en question .Par exemple, la réquisition de biens est décrite par le professeur Lombard comme une prérogative figurant parmi «les garanties accompagnant la privatisation» capitalistique de la société Air France. Comme le remarque l'auteure précitée : «la privatisation de cette société anonyme (dont les conditions sont mises en place par la loi du 9 avril 2003 prévoyant un dispositif d'accompagnement) n'a cependant pas d'incidence directe sur la qualification de service public des activités», et ce, même lors du transfert de la propriété publique de l'entreprise à la propriété privée[92] . Une telle vision de la réquisition de biens comme garantie de l'État pour l'exécution des missions de service public plutôt que de prérogatives propres à la personne privée se retrouve notamment en ce qui concerne la loi du 20 avril 2005 «relative aux aéroports» ayant opérée la transformation statutaire de l'établissement public Aéroports de Paris en société anonyme[93] . Le Conseil constitutionnel, lors de sa saisine relative à cette loi, a rejeté le moyen d'inconstitutionnalité reprochant au législateur de ne pas prendre de mesures pour que l'autorité administrative puisse «reprendre sans délai la maitrise directe de l'exploitation des aéroports de Roissy Charles de Gaulle et de Paris Orly» si l'exigent des motifs d'intérêt général tels que «les nécessités de la défense nationale ou de la vie économique du pays». Les juges de la rue Montpensier ont cependant rejeté ce moyen tiré de la violation du principe de la continuité du service public en estimant qu'en cas de circonstances exceptionnelles, les autorités de l'État pourront, en tant que de besoin procéder, dans le cadre de leurs pouvoirs de police administrative ou, en vertu des dispositions du Code de la défense, à toute réquisition de

---

Dans le sens de l'extension de la qualité d'expropriant aux personnes privées voir: D. Tuchet, «Label de service public et statut de service public», *AJDA*, 1982 p. 438-439: «Quelques mois après (l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 17 mars 1972 *Ministre de la santé publique contre Lévesque,* Recueil *Lebon,* p. 230), ce droit a été implicitement reconnu aux personnes privées gérant un service public . (…) Comme on l'a déjà noté, cette prérogative a d'abord été liée au statut des personnes publiques avant de l'être à celui des services publics.»

[92] M. Lombard, «Les garanties accompagnant la privatisation d'Air France», *AJDA*, 2003, p. 1100.

[93] Article 1 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports: «L'établissement public Aéroports de Paris est transformé en société anonyme. Cette transformation n'emporte ni création d'une personne morale nouvelle, ni conséquences sur le régime juridique auquel sont soumis les personnels.»

personnes de biens ou de service.»[94] Cette prérogative est bien sur complétée par les dispositions classiques relatives au pouvoir de l'État sur l'entreprise du secteur public c'est-à-dire, l'opposition de cessions d'actifs ou de biens nécessaires au fonctionnement du service public rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 5 aout 2004 concernant la loi «relative au service public de l'électricité et du gaz» à propos du gestionnaire chargée du transport d'électricité[95].

Enfin, il convient de mentionner un autre privilège non négligeable, appartenant normalement au statut de la personne publique, qui est l'affectation du produit d'un impôt. Par exemple, l'article 1609 *quatervicies* du Code général des impôts prévoit l'affectation de la taxe sur les nuisances sonores aériennes aux personnes publiques ou privées exploitant un aérodrome telles qu'Aéroports de Paris[96]. Cette affectation du produit d'un impôt étant déjà, notamment lorsqu'elle est matérielle, une exception, son application à une personne privée l'est encore plus même si on a déjà pu, en matière de fiscalité locale, remarquer une telle hypothèse pour des personnes ayant le statut d'association telles que les Conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement[97] .

---

[94] Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, *Décision n° 2005-513 DC ,* Commentaire aux cahiers n° 19, Note de J.-E. Schoettl, *Les petites affiches*, 6mai 2005, p.6.

[95] Conseil constitutionnel, 5 aout 2004, *Décision n° 2004-501 DC* ; Note J.-E Schoettl, *Les petites affiches,* 19 octobre 2004, p. 4.

[96]Article 1609 *quatervicies* du Code général des impôts: « I.-Une taxe dénommée taxe sur les nuisances sonores aériennes est perçue au profit des personnes publiques ou privées exploitant des aérodromes pour lesquels le nombre annuel des mouvements d'aéronefs de masse maximale au décollage supérieure ou égale à 20 tonnes a dépassé vingt mille lors de l'une des cinq années civiles précédentes. Cette taxe est également perçue au profit des personnes publiques ou privées exploitant un aérodrome pour lequel le nombre annuel des mouvements d'aéronefs de masse maximale au décollage supérieure ou égale à deux tonnes a dépassé cinquante mille lors de l'une des cinq années civiles précédentes, si les plans d'exposition au bruit ou de gêne sonore de cet aérodrome possèdent un domaine d'intersection avec les plans d'exposition au bruit ou de gêne sonore d'un aérodrome présentant les caractéristiques définies au premier alinéa.»

[97] Article 1599 B du Code général des impôts: «Pour le financement des dépenses des conseils d'architecture, d'urbanisme et de l'environnement prévus à l'article 8 de la loi n° 77-2 du 3 janvier 1977, les départements peuvent établir, par délibération du conseil général, une taxe qui s'applique dans toutes les communes du département.

Cette taxe est établie sur la construction, la reconstruction et l'agrandissement des bâtiments de toute nature, à l'exclusion de ceux qui sont définis par le 1° du I de l'article 1585 C et le II de l'article 1585 D, et sur les aménagements soumis à permis d'aménager ou à déclaration préalable et mentionnés au quatorzième alinéa de

Malgré les considérations précédentes concernant le titulaire effectif de ces prérogatives qui sont réputées comme appartenant au «statut de service public»[98] , il convient de remarquer leur encadrement par le principe de spécialité qui, ordinairement rattaché aux établissements publics, s'applique aux sociétés issues des transformations statutaires (Section II).

---

l'article L. 142-2 du code de l'urbanisme. Son taux est fixé par le conseil général. Il ne peut excéder 0, 3 % de la valeur de l'ensemble immobilier déterminée conformément à l'article 1585 D.»

[98] D. Truchet, «Label de service public et statut de service public», *AJDA*, 1982, p. 435.

Section II : Le principe de spécialité : un principe rattachable à la personnalité morale mais ayant un degré d'application variable en fonction du statut public ou privé.

Le principe de spécialité s'illustre d'abord comme un principe rattachable à la personnalité morale (§1). De cela, il résulte une certaine convergence entre cette règle propre à l'objet social d'une société et sa dimension publiciste, restrictivement réputée comme étant un principe propre à l'établissement public. L'aspect publiciste de ce principe garde une certaine consistance à l'issue de la transformation statutaire, car il est lié à la gestion du service public (§2).

§1 : Le principe de spécialité : un principe rattachable à la personnalité morale indépendant de la privatisation organique des personnes publiques.

Avant de mesurer les conséquences de la transformation statutaire sur les modalités d'application du principe de spécialité, il convient de s'attarder sur la portée de ce principe en ce qui concerne la personnalité morale de droit public. Le professeur Linditch décrit ce principe comme une «compétence délimitante»[99] à l'intérieur de laquelle «la capacité juridique se développe pleinement (et où) le principe de l'autonomie de la volonté demeure»[100]. À titre d'exemple, l'École nationale d'administration, établissement public administratif de l'État, si elle peut former des actions en justice comme n'importe quelle personne juridique pour défendre un intérêt figurant dans ses compétences d'attribution, elle ne peut former d'action en justice pour attaquer une décision de mutation d'un de ses anciens élèves[101].

Ce principe est donc, avant d'être un principe propre à la personnalité morale de droit public, un principe propre à la personnalité morale. Il est alors connu en droit public comme en droit privé, bien qu'il n'ait été institué clairement par aucun texte, mais de façon purement

---

[99] F Linditch, Recherche sur la personnalité morale en droit administratif, Thèse, Bibliothèque de droit public Tome 176, *LGDJ*, p. 202.

[100] *Idem.*

[101] Conseil d'État, 4 juin 1954, *ENA*, *Rec* p. 337; Rapport d'étude du Conseil d'État, *Les établissements publics,* adopté par l'Assemblée plénière du 15 octobre 2009.

prétorienne et doctrinale[102]. En effet, ce principe a été consacré comme un principe général du droit par le Conseil d'État dans un arrêt de 1938[103]. Cependant, sa portée semble plus étendue et célèbre en ce qui concerne l'établissement public, et ce, pour au moins trois raisons d'ordre juridique et historique.

Le premier motif est rapporté par le professeur Douence, et est relatif au fait qu'au début du XXème siècle, on trouvait un contentieux abondant concernant les libéralités consenties aux personnes publiques. Le Conseil d'État aurait résolu les problèmes pratiques liés à cette question par «un régime juridique charpenté (qui) s'appuyait expressément sur le principe de spécialité des établissements publics»[104].

La deuxième raison vient du fait que, mis à part le cas de la Banque de France, la création des modèles de personnes publiques *sui generis* telles que le groupement d'intérêt public est postérieure aux réflexions doctrinales relatives au principe de spécialité . D'ailleurs, pour le groupement d'intérêt public, ce caractère *sui generis* est tout à fait problématique, car la forme contractuelle de sa création ne permet pas de l'intégrer dans la catégorie traditionnelle des «personnes morales à caractère fondatif». En effet, à la différence de cette catégorie doctrinale traditionnelle dont le symbole est l'établissement public ; la spécialité du groupement d'intérêt public ne résulte pas de «son affectation à une mission spéciale par une règle de droit supérieure » [105], mais du fait du contrat, quand bien même le législateur avait d'abord déterminé les activités des groupements d'intérêt public au domaine de la recherche avant d'autoriser l'élargissement des champs de l'action publique pouvant permettre la création de nouvelles structures de ce type.

La dernière justification notable de ce cantonnement du principe de spécialité aux établissements publics est la confusion, préalablement décrite, entre le critère matériel et le critère organique, ayant conduit des grands auteurs à parler de «service public spécial personnalisé»[106]à ce sujet. En effet, l'intérêt général constitue, pour les personnes publiques, une obligation et non une faculté. Une telle assertion signifie donc que l'existence de ces personnes tient d'abord de la mission que leur acte constitutif leur a attribuée. Cet acte

---

[102] Voir à ce propos: J. Ferstembert, *Recherche sur la notion de spécialité des personnes publiques,* Thèse Paris II, dactyl, 1976

[103] Conseil d'État , Sect., 4 mars 1938, *Consorts le Clerc*, *Rec*. p. 229.

[104] J.-C Douence, «La spécialité des personnes publiques en droit administratif français», *RD publ*, 1972, p. 754.

[105] J.-C Douence, *Idem*, p. 756.

[106] M. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 1933, 12ème édition, *Dalloz*, p. 280.

constitutif joue exactement le même rôle pour le groupement d'intérêt public, même si sa forme contractuelle ne répond pas aux critères de l'acte normatif unilatéral, législatif ou règlementaire, et ce, à l'inverse du cas de l'établissement public. Par ailleurs, la nature règlementaire ou législative de l'acte constitutif a pu servir au juge constitutionnel de base d'appréciation du caractère transférable ou non au secteur privé conformément, selon lui, à l'alinéa 9 de la Constitution de 1946[107] .

L'appréciation, par le juge administratif, de ce principe de spécialité pour la personne publique encadrant alors l'activité fixée par son acte constitutif a pu se révéler d'une certaine souplesse voire d'une certaine ambigüité. Si il est admis que le principe de spécialité encadre les prérogatives propres à la personnalité morale de droit public en plus de celles propre à la personnalité morale ; l'étendue plus importante de ce principe pour la personne publique est liée à la corrélation de son existence avec l'intérêt général qu'elle est censée, du fait de son statut, poursuivre[108]. Néanmoins, un certain assouplissement a été exprimé dans l'avis *RATP* rendu par le Conseil d'État le 15 juillet 1992. Les juges du Palais Royal ont alors estimé que le principe de spécialité ne s'oppose pas, en lui-même, à ce qu'un établissement public se livre à d'autres activités économiques si celles-ci sont techniquement ou commercialement le

---

[107] Conseil constitutionnel, décision du 26 juin 1986, n° 86-207 DC, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, considérant n° 53: «Considérant que, 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; qu'il suit de là que le fait qu'une activité ait été érigée en service public par le législateur sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle à ce que cette activité fasse, comme l'entreprise qui en est chargée, l'objet d'un transfert au secteur privé» .

En ce sens, voir G. Quiot, «De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public et à France télécom», *AJDA*, 2005, p. 815: « L'apport théorique essentiel de cette décision réside moins, à notre avis, dans l'affirmation qui a exclusivement retenu l'attention de la doctrine, qu'il est des services publics nationaux dont l'existence «découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle» et donc s'impose au législateur que dans la reconnaissance au profit de ce dernier d'un pouvoir souverain de faire naître ou disparaitre les services publics nationaux «non constitutionnels» ou, tout du moins, ceux de ces services dont l'activité ne relève pas d'une matière «règlementaire» en vertu de la Constitution . Cette dernière précision s'impose car, un autre apport théorique du considérant généralement ignoré tient justement à ce qu'il véhicule la reconnaissance par le Conseil du fait d'un pouvoir autonome de création des services publics nationaux par l'autorité règlementaire dont l'existence était niée par certains auteurs et qui continue d'ailleurs de l'être. (v. R. Chapus, *Droit administratif général, Montchrestien*, tome 1, 12ème éd, p. 576).»

[108] L. Janticot, «Service public et personnes de droit privé», *RFDA*, 2008, pp. 67-68.

complément normal de l'activité principale et si elles représentent un intérêt général ainsi qu' une utilité directe pour sa personne[109]. Par ailleurs, à l'issue d'un arrêt de 1993, la jurisprudence communautaire a ajouté le critère de la meilleure efficacité[110]. À côté de cet assouplissement, la sanction du principe de spécialité devant le juge de l'excès de pouvoir a pu se révéler vectrice d'une certaine ambigüité notamment au vu de certains arrêts célèbres de la jurisprudence administrative. Dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État de 1933 *Zénard* relatif aux boucheries municipales, il a été admis la vente des glaçons servant à conserver la viande vendue par l'établissement public industriel et commercial local alors que dans l'arrêt de 1951 *Société des concerts des conservatoires*, la Radiodiffusion française ne pouvait pas faire de représentations au conservatoire, mais uniquement des concerts radiophoniques[111] .

La privatisation statutaire des personnes publiques, si elle n'est pas sans conséquence pour les modalités d'application du principe de spécialité, ne préjuge en rien de son applicabilité en tant que tel (§2).

§2 : La justification de la conservation du principe de spécialité en tant que règle de droit public à l'issue des privatisations statutaires : la gestion du service public.

Les prérogatives précédemment évoquées, dont peuvent être titulaires les personnes privées, ne peuvent être utilisées que dans le cadre des missions de ces dernières, car leur utilisation en dehors de ce domaine d'activité serait constitutive d'un vice d'incompétence *ratione materiae.* Le principe de spécialité, dans la mesure où il sert d'encadrement des activités de service public, est donc conservé à l'issue de la privatisation statutaire. En effet, si ce principe est aussi bien connu en droit public qu'en droit privé et que la privatisation statutaire entraine un changement de légalité , on peut considérer avec Madame Fouache que : «le principe de spécialité, qui est en réalité un principe de spécialité des services publics, et non de telle ou telle forme juridique particulière, limite donc de la même manière le champs d'activité des sociétés anonymes publiques gérant un service public et celui des

---

[109] Conseil d'État , avis n° 352-281, 15 juillet 1992, *RATP*.

[110] Cour de justice des communautés européennes, 19 mai 1993, *Corbeau*, n° C-320-91, *rec* l- . 2533.

[111] Voir l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État du 24 novembre 1933, *Zénard*, Recueil *Dalloz,* 1936, 3, p. 33 et l'arrêt de section du 9 mars 1951 «*Société des concerts du conservatoire*, *Sirey,* 1951.3.81, (cité et commenté au *GAJA*).

établissements publics»[112]. L'application de ce principe en tant que règle de droit public est alors tout à fait envisageable pour une personne publique transformée en personne privée, à partir du moment où elle est propre à la délimitation de l'activité de service public que gère cette dernière.

De plus, en dehors de ce cas, on constate que les activités concurrentielles seront, elles aussi, encadrées par un principe de spécialité appartenant au droit privé car : «le contrôle des décisions sociales se fera principalement sur le terrain de l'abus de majorité et non plus sur le terrain de l'excès de pouvoir»[113]. Ainsi dans le cadre des activités de service public, le principe de spécialité garde une application complète à l'égard des personnes privées dont les compétences d'attributions sont fixées par la loi. Par exemple, les activités de la filiale issue de la transformation du laboratoire français du fractionnement, ancien groupement d'intérêt public transformé en société anonyme, sont encadrées par la loi prévoyant expressément que «les activités relatives à la fabrication des médicaments dérivés du sang destinés au marché français, issus du fractionnement du plasma, sont exercés exclusivement par une filiale au sens de l'article L. 233-1 du Code de commerce, créée à cet effet». Par ailleurs, le capital de cette filiale est expressément prévu comme étant majoritairement détenu par l'État ou par ses établissements publics[114] . Ce cas de figure permet d'une part, de montrer que la loi peut déterminer de façon très stricte la spécialité d'une personne privée comme elle détermine celle des personnes morales de droit public à caractère fondatif. D'autre part, ce cas de figure relatif à une structure issue de la transformation statutaire d'un groupement d'intérêt public permet alors d'élargir la conclusion figurant dans la thèse de Madame Fouache selon laquelle : «Le principe de spécialité qui pèse sur les sociétés anonymes publiques gérant un service public et celui qui pèse sur les établissements publics industriels et commerciaux sont identiques»[115]. Néanmoins, il reste tout de même une certaine difficulté d'ordre théorique liée à l'élargissement de ces activités au secteur concurrentiel entrainant certains auteurs à parler d'un véritable «changement de rationalité» dans ce principe notamment au vu du caractère privatiste des mécanismes de sanction[116].

---

[112] V. Fouache, *op. cit*, p. 290.

[113] N. Mathey, *op. cit*, p. 83.

[114] Article 77 de la loi n° 2009-879 du 21 juillet 2009 codifié à l'article L. 5124-14 alinéas 2 et 3 du Code de la santé publique.

[115] V. Fouache, *op. cit,* p. 293.

[116] M. Bazex, «Vers de nouveaux modèles normatifs pour le secteur public ?», *AJDA*, 1990, p. 659.

La privatisation statutaire ouvre la voie aux partenariats et à l'élargissement de la sphère des activités concurrentielles qui seront déterminées par un objet social de la même étendue que celui des entreprises exerçant dans le domaine concurrentiel. L'exemple de la transformation d'Electricité de France (EDF) en société anonyme dont le capital est à ce jour détenu à 70% par l'État permet alors un élargissement du champs des activités dont l'effet paradoxal, relevé par le professeur Mathey et l'actualité, est la mise en concurrence de ces deux entreprises dans la mesure où EDF se diversifie dans le gaz tandis que Gaz de France (GDF) développe ses activités de production dans l'électricité [117]. Toujours est-il que la nature du principe de spécialité garde une dimension plus stricte pour les sociétés anonymes gérant un service public dont les activités qui en découlent seront mise en œuvre dans les opérations législatives de privatisation statutaires par la mise en place d'une tutelle fixée par voie contractuelle (Chapitre II).

---

[117] N. Mathey, «Personne publique et personne privée», *op. cit*, p. 83.

Le Monde du 7 avril 2012 : «Parcs éoliens en mer: EDF 3, Izerdola 1, GDF Zéro»: «Le Ministre de l'industrie, Eric Besson a annoncé , vendredi 6 avril, les résultats de l'appel d'offres pour la construction de 500 à 600 éoliennes au large des côtes normandes et bretonnes . (…) Le grand perdant de l'appel d'offres est GDF Suez, qui concourrait pour 4 sites avec Vinci et la Caisse des dépôts . (…) Selon GDF Suez, l'État fait fi de son expérience de premier exploitant d'éoliennes de France.»

Chapitre II : La mise en place d'un régime de droit public spécifique gouvernant les activités de service public des anciennes personnes publiques à statut privatisé.

Les lois de privatisation statuaire, du fait de leurs conséquences sur l'activité de service public réputée être une faculté et non une finalité pour la personne de droit privé, prévoient certaines garanties relatives à la conservation d'obligations de service public et d'un régime de droit public qui y est associé.

Ce régime des activités de service public est d'abord fixé par la mise en place d'une tutelle contractualisée relative à la gestion de ces activités (Section I). La régression de l'encadrement et de la détermination des obligations de service public étant susceptible de s'aggraver lors de la perte de la direction d'une entreprise publique par le transfert au secteur privé, on constate la conservation de garanties d'un «service public minimal dans un environnement concurrentiel[118]» liées au service universel dont le régime est comparable à celui qui était propre aux lois du service public (Section II).

Section I : Des activités de service public déterminées par la contractualisation de la tutelle sur les entreprises à statut public transformées en personnes privées.

La contractualisation de la tutelle de l'État sur les activités des personnes publiques transformées en personnes privées peut s'observer dans la plupart des lois relatives aux évolutions statutaires des entreprises publiques. La poursuite de l'intérêt général fait alors l'objet d'une contractualisation croissante. Cet aspect contractuel, donné aux activités de service public, a une nature essentiellement planificatrice de droit public (§1) dont la portée intègre largement les domaines d'activités antérieurement gérés par les anciennes entreprises publiques à statut public (§2).

§1 : La nature publique de la contractualisation de la tutelle de l'État sur les personnes publiques transformées en personnes privées.

Les contrats de service public permettant à l'État de définir «les objectifs et les modalités de mise en œuvre des missions de service public» s'inscrivent dans la démarche du

[118] M. Long, «Service public, services publics: déclin ou renouveau ?», *RFDA*, 1995, p. 501.

législateur visant à moderniser les procédés de tutelle sur les entreprises publiques. Si la formule précitée ressort expressément de la loi relative au secteur électrique et gazier, l'objet d'intérêt général de ces contrats est comparable aux contrats intervenant dans le secteur postal tels que les contrats de présence postale territoriale[119].

Néanmoins, pour ne prendre que ces deux exemples, la perte du statut public de ces personnes laisse entrevoir deux mutations.

D'une part, ces contrats consistent désormais, pour l'autorité de tutelle, à mettre en place des mécanismes encadrant les activités des personnes privées qui répondent à un objet de service public.

D'autre part, si cette contractualisation des relations entre l'État et le secteur public a déjà été mise en place dans le cadre de la planification, c'est-à-dire avant le mouvement de privatisation statutaire des entreprises publiques, et a été conservé à la suite de celle-ci ; le «*critère d'administrativité*»[120] de ces contrats ne se déduit plus avec l'aide de la présomption propre aux contrats conclus entre personnes publiques[121]. En effet, les exemples de l'exploitant public La Poste et de l'établissement public industriel et commercial Électricité de France montrent que la privatisation statutaire du cocontractant risque aussi de bouleverser la particularité de ce régime des contrats administratifs passés entre personnes publiques exprimée par le commissaire du gouvernement Labetoulle, dans ses conclusions relatives à l'arrêt précité ,selon lequel : «l'expression de l'idée de puissance publique ou de rapports inégalitaires n'a guère de sens entre personnes publiques». En effet, la particularité du régime du contrat administratif entre personnes publiques se caractérise par l'absence d'application

---

[119] Article 6 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et de France télécom.

[120] Ce néologisme «administrativité» est très fréquent dans les ouvrages de droit des contrats administratifs. À titre d'exemple : voir C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, *PUF*, 2011, 3ème édition, p. 112.

[121] Tribunal des Conflits, 21 mars 1983, *Union des Assurances de Paris*, Conclusions D. Labetoulle, *Rec* p. 537, *AJDA,* 1983, p. 356: «Considérant qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif, impliquant la compétence des juridictions administratives pour connaitre des litiges portant sur les manquements aux obligations en découlant, sauf dans les cas où, eu égard a son objet, il ne fait naitre entre les parties que des rapports de droit privé.»

de règles générales du contrat administratif classique passé entre une personne publique et une personne privée[122] .

Nul n'ignore à quel point l'utilité de la présomption prétorienne d'administrativité est critiquée pour identifier le contrat administratif[123]. Tout au plus, cette présomption liée à la nature publique des cocontractants «ne fixe qu'une grille d'interprétation des critères usuels de la qualification des contrats passés entre personnes publiques»[124]. Cependant, il est incontestable que la nature publique de l'ensemble des parties au contrat donne un régime spécifique à celui dans le cas où il répond à la qualification de contrat administratif. Ces contrats, lorsqu'ils étaient passés à l'époque où ces entreprises avaient un statut public, étaient soumis à un régime dérogatoire au même titre que les contrats publics de plan État-régions[125]. De plus, le fait que les missions de ces anciennes personnes publiques étaient déjà des missions de service public industriel et commercial ne remettaient pas en cause cette nature administrative dans la mesure où il ne s'agissait en aucun cas de contrats où l'État était usager[126]. Ce caractère contractuel est d'ailleurs expressément affirmé par l'article 12 de la loi du 29 juillet 1982 «portant réforme de la planification» qui dispose que ces contrats «sont réputés ne contenir que des clauses contractuelles». C'est ainsi que ces contrats ne répondent plus à la présomption liée au critère organique même si on peut supposer que le Conseil

---

[122] En effet, certaines règles générales du contrat administratif sont écartées telles que la modification unilatérale. C'est d'ailleurs ce qu'ont affirmé les juges du Palais royal en 1989: Conseil d'État, 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, *Rec*. p. 105; *RFDA,* 1989, p. 466 ; *AJDA,* 1989, p. 315.

[123] C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, op . cit, p. 125: «Le juge statue (…) de la même façon que pour reconnaitre le caractère administratif d'un contrat conclu entre une personne publique et une personne privée, en recourant au jeu des critères matériels. En revanche, la circonstance que le contrat a été passé entre deux personnes publiques n'a pas d'incidence sur sa qualification.»

[124] F. Rolin, *Accord de volonté et contrat dans les relations entre personnes publiques, Thèse Paris II,* 1996.

[125] J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique*, *LGDJ*, 5ème édition, 2011, p. 900: «L'identité des fondements juridiques des contrats de plan, qu'ils intéressent les régions ou les entreprises, devrait permettre de transposer aux contrats État /entreprises les solutions admises pour les contrats État /régions . En application de la jurisprudence du synchrotron, ces derniers ont été considérés comme de véritables contrats administratifs.

[126]Conseil d'État , 13 octobre 1961, *Établissements Campagnon-Rey, Rec* p. 567*; AJDA,* 1962, p. 98 et Tribunal des conflits, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand, Rec* p. 831 *; AJDA,* 1963, p. 88.

Conseil d'État ,15 février 1993, *Commmune de Nay Bourdettes contre Syndicat mixte de l'alimentation en eau potable de la région Nord Est de Pau,* Req n° 133223.

d'État applique par analogie, pour ces cas, la démarche du Tribunal des conflits affirmant que la nature d'un contrat non qualifié textuellement s'appréciait au jour de son édiction[127] .

Aujourd'hui, le caractère administratif de ces contrats se déduit toujours de par le critère matériel et le caractère exorbitant de leur régime même s'ils perdent la particularité du régime propre au contrat administratif entre personnes publiques. En effet, ces contrats prévoyant la tutelle de l'État se caractérisent comme des contrats de service public répondant donc à une mission d'intérêt général de par leur objet, permettant alors de déterminer cette *administrativité*, et ce, quand bien même le législateur n'insiste pas directement sur cette nature publique qui est donc déduite du critère de qualification issu de l'arrêt du Conseil d'État de 1956 *Epoux Bertin*[128].

Par ailleurs, l'étude des dispositions législatives relatives à ces contrats entre l'État et les entreprises permet de constater la présence du critère du régime exorbitant, un autre indice de qualification du contrat administratif [129](§2).

§2 : Les contrats de service public : un instrument de la tutelle de l'État sur les missions de service public des personnes publiques transformées en personnes privées.

S'ils sont semblables à la planification avec leur caractère intégralement contractuel renforcé par la privatisation statutaire de la personne ; ces contrats permettent à l'État de s'assurer de la continuité de la gestion du service public par les anciennes personnes à statut public. Cette tutelle permet donc un ressort supplémentaire de contrôle en plus de l'actionnariat. Par exemple, L'article 2 de la loi du 11 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de La poste et de France Télécom prévoit l'ensemble des missions de collecte et de tri. L'article 6 de cette même loi prévoit que La poste doit concourir à l'aménagement et au développement du territoire national suivant les principes de la loi «d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire» suivant les principes fixés par l'article 1 de la loi n 95-115 du 4 février 1995 définis de la façon suivante : «La politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire concourt à l'unité de la nation, aux solidarités entre citoyens et à l'intégration des populations.» Aussi, la loi n° 2010-123 du 9

---

[127] Tribunal des conflits, 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français,* Note B. Delaunay, *RFDA* 2007, p. 290-297.

[128] Conseil d'État , 20 avril 1956, *Epoux Bertin, AJDA*, 1956, p. 272 *;* Voir *GAJA*.

[129] Conseil d'État , 19 janvier 1973, Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, *Rec*, n° 82338.

février 2010 impose alors des contrats de partenariats locaux publics ou privés dont le changement de statut de l'exploitant public ne remet pas en cause la nature. À titre d'exemple, le contrat pluri annuel de présence postale territoriale est un contrat passé entre l'État et la Poste défini par le nouvel article 6 II de la loi de 1990 comme fixant : «les conditions, en termes notamment d'horaires d'ouverture et d'offre de base de services postaux et financiers, de qualité, d'information, d'amélioration et d'engagements de service auprès des usagers, que doivent remplir les points de contact en fonction de leurs caractéristiques et dans le respect des principes du développement durable. Les conditions relatives aux horaires d'ouverture des points de contact prévoient l'adaptation de ces horaires aux modes de vie de la population desservie.»

Ce contrat pluri annuel présente sans doute les caractères d'un contrat administratif en raison d'une part, du régime exorbitant qui le gouverne et du fait de l'intervention de la puissance publique et du législateur dans la définition de ce contrat et donc, les pouvoirs de contrôle et de direction dont dispose l'État envers la poste d'autre part [130] . De plus, selon la loi, ce contrat intervient dans le cadre de «la politique nationale d'aménagement et de développement durable du territoire (qui) concourt à l'unité de la nation, aux solidarités entre citoyens et à l'intégration des populations.»

En ce qui concerne Électricité de France et GDF Suez, l'article L. 121-46 du Code de l'énergie prévoit aussi des contrats pluriannuels fixant les objectifs et les modalités permettant d'assurer la mise en œuvre des missions de service public «sans préjudice aux contrats de concession définis à l'article L. 2224-31 du Code général des collectivités territoriales» fixant les modalités de gestion délégués des services publics industriels et commerciaux. Le contrôle de l'État est avéré dans le cadre de ces contrats pluriannuels car l'article du Code l'énergie précité énonce que : «ces contrats définissent, pour chacun des objectifs identifiés au II, des indicateurs de résultats. Ces contrats et l'évolution de ces indicateurs font l'objet d'un rapport triennal transmis au Parlement.»

On constate donc bien un certain contrôle de la personne publique liée à un régime exorbitant.

---

[130] Conseil d'État , 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, 1973, *CJEG*, 1973. 239, Conclusions M. Rougevin-Baville, Note O. Carron.

À coté de cet encadrement à caractère contractuel de droit public, le législateur prévoit la mise en place de règles issues de la notion communautaire de service universel dont la comparabilité avec les missions de service public est envisageable (Section II).

Section II : Des obligations de service public imposées jusqu'aux obligations de service universel transposées : une convergence de régimes juridiques.

Les obligations s'imposant aux anciennes personnes publiques trouvent leur substance dans le fait qu'elles sont relatives à la gestion d'un service public. Les principes gouvernant cette gestion sont incontestablement fixés par des règles de droit public. Ce droit public régissant l'activité de l'entreprise publique de service public ne peut cependant pas, juridiquement, survivre à la privatisation capitalistique. En effet, le caractère privé de l'entreprise est antinomique, en dehors de toute délégation contractuelle, à la gestion d'un service public.

À l'inverse, les obligations découlant de la gestion du service universel ne voient pas leur existence remise en cause par le transfert de l'entreprise au secteur privé. Ainsi, le service universel n'est donc pas une notion relative au service public et les principes qu'il impose ne sont pas des règles de droit public. Cependant, l'étude de ce dernier est incontournable en raison de la convergence du contenu de ces règles avec les lois du service public (§1), quand bien même la mise en concurrence dont est susceptible la gestion de ce service dit «universel» rend contingent son caractère rattachable à l'ancienne personne publique. En effet, cette dernière gère ces obligations de service universel *ab initio* uniquement en raison de sa qualité d'opérateur historique (§2).

§1 : La convergence des obligations de service universel aux règles de droit public propres à la gestion du service public.

Il s'agit ici de développer la possible évolution des activités de la personne publique transformée en personne privée, notamment à l'issue de son transfert au secteur privé. La privatisation capitalistique est un marqueur précis de l'évolution des règles relatives aux activités des personnes publiques transformées en personnes privées. En effet, dans la mesure où le transfert au secteur privé de ces dernières ne peut être opéré que si la personne n'est plus

de service public, et ce, en vertu de la règle constitutionnelle découlant de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de la IVème République[131] .

Néanmoins, même à l'issue d'une telle opération, dont la privatisation statutaire constitue une étape préalable, on remarque que des garanties minimales issues du droit de l'Union européenne sont mises en place notamment pour les secteurs d'activités autrefois gérés par les deux anciens exploitants publics. Le service universel serait donc, dans sa portée, considéré par un auteur autorisé comme «un service public minimal dans un environnement concurrentiel, sans doute peu à même de remplir le rôle d'instrument de cohésion sociale et de lutte contre l'exclusion que l'on attend du service public à la française»[132]. Par ailleurs, la privatisation capitalistique est antinomique avec l'idée même de la conservation des règles de droit public pour régir des activités réputées purement concurrentielles, d'où l'idée d'une différence fondamentale quant à la nature des règles du service universel par rapport à celle des règles du service public. À ce propos, le professeur Guglielmi estime même, pour sa part, que «l'intégration des prestations de service universel dans les règles de droit public français ne serait que circonstancielle en raison du fait que la source juridique du service universel nous échappe»[133]. De cela, il résulte que la dissemblance entre le service public à la française et le service universel européen n'est pas une différence de degré, mais une différence de nature qui se constate dans la distinction de la finalité poursuivie par ces deux notions. Le service universel, selon l'auteur précité, serait une notion propre «aux mécanismes de marché» alors que le service public à la française donne priorité aux «décisions prises dans l'intérêt général», d'où la déduction selon laquelle «la logique sous tendue par les deux notions est radicalement différente»[134].

---

[131]Alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 septembre 1946: «Tout bien, toute entreprise, qui a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité.»

F. Melleray, « Fonction publique et service public: le cas de France télécom», *AJDA*, 2003, p. 2080 : «Soit France télécom demeure à titre principal une entreprise de service public et on ne verrait pas par quel tour de passe-passe lui retirer la qualité de service public national et donc comment il pourrait être question de la privatiser …»

[132] M. Long, «Service public, services publics: déclin ou renouveau ?», *RFDA,* 1995, p. 501.

[133] G.-J. Guglielmi, «Un service public universel ?», www.guglielmi.fr/IMG/pdf/SPUNIV.pdf, p. 2.

[134] G.-J. Gugliemi, *Idem*, p. 2.

Cependant, il parait difficile de faire abstraction d'une analogie non négligeable entre les lois du service public et les principes du service universel qui se constate autant dans la démarche du législateur qu'en doctrine.

D'abord, ce rapprochement des notions apparait à la lecture de certains travaux parlementaires tels que celui relatif à la loi du 4 février 2010 opérant la privatisation statutaire de France Télécom et modifiant la loi de 1990 sur les postes et télécommunications. Ainsi, comme le constate Monsieur le député Proriol : «le service universel est qualifié explicitement de service public par l'article 2 du projet de loi. Il répond par conséquent aux règles afférentes à ce dernier : impératif d'assurance de l'égalité de tous, impératif de continuité temporelle et spatiale, impératif de mutabilité en fonction de l'évolution des circonstances de droit et de fait[135]. »

Ensuite, cette même tentative se retrouve aussi en doctrine, ce qui démontre bien la sensibilité de certains auteurs à l'égard de cette convergence de contenu entre ces règles issues du droit de l'Union et celles théorisées par le professeur Rolland. Par exemple, l'article L. 35-I du Code des postes et des télécommunications, dispose d'une obligation de service universel relative aux critères essentiels de «la qualité et du prix». Le critère de la qualité définissant le service téléphonique n'est pas qualifié, mais à son sujet, le professeur Rapp suppose que l' «on peut assurément s'entendre dans toutes les dimensions de la qualité d'une prestation : qualité technique sans doute, qui renvoie inconsciemment au principe de mutabilité du service public[136].»

Enfin, cette analogie relative à l'intégration de la notion communautaire de service universel et les lois du service public est poussée jusqu'à l'assimilation par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2006-543 du 30 novembre 2006. Les juges de la rue Montpensier devaient statuer sur la saisine des requérants qui s'opposaient à cette loi relative à l'ouverture au capital de gaz de France et qui se fondaient sur le principe de continuité du service public. Or, comme le montre le professeur Drago : «Le Conseil constitutionnel répond par un ensemble d'éléments qui ne sont pas tirés directement de la Constitution mais de la législation relative au secteur gazier. En effet, la loi du 3 janvier 2003 a prévu un

---

[135]J. Proriol, «Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi adopté au Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'entreprise publique La poste et aux activités postales», 3 décembre 2009, p. 15.

[136] L. Rapp, «France télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», *AJDA,* 2004, p. 582.

ensemble d'obligations de service public pour les opérateurs du secteur en matière de continuité de fourniture du gaz et de sécurité des approvisionnements (…) Ces dispositions ne sont que la transposition d'une directive relative au service universel du gaz»[137]. Les dispositions en question se trouvent, depuis l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011, à l'article L. 121-46 du Code de l'énergie.

À partir de ces différents éléments, on pourrait déduire que la différence entre ces deux notions n'est pas une différence de nature, mais simplement une différence de degré se caractérisant par le fait que par rapport au service public, le service universel apparait à la fois comme «un concept plus dense, (…) mais incontestablement moins large»[138] Ainsi, comme précédemment observé, sur le plan du périmètre, cette notion a une applicabilité très réduite qui concerne des domaines coïncidant avec l'activité des anciens exploitants publics «puisque ne sont à ce jour explicitement concernés que les secteurs des communications électroniques et du courrier»[139]. Cependant, le commentaire précité de Monsieur Drago relatif à la décision de 2006 montre bien l'extension de ce régime à d'autres activités telles que les secteurs de l'électricité et du gaz ne découlant pas traditionnellement de la notion de service universel, mais de textes faisant référence au «service d'intérêt économique général» ou aux «obligations de service public». Cela met donc fin aux doutes exprimés en 2002 par le professeur Espuglas sur l'extension de la notion au-delà de «ses secteurs d'élections que sont les télécommunications et La poste»[140], avant que cette notion ne soit explicitement considérée comme relative au secteur de l'énergie[141]. Si cette extension matérielle peut tempérer l'étroitesse du champ d'intervention des principes du service universel, il faut aussi remarquer une densité certaine propre à cette notion. De nombreux auteurs ont déjà remarqué que, par certains aspects relatifs à la protection des usagers, la substitution du service universel au service public n'a pas eu que des effets fragilisants. Pour le cas des anciens exploitants publics, et plus particulièrement pour le cas de France Télécom où la substitution s'est intégralement opérée en raison du transfert du capital de l'entreprise au secteur privé, le

---

[137] G. Drago, « Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006 «no 2006-543 DC», *Loi relative au secteur de l'énergie », JCP A,* 2007, n° 2014, p. 38.

[138] M. Long, «Service public, services publics : déclin ou renouveau ?», *RFDA*, 1995, p. 501.

[139] J.-P. Colson et P. Idoux, *Droit public économique, LGDJ,* 5 ème édition, 2010, p. 87.

[140] P. Espuglas, «Le service universel», *Droit administratif*, 2002, p. 7.

[141] Voir article 3 alinéas 3, alinéa 9 et article 28-3 de la directive du Parlement et du Conseil 2003/54 CE du 26 juin 2003, relative aux règles communes pour le secteur de l'électricité.

professeur Lombard a constaté que «le service universel couvre bien l'essentiel des services qui relevaient jusqu'alors du service public qu'il s'agisse du service du courrier ou du service de téléphonie fixe»[142].

Mieux encore, par certains aspects, les principes du service universel se révèlent plus favorables pour l'usager par rapport à la situation dans laquelle il se trouvait sous l'empire des lois de Rolland. Par exemple, dans le cadre du secteur des télécommunications, un service minimal est maintenu à tout usager, quelle que soit sa situation de fortune, ce qui lui permet de recevoir des appels ou d'acheminer des communications vers des numéros gratuits d'urgence. Cette situation issue de la transposition des obligations de service universel apparait donc comme nettement plus favorable que celle régie par le «dogme qui a voulu qu'au nom du service public aussi, on commit, comme au nom de la liberté pour le poète Paul Eluard, bien des crimes, notamment celui du débranchement autoritaire d'usagers impécunieux qui ayant accumulé un arriéré, à la suite d'un revers de fortune, se voyaient définitivement condamnés à l'isolement téléphonique»[143]. Le service universel contribue d'ailleurs à l'enrichissement du principe d'adaptabilité se caractérisant comme «l'autre versant de la loi du changement, théorisée par le professeur Rolland, définissant un droit de l'usager à l'adaptation des services publics» à coté d'un principe mutabilité opposable à l'administré selon lequel «il n'a aucun droit au maintien (du fonctionnement) de ce service auquel l'administration peut mettre fin, si elle l'estime nécessaire[144].» En effet, les champs d'activités concernés par l'intégration du service universel sont bien, selon Monsieur Markus, les plus marqués par le principe de d'adaptabilité[145]. Enfin, le champ de cette exigence d'adaptabilité vient d'être consolidé dans le secteur des télécommunications à la suite de l'ordonnance n° 2011-1895 du 19 décembre 2003 modifiant l'article L. 35-2 du Code des

---

[142]M. Lombard, «Service public et service universel : la double inconsistance», in *mélanges Jeanneau, les mutations contemporaines du droit public, Dalloz* 2002, p. 514.

[143] L. Rapp, « France télécom : entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», AJDA, 2004, pp. 582-583.

144 Conseil d'État , 25 avril 1994, Ministre de l'Education nationale, *Rec*, p. 189.

145 J.-P Markus, «Le principe d'adaptabilité: de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics au besoin des usagers», RFDA, 2001, pp. 594-595 : «Le (…) principe (d'adaptation) à réclamer une (…) adaptation des services publics : une adaptation qualitative ou technique recouvrant l'amélioration de l'efficacité et de la sécurité des services publics, thèmes qu'on retrouve dans certaines lois, notamment en ce qui concerne, la qualité (…) du service postal ou du service de l'électricité.»

postes et des télécommunications rajoutant la fourniture du raccordement à un réseau fixe ouvert au public en plus du service téléphonique de qualité à un prix abordable .

Ainsi, si on constate le développement de l'applicabilité de ces principes de service universel aux personnes publiques transformées en personnes privées dans la mesure où elles sont les gestionnaires de ces obligations, il ne faut pas éclipser le fait que cette gestion est délégable selon des procédures déterminées par des règles issues de la commande publique (§2).

§2 : La mise en concurrence de la gestion du service universel : une procédure de droit public détachant la gestion du service universel du monopole d'activité des anciennes personnes publiques.

La mise en concurrence de la gestion du service universel rend contingent le caractère rattachable de cette dernière à l'ancienne personne publique. Les obligations de service universel ne s'imposent donc aux personnes publiques transformées en personnes privées que de façon purement contingente du fait de la qualité d'opérateurs historiques de ces dernières[146]. Par exemple, en ce qui concerne le secteur des télécommunications, la gestion du service universel est soumise à concurrence avec d'autres opérateurs. France Télécom n'est plus l'opérateur en charge du service universel désigné par la loi et l'article L. 35-2 du Code des postes et des télécommunications prévoit que : «Peut être chargé de fournir le service universel tout opérateur, en acceptant la fourniture sur l'ensemble du territoire national et (qui) est capable de l'assurer».

La désignation de l'opérateur chargé de la mission de service universel se fait donc selon la procédure du Codes marchés publics relative à l'appel à candidature. Les critères d'attributions sont «les conditions techniques et tarifaires ainsi que, le cas échéant, le cout net de la fourniture de ces prestations». Cette procédure fixée par l'article L. 35-2 du Code des

---

[146] F. Melleray, *op. cit*, pp. 2079-2080 : «Certes, il est probable que du fait de sa qualité d'opérateur historique, et à la place qu'elle occupe sur le marché, France télécom aura encore pour un certain temps la part belle dans la réalisation des activités de service universel. Mais cela ne saurait, selon nous, suffire pour affirmer (…) que l'objet essentiel de son activité est d'assurer l'exécution de missions de service public.»

postes et télécommunications électroniques, transposant la directive D2002 /22 /CE du 7 mars 2002 précitée, est précisée par le décret n° 2004-1222 du 17 novembre 2004 relatif aux obligations de service public et au financement du service universel des communications électroniques et modifiant le Code des postes et des communications électroniques. La compensation des obligations de service universel se fera par la contribution de ses concurrents aux charges liées à cette gestion[147].

Après avoir mis en perspective ces diverses activités de service public gérées par les personnes publiques transformées en personnes privées, et assujetties au régime de droit public lié à une telle gestion ; on observe aussi la présence d'un régime de droit public essentiellement statutaire, propre à leurs moyens.

Ces règles de droit public se caractérisent par leur comparabilité avec celles applicables à la personnalité publique en raison du critère organique. Il en résulte un caractère fortement déstabilisant et inhabituel de l'applicabilité de telles règles à des personnes privées. Néanmoins, le fait que les personnes privées dont il est question soient des anciennes personnes publiques qui ont le caractère d'entreprises publiques est un élément fondamental de la compréhension de ce régime juridique dérogatoire (Titre II).

---

[147] L. Rapp, *op. cit,* p. 584: «Il est vrai que, dès lors que le service universel des télécommunications fait l'objet de modalités de dévolution à n'importe quel opérateur qui en remplit les conditions, le système en vigueur est plus que jamais celui du Pay or play; Chaque opérateur a ainsi le choix entre deux stratégies, celle de la prise en charge de tout ou partie des obligations de service universel ou celle de la contribution à leur financement.»

Titre II : Les règles de droit public assimilables au statut de la personnalité publique et applicables aux personnes publiques privatisées.

Les sociétés commerciales issues d'une privatisation statutaire se caractérisent par une certaine spécificité dans la mesure où elles dérogent au droit des sociétés, et ce, au point d'avoir un régime juridique assimilable à celui qui est propre à la personnalité publique. Le régime juridique de droit public que constituent ces règles est donc, par nature, dérogatoire aux règles applicables à l'organisation, au contrôle et aux moyens de gestion des personnes privées et notamment, des sociétés anonymes.

D'une part, ce régime de droit administratif spécifique aux personnes publiques transformées en personnes privées résulte de règles mises en place à titre indéterminé, ce qui a pour effet de distinguer fondamentalement ces nouveaux organismes de droit privé des autres personnes privées (Chapitre I). D'autre part, ce régime exorbitant d'anciennes personnes publiques est constitué de règles conservées à titre purement transitoire pour ne pas bouleverser des situations juridiques en cours, mais dont la reproduction de ces dernières sera incompatible avec le nouveau statut de droit privé (Chapitre II).

Chapitre I : Le régime juridique permanent des personnes publiques transformées en sociétés anonymes : entre règles dérogatoires au droit des sociétés et règles propres à la personnalité publique.

Comme on l'a déjà vu en ce qui concerne le régime des activités de service public des personnes publiques statutairement privatisées ; la transformation de ces dernières en personnes privées n'exclut pas l'application, à leur égard, de règles du droit administratif, et ce, à titre indéterminé et permanent. À ce titre, le régime juridique relatif à ces personnes s'applique pour une durée qui n'est pas liée au caractère transitoire de la conservation desdites règles pour les situations juridiques en cours initiées lorsque la personne avait un statut de droit public. Les règles constituant ce régime exorbitant ne pourront être remises en cause que par l'intervention du législateur.

Contrairement aux règles applicables à titre indéterminé qui ont été vues dans le premier titre, les règles qui seront étudiées ici sont réputées être des règles liées à la personnalité publique et non à l'activité de service public. Ainsi, les spécificités structurelles dérogatoires au droit des sociétés commerciales et les règles de contrôle de la personne

publique transformée vont, malgré la similitude du régime des sociétés publiques, rapprocher ces dernières des spécificités de l'établissement public (Section I). À coté de cela, les règles relatives aux moyens nécessaires à l'exercice des activités de la société issue de la privatisation statutaire peuvent, quant à elles, montrer l'applicabilité de règles de droit public, et ce, par mimétisme avec le régime juridique découlant du critère organique public (Section II).

Section I : Les règles spécifiques propres à l'aménagement du contrôle de l'actionnariat public : le cas des sociétés publiques.

Si la tutelle structurelle exercée par la puissance publique sur une société à capitaux publics est constitutive de règles de droit administratif applicables à toutes les entreprises publiques de service public (§2), on constate qu'elle peut découler du fait que la transformation ou la substitution d'une société à une personne publique est, dès l'origine, constitutive de règles dérogatoires à la gouvernance d'entreprise (§1).

§1 : Les règles de droit public constitutives de dérogations *ab initio* au droit des sociétés en cas de substitution d'une entreprise publique de droit privé à une personne publique.

La présence du droit public est remarquable chez la plupart des personnes publiques transformées en personnes privées au même titre que chez les entreprises publiques en général, qu'il s'agisse des sociétés nationales ou des sociétés d'économie mixte. En effet, le contrôle de la puissance publique se traduit par des règles de gouvernance exorbitantes au droit des sociétés du fait de nombreuses qualifications textuelles dérogatoires à l'application des dispositions du Code de commerce.

À ce titre, le cas du groupement d'intérêt public qui se transforme en société commerciale tel que la transformation du laboratoire français de fractionnement en société anonyme, opérée par l'ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005, permet d'observer cette propension quasi-totale du législateur pour le choix de cette forme sociale de droit privé[148]. Si

[148] Article 2 de l'ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005 transformant le groupement d'intérêt public dénommé " Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies " en société anonyme : « Le groupement d'intérêt public dénommé « Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies » est

cette tendance a déjà été relevée par la doctrine en ce qui concerne la transformation des établissements publics industriels et commerciaux du fait de leur caractère d'entreprise publique[149], le choix de la société anonyme pour le groupement d'intérêt public privatisé a pu se révéler plus controversé, notamment du fait de l'apparition de la société par actions simplifiée. Ainsi, le Professeur Mathey montre donc que le choix de la forme sociale de la société anonyme pouvait être évité lors de la transformation de ce groupement et qu'il suffirait de réviser la loi de 1983 pour intégrer la possible transformation des personnes publiques en société par actions simplifiée et non plus seulement en société anonyme[150]. Cependant, il faut exclure cette hypothèse comme révélatrice d'une règle de droit public dérogatoire *ab initio* au droit des sociétés car, du fait de la transformation, il est possible d'imaginer le choix de la société par actions simplifiée unipersonnelle. La composition du conseil d'administration par un seul associé n'est donc plus dérogatoire au droit des sociétés dans la mesure où cette hypothèse est prévue par l'article L. 227-1 du Code de commerce[151]. Le groupement d'intérêt public Laboratoire français du fractionnement est donc aujourd'hui

---

transformé en société anonyme portant le même nom à compter de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés. A la date de sa création, le capital de la société est détenu par l'Etat.»

[149] En ce sens A.-S. Mescheriakoff, *Droit public de l'économique, PUF*, 1996, p. 218-219: «L'entreprise publique se livrant habituellement à des actes de commerce (…) La forme privée normale des entreprises publiques reste naturellement la société de capitaux principalement la société anonyme» et P. Delvolvé, *Droit public de l'économie, Dalloz*, 1998, p. 672 : «Les particularités que les entreprises publiques à statut de société ont les unes par rapport aux autres ne tiennent pas, pour l'essentiel, au type de société qu'elles mettent en œuvre: normalement, il s'agit de sociétés anonymes . On peut rencontrer d'autres formes (par exemple celle de la SARL pour certaines sociétés d'économie mixte locale) mais elles sont trop rares pour ne pas apparaitre comme des curiosités.»

[150] N. Mathey, «*Personne publique et personne privée*», acte du colloque de l'AFDA organisé les 14 et 15 juin 2007: «*La personnalité publique*», éditions *Litec*, 2007, p. 81 «La loi n° 83-675 du 26 juillet 1983, relative à la démocratisation du secteur public ne vise naturellement que la SA, dans la mesure où la SAS n'existait pas en 1983. Le choix de la SAS ne devrait pas permettre d'élucider les dispositions de la loi de 1983, au motif qu'elle n'est pas visée dans la liste des établissements publics relevant de la loi. (…) Une simple modification de la loi de 1983 pourrait également intégrer la SAS dans son champs d'application».

[151] Article L. 271-1 du Code de commerce: «Une société par actions simplifiée peut être instituée par une ou plusieurs personnes qui ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports. Lorsque cette société n'est composée que d'une seule personne, celle-ci est dénommée «associé unique». L'associé unique exerce les pouvoirs dévolus aux associés lorsque le présent chapitre prévoit une prise de décision collective».

une société dont le capital est détenu en majorité par l'État ou par ses établissements publics[152]. L'avantage de cette forme sociale est la plus grande liberté contractuelle. Néanmoins, on constate que le caractère essentiellement de service public administratif de l'activité de l'ancien groupement d'intérêt public, expressément établi par l'article 1 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 «d'orientation et de programmation pour la recherche» du 15 juillet 1982, n'exclut pas le choix de la société commerciale comme point d'arrivée de la transformation statutaire malgré l'objet moins économique que celui des établissements publics à caractère industriel et commercial[153].

Les diverses transformations opérées permettent alors d'évoquer des dérogations structurelles aux dispositions de la loi sur les sociétés anonymes dans le cas où, de la disparition de l'établissement public, a succédé une société anonyme s'y substituant par l'effet de la loi. Par exemple, l'article 11 de la loi n° 92-665 «portant adaptation au marché unique européen de la loi applicable en matière d'établissements d'assurance et de crédit» prévoit que «l'établissement public à caractère industriel et commercial, dénommé Caisse centrale de réassurance, apportera à une société anonyme créée à cet effet, également dénommée Caisse centrale de réassurance, appartenant au secteur public, l'ensemble des droits, biens et obligations attachés à son activité» et qu' «à la date de réalisation des apports, l'établissement public à caractère industriel et commercial dénommé Caisse centrale de réassurance est supprimé.» Cette dérogation à l'article 1832 du Code civil a pu être justifiée par le Conseil constitutionnel puisque le législateur, en vertu de l'article 34 de la Constitution «est compétent pour fixer les principes fondamentaux relatifs aux obligations commerciales»[154]. Ainsi, l'acte législatif se substitue au contrat de société prévu par l'article 1832 du Code civil et le principe de l'article 1844-5 du Code civil est remis en cause par le fait qu'une seule

---

[152] Article L. 5124-14 du Code de la santé publique.

[153] F. Béroujon, «Le groupement d'intérêt public: un instrument de gestion pertinent du service public administratif. P.308-309 «(…) tant la méthode déductive, telle qu'elle peut être suivie après l'arrêt *GIP Habitat*, que la méthode inductive appliquée à l'examen des différents groupements existants, conduisent à considérer que leur activité est rarement une activité économique». (…)L'objet des différents types de groupements d'intérêt public présente la singularité, à la fois de constituer un champ d'intervention des pouvoirs publics, et de ne pas être, par principe, totalement fermé à l'initiative privée. (…)Or, l'observation des différents GIP, en dépit de leur infinie diversité, permet de penser qu'ils ont un objet qui peut, dans la majorité des cas, difficilement être poursuivi par une personne privée.»

[154] Conseil constitutionnel, 14 octobre 1960, Décision «*n° 60-9 L*».

personne peut être titulaire de la totalité du capital. Les notions fondamentales de l'article 1832 du Code civil sont vaines notamment en ce qui concerne *l'affectio societatis*[155].

Une telle opération législative est d'autant plus dérogatoire en ce qui concerne la forme sociale de la société anonyme dans la mesure où l'article L. 225-1 du Code de commerce prévoit un nombre minimal d'associés au conseil d'administration qui est de sept personnes. Cette dérogation est largement soulignée par le professeur Dufau à propos de l'article 3 la loi n° 2005-357 relative à la transformation statutaire d'Aéroports de Paris qui remarque que : «(…) pendant la période qui précède l'ouverture du capital au secteur privé, l'État détiendra l'intégralité du capital social alors que selon l'article L. 225-1 du Code de commerce, le nombre des associés d'une société anonyme ne peut être inférieur à sept»[156]. Cette modalité de création est identique à celle des sociétés nationales comme le montre les exemples de la création de la Société nationale des chemins de fer (SNCF) par la loi de 1937 ou des quatre sociétés nationales de programme se substituant, avec l'établissement public industriel et commercial Radiodiffusion-télévision française (RTF), à l'Office de la radiodiffusion télévision française (ORTF), et ce, sous l'effet de la loi du 7 aout 1974 disposant en son article 12 que «les sociétés nationales de programme sont soumises à la législation sur les sociétés anonymes sous réserve des dispositions de cette législation incompatibles avec la structure particulière des sociétés et leurs exigences de mission des service public». Cette disposition montre donc toute l'exorbitance au droit des sociétés en raison de la «structure particulière» de ces organismes de droit privé issus des transformations.

La loi, à l'origine d'une telle dérogation, s'apparente donc bel et bien à une règle de droit public en raison de l'exorbitance découlant de la composition monopolistique du capital de la société par l'État actionnaire. L'exemple des sociétés nationales de programme éclaire bien cette idée de l'existence de la règle de droit public présente *ab initio*, c'est à dire dès la substitution d'une société anonyme à un établissement public. Cependant, si cette idée se retrouve dans des réformes législatives récentes liées aux premières étapes des privatisations structurelles de France Télécom, d'Électricité de France, d'Aéroports de Paris et de La

---

[155] V. Nguyen Quoc, *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, *LGDJ*, 2001.

[156] J. Dufau, « Le changement de statut d'ADP», *JCP A*, 2005, p. 1078.

Poste[157], l'identité de la nature de cette règle n'est pas révélatrice d'une identité d'opération législative. En effet, avant la privatisation statutaire de La Poste, cette radicalisation de la transformation des établissements publics industriels et commerciaux se constate par le fait que, contrairement à l'opération du législateur de 1974, ces opérations sont exclusives de la création d'un nouvel établissement public[158].

À coté de ces dérogations propres à la société anonyme publique relatives aux «principes qui semblent les plus intrinsèquement liés à la forme juridique de la société en général et donc, *a fortiori*, à celle de la société anonyme»[159], il y a d'autres cas de dérogations explicites aux modes de gouvernance que l'on retrouve dans les textes relatifs aux privatisations récentes des anciens établissements publics industriels et commerciaux (§2).

§2 : Les règles de tutelle sur la gouvernance d'entreprise dérogatoires au droit commun des sociétés anonymes.

L'existence de règles dérogatoires relatives à la tutelle sur la gouvernance d'entreprise se justifie par le fait que la transformation ou la substitution d'une société à une personne publique engendre une société publique qui, malgré quelques cessions de parts du capital à des actionnaires privés, reste une société à capitaux majoritairement publics tant que l'opération de privatisation capitalistique n'est pas mise en œuvre.

Le contrôle lié à la gouvernance d'entreprise se caractérise donc par le fait que, s'il y a «changement dans l'intérêt poursuivi par l'institution après la transformation (…)», l'État reste cependant «le principal actionnaire ce qui lui permet de défendre l'intérêt général en tant

---

[157] Article 1-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et de France télécom (créé par la loi n° 2010-123 du 9 février 2010- article 1: « A la date de publication de ses statuts initiaux, le capital de La poste est, dans sa totalité, détenu par l'État».

[158] Dans le même sens : V. Fouache, *op. cit*, p. 7-8: «Depuis 1996, France télécom, EDF, GDF et ADP dont l'importance économique et sociale ne fait aucun doute, ont été transformés en société anonymes, les trois dernières transformation intervenant en moins d'une année, ce qui révèle une accélération du phénomène. Il est vrai que ce phénomène ne date pas des dix dernières années, puisque de telles transformations étaient déjà intervenues auparavant. Cependant, ces transformations n'étaient absolument pas exclusives de toutes création d'établissements publics industriels et commerciaux comme c'est le cas aujourd'hui (…) les transformations récentes ont lieu à sens unique: de la forme juridique de l'établissement public industriel et commercial vers la société anonyme.»

[159] V. Fouache, *op. cit*, p. 262.

qu'associé»[160]. Cela étant, on constate aussi que ce contrôle de l'Etat sur la société est renforcé par des règles de tutelle en plus de découler de la majorité publique au capital. Des exemples de contrôle structurel se trouvent dans la composition des organes dirigeants de La Poste. La loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 «relative à la démocratisation du secteur public» fait l'objet de nombreuses dérogations quand bien même elle s'applique, en principe, aux personnes publiques transformées en personnes privées. Une composition particulière est prévue par les textes législatifs de transformation notamment si une personne morale de droit public autre que l'État est actionnaire. En effet, l'article 10 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 «relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom» dispose de la présence de deux tiers des représentants des communes et de leurs groupements au Conseil d'administration de la société anonyme La poste. Cette composition est donc beaucoup plus déterminée par le procédé propre au droit public qui est l'acte unilatéral que par les parts sociales des actionnaires. De plus, l'organe dirigeant de la société issue de la transformation voit le contrôle de l'État se manifester par la prérogative de nomination de ses membres. Par exemple, l'article 11 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 prévoit que le Président du Conseil d'administration de La poste est nommé par décret.

À cela s'ajoutent les règles dérogatoires propres à l'entreprise publique transformée en société nationale et/ou devenues par la suite d'économie mixte comme Aéroports de Paris, Électricité de France et, anciennement France Télécom devenue une entreprise privée. Pour le cas d'Aéroports de Paris, l'article 20 de la loi du 20 avril 2005 prévoyait, à l'époque où le capital de la nouvelle société anonyme était intégralement détenu par l'État , des dérogations aux règles relatives aux conventions entre la société et le directeur général, les directeurs généraux délégués ou les administrateurs. L'obligation d'information du conseil pour ce type de convention ne s'appliquait donc pas à l'État dans la mesure où le monopole de la détention du capital par ce dernier ne permettait en aucun cas d'assimiler les conventions passées entre celui-ci et Aéroports de Paris à celles prévues par l'article L. 225-38 du Code de commerce. Rien d'étonnant alors à ce que l'obligation d'information prévue par l'article L. 225-40 du

---

[160] N. Mathey, «*Personne publique et personne privée*», acte du colloque de l'AFDA organisé les 14 et 15 juin 2007: «*La personnalité publique*», éditions *Litec*, 2007, p. 82.

Code de commerce ne soit pas applicable[161]. Il en est exactement de même pour La poste notamment en ce qui concerne les contrats de présence postale territoriale et le contrat d'entreprise, mentionné à l'article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, comme le prévoit l'article 1-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 «relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom»[162].

Ce caractère dérogatoire est donc assez commun aux anciens établissements publics industriels et commerciaux transformés en société commerciales ou aux anciennes sociétés nationales. À titre d'exemple, on peut citer l'article 12 de la loi du 7 aout 1974 selon lequel «les sociétés nationales de programme sont soumises à la législation sur les sociétés anonymes sous réserve des dispositions de cette législation incompatibles avec la structure particulière des sociétés.»

Aussi, il convient de développer le régime particulier des actions des personnes publiques qui se caractérisent par leur appartenance à la propriété publique ce qui influe sur les modalités de gouvernance de l'entreprise. En effet, dans sa célèbre décision «n° 86-207 DC» du 26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a établi que «La Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur»[163] .

En définitive, si l'on convient donc que la tutelle de l'État sur les entreprises publiques est constitutive de règles de droit public, on s'aperçoit néanmoins que la transformation structurelle permet un net recul de celles-ci. La tutelle se caractérisant par un contrôle économique et financier est largement allégée à l'issue des transformations structurelles des entreprise publiques ayant eu lieu au cours des quinze dernières années,

---

[161] Article 20 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

Lorsque le capital de la société Aéroports de Paris est détenu intégralement par l'État , les dispositions de l'article L. 225-40 du code de commerce ne sont pas applicables aux conventions conclues entre l'État et cette société en application des articles 2 et 3 de la présente loi, ainsi qu'aux contrats pluriannuels conclus en application du II de l'article L. 224-2 du code de l'aviation civile.

[162] Article 1-2 de la Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom**:** «Le premier alinéa de l'article L. 228-39 du même code ne s'applique pas à la société La Poste. L'article L. 225-40 du même code ne s'applique pas aux conventions conclues entre l'État et La Poste en application des articles 6 et 9 de la présente loi.»

[163] Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* (considérant n° 58)

notamment en ce qui concerne les exploitants publics devenus société anonymes. Cette décomposition du régime de tutelle se caractérise d'abord par l'abrogation de l'article 37 de la loi de 1990 précitée qui instituait un Conseil national des postes et des télécommunications présidé par le ministre ayant le portefeuille en la matière qui avait une compétence obligatoire et consultative relative au rôle de ce secteur d'activité dans la vie économique et sociale de la nation. À cet organisme semble se substituer la Commission supérieure du service public des postes et des télécommunications agissant par le biais d'une compétence d'avis dans le cadre de la «contractualisation de la tutelle»[164]. Ensuite, l'article 39 prévoyant le contrôle économique et financier de l'État défini par le décret n° 55-733 du 26 mai 1955 est abrogé depuis l'ordonnance n° 2004-637 du premier juillet 2004. En ce qui concerne la prise de participation, là encore, on constate de nombreuses règles, liées à la présence de l'État et du contrôle qu'il exerce, largement exorbitantes aux règles classiques en la matière. Ainsi EDF, même privatisée structurellement en 2004, n'est toujours pas affranchie du régime de l'autorisation préalable du ministre de l'industrie pour la prise de participation[165] issu de l'actuel article 5 du décret du 26 mai 1955[166]. Enfin, les contrôles dits *a posteriori* sont visiblement, eux aussi, remis en cause. Le contrôle opéré par la Cour des comptes, prévu par l'article L. 133-1 du Code des juridictions financières, assurant la vérification des comptes et de la gestion, ne s'applique plus sur les deux exploitants publics à partir du moment où ils sont devenus des société anonymes. Cette volonté de disparition de cette règle de droit public liée au contrôle des magistrats financiers de l'ordre administratif est donc bien marquée par le caractère dérogatoire des lois du 31 décembre 2003 et du 9 février 2010, dans la mesure où la transformation structurelle n'est pas exclusive d'un tel contrôle d'autant plus que la loi concernant La Poste n'a pas opéré de privatisation capitalistique[167].

---

[164] J.-P. Colson, P. Idoux, *Droit public économique*, *LGDJ*, 5ème édition 2010, p. 898.

[165] Arrêté du 27 juillet 2000, JO 5 août 2000, p. 12159.

[166] Le décret n° 2005-437 du 9 mai 2005 si il met en place des audits financiers dont sont dispensés les entreprises relevant de l'agence de participation de l'État , il ne modifie pas ce régime d'autorisation préalable .

[167] Article L. 133-1 du Code des juridictions financières: «La Cour des comptes assure la vérification des comptes et de la gestion des établissements publics de l'État à caractère industriel et commercial(…) ou des sociétés anonymes dans lesquelles l'État possède la majorité du capital social.

Pour une synthèse globale, mais malheureusement un peu datée, relative à tous ces mécanismes juridiques de contrôle précités : voir la thèse de Monsieur M. Poyet, *Le contrôle de l'entreprise publique,* Thèse de l'Université de Saint Etienne, *RAJF,* 2001, en ligne sur le lien : http://www.rajf.org/IMG/pdf/doc-33.pdf

«Le stade final de la métamorphose»[168] auquel est parvenue France Télécom est révélateur de la disparition des règles de droit public liées au contrôle structurel de l'entreprise lors de son transfert au secteur privé. Cela s'explique par le fait que depuis la possible perte de la majorité publique au capital à l'issue de la loi de 2003, le président du Conseil d'administration n'est plus nommé par décret car l'entreprise n'entre plus dans le champ de l'article 1 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983. Cette loi prévoyant cette règle de désignation ne s'applique donc plus[169]. Le contrôle unilatéral de l'État sur les organes de direction disparait alors complètement lors de la privatisation capitalistique car le président du Conseil d'administration de la société anonyme, étant désigné par les actionnaires, n'est même plus «une autorité subordonnée» au sens de l'interprétation de l'article 4 de l'ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 «portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l' État» opérée par le Conseil d'État. La juridiction administrative avait définie cette notion d'autorité subordonnée en la désignant comme «une autorité nommée et révoquée par le Gouvernement et que celui-ci dispose de la liberté d'appréciation» sans préjuger de «la circonstance que le président de la société anonyme France Télécom ne sera pas non plus soumis au pouvoir hiérarchique de ce ministre»[170]. Par ailleurs, les menaces en terme d'autonomie de l'entreprise, supposées par ses exécutifs, étaient relativement faibles car non seulement ces derniers étaient qualifiés

---

Article 1-2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et de France télécom .: «A la date de la publication de ses statuts initiaux, le capital de La Poste est intégralement détenu par l'État » .

Commentaire de la décision n° 2010-601 DC du 4 février 2010, Les Cahiers du Conseil constitutionnel, cahier n° 28: Mais en reconnaissant qu' «une autre loi pourrait, certes au prix d'une modification du champs de ses missions, organiser son transfert vers le secteur privé», les requérants ont également admis, de manière nécessaire, que la loi déférée ne procédait pas, elle-même à ce transfert.

[168] G. Quiot, «De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France télécom», *AJDA,* 2005, p. 814.

[169] Article 10 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983: « Dans les entreprises mentionnées aux 1°, 2° et 3° de l'article 1er, le président du conseil d'administration est nommé, parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci par décret.

Le président du conseil d'administration ou les membres du directoire des entreprises mentionnées aux 1, 2 et 3 de l'article 1er peuvent être révoqués par décret.»

[170] Conseil d'État avis n° 355.2 du 18 novembre 1993,*Les grands avis du Conseil d'État* , p. 275, Commentaire L. Richer.

d'autorités subordonnées au sens de l'interprétation très peu restrictive du Conseil d'État, mais en plus, leurs pouvoirs pouvaient se limiter à la prise d'actes de gestion individuelle à l'exclusion d'actes d'organisation. Ces pouvoirs très succincts montrent déjà la faiblesse de la tutelle de l'autorité subordonnée dirigeant une société issue de la privatisation statutaire comme c'est le cas de l'Imprimerie nationale[171].

La présence d'un régime exorbitant se trouve donc dans la gouvernance de ces personnes privées, mais aussi à la suite de la privatisation statutaire, dans la protection de leurs moyens (Section II).

[171] Conseil d'État avis, 26 septembre 1995, *AJDA*, 1996 p. 468, observations S. Salon.

Section II : L'application pour les personnes publiques transformées en sociétés anonymes d'un régime de droit public à titre indéterminé relatif à la protection de leurs moyens de gestion.

Ces règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en personnes privées pour une durée indéterminée peuvent se décomposer entre celles qui ne sont pas traditionnellement incompatibles avec la nature organique de droit privé (§1) et celles qui n'existent qu'à titre dérogatoire du fait qu'elles sont traditionnellement considérées comme propres au statut de la personnalité publique (§2).

§1 : Une non incompatibilité de principe dans l'application d'un régime juridique de droit public à une personne privée: l'exemple de l'ouvrage public.

D'abord, on constate une certaine incertitude quant à l'inadéquation de la propriété publique comme élément constitutif l'ouvrage public (A). Ensuite, la déconnexion de cette notion d'avec le régime de la domanialité publique s'observe en raison de sa non incompatibilité de principe avec la nature organique du propriétaire (B).

A) La mise en cause de la dissociation entre ouvrage public et propriété publique: la question de la nature des ouvrages à l'issue des transformations statutaires.

Le statut des ouvrages publics, à l'issue de la transformation statutaire de leur propriétaire, fait l'objet d'une qualification problématique qui peut être mise en relation avec les problèmes théoriques liés à cette notion. En effet, l'absence de définition par analogie complète de la notion d'ouvrage public entraine des hésitations dans la détermination du critère de la propriété publique comme un élément constitutif, et ce, à l'instar de la domanialité publique[172]. Si ces notions de travail public, d'ouvrage public et de domanialité

[172] J. Petit et G. Eveillard, *L'ouvrage public, Litec*, 2009, n° 12 : «A la différence des notions de travail public et de domaine public, celle d'ouvrage public n'a jamais fait l'objet d'un arrêt de principe énonçant sa définition en termes généraux. L'interprète est ici obliger de synthétiser les indications partielles éparses dans des décisions innombrables, mais souvent fort laconiques».

publique se recoupent toutes par le critère finaliste de l'affectation à un service public[173], elles font aussi l'objet d'importantes dissemblances ne serait-ce que, par exemple, du fait du critère obligatoirement immobilier séparant la domanialité publique d'une part et, d'autre part, les notions d'ouvrages et de travaux publics.

Le problème de la propriété publique s'est alors posé en tant qu'élément constitutif de l'ouvrage public à l'occasion d'un litige relatif au dommage de travail public concernant un bien appartenant à France Télécom, postérieurement à la transformation statutaire de ladite entreprise. L'avis contentieux du Conseil d' État de 2001 répond par la négative à la question de la conservation de cette qualité d'ouvrage public à laquelle, en tout état de cause, l'ouvrage litigieux répondait avant la privatisation statutaire de son propriétaire[174]. Une période d'incertitude s'est alors ouverte car, à l'idée précédemment décrite selon laquelle «la jurisprudence est à peu près dépourvue d'indications générales sur les éléments qui permettent de déterminer cette notion»[175], s'ajoute le fait que cet avis semble affirmer le critère organique de la propriété publique comme élément constitutif de l'ouvrage public. Pour asseoir cette idée, les juges du Palais- Royal font directement la relation entre la perte de la nature publique du propriétaire et le changement de nature de l'ouvrage en statuant que les ouvrages immobiliers appartenant à la société France Télécom «ne présentent plus depuis la loi du 31 décembre 1996, le caractère d'ouvrage public». De plus, ce resserrement du lien entre la qualification d'ouvrage public et la personnalité publique est largement corroboré par la suite des motivations de l'avis qui expriment la conservation de cette nature d'ouvrage public en cas d'incorporation de l'ouvrage «à une voie publique et en (constituant) une dépendance».

Le lien entre l'ouvrage public et la notion de domanialité publique semble alors établi de façon évidente: le premier élément constitutif de la domanialité publique étant la propriété d'une personne publique[176], peut s'ajouter secondairement le critère de l'affectation par la

---

[173] Le travail public étant affecté à un but d'utilité générale cette affectation, comme le note le Commissaire du Gouvernement Corneille, est plus large que celle du service public . En effet, des travaux effectués sur une église ont été qualifiés de travail public quand bien même, depuis la loi du 9 décembre 1905, le culte n'est plus de service public . Voir Conseil d'État , 10 juin 1921*, Commune de Monségur*, *RD publ* 1921, p. 361, Conclusions L.-F. Corneille, Note G. Jèze.

[174] Conseil d'État , Avis, 11 juillet 2001, *Adelée*, Recueil *Lebon,* p. 372.

[175] J-M Auby, *L'ouvrage public*, *CJEG*, 1961, p. 529.

[176] Article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques CE, 13 mai 1964, *Demoiselle Eberstarck*, *Rec* p. 288.

théorie de l'accessoire indissociable ce qui semble être exprimé dans cet avis contentieux parlant d'ouvrages publics «incorporés à une voie publique ou en constituant une dépendance.» Cependant, les mouvements législatifs et jurisprudentiels ultérieurs remettent en cause cette idée de la propriété publique comme élément constitutif de la qualification d'ouvrage public. Par exemple, à l'occasion du contrôle de la loi relative aux aéroports de 2005 prévoyant dans l'alinéa 2 de son article 2 que «les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics», le législateur énonce alors la solution inverse de celle du Conseil d'État pour France Télécom dans son avis *Adelée*. En effet, le Conseil constitutionnel énonce que: «la Constitution n'exige pas que des biens affectés à un service public restent dans le domaine public»[177]. Par cette décision, la dissociation entre propriété publique et ouvrages publics est réitérée.

Le critère matériel reste, avec le caractère immobilier, un critère certain pour la détermination du caractère public de l'ouvrage (B).

B) La non incompatibilité de la propriété privée à l'application du régime de l'ouvrage public: le retour à une indifférence traditionnelle.

L'incertitude suscitée par l'avis *Adelée* a été clairement levée par le Tribunal des conflits et, encore plus précisément, par le Conseil d'État dans son avis *Béligaud* du 29 avril 2010. Comme le remarque Monsieur Férot, «la solution admettant que les biens d'EDF, (établissement public transformé en société), conservent leur qualité d'ouvrages publics constitue une solution de principe et non d'espèce»[178]. Ce principe serait donc le caractère non exclusif de la propriété privée à la qualification d'ouvrage public. L'avis de 2001 s'apparente alors à une solution d'espèce justifiant le refus de la qualification d'ouvrage public du bien d'une personne privée sans pour autant remettre en cause une hypothèse que la jurisprudence avait antérieurement consacrée comme en témoigne la reconnaissance par le Conseil d'État de la qualité d'ouvrages publics de biens de la SNCF à l'époque où cette dernière était une personne privée[179].

---

[177] Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, décision «n° 2005-513 DC, Loi relative aux aéroports.»

[178] O. Férot, «Notion d'ouvrage public et propriété», *Revue de droit immobilier*, 2010, p. 390.

[179] Conseil d'État, 30 novembre 1955, *Caisse régionale de la sécurité sociale et autres*, *AJDA*, 1955, p. 456.

Si ces décisions récentes montrent bien que l'avis *Adelée* n'avait pas pour conséquence de faire suivre, par principe, la privatisation de l'ouvrage à la privatisation de son propriétaire ; on constate que seul le critère finaliste semble permettre la qualification d'ouvrages publics de biens privés «résultant d'un aménagement (et) qui sont directement affectés à un service public». La solution identique du Tribunal des conflits à propos de la société ERDF, filiale d'EDF, confirme alors qu'un ouvrage public peut appartenir à une personne privée *ab initio* si le critère de l'affectation est rempli à l'instar de la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'État de 1955 précité. Néanmoins, cette solution n'exclut pas la différence d'appréciation en fonction de la nature organique du propriétaire car, comme le relève Madame Grabarczyk : «(…) toutes les interrogations n'ont pas été épuisées avec la jurisprudence de 2010. Le juge ne s'est toujours pas clairement prononcé sur un ouvrage appartenant à une personne privée et «simplement affecté» à un but d'utilité publique. Une affirmation ou une infirmation permettrait d'appuyer, ou au contraire, de contredire l'opinion avancée ici selon laquelle un ouvrage appartenant à une personne privée exige un intérêt général caractérisé, dont l'intensité diminue lorsque l'ouvrage appartient à une personne publique[180].»

La volonté du juge de ne qualifier une propriété privée d'ouvrage public qu'à titre exceptionnel, c'est à dire uniquement dans le cas où ce bien fait l'objet d'une affectation spéciale, semble refléter une interprétation *ratio legis*. En effet, l'article 2 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 «relative aux aéroports» prévoit que «les ouvrages appartenant à la société Aéroports de Paris et affectés au service public aéroportuaire sont des ouvrages publics». Cependant, la qualité d'ouvrages publics a été refusée aux installations affectées à l'usage du public telles que les parkings. Cette hiérarchie évoquée par l'auteure précitée[181] semble alors se confirmer dans la mesure où il n'est pas contesté que les parkings appartenant à une personne publique soient qualifiés d'ouvrages publics[182]. C'est à partir de cette affectation qualifiée au service public aéroportuaire découlant de la détermination légale

---

[180] K.. Grabarczyk, «L'ouvrage public appartenant à une personne privée, la continuité jurisprudentielle des critères de définition d'un ouvrage public», *AJDA,* 2011, p. 2276.

[181] K. Grabarczyk, *Loc cit,*p. 2276.

[182] Conseil d'État , 14 décembre 2011, *Commune de Valmeiner*, n° 320371.

d'ouvrage public que l'on peut concevoir, avec le professeur Brisson, «la volonté explicite du législateur de maintenir les installations aéroportuaires sous la férule du droit public»[183].

La détermination législative de l'ouvrage public de la personne publique transformée en personne privée peut désormais s'analyser, à la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits et de l'avis contentieux *Béligaud*, comme une «précaution inutile» issue de la crainte suscitée par l'éventuelle identification de l'avis de 2001 à une solution de principe[184]. Non seulement, l'intervention du législateur n'est pas nécessaire pour qu'un bien privé soit un ouvrage public, mais en plus, une telle détermination jurisprudentielle de l'ouvrage public appartenant à une personne privée ne s'arrête pas aux hypothèses de transformations statutaires même si l'on constate, au fil des fondements législatifs et jurisprudentiels précités, que ce terrain y est très propice[185]. Le Conseil d'État ne fait donc pas, comme précédemment dit, de distinction quant à la question de la conservation de la nature publique de l'ouvrage à l'issue de la transformation statutaire du propriétaire ou du caractère public de l'ouvrage d'une personne privée *ab initio.*

Si seul le degré d'affectation au service public semble compter, c'est-à-dire le critère matériel, il convient de s'interroger sur son caractère non exclusif dans l'attractivité du droit public. On retrouve en effet, dans d'autres matières telles que le droit des contrats où, à coté de la participation à l'exécution du service public, la jurisprudence a pu consacrer le critère du régime exorbitant dans qualification du contrat administratif[186]. Les critères de l'incorporation à un autre ouvrage public ou de l'affectation directe au service public posent donc la question de leur caractère limitatif ou indicatif dans la détermination des hypothèses de propriété privée d'ouvrages publics. Ainsi, comme le souligne le professeur Melleray à propos de l'avis contentieux de 2010, «il reviendra bien sur à la jurisprudence future d'éclairer la liste des

---

[183] J.-F. Brisson, «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires», *AJDA,* 2005, p. 1842.

[184] Voir en ce sens : F. Melleray, «Définition de la notion d'ouvrage public et précisions sur le service public de l'électricité», Note sous Tribunal des conflits, 12 avril 2010 *Electricité réseau distribution de France (ERDF) contre Michel* et Conseil d'État Assemblée, avis contentieux, 29 avril 2010, *M et Mme Béligaud , RFDA,* 2010, p. 572.

[185] F. Melleray, *op. cit*, p. 573: «Sans doute est-il assez vain d'essayer de trouver dans la décision du Tribunal des conflits davantage qu'une solution limitée à l'hypothèse d'une transformation d'un établissement public en personne morale de droit privé.(…) Il ne tranche par contre pas le problème de la qualification d'un immeuble aménagé affecté à un service public et propriété *ab initio* d'une personne privée .»

[186] Conseil d'État , 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Rec* p. 48.

ouvrages ne remplissant pas ces trois conditions (relatives au caractère immobilier, artificiel et, résultant d'un aménagement et affecté à un service public) mais entrant tout de même de même dans la catégorie des ouvrages publics, (…) comme le montre l'usage du terme «notamment»»[187]. En effet, pour le moment les deux cas d'identification restent l'affectation directe, caractérisée de façon plus importante en cas de propriété privée ou, la théorie de l'accessoire indissociable largement issue du droit de la domanialité publique[188].

À ce propos, les hypothèses d'application de cette branche du droit aux personnes privées et de prérogatives de passation de contrats administratifs dont peuvent disposer ces dernières s'avèrent beaucoup plus surprenantes théoriquement du fait de l'antinomie qui en découle par rapport au critère organique (§2).

§2 : L'application de règles de droit public spécifiques au statut et aux moyens de la personnalité publique.

Ces règles de droit public sont assimilées comme telles du fait de leur ressemblance à des règles constitutives d'un régime exorbitant ne pouvant pas exister autrement que par une dérogation législative, car l'élément constitutif de la nature publique justifiant ce régime n'est pas, par définition, rempli.

Ces règles se retrouvent dans l'application d'un droit administratif spécifique des biens pour la personne privée malgré l'absence du postulat essentiel de la propriété publique (A). Elles sont aussi constituées, en droit des contrats administratifs, par la possibilité de conclure un contrat administratif alors qu'une telle prérogative, conférée par le législateur, est dérogatoire à l'impossibilité de principe s'imposant à une personne privée en la matière (B).

---

[187] F. Melleray, *op. cit*, pp. 573-574.

[188] Article L. 2111-2 du Code général de la propriété des personnes publiques: «Font également partie du domaine public les biens des personnes publiques mentionnées à l'article L. 1 qui, concourant à l'utilisation d'un bien appartenant au domaine public, en constituent un accessoire indissociable.»

A) Des règles applicables aux sociétés de droit privé et assimilables aux garanties relatives à la protection de la propriété publique et de la domanialité publique.

L'application des règles de la propriété et de la domanialité publiques est, en principe, incompatible avec la nature juridique du patrimoine des personnes privées. Cependant, les dérogations législatives bénéficiant à certaines personnes publiques transformées en personnes privées sont constitutives d'un régime assimilable à celui gouvernant la propriété publique. On observe d'ailleurs, pour ces règles, une gradation comparable à celles relatives à la protection du bien public et à la protection du domaine public.

Le régime du droit administratif des biens n'est pas complètement étranger aux considérations relatives à la gestion des sociétés anonymes de service public. D'abord, sa présence est caractérisée en raison du régime des actionnaires à statut public bénéficiant des règles de la propriété publique telles que le principe d'insaisissabilité ou le principe d'incessibilité à vil prix. Ce dernier principe a justement été rappelé par le Conseil constitutionnel à l'occasion d'une loi autorisant le transfert de la majorité du capital d'entreprises au secteur privé. Ce principe se rattache aux dispositions constitutionnelles issues des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen[189]. Ensuite, lorsqu'une personne privée est concessionnaire de service public, la personne publique concédante est propriétaire *ab initio* de l'ouvrage construit dans le cadre d'une délégation de service public[190]. Il en est d'ailleurs de même des biens de retour, c'est-à-dire les biens indispensables au service qui, lorsqu'ils sont acquis par le délégataire, même en cours d'exploitation, appartiennent *ab initio* à la personne publique concédante et relèvent du domaine public de cette dernière alors que les autres biens tels que les biens propres ou les biens de reprise sont la propriété du délégataire[191]. Il en résulte que les biens de retour ne peuvent pas être aliénés sans le consentement de la personne publique et tant qu'ils n'ont pas fait l'objet d'une désaffectation[192]. Enfin, l'hypothèse du contrat administratif par détermination de la loi que constitue le contrat d'occupation du domaine public pouvait, dans

---

[189] Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC du 26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social* (considérant n° 58).

[190] Conseil d'État , 30 mars 1916, *Compagnie générale du gaz de Bordeaux, Rec p 130, GAJA n°* 30.

[191] Conseil d'État , 28 mars 1928, *Société de l'énergie électrique de la Basse Isère*, *Sirey*, 1928.

[192] Conseil d'État , 1er mars 1929, *Société des transports en commun de la région toulousaine*, *Sirey* 1929, Note J. Mestre.

le cadre de sous concessions du bien du domaine public par un occupant privatif, entrainer l'applicabilité du droit administratif à un litige entre deux personnes privées. En effet, cette hypothèse ressortait de la jurisprudence relative au décret-loi de 1938, repris en 1962 à l'article L. 84 du Code du domaine de l'État, aujourd'hui abrogé, et ce, malgré des dispositions comparables se trouvant à l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques. La jurisprudence issue de l'arrêt du Tribunal des conflits du 10 juillet 1956 *Société des Steeple-chases de France* prévoyait donc, sur le fondement du texte de 1938, la compétence du juge administratif pour les litiges relatifs aux contrats d'occupation du domaine public conclus par les concessionnaires de service public avec des tiers. Cette solution est alors confirmée par le Tribunal sur le fondement de l'article L. 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques avec un arrêt de 2006[193]. Cette jurisprudence relative à la compétence concernant ces contentieux contractuels semble constante malgré la «mise à jour» que constitue le Code général de la propriété des personnes publiques[194].

L'originalité des règles relatives aux biens de la personne privée est caractérisée par le fait que ces dernières sont soumises à un régime comparable au droit de la propriété et de la domanialité publique quand bien même, il est de jurisprudence constante que l'application d'un tel régime est antinomique de la nature privée du propriétaire[195].

De telles dérogations législatives apparentant au régime du droit administratif des propriétés des personnes publiques transformées en personnes privées ont d'abord concerné les deux anciens exploitants publics, c'est-à-dire France Télécom et La poste respectivement transformés en 1996 et en 2010. Pour France Télécom, un régime des biens apparenté à la propriété publique de par les principes d'insaisissabilité et d'incessibilité a été en vigueur à la suite de la loi de 1996 pour ensuite être abrogé après la loi autorisant le passage de l'entreprise publique au secteur privé[196]. La loi de 2003 n'a fait l'objet d'aucun contrôle de constitutionnalité *a priori* bien que la conservation des obligations de service public justifiant ce régime applicable pose un problème, ne serait-ce qu'au titre de l'alinéa 9 du préambule de

---

[193] Tribunal des conflits, 16 octobre 2006, *EURL Pharmacie Gare Saint Charles*; *Juris Data* n° 2006-316351.

[194] P. Yolka, « Les sous concessions domaniales, Cartographie d'un contentieux», *JCP A, 2007, n° 2017,* p 26.

[195] Conseil d'État ,13 mai 1964, *Demoiselle Eberstarck*, Recueil *Lebon,* p. 18.

[196] Article 23-1 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications abrogé par la loi n°2003-1365 du 31 décembre 2003 - art. 2 JORF 1er janvier 2004.

la Constitution de la IVème République[197]. En effet, le transfert au secteur privé fait que France Télécom doit devenir, comme le souligne le Professeur Melleray «du point de vue de ses missions, une entreprise commerciale comme les autres» or, si «(…) France Télécom demeure à titre principal une entreprises de service public (…) on ne verrait dès lors pas par quel tour de passe-passe lui retirer la qualité de service public national et donc comment il pourrait être question de la privatiser»[198]. Aujourd'hui, seul l'article 23 modifié par la loi de 2010 opérant la transformation statutaire de La poste prévoit un régime similaire à celui applicable aux biens de France Télécom avant 2003 justifié par leur affectation au dit service public. En effet, l'actuel article 23 de la loi du 11 juillet 1990 prévoit que l'État peut conditionner ou s'opposer à la cession de biens de l'entreprise si cette opération serait de nature à compromettre la bonne exécution des missions de service public de La Poste[199]. Le caractère d'entreprise de service public reste l'élément déterminant pour ce régime des biens, lorsque ce caractère de service public disparait par le transfert législatif au secteur privé, il en résulte la disparition de l'affectation le justifiant.

Un régime tout à fait similaire a été initialement mis en place pour Aéroports de Paris lors de sa privatisation statutaire opérée par la loi du 20 avril 2005 «relative aux aéroports». Ce régime exorbitant est désormais prévu, à la suite de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, par l'article L. 6323-6 du Code des transports qui dispose que : «Lorsqu'un bien est nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci, l'État s'oppose à sa cession, à son apport, sous quelque forme que ce soit, à la création d'une sureté sur cet ouvrage ou terrain ou subordonne la cession, la

---

[197] G. Quiot, «La révision de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel», *Les petites affiches*, 7 mars 2007 (48), pp. 4-13.

[198] F. Melleray, «Fonction publique et service public: le cas de France télécom», *AJDA,* 2003, p. 2080.

[199] Article23 de la loi du 11 juillet 1990: «Lorsque les conditions de la cession ou de l'apport d'un bien compromettent la bonne exécution par La Poste et ses filiales de leurs obligations législatives et réglementaires ou des engagements pris dans le cadre du contrat mentionné à l'article 9, en ce qui concerne, notamment, la continuité du service public et la politique d'aménagement du territoire, l'État s'oppose à la cession ou à l'apport ou subordonne leur réalisation à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations. À cette fin, La Poste et ses filiales transmettent à l'État toutes informations utiles et, notamment, le projet de convention avec le cessionnaire ou le destinataire de l'apport. En cas de non-respect des conditions prévues à l'alinéa précédent par La Poste ou l'une de ses filiales, la nullité de la cession ou de l'apport peut être demandée par l'État dès lors que le prix de cession des biens immobiliers concernés dépasse un seuil fixé par arrêté du ministre chargé des postes.»

réalisation de l'apport ou la création de la sureté à la condition qu'elle ne soit pas susceptible de porter préjudice à l'accomplissement des missions de service public»[200]. Ce régime concernant les ouvrages ou terrains «appartenant à Aéroports de Paris et situés dans le domaine aéroportuaire» est relatif à un champ qui correspond assez étroitement, selon le rapport de Monsieur le député Gonnot, «(…) à celui qui résulterait du maintien du régime de la domanialité publique.» Cette volonté de maintenir une protection des biens d'Aéroports de Paris selon un régime comparable à celui qu'entraîne la propriété et la domanialité publiques est d'ailleurs clairement mentionnée par ces travaux parlementaires selon lesquels : «(…) ce régime juridique a toutefois le mérite essentiel de garantir la disponibilité des biens concernés pour le service public auquel ils sont affectés. Le déclassement des biens du domaine public d'Aéroports de Paris qui leur fait perdre cette protection pourrait donc être de nature à permettre la remise en cause progressive des conditions d'exécution des missions de service public de l'entreprise. Cela n'est évidemment pas acceptable et c'est pourquoi le présent article codifié vise à substituer à la protection issue d'une domanialité publique un régime juridique plus souple mais d'effet équivalent»[201]. Ce «régime sur mesure» n'est pas simplement un ensemble de règles exorbitantes à celles relatives à la propriété publique car, dans la mesure où il a pour objet essentiel la protection de l'affectation, il constitue une garantie supplémentaire de protection de la propriété «aussi efficace que la règle de l'inaliénabilité applicable au domaine public»[202]. On est donc en présence d'un régime de substitution qui, sans protéger la propriété, protège essentiellement l'affectation au service public et permet de garantir les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics. L'affectation est protégée pour la bonne exécution du service public indépendamment de la propriété d'où l'idée d'un *«domaine quasi public»* évoquée par le professeur Brisson montrant alors que :«L'incorporation d'un bien d'intérêt public au domaine public n'est plus aujourd'hui le seul moyen juridique pour en protéger

---

[200] Article 6 de la loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 «relative aux aéroports» initialement codifié à l'article L. 251-3 du Code de l'aviation civile. Suite à l'abrogation de cet article par l'article 7 de l'ordonnance n° 2010-1307 du 28 octobre 2010, cette dernière créé l'article L6323-6 du Code des transports qui reprend, à la virgule près, ces dispositions.

[201] F.-M. Gonnot, « Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat (n° 1914), *relatif aux* aéroports », 26 janvier 2005.

[202] J. Dufau, «Les ouvrages immobiliers de France télécom n'ont plus le caractère d'ouvrages publics, Note sous Conseil d'État Assemblée, Avis, *Adelée*», *AJDA,* 2002, p. 268.

l'affectation»[203]. En effet, cette notion de «domaine quasi public»[204], mise en perspective par le législateur, permet donc de montrer que ce régime des biens de la personne publique transformée en personnes privée sert plus à protéger l'affectation du domaine de l'entreprise de service public qu'à protéger la propriété *stricto sensu*[205]. Ainsi, comme le souligne le professeur Yolka, les notions de propriété publique et de domaine public se superposent plus qu'elles ne se confondent[206].

Le régime relatif au «domaine aéroportuaire quasi public» a permis la protection de l'affectation des biens au service public. C'est d'ailleurs du fait de l'instauration de cette protection que la loi privatisant Aéroport de Paris a été considérée comme constitutionnelle. En effet, la constitutionnalité de la loi du 20 avril 2005 prévoyant le déclassement des biens affectés au service public du fait de la privatisation statutaire d'Aéroports de Paris est justement conditionnée par l'existence de garanties légales aux «exigences constitutionnelles résultant de la continuité du service public»[207]. On en conclut donc que ce régime bénéficie d'une certaine pérennité et sa suppression remettrait en cause une véritable obligation pour l'État de s'opposer aux cessions opérées par Aéroports de Paris de biens nécessaires à la continuité du service public aéroportuaire[208]. La disparition de cette règle semblerait donc

---

[203] J.-F Brisson, «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires», *AJDA,* 2005, p. 1839.

[204] *Idem*, pp. 1841-1843.

[205] Une telle conception remet alors en cause l'idée de la domanialité comme protection supplémentaire du droit de propriété et non comme protection de l'affectation au service public illustrée par le professeur Fatôme selon lequel: «Ce n'est pas la protection du droit de propriété accordée par l'article 17 de la Déclaration de 1789 qui fonde la domanialité publique, mais c'est la domanialité publique qui permet d'assurer le droit de propriété». E. Fatôme, «A propos des bases constitutionnelles du domaine public», *AJDA,* 2003, p. 1404.

[206] P. Yolka, *La propriété publique, éléments pour une théorie, LGDJ*, 1997, *BD* 192, p. 608: «Dire de l'affectation publique qu'elle est une prérogative «attachée à la propriété» permet de la distinguer de la propriété publique. Ce n'est pas - comme le prétend l'analyse classique – parce qu'il s'agit d'un élément constitutif de la propriété qu'elle revient ordinairement au propriétaire public; c'est parce que, l'affectation étant un pouvoir exercé sur un bien, il est logique que la décision d'affectation ou de désaffectation appartienne normalement à la personne qui exerce le plus de droits sur ce bien, en l'occurrence le propriétaire.»

[207] Conseil constitutionnel, 14 avril 2005, décision n° 2005-513 DC *Loi relative aux aéroports,* Note R. Fraisse*, Droit administratif,* juin 2005*,* p. 22.

[208] J.-F Le Grand, «Rapport n° 49 (2004-2005) fait au nom de la commission des affaires économiques», déposé le 3 novembre 2004: « L'article L. 251-3**,** en son premier alinéa**,** fait obligation à l'État de s'opposer à la cession, à l'apport ou à la création d'une sûreté, ce qui inclut notamment les hypothèques sur tout ouvrage ou terrain du

constitutionnellement injustifiable du fait que, comme La poste et contrairement à France Télécom, Aéroports de Paris reste une entreprise publique de service public n'ayant donc pas fait l'objet d'une privatisation capitalistique et dont l'État reste, au 11 mai 2012, actionnaire majoritaire avec 52, 13% du capital[209].

À coté de ce régime des biens spécifique, la faculté de passer des contrats administratifs s'apparente aussi à un privilège exorbitant par rapport au droit des personnes privées (B).

B) La prérogative exceptionnelle de personnes publiques transformées en personnes privées: la capacité de passation d'un contrat administratif.

La prérogative de passation des contrats administratifs est intimement liée à la personnalité publique. Cela résulte d'une présomption établie par la jurisprudence administrative selon laquelle un contrat ne peut être administratif que si au moins une des parties est une personne publique. Dès lors, un contrat entre personnes physiques ou morales de droit privé ne peut être administratif même s'il contient des clauses exorbitantes et même si l'un des cocontractants est chargé d'une mission de service public[210]. En dehors de toute théorie du mandat, les personnes privées ne peuvent donc pas, en leur nom, passer des contrats administratifs. S'il existe des exceptions à ce principe qui sont liées à la catégorie des contrats administratifs par détermination de la loi tels que les sous concessions domaniales précédemment évoquées, on observe surtout que l'une de ces dérogations légales semble spécifiquement issue de la réaction à la transformation d'une personne publique en personne privée. Dans le cas d'EDF, établissement public industriel et commercial national transformé, avec GDF, en société anonyme par l'article 24 de la loi n° 2004-803 «relative au service

---

domaine aéroportuaire qui serait nécessaire à la bonne exécution ou au développement des missions de service public d'ADP. Votre rapporteur souhaite insister sur le fait que les missions de service public sont envisagées non seulement dans leur perspective actuelle, mais aussi dans ce qui pourrait être leur situation future.»

[209] Ministère de l'économie et des finances et agence de participation de l'État : «Portefeuille de participations cotées de l'État (en millions d'€)».
«http://www.ape.minefi.gouv.fr/sections/le_cadre_budgetaire/textes_de_references/downloadFile/attachedFile_1/HistoriqueParticipationsCotees_1mois.pdf?nocache=1292596715.51.

[210] Conseil d'État, 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'Art dentaire du département du Nord, Dalloz,* 1964, Conclusions G. Braibant.

public de l'électricité et du gaz»[211], le législateur est expressément intervenu en 2010 pour conférer le caractère de contrats administratifs aux contrats que l'entreprise publique à statut privé a conclu avec les producteurs autonomes d'électricité . Ainsi, l'avant dernier alinéa de l'article 10 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, par sa rédaction issue de l'article 88 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, dispose que «les contrats régis par le présent article sont des contrats administratifs qui ne sont conclus et qui n'engagent les parties qu'à compter de leur signature.» À l'époque où Électricité de France était un établissement public, les contrats qu'il passait avec des exploitants privés avaient le caractère de contrat administratif en raison de leur régime exorbitant conformément à la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'État de 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*[212]. Après la transformation statutaire de l'entreprise publique chargée du service de l'électricité, le caractère administratif ne pouvait plus être rempli comme le confirment des jurisprudences récentes[213].

C'est dans ce contexte que, par le texte du 12 juillet 2010, le législateur a, par exception, qualifié de contrat administratif des contrats conclus entre la personne publique transformée en personne privée et d'autres personnes à statut privé. Le principe de la non rétroactivité est alors à double tranchant car le Tribunal des conflits a, dans son arrêt *Société Green Yellow* du 12 décembre 2010, refusé d'appliquer ce régime de droit public prévu par la loi du 12 avril 2010 entre EDF et les producteurs autonomes d'électricité en rappelant que cette intervention législative ne pouvait s'appliquer au litige en cours sauf à violer les stipulations conventionnelles notamment issues de l'article 6§1 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Ainsi, en vertu de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à l'égard des lois de validation, le Tribunal des conflits a statué «qu'en l'espèce, la qualification de contrats administratifs conférée par la loi du 12 juillet 2010 aux contrats conclus entre la société EDF et les producteurs autonomes d'électricité, avec une protée rétroactive, n'est justifiée par aucun motif d'intérêt général (et que) les contrats correspondant ne peuvent conduire qu'à instaurer entre ces personnes privées des relations

---

[211] Cet article prévoyant l'obligation pour l'État de détenir plus de 70% du capital d'électricité de France et plus du tiers du capital de Gaz de France a été abrogé par l'article 4 de l'ordonnance n° 2011-504 du 9 mai 2011.

[212] Conseil d'État, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant, CJEG* 1973, p. 239.

[213] Conseil d'État, 1er juillet 2010, *Société Bioenerg*, no333275, *JCP A*, 2010, Act.562 : «Le refus par électricité de France de signer le contrat de droit privé objet du litige n'est pas une décision prise dans l'exercice d'une mission de service public qui aurait été confiée à cette société sous le contrôle d'une personne publique, et ne manifeste l'exercice d'aucune prérogative de puissance publique».

contractuelles de droit privé ; que dès lors, (…) le litige relatif à la formation de tels contrats d'achat d'électricité relève de la juridiction judiciaire»[214]. Cette solution a d'ailleurs été récemment itérée dans un arrêt du 5 mars 2012 rendu par le Tribunal des conflits énonçant que «cette qualification légale à portée rétroactive ne peut s'appliquer aux contrats faisant entre EDF et les producteurs autonomes d'électricité l'objet d'une instance en cours à la date du 14 juillet 2010» c'est-à-dire à la date d'entrée en vigueur de la loi précitée[215].

Toutes ces règles applicables à titre indéterminée sont donc très spécifiques car elles confèrent aux personnes privées issues d'une privatisation statutaire, des privilèges similaires à ceux des personnes publiques.

Si ces prérogatives particulières constituent un élément essentiel du régime de droit public relatif aux moyens des personnes publiques transformées en personnes privées, il faut aussi constater l'existence d'un autre élément de ce régime juridique qui est la conservation temporaire de règles de droit public réputées exclusivement applicables aux personnes publiques (Chapitre II).

---

[214] Tribunal des conflits, 12 décembre 2010, *Société Green Yellow et autres contre Electricité de France,* publié au Recueil *Lebon*, 2010.

[215] Tribunal des conflits, 5 mars 2012, *Société Baryflor*, Req n° C3843.

Chapitre II : Les règles spécifiques liées au statut de la personnalité publique appliquées en tant que régime juridique transitoire relatif aux moyens des anciennes personnes publiques à statut privatisé.

Ces règles de droit marginales ont pour point commun de se caractériser par leur précarité car elles ne sont même pas motivées par des considérations propres au maintien du service public, mais par la protection et le maintien de situations juridiques en cours (Section I), quitte à être en contrariété avec des principes déterminants propres au secteur public (Section II).

Section I : Une conservation de règles de droit public traditionnellement incompatibles avec le statut de droit privé motivée par l'exigence de sécurité juridique.

Il s'agit d'observer ici le maintien de l'application d'un régime de droit public à une situation juridique qui, depuis la transformation de la personne publique en personne privée, ne devrait plus s'appliquer. À la différence de ce qui été étudié dans le premier chapitre, l'applicabilité du droit public à ces situations en question ne peut être justifiée, de façon suffisante, par le fait que la personne ayant fait l'objet d'une transformation statutaire continue de gérer des missions de service public. En effet, l'exemple des contrats montre l'application d'un régime de droit public qui est ici antinomique avec la personnalité juridique de droit privé. L'application de ce régime peut découler soit de la volonté explicite du législateur (§1) soit, en l'absence de qualifications textuelles, du juge (§2).

§1 : L'application du régime de droit public malgré la privatisation statutaire : une situation issue de la volonté explicite du législateur.

Parfois le législateur prévoit le maintien de l'application d'un régime de droit public à une situation juridique qui, depuis la transformation de la personne publique en personne privée, ne devrait plus s'appliquer. C'est, par exemple, le cas des contrats conclus antérieurement à la transformation statutaire de la personne publique avec une autre personne privée qui vont rester, pour le temps qui leur reste à courir, des contrats administratifs. Les règles régissant de tels contrats sont donc purement transitoires, car cela ne préjuge en rien du fait que la personne transformée ne pourra plus passer de contrats administratifs, à l'exception

de l'application de la théorie du mandat ou de l'hypothèse d'attractivité du droit public issue de l'arrêt du Tribunal des conflits de 1963 *Entreprises Peyrot* qu'il est d'ailleurs possible d'envisager à propos de la privatisation capitalistique des sociétés d'autoroute[216] . Le principe est donc celui de l'arrêt du Conseil d'État de 1963 *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du département du Nord*[217]. Néanmoins, le législateur a pu intervenir explicitement pour réaffirmer le principe de la non rétroactivité issu de l'article 2 du Code civil afin que conserve la qualité de contrat administratif, un contrat ne pouvant plus avoir cette nature, ce qui est évident quand le contrat d'occupation du domaine public porte sur un domaine déclassé. Cette solution issue de la règle de la non applicabilité de la loi nouvelle aux contrats en cours est aussi la solution de principe retenue par les juges en cas de silence de la loi[218], même si le juge administratif a récemment rappelé la possibilité d'y déroger pour des motifs impérieux d'intérêt général notamment liés à l'ordre public économique[219]. Pour Aéroports de Paris, cette affirmation de la non rétroactivité est remarquable dans la mesure où l'article 4 de la loi de 2005 prévoit l'application du régime du contrat administratif par détermination de l'article L. 2331 du Code général de la propriété des personnes publiques alors que, du fait de la transformation statutaire, l'objet de ces contrats ne correspond plus au régime décrit. Le législateur crée donc une fiction juridique dans laquelle, pour la durée restant à courir, l'occupant domanial reste soumis au régime de l'occupant du domaine public alors même que les biens qu'il occupe et constituant l'objet de ce contrat ne sont plus des biens du domaine public après l'entrée en vigueur de la loi précitée les déclassant.

---

[216] Tribunal des conflits, 8 juillet 1963, *Société d'entreprise Peyrot, Dalloz,* 1963*,* p. 534*,* cité et commenté au *GAJA.*

[217] Conseil d'État, 13 décembre 1963, *Syndicat des praticiens de l'Art dentaire du département du Nord et Merlin*, *Dalloz,* 1964, p. 55.

[218] Tribunal des conflits, 16 octobre 2006, *Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français*, Conclusions J.-H. Stahl, Note B. Delaunay, *RFDA*, 2007, p. 290: «Sauf disposition législative contraire, la nature juridique d'un contrat s'apprécie à la date à laquelle il a été conclu». Conseil d'État section, 29 janvier 1971, *Emery et autres*, Recueil *Lebon*, p. 1980.

[219] Conseil d'État Assemblée, 24 mars 2006, *Société KPMG et Société Ernst & Younge et autres*, *Rec* 154.
Ce qui n'exclut pas l'application de l'obligation par le pouvoir règlementaire de prendre des mesures pour la mise en place de dispositions transitoires en vertu du principe de sécurité juridique.
Voir F. Landais et C. Lenica: « Sécurité juridique la consécration», *AJDA,* 2006, p. 1028.

La précarité de ce régime est d'autant plus prononcée qu'en plus du caractère déterminé de ces contrats, les règles auxquelles ils sont soumis prévoient, par définition, le caractère précaire et révocable des contrats d'occupation du domaine public[220] .

Malgré cet exemple de disposition expresse, d'autres privatisations statutaires n'ont pas fait l'objet de la même attention de la part de l'autorité législative (§2).

§2 : La conservation de l'application d'un régime de droit public dépendant du critère organique public opérée par la jurisprudence.

Des exigences de sécurité juridique et de non rétroactivité ont permis au régime de droit public de s'appliquer pour des contrats restant en cours d'exécution dans le cas où le législateur n'est pas intervenu lui-même, ce qu'il fait souvent au vu des dernières lois de privatisation.

En dehors de la précaution textuelle dont ont fait l'objet les contrats d'occupation du domaine public consentis par Aéroports de Paris, on remarque avec le professeur Plessix que le législateur, malgré l' «aphorisme commun» des lois de transformation statutaire où ces opérations sont considérées comme n'ayant «aucune incidence sur les biens, droits, obligations, contrats, conventions et autorisations en cours, (…) (néglige) une donnée essentielle : dans un droit administratif où le critère organique n'a jamais été absent, et où il est parfois nécessaire, la disparition d'une personne publique emporte nécessairement des conséquences»[221]. Une telle hypothèse concerne donc l'application, à titre temporaire, d'un régime de droit public sans que la situation gouvernée par un tel régime ne puisse se reproduire à l'avenir. En effet, la transformation statutaire fait en sorte que pour le futur, la situation correspondant à ce régime ne pourra plus se reproduire car le critère organique public nécessaire à une telle situation n'est plus satisfait. En effet, le contrat administratif, tout comme la possibilité d'être propriétaire d'un bien du domaine public et donc, par accessoire, d'en conclure des contrats d'occupation, font partie des règles «qui s'appliquent à

---

[220] Article L. 2122-2 du Code général de la propriété des personnes publiques : «L'occupation ou l'utilisation du domaine public ne peut être que temporaire.»
Article L. 2122-3 du Code général de la propriété des personnes publiques: «L'autorisation mentionnée à l'article L. 2122-1 présente un caractère précaire et révocable.»

[221] B. Plessix, «L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif», *JCP A*, 2007, n° 13, p. 34.

toutes les personnes publiques et à elles seules». Ce régime, comme le souligne le professeur Truchet, fait donc partie du «statut de la personne publique» et non du «statut du service public[222]». La conservation du contrat administratif pour la durée lui restant à courir ne préjuge en rien du fait que, suite à la transformation statutaire de la personne qui en est partie, cette dernière ne pourra plus passer un contrat de même nature.

La mise en œuvre d'une telle solution consistant à apprécier les critères du contrat administratif à la date où il est conclu se justifie donc par des considérations de sécurité juridique et permet de ne pas dénaturer ou bouleverser le régime des rapports d'obligations marqué par les règles exorbitantes. La sécurité juridique est ici traduite par le professeur Delaunay comme le fait «que l'on voit mal comment la transmission de l'obligation s'accompagnerait de la remise en cause d'un des éléments les plus essentiels du contrat.»[223] Pour autant, si cette solution apparait comme une solution de principe pour le Tribunal des conflits, il convient de remarquer que, pour le Conseil d'État, elle parait contestable théoriquement notamment du fait que le contentieux du contrat est d'abord un contentieux de la pleine juridiction dans lequel la règle est que le juge statue d'après l'ensemble des circonstances de fait et de droit à la date de sa propre décision. Or, il apparait évident que la transformation statutaire peut être considérée comme une de ces circonstances. De plus, cette solution aurait pu se heurter au principe selon lequel les règles régissant la compétence juridictionnelle sont d'application immédiate[224]. Enfin, le principe de mutabilité du contrat suppose que, par définition, le régime applicable à ce contrat soit celui du contrat administratif. Dès lors, l'absence de personnalité publique perçue comme l'élément justificatif du régime parait choquante[225]. En effet, le critère organique justifiant le régime exorbitant, il y a, selon le professeur Delajoy, «une curiosité juridique de maintenir un régime dérogatoire au

---

[222] D. Truchet, «Label de service public et statut du service public», *AJDA*, 1982, p. 435.

[223] B. Delaunay, « Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits, *Caisse centrale de réassurance* », *op. cit*, p. 294.

[224] Conseil d'État , 29 octobre 1951, *Compagnie générale transatlantique*, *Lebon*, p.378.

[225] B. Delaunay, « Note sous CE, *Caisse centrale de réassurance* », *op. cit*, p. 295: «Le Tribunal des conflits aurait pu , à l'inverse, considérer que le contrat ayant une certaine nature du fait de la présence d'une personne publique, le changement de statut de la personne contractante aurait pour conséquence un changement de statut de nature du contrat à compter de la transformation de l'EPIC en société anonyme (…) La règle de la mutabilité du contrat administratif: l'Administration contractante dispose des pouvoirs de modifier les termes du contrat, d'adapter les relations contractuelles. La disparition de la personne publique parait entrainer la disparition de la justification d'un régime contractuel exorbitant.»

droit commun (résiliation unilatérale, imprévision, etc) à un contrat auquel n'est plus partie aucune personne publique»[226]. Comme cela vient d'être dit, une telle situation juridique ne peut donc pas être justifiée sans la volonté jurisprudentielle de sa conservation jusqu'à son terme car il faut que le critère organique soit satisfait indépendamment de savoir si les critères alternatifs peuvent l'être[227]. Si ces situations sont marginales, il ne faut pas pour autant en déduire une inexistence totale car, à côté des hypothèses de contrats administratif entre personnes privées qui n'existent donc qu'en vertu d'une présence indirecte de personne publique par la théorie du mandat où de l'application de la théorie de l'accessoire en matière de sous concession domaniale, il y a l'hypothèse des contrats conclus pour les constructions de routes nationales et autoroutières relevant «par nature de l'État» issue de la jurisprudence du Tribunal des conflits *Peyrot* du 8 juillet 1963 précitée.

En dehors de ces qualifications textuelles, le contrat sera de droit privé et le critère de l'exorbitance n'est plus déterminant[228] .

Aussi, on constate la présence des dérogations législatives propres à la fonction publique des anciens établissements publics à caractère industriel et commercial dont il convient de rappeler le caractère dérogatoire dès l'origine, dès lors que l'activité est de service public industriel et commercial.

Enfin, en la matière, il faut constater que ce sont des considérations plus politiques et sociales que juridiques qui poussent le législateur à une telle démarche déjà comparable à la conservation du statut du personnel lorsque le statut de service public administratif est devenu un statut de service public industriel et commercial. En effet, le personnel n'a aucun droit acquis à la conservation de son statut (Section II).

---

[226] G. Delajoy, «L'incidence du changement du statut d'EDF sur la nature juridique des contrats conclus avec les producteurs autonomes d'électricité», *Contrats et marchés publics*, 2006, étude 3).

[227] Conseil d'État , 1969, *Syndicat des praticiens de l'art dentaire du Nord* ; Tribunal des conflits, 17 janvier 1972 , *SNCF c. / Entreprise Solon*: *RD publ*, 1972, p.465, Conclusions G. Braibant : «L'une des règles élémentaires est qu'un contrat conclu entre deux personnes privées ne peut jamais être administratif quel que soient ses liens avec l'intérêt général.»

[228] Tribunal des conflits, 17 décembre 1962, *Dame Bertrand*, *Rec,* p. 831.

Section II : Une conservation des droits acquis théoriquement controversée entrainant la disparition du lien fondateur entre règle de droit public et secteur public.

Les règles de la fonction publique applicables aux personnes privées pour les personnels antérieurs à la privatisation organique se caractérisent par leur persistance à ces transformations statutaires aboutissant même à leur conservation à l'issue du transfert au secteur privé. Ces règles relatives aux agents fonctionnaires régulièrement nommés lorsque la personne publique transformée disposait de cette prérogative avant de devenir une personne privée à capital public continuent de s'appliquer (§1). Cependant, la privatisation capitalistique n'a pas été considérée comme exclusive de la conservation de ces règles, et ce, comme le montre la situation atypique des personnels de France Télécom à l'issue de la loi de 2003. (§2).

§1 : L'applicabilité conservée du droit de la fonction publique à l'issue des transformations statutaires.

Selon la définition juridique contemporaine : le fonctionnaire se caractérise comme le personnel de droit commun de la fonction publique, dont les garanties relèvent de la compétence du législateur au titre de l'article 34 de la Constitution. Il s'agit d'un agent public ayant pour particularité d'être un agent nommé se trouvant dans une situation statutaire légale et règlementaire, à l'inverse de la situation contractuelle dont relèvent les autres agents publics, et ce, même si ce caractère contractuel reste largement discutable du fait de l'encadrement dont il fait l'objet. Ce régime est aujourd'hui défini par la loi de 1983 «portant droits et obligations des fonctionnaires» et par les lois du 11 et 24 janvier 1984 respectivement relatives à la fonction publique de l'État et à la fonction publique territoriale. À cela s'ajoutent les droits et obligations de la fonction publique hospitalière définis par une loi de 1986. Si ces régimes, codifiés à droit constant, constituent ce qu'il convient d'appeler le Code de la fonction publique, on observe alors immédiatement l'importance du lien entre ce type de personnel et la personnalité morale de droit public dont l'organe exécutif constitue l'autorité de nomination et de sanction. Un tel lien a largement été illustré par la jurisprudence, même sous l'empire des statuts antérieurs, dans la mesure où il n'a jamais été admis qu'une personne morale de droit privé puisse employer un personnel de fonctionnaire

quelle que soit la nature de ses activités, y compris si elle gérait une mission de service public[229].

En plus de ce lien fondateur entre personnel de fonctionnaire et personnalité juridique de droit public, il existe un lien entre fonctionnaire et activité matérielle, et ce, même si on verra que ce dernier a été relativisé pour le cas de France Télécom. Cette solution s'inspire du principe selon lequel, mises à part les exceptions que constituent le directeur et le comptable, les agents des services publics industriels et commerciaux se trouvent dans la condition juridique des salariés de droit privé[230]et, «seule une disposition édictée ou autorisée par la législateur peut y déroger»[231]. En l'absence de qualification textuelle, la nature juridique du personnel peut d'ailleurs être vue comme un indice relatif aux modalités de fonctionnement pour distinguer le service public administratif du service public à caractère industriel et commercial au sens de la jurisprudence issue de l'arrêt du Conseil d'État de 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*[232].

Ainsi, toutes les transformations statutaires des établissements publics administratifs en établissements publics industriels et commerciaux ou les substitutions d'un établissement public industriel et commercial à une régie de l'État , ont eu pour conséquence de principe de changer la nature juridique du personnel de l'organisme. Ces exemples sont nombreux et commencent à partir de la fin des années 1950. L'article 3 de l'ordonnance du 7 janvier 1959 transformant la Société d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes en établissement public industriel et commercial ne prévoit pas le maintien de la qualité de fonctionnaire ce qui permet d'affirmer, avec Monsieur Duprilot, «que la transformation de statut a bien eu pour effet de transférer en droit privé la quasi-totalité des agents de la Société d'exploitation industrielle des tabacs et des allumettes (SEITA), même en l'absence de toute clause attributive de compétence à la juridiction judiciaire». Ce ne sont en fait que des périodes extrêmement courtes de maintien de la qualité d'agent public qui ont eu lieu entre l'intervention de cette loi et le décret du 26 juillet 1962. Pour des transformations statutaires

---

[229] Par exemple le personnel d'une personne privée gérant une mission de service public administratif ne peut en aucun cas être un personnel de fonctionnaire: Conseil d'État, 4 avril 1962, *Chevassier, Rec*, p. 244 ; Recueil *Dalloz*, 1962, p. 327.

[230] Conseil d'État Assemblée, 14 décembre 1928, *Billiard, Rec,* p. 1316; *RD publ*, 1929, p. 107.

[231] Conseil d'État, 15 décembre 1967, *Level*, *Rec,* p. 501 ; *AJDA,* 1968, p. 228.

[232] Conseil d'État Assemblée, 16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques,* Recueil *Dalloz,* 1956*,* p. 759.

comparables, l'intervention de l'arrêt *l'Herbier* rendu par le Conseil d'État le 29 juillet 1965 prévoit le droit d'option en cas de caractère règlementaire de la transformation qui n'a pas pour conséquence de modifier le statut de fonctionnaire se fondant sur la loi. Cependant, avec d'autres exemples d'établissements publics administratifs transformés en établissements publics industriels et commerciaux tels que la Caisse nationale des marchés de l'État ou des régies d'État directement transformées en société anonymes à capitaux publics telles que la société nationale des poudres, la conservation à terme de la qualité de fonctionnaire du personnel de l'organisme fait figure d'exception. Cette exception a néanmoins pu exister, comme le fait remarquer Monsieur Duprilot, avec la transformation de la régie de la Radiotélévision française en établissement public à caractère industriel et commercial et, où la qualité de fonctionnaire pouvait être conservée. D'autres exemples sont remarquables comme la transformation de la régie de l'État «Imprimerie nationale» en société anonyme et à propos de laquelle l'article 3 de la loi n° 93-1419 du 31 décembre 1993 prévoit que: «les fonctionnaires du ministère du budget régis par le décret n° 69-795 du 7 aout 1969 fixant le statut particulier des fonctionnaires techniques de l'Imprimerie nationale continuent d'exercer leur activité et sont placés à ce titre sous l'autorité du Président de ladite société; celle-ci prend en charge leur rémunération à compter de la date de réalisation des apports».

Le fait que le législateur prévoie lui-même cette conservation statutaire à la suite de la transformation en établissement public industriel et commercial est une exception particulièrement marquée au lien originel existant entre fonction publique et activité de service public administratif. Dans la mesure où l'on peut parler de privatisation statutaire pour la transformation d'une personne publique en personne privée ; il convient de parler, à propos de la transformation d'un organisme doté ou non de la personnalité morale en établissement public industriel et commercial[233],alors qu'il était autrefois réputé comme gérant une activité de service public administratif, de *privatisation matérielle*. La rupture de ce lien par la conservation de la qualité de fonctionnaire à l'issue de cette *privatisation matérielle* est patente en ce qui concerne la loi de 1990 relative à France Télécom et à La poste qualifiés à l'époque, d'exploitants publics. Sur le plan contentieux, cette *privatisation matérielle* est d'ailleurs particulièrement remarquable par la mutation de la régie d'État dite «direction générale des télécommunications» en deux «exploitants publics» : France Télécom et La

[233] J.-P Duprilot, *op. cit*, p. 676.

poste, du fait du changement de qualification de la nature de leur activité[234] . Cette *privatisation matérielle* a été affirmée dès 1990 par le professeur Chevallier insistant sur la particularité de cette qualification législative d'«exploitants publics» désignant la dénomination de l'établissement public industriel et commercial doté d'un personnel de fonctionnaire[235]. Comme le remarque le professeur Jean-Pierre et comme cela a précédemment été dit à propos de la RTF, cette situation n'est pas tout à fait originale notamment si l'on prend l'exemple de l'ONF dont les agents sont «régis par des statuts particuliers placés sous l'autorité du directeur général des services» conformément aux dispositions de l'article L. 122-3 du Code forestier. Cependant, le double visage de cet organisme issu de la loi de 1972 n'est pas à démontrer du fait de sa mission de police administrative spéciale des forêts.

France Télécom, à l'inverse des exemples précédemment décrits, a fait l'objet d'une privatisation capitalistique. Une telle opération paraissait exclusive de la conservation des règles de droit public jusqu'à ce que soit établie la constitutionnalité de la situation controversée des personnels à l'issue de la loi de 2003[236] (§2).

§2 : La présence de la fonction publique au sein d'une entreprise du secteur privé.

Les privatisations organiques, n'ayant pas pour effet de remettre en cause la conservation de la qualité de fonctionnaire, ne sont pas, en théorie, tellement plus marquantes que la même conservation à l'issue de la *privatisation matérielle*. On remarque néanmoins qu'en plus de rompre le lien entre fonction publique et activité de service public administratif, cette opération rompt aussi le lien entre fonctionnaire et personnalité publique de l'employeur. Comme le montrent les cas de l'imprimerie nationale et des anciens exploitants publics, une dérogation légale permet de mettre en place cette situation juridique dont la constitutionnalité

---

[234] Alors que le service des postes et des télécommunications était réputé, par son objet, avoir une mission de service public administratif (Tribunal des conflits, 24 juin 1968, *Ursot contre Ministre des postes et des télécommunications*, Recueil *Lebon*, p. 798), le dernier exploitant public «la Poste» (après la privatisation statutaire de France télécom par la loi de 1996) est assimilé à un établissement public industriel et commercial ; Conseil d'État Assemblée, 13 novembre 1998, *Syndicat professionnel des médecins de prévention de La Poste et de France télécom et autres,* Recueil *Lebon*, p. 400.

[235] J. Chevallier, «La mutation des postes et télécommunications», *AJDA*, 1990, p. 667.

[236] Conseil constitutionnel, 12 octobre 2012, *Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires*.

n'est pas remise en cause[237]. À cela s'ajoute le fait que cette situation est transitoire, car elle ne préjuge pas non plus du fait que la possibilité d'employer des agents ayant la qualité de fonctionnaire est une prérogative appartenant, comme précédemment démontré, au statut de la personnalité publique, et qu'elle sera donc devenue impossible à l'issue de l'échéance fixée par les textes prévoyant cette transformation statutaire[238].

En revanche, la conservation de la qualité de fonctionnaire à l'issue de la privatisation capitalistique apparait comme la plus choquante. Cette situation juridique totalement inédite concerne des agents de France Télécom qui restent des fonctionnaires, non seulement après la privatisation statutaire, mais aussi après le transfert de l'entreprise au secteur privé. En effet, la propriété publique majoritaire de France Télécom a cessé à partir du décret n° 2004-387 du 3 mai 2004 qui «autorise en application de la loi du 31 décembre 2003, le transfert du secteur public au secteur privé de France Télécom». Cette société, en application de la loi de privatisation de 1993, était appelée à s'émanciper de la majorité publique au sein de son capital. Jusqu'à la décision rendue le 12 octobre 2012 par le Conseil constitutionnel, cette situation, intolérable théoriquement, aurait sans doute rendue valable l'hypothèse de l'application du principe dégagé de façon tout à fait originale par le Conseil d'État, dans un avis de 1993, selon lequel «des corps de fonctionnaires de l'État ne peuvent être constitués et maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution de missions de service public»[239]. Cela signifie d'ailleurs, à la lecture de cet avis, une incompatibilité supposée inconstitutionnelle par le Conseil d'État, non seulement avec la constitution de corps de fonctionnaires dans une société anonyme transférée au secteur privée, mais aussi une incompatibilité avec le maintien d'un tel corps à l'issue de ce transfert. Cette incompatibilité des corps de fonctionnaires au sein du secteur privé, tant dans leur constitution que dans leur conservation, constituerait alors la différence principale avec une société anonyme du secteur public dans la mesure où, dans

---

[237] Conseil d'État Assemblée, Avis n° 355.255 rendu le 18 novembre 1993 *relatif au statut des agents de France télécom*, *Grands avis du Conseil d'État , Dalloz*, 3ème édition 2009, n° 24.

[238] Article 29-1 alinéa 2 de la loi n° 90-568 du 2 juillet relative à l'organisation du service public de La Poste et de France télécom: «L'entreprise nationale France Télécom peut procéder jusqu'au 1 janvier 2002 à des recrutements externes de fonctionnaires pour servir auprès d'elle en position d'activité.»

D. Jean Pierre: «La loi France télécom et la fonction publique», *La semaine juridique Administration et collectivités territoriales*, 2004, p. 489: « L'extinction des corps de fonctionnaires de France télécom est prévue à compter du 1 er janvier 2002 alors qu'en pratique aucun recrutement n'a été effectué depuis 1997».

[239] Conseil d'Etat Assemblée, *loc. cit.*

ce cas, c'est seulement l'hypothèse de la constitution qui n'est plus tolérable. Tout porte donc à croire que les considérations de «paix sociale» du législateur justifiant cette «publicisation persistante» ont aussi guidé l'opposition dans son choix de ne pas saisir le Conseil constitutionnel même si l'on peut, en suivant la démarche du professeur Quiot, reprocher un pragmatisme historiquement peu justifiable pour l'opposition socialiste au vu du fondement juridique classiquement invoqué pour faire obstacle aux privatisations que constitue l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de la IVème République[240].

La conservation d'un personnel de fonctionnaire au sein d'un tel organisme est très conflictuelle. Le Conseil constitutionnel vient d'invalider la détermination de la nature constitutionnelle du lien entre fonction publique et service public faite, vingt années auparavant, par le Conseil d' État[241]. Cette dernière décision vient donc préciser que le lien unissant fonction publique et service public «est tributaire de la loi»[242]. Le Conseil constitutionnel nie la valeur constitutionnelle du principe selon lequel les corps de fonctionnaires ne peuvent être constitués ou maintenus qu'en vue de pourvoir à l'exécution d'une mission de service public. Il est intéressant de constater que le Conseil constitutionnel a ignoré cette interprétation du Conseil d'Etat sur le fondement de l'insatisfaction des critères du principe fondamental reconnu par les lois de la République, alors que la haute juridiction administrative, dans le cadre de sa compétence d'avis, n'avait pas opéré cette démarche. En effet, l'avis de 1993 faisait référence à la notion de principe à valeur constitutionnelle[243]. Ainsi, le Conseil constitutionnel semble, de façon implicite, refuser la possibilité pour le

---

[240]G. Quiot, «De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom», *AJDA*, 2005, p. 814 : «La loi du 31 décembre 2003 n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel. C'est donc que l'opposition parlementaire a considéré, à l'instar de la majorité et du gouvernement que ce texte ne posait aucun problème de constitutionnalité. Que les héritiers politiques des rédacteurs de la Constitution de 1946 n'aient rien trouvé à redire quant à la compatibilité des dispositions de ce texte avec l'alinéa 9 de son préambule a de quoi surprendre.»

[241] Conseil constitutionnel*, Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires,* considérant 11.

[242] A. Roblot- Troiziers «La Constitution, le service public et le fonctionnaire, Note sur la *décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires», AJDA*, 2013, p. 588.

[243] Par cette démarche, le Conseil constitutionnel fait référence à un principe de valeur constitutionnelle sans s'appuyer sur un texte comme l'exige la détermination du principe fondamental reconnu par les lois de la République. À titre d'exemple, voir : Conseil constitutionnel, 25 juillet 1979, *Décision n° 79-105 DC, Loi modifiant les dispositions de la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, considérant 1.

Conseil d'Etat de recourir à une telle construction dont l'avis précité et un avis de 1997 itérant la même position de principe, sont les seuls exemples existants[244]. Quoiqu'il en soit, le commentaire autorisé de la décision fait référence au fondement du principe évoqué sur la loi du 19 octobre 1946 pour montrer que le critère temporel de détermination du principe fondamental reconnu par les lois de la République n'est pas rempli[245]. Par ailleurs, il est permis d'affirmer que le Conseil constitutionnel n'a pas été insensible aux considérations politiques similaires à celles qui avaient motivé le refus de l'opposition de saisir le Conseil constitutionnel par le biais du contrôle *a priori* en 2003[246]. Une telle situation reste donc largement justifiée par des motifs d'ordre politique ne pouvant se résumer que par le fait d'un législateur qui était, selon le professeur Jean Pierre: «conscient des risques de conflits avec le personnel». Ce dernier se composant, à la date de la loi de 2003, de 104 000 personnes[247].

France Télécom, en devenant une entreprise privée, est donc parvenue, selon la formule du professeur Quiot, «au stade final de sa métamorphose»[248]. Cela signifie d'ailleurs qu'une entreprise du secteur privé devrait être la moins encline aux règles de droit public sur le plan matériel, organique et capitalistique. Ce régime du droit de la fonction publique au sein d'une entreprise du secteur privé opérant sur le marché, désormais libre et concurrentiel des télécommunications, est donc constitutif d'un véritable «ornithorynque juridique»[249]. On observe ainsi un régime hybride issu d'une législation mêlant des dispositions du droit du travail à celles relatives au statut de la fonction publique. Ce régime se caractérise d'abord par l'originalité des positions statutaires prévues par le décret n° 2003-38 du 30 octobre 2003 abrogé par le décret du 26 juillet 2004[250] dans lequel les fonctionnaires pouvaient demander

---

[244] Conseil d' État, 23 septembre 1997, Avis n° 360829, *Caisse nationale de prévoyance*.

[245] Conseil constitutionnel, *Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires,* Commentaires aux cahiers.

[246] A. Roblot-Troizier, *op. cit*, p. 588.

[247] D. Jean Pierre, *op. cit*, p. 490.

En ce sens, E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, *Gualino*, 2010, p. 71: « Il y a dans le choix d'une «publicisation persistante» du personnel de France télécom, une contradiction évidente au moment où l'on réduit les effectifs à la faveur du nombre important de départs à la retraite mais la paix sociale peut parfois l'emporter sur les principes juridiques.»

[248] G. Quiot, «De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France télécom», *AJDA,* 2005, p. 814.

[249] F. Melleray, « Fonction publique et service public : le cas France télécom », *AJDA*, 2003, p. 2080.

[250] Décret n°2004-738 du 26 juillet 2004 - art. 12 (V) JORF, 28 juillet 2004.

leur détachement dans tous les corps de fonctionnaires de l'État ou de l'un de ses établissements publics, sans qu'il ait pu être opposée à l'un d'eux, aucune des dispositions figurant dans les statuts particuliers régissant ces corps et subordonnant à des conditions spécifiques l'accueil des fonctionnaires en détachement. Par ailleurs, pour pouvoir bénéficier des dispositions du présent décret, les intéressés devaient être affectés depuis plus de six mois à France Télécom. L'originalité de cette position statutaire «de détachement préférentiel sans condition qui s'explique par la condition juridiquement singulière dans laquelle se trouve France Télécom en application de la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003» n'exclut néanmoins pas des régimes comparables dits de «détachements dérogatoires sans condition de durée»[251]ou de détachement définitif qui peuvent se retrouver notamment dans la loi du 13 août 2004 en ce qui concerne les agents d'entretien de l'éducation nationale dont le corps d'origine est abrogé ou encore, le détachement sans condition de durée des personnels de la gendarmerie nationale à la suite de la loi du 3 aout 2009.

Cette hybridation se remarque aussi par les droits et obligations des fonctionnaires relatifs à l'activité. En effet, la règle du service fait, telle qu'elle est prévue à l'article 20 de la loi no 83-634 du 13 juillet 1983, leur est applicable même si le président de France Télécom peut instituer des indemnités spécifiques pouvant être modulées pour tenir compte d'autres éléments de cette rémunération[252]. Cela montre donc bien la présence de techniques de management propres au secteur privé supplétives au droit commun de la rémunération en matière de fonction publique[253]. Ensuite, le droit du travail est un facteur important de dérogations aux règles de la fonction publique dans la mesure où le législateur l'a substitué aux règles issues du statut de la fonction publique de l'État[254]. De plus, la représentation de ce personnel mixte au sein de l'entreprise privée est aménagée de façon très particulière par le législateur montrant sa volonté de mettre en place une représentation en adéquation avec cette

---

[251] E. Aubin, *Droit de la fonction publique*, éditions *Gualino*, collection *Master pro,* 2010, p. 235-236.

[252] Article 29 alinéa 6 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France télécom.

[253] En ce sens, F. Melleray, *op. cit*, p. 2081, «Il y aurait beaucoup à écrire sur l'option retenue par le Gouvernement et la majorité sénatoriale en se plaçant dans une logique managériale».

[254] Article 29-1 alinéa 5 de la loi n90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France télécom. «Par dérogation au 7° de l'article 34 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984_précitée, les fonctionnaires de France Télécom ont droit à un congé de formation économique, social et syndical dans les conditions fixées par les chapitres Ier et II du titre V du livre IV du Code du travail. »

hybridation. En effet, les organes et les comités de représentation sont ceux relatifs à une entreprise du secteur privé, par dérogation aux modalités de représentation prévues par le statut de la fonction publique d'État. Néanmoins, un décret en Conseil d'État aménage la représentation de ce personnel particulier, correspondant à ces fonctionnaires du secteur privé, dont l'exemple est celui de la consultation d'une commission mixte paritaire en cas de procédure disciplinaire relative à une sanction du quatrième groupe[255].

Le régime disciplinaire des fonctionnaires au sein de l'entreprise du secteur privé est très caractéristique de ce mélange dans la mesure où il est opéré une relativisation partielle du principe de l'appartenance du pouvoir disciplinaire à l'autorité de nomination telle qu'elle est prévue par le titre I du Code de la fonction publique. Cette dissociation découle implicitement de l'article 29-2 de la loi de 2003 prévoyant que durant la longue «période transitoire, liée à la présence de fonctionnaires dans l'entreprise, les pouvoirs nécessaires à la nomination et à la gestion des fonctionnaires présents dans l'entreprise sont conférés au président de France Télécom désigné par le conseil d'administration. Toutefois, le pouvoir de prononcer les sanctions disciplinaires du quatrième groupe, prévues à l'article 66 de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée, appartient au ministre chargé des télécommunications qui l'exerce sur proposition du président de France Télécom et après avis de la commission administrative paritaire siégeant au conseil de discipline.» Le président du Conseil d'administration de France Télécom, désigné par les actionnaires, est donc l'autorité de nomination, mais il n'est l'autorité disciplinaire du fonctionnaire que sous réserve des sanctions disciplinaires n'entrant pas dans le champ des sanctions les plus graves telles que la radiation ou la mise à la retraite d'office qui est de la compétence du ministre chargé des télécommunications, et ce, quand bien même ce dernier n'est plus l'autorité hiérarchique de ce personnel.

Ce régime juridique de France télécom, comme précédemment dit, a donc un caractère hybride entre droit privé et droit public. Cela n'empêche cependant pas que l'existence de ces dispositions résiduelles de droit public pour le régime du personnel apparait d'une part, en

---

[255] Par dérogation à l'article 9 de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 précitée et au chapitre II de la loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 précitée, les fonctionnaires de France Télécom participent avec les salariés de l'entreprise à l'organisation et au fonctionnement de leur entreprise, ainsi qu'à la gestion de son action sociale, par l'intermédiaire des institutions représentatives prévues aux titres Ier à IV du livre III de la deuxième partie du code du travail, sous réserve des adaptations, précisées par décret en Conseil d'État , qui sont justifiées par la situation particulière des fonctionnaires de France Télécom.

rupture avec la notion d'affectation d'un personnel de la fonction publique à une «autorité subordonnée» et, d'autre part, en rupture totale avec le lien au service public[256] .

En ce qui concerne la première rupture probable, l'article 4 de l'ordonnance de 1958 prévoyant les nominations des agents aux emplois civils et militaires de l'État autres que celles appartenant au Président de la République, en vertu de l'article 13 de la Constitution, nécessitent la qualité d'autorité subordonnée du titulaire du pouvoir de nomination. Dans un avis de 1995 relatif à l'Imprimerie nationale, le Conseil d'État retient une conception extrêmement souple de cette notion dont les éléments constitutifs sont la nomination et la révocation de cette dernière par le Gouvernement dans le cadre d'un pouvoir constitutif d'une liberté d'appréciation[257]. Or, si dans le cadre d'une société anonyme à capitaux publics, cette qualification est encore possible puisque l'article 10 de la loi du 26 juillet 1983 «relative à la démocratisation du secteur public» prévoit la nomination par décret du Président de la société anonyme, il n'en est plus ainsi pour France Télécom depuis sa privatisation capitalistique en 2004. En effet, le Président de France Télécom SA est nommé par ses actionnaires privés majoritaires. Les conséquences de cet avis fondé sur l'article 4 de l'ordonnance de 1958 sont donc remarquables au vu de la démarche qu'a suivi le législateur en 2003 et, notamment au vu de l'imbroglio disciplinaire que le professeur Richer considère comme «non sans contradiction» et qui n'est justifié, selon lui, que «pour échapper au grief d'inconstitutionnalité» du fait du lien crée avec le ministre pour les sanctions disciplinaire du quatrième groupe [258] .

---

[256] Pour Gaston Jèze: le service public «est aujourd'hui la base sur laquelle les juristes français actuels font reposer tout le droit administratif: théorie de la fonction publique, régime juridique des fonctionnaires publics, nature, étendue et règles de la compétence des agents publics, domaine public, responsabilité pécuniaire de l'administration, droit des particuliers au fonctionnement du service public, etc.»

G. Jèze, *L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français*, in *Archives de philosophie du droit*, 1932, p. 148.

[257] Conseil d'État, 26 septembre 1995, *Imprimerie nationale; AJDA*, 1996, p. 468.

[258] L. Richer, «Commentaire de l'avis d'Assemblée générale du Conseil d'État n° 355.255 rendu le 18 novembre 1993 relatif au statut des agents de France télécom», *GACE* , *Dalloz*, 3ème édition 2009, n° 24: «(…)non sans contradiction, un lien est créé avec le ministre lui-même par l'article 29-2, selon lequel le pouvoir de prononcer des sanctions de quatrième groupe (…) appartient au ministre chargé des télécommunications qui l'exerce sur proposition du Président de France télécom et après avis de la commission mixte paritaire siégeant au conseil de discipline.»

La seconde rupture, précédemment mentionnée, vient donc d'être consolidée par l'affirmation de la constitutionnalité du régime législatif de publicisation persistante du personnel de l'entreprise privé constituée de fonctionnaires affectés à des activités désormais essentiellement économiques et concurrentielles. Cela contribue à l'extension d'un problème théorique majeur : la dissension, voire la rupture du lien entre fonctionnaire, non seulement avec le critère organique, mais aussi avec le critère matériel.

C'est ainsi que le caractère d'entreprise publique n'explique pas tout de la conservation de règles associées à la personnalité publique, il faut aussi compter avec des considérations d'ordre social l'emportant sur des principes, pourtant fondamentaux, liés à la construction du droit public.

Conclusion

Au terme de cette étude du régime de droit public des sociétés anonymes issues d'une privatisation statutaire, on observe donc une certaine pertinence à la triple classification mentionnée dans l'introduction.

D'abord, il y a l'applicabilité, pour ces sociétés anonymes, des règles communes aux personnes privées chargées d'une mission de service public sous le contrôle de la personne publique. Ces règles sont relatives à la possibilité qu'ont ces personnes d'effectuer des actes de puissance publique en vue de l'exécution de leur mission d'intérêt général. Ainsi en est-il du pouvoir d'édiction des actes administratifs unilatéraux s'imposant aux particuliers sans leur consentement, ou encore les activités matérielles susceptibles de mettre en œuvre des prérogatives de puissance publique. Il en découle bien évidemment toutes les conséquences de ces pouvoirs exorbitants et donc l'ensemble des sujétions dont elles font l'objet pour ces raisons. Les pouvoirs devant être révélés, ces personnes privées sont, par exemple, soumises aux procédures de communication des documents administratifs prévues par la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 ainsi que toute ces règles «ayant donné au statut de service public une densité accrue»[259]. Les actes relatifs au fonctionnement même du service public sont donc toujours des actes relevant de la compétence du juge administratif, quel que soit le caractère public ou privé de son auteur.

Ensuite, les règles apparentées au statut de personnes publiques semblent celles qui sont le plus dérogatoires car elles donnent, au statut des personnes privées concernées, un caractère public spécifique en rupture totale avec le régime statutaire des autres personnes privées, et ce, parfois à titre indéterminé. Lorsque ces règles sont conservées à titre déterminé, l'objectif est tout à fait louable puisqu'il résulte d'une volonté législative ou jurisprudentielle d'une plus grande sécurité juridique visant à atténuer les effets des mutations entrainées par la transformation des personnes publiques en personnes privées, notamment en ce qui concerne la qualification des contrats et des personnels même si, dans ce dernier cas, l'exemple de France Télécom est révélateur d'une parfaite ambigüité d'ordre théorique, même si cette dernière n'est pas inconstitutionnelle.

---

[259] Voir pour cette énumération : D. Truchet, «Label de service public et statut de service public», *AJDA*, 1982, p. 434.

Enfin, les règles liées aux obligations de service public marquent une idée de dépassement de la nature publique ou privée du régime juridique s'appliquant aux entreprises. Ce dépassement découle de l'intégration du droit de la concurrence de l'Union européenne pour l'entreprise privée. Si ces règles constituent, pour la personne publique transformée, une réminiscence du critère organique public, elles ne le sont pas à titre exclusif. L'étendue de ces règles sera variable et même détachable. En effet, la privatisation capitalistique et la perte du monopole de l'activité vont avoir des effets particuliers sur le champ du service public effectivement géré par la personne. Par exemple, ce champ peut être limité, à part pour le cas de la participation à des missions d'ordre public ou à l'aménagement du territoire national[260], aux missions de service public universel et aux règles encadrant ces activités. De plus, le régime de droit public encadrant ces activités est détachable dans la mesure où il est tout à fait possible que les principes régissant une telle activité, issus de la notion de service universel, ne soient pas applicables à l'opérateur historique qui ne sera plus automatiquement attributaire de ces missions et, par conséquent, aux règles applicables à leur exercice[261] . Ainsi, la désignation du ou des opérateurs de service public universel sera le résultat d'un appel à candidature auquel pourra répondre n'importe quel opérateur souhaitant remplir cette mission et rien indique qu'il s'agira forcément de la personne publique transformée[262].

Le dépassement de la notion des règles de droit public applicables à ces personnes par la notion communautaire de droit de la concurrence est alors révélé par des règles sur les missions de service universel applicables aux opérateurs économiques.

La notion de service universel désigne, en droit de l'Union européenne, «un ensemble d'exigences d'intérêt général dont l'objectif est de veiller à ce que certains services soient mis à la disposition de tous les consommateurs et utilisateurs sur la totalité du territoire d'un État membre, indépendamment de leur position géographique, au niveau de la qualité spécifié et compte tenu des circonstances nationales particulières à un prix abordable». Cette définition générale du service universel a été donnée pour la première fois en droit communautaire par la directive D2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les utilisateurs de réseaux et services des télécommunications électroniques. Il y a, par ailleurs, un aspect

---

[260] Articles 5 et 6 de la loi n° 90-568 relative à l'organisation du service public de la Poste et de France télécom.

[261] L. Rapp, «France télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», *AJDA*, 2004, p. 579 : «A la vérité, la «partie n'est pas donnée pour le «tout», c'est le tout qui est réduit aux dimensions de la partie».

[262] Article 35 du Code des postes et des télécommunications.

sectoriel à cette notion dans la mesure où elle n'a d'abord été prévue que pour le secteur des télécommunications et du courrier même si il a été précédemment démontré une extension de la notion au secteur de l'énergie. Il s'agit donc d'un vecteur possible de dérogation au droit de la concurrence issu du droit communautaire originaire, mais qui est largement mis en œuvre par le droit dérivé avec la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques transposée par l'ordonnance n86-1243 du 1er décembre 1986.

C'est ainsi que le juge administratif a lui même opéré cette intégration du droit de la concurrence dans son arrêt de 1997 *Société Million et Marais*. Le droit de la concurrence s'applique à toute entreprise au sens du droit de l'Union européenne c'est-à-dire tout organisme gérant une activité économique indépendamment de sa nature organique[263]. Cette notion de libre et égale concurrence dans le cadre des activités économiques a d'ailleurs largement été rappelée par le Conseil d'État dans un avis de 2000 et dans un arrêt de 2006[264]. Le service universel permet donc l'exclusion de la qualification d'économique d'une activité d'un opérateur se situant dans une position concurrentielle et, pour le cas de La poste et de France Télécom, d'un opérateur qui a perdu sa situation de monopole. Cependant, même dans la gestion de ces obligations, le droit de la concurrence s'applique. En effet, si l'opérateur historique est l'actuel gestionnaire des obligations de service universel et donc du régime dérogatoire au droit de la concurrence propre à cette notion, il n'en est le gestionnaire qu'à titre contingent. Comme le souligne le Professeur Melleray à propos de France Télécom, à la suite de sa privatisation capitalistique opérée par la loi du 31 décembre 2003 : «Certes, il est probable que, eu égard à sa qualité d'opérateur historique et à la place qu'elle occupe sur la marché, France Télécom aura encore pour un certain temps la part belle dans la réalisation des activités de service universel»[265].

Cette partie du service public relative aux obligations de service public comprenant les obligations de service universel définies à l'article L. 35-1 du Code des postes et des télécommunications constitue donc une métonymie qui, selon le professeur Rapp, consiste à faire en sorte que «le tout» qui désignait le service public «(soit) réduit aux dimensions de la

---

[263] Conseil d'État, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais,* Recueil *Lebon*, p. 406, Conclusions J.-H. Stahl, (cité et commenté au *GAJA*).

[264] Avis du Conseil d'État du 8 novembre 2000, *Jean Louis Bernard consultants,* Req n° 222208*, RFDA,* 2001, p. 112 et arrêt du Conseil d'État du 31 mai 2006, *Ordre des avocats au barreau de Paris*, Req n° 275531.

[265] F. Melleray, «Fonction publique et service public: le cas de France télécom», *AJDA,* 2003, pp. 2079-2080.

partie» désignant alors les dites obligations de service public, ce qui «prépare le terrain de sa fourniture par des opérateurs distincts de l'opérateur historique» selon une procédure elle aussi régie par la libre et égale concurrence d'où la possible remise en cause de la dichotomie entre droit public et droit privé dans l'encadrement de cette évolution[266].

Ce nouveau régime juridique marque alors l'inadaptation de la dichotomie propre à la séparation entre règles de droit public et règles de droit privé. Cela s'explique par le fait que le régime encadrant les activités de gestion d'un service universel est un régime gouverné par les règles de droit de la concurrence. Or, comme le souligne Monsieur Katz, «les règles de droit de la concurrence ne peuvent s'insérer dans cette classification dichotomique» que constitue les règles de droit public et de droit privé[267]. En effet, comme le montrent les arrêts rendus à la suite de l'ordonnance de 1986 disposant que ces règles de droit de la concurrence ne s'appliquait aux personnes «qu'autant que celles-ci se livrent à des activités de production, de distribution et de service» et que «l'organisation d'un service public n'est pas constitutive d'une telle activité», le juge administratif applique ces dernières[268]. La question reste donc néanmoins de savoir comment le caractère monolithique des règles de droit de la concurrence pourrait être entravé par la dualité de juridiction et, de savoir si le principe mis en échec par cette intégration pourrait ressurgir au titre d'une spécificité de l'application du droit de la concurrence par le juge administratif.

À cet effet, la loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 «transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire» et la décision du Tribunal des conflits *Ville de Pamiers* de 1989[269] auraient, selon l'auteur précité, cristallisés un éloignement du juge administratif d'avec le droit de la concurrence en n'attribuant la compétence de ce dernier pour statuer à partir de telles règles que si il est mis en œuvre des prérogatives de puissance publiques telles que l'acte administratif unilatéral .Le dualisme juridictionnel français et l'idée selon laquelle la compétence suit la notion ferait alors de ce droit de la concurrence «une sorte d'hermaphrodite»[270] naturellement contraire à sa vocation d'applicabilité absolue aux activités économiques, ainsi qualifiées par le droit communautaire,

---

[266] L. Rapp, «France télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», *AJDA*, 2004,p. 579.

[267] D. Katz, *Juge administratif et droit de la concurrence*, *Presse universitaires d'Aix Marseille*, 2004, p. 30.

[268] Article 53 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence.

[269] Tribunal des conflits, 6 juin 1989, *Préfet de la région Ile de France*, Recueil *Lebon*, p. 293.

[270] D. Katz, *op. cit*, p. 30.

dont l'effectif est largement constitué des personnes publiques transformées en personnes privées.

En résulte donc l'idée, largement corroborée par la notion de service universel, d'un dépassement de la notion de règles de droit public pour ces activités dont auraient vocation à assurer les personnes publiques transformées.

Ces règles indifférentes à la dichotomie née du dualisme juridictionnel français posent alors la question de l'identification de leur nature car on remarque, avec le professeur Lachaume, que : «L'ordonnancement juridique qui s'impose à l'administration est constitué de normes qui ne sont plus nécessairement administratives»[271]. Le droit de la concurrence est une bonne illustration de cette problématique en ce qu'il est appliqué par les deux ordres de juridiction, exemple auquel s'ajoutent les règles du service universel dont la nature nous échappe[272]. La crise née de la dissociation entre le critère matériel et le critère organique en sort alors plus accentuée qu'elle ne l'était déjà à l'époque ancienne où l'unité organique dans l'application du droit public ne pouvait plus s'identifier par rapport à la nature de l'acte. En effet, comme le relèvent les professeurs Truchet et Weil , le droit administratif se développe dans «ses formes privées»[273], d'où «l'échec du critère unique»[274]. Il en découle alors l'accentuation de cette tendance par l'avènement du droit de la concurrence mettant fin à l'identification du service public créé en monopole, origine française de la difficile intégration du droit de l'Union visant à la libre et égale concurrence entre les opérateurs.

Néanmoins cette mutation entrainée par le mouvement de privatisation ne semble pas révélatrice d'un changement de paradigme absolu. En effet, l'hypothèse principale de transformation qui est celle de l'établissement public industriel et commercial est, comme précédemment expliqué dans l'introduction de ce mémoire, liée au régime des biens des personnes publiques. Or, comme le relève le professeur Nicinski, ce mouvement «n'est peut-

---

[271] J.-F. Lachaume, «La compétence suit la notion…», *AJDA*, 2002, p. 77 : «(…) Ce qui fut pendant longtemps un phénomène marginal, à savoir l'application du droit privé par le juge administratif, est devenu aujourd'hui courant voire banal, dès lors que l'on admet que les dispositions du Code pénal, du Code de la concurrence, de celui de la consommation, etc., sont plutôt rattachés au droit privé, même si on voit se développer en ces matières, un droit en quelque sorte hermaphrodite.»

[272] G.-J. Gugliemi, *op. cit*., p. 2.

[273] D. Truchet, «La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif», *in Clefs pour le siècle, Dalloz*, 2000, p. 444.

[274] P. Weil, *Le droit administratif,* éditions *PUF,* Collection *Que sais-je ?,* 1987, p. 67.

être pas aussi irrémédiable qu'il et qu'il suffirait de consentir à certaines mutations du statut de l'EPIC pour la pallier»[275].

Enfin, en ce qui concerne la privatisation capitalistique, le service universel tend à apporter les garanties minimales pour le consommateur et ne se limite pas aux considérations liées aux doctrines du libéralisme économique dont il a été dit, à l'occasion d'un commentaire de la décision de 2006 sur la loi de privatisation du capital de GDF, que les débats relatifs à ce texte ont révélé «les faiblesses actuelles du parlementarisme français, jusqu'à la caricature, l'idéologie prenant le pas sur toute autre considération»[276]. Ces considérations dont il peut être fait référence, sont celles de la gestion administrative liées à la réduction de la taille de l'État et une adaptation de celui-ci au droit de la concurrence par l'attractivité des capitaux pouvant même venir d'investisseurs étrangers favorisant ainsi des coopérations économiques transnationales. En dernier lieu l'État doit effectivement garder une place déterminante même si elle est minoritaire pour éventuellement préserver l'intérêt général dans les entreprises ayant une activité d'ordre stratégique tel que le secteur de l'énergie. Cela a pu se concrétiser, dans les lois de 1986 et de 1993 précitées, par la mise en place d'actions spécifiques ou d'un possible agrément, par le ministre de l'économie, envers les participations de personnes physiques ou morales étrangères excédant un certain seuil[277].

La régulation économique doit permettre de faire en sorte que ce mouvement de privatisation ne doit pas avoir pour conséquence le passage d' un monopole public à un monopole privé. Comme le relève à juste titre Madame Pelletier, la résistance à une telle tentation tient en ce que, «le monopole public est chargé d'une mission de service public et doit agir dans le sens de l'intérêt général»[278].

---

[275] S. Nicinski, «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en société anonyme.» *RFDA*, 2008, p. 39.

[276] G. Drago, Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006 «no 2006-543 DC», *Loi relative au secteur de l'énergie, JCP A,* 2007, n° 2014, p. 38.

[277] Article 10-II de la loi n° 86-912 du 6 aout 1986 «relative aux modalités d'application des privatisations».
M. Bazex, «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ?», *RFDA,* 1994, pp. 292-293-294.

[278] M.-L Pelletier, *L'entreprise publique de service public: déclin et mutation,* Thèse, *L'Harmattan,* 2009.
En ce sens, L. Richer, «Remarques sur les entreprises privées de service public», *AJDA,* 1997, Numéro spécial, p. 103: «(…) alors que nombre d'organismes privés présentent par nature des affinités avec l'intérêt général du fait de leur caractère désintéressé, les entreprises poursuivent un but lucratif qui risque d'entrer en conflit avec les exigences du service public.»

Textes officiels

***Constitution :**

Article 2 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

Article 17 de la déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen.

Préambule de la constitution du 27 octobre 1946 al. 9.

Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

***Textes de l'Union européenne :**

Article 106-2 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

Directive du Parlement et du Conseil 2003/54 CE du 26 juin 2003, relative aux règles communes pour le secteur de l'électricité.

***Lois :**

Ordonnance n° 58-1136 du 28 novembre 1958 portant loi organique concernant les nominations aux emplois civils et militaires de l'Etat.

Loi n° 64-1278 du 23 décembre 1964 de finance rectificative pour 1964.

Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales.

Loi n° 70-575 du 3 juillet 1970 portant réforme du régime des poudres et substances explosives.

Loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision.

Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal.

Loi n° 79-18 du 3 janvier 1979 sur les archives.

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation.

Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche.

Loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs.

Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires.

Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 portants dispositions statutaires relatives à la fonction publique de l'État.

Loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations décidées par la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de la communication (art. 58 et s.).

Ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Loi n° 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire.

Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

Loi n° 92-665 du 16 Juillet 1992 portant adaptation au marché unique européen de la législation applicable en matière d'assurance et de crédit.

Loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation .

Loi n° 97-135 du 13 février 1997 portant création de l'établissement public "Réseau ferré de France" en vue du renouveau du transport ferroviaire.

Loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien.

Loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

Ordonnance n° 2005-866 du 28 juillet 2005 transformant le groupement d'intérêt public dénommé " Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies " en société anonyme.

Loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste.

Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement.

***Règlements.**

Décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État .

Décret n° 2004-738 du 26 juillet 2004 relatif à l'application aux corps de fonctionnaires de l'État et de ses établissements publics des dispositions de l'article 29-3 de la loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 modifiée relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications.

Décret n° 2005-437 du 9 mai 2005 modifiant le décret n° 55-733 du 26 mai 1955 relatif au contrôle économique et financier de l'État.

Bibliographie

I) Ouvrages généraux, traités, manuels et cours :

Aubin (E.), *Droit de la fonction publique, Gualino*, Collection Master Pro, 2010, 152 pages.

Braconnier (S.), *droit des services publics*, *PUF*, 2ème édition, 2010, 621 pages.

Cormenin (L.-M. de), *Traité de droit administratif,* Tome I, *Thorel-Pagnerre, Bibliothèque nationale des arts et des métiers*, Paris, 568 pages.

Gugliemi (G.-J.) et Koubi (G.), *Droit du service public*, *Monchretien*, 3ème édition, 2011, 804 pages.

Chérot (J.-Y.), *Droit public économique*, *Economica*, 2ème édition, 2007, Paris, 1032 pages.

Colson (J.-P.) Idoux (P.), *Droit public économique*, *LGDJ*, 5ème édition, 2011, Paris, 980 pages.

Delvolvé (P.), *Droit public de l'économie, Dalloz*, 1998, 799 pages.

Guettier (C.), *Droit des contrats administratifs*, *PUF*, 5ème édition, 2011, 640 pages.

Linotte (D.) et Romi (R.), *Droit public économique*, *Lexis nexis*, 7ème édition, 2012, 478 pages.

Marais (B. du), *Droit public de la régulation économique*, *Dalloz*, Paris, 2004, 601 pages.

Mesckeriakoff (A.-S.), *Droit public économique*, *PUF*, 2ème édition, 1996, 293 pages.

Weil (P.), *Le droit administratif, collection, PUF, collection Que sais-je ?,* 1987, 127 pages.

II) Thèses et ouvrages spécialisés :

***Thèses :**

Amar (J.), *De l'usager au consommateur de service public, Presses universitaires d'Aix Marseille*, 2001, 591 pages.

Chifflot (N.), *Le droit administratif de Charles Eisenmann*, préface de Olivier Jouanjan et Patrick Wachsmann, Paris, *Dalloz*, coll. «Nouvelle Bibliothèque des Thèses», 2009, 450 pages.

Coque (A.), *Le service public à l'épreuve du droit communautaire*, *ANRT,* 2001, 454 pages.

Ferstembert (J.), *Recherche sur la notion de spécialité des personnes publiques, Thèse Paris II*, dactyl, 1976, 635 pages.

Fouache (V.), *Etablissement public et société commerciale. Essai sur l'avenir des EPIC nationaux, Thèse Paris II,* 2005, 650 pages.

Katz, (D.), *Juge administratif et droit de la concurrence*, *Presse universitaire d'Aix Marseille,* 2004, 473 pages.
Lamblin (L.), *La fonction publique de l'État confrontée à la concurrence, Thèse Paris II*, 2007, 1640 pages.
Linditch (F.), *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Thèse, *Bibliothèque de droit public*, Tome 176, *LGDJ*, 1997, 334 pages.
Pelletier (M.-L.), *L'entreprise publique de service public : Déclin et mutation*, L'Harmattan, 2009, 452 pages.
Poyet (M.), *Le contrôle de l'entreprise publique, Thèse Université de Saint Etienne*, *RAJF* 2001, en ligne sur le lien : http://www.rajf.org/IMG/pdf/doc-33.pdf, 403 pages.
Reilhan (G. de), *Recherches sur la notion de service universel,* Thèse, Montpellier I, 2000, Edition Lille, *ANRT*, 2000, 333 pages.
Rolin (F.), *Accord de volonté et contrat dans les relations entre personnes publiques*, *Thèse Paris II*, 1996.
Yolka (P.), *La propriété publique, éléments pour une théorie, LGDJ* 1997, *BD* 192, 649 pages.

***Ouvrages spécialisés :**

Nguyen Quoc (V.), *Les entreprises publiques face au droit des sociétés commerciales*, *LGDJ*, 2001, 320 pages.
Petit (J.) et Eveillard (G.), *L'ouvrage public, Litec,* 2009, 229 pages.

III) Colloques :

Drago (R.), «*Quel avenir pour les entreprises publiques ?»* (actes d'une journée d'étude, 5 rapports), *PUF*, 2001, 72 pages.
Karpenschif (M.) «*Les EPIC dans tous leurs états : Quel régime juridique et quel avenir pour les EPIC ?*» Direction scientifique du professeur M Karpenschif,. 24 avril 2009, *JCP A* 2009, n° 31-35.
Mathey (N.), «*Personne publique et personne privée*», acte du colloque de l'AFDA organisé les 14 et 15 juin 2007 : «*La personnalité publique*», éditions *Litec*, 2007, 256 pages.

IV) Documents officiels :

***Travaux parlementaires :**

Gonnot (F.-M.), Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques, de l'environnement et du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat, *relatif aux aéroports,* 26 janvier 2005.
Le Grand (J.-F.), *Rapport n° 49 (2004-2005) sur le projet de loi relatif aux aéroports*, fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 3 novembre 2004.
Proriol (J.) : Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques *sur le projet de loi adopté au Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif à l'entreprise publique La poste et aux activités postales,* 3 décembre 2009.

***Autres documents officiels**

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Les établissements publics*, *La documentation française*, 2009.
Les Cahiers du Conseil constitutionnel, *Loi relative à France Télécom* 1997 (2), p. 10.
INSEE, *Répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État au 31 décembre 2002*, 2003.
Ministère de l'économie et des finances, *Rapport L'État actionnaire, Projet de loi de finances pour 2004,* rapport 2003, p 275 (sur le site du ministère des finances)
Cour des comptes, *Bilan financier pour l'État des nationalisations et des privatisations et analyse du processus de privatisation,* Rapport, 1990, T. 3.

V) Articles :

Auby (J.-M.), «L'ouvrage public», *CJEG*, 1961, p. 529.
Bailleul (D.), «Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? A propos de la transformation des EPIC en sociétés», *RJEP-CJEG,* 2006, p. 105.
Bazex (M.), «La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ?», *RFDA*, 1994, p. 285.
Bellescise (R. de), «Grandeur et décadence de la notion de service public constitutionnel», *RFDA*, 2006, p. 1163.

Bienvenu (J.-J.), «La liquidation des établissements publics», *La Revue administrative*, 1993, p. 311.

Boiteau (C.), «L'entreprise nationale France Télécom (Commentaire de la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996)», *Semaine juridique (J.C.P.),* 1996, I, 3965.

Brisson (J.-F.), «L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires. Service public, affectation des infrastructures aéroportuaires et changement de statut des aéroports», *AJDA,* 2005 (33), p. 1835.

Brondel (S.), «Oui au nouveau statut d'EDF, non au cavalier législatif sur l'âge limite des dirigeants», *AJDA*, 2004 (29), p. 1570 (brève).

Broussole (D.), «Les privatisations locales», *AJDA*, 1993, p. 323.

Carreau (D.) et Treuhold (R.), «La nouvelle loi de privatisation ou l'annonce prématurée de la mort de Colbert»,*Dalloz Sirey*, 1993, 32ème cahier, p. 231.

Collin-Demumieux (M.), «Les problèmes juridiques posés par les groupements d'intérêt public», *AJDA,* 2003, p. 481.

Charbit (N.), «Energie. Censure partielle de la loi relative au secteur de l'énergie : le Conseil constitutionnel, juge communautaire de la concurrence», *AJDA,* 2006 (44), p. 2438.

Chevallier (J.), «La mutation des postes et des télécommunications», *AJDA*, 1990, p. 667.

«La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuités», *RFDA*, 1996, p. 909.

Delajoy (G.), «L'incidence du changement de statut d'EDF sur la nature juridique des contrats conclus avec les producteurs autonomes d'électricité», *Contrats et marchés publics,* 2006, étude 3.

Delaunay (B.), «Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété des État s membres», *RJEP* 2009, étude 11.

Drago (G.), «Service public de l'énergie : fin d'un service public national, à propos de la décision du Conseil constitutionnel, Loi relative au secteur de l'énergie», *Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales*, 2007 (4), p. 30.

Dufau (J.), «Les ouvrages immobiliers de France Télécom n'ont plus le caractère d'ouvrages publics, note sous CE Avis, *Béligaud*», *AJDA*, 2002, p. 268.

Durupty (M.), «les restructurations du secteur public», *RFDA,* 1991, p. 309.

«Commentaire de la loi de privatisation n 93-923 du 19 juillet 1993», *AJDA*, 1993, p. 712.

«Les relations entre le secteur public et le secteur privé : la privatisation du secteur public en France», *Recueil Dalloz Sirey*, 1988, n° 12, p. 79.

Espuglas (P.), «A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 23 juillet 1996 : les télécommunications - un nouveau service public constitutionnel», *La Revue administrative*, 1996, p. 510.

«Le service universel», *Droit administratif*, 2002, p. 7.

Fatôme (E.), «Le régime juridique des biens affectés au service public. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005», *AJDA*, 2006, p. 178.

Férot (O.), «Notion d'ouvrage public et propriété», *Revue de droit immobilier*, 2010, p 390.

Fraisse (R.), «Peut-on déclasser le domaine public restant affecté à un service public ?», *Droit administratif*, 2005 (6), p. 22.

Garbaczyk (K.), «L'ouvrage public appartenant à une personne privée, la continuité jurisprudentielle des critères de définition d'un ouvrage public», *AJDA*, 2011, p. 2269.

Glaser (E.), «Les privatisations des sociétés d'autoroute», *RFDA*, 2006, p. 1147.

Gugliemi (G.-J.), «Un service public universel ?» *Sujets et objets universitaires en droit, Presses de la faculté de droit de Strasbourg*, 2007.

Idot (L.), «Les aides aux entreprises en difficulté en droit communautaire» *RTDE*, 1998, p. 295.

Idoux (P.), «Le droit public économique vu à travers la crise», *Droit administratif* n° 3, Mars 2010, étude 5.

Janticot (L.), «Chronique de jurisprudence constitutionnelle n° 35 (2ème partie)», *Les petites affiches,* 13 décembre 2005 (247), p. 4.

«Service public et personnes de droit privé», *RFDA*, 2008, p. 68.

Jorion (B.), «Les groupements d'intérêt public: un instrument de gestion pertinent du service public administratif», *AJDA*, 2004, p. 305.

Jèze (G.), «L'influence de Léon Duguit sur le droit administratif français», *Archives de philosophie du droit*, 1932.

Karpenschif (M.), «La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire», *RFDA*, 2002, p. 95.

Lachaume (J.-F.), «La compétence suit la notion…», *AJDA*, 2002, p. 77.

Landais (C.) et Lenica (F.), «La nature d'un contrat s'apprécie au moment de sa conclusion», *AJDA*, 2006, p. 2282.

«Sécurité juridique : la consécration», *AJDA*, 2006, p. 1028.

Lombard (M.), «Les garanties accompagnant la privatisation d'Air France. (Commentaire de la Loi n° 2003-322 du 9 avril 2003 relative aux entreprises de transport aérien et notamment à la société Air France)», *AJDA, 2003*, 2 juin, p. 1100.

«L'établissement public industriel et commercial est il condamné ?», *AJDA*, 2006, p. 79.

«Service public et service universel : la double inconsistance», in *mélanges Jeanneau, les mutations contemporaines du droit public, Dalloz*, 2002, p. 507.

Long (M.), «Service public, services publics : déclin ou renouveau ?», *RFDA*, 1995, p. 501.

Lemaire (C.), «Les avantages concurrentiels des personnes publiques», *RJEP*, 2004, p. 404.

Marcou (G.), «Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?», *AJDA*, 2007, p. 192.

Markus (J.-P), «Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics au besoin des usagers», *RFDA*, 2001, p. 594.

Magnon (X.), «Jurisprudence du Conseil constitutionnel (1er avril-30 juin 2005)», *RFDC*, 2005, p. 734.

«La loi relative au secteur de l'énergie face au droit communautaire et aux exigences constitutionnelles nationales», *RFDC*, 2007 (70),p. 313.

Melleray (F.), «Fonction publique et service public : le cas France Télécom», *AJDA*, 2003, p. 2078.

Molina (P.-A.), «Le Conseil constitutionnel précise les conditions de privatisation des services publics», *CJEG-RJEP*, 2007, p. 41.

Noguelou (R.), «L'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946», *Droit administratif, 2007 (2),* p. 3 et p. 30.

Nincinski (S.), «La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en société», *RFDA*, 2008, p. 35.

Perrotet (S.), «1986-2006 : Bilan de 20 années de privatisation», *RJEP,* Avril 2008, étude 4.

Plessix (B.), «L'établissement public: notion création contrôle», *Jcl adm* , 2007, Fasc 135.

«L'établissement public industriel et commercial au cœur des mutations du droit administratif», *Jcl adm* , n° 13, 2007, p. 35.

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

«La révision de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel», *Les petites affiches*, 7 mars 2007 (48), p. 4.

«Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?», *AJDA*, 2007, p. 192.

Rambaud (T.) et Roblot Troiziers (A.) «Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie», *RFDA*, 2007 (3), p.596.

Rapp (L.), «France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid», *AJDA,* 2004, 22 mars, p. 579.

«Les lois de privatisation et la respiration du secteur public, Commentaire des articles 7 de la loi du 2 juillet 1986 et 20 à 22 de la loi du 6 aout 1986», *RFDA*, 1987, p. 153.

«Le secteur public français entre nationalisations et privatisations», *AJDA*, 1987, p. 303.

Raynaud-Contamime (M.), «L'application du droit commun aux privatisations», *AJDA*, 1987, p. 309.

Rivéro (J.), «Existe-t-il un critère du droit administratif ?», *RD publ,* 1953, p. 279.

Richer (L.), «Remarques sur les entreprises privées de service public», *AJDA*, 1997, Numéro spécial, p. 103.

Schoettl (J.-E.), «La loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières devant le Conseil constitutionnel», *Les petites affiches*, 19 août 2004 (166), p. 3.

«Les problèmes constitutionnels soulevés par la loi relative au secteur de l'énergie (1ère partie), *Les petites affiches*, 7 décembre 2006 (244), p. 3.

Schramek (O.), «Les lois du 26 juillet 1996 et le Conseil constitutionnel», *Cahiers de la fonction publique,* Septembre 1996 (149), p. 7.

Terneyre (Ph.), «*Les EPIC et l'espoir d'un renouveau : les EPIC locaux*», Acte du colloque «Les EPIC dans tous leurs états» sous la direction scientifique du professeur Karpenschif, *JCP A n°* 31-35, p. 44.

Truchet (D.), «Label de service public et statut de service public», *AJDA*, 1982, p. 439.

«La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? A propos des catégories juridiques en droit administratif», *in Clefs pour le siècle, Dalloz*, 2000.

Vedel (G.), «Les bases constitutionnelles du droit administratif», *EDCE,* n° 8, p. 21.

Verpeaux (M.), «Epilogue - provisoire ? - d'une loi mouvementée», *Recueil Dalloz*, 2007 (25), p. 1760.

VI) Notes de jurisprudence, observations et commentaires :

Carron (O.), Note sous l'arrêt du Conseil d'État, 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, *Recueil Dalloz* p 48 ; *CJEG*, 1973, p. 239.

Conseil constitutionnel, *Décision n° 2012-281 QPC*, *Syndicat de défense des fonctionnaires,* Commentaires aux cahiers, disponible en ligne sur le site du Conseil constitutionnel.

Delaunay (B.), Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 16 octobre 2006, Caisse centrale de réassurance contre Mutuelle des architectes français, *RFDA*, 2007 p. 290.

Dufau (J.), «les ouvrages immobiliers de France Télécom n'ont plus le caractère d'ouvrages publics, Note sous CE Avis, *Béligaud*», *AJDA*, 2002, p. 268.

Drago (G.), «Note sous la décision du Conseil constitutionnel du 30 novembre 2006 «no 2006-543 DC», *Loi relative au secteur de l'énergie», JCP A,* 2007, n° 2014, p. 38.

Grabarczyk (K.), Note sous l'avis contentieux d'Assemblée du Conseil d'État du 29 avril 2010, *M et Mme Béligaud*, *RFDA*, 2010, p. 572.

Hauriou (M.), «Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, *Association syndicale du canal de Gignac*», *Sirey*, no. 3, p. 49.

Jèze (G.), «Note sous l'arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*», *RD publ*, 1914, p. 145.

Laubadère (A. de), «Note sous l'arrêt du Conseil d'État du 13 octobre 1961, *Etablissements Campagnon Rey», AJDA*, 1962, p. 98.

Melleray (F.), «Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 12 avril 2010 *Electricité réseau distribution de France (ERDF) contre Michel», RFDA,* 2010, p. 572.

« Note sous l'avis contentieux d'Assemblée du Conseil d'État du 29 avril 2010, *M et Mme Béligaud*», *RFDA*, 2010, p. 572.

Roblot- Troiziers (A.), «La Constitution, le service public et le fonctionnaire, Note sous la décision n° 2012-281 QPC, *Syndicat de défense des fonctionnaires», AJDA*, 2013, p. 584.

Salon (S.), «Note sous l'avis du Conseil d'État du 26 septembre 1995», *AJDA*, 1996, p. 468.

Walline (M.), «Note sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 15 janvier 1968, *Compagnie Air France contre époux Barbier», RD publ*, 1968, p. 893.

VII) Conclusions :

Blum (L.) conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, *Dalloz*, 1916. 3, p. 35.

Braibant (G.) conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 13 décembre 1963*, Syndicat des praticiens de l'Art dentaire du département du Nord, Dalloz,* 1964, p. 623.

conclusions sous l'arrêt du Tribunal des conflits, 17 janvier 1972, *SNCF c / Entreprise Solon*, *RD publ*, 1972, p. 465.

Matter (P.) conclusions sous l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*, Recueil *Dalloz*, 1921, n° 3, p. 1.

Fornacciari (M.) conclusions sous l'arrêt du conseil d'État du 31 mars 1989, *Département de la Moselle*, *Dalloz*. p. 105 ; *RFDA*, 1989, p. 466.

VIII) Recueils de textes :

Carcassonne (G.), *La Constitution*, *Editions du Seuil*, 9ème édition, 2009.

Gaudemet (Y.), Stirn (B), Dal Farra (T.), Rollin (F.), Les grands avis du Conseil d'État, *Dalloz*, 3ème édition, 2010.

Long (M.), Weil (P.), Delvolvé (P.), Braibant (G.), *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, *Dalloz*, 18ème édition, 2011.

Table des matières

Avertissement. p. 5

Remerciements. P. 7

Table des abréviations. p. 9

Sommaire. p. 13

Introduction. p. 17

A) Sur les personnes publiques transformées en personnes privées. p. 19

a) La détermination de la notion de transformation d'une personne publique en personne privée. p. 19

b) L'objet des transformations des personnes publiques en personnes privées. p. 21

c) Les causes des privatisations statutaires : la critique de la structure publique dans la gestion d'activités économique et la remise en cause subsidiaire du groupement d'intérêt public gérant des activités assimilables, en partie, à celles d'une entreprise publique. p. 27

B) L'étude des règles relatives aux personnes publiques transformées en personnes privées: la détermination de leur assujettissement à un régime juridique de droit public. p. 38

a) L'identification du régime juridique de droit public auquel sont soumises les personnes publiques transformées en personnes privées. p. 40

b) L'étendue des règles de droit public applicables aux personnes publiques transformées en personnes privées. p. 41

Problématique et plan. p. 42

Titre I : Les règles de droit public relatives à l'encadrement des activités des personnes publiques transformées en personnes privées. p. 45

Chapitre I : L'influence de la transformation statuaire dans l'évolution du champ des règles de droit public applicables aux activités de la personne morale. p. 45

Section I : L'encadrement de l'exercice des prérogatives de service public liées aux activités des personnes publiques transformées en personnes privées. p. 45

§1 : La prérogative de service public principale commune aux personnes privées gérant un service public : l'édiction des actes administratifs unilatéraux. p. 46

§2 : Les prérogatives exorbitantes au droit privé liées aux activités de service public des personnes privées. p. 48
Section II : Le principe de spécialité: un principe rattachable à la personnalité morale mais ayant un degré d'application variable en fonction du statut public ou privé. p. 53
§1 : Le principe de spécialité : un principe rattachable à la personnalité morale indépendant de la transformation organique des personnes publiques. p. 53
§2 : La justification de la conservation du principe de spécialité en tant que règle de droit public à l'issue des privatisations statutaires : la gestion du service public. p. 56
Chapitre II : La mise en place d'un régime de droit public spécifique gouvernant les activités de service public des anciennes personnes publiques à statut privatisé. p. 59
Section I : Des activités de service public déterminées par la contractualisation de la tutelle sur les entreprises à statut public transformées en personnes privées. p. 59
§1 : La nature publique de la contractualisation de la tutelle de l'État sur les personnes publiques transformées en personnes privées. p. 59
§2 : Les contrats de service public : un instrument de la tutelle de l'État sur les missions de service public des personnes publiques transformées en personnes privées. p. 62
Section II : Des obligations de service public imposées jusqu'aux obligations de service universel transposées : une convergence de régimes juridiques. p. 65
§1 : La convergence des obligations de service universel aux règles de droit public propres à la gestion du service public. p. 65
§2 : La mise en concurrence de la gestion du service universel : une procédure de droit public détachant la gestion du service universel du monopole d'activité des anciennes personnes publiques. p. 70

Titre II : Les règles de droit public assimilables au statut de la personnalité publique et applicables aux personnes publiques privatisées. p. 73
Chapitre I : Le régime juridique permanent des personnes publiques transformées en sociétés anonymes : entre règles dérogatoires au droit des sociétés et règles propres à la personnalité publique. p. 73
Section I : Les règles spécifiques propres à l'aménagement du contrôle de l'actionnariat public : le cas des sociétés publiques. p. 73
§1 : Les règles de droit public constitutives de dérogations *ab initio* au droit des sociétés en cas de substitution d'une entreprise publique de droit privé à une personne publique. p. 74

§2 : Les règles de tutelle sur la gouvernance d'entreprise dérogatoires aux droit commun des sociétés anonymes. p. 78
Section II : L'application pour les personnes publiques transformées en sociétés anonymes d'un régime de droit public à titre indéterminé relatif à la protection de leurs moyens de gestion. p. 84
§1 : Une non incompatibilité de principe dans l'application d'un régime juridique de droit public à une personne privée: l'exemple de l'ouvrage public. p. 84
A) La mise en cause de la dissociation entre ouvrage public et propriété publique: la question de la nature des ouvrages à l'issue des transformations statutaires. p. 84
B) La non incompatibilité de la propriété privée à l'application du régime de l'ouvrage public: le retour à une indifférence traditionnelle. p. 86
§2 : L'application de règles de droit public spécifiques au statut et aux moyens de la personnalité publique. p. 89
A) Des règles applicables aux sociétés de droit privé et assimilables aux garanties relatives à la protection de la propriété publique et de la domanialité publique. p. 90
B) La prérogative exceptionnelle de personnes publiques transformées en personnes privées: la capacité de passation d'un contrat administratif. p. 95
Chapitre II : Les règles spécifiques liées au statut de la personnalité publique appliquées en tant que régime juridique transitoire relatif aux moyens des anciennes personnes publiques à statut privatisé. p. 99
Section I : Une conservation de règles de droit public traditionnellement incompatibles avec le statut de droit privé motivée par l'exigence de sécurité juridique. p. 99
§1 : L'application du régime de droit public malgré la privatisation statutaire : une situation issue de la volonté explicite du législateur. p. 99
§2 : La conservation de l'application d'un régime de droit public dépendant du critère organique public opérée par la jurisprudence. p.100
Section II : Une conservation des droits acquis théoriquement controversée entrainant la disparition du lien fondateur entre règle de droit public et secteur public. p.104
§1 : L'applicabilité conservée du droit de la fonction publique à l'issue des transformations statutaires. p.104
§2 : La présence de la fonction publique au sein d'une entreprise du secteur privé. p.107

Conclusion. p.115

Textes officiels. p.121
Bibliographie. p.125

Collection des mémoires de l'Equipe de droit public de Lyon

- **N° 1 Culte, culture et domanialité publique – L'organisation de concerts dans les églises**
- Elise Untermaier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.

- **N° 2 L'adoption : un défi potentiel pour une Union européenne en mutation**
- Amélie Demange, Mémoire pour le DEA de droit communautaire, sous la direction de Cyril Nourissat, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2005.

- **N° 3 L'octroi de Lyon, 5 fructidor an VIII – 28 avril 1816 – Les péripéties du rétablissement d'un impôt local supprimé par la Révolution**
- Agathe Leclerc, Mémoire pour le Master 2 Droit public Recherche mention Finances publiques et sociales, sous la direction de Catherine Fillon, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2006.

- **N° 4 Occupations d'églises et droit public**
- Maëlle Perrier, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.

- **N° 5 La rénovation parlementaire à travers l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi**
- Jean-François Kerléo, Mémoire pour le DEA de droit public fondamental, sous la direction de Thierry Debard, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.

- **N° 6 Contribution à la définition des compétences intercommunales - Etude des établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre du département du Rhône**
- Thomas Billet, Mémoire pour le Master 2 Recherche finances publiques et fiscalité, sous la direction de Jean-Luc Albert, Publications de l'Unviersité Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2007.

- **N° 7 L'insaisissabilité des biens des personnes publiques : vers la mise en place d'un critère fonctionnel ?**
  Christophe Roux, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2008.

- **N° 8 Les clauses relatives aux droits de l'homme dans les accords internationaux conclus pour la Communauté européenne - Ambitions et réalité**
  Loïc Robert, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Christine Ferrari-Breeur, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 9 La protection du ciel nocturne - Le droit de l'environnement et la pollution lumineuse**
  Adeline Meynier, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 10 La protection de la biodiversité à Lyon**
  Mélanie Dajoux, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2009.

- **N° 11 Protection et gouvernance de l'eau dans le bassin versant de la Drôme**
  Julia Gudefin, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Jean Untermaier, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 12 La collégialité et les juridictions administratives à compétence générale**
  Yvan Herzig, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 13 La liberté d'aller et venir à l'épreuve du domaine public naturel**
  Fanny Tarlet, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 14 Forêt et droit international - Les aspects juridiques de la protection internationale des forêts**
  Antoine Chatenet, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Stéphane Doumbé-Billé, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2010.

- **N° 15 Le contrôle parlementaire du pouvoir de nomination du Président de la République**
  Christophe Testard, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.

- **N° 16 La réglementation des semences et la protection de la biodiversité**
  Léonie Lombardo, Mémoire pour le Master 2 Recherche de droit de l'environnement, sous la direction de Philippe Billet, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2011.

- **N° 17 Les études d'impact des projets de lois : premier bilan de la réforme**
  Géraldine FAURE, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Sylvie Caudal, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.

- **N° 18 Les cessions de biens publics immobiliers**
  Aurélien BARBATO, Mémoire pour le Master 2 Recherche droit public fondamental, sous la direction de Caroline Chamard-Heim, Publications de l'Université Jean Moulin Lyon 3, Lyon, 2012.

Imprimé par le Service Édition
de l'Université Jean Moulin Lyon 3