



HAL
open science

Les entreprises publiques et les "échelles territoriales" de l'État et des marchés dans l'Union européenne

Fabien Bottini

► **To cite this version:**

Fabien Bottini. Les entreprises publiques et les "échelles territoriales" de l'État et des marchés dans l'Union européenne. Potvin-Solis L. (dir.). L'Union européenne et les territoires, Bruylant, 2022, Colloques Jean Monnet, 9782802768937. hal-04714145

HAL Id: hal-04714145

<https://univ-lemans.hal.science/hal-04714145v1>

Submitted on 21 Nov 2024

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

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

LES ENTREPRISES PUBLIQUES, L'UNION EUROPEENNE ET LES « ECHELLES » DE L'ÉTAT

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

Résumé: Comment réformer le régime juridique des entreprises publiques, de façon à ce qu'elles s'acquittent de leur mission d'intérêt général sur le marché domestique sans compromettre le bon fonctionnement des marchés étrangers ? L'UE semble répondre à cette question en jouant sur les échelles de l'État, de façon à le réordonner autour de deux idées, en apparence contradictoires mais en réalité complémentaires. Tandis que la première préconise de leur interdire de perturber le fonctionnement des marchés étrangers, la seconde milite au contraire pour leur permettre d'optimiser le fonctionnement des marchés domestiques.

Atteindre « son but sans fausser le tableau »¹ : si c'est ainsi que le Professeur Langrod résumait, en 1956, le régime juridique des entreprises publiques en droit français, la métaphore semble désormais pouvoir rendre compte de l'action normative de l'UE sur la question.

Mais de quoi parle-t-on ? Pour l'OCDE, d'une « entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'État exerce des droits d'actionnaire »². En droit de l'UE, d'une entité en charge d'une activité économique dont le fonctionnement est nécessairement placé sous l'« influence dominante »³ ou soumise au « pouvoir prépondérant »⁴ d'une personne publique. Ce qui en fait une sorte de « société du troisième type »⁵, selon l'heureuse formule de Jean-David Dreyfus.

Certes, tous les États du monde n'ont pas d'entreprises publiques⁶. Mais toutes les grandes puissances s'en sont dotées, notamment la Chine dont le secteur public (administrations classiques, de la sécurité sociale et entreprises publiques confondues) aurait représenté 10,2% de la population active en 2009 (avec 77,6 millions d'employés publics contre 683 millions de salariés privés)⁷. Or, les entreprises publiques chinoises sont régulièrement accusées de fausser le jeu du commerce mondial, en se servant des importantes réserves de change du pays pour proposer des prix défiant toute concurrence. Ce reproche ne leur est toutefois pas réservé, dès lors que « les entreprises publiques » du monde entier semblent « parties à l'assaut de la mondialisation »⁸, comme le confirment les chiffres livrés par l'OCDE en 2015. Dans ses *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises (G20/OECD Principles of Corporate Governance)*, l'organisation relevait que le chiffre d'affaires

¹ Langrod G., *loc. cit.*, p. 219.

² OCDE, *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, OCDE 2015, p. 15. D'autres documents évoquent « all types of government-owned bodies that are actually or potentially competing with private operators in any given market and that can be considered as a "commercial entity" » (OECD, *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field Between Public and Private Business* (Paris, OECD Publishing 2012, at 19).

³ Cf. Dir. n° 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 et Dir. n° 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises.

⁴ Art. 133-1 du Code des juridictions financières.

⁵ Dreyfus, J-D. « Privatisations. Rencontre d'une société du troisième type : la société à action spécifique », *LPA* 1994-152. 11.

⁶ Przemyslaw K. et a., 'State-owned Enterprises: Trade Effects and Policy Implications', OECD Trade Policy Paper No. 147 (2013), at 50.

⁷ Rutkowski R., « A Shrinking Leviathan: State Employment in China Looms Smaller Than Expected », *PIIE* January 24, 2013.

⁸ Cf. Rocca J.-L., *Une sociologie de la Chine*, La Découverte 2010, p. 40 (Tableau 2).

⁸ « SOEs have gone global » (PWC, *State-owned enterprises: Catalysts for public value creation?*, PWC April 2015, p. 12).

annuel des seules 204 plus grandes entreprises étatiques du monde avait atteint un montant total de 3 600 milliards de dollars en 2010-2011⁹.

Dans ce contexte, la question se pose : comment réformer le régime juridique des entreprises publiques, de façon à ce qu'elles s'acquittent de leur mission d'intérêt général sur le marché domestique sans compromettre le bon fonctionnement des marchés étrangers ?

L'UE semble résoudre cette équation, en jouant sur les « échelles » de l'État (entendu comme l'opposition entre le niveau local, national, supranational et international), pour réordonner le droit applicable autour de deux idées, en apparence contradictoires mais en réalité complémentaires. Celles-ci conduisent à encadrer les entreprises publiques, de façon à ce qu'elles ne puissent perturber le fonctionnement des marchés étrangers (I), mais d'une façon qui permette, dans le même temps, aux États membres de s'en servir pour optimiser la cohésion du marché domestique (II).

I. NE PAS PERTURBER LE FONCTIONNEMENT DES MARCHÉS ÉTRANGERS

Pour prémunir le bon fonctionnement des marchés étrangers de la « nature anti-concurrentielle »¹⁰ des entreprises publiques, l'UE promet au niveau international et européen la mise en œuvre d'un principe d'égalité de traitement avec leurs homologues du secteur privé. Par son intermédiaire, les instances européennes cherchent ainsi à éviter que les entreprises étatiques ne perturbent le marché extérieur de l'Union (A) comme son marché intérieur (B).

A. NE PAS PERTURBER LE MARCHÉ EXTERIEUR

L'article 216 du TFUE l'habilitant à conclure des traités internationaux « avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales », l'UE a entrepris de négocier un certain nombre d'accords commerciaux nouvelles générations (« *groundbreaking agreement* »), afin de créer de nouvelles zones de libre-échanges.

I. L'expression renvoie à des traités destinés à pallier l'échec du cycle de Doha vainement négocié au sein de l'OMC depuis 2001. L'AUSFTA (Australia–United States Free Trade Agreement) signé le 18 mai 2004 et le TPP (*Trans-pacific Partnership* ou Partenariat transpacifique) signé le 5 octobre 2015 à l'initiative des États-Unis semblent en effet avoir servi de matrice à l'élaboration de conventions originales, dont le point commun est de dépasser la question des droits de douanes jusqu'alors traitée par les accords commerciaux classiques. Car ces nouveaux textes ambitionnent, plus généralement, de limiter toutes les entraves au commerce dans de nouvelles zones de libre échange, en réglant les difficultés liées à la protection de la propriété intellectuelle, à l'accès aux marchés publics ou encore à celui des services. Ce qui les conduit à édicter des dispositions régissant spécifiquement les entreprises publiques.

Quatre textes négociés par l'UE s'inscrivent dans cette perspective. Les deux premiers – le PTCI (Partenariat Transatlantique de Commerce et d'investissement ou TTIP (Transatlantic Trade and Investment Partnership) dit aussi TAFTA (Transatlantic Free Trade agreement)) et l'accord UE-MERCOSUR – sont toujours en négociation avec les États-Unis et les pays d'Amérique du Sud au contraire des deux derniers. Tandis que l'ALEJUE (l'accord de libre-échange entre le Japon et l'Union européenne / JEFTA (*Japan-EU free trade agreement*)) a été signé le 6 juillet 2017, l'AEGC (Accord économique et commercial global / CETA (*Comprehensive Economic and Trade Agreement*)) signé le 30 octobre 2016 avec le Canada est même appliqué « provisoirement » depuis le 21 septembre 2017.

II. Même si le contenu du JEFTA et de l'accord UE-MERCOSUR est encore tenu secret, les deux textes déjà conclus ont pour point commun d'interdire aux entreprises publiques des États membres européens de fausser le jeu de la concurrence sur le marché étranger des États signataires.

D'un côté, « chaque Partie » doit faire « en sorte qu'une entité (...) située sur son territoire agisse en s'inspirant de considérations d'ordre commercial lors de l'achat ou de la vente de marchandises » dans l'exercice des activités détachables des obligations de service public dont elle a éventuellement la charge. Affirmée à l'article 18.5 de l'AEGC/CETA, cette disposition est reprise en substance au 5) du Chapitre sur les « Entreprises d'État » ou « Entreprises auxquelles sont octroyées des droits spéciaux ou exclusifs ou des privilèges » du projet de PTCI/TTIP. Il en ressort que « chaque Partie s'engage à veiller à ce que toute (entreprise publique) agisse conformément aux règles du commerce international »¹¹.

⁹ Willemyns I., « Disciplines on State-Owned Enterprises in International Economic Law: Are We Moving in the Right Direction? », *Journal of International Economic Law*, Vol. 19, September 2016, p. 660.

¹⁰ Suyoshi Kawase, « Trans-Pacific Negotiations and Rulemaking to Regulate State-Owned Enterprises », 22 April 2014, RIETI Policy Update 053.

¹¹ « Each Party shall ensure that any enterprise referred to in 1(a) and 1(b) acts in accordance with commercial considerations ».

D'un autre côté, sur le territoire de l'autre État partie, l'entreprise publique est soumise aux règles de la concurrence. Tandis que le Chapitre 17 du l'AEGC/CETA oblige les États signataires à interdire et à sanctionner les pratiques qui faussent le libre jeu du marché et les échanges à l'intérieur de leurs frontières, le chapitre spécial du PTCI/TTIP sur les entreprises étatiques reprend cette disposition, en y ajoutant l'obligation pour l'État actionnaire de signaler les produits exportés vers le territoire d'un autre État partie par l'une de ses entreprises publiques¹².

L'UE ne se contente toutefois pas de contribuer à la neutralisation des effets anti-concurrentiels de telles entités sur les marchés étrangers à la communauté. Elle veille également à ce que celles des États membres ne compromettent pas le bon fonctionnement du marché intérieur.

B. NE PAS PERTURBER LE MARCHÉ INTERIEUR

Consacré à l'article 222 du traité de Rome et repris à l'article 345 du TFUE, le principe de neutralité amène le droit de l'UE à affirmer la soumission de principe des entreprises publiques au droit de la concurrence au sein du marché commun.

I. Sans doute, ce principe conduit-il le droit européen à ne « préjug(er) en rien du régime de la propriété dans les États membres ». De sorte que la création d'une entreprise publique ne revêt pas en elle-même un caractère anti-concurrentiel et que les parties contractantes peuvent maintenir en l'état leurs entreprises publiques¹³ ou en créer de nouvelles par voie de nationalisations¹⁴.

Mais ce principe n'est, dans le même temps, pas synonyme d'immunité du secteur public au droit européen de la concurrence. Depuis les années 1990, la Cour de justice estime, en effet, que « la neutralité de l'Union à l'égard des régimes de la propriété existant dans les États membres (...) n'a pas pour effet de soustraire ces régimes aux règles fondamentales de l'Union »¹⁵, parmi lesquelles figurent justement les clauses du traité relatives à la concurrence.

II. Le principe de neutralité doit en conséquence se concilier avec le principe « d'égalité de traitement entre (...) les entreprises »¹⁶ publiques et privées dont découlent deux contraintes de nature à contenir l'effet anti-concurrentiel des premières, voire même à encourager leur privatisation¹⁷.

En premier lieu, la validité de l'aide d'État octroyée à une entreprise étatique est subordonnée aux choix qu'aurait fait un investisseur avisé en économie de marché¹⁸. Il s'agit, au travers de ce critère, d'« apprécier si, dans des circonstances similaires, un investisseur privé d'une taille qui peut être comparée à celle des organismes gérant le secteur public aurait pu être amené à procéder à des apports de capitaux de la même importance »¹⁹. Une réponse négative conduit à invalider la mesure pour ses effets anti-concurrentiels (du moins en l'absence de raisons d'intérêt général suffisant la justifiant). C'est ainsi qu'un certain nombre d'ÉPIC nationaux du droit français – comme France Telecom²⁰ ou La Poste²¹ – se sont trouvés transformés en sociétés anonymes, après que la CJUE ait considéré que la « garantie publique illimitée » dont bénéficient les établissements publics constituent des aides d'État contraires au droit communautaire de la concurrence²² (ils ne peuvent pas être mis en redressement ou en liquidation judiciaire²³ et ceux de leurs biens appartenant au domaine public sont insaisissables²⁴). En mars 2018, un projet de loi pour un nouveau pacte ferroviaire (*Doc. AN 2018-764*) proposait dans la lignée de ces évolutions de « SA-iser » la SNCF, sur la base du rapport Spinetta sur *L'avenir du ferroviaire*²⁵.

¹² Le 2) du Chapitre prévoit : « Parties confirm their rights and obligations under Article XVII, paragraphs 1 through 3, of GATT 1994, the Understanding on the Interpretation of Article XVII of GATT 1994, as well as under Article VIII of GATS, paragraphs 1, 2 and 5, which are hereby incorporated into and made part of this Agreement and shall apply ». Or, l'Article XVII, paragraphs 1 through 3, of GATT 1994 prévoit « 3) thus negotiations on a reciprocal and mutually advantageous basis designed to limit or reduce such obstacles are of importance to the expansion of international trade » et « 4 a) Contracting parties shall notify the CONTRACTING PARTIES of the products which are imported into or exported from their territories by enterprises of the kind described in paragraph 1 (a) of this Article ».

¹³ CJUE GC 22.10.2013, Essent NV, Aff. C-105/12 à C-107/12, pt. 31.

¹⁴ CJCE 15.7.1964, Costa c/ Enel, Aff. 6/64, R. 1141 et 1163.

¹⁵ Cf. CJUE 6.11.984, Fearon, Aff. 182/83, R. 3677, pt. 7 ; GC 22.10.2013, Essent NV, Aff. C-105/12 à C-107/12, pt. 29. V. aussi CJCE Avis 16.5.2017, n° 2/15, pt. 107.

¹⁶ TUE 15.1.2015 RF c/ Comm. Aff. n° T-1/12, pt. 91 ; CJUE 19.10.2016, Xabier Ormaetxea Garai et a., Aff. C-424/15, R. 780, pt. 30.

¹⁷ CJCE 8.11.2012, Comm. c/ Grèce, Aff. C-244/11, pt. 17 : valide le recours au procédé.

¹⁸ CJCE 12.12.1996, Air France c/ Comm., Aff. T-358/94, R. 194, pt. 70.

¹⁹ CJCE 8.5.2003, Italie et SIM 2 Multimedia c/ Comm., Aff. C-2003/252, pt. 37.

²⁰ L. n° 96-660 du 26.7.1996.

²¹ L. n° 2010-123 du 9.2.2010.

²² CJUE 3.4.2014, RF c/ Comm., Aff. C-559/12 P, pt. 97.

²³ CA Paris 15.2.1991, Sct PDG et B. AJDA 1991, 528, note Broussolle.

²⁴ TC 9.12.1899, Canal de Gignac ; Cass. 1re civ. 21.12.1987, Bureau de recherches géologiques et minières (BRGM). Solution toutefois tempérée par l'applicabilité de la L. n° 80-539 du 16.7.1980, relative aux astreintes prononcées en matière administrative et à l'exécution des jugements par les personnes morales de droit public.

²⁵ En ce sens, v. Spinetta J.-C., *L'avenir du transport ferroviaire*, DF 2018, p. 115 : propose de transformer l'ÉPIC SNCF en société anonyme.

Le droit européen admet, il est vrai la validité de certaines compensations de service public (v. *infra*). Mais c'est à la condition que leur bénéficiaire procède à une stricte séparation comptable ou juridique entre le financement des obligations de service public mises à sa charge et celles qui leur sont détachables. Affirmée par la jurisprudence et les textes européens²⁶, cette solution fait partie des préconisations de l'OCDE²⁷ pour lutter contre les effets anti-concurrentiels des entreprises étatiques.

Cela ne veut toutefois pas dire que ces dernières ne peuvent bénéficier de droits exclusifs ou spéciaux. L'octroi de tels droits s'impose parfois, pour des raisons d'intérêt général, liées à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché domestique, en palliant certaines de ses externalités négatives.

II. OPTIMISER LA COHESION DU MARCHÉ DOMESTIQUE

Dès lors que leur fonctionnement n'empêche pas de nouveaux opérateurs de pénétrer le marché national et ne perturbe pas de façon injustifiée et disproportionnée le fonctionnement du marché intérieur, les entreprises publiques peuvent se voir confier des missions « d'ordre économique poursuivant un objectif d'intérêt général »²⁸.

Les États membres font en effet parfois le choix de les investir de missions relevant du service universel européen (A) ou s'analysant comme des prestations de service public (B).

A. CONTRIBUER AU SERVICE UNIVERSEL EUROPEEN

Issue du droit américain²⁹, la notion de service universel a été reprise à partir de 1987 par le droit communautaire avant d'être transposée en droit français.

I. En droit de l'UE, l'expression renvoie à un service d'intérêt général d'une nature particulière. Parce qu'il intervient sur le domaine marchand pour des impératifs d'intérêt général, il se rapproche du service d'intérêt économique général (SIEG). Mais parce que sa création est imposée par le droit dérivé, il constitue une catégorie juridique à part, dont l'existence est justifiée par la spécificité des marchés considérés. Au sein de certains secteurs en réseau, les institutions européennes ont en effet identifié des domaines d'activité susceptibles d'être en tout ou partie délaissés par l'initiative privée, au détriment de la cohésion sociale, de l'égalité des chances ou de l'égalité territoriale. Si son intérêt est ainsi de pallier ces défaillances, le service universel se limite toutefois à un nombre déterminé de prestations de base, devant précisément être délivrées en matière postale, de téléphonie et d'énergie.

II. En droit interne, les articles L. 1 et L. 35-1 du Code des postes et des télécommunications électroniques et L. 121-1 du Code de l'énergie transposent ces dispositions. Tandis que le premier de ces articles oblige les États à assurer la distribution jusqu'à 2 kg pour les lettres et 10 ou 20 kg pour les colis, le second les contraint à maintenir un service d'urgence, à fournir un service téléphonique avec un débit suffisant pour permettre un accès à internet ainsi qu'un accès aux services de renseignement et d'annuaire. Quant au dernier, il les astreint à mettre en place des guichets uniques ; à veiller à la protection des plus fragiles et à permettre aux consommateurs d'accéder à un service concurrent de l'énergie sous trois semaines. À la lettre, rien n'oblige les États à confier ces obligations à une entreprise publique. D'autant que les opérateurs du secteur privé peuvent très bien décider de se positionner sur ces créneaux, comme cela se passe pour le marché du renseignement téléphonique, le ministre de l'économie n'ayant en conséquence pas eu à désigner de prestataire pour le service universel de l'annuaire électronique depuis 2009³⁰. Mais ce cas de figure reste rare. La plupart du temps, l'absence de concurrence effective doublée du peu d'intérêt des opérateurs privés pour ces prestations conduit les autorités françaises à les confier à des entreprises publiques. Le contrat d'entreprise conclu entre La Poste et le gouvernement pour la période 2018-2022 investit ainsi cette dernière du service universel postal. De même, l'arrêté NOR: PME11325257A du ministre chargé des communications électroniques en date du 31 octobre 2013 a désigné Orange pour fournir les prestations « raccordement » et « service téléphonique » tandis que certaines obligations de services universel de l'électricité sont en partie supportées par EDF (comme le rôle de fournisseur de secours en cas de défaillance d'un autre opérateur prévu par l'article L. 333-3 du Code de l'énergie).

Ces dispositions ne doivent toutefois pas être confondues avec les services universels mis en place par d'autres textes du droit français, dans la mesure où il ne s'agit pas de services universels au sens du droit européen. Il en est ainsi du « service universel de distribution et de mise en place de la semence du ruminant » organisé par le décret

²⁶ Cf. CJCE 6.12.2001, Comm. c/ France, Aff. C-146/00, DA 2002, comm. 43, note Lombard ; CE 18.6.2003, Sté Tiscali, AJDA 2003. 1888, note Foulquier et Dir. n° 2006/111/CE de la Commission du 16.11.2006.

²⁷ OCDE, *Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques*, OCDE 2015, p. 22.

²⁸ Mayeur-Carpentier C. et a., *Droit de l'Union européenne et droit administratif français*, RFDA 2014. 335.

²⁹ Sur cette notion, v. Mueller M., *Universal service*, AEI 1997, p. 4 s.

³⁰ Comme l'explique l'ARCEP sur son site institutionnel : <https://www.arcep.fr/?id=8102>.

2006-1662 du 21 décembre 2006 (art. L. 653-5 et R. 653-97 s. du Code rural) pour « contribuer à l'aménagement du territoire et » à « préserver la diversité génétique » ; de celui « du permis de conduire », créé par la loi Macron n° 2015-990 du 6 août 2015 (art. L. 221-1 du Code de la route) afin de permettre « à toute personne (...) de présenter l'examen du permis de conduire dans les 45 jours suivant l'issue de sa formation » et de celui du « service national » prévu par la loi modifiée n° 97-1019 du 28 octobre 1997 (art. L. 111-2 du Code du service national) comprenant, outre des obligations de recensement, de journée défense et citoyenneté et d'appel sous les drapeaux, un service civique et d'autres formes de volontariat³¹.

Si, à chaque fois la terminologie est trompeuse, l'existence de ces dispositions a le mérite de rappeler que le droit européen ménage un pouvoir discrétionnaire aux États membres pour organiser, à côté des services universels, certains services publics nationaux (étatiques ou infra-étatiques), dans l'intérêt du bon fonctionnement du marché.

B. DELIVRER CERTAINES PRESTATIONS DE SERVICE PUBLIC

Non seulement le rapprochement du droit européen et du droit français montre que deux sortes de « service d'utilité publique » (S. Braconnier) peuvent être créés sur le territoire national dans le domaine marchand, mais les autorités françaises n'hésitent en pratique pas à confier leur gestion à des entreprises publiques.

I. La première sorte correspond aux SIEG communautaires, dont l'existence est expressément prévue par l'article 106 § 2 du TFUE. Celui-ci reprend la possibilité offerte par le traité de Rome de 1957 de déroger aux règles de la concurrence au profit d'opérateurs chargés de fournir des services d'intérêt économique général. Si la Commission y voit des « services de nature économique » soumis « à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général »³², ceux-ci s'analysent comme des entreprises publiques lorsqu'ils sont soumis à l'« influence dominante »³³ ou au « pouvoir prépondérant »³⁴ d'une personne publique. Or, les autorités françaises ne se privent pas pour leur confier de telles missions depuis que le protocole n° 26 affirme le « large pouvoir discrétionnaire » des États membres pour définir les obligations de service public des SIEG et les « organiser » (art. 1^{er}). La loi n° 2010-123 du 9 février 2010 a ainsi profité de la transposition des règles relatives au service universel postal pour mettre à la charge de La Poste 3 autres obligations de service public qui s'analysent en réalité comme des SIEG dont le contenu est précisé dans le contrat d'entreprise précité conclu avec le gouvernement. Elles concernent 1°) le transport et la distribution de la presse (130 millions d'euros de subvention en 2015), 2°) l'accessibilité bancaire (avec l'obligation d'ouvrir un livret A à toute personne et de procéder à des opérations individuelles de retrait ou dépôt d'espèce de 1,50 euros contre 10 euros pour les autres banques – 235 millions) et 3°) l'aménagement du territoire (170 millions via un abattement des taxes locales)³⁵. Comme l'expliquent Claire Borsenberger et Denis Joram, « ces obligations conduisent à sur-dimensionner le réseau de contacts postaux par rapport à la taille qu'il aurait dans un objectif purement commercial de maximisation des profits »³⁶. Alors qu'« une optimisation purement commercial du réseau (...) aboutirait à (...) environ 2 800 points de vente »³⁷, la société comptait en 2015 17 111 points de contact (dont 9 254 bureaux de vente).

Si ces chiffres illustrent tout l'intérêt des SIEG, leur régime juridique varie toutefois selon que leur impact sur le marché intra-européen est ou non présumé.

Lorsqu'il l'est, le service est en principe soumis au régime juridique des aides d'État, sauf s'il est couvert par des dispositions spécifiques (comme celles qui concernent certaines activités de transport aérien ou maritime ou les hôpitaux³⁸) ou s'il remplit les conditions prévues par la jurisprudence Altmark relatives aux compensation de service public³⁹. Hormis, ces hypothèses, le service ne peut toutefois être financé par l'État (ou l'un de ses démembrements) que si la mesure a été préalablement notifiée et approuvée par la Commission⁴⁰.

Lorsqu'il n'affecte pas les échanges intra communautaires, le SIEG bénéficie du régime plus souple des aides *de minimis* qui permet de le financer sans autres formalités préalables⁴¹. Mais la Commission peut à tout moment apprécier la validité de la mesure par rapport au régime juridique des aides d'État.

³¹ Raymundie O., « L'influence du néolibéralisme anglo-saxon sur le droit public français : l'exemple du service universel », in *Néolibéralisme et droit public*, Mare & Martin 2017, p. 223 s.

³² COM(1996) 443 du 11.9.1996 ; COM(2003) 270 final du 21.5.2003 ; COM(2004) 374 du 12.5.2004.

³³ Cf. Dir. n° 80/723/CEE et 2006/111/CE *préc.*

³⁴ Art. 133-1 du Code des juridictions financières.

³⁵ Chiffres donnés par Borsenberger C. et Joram D., « La contribution de La Poste à la contribution économique, sociale et territoriale », in Bance P. (dir.), *Quel modèle d'Etat stratège en France ?*, PURH 2016, p. 351.

³⁶ *Id.*, p. 354.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ V. Décision n° 2012/21/UE du 20.12.2011.

³⁹ CJCE 24.7.2003, Altmark TransGmbH, *AJDA* 2003. 1739, note Rodrigues. V. aussi CJCE 20.11.2003, GEMO, Aff. C-126/01, *JCP-A* 2004. 1126, note Katz.

⁴⁰ CJCE 11.12.1973, Lorenz, Aff. 120-73, *R.* 1471, pt. 8 ; 11.7.1996, SFEI et a. c/ La Poste et a., Aff. C-39/94, *R. I.* 3547, pt. 39.

⁴¹ Règlement 360/2012 du 25.4.2012 du paquet « Almunia ».

Afin qu'elle puisse opérer son contrôle dans de bonnes conditions, les pays membres sont dans tous les cas tenus de veiller à opérer une séparation comptable ou juridique entre les obligations de service public mises à la charge de l'entreprise et ses autres activités⁴². Autant de contraintes qui ne se retrouvent pas forcément s'agissant de la seconde sorte de service pouvant être organisée sur le territoire national.

II. Celle-ci correspond aux services publics « à la française » dont l'originalité est d'être soumise aux seules règles du droit interne. Ils rappellent les SIEG relevant du régime *de minimis* en ce que leur financement n'est pas soumis à l'obligation de notification préalable. Mais ils s'en distinguent en ce qu'ils passent « totalement » sous le radar du droit de l'UE, faute d'affecter de quelque manière que ce soit les échanges intraeuropéens. La Commission peut certes être tentée de les contrôler. Mais une fois le constat fait de leur absence d'impact sur le marché commun, elle ne peut que s'incliner devant la compétence exclusive des États pour les organiser, comme cela ressort des décisions de la Commission d'avril 2015 : SA.37432, SA.37904, SA.33149, SA.38035, SA.39403, SA.37963, SA.38208. Or, les règles nationales apparaissent à deux égards au moins plus favorables que leurs homologues européennes qu'elles ne copient pas de façon pure et parfaite, malgré l'indéniable rapprochement que l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a opéré avec elles.

D'abord, parce qu'elles permettent de confier implicitement de nouvelles missions de service public aux entreprises publiques⁴³, là où le droit communautaire exige toujours une décision expresse. Tandis que pour les instances européennes, les autorités nationales doivent toujours préciser dans l'acte de dévolution du service public la nature exacte des obligations visées, l'entreprise chargée de les mettre en œuvre et la zone géographique sur laquelle elle est chargée d'exercer⁴⁴, l'arrêt Commune d'Aix-en-Provence de 2007, considère qu'une « personne privée exerçant » de sa propre « initiative » et sous sa propre « responsabilité (...) une activité » peut malgré tout être considérée comme étant en charge d'un tel service, en l'absence de tout acte de « dévolution » : dès lors qu' « une personne publique (...) exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde (...) des financements » dans le respect des textes ou de la jurisprudence, « en raison de l'intérêt général qui s'y attache »⁴⁵.

Ensuite, le droit interne facilite le financement croisé des prestations de service public mises à la charge de l'entreprise par des activités « annexes (qui) soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale »^{46,47} : puisqu'il n'exige pas une stricte séparation comptable entre elles, en dehors des cas d'application du droit communautaire⁴⁸. Une telle séparation ne constitue dans l'ordre interne qu'une simple recommandation, dépourvue de sanction juridique⁴⁹. La seule limite aux financements croisés tient à l'interdiction faite au gestionnaire de fausser « les conditions de la concurrence » sur le marché concurrentiel où sont délivrées ces activités accessoires, en tirant profit « d'un avantage découlant des ressources ou des moyens (...) attribués »⁵⁰ au service public qu'il gère. À cette condition et sous cette réserve, le droit français permet néanmoins bien à une entreprise publique de réaliser l'équilibre financier de ses missions de service public en diversifiant ses activités, d'une façon beaucoup plus souple que ce que permet le droit de l'UE.

* *
*

En conclusion, l'UE joue sur les échelles de l'État afin de soumettre les entreprises publiques à un régime juridique équilibré, qui tienne compte des obligations contradictoires parfois mises à leur charge.

En tant qu'entreprise, ces opérateurs doivent pouvoir partir à l'assaut de marchés étrangers, qu'il s'agisse de celui d'un autre État membre ou d'un État tiers par rapport à au marché commun, dès lors qu'ils respectent les règles de la concurrence comme n'importe quel autre acteur du marché, c'est-à-dire comme n'importe quel investisseur⁵¹, acheteur⁵², vendeur⁵³ ou même prêteur⁵⁴ avisé « opérant dans les conditions normales de l'économie de marché »⁵⁵. Mais en tant qu'entreprise publique, ils doivent pouvoir y déroger, de façon à s'acquitter au mieux des obligations de

⁴² Cf. notes 24 et 25.

⁴³ CE Sect. 6.4.2007, Cne d'Aix-en-Provence, *AJDA* 2007. 1020, chr. Lenica et Boucher.

⁴⁴ CJCE 21.4.1974, BRT c/ SABAM, Aff. 127/73, R. 1974. 51.

⁴⁵ CE Sect. 6.4.2007, Cne Aix-en-Provence, *préc.*

⁴⁶ CE Sect. des travaux publics 7.7.1994, Diversification des activités d'EDF/GDF, avis n° 356089.

⁴⁷ CE Sect. Avis 8.11.2000, Jean-Louis Bernard Consultants, *AJDA* 2000. 987.

⁴⁸ Cf. art. L. 1521-1 du CGCT et CE 5.7.2010, Syndicat national des agences de voyage, *AJDA* 2010. 1346.

⁴⁹ CE 5.7.2010, Syndicat national des agences de voyage, *préc.* V. aussi CE, *Guide des outils d'action économique*, CE 2017, p. 7.

⁵⁰ CE Ass. 30.12.2014, Sct Armor SNC, req. n° 355563. Cf. CJCE 7.12.2000, Arge, Aff. C-94/99 et CJUE 18.12.2014, Azienda Ospedaliero-universitaria du Careggi-Firenze, Aff. C-568/13 : permet à un SIEG dont le financement est compatible avec le droit européen de candidater à un appel d'offres.

⁵¹ CJUE 4.9.2014, SNCM SA, C-533/12 P.

⁵² CE 27.2.2006, Ryanair, req. n° 244406.

⁵³ TPI CE 29.3.2007, Scott SA c/ Comm., Aff. T-366/00.

⁵⁴ CJCE 7.3.1985, Leurwader Papierwarenfabriek, Aff. C-318/82.

⁵⁵ Comm. eur., *Rapport concurrence de 1994*.

service public qui sont parfois mises à leur charge, pour faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur (cas du service universel européen) ou du marché national (cas des SIEG ou des services publics « à la française »).

La question est désormais de savoir si, à défaut de nouvelles négociations au sein de l'OMC, les accords commerciaux dits de nouvelles générations parviendront à imposer cette grille de lecture à tous les États du monde, à commencer par la Chine dont le secteur public constitue à ce jour un réel danger pour le bon fonctionnement du marché mondial, en raison de sa puissance de frappe financière.