

Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe

Elvira Talapina

► To cite this version:

Elvira Talapina. Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe. Droit. Université de la Réunion, 2011. Français. <NNT : 2011LARE0018>. <tel-00867003>

HAL Id: tel-00867003

<https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-00867003>

Submitted on 27 Sep 2013

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.

UNIVERSITE de la REUNION
Droit – Economie – Sciences sociales

**CONTRIBUTION A LA THEORIE DU DROIT PUBLIC ECONOMIQUE
PAR L'ANALYSE COMPARATIVE
DU DROIT FRANÇAIS ET DU DROIT RUSSE**

Thèse pour le **doctorat en droit**
(Arrêté du 30 mars 1992 modifié par l'arrêté du 25 avril 2002)

Discipline : Droit public

présentée et soutenue publiquement

par

Elvira TALAPINA

Le 30 septembre 2011

Directeur de thèse : Monsieur Jacques COLOM

JURY

Monsieur Gérard MARCOU, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Monsieur Dimitri DOZHDEV, professeur à l'Institut de l'Etat et du Droit de l'Académie
des sciences de Russie (Moscou, Fédération de Russie)

Monsieur Yuri TIKHOMIROV, professeur à l'Institut de législation et de droit comparé
auprès du Gouvernement fédéral de Russie (Moscou, Fédération de Russie)

Monsieur Jacques COLOM, maître de conférences à l'Université de la Réunion, H.D.R.

Madame Anne GAZIER, maître de conférences à l'Université Paris Ouest Nanterre La
Défense, H.D.R.

A la mémoire de mes grands-parents

**Contribution à la théorie du droit public économique
par l'analyse comparative du droit français et du droit russe**

AVERTISSEMENT

L'université de la Réunion n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses de doctorat. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES SIGLES ET DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AAI	Autorité administrative indépendante
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
Art.	Article
CA	Cour d'appel
CACI	Cour d'Arbitrage de Commerce International auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie
CC	Conseil constitutionnel
CCFR	Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CIRDI	Centre international de règlements des différends relatifs aux investissements
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
Concl.	Conclusions
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
DPE	Droit public économique
EDF	Electricité de France
EPIC	Etablissement public industriel et commercial
GDF	Gaz de France
OAR	organisation d'autorégulation
OCDE	Organisation de coopération et développement économique
OMC	Organisation mondiale du commerce
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
PEP	Partenariat étatique privé
PFRLR	Principe fondamental reconnu par les lois de la République
PPP	Partenariat public privé
p.	page
pp.	pages
préc.	précité
RFDA	Revue française de droit administratif
SNCF	Société nationale des chemins de fer français
SPA	Service public administratif

SPIC	Service public industriel et commercial
Sté	Société
suiv.	suivant (suivante)
Synd.	Syndicat
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TCE	Traité sur la Communauté européenne (désormais TFUE)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne, issu du traité de Lisbonne

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	14
Première Partie. Généralités théoriques sur la formation du droit public économique . en France.....	16
Titre 1. L'émergence du droit public économique en France.....	16
Chapitre 1. Les reflets juridiques des interactions de l'Etat et de l'économie.....	16
Section 1. Les bases théoriques de l'action publique dans l'économie	16
§1. L'évolution historique de l'action publique dans l'économie.....	16
A. Le colbertisme	16
B. Le libéralisme.....	18
C. L'Etat-providence	19
D. Le néo-libéralisme.....	21
§2. Les interventions de l'Etat dans l'économie	22
A. Les premières interventions de l'Etat.....	22
B. Les racines sociales des interventions.....	23
C. L'interventionnisme et le libéralisme	24
D. Le rôle de l'Etat dans l'économie	25
Section 2. Le cadre de l'action publique dans l'économie.....	26
§1. Les institutions agissant en matière économique	26
A. Les institutions nationales classiques.....	27
B. Les institutions locales	28
La déconcentration économique	28
La décentralisation économique.....	29
C. Les autres organismes	30
§2. Le contentieux économique	30
Le contentieux économique des personnes publiques	31
Le contentieux administratif des activités économiques des personnes privées	33
La complexité de la répartition des compétences juridictionnelles	33
Les règles appliquées par le juge dans le contentieux économique	34
La spécificité du contentieux économique	35
Une juridiction économique sera-t-elle créée en France?	36
Y a-t-il une place pour les tribunaux d'Etat dans le règlement des litiges économiques?	37
Chapitre 2. Les recherches d'un droit en matière économique.....	37
Section 1. La théorie du droit économique	37
§1. Les bases de la conception du droit économique	37
L'interdépendance du droit et de l'économie.....	37
Les racines du droit économique.....	38
Le caractère mixte du droit économique.....	39
L'approche large et l'approche étroite du droit économique	41
La définition du droit économique	41
«Les frais économiques» du droit économique.....	42
§2. Le droit économique et la division entre droit public et droit privé.....	43
A. La division entre droit public et droit privé	43
B. Le droit économique détruit-t-il cette division ?.....	44
Section 2. La conception « classique » du droit public économique	46

§1. Vers une autonomie du droit public économique en France.....	46
L'apparition du droit public économique.....	46
Le droit constitutionnel économique.....	47
Les définitions du droit public économique.....	48
Le droit public économique est-il une branche du droit?.....	52
§2. Les influences des droits étrangers sur le droit public économique français. 53	
A. Le rôle du droit soviétique	53
B. Le droit public économique en Europe	54
Conclusion du Titre 1	60
Titre 2. L'autonomisation du droit public économique en France.....	61
Chapitre 1. Les bases du droit public économique	61
Section 1. Les principes du droit public économique	61
§1. Les principes généraux du droit : une petite intervention dans la discussion 61	
L'origine jurisprudentielle des principes du droit.....	61
Les principes du droit : Y a-t-il un système ?	63
La concurrence entre le juge administratif et le juge constitutionnel dans le domaine des principes du droit	64
L'essai de la classification des principes du droit.....	66
§2. Les principes essentiels du droit public économique	67
A. Le principe d'égalité	67
Le principe d'égalité en matière économique	67
Les limites du principe d'égalité.....	69
Le principe d'égalité et l'activité économique de l'Etat	71
B. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie.....	73
La signification juridique de la liberté du commerce et de l'industrie	73
Les limites de la liberté du commerce et de l'industrie	74
La liberté du commerce et de l'industrie et le secteur public	75
La liberté d'entreprendre.....	77
Le principe de liberté contractuelle.....	78
C. Le droit de propriété.....	79
Les aspects idéologiques du droit de propriété	79
La valeur constitutionnelle du droit de propriété	80
La propriété publique	81
D. Les autres principes du droit public économique.....	82
Le principe de non-rétroactivité	82
Le principe de spécialité.....	83
Encore certains principes	84
Section 2. Les sources du droit public économique.....	85
§1. Les sources internes	85
La Constitution.....	86
Les lois (les sources législatives)	88
Les règlements	90
Les sources non réglementaires	91
La jurisprudence.....	92
Le problème de la qualité des lois.....	92
La réglementation.....	93
Les autres sources	94
§2. Les sources externes.....	95
Les sources internationales	96

Chapitre 2. Les concepts et les catégories essentiels du droit public économique	97
§1. L'aperçu des structures du droit public économique proposées par les auteurs français	97
§2. La structure « moyenne » du droit public économique.....	100
Section 2. Les notions et catégories essentielles du droit public économique.....	100
§1. Le secteur public	101
A. La propriété publique	101
La propriété publique et privée de l'Etat.....	101
L'inaliénabilité	102
B. Les personnes publiques	103
Le service public	104
C. Les entreprises publiques	108
La notion d'entreprise publique	108
Les établissements publics à caractère industriel et commercial	111
Le processus de contractualisation.....	112
La nationalisation et la privatisation	113
§2. Les aides d'Etat	114
A. La notion d'aide d'Etat.....	114
B. Les types d'aides publiques.....	116
§3. La planification	117
A. L'évolution de la planification	117
B. La signification juridique du plan.....	118
 Conclusion du Titre 2	120
 Conclusion de la Première Partie	120
 Deuxième Partie. Le droit public russe et l'économie	121
 Titre 1. La conception du droit en matière économique en Russie	121
Chapitre 1. La recherche d'un droit régissant l'économie	121
Section 1. L'évolution des interactions entre l'Etat et l'économie en Russie.....	121
§1. La réglementation par l'État de l'économie en Russie	121
A. La période prérévolutionnaire.....	121
B. La législation économique dans la période soviétique et à l'époque des réformes	123
§2. L'économie russe moderne et la législation.....	124
Section 2. Les idées d'un droit économique en Russie.....	125
§1. Le « triste » destin du droit économique.....	125
A. Les piliers prérévolutionnaires du droit en matières économique	125
B. L'apparition des conceptions juridiques autour de l'économie	126
La période soviétique	126
La période moderne	128
§2. Le droit économique, est-ce une branche complexe ou une discipline académique?.....	129
A. La continuité de la discussion sur le droit économique	129
Quel droit est chargé de l'économie ?.....	129
Les discussions autour de l'indépendance du droit économique (commercial)	130
Y a t-il aujourd'hui un droit économique ?.....	131
B. Quel droit est-il responsable de l'économie?	133

Le droit public économique : les tendances du développement.....	133
Les raisons du « divorce » du droit administratif et de l'économie	133
Chapitre 2. La réglementation des relations économiques et les branches du droit public.....	134
Section 1. La distinction entre droit public et droit privé	134
§1. La spécificité russe concernant la division du droit	134
A. A la recherche du critère de la division entre droit public et droit privé	134
Le « retour » du droit public	134
Les approches philosophiques de la division du droit	135
B. La division entre droit public et droit privé : les caractéristiques modernes	136
§2. Les nouvelles tendances en droit public et en droit privé	137
Du nouveau dans la division du droit.....	137
Les traditions juridiques russes et les nouvelles tendances.....	138
Section 2. Les branches du droit public et l'économie	138
§1. Les principes constitutionnels de la réglementation de l'économie.....	139
A. La conception de la «constitution économique»	139
B. Les décisions de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie.	139
dans la sphère économique	140
Le principe de liberté de l'activité économique	140
Le principe de l'unité de l'espace économique.....	140
Le principe de reconnaissance et de protection égales de différentes formes de propriété	140
Le principe du soutien de la concurrence.....	140
Le principe d'égalité	141
Le principe de liberté contractuelle.....	141
§2. Le rôle du droit administratif dans la réglementation de l'économie	141
A. La réglementation de l'économie dans la structure du droit administratif	141
B. L'économie est dans le cœur de la réforme administrative.....	142
C. Le nouveau rôle du droit administratif.....	143
D. La responsabilité administrative dans la sphère de l'économie	143
§3. Les éléments publics dans le droit civil de la Russie	144
A. L'utilisation du terme « public »	144
B. Les éléments de droit public dans le Code civil de la Russie	144
Conclusion du Titre 1	146
Titre 2. Les bases de la réglementation des relations économiques.....	147
Chapitre 1. Le rôle de l'Etat dans les relations économiques	147
Section 1. La personnalité juridique de l'Etat dans les relations économiques	147
§1. La théorie de la personnalité morale vis-à-vis de l'Etat.....	147
A. La capacité civile de l'État.....	147
B. La conception de personne morale et la capacité de l'État	148
C. Les personnes morales de droit public : la discussion dans la doctrine russe	148
§2. Les organes d'Etat dans les relations économiques	149
A. Les organismes publics comme personnes morales.....	149
B. Les particularités statutaires des organismes publics en tant que personnes morales	151
C. Les particularités fonctionnelles des organismes publics à titre des personnes morales.....	152

D. Sur la notion de personne morale concernant les pouvoirs : de brèves conclusions	153
Section 2. La réglementation publique dans l'économie	154
§1. Les autorités compétentes en matière de réglementation de l'économie	154
Les pouvoirs fédéraux dans la sphère de l'économie.....	154
Les agences : existent-elles en Russie ?	155
D'autres institutions du niveau fédéral	156
§2. Les « traces » de la régulation à l'européenne en Russie.....	157
A. Les corporations d'Etat	157
B. L'autorégulation dans l'économie	158
Chapitre 2. Les concepts et catégories essentiels du droit en matière économique	159
§1. Le secteur public	159
A. Les types de la propriété d'État.....	159
B. La délimitation de la propriété d'État	160
La définition de la délimitation de la propriété d'État	160
La réglementation de la délimitation de la propriété d'État.....	161
La législation contemporaine sur la délimitation de la propriété d'État	162
C. La privatisation « à la russe »	163
D. La création des entreprises unitaires	164
§2. Les contrats publics.....	165
A. Les contrats publics dans la doctrine juridique russe : bref historique ..	165
B. Les contrats publics en Russie: traits généraux.....	167
Le contrat dans l'action publique et la classification des contrats publics	167
L'identification et le régime juridique des contrats publics.....	172
La formation des contrats publics	172
La transparence	173
L'exécution des contrats publics.....	174
C. Le contentieux des contrats publics	177
Les contrats publics et l'arbitrage. Sur les juridictions arbitrales en Russie	177
La possibilité de la participation des organismes publics à l'arbitrage..	179
Arbitrage commercial international en Russie.....	181
L'arbitrage international en matière de contrats publics.....	183
Sur le développement de la législation.....	185
D. Les partenariats public-privé en Fédération de Russie	186
La conception du partenariat public-privé (PPP) en Russie.....	186
Les types de PEP en Russie	187
E. La concession comme forme plus réglementée de PEP.....	188
La nature de la concession	188
Le contenu du contrat de concession	189
La formation du contrat de concession	191
Quelques conclusions.....	192
§3. Les aides d'État	193
A. Les types d'aides d'État	193
B. Les aides aux petites entreprises	194
C. Les préférences d'État et municipales.....	195
La définition des préférences	195
La procédure d'octroi des préférences	197
Les rapports entre la législation antitrust et les autres actes législatifs.....	197

§4. Les responsabilités des pouvoirs publics en matière d'autorisation et de contrôle.....	198
A. L'enregistrement par l'État des personnes morales	199
B. L'exigence d'une licence dans la sphère économique	201
C. Le contrôle d'État et les inspections.....	204
§5. Les services publics	207
Conclusion du Titre 2	209
Conclusion de la Deuxième Partie	209
Troisième Partie. Le droit public économique contemporain :	211
l'appréciation des changements	211
Titre 1. L' « environnement » du droit public économique d'aujourd'hui	211
Chapitre 1. Le contexte actuel de l'existence du droit public économique	211
Section 1. Les facteurs globaux influençant l'évolution du droit public économique.....	211
§1. La globalisation, facteur de transformation	211
A. Les traits généraux de la globalisation	211
Le contexte politique de la globalisation	212
Les effets de la globalisation.....	213
B. Les différents aspects de la globalisation	214
La globalisation et la souveraineté d'Etat	214
La globalisation du droit	215
La globalisation et le droit international	216
Les rapports entre la globalisation et l'économie	218
Section 2. Les facteurs d'influence européenne sur le droit public économique...	222
§1. Le droit européen face aux droits nationaux.....	222
A. Le droit européen et les droits nationaux : les traits généraux.....	222
B. Le droit européen et le droit national : le cas français	224
L'influence européenne sur la juridiction nationale.....	224
L'influence du droit français sur le droit européen.....	224
§2. Le rôle du droit constitutionnel dans le processus d'eupéanisation.....	225
A. La constitution nationale et le droit européen.....	225
L'émergence d'un droit constitutionnel européen	225
La Constitution française et les normes internationales.....	226
La Constitution et les normes internationales : le cas de la Russie.....	228
B. Les juridictions françaises et le droit européen.....	229
Le Conseil constitutionnel et la construction européenne.....	229
L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat.....	230
Chapitre 2. Les tendances du développement du droit public économique	232
Section 1. Les changements du rôle de l'Etat dans l'économie	232
§1. Entre libéralisme et interventionnisme : la loi du pendule.....	232
A. Le néo-libéralisme en France	232
§2. Vers la redéfinition du droit public économique ?.....	236
A. A propos du rôle économique de l'Etat.....	236
B. Les changements dans l'administration économique.....	237
C. Un nouveau regard sur le droit public économique	239
Section 2. Les changements dans l'interaction du droit et de l'économie	240
§1. Les nuances de l'activité publique en matière économique.....	240
A. Le pouvoir discrétionnaire	240

La définition du pouvoir discrétionnaire.....	240
L'utilisation des principes généraux du droit pour la délimitation du pouvoir discrétionnaire	242
L'expertise : le cas russe	245
B. La corruption	246
La définition de la corruption.....	246
La corruption et la globalisation	248
Les risques de la corruption internationale	249
La lutte contre la corruption : le cas russe.....	251
§2. Les tendances juridiques concernant les changements dans l'interaction du droit et de l'économie.....	251
A. L'analyse économique du droit.....	251
L'apparition de l'analyse économique du droit aux États-Unis.....	251
L'analyse économique du droit en France	252
Le développement de l'analyse économique du droit public.....	254
B. Les différents processus en droit économique	256
Les processus d'origine externe	256
Les processus dans le cadre du droit public	258
Les processus dans le cadre du droit privé.....	259
Conclusion du Titre 1	262
Titre 2. L'influence européenne sur la conception contemporaine	264
du droit public économique.....	264
Chapitre 1. L'influence européenne sur les principes du droit public économique... ..	264
Section 1. L'influence européenne sur les principes existants.....	265
§1. Les principes du droit européen	265
§2. Les principes du droit public économique sous l'influence européenne	266
A. Le principe de libre concurrence.....	266
La transformation de la liberté d'entreprendre en libre concurrence.....	266
La libre concurrence en droit européen.....	267
Le principe de non-concurrence en France. L'apparition du principe de libre concurrence en droit français	268
Vers un principe général de libre concurrence ?.....	270
L'influence du principe de libre concurrence sur les principes classiques.....	272
B. Le principe d'égalité en droit communautaire.....	273
C. Le principe de sécurité juridique	275
Le principe de sécurité juridique en Europe	275
Le principe de sécurité juridique en droit français.....	276
La position du Conseil constitutionnel à propos de sécurité juridique	277
Le principe de sécurité juridique en droit économique.....	277
La sécurité juridique : entre objectif et subjectif.....	278
D. Le principe de confiance légitime	280
La confiance légitime : en Europe et en France.....	280
Le « voisinage » du principe de confiance légitime.....	281
A propos de l'expérience russe	282
E. Le principe de légalité	283
Section 2. L'apparition des nouveaux principes	284
§1. La transparence comme une nouvelle réalité	284

A. L'origine politique du principe de transparence	284
B. La signification du principe de transparence en droit public	285
C. Les différents visages du principe de transparence	286
D. La transparence : le cas russe	288
§2. Le principe de précaution.....	288
Chapitre 2. L'influence européenne sur les concepts et catégories du droit public	
économique	290
Section 1. L'activité de l'Etat au nouveau visage.....	290
§1. Les nouveaux traits de l'administration publique	290
A. Le nouveau management public.....	290
B. La rentabilité des activités publiques	292
C. La bonne administration	293
§2. La régulation	297
A. La régulation : quoi de neuf ?.....	297
B. La régulation et le droit public économique.....	299
C. Les autorités administratives indépendantes	302
D. L'Autorité de la concurrence.....	305
Section 2. Des concepts et catégories renouvelés	306
§1. La concurrence	306
A. La concurrence et les entreprises publiques.....	306
B. Le droit public de la concurrence en France	308
C. Les particularités du droit français de la concurrence	311
§2. Le secteur public	312
A. Les changements dans le secteur public. Le service public	312
B. La politique de privatisation : pas à pas	315
C. L'influence européenne sur le service public.....	318
L'intérêt général	318
Le service public à la française : l'histoire d'une bataille.....	321
§3. Les contrats publics.....	322
A. Le contrat en droit communautaire	322
B. Les contrats entre les personnes publiques.....	324
C. Certaines caractéristiques de contrats publics	326
D. L'arbitrage et les contrats publics	328
E. Le partenariat public-privé	329
La notion de partenariat public-privé (PPP).....	329
Les PPP en droit européen	330
 Conclusion du Titre 2	 331
 Conclusion de la Troisième Partie	 331
 Conclusion générale	 332
 BIBLIOGRAPHIE	 335

INTRODUCTION

Depuis plusieurs décennies le droit et l'économie sont dans le centre d'intérêt des penseurs. Dans les pays de système juridique continental, la théorie du droit économique s'est développée. En raison de la division traditionnelle entre droit public et droit privé dans le droit économique on distingue le droit public économique. Effectivement, en France il y a trop de barrières entre droit public et droit privé. Avec humour Guy Braibant avait dit un jour : « Connaître le droit public sans connaître le droit privé, c'est un peu comme savoir ce qu'est un homme sans savoir ce qu'est une femme ». Cette division existe dans la formation juridique, dans la spécialisation des avocats, pourtant «le meilleur défenseur est celui qui discerne l'ensemble des qualifications juridiques possibles et qui maîtrise toute la palette des actions en justice ». Publicistes et privatistes partagent une grammaire commune du droit et doivent souvent répondre à des questions similaires

1.

Notre but est l'analyse de la théorie du droit public économique, en tenant compte des conditions historiques et des caractéristiques de l'étape moderne, afin de montrer le contenu essentiel du droit public économique. En même temps, en prenant en considération l'influence des multiples facteurs de caractère interne et externe sur le droit, il est extrêmement important de révéler les tendances contemporaines, ainsi que les processus qui sont capables d'influencer le futur de cette discipline.

La présente étude accomplit une tâche comparative. Comme on le sait, l'étude comparative ne montre pas simplement les particularités et les traits communs des systèmes juridiques, mais aussi doit montrer les canons généraux (communs) du développement du droit. C'est pourquoi la première partie de l'étude est consacrée au droit public économique en France avec ses principes de base et ses concepts, tandis que la deuxième partie contient l'analyse du droit public russe dans le domaine économique, puisque en Russie «le droit public économique» comme discipline académique est absent. Donc, la première et la deuxième parties de l'étude éclairent les droits nationaux de deux pays. La structure de l'étude suppose aussi des regards comparatifs sur l'expérience d'un pays dans la partie consacrée à un autre pays. C'est particulièrement important pour souligner les ressemblances et les différences.

¹ Aguila Yann, Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés, *AJDA*, 2009, 21 mai, p.905

C'est une composition traditionnelle pour l'étude juridique comparée. La troisième partie de l'étude concerne l'appréciation des changements qui se passent dans le domaine du droit public économique. Nous y verrons plusieurs tendances générales à cause de l'influence de la globalisation, de l'intégration européenne, de la politique économique, etc. Nous recevrons ainsi la confirmation de l'idée de Hayek sur ce que la mentalité de la plupart des nations civilisées est exposée pour l'essentiel aux mêmes influences, mais elles se manifestent à des moments divers et avec une vitesse diverse².

² фон Хайек Фридрих Август. Дорога к рабству. М.: Новое издательство. 2005. С.31

Première Partie. Généralités théoriques sur la formation du droit public économique en France

Le but principal de cette partie est l'étude de la question des bases théoriques du droit public économique en France. L'aspect historique a une grande importance, puisqu'il aide à comprendre les racines du phénomène à examiner, les conditions de ses changements. En général, les auteurs passent obligatoirement par le stade historique afin d'argumenter la théorie du droit public économique. Ils observent, comment le droit a répondu aux modifications de la politique économique. Cela non simplement par tribut de l'histoire, car le droit économique dépend comme aucun autre des changements de conditions économiques. A propos du droit public économique nous comprendrons sa structure « classique ». Nous avons choisi les principes, les sources, ainsi que les concepts et les catégories principales (les plus typiques) en tant qu'éléments caractérisant l'autonomie du droit public économique. Tout cela permettra de reconstituer l'état du droit public économique pendant son « épanouissement » et de révéler les facteurs qui influent ses changements. Nous traiterons cette question dans la dernière partie.

Titre 1. L'émergence du droit public économique en France

Pour mieux comprendre, comment le droit public économique est apparu, il est nécessaire d'étudier l'histoire de la réglementation de l'activité publique dans l'économie et sa réflexion en droit (Chapitre 1), puis on va analyser les conceptions principales dans le domaine du droit chargé de l'économie (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les reflets juridiques des interactions de l'Etat et de l'économie

Section 1. Les bases théoriques de l'action publique dans l'économie

§1. L'évolution historique de l'action publique dans l'économie

A. Le colbertisme

Les origines de toute production, donc de l'économie se trouvent dans la famille. La production des artisans de métier du Moyen âge était dans la plupart des cas familiale et autonome. Même les salariés se soumettaient au pouvoir du maître, qui se limitait seulement à son entendement personnel. L'État, qui était loin de la centralisation et de la force, n'intervenait pas dans les relations économiques. Le travail, les contrats, les groupements des maîtres (les ancêtres des syndicats) existaient comme tels.

En général, l'intérêt de l'État pour l'économie est très ancien, cependant c'est au renforcement de la monarchie qu'il s'est manifesté entièrement. Au Moyen âge, au XV^e siècle, en Europe la théorie du mercantilisme est apparue, ce qui a engendré la réunion des seigneurs sous le pouvoir du Roi. Le mercantilisme français défend l'Etat-nation et cherche les moyens de lui procurer la plus grande richesse matérielle par l'accumulation de métaux précieux.

Ses idéologues, comme Jean Bodin (1530-1596), Bartolomeo de Laffemas (1545-1612), Antoine de Montchrestien (1576-1621), insistaient sur l'aide royale aux entreprises pour le développement de l'industrie et du commerce. Ces principes étaient appliqués déjà au règne de Henri IV (1589-1610), mais ils ont reçu réellement son développement sous Louis XIV (1643-1715), avec la politique menée par le réel « ministre de l'économie et des finances » (cette fonction n'existait pas formellement) Jean-Baptiste Colbert (1619-1683). Le colbertisme (sa politique a reçu ce nom), l'adaptation du mercantilisme, a posé les fondements modernes de l'intervention de l'Etat, et n'a jamais cessé d'être une référence pour les gouvernants jusqu'à l'approche de la Révolution de 1789.

Dans cette période l'adaptation des structures économiques comme les corporations se réalise (les associations d'artisans ou de commerçants s'étaient créées spontanément au Moyen âge). Les corporations ont pour mission de fixer les règles d'accès aux professions et de défendre les intérêts de leurs membres en les protégeant contre le chômage, la concurrence ou la hausse des prix. A ces fins, elles exercent un pouvoir réglementaire et prononcent des sanctions, sous le contrôle de l'autorité publique, qui peut annuler leurs actes. Les manufactures sont relancées par Colbert, qui en secourt quelques-unes en difficulté (Manufacture des Gobelins), tente d'y améliorer les conditions de travail (manufactures des hôpitaux) ou aide à leur création (Manufacture d'armes de Saint-Étienne). Leur réglementation devient plus sévère : dès 1669, une Inspection des manufactures contrôle le respect des règlements royaux, et une Juridiction des manufactures, confiée aux maires et échevins, est chargée de juger les infractions constatées. Les compagnies coloniales ou maritimes bénéficient de larges subventions de l'Etat. Les compagnies maritimes constituent l'une des premières applications de la technique de l'économie mixte, qui associe les finances de l'Etat et celles d'actionnaires privés³.

Une autre direction des réformes de Colbert est l'essor de la réglementation royale. Si Colbert fait primer l'intérêt général sur les intérêts particuliers, il prône un interventionnisme modéré. Il privilégie ainsi des mécanismes de régulation et de contrôle

³ Valette Jean-Paul, *Droit public économique*, Paris, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 2002, pp.12-14

qui n'empêchent pas les personnes privées de participer largement à l'essor économique. Jusqu'en 1789, la monarchie cherche seulement à renforcer la réglementation douanière, encadrer les techniques de production et adapter l'emploi aux besoins. Les droits douaniers freinent déjà l'accès des produits manufacturés au territoire national sous le règne de François I, mais c'est seulement avec Colbert qu'apparaît un grand dessein visant à protéger le commerce national de la concurrence internationale. Si les tarifs du 16 septembre 1664 et du 18 avril 1667 fixent des droits encore relativement peu élevés entre les provinces, ils les augmentent sensiblement sur les importations venant de l'étranger, notamment de Hollande ou d'Angleterre. Pour augmenter la qualité de la production une abondante réglementation est adoptée. Près d'une quarantaine de règlements et cent cinquante édits sont publiés. La réglementation du textile compte désormais plus de deux mille pages et fixe avec précision jusqu'à la trame du tissu. La défense de l'emploi consiste à attirer en métropole des travailleurs dans les métiers déficitaires en main-d'œuvre qualifiée (dinandiers, miroitiers, chapeliers, fondeurs) et, en sens inverse, à empêcher l'émigration des individus compétents de ces secteurs. En 1682, il est finalement décidé que les ouvriers français (ou étrangers) ne pourront plus quitter le royaume, sous peine de mort⁴. Ainsi Colbert « a développé une politique d'immigration et, inversement, une action tendant à interdire l'émigration »⁵.

C'est le colbertisme qui est à la base des traditions de l'économie française. Hubert-Gérard Hubrecht remarque, que « l'économie française est en effet caractérisée par l'ancienneté de la prise en charge directe par l'Etat d'un nombre non négligeable d'activités économiques et même plus précisément industrielles. En dehors du colbertisme proprement dit, on ne saurait non plus oublier qu'un certain nombre d'activités qui nous paraissent aujourd'hui comme principalement industrielles et commerciales ont été historiquement liées aux fonctions régaliennes de l'Etat »⁶.

B. Le libéralisme

Les idées des physiocrates, en contradiction avec les principes issus du mercantilisme et du colbertisme, se répandent en France pendant les dernières années de la monarchie absolue, pendant le règne de Louis XVI. Quesnay (1694-1774), le marquis de Mirabeau (1715-1789) et Turgot (1727-1781) sont favorables à la libéralisation de la circulation des marchandises, au « laissez-faire, laissez-passer ». Les physiocrates sont proches de l'école classique anglaise qui défend l'harmonie d'un ordre naturel fondé sur

⁴ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.15-16

⁵ Bernard Sébastien, *Droit public économique*, Paris, Litec, 2009, p.13

⁶ Hubrecht Hubert-Gérard, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 1997, pp.17-18

l'initiative individuelle et la régulation économique automatique par le marché. Adam Smith dans « Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations » (1776) écrit : « Tout individu... ne se propose pas de promouvoir l'intérêt public. Il ignore d'ailleurs dans quelle mesure il y parvient. Il ne se préoccupe que de sa sécurité propre, que de son gain propre. Et se faisant, il est conduit par une main invisible à atteindre un objectif qu'il n'avait aucunement visé. En poursuivant son intérêt particulier il sert souvent l'intérêt social plus efficacement que dans les cas où il a réellement l'intention de le promouvoir ». Cette défense de l'initiative privée conduit au libéralisme économique et à la réduction drastique du rôle de l'Etat dans l'économie.

Sous l'influence des physiocrates, les révolutionnaires de 1789 décident de restreindre sévèrement l'intervention économique de l'Etat. « Par réaction aux structures et à la réglementation mises en place sous l'Ancien régime, les révolutionnaires édictent des textes restés célèbres qui consacrent la propriété privée, proclament la liberté du commerce et démantèlent l'organisation administrative instituée dans le domaine économique »⁷. Le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 abolit le régime corporatif. Il est désormais reconnu à toute personne le droit de faire négoce et d'exercer telle profession ou tel métier qu'elle souhaite, sous réserve de se pourvoir d'une patente, d'en acquitter le prix et de se conformer aux règlements de police. La loi Le Chapelier des 14-17 juin 1791 proclame la liberté du commerce et de l'industrie. Elle interdit toute association ayant pour but la défense d'intérêts professionnels. Entre 1789 et 1791, l'administration de l'économie est modifiée, de nombreux contrôles et prélèvements fiscaux sont supprimés. La Charte constitutionnelle de 1814 ne remet pas en question le libéralisme économique⁸. Tout cela a reçu le nom « l'Etat-gendarme », c'est-à-dire « d'un Etat concentré sur la prescription plutôt qu'enclin à proposer des prestations, replié sur ses fonctions régaliennes au détriment des activités économiques, même si le caractère mouvant de la frontière entre les unes et les autres a été démontré, l'acheminement du courrier ayant pu être considéré comme relevant des premières »⁹.

C. L'Etat-providence

On observe ensuite le passage de l'Etat-gendarme à l'Etat-providence. Les pouvoirs publics préservent des compétences économiques anciennes. Pour des raisons d'ordre public, de défense militaire, de police, de fiscalité, l'Etat assure la responsabilité directe de la Manufacture des Gobelins, du transport des correspondances, de la frappe des monnaies,

⁷ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.14

⁸ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.20-22

⁹ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.16

des arsenaux, des manufactures d'armes, de la perception des droits de douane, du monopole des tabacs et allumettes. De même, l'Etat multiplie les concessions de service public à des partenaires privés, en matière de transport, de distribution d'eau, de gaz, puis d'électricité. Les travaux publics se développent du fait des besoins en infrastructures. A partir de milieu du XIX^e siècle, les préoccupations sociales de la population deviennent plus pressantes. L'Etat assure des missions sociales¹⁰.

En tous cas, avant la Première guerre mondiale, « le libéralisme économique domine le problème des interventions publiques dans l'économie »¹¹. La guerre a demandé des mesures dirigistes dans l'économie. Elle a changé beaucoup de choses, les aristocrates sont partis, les femmes ont commencé à travailler aux usines. L'État intervient dans l'économie, en aspirant à assurer la mobilisation nécessaire. Notamment avec la Première guerre mondiale « l'État devient le dirigiste, le producteur, l'assureur, le fabricant »¹².

La période qui a reçu le nom « entre les deux guerres », est marquée par la création du secteur public dans l'économie. Le décret du 16 janvier 1925 avait créé un Conseil national économique. Mais c'est surtout la crise économique de 1929 qui a constitué le grand facteur de d'interventionnisme. A partir de 1930 on parle « d'économie dirigée, nombreuses sont les interventions économiques nées de la crise »¹³. « Avec l'arrivée des socialistes au gouvernement, en juin 1936, dans le cadre du Front populaire les nationalisations sont présentées comme une technique déterminante du progrès. Les établissements publics industriels et commerciaux progressent, l'économie mixte apparaît et se développe »¹⁴.

Dans l'arrêt *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*¹⁵ le Conseil d'Etat considère que l'insuffisance de l'initiative privée justifie l'intervention des collectivités publiques dans le domaine industriel et commercial, bien que ces activités restent, en principe, réservées au secteur privé. Cette décision a donné lieu à une jurisprudence fournie, appelée jurisprudence sur le socialisme municipal. Elle a formé le cadre essentiel de l'action économique des collectivités locales jusqu'aux lois de décentralisation de 1982¹⁶.

« La Deuxième guerre mondiale a provoqué la mise en application de la loi du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation durant la guerre, permettant à l'Etat d'utiliser

¹⁰ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.23-24

¹¹ Delvolvé Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p.23

¹² Cliquennois Martine, *Droit public économique*, Paris, éditions Ellipses, coll. Universités – Droit, 2001, p.9

¹³ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.25

¹⁴ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.26

¹⁵ CE Sect. 30 mai 1930, Rec.583

¹⁶ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.27-28

des groupements professionnels privés. A partir de l'occupation allemande et de l'installation du régime de Vichy, l'interventionnisme économique prend une ampleur à peu près illimitée, sous la pression des circonstances dominées par la pénurie et les exigences de l'occupation. La Libération reprend les traits de dirigisme, la continuité marque la réglementation des prix (l'ordonnance du 30 juin 1945), le renforcement du contrôle des changes, la soumission à autorisation toute importation et toute exportation, le système nouveau de planification, l'extension du secteur public »¹⁷.

Selon l'opinion des spécialistes, cette période (les années 1939-1946) « a contribué à faire apparaître la particularité d'un droit applicable aux interventions de l'Etat: au-delà des innovations concernant les organes et les méthodes d'intervention, apparaissent des principes régissant cette action. C'est en 1946 que la Constitution française a été complétée par le Préambule qui mentionne la propriété de la nation »¹⁸.

Quelques années après la Libération l'« économie dirigée » est devenue assez généralement impopulaire. Cependant l'action de l'Etat sur l'économie ne s'est en rien réduite. Son action directe est demeurée suffisamment importante pour que l'on continue à qualifier l'économie, sinon de « dirigée » du moins d'« interventionniste »¹⁹.

D. Le néo-libéralisme

La crise économique, à partir de 1973-1974 marquée par le chômage et l'inflation, n'a pas entraîné dans un premier temps de transformation sensible des caractères des interventions publiques. On y trouve un mélange de libéralisme et de dirigisme que la période précédente avait déjà connu. « Si la crise entraîne une rupture économique, elle n'entraîne pas une rupture du droit public de l'économie. C'est le changement politique de 1981 qui avait apporté à celui-ci des éléments nouveaux »²⁰.

Sur le plan idéologique, l'idéologie économique libérale commence à dominer. « L'action étatique apparaît de moins en moins sectorielle et de plus en plus globale »²¹. Les modalités de l'intervention se changent. Il s'agit de développement régional parce que les collectivités locales deviennent les acteurs du développement économique. Les moyens de l'intervention changent aussi. D'un côté, c'est la déréglementation comme un allègement quantitatif du corpus de textes applicable à l'économie. De l'autre, c'est un nouveau mode de production du droit chargé de réguler les activités économiques – par des autorités administratives indépendantes.

¹⁷ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, pp.28-29

¹⁸ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.30

¹⁹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.32

²⁰ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, pp.39-40

²¹ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.44

On peut dire que cette direction reste dominante à présent, qu'elle s'est inspirée de la politique de l'Union Européenne. « Pas plus qu'elle ne doit masquer les inflexions – notamment dans le domaine de la politique sociale – qui existent d'un gouvernement à l'autre, cette politique économique libérale dominante s'accompagne, sans doute davantage en France que dans d'autres Etats, de manifestations régulières d'interventionnisme étatique qui constituent probablement autant de signes de la solidité de la tradition colbertiste française. Cette ambivalence se vérifie par exemple lorsque les intérêts nationaux sont en jeu. Les pouvoirs publics n'hésitent pas à instituer une action spécifique afin d'éviter qu'une entreprise privatisée ne passe sous contrôle étranger »²².

§2. Les interventions de l'Etat dans l'économie

A. Les premières interventions de l'Etat

D'habitude on dit que l'interventionnisme (l'intervention d'une personne ou d'une institution dans les affaires qui ne lui sont pas propres) s'est manifesté dans l'activité de l'État français dans la période de la fin de XIX^e siècle jusqu'à 1946. Cependant les interventions sont beaucoup plus « anciennes », elles existaient depuis longtemps, par exemple le colbertisme. En effet, « notamment le colbertisme est considéré comme la condition de l'apparition du droit économique, qui, comme n'importe quel droit, est fondé sur les lois. Dans la période napoléonienne, quand le libéralisme économique était codifié, des interventions de l'Etat considérables sont connues aussi. La naissance du droit public économique contemporaine remonte à la loi du 17 décembre 1814 sur la douane, signée par le roi Louis XVIII. Cette loi permettait au roi de prendre par ordonnance des mesures destinées à interdire l'importation de marchandises étrangères en France »²³. D'autres juristes français considèrent que la loi de 1841 sur le travail des enfants est la première manifestation de l'intervention de l'Etat ; elle a eu pour résultat la naissance du droit du travail puis son développement. En général, la naissance et le développement du droit de travail sont l'un des premiers résultats des interventions de l'État dans l'économie. Parallèlement, les groupements économiques du capitalisme – les sociétés anonymes – se sont constitués et ont considérablement accru la concentration capitaliste à laquelle l'Etat a réagi en intervenant.

Donc, « la réaction de l'État aux concentrations capitalistes s'est exprimée dans les interventions de l'État »²⁴. Cependant avant le capitalisme les philosophes ont commencé à réfléchir sur le phénomène du développement économique. Le philosophe français du

²² Bernard Sébastien, *op. cit.*, pp.21-22

²³ Cliquennois Martine, *op. cit.*, p.8

²⁴ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.141-143

XVIII^e siècle, Nicolas Baudeau, introduisit la notion de « législation économique » dans son ouvrage « Première introduction à la philosophie économique ou Analyse des Etats policés » (1767). Selon lui, la législation économique est commune et universelle. Elle relève du droit naturel et régit la « société économique », fondée sur trois « arts » – social, productif et stérile – qui correspondent à trois classes : les propriétaires, la classe productive des agriculteurs et la « classe stérile des industriels et des commerçants ». Baudeau fut le premier à bâtir la théorie selon laquelle toute l'activité économique est dirigée par une « constitution économique »²⁵ (ce que la doctrine allemande a développé après).

Un siècle plus tard, dans son livre « Sur la capacité politique des classes ouvrières » (1865), Pierre-Joseph Proudhon définit la notion de « droit économique », lequel est censé résoudre les contradictions de la vie sociale par la voie d'une « conciliation universelle ». Ni le droit public ni le droit privé ne peuvent y parvenir, l'un présentant le danger d'une trop grande limitation de la liberté économique par le pouvoir, l'autre n'étant pas en mesure de pénétrer les structures d'ensemble de l'activité économique. L'organisation sociale reposera donc sur un « droit économique, complément et corollaire du droit politique et du droit civil »²⁶.

B. Les racines sociales des interventions

L'étude des problèmes posés par l'interventionnisme étatique n'est pas récente en France. Le 26 décembre 1896 déjà, une thèse intitulée « La nécessité de l'intervention de l'Etat en matière économique » a été soutenue à la Faculté de droit de Paris. L'auteur, tout en qualifiant de remarquable la théorie de l'Etat gendarme, a démontré que l'Etat intervenait pourtant dans certains domaines comme la poste, le télégraphe, les chemins de fer. En examinant principalement l'aspect social de la question, il en a déduit que le critère pour intervenir était l'utilité sociale à un moment donné pour une société donnée²⁷.

C'est notamment le critère social qui, dès la fin du XIX^e siècle, a aidé l'auteur à s'engager dans une discussion moderne entre économistes et juristes. « Que doit faire le gouvernement dans les conditions d'un conflit entre le capital et le travail ? Est-ce que, comme les économistes conseillent, il doit s'occuper seulement de la police et de la justice et est-ce que l'intervention de l'Etat est dangereuse ? Et pour ne pas toucher les lois économiques, nous nous permettrons de faire la guerre, parce qu'en effet ni les capitalistes,

²⁵ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *Le droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 1970, N°1383, pp.5-6

²⁶ Cité par : Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, p. 6

²⁷ Voir : Comsa Démètre N., *La nécessité de l'intervention de l'Etat en matière économique (la sélection artificielle, cause de l'évolution sociale)*, thèse pour le Doctorat, Paris, A.Pedone, 1896, 168 p.

ni les ouvriers ne céderont l'un à l'autre ?»²⁸. La question est de savoir, quel droit peut intervenir dans ce conflit du travail et du capital. Non le droit du plus fort, mais la protection du plus faible, notamment des ouvriers contre des capitalistes-égoïstes.

«L'État doit intervenir chaque fois, quand il peut faire une prestation de service mieux que le commerçant privé, soit quand ce service ne se fait pas du tout par le commerçant privé, et toujours, quand l'activité des particuliers contredit l'utilité sociale, parce que c'est l'État qui est responsable du progrès social. Le but et les limites de n'importe quelle intervention est l'utilité sociale»²⁹. Il faut avoir en vue, conclut l'auteur, que l'intervention de l'État est très relative. Ses moyens et son niveau varient d'un pays à l'autre (puisque cela dépend des traditions, de la position géographique, de l'état de la civilisation), et même dans le même pays – d'une époque à l'autre³⁰.

En général, « l'État intervient parce que sa nature est d'être l'organisateur et le réorganisateur en tout ce que concerne les relations sociales »³¹. C'est pourquoi « la contrepartie de l'interventionnisme économique c'est la responsabilité de la puissance publique en matière d'administration économique »³².

Les limites de l'intervention de l'Etat ont fait l'objet de développements jurisprudentiels. Le droit administratif a été modifié concernant l'application du principe de l'égalité des administrés qui a cédé dans la mesure où les mesures d'incitation reposent sur la discrimination entre administrés. Le Conseil d'Etat a admis que les mesures discriminatoires, utilisées par les pouvoirs publics, sont valables lorsqu'elles n'ont pas été inspirées « par des considérations étrangères à l'intérêt général », lorsque l'administration « n'a pas agi dans un but étranger aux fins de la législation d'économie dirigée »³³.

C. L'interventionnisme et le libéralisme

« Au début ce sont les interventions de l'État dans l'économie qui ont fondé le domaine du droit public économique »³⁴. Selon l'expression devenue courante, le droit public économique est un droit des interventions de l'État.

Cependant dans la doctrine économique l'interventionnisme est opposé au libéralisme. Ainsi, selon la théorie du néo-libéralisme de Hayek les interventions sont

²⁸ Comsa Démètre N., *op. cit.*, pp.48-49

²⁹ Comsa Démètre N., *op. cit.*, p.116

³⁰ Comsa Démètre N., *op. cit.*, p.132

³¹ Servoin François, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. Libres - Cours, 2^{ème} édition, 2001, p.15

³² Laubadère André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, Tome 3 «Les grands services publics administratifs», volume 2 «L'administration de l'économie», Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1971, p.524

³³ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.39

³⁴ Servoin François, *op. cit.*, p.10

irrationnelles, le marché leur est insensible, il faudrait une intervention limitée de l'Etat (moins d'État, comme d'ailleurs de responsabilité sociale). C'est pourquoi on peut comprendre que le droit public économique est un droit de la première doctrine économique, qui est condamné par la doctrine du libéralisme; mais cela est incorrect.

En conséquence, les termes deviennent plus neutres, par exemple, l'activité publique économique ou l'initiative publique dans le domaine économique. Par exemple, l'art. 128-2 de la Constitution espagnole prévoit le droit de l'initiative de l'État dans le domaine économique. «La loi peut réserver les ressources ou les services les plus importants pour le secteur public, particulièrement dans les cas du monopole, ainsi que permettre une participation à la gestion des entreprises, si les intérêts généraux le demandent». C'est pourquoi certains auteurs proposent de définir le droit public économique comme « le droit de la politique économique, qui peut être interventionniste ou libérale »³⁵.

D. Le rôle de l'Etat dans l'économie

Cependant l'État assiste même dans la théorie économique la plus libérale. L'Etat a toujours joué un rôle dans l'économie. « L'Etat-gendarme assurait la sanction d'une certaine règle du jeu économique. Mais si la doctrine économique ou juridique parle aujourd'hui de « l'intervention » de l'Etat, c'est en raison de l'existence des fonctions économiques directes de l'Etat »³⁶. « L'Etat participe, contrôle, mais il est aussi et un scénariste de la macro-économie »³⁷.

Nous adresserons un tableau montrant les différentes conceptions et notions d'Etat³⁸.

Tableau 1

Conceptions étatiques	Etat-Providence ou Etat de bien-être et Etat planificateur	Etat-politique et Théorie économique des choix publics
Finalité	Intérêt général procédant des intérêts individuels ou définis par l'Etat lui-même	Intérêt particulier de ses dirigeants ou arbitrage des conflits pour garantir la

³⁵ Chérot Jean-Yves, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. CORPUS, 2002, p.7

³⁶ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.14

³⁷ Fourrier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980, p.6

³⁸ Pondaven Claude, *Fondements économiques de l'intervention publique* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.688

	quand il exerce un droit de tutelle	stabilité politico-économique
Comportements possibles	Etat-souverain = Etat-nation Etat-République	Etat de classe Etat-conglomérat
Moyens mis en œuvre	Organisation neutre et gestion collective de l'activité, ou coordination des intérêts individuels	Organisation politicienne de l'activité en faveur de la classe économiquement dominante, ou arbitrage des conflits

En général, l'État utilise différentes techniques d'intervention dans l'économie :

- l'interdiction (assez rare);
- la réglementation : 1) les pouvoirs publics soumettent les activités contractuelles à l'accomplissement de formalités. Il s'agira notamment des obligations d'informer : soit les pouvoirs publics (déclarations à effectuer), soit les tiers (publicité), soit le partenaire contractuel. L'organisation de l'activité économique suppose une information des pouvoirs publics sur l'activité contractuelle. 2) les pouvoirs publics peuvent soumettre l'exercice d'activités contractuelles à la réunion de certaines conditions relatives à la possibilité de les exercer;
- le contrôle;
- la détermination du contenu du contrat – contrat type;
- la formation autoritaire du rapport contractuel³⁹.

En général, « la régulation de l'économie par les pouvoirs publics repose d'abord sur un cadre juridique, lequel détermine la place de l'Etat dans l'économie (conception), les libertés économiques des opérateurs (sources) et les institutions chargées des actions sur le marché (acteurs) »⁴⁰.

Section 2. Le cadre de l'action publique dans l'économie

§1. Les institutions agissant en matière économique

La première caractéristique de l'organisation administrative dans le domaine économique « réside dans la très grande diversité des institutions qui interviennent.

³⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.52-54

⁴⁰ Nicinski Sophie, Le plan de relance de l'économie, *RFDA*, 2009, n°2, p.279

Certaines sont publiques, certaines sont privées, plusieurs ont un statut « sur mesure » comme la Caisse des Dépôts et Consignations ou la Banque de France »⁴¹.

A. Les institutions nationales classiques

Le pouvoir du Parlement se trouvait traditionnellement limité. « Pourtant il dispose potentiellement de moyens intéressants pour contrôler que les textes qu'il vote sont bien appliqués par l'administration, ou que sa volonté peut être entendue dans les instances internationales »⁴². Mais « si l'organisation interne du Parlement satisfait aux impératifs d'un travail législatif au long cours, par contre ses capacités d'expertise autonome et permanente sont réduites à leur plus simple expression »⁴³.

Trois de huit commissions permanentes de l'Assemblée nationale ont des compétences directement économiques : la commission des affaires économiques, des finances et de développement durable et aménagement du territoire. Au Sénat la situation est sensiblement la même (commission de l'économie, du développement durable et de l'aménagement du territoire, commission des finances). En outre, la Constitution prévoit des commissions spéciales, qui sont constituées à la demande du Gouvernement ou de l'Assemblée, pour l'examen d'un texte particulier. Il existe aussi les délégations parlementaires, les offices parlementaires (qui ont la mission de conseil et d'information sur des thèmes qui peuvent revêtir un caractère économique).

« A plusieurs reprises dans l'histoire, a été avancée l'idée d'instaurer, à côté de la chambre élue au suffrage universel direct, une chambre chargée de représenter les forces économiques. Finalement la cinquième République connaît un Conseil économique et social, dénommé « Conseil économique, social et environnemental » depuis la révision constitutionnelle de juillet 2008. Cet organe remplit trois missions : conseiller le Gouvernement en participant à l'élaboration de la politique économique et sociale, favoriser à travers sa composition le dialogue entre les catégories socioprofessionnelles, contribuer à l'information des assemblées politiques du Parlement. Les avis, rapports et études adoptés sont transmis au Premier ministre »⁴⁴.

La monarchie s'est construite autour d'un principe de centralisation. « L'Etat moderne en a gardé un modèle simple et efficace d'organisation, toujours largement en vigueur aujourd'hui »⁴⁵.

⁴¹ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.49

⁴² Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2^{ème} édition, 2008, p.43

⁴³ Linotte Didier, Romi Raphaël, *Droit public économique*, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^{ème} édition, 2006, p.114

⁴⁴ Bernard Sébastien, *op. cit.*, pp.50-51

⁴⁵ Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2^{ème} édition, 2008, p.57

Hors période de cohabitation, le Président exerce un rôle prééminent, dans le domaine économique comme dans les autres sous la cinquième République⁴⁶. Le Premier ministre, qui exerce le pouvoir réglementaire, dispose de deux structures consultatives, le Conseil d'analyse économique et le Conseil d'analyse stratégique.

Le nombre et les types des ministères en France n'est pas réglés ni par la Constitution, ni par les lois. La structure des organismes du pouvoir exécutif est déterminée par décret du Président (comme en Russie). Le ministère de l'Economie, des finances et de l'industrie exerce l'ensemble des missions de régulation économique. Les principales missions du ministère sont les suivantes : l'établissement du budget de l'Etat, le calcul et le recouvrement des recettes publiques (collecte de l'épargne, des impôts et taxes de l'Etat, des collectivités territoriales et de l'Union européenne), le paiement des dépenses de l'Etat, la gestion financière, le conseil aux collectivités publiques, la politique financière, les relations financières et budgétaires internationales, la protection des intérêts des particuliers, le contrôle des acteurs économiques, le contrôle financier de l'ensemble des administrations.

Parmi les organes centraux de contrôle il faut mentionner l'inspection générale des Finances et la Cour des comptes, ainsi que la Banque de France. L'arrêt du Tribunal des conflits, 16 juin 1997, n° 03054, *Société la Fontaine de Mars* précise, que la Banque de France est une personne publique (mais laquelle exactement?). Au niveau de la loi on sait que la Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'Etat (article L.142-1 du Code monétaire et financier). « Le statut de la Banque de France, créée le 18 juillet 1800, a été bien exprimé par Valéry Giscard d'Estaing, qui a dit que la Banque de France est une organisation qui ne peut être définie que par rapport à soi-même »⁴⁷.

B. Les institutions locales

La déconcentration économique

Conformément à l'article 1^{er} de la loi du 6 février 1992 qui dispose que « l'administration territoriale de la République est assurée par les collectivités territoriales et par les services déconcentrés de l'Etat », l'action économique est, dans une certaine mesure, « à la fois déconcentrée et décentralisée »⁴⁸. Ce processus prend une place remarquable dans la doctrine contemporaine⁴⁹.

⁴⁶ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.51

⁴⁷ Chérot Jean-Yves, *op. cit.*, p.356

⁴⁸ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.55

⁴⁹ Voir : Marcou Gérard, Les réformes possibles : de la déconcentration accrue au pouvoir d'agglomération, *Pouvoirs*, 2004, n°110, pp.81-99

« La déconcentration correspond à un mode d'administration d'Etat qui revient à conférer à des agents nommés par le pouvoir central, répartis sur l'ensemble du territoire national, un certain pouvoir de décision, ces agents relevant d'une seule et même personne morale (l'Etat en l'occurrence). C'est le préfet qui est traditionnellement considéré comme le « pivot » de la déconcentration »⁵⁰. « Le préfet est dépositaire de l'autorité de l'Etat dans le département, il veille à l'exécution des lois et des décisions émanant du Gouvernement. Représentant direct de chaque ministre dans le département, l'une de ses fonctions essentielles est la conduite de la politique économique et sociale de l'Etat dans le cadre de son département »⁵¹.

Mais ce sont les préfets de région que le décret du 10 mai 1982 a chargé de mettre en œuvre la politique du Gouvernement en matière de développement économique et social et d'aménagement du territoire. En matière d'aides, il est prévu que le préfet de région préside le comité des restructurations industrielles ainsi que le comité de programmation des crédits européens. Quant au préfet de département, il préside le comité d'aide aux entreprises en difficulté. A travers leurs fonctions de chef des services déconcentrés, les préfets ont également connaissance de l'action de directions régionales et départementales de nature économique. Ils doivent être consultés sur toute demande d'aide instruite par les services de l'Etat visant à faciliter une opération d'investissement, de développement ou de restructuration d'une entreprise⁵².

La décentralisation économique

C'est en vertu de la loi du 7 janvier 1983 que les collectivités « concourent avec l'Etat à l'administration et à l'aménagement du territoire, au développement économique et social de la Nation ». « Puis, la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 a constitué ce qui s'est vite appelé l'acte II de la décentralisation »⁵³.

La place principale de l'Etat n'est pas remise en cause, il doit simplement combiner son action avec celle des collectivités territoriales et cela dans deux domaines principaux : l'aide aux entreprises en difficulté et le développement économique. « Ces dispositions n'empêchent pas, par ailleurs, la prise en charge directe d'activités industrielles ou

⁵⁰ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.67

⁵¹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.116

⁵² Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.55

⁵³ Verpeaux Michel, La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos, *RFDA*, 2003, n°4, p.661

commerciales par les collectivités territoriales »⁵⁴. Le résultat de ces réformes représente le droit de la décentralisation⁵⁵.

« L'action économique locale se fait à l'aide d'instruments très variés mais qui, pour la plupart relèvent de l'une des trois catégories suivantes : octroi d'aides, prise de participation au capital de sociétés, notamment dans le cadre de sociétés d'économie mixte locale, création d'un service public »⁵⁶.

Le processus de la décentralisation se renforce. On peut citer un exemple de la loi du 16 décembre 2010 de réforme des collectivités territoriales. Dans la doctrine son idée générale est comprise comme « à parachever le maillage intercommunal du territoire avec la création de communes nouvelles et de métropoles, ainsi que, surtout, l'élection au suffrage universel direct des délégués communautaires. Elle consiste aussi à programmer une disparition du département qui ne dit pas son nom mais consiste dans le regroupement des mandats de conseiller général et de conseiller régional par l'institution de « conseillers territoriaux »⁵⁷.

C. Les autres organismes

Il faut mentionner ici les autorités administratives indépendantes, les structures professionnelles d'action économique (les ordres professionnels, les chambres professionnelles, les offices, les comités économiques et professionnels), certaines personnes privées associées à l'action économique publique, etc.

Concernant le dernier cas il faut souligner que « l'originalité des institutions chargées de l'interventionnisme économique apparaît doublement avec les organismes privés professionnels : non seulement ils comportent en leur sein exclusivement des représentants des milieux professionnels, mais ils relèvent eux-mêmes d'un statut de droit privé. Le système public de l'interventionnisme économique inclut ainsi une organisation « privée »⁵⁸.

§2. Le contentieux économique

L'importance des litiges économiques

⁵⁴ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.69

⁵⁵ Voir : Turpin Dominique, *Droit de la décentralisation. Principes – institutions – compétences*, Paris, Gualino éditeur, coll. Mémentos, 1998, 238 p.

⁵⁶ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.56

⁵⁷ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.814

⁵⁸ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.50

L'étude de la question du contentieux économique est une étape très importante pour la discussion sur le droit public économique. En effet, la période moderne est marquée par la multiplication des branches du droit, par leur spécialisation ou même leur diffusion. «La multiplication de branches spéciales est un phénomène remarquable du droit contemporain. Une des raisons de cette croissance est constituée par la complexité technique du monde moderne. L'intervention du droit est liée à l'existence de conflits d'intérêts pouvant donner lieu à un litige»⁵⁹.

A notre avis, la dernière phrase contient la racine de la compréhension occidentale du droit et du rôle des tribunaux. L'orientation du droit au règlement du conflit, à la prévision de ces conflits est un important trait du droit occidental. Dans la conscience du juriste français, une branche du droit est en correspondance avec une juridiction. En anticipant, nous supposerons que notamment l'absence de juridiction économique spéciale a servi de principale raison de la négation de l'indépendance du droit économique. Nous nous permettrons une petite observation personnelle. Quand je suis venue pour la première fois en France, une collègue française (qui connaissait bien le droit russe, d'ailleurs) du fait que je m'occupe de droit administratif russe, a éclaté de rire : existe-t-il vraiment ? En effet, pour le juriste français le droit administratif existe uniquement s'il y a une justice administrative.

On sait que les litiges des Français avec le pouvoir sont de l'histoire ancienne. Ainsi, dans le XIV^e siècle il y eut un long procès, pendant lequel les Parisiens se plaignaient au pouvoir de la forte augmentation rude du nombre des bouchers et, en conséquence, de la boue et de la fétidité dans les rues, puisque les bouchers jetaient les déchets de l'abattoir directement dans la rue ; les habitants du quartier à côté du marché obtinrent le transfert des potences au-delà des murs de la ville⁶⁰.

Le contentieux économique des personnes publiques

Il n'existe pas de juridiction unique traitant des litiges économiques. Ils sont partagés entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire. « Les juridictions judiciaires sont compétentes dans le domaine de la concurrence et dans le domaine boursier »⁶¹. Absolument, une telle distribution de la compétence est compliquée, dans la doctrine elle reçoit les estimations correspondantes. «Actuellement, les règles de

⁵⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.62

⁶⁰ Ры Симона, *Повседневная жизнь Парижа в Средние века*. М., 2008. С.58, 148-149.

⁶¹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, pp.52-54

répartition se combinent de manière complexe et aboutissent souvent à l'imbrication des compétences judiciaire et administrative»⁶².

« L'existence d'un contentieux administratif en matière économique s'impose en raison du principe fondamental reconnu par les lois de la République qui réserve à la juridiction administrative le contentieux des décisions relevant l'exercice de prérogatives de puissance publique sans que la portée économique des décisions prises n'y fasse obstacle, sauf aménagement d'un bloc législatif de compétence dans un but de bonne administration de la justice »⁶³. Par sa décision des 22 et 23 janvier 1987, le Conseil constitutionnel a admis la conformité à la Constitution de l'attribution au juge judiciaire de la compétence pour connaître des décisions, de nature pourtant administrative, du Conseil de la concurrence. Cette extension de la compétence du juge judiciaire ne modifie toutefois pas la frontière entre les deux ordres de juridiction dans le domaine des contrats. Les contrats administratifs demeurent de la seule compétence de la juridiction administrative, ainsi que l'a jugé le Tribunal des conflits par son arrêt *Ville de Pamiers* du 6 juin 1989⁶⁴.

« L'attribution de compétence faite à la Cour d'appel de Paris pour l'application du droit de la concurrence ne s'étend ni aux décisions unilatérales relatives à l'organisation d'un service public, ni aux contrats de nature administrative passés pour l'exécution d'un tel service. Les contrats administratifs continuent de relever du seul juge administratif, qui leur applique lui-même le droit de la concurrence (CE, 3 novembre 1997, *Société Million et Marais*) »⁶⁵.

L'article L.401-1 du Code de commerce dispose que les règles de la concurrence « s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Cette approche matérielle privilégiant la nature économique de l'activité au détriment de celle de la personne qui en est à l'origine n'est guère nouvelle. Dès 1921, le Tribunal des conflits décidait de soumettre à la juridiction judiciaire les litiges opposant les services publics industriels et commerciaux à leurs usagers (Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest africain*)⁶⁶.

Le droit de la concurrence est certes applicable aux personnes publiques ; mais la question de savoir si c'est le juge administratif ou judiciaire qui doit l'appliquer, est

⁶² Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p.235

⁶³ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.38

⁶⁴ Stirn Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, L.G.D.J, coll. Systèmes Droit, 6^{ème} édition, 2008, p.107

⁶⁵ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.134

⁶⁶ Bernard Sébastien, *op. cit.*, pp.40-41

distincte. Ce seront donc « les juridictions judiciaires qui auront à l'appliquer dès l'instant où il ne s'agira pas d'un litige mettant en cause l'organisation de la concession d'un service public ou le choix du titulaire d'un marché public par la personne publique agissant dans le cadre de sa mission publique ou de ses prérogatives de puissance publique. Dans ces cas précis, le droit de la concurrence sera appliqué par le juge administratif, en théorie tout au moins »⁶⁷.

Le contentieux administratif des activités économiques des personnes privées

D'une manière générale, les personnes privées qui remplissent une mission de service public et disposent à cette fin de prérogatives de puissance publique voient leurs litiges soumis à la juridiction administrative. Il faut souligner que « les juridictions administratives ne connaissent des litiges mettant en cause une personne privée que dans la mesure où ceux-ci sont en relation à la fois avec la mission de service public et les prérogatives de puissance publique. Cette restriction exclut de leur compétence un certain nombre du contentieux : les contentieux de l'organisation et du fonctionnement internes de la personne privée ; le contentieux de la responsabilité encourue par la personne privée à raison de son activité matérielle, ou de ses agissements ; le contentieux des contrats passés pour son compte par la personne privée avec d'autres personnes privées, même dans le cadre de sa mission de service public »⁶⁸. Par exemple, l'article 2131-2 du Code général des collectivités territoriales range « les décisions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique, prises par les sociétés d'économie mixte locales pour le compte d'une commune ou d'un établissement public de coopération intercommunale » parmi les actes devant être transmis au préfet ; ils peuvent ensuite être contestés devant le juge administratif.

La complexité de la répartition des compétences juridictionnelles

Plusieurs organes intervenant en droit public économique disposent d'un régime contentieux éclaté : c'est le cas de la Banque de France dont les actes relèvent de la juridiction administrative lorsqu'est en cause une mission de service public administratif tel que le fichage des entreprises en difficulté (Tribunal des conflits, 16 juin 1997, n° 03054, *Société la Fontaine de Mars*) mais dont les litiges liés à d'autres activités relèvent des tribunaux judiciaires. « Les actes réglementaires de l'Autorité des marchés financiers ainsi que les décisions disciplinaires et d'agrément qu'elle prend relèvent de la juridiction

⁶⁷ Putman Emmanuel, *Contentieux économique*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1998, pp.73-74

⁶⁸ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, pp.223-224

administrative, tandis que les tribunaux judiciaires sont compétents pour les autres décisions »⁶⁹.

La Cour de cassation (6 mai 1996, *France Télécom c/ Communication media services*) considère que le juge civil peut, sur exception, écarter l'application d'un acte administratif réglementaire jugé contraire à une règle communautaire. « Si la Cour se défend de procéder à l'appréciation de la légalité de l'acte administratif, en justifiant sa démarche par la seule primauté du droit communautaire, il n'en reste pas moins que cette solution ouvre, en matière économique, de larges perspectives de contrôle des actes administratifs par le juge civil »⁷⁰. Au sens inverse, le Tribunal des conflits a reconnu qu'il appartenait à la juridiction administrative de se prononcer sur des pratiques, éventuellement contraires à la concurrence, dès lors qu'elles étaient inséparables de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif (Tribunal des conflits, 18 octobre 1999, *Préfet de la Région d'Ile-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris*)⁷¹.

Les règles appliquées par le juge dans le contentieux économique

Les particularités de l'activité économique de l'État ont influencé le règlement des litiges de caractère économique par le juge administratif. « De façon générale le juge administratif désire ne pas entraver l'action administrative et ne pas se substituer aux autorités normalement compétentes. Cette tendance qui est déjà celle du Conseil d'Etat dans le contentieux ordinaire a pu être renforcée en matière économique »⁷².

Le juge s'est estimé tenu par les textes accordant un large pouvoir discrétionnaire à l'Administration. Les juridictions ont pu se sentir gênées, dans l'exercice de leur contrôle, par la technicité des matières et des mécanismes sur lesquels il devait porter. « Il en résulté un relatif mais indéniable « déclin du contentieux administratif », dans la mesure où le juge validait le plus souvent l'intervention «économique des autorités publiques, toujours présumée conforme à l'intérêt général. Mais ces difficultés ont contribué en contrepartie à faire progresser les instruments du contrôle juridictionnel de l'action administrative »⁷³.

Pourtant, ces particularités ne séparent pas entièrement le droit économique des autres branches. Les règles appliquées aux relations économiques ne sont pas différentes de celles qu'on applique ordinairement en droit administratif ou en droit civil. Les contrats économiques obéissent soit au régime des contrats administratifs soit à celui des contrats de droit privé mais ne constituent pas une tierce catégorie. Le droit administratif

⁶⁹ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.41

⁷⁰ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, p.237

⁷¹ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.41

⁷² Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, pp.27-28

⁷³ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.28

économique ne constitue pas une branche séparée, distincte, du droit administratif général. Il s'agit plutôt d'un « secteur de pointe » où les solutions juridiques classiques sont confrontées à des situations nouvelles et s'efforcent de trouver le moyen d'y faire face⁷⁴. Et « le juge administratif, confronté au contentieux économique, maintient les règles et les catégories juridiques classiques qui prévalent en toute matière »⁷⁵.

La spécificité du contentieux économique

Bien que les modes de contrôle ne soient guère différents, la matière économique, notamment lorsque le juge administratif applique le droit de la concurrence, a sans doute contribué à enrichir son raisonnement et à moderniser ses méthodes. « La complexité et la technicité des règles économiques contribueraient à laisser aux autorités administratives une marge de liberté plus importante que dans d'autres champs du droit administratif. Le contrôle des motifs étant rendu difficile par l'imprécision des normes d'habilitation en matière économique, le juge semblait plus souvent se limiter à un contrôle restreint »⁷⁶.

« Les litiges relatifs à l'action publique dans l'économie œuvrent d'abord en faveur d'un raccourcissement des délais de jugement tant le juge est conscient qu'en matière économique, le temps produit parfois des dommages difficiles à réparer. Pour la motivation le juge est obligé d'adopter un mode de raisonnement « hypothético-déductif » consistant, par exemple, à se projeter dans l'avenir pour évaluer les effets potentiels sur la concurrence d'un acte administratif. Pour ce faire, il manie en outre des concepts qui lui étaient étrangers et qui lui permettent de renforcer son expertise économique »⁷⁷.

« La méthode de prise des décisions économiques par le juge est le sujet classique de l'analyse économique du droit. En outre, les activités du juge judiciaire et du juge administratif se distinguent. Ainsi, dans la question de l'expropriation le juge judiciaire prend la défense de l'intérêt privé, tandis que le juge administratif contrôle l'efficacité de l'utilité publique »⁷⁸.

Les facteurs économiques concourent à la démarche déductive du juge, de la même manière que les critères juridiques. « Quoi qu'il en soit, ils donnent au juge le pouvoir de subordonner l'application de la loi à sa propre analyse économique. L'acte juridictionnel ne se cantonne pas seulement à l'application d'une règle à des faits objectivement

⁷⁴ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.32

⁷⁵ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.33

⁷⁶ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.43

⁷⁷ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.44

⁷⁸ Frison-Roche Marie-Anne, Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire, *Revue internationale de droit économique*, 2001, n°4, pp.396-404

constatés, il s'enrichit de l'appréciation de données économiques complexes et de leurs effets dans le contexte conjoncturel où elles sont examinées »⁷⁹.

Souvent, « le problème spécifique des litiges économiques est la divergence des points de vues sur la mesure de l'intervention administrative à la prise de décision. C'est pourquoi l'élément purement juridique joue le rôle secondaire dans ces litiges »⁸⁰.

Une juridiction économique sera-t-elle créée en France?

Ces dernières années en France il y a des discussions au sujet de la création des tribunaux économiques⁸¹. La juridiction économique est « nécessaire à l'économie de marché, ce n'est pas que la juridiction, c'est le pouvoir, le pouvoir qui fait l'expertise, adopte les règles, sanctionne »⁸².

« L'issue du morcellement des litiges économiques entre de différentes tribunaux et pouvoirs se voit dans la création de la juridiction économique unique avec la soumission à celle-ci de tout ce qui concerne l'économie »⁸³. Cependant « il est difficile et même illusoire de proposer de créer une juridiction économique unique aujourd'hui. C'est pourquoi une telle unification peut exister au niveau de la cassation »⁸⁴.

D'une manière ou d'une autre, la question sur les tribunaux économiques est liée au problème de la formation spéciale des juges, de la magistrature économique, etc. Il y a deux catégories de juges examinant les discussions économiques, ce sont les juges professionnels de la magistrature et les juges consulaires élus (seulement dans le domaine du droit civil et au niveau inférieur). Michel Armand-Prevost trouve que « c'est les juges consulaires, qui représentent la société civile, comprennent mieux les litiges économiques »⁸⁵.

Mais il semble que la distribution traditionnelle des litiges économiques entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires continuera à exister en France. Comme la distribution des litiges administratifs entre les tribunaux ordinaires et les tribunaux d'arbitrage en Russie, d'ailleurs ...

⁷⁹ Vlachos Georges, *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, coll. Compact, 2^{ème} édition, 2001, p.25

⁸⁰ Manfrini Pierre Louis, *Les contentieux en droit administratif économique*, Basel, Helbing and Lichtenhahn verlag AG, 1982, p.448

⁸¹ Voir : Revue internationale de droit économique, 1997, numéro spécial « Les magistratures économiques »

⁸² Champaud Claude, Rapport de synthèse, *Revue internationale de droit économique*, 1997, numéro spécial « Les magistratures économiques », pp.279-281

⁸³ Lagarde Xavier, Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économiques, *Recueil Dalloz*, 2005, n°1, p.85

⁸⁴ Armand-Prevost Michel, *Quel profil pour un juge économique en France ?* in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002, p.40

⁸⁵ Armand-Prevost Michel, *loc. cit.* p.38

Y a-t-il une place pour les tribunaux d'Etat dans le règlement des litiges économiques?

Cette question paraît paradoxale, compte tenu de la fonction régaliennne de la justice. Néanmoins, dans les conditions de « totalitarisme du marché » certains sujets économiques pensent qu'ils sont capables de régler les conflits, sans s'adresser à l'aide des tribunaux d'Etat. « Le public est submergé par une propagande marchande qui est au moins aussi prenante que la propagande politique. Ce sont des pouvoirs privés qui sont propriétaires de la plupart des médias. Ce processus de « marchandisation » a créé finalement un « marché du droit ». Une certaine privatisation de la justice (l'arbitrage) est réelle et importante. Les dangers en sont connus »⁸⁶, cela inquiète certains auteurs (il y a, par ailleurs, des partisans de l'admission raisonnable de l'arbitrage, ce dont on parlera à propos des contrats publics).

G.Farjat remarque que « l'on observe en Europe aucune capture du service public de la justice par l'économie. Si elle est de plus en plus soumise à la concurrence et au processus de « marchandisation », l'activité originale du « tiers impartial et désintéressé » est incompatible avec le profit. L'auteur veut souligner que le juge n'est pas « corrompu » pour rendre une décision dans les pays développés, comme il peut l'être dans certains pays du Tiers Monde. Les pouvoirs économiques responsables sont attachés à l'Etat de droit »⁸⁷.

Nous trouvons cette observation extrêmement importante en ce qui concerne l'emprunt de l'expérience européenne par la Russie. La « privatisation » de la justice en Russie contemporaine peut amener à l'épanouissement de la corruption et à l'absence de la gestion. N'importe quelles innovations doivent mûrir, et venir après par la voie évolutionniste.

Chapitre 2. Les recherches d'un droit en matière économique

Section 1. La théorie du droit économique

§1. Les bases de la conception du droit économique

L'interdépendance du droit et de l'économie

Il est incontestable qu'entre le droit et l'économie il y a une interdépendance, mais laquelle ? Certains auteurs trouvent que le droit sert à l'économie. L'économie de marché s'appuie sur les concepts juridiques, ce n'est pas le bien même qui présente la valeur dans la société, mais les droits sur le bien, la liberté des contrats, le régime de la responsabilité

⁸⁶ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.177

⁸⁷ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.178

patrimoniale. Les autres auteurs évoquent que le droit se trouve en dehors de l'économie. Le droit doit entrer en vigueur, lorsque l'économie n'atteint pas l'efficacité par elle-même, c'est-à-dire dans les cas des faiblesses de marché, il s'agit de la réglementation des prix, des impôts et des subventions, des intérêts écologiques (il y a une contradiction entre les prix et les profits privés, d'une part, et les prix et les profits sociaux, d'autre part, si le libre jeu de la concurrence ignore les profits sociaux, le droit doit intervenir)⁸⁸.

En fait, le lien du droit et de l'économie est très étroit. Les relations économiques s'expriment dans les normes juridiques qui les légalisent. Chaque fois, quand l'économie a besoin de nouvelles techniques pour le développement (le *leasing*, le *franchizing*), elle peut le faire seulement au moyen du droit, qui sanctionne ces techniques. Le lien du droit et de l'économie devient encore plus étroit lorsque l'État intervient directement dans la vie économique. Et cela ne concerne pas que l'énergie, le transport; plusieurs décisions dans l'entreprise dépendent du pouvoir (les relations de travail, les prix, les livraisons).

L'isolement de la formation juridique et de la formation économique ont créé une fausse impression et la vision incomplète de la réalité sociale. Les juristes ignorent les notions économiques dans les normes, les économistes laissent de côté les éléments juridiques dans l'étude des mécanismes économiques. Les spécialistes occidentaux s'adressent à Marx, qui affirmait clairement que les rapports de production (la base) définissent les relations juridiques et l'idéologie. Cependant Marx n'a pas examiné en détail les questions de droit.

Il y a plusieurs conceptions au sujet des relations du droit et de l'économie.

1) le droit public peut être économique par son objet (les finances publiques, la propriété d'État, les marchés publics);

2) le droit public peut être économique par son but (par le but final de la norme est la modification des relations économiques, laquelle, certes, se rapporte plus à la politique économique publique);

3) le droit public peut être économique par la spécificité de ses normes. Selon cette conception, il est nécessaire de distinguer le droit économique et le droit de l'économie⁸⁹.

Les racines du droit économique

C'est dans le droit privé qu'il faut chercher les racines du droit économique comme tel. Au XX^e siècle, dès 1930 F. De Kiraly cherchait l'autonomie du droit économique comme d'une branche indépendante du droit. Depuis ce temps-là les représentants du droit

⁸⁸ Voir plus : Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, pp.9-20

⁸⁹ Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit public économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1996, pp.9-10

privé ont tenté d'assimiler le droit économique au droit des entreprises, en vue de l'unité de la production. « Ils ont parlé de la ressemblance des personnes publiques et privées dans l'activité économique ce qui a permis de développer la notion de l'entreprise. Cependant l'activité des pouvoirs publics garde sa spécificité, et, c'est important pour la France, on n'y met pas en relief la catégorie unique des litiges économiques (du caractère public ou privé) »⁹⁰.

Au sens propre, le droit privé économique est un droit commercial. On pourrait définir le droit économique comme l'ensemble des normes appliquées aux sujets du droit dans leur activité économique. « Mais que devons nous faire de la distinction classique entre le droit public et le droit privé en Europe, et qu'est qui est essentiel dans le système juridique continental ? En effet, il est évident qu'il faut avoir un droit privé économique et un droit public économique ? Cette question sera examinée plus tard, nous mentionnons seulement la position (qu'on trouve raisonnable) que le droit privé économique n'existe pas du tout, puisque toutes les relations privées sont liées d'une manière ou d'une autre à l'économie. La spécificité est seulement du côté public, c'est-à-dire le droit public économique »⁹¹.

Le droit économique a toujours eu des adversaires. M.Weil a vu dans le droit économique une nouvelle jument de Roland « qui a toutes les qualités sauf celle d'exister »⁹².

Le caractère mixte du droit économique

Le droit économique comme le droit de l'entreprise est source de plusieurs questions. Principalement lié au droit des affaires et aux entreprises, le droit économique gère essentiellement trois types de relations :

- celles concernant les structures et le fonctionnement interne de l'entreprise (rapport avec les travailleurs, les « managers » et les apporteurs de capital, et les structures d'affectation patrimoniale) ;
- les relations avec les autres entreprises qu'il s'agisse de coopération ou de concurrence ;
- les relations avec la puissance publique : il s'agira alors principalement des réglementations de police et de l'encadrement de l'économie⁹³.

⁹⁰ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.7-8

⁹¹ Vlachos Georges, *op. cit.*, pp.11-13

⁹² Cité par : Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985, p.15

⁹³ Fravallo Anne, *La régulation juridique dans le domaine économique*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003, p.22

Ainsi, « le droit économique comprend non seulement la concurrence, la distribution, la consommation, mais aussi le droit financier, le droit comptable, le droit de l'entreprise, le droit des réseaux, de l'environnement, les litiges économiques, le transport, l'électricité, etc. »⁹⁴.

Dans cette combinaison on ne réussira pas à diviser traditionnellement le droit public et le droit privé. Considéré globalement, le droit économique emprunte à la fois au droit public et au droit privé. On le rencontre aux différents niveaux où se manifeste la politique économique.

- Le droit macro-économique est un moyen, parmi d'autres, de dessiner les perspectives d'ensemble de l'évolution de l'économie à moyen terme : il est alors le droit de la planification publique ou privée. Il vise en outre à garantir les grands équilibres conjoncturels : réglementation des prix ou du commerce extérieur, droit monétaire, etc.
- Le droit économique sectoriel est la formulation juridique des interventions, en général publiques mais parfois privées, portant soit sur une branche d'activité déterminée (sidérurgie, transports, commerce) soit sur une fraction délimitée de l'espace économique national (action régionale, urbanisme).
- Le droit micro-économique est fait de règles qui, par nature, s'appliquent à une seule entreprise, et visent à influencer sur son comportement conformément aux exigences de l'intérêt économique général (lettres d'agrément, quasi-contrats, plans de redressement)⁹⁵.

A vrai dire, dans toutes les sociétés industrielles modernes le droit économique représente la réalité juridique. « Presque toutes les branches du droit classiques règlent les relations économiques, donc il y a un droit constitutionnel économique, le droit économique pénal, le droit commercial, le droit économique administratif. Apparemment, il suffirait d'une synthèse assez simple pour la présentation du droit économique »⁹⁶.

Il semble que l'essentiel du droit économique est exprimé au mieux par l'image, créée par C.del Marmol: « Prenez un shaker. Mettez-y une mesure de droit commercial; colorez par des pigments de droit social, ajoutez une bonne dose de droit fiscal et de droit administratif; assaisonnez par une pincée de droit civil; saupoudrez abondamment de sociologie et d'économie politique, secouez à volonté et servez frais en baptisant ce breuvage juridique d'une appellation: droit économique »⁹⁷.

⁹⁴ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp.18-19

⁹⁵ Savy Robert, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 1977, 2^{ème} édition, p.6

⁹⁶ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.13

⁹⁷ Cité par : Jacquemin Alex, Schrans Guy, *Le droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 1970, N°1383, p.61

L'approche large et l'approche étroite du droit économique

Sur le plan général on peut distinguer deux approches principales de la compréhension du droit économique, formé dans les années 60-70.

La conception « large » : la mission du droit économique est la réglementation de la vie économique, de la production et de la circulation des richesses, c'est-à-dire c'est un élargissement du droit commercial. Un tel droit économique ne forme pas une nouvelle branche du droit, dans son cœur sont les entreprises (la structure et le fonctionnement intérieur de l'entreprise, les relations avec d'autres entreprises, les relations avec le pouvoir public). Les auteurs de cette conception sont J.Hamel, G.Lagarde, C.Champaud (le droit de l'organisation et du développement économique), R.Savatier.

La conception « étroite » : le droit économique réunit l'ensemble des normes de droit, permettant à l'État d'influencer l'économie directement, cela explique l'origine publique de ces normes. C'est un droit autoritaire (la nationalisation et les entreprises publiques, le plan, les finances et les prix). Cependant les technologies du droit privé peuvent être aussi utilisées. Les auteurs de cette conception sont R.Houin, J-M.Jeanneney, M.Perrot, F-C.Jeantet. Le droit économique réunit l'ensemble des règles juridiques permettant à l'Etat d'agir directement sur l'économie. Il relève du droit public. La conception « étroite » est le droit de l'intervention de l'Etat dans la vie économique.

On y ajoute la conception du droit de l'entreprise (le droit des affaires) : la combinaison du droit économique et du droit commercial en ce qui concerne l'activité d'entreprise (affaires). Les opposants de cette conception constatent qu'il existe maintenant un droit « microéconomique » des entreprises et un droit « macroéconomique » de toute l'économie. C'est pourquoi la conception du droit de l'entreprise se considère comme « une étape intermédiaire entre le droit traditionnel et le droit économique »⁹⁸. Selon l'expression de G.Farjat, il y a une « certaine imbrication du droit commercial et du droit économique »⁹⁹.

C'est principalement dans ce sens que les auteurs examinent les questions du droit économique. Parfois ils précisent que le droit économique est « une technique de l'application, de la nouvelle interprétation des normes réglant l'économie »¹⁰⁰.

La définition du droit économique

Il faut remarquer que c'est Gérard Farjat auteur reconnu qui a défendu l'indépendance du droit économique. Dans sa thèse de doctorat, Gérard Farjat a argumenté

⁹⁸ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, p.53-60. Jean Kerninon fait une classification similaire de théories de droit économique (Voir : Kerninon Jean, *Droit public économique*, Paris, Montchrestien, coll. Administration économique et sociale, 1999, pp.10-11)

⁹⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.46

¹⁰⁰ Vlachos Georges, *op. cit.*, pp.6-7

la notion de l'ordre public économique, qu'il comprenait comme une expression juridique de l'ordre général économique dans la société. L'ordre public économique est seulement une antithèse de la liberté contractuelle. « L'ordre public économique est un ensemble des normes concernant l'organisation économique, les rapports sociaux et l'économie intérieure du contrat qui sont obligatoires dans les relations contractuelles »¹⁰¹.

Par la suite, en développant ses idées, il a donné trois définitions du droit économique¹⁰² :

1 – la conception globale : le droit économique est constitué par les structures et les comportements juridiques (les règles, les droits, les procédures, les institutions, les méthodes), qui ont répondu à la « montée » du système économique dans les sociétés contemporaines. Toutes les branches reconnues du système juridique doivent faire une place à l'économique. C'est une branche du droit.

2 – le droit économique désigne aussi une branche du droit ou, plutôt, un sous-système du système juridique, qui concerne l'organisation de l'économie (droit de la concurrence, de la consommation, des finances).

3 – le droit économique, par ses méthodes, ses organismes, ses structures, ses concepts et son « esprit », apparaît comme une discipline nouvelle en raison du couplage « fort » droit/économie. Elle n'est pas réservée aux juristes.

« Le droit économique est un ordre juridique répondant aux normes et aux besoins d'une civilisation encore en voie de formation...Le droit économique n'est pas une nouvelle branche du droit, mais un droit nouveau qui coexiste avec le corps des règles juridiques traditionnelles de la même façon que l'ordre social industriel qui s'élabore cohabite avec les institutions de l'ordre social précédent qui ne saurait s'éteindre brusquement... le droit économique se présente donc comme un esprit juridique particulier appliqué à un corps des règles diverses. Seul l'esprit est vraiment nouveau »¹⁰³.

«Les frais économiques» du droit économique

On sait que les juristes et les économistes réussissent rarement à se mettre d'accord. « Ceux qui s'intéressent au droit et à l'économie, juristes et économistes, les uns devant désacraliser la norme, les autres se garder de la réduire à un simple instrument dépourvu de

¹⁰¹ Farjat Gérard, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963 (Thèse pour le Doctorat), p.38

¹⁰² Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp.39-40

¹⁰³ Champaud C., *Contribution à la définition du droit économique*, Paris, Dalloz, 1967, Chron., XXIV, p.215

toute valeur sous-jacente, ne doivent jamais perdre de vue cette évidence, classique, que le droit n'existe que par l'altérité »¹⁰⁴.

La tendance, où le droit est mis au service de l'économie, est parfois qualifiée d'« économisme », « cette conception instrumentaliste est propre aux pays socialistes (le droit, instrument de la construction du socialisme) »¹⁰⁵. En principe, le discours économique dominant n'est pas favorable au droit économique. « Mais cette hostilité est partagée par de nombreux juristes, qui donnent l'image d'une sorte de défaitisme juridique, alors que la société libérale, en ses principes mêmes, semble souffrir d'un déficit de droit. Quant aux sujets de l'ordre économique, ne sont-ils pas victimes d'un rapport inégalitaire ? »¹⁰⁶

Bien sur, les juristes et les économistes parlent différentes langues. Mais « le droit économique doit s'élaborer en commun par les juristes et les économistes. Un tel dialogue n'est pas sans difficulté. Chacun est tenté de rester sur le terrain ferme de sa discipline originelle et d'y ramener la totalité du problème »¹⁰⁷.

Dans la société libérale « pure », l'idéologie distingue système juridique et système économique. « L'entreprise n'existe pas en droit : le droit ne connaît que des propriétaires et des contractants. Quant aux économistes, ils considèrent d'autres phénomènes : les agents économiques (parmi lesquels l'entreprise), le marché. Nous sommes en présence de deux mondes clos ; chaque système vit sa propre vie »¹⁰⁸.

§2. Le droit économique et la division entre droit public et droit privé

A. La division entre droit public et droit privé

Ce n'est un secret pour personne que la division entre droit public et droit privé est au cœur de la doctrine française. « La distinction public-privé se trouve dans l'organisation juridictionnelle française, dans l'éducation juridique française, dans la culture juridique française »¹⁰⁹.

C'est le cas de la France où le droit public est coupé du droit privé de manière radicale, par l'existence de juges distincts pour trancher les affaires de droit privé et celles de droit public. Pourtant, tous les systèmes juridiques nationaux tiennent compte d'une distinction entre droit public et droit privé. « Parfois cette distinction est à peine

¹⁰⁴ Raynouard Arnaud, *La concurrence normative dans l'Union européenne* in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008, p.918

¹⁰⁵ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.20

¹⁰⁶ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.185

¹⁰⁷ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, p.126

¹⁰⁸ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.91

¹⁰⁹ Auby Jean-Bernard, Freedland Mark, *Introduction générale* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.9

perceptible (l'Angleterre, les Etats-Unis) »¹¹⁰. En Grande-Bretagne, à la fois dans les procédures juridictionnelles et dans la doctrine, l'idée d'un droit public séparé a fortement progressé depuis les années 1970. « Les normes issues directement ou indirectement du droit européen ont une tendance légèrement dominante à se ranger dans le versant du droit public au sein des systèmes nationaux. Dans le système anglais, cela a pour effet de renforcer la distinction du droit public et du droit privé, dans la mesure où cela renforce l'idée selon laquelle le droit public constitue une part robuste du système juridique plutôt que, comme le suggère la tradition de la *common law*, un petit îlot sans cesse menacé dans un océan de droit privé »¹¹¹.

Il est intéressant que si dans le droit anglais on observe de plus en plus de division entre droit public et droit privé, « en France ces dernières années une autre tendance se manifeste. La distinction est déplacée, sans pour autant perdre sa pertinence »¹¹². On dit, que le fait que la distinction n'existe pas dans la science du droit anglais laisse deviner qu'elle intimement liée à l'histoire du droit, propre aux pays de droit romain. « Distinction non pas nécessaire, mais contingente »¹¹³. Et c'est le droit économique qui en joue le rôle.

B. Le droit économique détruit-t-il cette division ?

Le point commun pour les spécialistes est l'estimation du droit économique comme « un attentat » à la division traditionnelle entre droit public et droit privé. « L'unité et la cohérence du droit économique ne peuvent être reconnues qu'au prix du sacrifice de la division dualiste du système juridique »¹¹⁴. L'existence d'un droit économique amènerait à dépasser la distinction très ancienne entre droit privé et droit public¹¹⁵. Même les racines socialistes du droit économique sont liées à la division du droit, ou plus exactement, son absence. « Si le droit économique est né dans les pays socialistes, c'est notamment en raison de la fusion des techniques des deux branches du droit »¹¹⁶.

Dans cette destruction il y a le grain rationnel. « Le droit économique rappelle que la distinction droit public – droit privé, souvent plus pédagogique que scientifique, est

¹¹⁰ Zoller Elisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006, p.1

¹¹¹ Auby Jean-Bernard, Freedland Mark, *loc. cit.*, pp.10-11

¹¹² Auby Jean-Bernard, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français in La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.21

¹¹³ Beaud Olivier, *La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques in La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.31

¹¹⁴ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.27

¹¹⁵ Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985, p.13

¹¹⁶ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.27

toute relative et ne doit pas être envisagée comme une coupure, encore moins comme une opposition »¹¹⁷.

Dans les nouvelles conditions il est proposé de considérer la division du droit du point de vue de la distinction des activités de prestation et des activités de réglementation. « Apparaît ainsi un principe de séparation des opérateurs et des régulateurs, qui, toutes proportions gardées, serait au droit économique ce que le principe de séparation des pouvoirs est au droit constitutionnel et le principe de séparation des ordonnateurs et des comptables au droit financier »¹¹⁸.

« L'opérateur public, lorsqu'il se comporte comme un industriel ordinaire (comme un opérateur privé), doit en principe être soumis aux mêmes règles que ce dernier, c'est-à-dire au droit privé. Le droit économique impose dans une certaine mesure ses orientations au droit privé et au droit public et dépasse ainsi le dualisme »¹¹⁹.

Il est curieux d'observer dans la doctrine les opinions principales concernant le droit économique et la division entre droit public et droit privé¹²⁰. Les résultats sont présentés dans le tableau.

Tableau 2

Nom d'auteur	Point de vue
R.Savatier, La nécessité de l'enseignement d'un droit économique (1961)	Partout, droit public et droit privé continuent à se mêler étroitement sous la même emprise économique.
Jeantet, Aspects du droit économique (1961)	Le droit économique obéit à une technique particulière, faite de direction de l'économie par les pouvoirs publics et aussi d'une mobilité nécessaire afin d'adapter le droit aux conditions économiques variables (d'où le triomphe du pouvoir discrétionnaire de l'Administration et la préférence donnée aux textes réglementaires, plus facilement adaptables que les lois.

¹¹⁷ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.12

¹¹⁸ Truchet Didier, *La distinction du droit public et du droit privé dans le droit économique* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.58

¹¹⁹ Truchet Didier, *loc. cit.*, p.63

¹²⁰ Fourier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980, pp.13-17

Champaud, Contribution à la définition du Droit Economique (1967)	Le droit économique n'est ni privatiste, ni publiciste. L'erreur est probablement de vouloir définir le Droit Economique en tant que discipline juridique...il est seulement un esprit juridique particulier appliqué à un corps de règles diverses.
Farjat, Droit Economique (1971)	Le Droit Economique est le droit de la concentration ou de la collectivisation des biens de production et de l'organisation de l'économie par des pouvoirs privés ou publics.
Robert Savy, La notion de droit économique en Droit français (1971)	Le Droit Economique est l'ensemble des règles visant à assurer un équilibre entre les intérêts des agents économiques (publics et privés) et un intérêt économique général.
Didier Truchet, La distinction du droit public et du droit privé dans le droit économique (2004)	Le droit économique est l'ensemble des règles qui établissent l'existence d'un marché (ou à l'inverse excluent son existence), en déterminent l'accès et le fonctionnement (sa « régulation »), régissent les relations qui s'établissent entre les acteurs (ou les « operateurs »), et sanctionnent les uns et les autres ¹²¹ .

Section 2. La conception « classique » du droit public économique

§1. Vers une autonomie du droit public économique en France

L'apparition du droit public économique

Comme on a montré plus haut, le droit public économique est apparu au moment où l'État devait envahir la vie économique. « Si dans la première moitié du XIX^e siècle l'État avait seulement les missions politiques (l'émission monétaire, la police, la justice), dès la fin du XIX^e siècle la société restait libérale, mais l'État a lancé la multitude de services publics pour les citoyens. S'y sont ajoutées la crise économique des années 30, la

¹²¹ Truchet Didier, *loc. cit.*, p.57

progression du rôle de l'État, les idées socialistes »¹²². Dans ces conditions le droit public économique était né.

La discussion proprement dite sur l'existence du droit public économique a commencé dès les années 50 et s'est déroulée sur le fond idéologique. Avant tout, c'est la crise du droit classique. Le droit français classique est non interventionniste (la police administrative peut empêcher, mais ne peut pas obliger). C'est pourquoi les juristes par moyen de la conception du droit économique voulaient faire joindre les normes et le pratique¹²³. On y trouve l'origine d'une opinion connue que le droit économique « naturel » est absent, initialement il n'y a pas de normes économiques, tout dépend de son objet (Vedel, Mescheriakoff, Linotte, Romi). Donc, « le droit public économique n'a aucune autonomie par rapport au droit administratif général, le droit administratif s'utilise comme un moyen de la politique économique »¹²⁴.

Ainsi, l'origine du droit public économique est dans le règlement des interventions de l'État dans l'économie. « Le droit économique est l'ensemble des règles tendant à assurer, à un moment et dans une société donnée, un équilibre entre les intérêts particuliers des agents économiques privés ou publics et l'intérêt économique général. Il sera pour essentiel le droit de l'intervention de l'Etat dans la vie économique : mais il sera en même temps plus ou moins que cela »¹²⁵.

Assez développé pour se distinguer du droit public de l'Etat libéral, le droit public économique est cependant trop inachevé pour être assuré de ses techniques. Il est donc naturel que se posent à son propos des problèmes graves. « Juridiques en apparence, ces problèmes sont aussi politiques : ils touchent à la répartition du pouvoir dans la société comme à la place de l'individu face au pouvoir. On peut les formuler en deux questions : existe-t-il encore une légalité en matière économique et est-il encore possible de soumettre l'administration économique à un contrôle ? »¹²⁶

Le droit constitutionnel économique

La plupart des auteurs attachent le droit public économique au droit administratif. Cependant il y a une autre branche du droit public, le droit constitutionnel. A cet égard on pose la question sur l'existence du droit constitutionnel économique.

La constitution de la France est neutre par rapport à l'organisation économique de la société. Cela la distingue de la Constitution de l'Espagne, dont l'art. 128 reconnaît « le

¹²² Savy Robert, *op. cit.*, p.1

¹²³ Mescheriakoff Alain-Serge, *op. cit.*, p.14

¹²⁴ Mescheriakoff Alain-Serge, *op. cit.*, pp.18-20

¹²⁵ Savy Robert, *op. cit.*, p.6

¹²⁶ Savy Robert, *op. cit.*, p.98

droit de l'initiative de l'État dans l'activité économique. La loi peut réserver pour le secteur public les ressources ou les services les plus importantes, particulièrement dans les cas du monopole, ainsi que permettre la participation dans la gestion des entreprises, si les intérêts généraux le demandent».

On peut dire que la Constitution française ne contient pas une « constitution économique ». En ce qui concerne l'Union européenne, les traités et la future constitution Européenne contiennent des normes économiques. Ils sont aussi neutres par rapport à la politique économique.

Néanmoins, certains auteurs croient que les décisions du Conseil Constitutionnel sur la privatisation (les décisions du 16 janvier 1982 et du 11 février 1982) ont créé réellement un droit constitutionnel économique. Il y a deux principes dans son cœur, la liberté d'entreprise et le droit de la propriété¹²⁷. « La généralisation de l'expérience des Etats européens, de la pratique de leurs cours constitutionnelles permet d'affirmer qu'il y a un soi-disant droit constitutionnel économique insérant les normes similaires »¹²⁸.

Les définitions du droit public économique

Il existe aujourd'hui une multitude de manuels et d'autres ouvrages consacrés au droit public économique. Chacun reflète la position de l'auteur. On peut penser que cette variété se présente le mieux possible par le tableau suivant.

Tableau 3

Nom d'auteur	Point de vue
Bernard Chenot, Droit public économique (1946)	On peut grouper sous la rubrique « droit public économique » l'ensemble des règles de droit et des institutions qui gouvernent et qui encadrent l'intervention de l'Etat dans la vie économique ¹²⁹ .
Robert Savy, Droit Public Economique (1972)	DPE est l'ensemble des institutions qui permettent aux pouvoirs publics d'orienter le comportement des agents économiques

¹²⁷ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.85

¹²⁸ Troper Michel (dir.), à l'initiative de Dexia Crédit Local de France, *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Séminaire constitutionnel tenu à Paris en 1998. Paris, Economica, coll. Droit public positif, 2000, pp.3-4

¹²⁹ Chenot Bernard, *Droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1946, p.14

	dans le sens de l'intérêt économique général ¹³⁰ .
André de Laubadère, Droit Public Economique (1974)	DPE est le droit applicable aux interventions des personnes publiques dans l'économie et aux organes de ces interventions.
Charles Fourier, Droit public économique (1979-1980)	DPE est une partie du Droit Public et, comme tel, il est un droit des personnes publiques, des intérêts publics et de la puissance publique. Il constitue l'ensemble des instruments juridiques (normateurs et structurels) des politiques économiques ¹³¹ .
Robert M. Piérot, Introduction au droit public économique (1984-1985)	DPE est la partie du droit public qui étudie l'ensemble des instruments juridiques dont disposent les pouvoirs publics pour mener à bien des politiques économiques visant à la réalisation d'un optimum économique voulu au nom de l'intérêt général ¹³² .
Alain-Serge Mescheriakoff, Droit public économique (1996)	DPE (dans une conception restrictive) lie à la volonté de modifier le jeu normal de la relation économique. Le droit public économique est le droit administratif utilisé comme moyen de politique économique ¹³³ .
Hubert-Gérard Hubrecht, Droit public économique (1997)	DPE est la connaissance des mécanismes juridiques par lesquels les personnes publiques tentent de modifier le comportement naturel des agents économiques ¹³⁴ . Le droit de l'intervention publique en matière économique ¹³⁵ .
Pierre Delvolvé, Droit public de l'économie	Le droit public de l'économie est le droit

¹³⁰ Concernant les définitions données par Savy et Laubadère, cité par: Fourier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980, p.24-26; Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985, p.17-18

¹³¹ Fourier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980, p.28

¹³² Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985, p.19

¹³³ Mescheriakoff Alain-Serge, *op. cit.*, pp.19-20

¹³⁴ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.3

¹³⁵ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.2

(1998)	applicable aux interventions des personnes publiques dans l'économie et aux organes de ces interventions (le droit de l'intervention publique en matière économique) ¹³⁶ .
Jean-Philippe Colson, Droit public économique (2001)	Le droit public économique comporte l'ensemble des règles à travers lesquelles la puissance publique manifeste, directement ou indirectement, sa présence dans le domaine économique ¹³⁷ .
Jean-Yves Chérot, Droit public économique (2002)	Le droit public économique est le droit de la « politique économique », que cette politique économique soit interventionniste ou libérale ¹³⁸ .
Didier Linotte, Raphaël Romi, Droit public économique (2006)	DPE consiste en mise en œuvre, par des voies de droit, de la politique économique des personnes administratives ¹³⁹ .
Bertrand du Marais, Droit public de la régulation économique (2004)	DPE est le droit de l'intervention économique de la puissance publique dans l'exercice de ses prérogatives spécifiques ¹⁴⁰ .
Frédéric Colin, Droit public économique (2008)	DPE est le droit de l'action économique des personnes chargées de missions d'intérêt général ¹⁴¹ .
Sébastien Bernard, Droit public économique (2009)	DPE est l'ensemble des règles applicables aux interventions publiques dans l'économie ¹⁴² .
Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, Droit public économique (2010)	DPE n'est pas autre chose que le nom que l'on donne aux règles du droit public

¹³⁶ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.16

¹³⁷ Colson Jean-Philippe, *op. cit.*, p.9

¹³⁸ Chérot Jean-Yves, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. CORPUS, 2002, p.7

¹³⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.19

¹⁴⁰ du Marais Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, p.2

¹⁴¹ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.25

¹⁴² Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.1

	appliquées à la présence publique dans l'économie ¹⁴³ .

Comme les ouvrages sont présentés dans le tableau selon l'ordre chronologique, on peut observer comment les regards des juristes sur la réglementation de l'économie changent. C'est pourquoi la conclusion essentielle est que les théories économiques dominantes à l'endroit donné et à l'heure donnée se sont incarnées dans la politique de l'État et influencent le contenu du droit économique, et en particulier du droit public économique. La liaison intime de l'économie, de la politique et du droit se réfracte par l'État en forme du droit public économique. Par exemple, dans les années 70 le droit parlait de la langue des interventions, et l'État s'est considéré réellement responsable pour l'économie, on utilisait la notion de « l'Etat-banquier »¹⁴⁴. « L'Etat apparaît comme un prêteur mais aussi comme un véritable banquier d'affaires (des prêts à long terme et des prises de participations) »¹⁴⁵.

Il y a cependant d'autres conceptions et compréhensions du droit chargé de l'économie, que les auteurs n'appellent pas le droit public économique.

Premièrement, ce sont les auteurs, qui sont pour le nom «le droit administratif de l'économie». À leur avis, le droit administratif économique fait la partie publique du droit économique¹⁴⁶. De plus, certains auteurs utilisent le droit public économique et le droit administratif économique comme des synonymes¹⁴⁷.

Deuxièmement, c'est le droit public des affaires, que Sophie Nicinski définit comme « le droit des relations entre l'administration et les operateurs économiques. Il existe trois positions de l'administration vis-à-vis des operateurs économiques. L'Etat administre l'économie et apparaît comme une autorité publique extérieure au marché auquel il imprime sa volonté (1). L'Etat est offreur de biens et de services sur le marché (opérateur économique) (2). L'Etat est amené à collaborer avec les operateurs économiques, pour satisfaire directement ses besoins ou plus indirectement un besoin d'intérêt général en faveur de sa population (3). Le droit public économique regroupe deux premières situations – il traite des modalités d'administration de l'économie et du droit des entreprises publiques. Le droit public des affaires recouvre le droit public économique et

¹⁴³ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.31

¹⁴⁴ Laubadère André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, Tome 3 «Les grands services publics administratifs», volume 2 «L'administration de l'économie», Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1971, p.473

¹⁴⁵ Laubadère André de, *op. cit.*, p.474

¹⁴⁶ Servoin François, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. Libres - Cours, 2^{ème} édition, 2001, p.14

¹⁴⁷ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.21

le droit de la commande publique. Il est le droit de l'ensemble des relations qu'entretiennent les personnes publiques avec les opérateurs économiques »¹⁴⁸.

Pourtant pour les autres auteurs le droit public des affaires « n'est qu'une partie du droit public de l'économie »¹⁴⁹.

Troisièmement, Bertrand du Marais, en reconnaissant l'existence du droit public économique, traite de l'apparition du nouveau droit public de la régulation économique¹⁵⁰.

Quatrièmement, Richard Moulin et Pierre Brunet ont écrit un ouvrage sur le droit public des interventions économiques¹⁵¹.

Comme nous voyons, la discussion scientifique autour de la définition du droit public économique se prolonge de nos jours. Nous allons utiliser le plus souvent le terme « droit public économique » nous permettant d'embrasser le plus grand nombre de problèmes dans le cadre de cette étude.

Le droit public économique est-il une branche du droit?

Qu'est ce qu'une branche du droit? « Une branche du droit est un ensemble cohérent et autonome de règles, adapté à un secteur déterminé d'activité »¹⁵². En principe, il existe les branches mixtes, mais cela n'est pas le cas de droit économique. « Sur le plan théorique on distingue les droits mixtes (où les techniques se mélangent souvent), mais il manque la qualité d'autonomie au droit économique, pour cette raison on ne peut pas le qualifier comme une branche mixte »¹⁵³.

D'ailleurs, les spécialistes dans ce domaine sont d'accord que le droit public économique ne représente pas une branche du droit séparée¹⁵⁴.

En examinant la composition du droit public économique, la plupart des auteurs y voient qu'il s'agit du droit constitutionnel, du droit financier et du droit fiscal, mais notamment le droit administratif constitue la base de droit public économique. La prépondérance de la branche administrative s'explique par ce que :

1) ce sont des organes administratifs et des agents administratifs qui mettent en œuvre la politique économique,

¹⁴⁸ Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, pp.1-2

¹⁴⁹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.16 ; Colin Frédéric, *op. cit.*, p.21

¹⁵⁰ du Marais Bertrand, *op. cit.*, p.3

¹⁵¹ Voir : Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007

¹⁵² Aubert Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2002, p.39

¹⁵³ Aubert Jean-Luc, *op. cit.*, p.43

¹⁵⁴ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, pp.1-2

2) des marchés publics sont des contrats de l'administration soumis à des règles administratives,

3) les actes juridiques dans ce domaine ont souvent le caractère d'actes administratifs, unilatéraux ou contractuels, dont le contentieux ressortit – sauf exceptions législatives – à la compétence des juridictions administratives¹⁵⁵.

Donc, le droit public économique ne forme pas une branche du droit autonome, ce sont les normes du droit administratif appliqué à l'économie. Il était né comme discipline académique.

§2. Les influences des droits étrangers sur le droit public économique français

A. Le rôle du droit soviétique

La plupart des spécialistes français sont d'accord que le droit économique a pris une forme pour la première fois dans les pays socialiste, notamment en URSS. La théorie de droit économique n'a pas une origine française et son berceau semble bien avoir été le droit socialiste marxiste-léniniste¹⁵⁶. « Dans les pays socialistes le droit économique devient la branche essentielle du droit, puisqu'elle est directement liée à l'infrastructure »¹⁵⁷. Concernant la nationalisation de 1936-1937 il y avait un terme «soviétisation de l'économie»¹⁵⁸ (même à l'époque du libéralisme la socialisation se développe, quasi-socialisme d'Etat (les années 1970)¹⁵⁹).

Il est intéressant de comparer l'économie socialiste et l'économie capitaliste, ce que les sources françaises ont fait. Ainsi, G.Farjat niait la présence du droit dans le socialisme : «Le droit économique socialiste est le droit de la propriété collective des moyens de production et de l'organisation économique. La vie économique est réglée par voie de circulaires. Le droit est mort. Le droit économique socialiste apparaît à mi-chemin d'un système administratif et d'un système juridique privé»¹⁶⁰. Mais ici l'auteur a oublié l'aspect qu'en URSS le « privé » n'existait pas. Le droit civil (le droit civil soviétique) ne contenait pas les notions clés de la propriété privée et de la liberté contractuelle. C'est pourquoi on ne peut pas comparer des catégories incomparables.

¹⁵⁵ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, pp.15-16

¹⁵⁶ Les racines du droit économique se trouvent également en Allemagne : « C'est dans la doctrine allemande, aux lendemains du premier conflit mondial, que le droit économique a été considéré comme constituant une branche ou une discipline nouvelle du droit » (Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.28. Voir aussi: Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985, p.13)

¹⁵⁷ Fourier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980, p.12

¹⁵⁸ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.2

¹⁵⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.3

¹⁶⁰ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.15-16

Néanmoins, le même auteur fait une comparaison très intéressante du système capitaliste et du système socialiste sur le plan économique, ayant révélé les traits communs. « Le phénomène de l'intervention de l'Etat, qui est, formellement, l'élément du droit économique des pays occidentaux, la plus proche du droit économique socialiste »¹⁶¹. A la propriété collective socialiste des biens de production correspond dans les pays capitalistes une propriété de biens de production, qui correspond notamment à la détention de ces biens par les sociétés, et qui est parfois qualifiée de « collective ». « La grande firme moderne et l'appareil moderne de la planification socialiste sont deux variantes qui expriment l'adaptation à un même besoin », écrit J.K.Galbraith, qui rejoint ainsi une observation faite par... Lénine, en 1918 : « S'il y a des trusts, il n'y a plus absence de plan ». Lorsqu'une holding privée domine tout un secteur de production, celui de la chimie ou des matériaux de construction, ne parvient-on pas au même degré de centralisation et d'organisation que dans les pays où ces secteurs sont coiffés par un ministère spécialisé ?¹⁶²

On est d'accord, que « dans une économie socialiste, le droit économique est largement appelé à remplacer le droit commercial »¹⁶³.

Une énonciation suivante montre la force de l'influence de la théorie socialiste. « L'effondrement des pays socialistes n'anéantit pas la période de trois quarts de siècle d'interventionnisme économique et social des économies libérales. Et l'Etat est toujours bien présent aujourd'hui »¹⁶⁴.

B. Le droit public économique en Europe

Les recherches pour la réglementation de l'économie se sont développées non seulement en France, mais aussi dans toute Europe.

En Allemagne plus tôt, qu'en France (en tout cas, c'est une discussion éternelle des juristes de deux pays pour le palmier de la priorité) on élaborait «le droit de l'économie» (*wirtschaftsrecht*). Le droit de l'économie réunit les moyens juridiques de la gestion économique et de l'intervention du pouvoir dans l'activité économique.

En général, l'économie était réglée initialement par le droit administratif. En effet, la science du droit administratif prend source de la *caméralistique*, la science sur les finances, l'économie, la gestion, dont les racines remontent au XVI^e siècle. La demande accrue de finances pour la cour royale (l'État), les fonctionnaires et les militaires, ainsi que

¹⁶¹ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.16

¹⁶² Farjat Gérard, *op. cit.*, p.17

¹⁶³ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.21

¹⁶⁴ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.13

le développement de la politique économique mercantile ont été les principales raisons du développement de la *caméralistique*¹⁶⁵.

Dans les universités européennes médiévales la *caméralistique* insérait une série de disciplines administratives et économiques. En Prusse au XVIII^e siècle l'objet de la *caméralistique* insérait toutes les disciplines liées à la politique de l'État : la science économique, la politique, la science policière, la science sur les finances, la science agraire, les sciences concernant la manufacture et les mines (la nouvelle *caméralistique*). A partir de la deuxième moitié du XIX^e siècle la *caméralistique* a commencé à être enseignée dans les universités de la Russie¹⁶⁶.

Parallèlement dans la doctrine allemande les notions de constitution économique (*wirtschaftsverfassung*) et le droit administratif de l'économie (*wirtschaftsverwaltungsrecht*) sont distincts. La constitution économique est une conception fondamentale de l'État par rapport à la propriété privée, à la liberté des contrats, à la liberté d'entreprise, c'est la nature et le degré de l'intervention de l'État dans l'économie, le niveau de l'initiative privée dans le marché et sa protection juridique. Certainement, ce n'est pas que la Constitution, mais aussi les lois qui contiennent toutes ces questions. Le droit administratif de l'économie est lié à la réalisation des principes de la constitution économique.

Les auteurs modernes parlent du droit administratif de l'économie qui est un ensemble de normes et de dispositions réglementant la création et l'activité des organismes administratifs et des établissements chargés principalement de l'infrastructure et de l'information, de la planification, de la surveillance, de la gestion et développement de l'économie, ainsi réglementant les relations des sujets économiques participant dans la vie économique et l'administration publique¹⁶⁷.

Parfois le « droit général de l'économie » (qui concerne les notions fondamentales comme le droit de la propriété, la concurrence, le contrôle) (*allgemeines Wirtschaftsrecht*) le « droit spécial de l'économie » (*besonderes Wirtschaftsrecht*) - les mécanismes privés particuliers, à l'aide desquels l'intervention de l'État se réalise, l'intervention aux fins de l'efficacité économique et l'intervention par secteurs) se distinguent. Pour la plupart des auteurs, l'autonomie du droit de l'économie est fondée sur la nature publique de ses normes.

¹⁶⁵ Старилов Ю.Н. История развития административно-правовой науки/ в кн. Российское полицейское (административное) право. Конец XIX – начало XX века. Хрестоматия. Воронеж, Изд-во Воронежского ун-та, 1999. С.9

¹⁶⁶ Старилов Ю.Н. Указ. соч. С.9-10

¹⁶⁷ Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок. Пер. с нем. М.: Волтерс Клувер, 2008. С.14

En outre, dans la structure du droit économique on met en relief le droit public économique. Par la définition du professeur J.-D. Oberrat, le droit public économique régit les formes principales de l'influence de l'État sur l'activité économique, comme l'influence directe, la planification, la surveillance, le soutien de l'économie. Ce droit représente une matière très complexe qui a un caractère non seulement théorique, mais avant tout pratique¹⁶⁸.

Ainsi, les juristes allemands ont élaboré «le droit de l'économie» signifiant l'ensemble des règles assez diverses appliquées à l'activité économique. Les juristes français préfèrent le terme «le droit économique», qui est, à leur avis, non descriptif, mais plus qualifié et interdisciplinaire¹⁶⁹. La notion de «droit de l'économie» est essentiellement descriptive, et peut désigner l'ensemble assez hétérogène des règles de droit qui s'appliquent à l'activité économique. Au contraire, la notion de «droit économique» est nettement plus qualificative et insiste sur la perspective d'une rencontre interdisciplinaire qui transforme la règle de droit.

Le droit public économique français ne saurait être qu'un droit des personnes publiques. «Le droit économique de l'Allemagne fédérale se fonde au contraire sur une notion d'unité économique, juridiquement personnalisée ou non»¹⁷⁰.

Pour les Pays-Bas le plus typique est l'expression le droit socio-économique (*social-economisch recht*), et pas le droit économique. «C'est l'ensemble des normes qui influencent directement ou indirectement le développement du marché. On met l'accent pas sur le niveau de l'entreprise, mais sur l'activité globale»¹⁷¹. Le terme «économique» est précédé par celui de «social» pour préciser que l'on vise l'organisation de l'économie en tant qu'activité sociale globale, et non au niveau des entreprises. Le «droit socio-économique» ne comprend donc pas le «droit des affaires», et la plupart des auteurs admettent qu'il relève du droit public.

En Belgique quelques directions s'opposent:

- 1) le droit économique est l'ensemble des règles limitant la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que l'autonomie de la volonté, en vue de promouvoir la politique économique du pays (J.Van Houtte);
- 2) le droit économique est une extension du droit commercial (L.Fredericq, J.Van Ryn);

¹⁶⁸ Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001. С.446

¹⁶⁹ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, p.8

¹⁷⁰ Fourier Charles, *op. cit.*, p.31

¹⁷¹ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, pp.66-68

3) le droit économique constitue plus qu'un développement du droit commercial. Il forme une discipline nouvelle, à la lisière du droit public et du droit privé (R.Henrion)¹⁷².

Nous nous référerons à l'étude comparative d'Alex Jacquemin et de Guy Schrans¹⁷³ des années 70¹⁷⁴, dont les résultats sont présentés dans le tableau «La notion de droit économique dans divers systèmes juridique».

Tableau 4

Pays	Notion-clé	Conceptions
La France	Droit économique (1935)	La conception « étroite » : Le droit économique réunit l'ensemble des règles juridiques permettant à l'Etat d'agir directement sur l'économie. Il relève du droit public (R.Houin, J.-M.Jeanneney, M.Perrot, B.Chenot) mais emprunte une part importante des techniques de diverses branches du droit (F.-C.Jeantet) La conception large : le droit de l'organisation et du développement économique, que ceux-ci relèvent de l'Etat, de l'initiative privée ou du concert de l'un et de l'autre (Cl.Champaud), un élargissement du droit commercial (J.Hamel, G.Lavarde) dont le centre est l'entreprise (R.Savatier) Le « droit des affaires » qui s'apparente au droit économique en ce qui concerne un secteur important de la vie économique que sont « les affaires » ; mais en même temps il semble n'en constituer qu'une partie, à savoir le droit « microéconomique » des entreprises, par opposition au droit « macroéconomique » de l'ensemble de l'économie. C'est non

¹⁷² Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, pp.60-62

¹⁷³ Jacquemin Alex, Schrans Guy, *op. cit.*, pp.52-75

¹⁷⁴ Il faut ajouter que les auteurs distinguent le droit économique européen, le droit économique international et le droit économique dans les pays socialistes.

		seulement un fragment du droit économique mais une étape intermédiaire entre le droit traditionnel et la nouvelle perspective qu'exprime le droit économique.
La Belgique	Droit économique (1937)	L'ensemble des règles limitant la liberté du commerce et de l'industrie, ainsi que l'autonomie de la volonté, en vue de promouvoir la politique économique du pays (J.Van Houtte); droit économique est une extension du droit commercial (L.Fredericq, J.Van Ryn), dont le contenu devrait s'articuler au départ de la notion d'entreprise (C.del Marmol, S.Fredericq) Le droit économique constitue plus qu'un développement du droit commercial. Il forme une discipline nouvelle, à la lisière du droit public et du droit privé (R.Henrion) ; le droit économique n'est pas une nouvelle matière juridique, mais une nouvelle optique vis-à-vis des matières traditionnelles, comme l'est par exemple le droit comparé (A.Jacquemin) Le droit des affaires pour les juristes d'entreprises (L.Dabin)
Allemand	Droit de l'économie - <i>Wirtschaftsrecht</i> La constitution économique – <i>Wirtschaftsverfassung</i> Le droit administratif de l'économie -	Le droit de l'économie englobe l'armature juridique du dirigisme économique ou, plus généralement, de l'intervention des pouvoirs publics dans l'activité économique (G.Rinck, G.Rauschenbach) droit administratif de l'économie se rapporte à la mise en œuvre des principes de la constitution économiques et des interventions contraignantes des pouvoirs publics dans l'activité économique (E.R.Huber) Le « droit général de l'économie »

	<i>Wirtschaftsverwaltungsrecht</i>	(allgemeines Wirtschaftsrecht) distingue du droit spécial de l'économie » (besonderes Wirtschaftsrecht). La première catégorie concernerait les institutions juridiques fondamentales de l'activité économique, la seconde – diverses mesures particulières par lesquelles les pouvoirs publics interviennent dans l'activité économique. Donc c'est le droit de l'économie dirigée (W.Fikentscher)
Les Pays-Bas	Droit social-économique - social-economisch recht (1949)	Le terme « économique » est précédé par celui de « social » pour préciser que l'on vise l'organisation de l'économie en tant qu'activité sociale globale, et non au niveau des entreprises. Le « droit social-économique » ne comprend donc pas le « droit des affaires », et la plupart des auteurs admettent qu'il relève du droit public (A.Mulder, J.Valkhoff)
L'Italie	Droit de l'économie diritto dell'economia (1955)	Le droit de l'économie groupe une série d'institutions susceptibles de rapides métamorphoses normatives et qui chevauchent le droit public et le droit privé (Mossa) le droit public de l'économie qui se rapporte à l'action de l'administration publique dans le domaine de l'économie (Casetta) le droit de l'économie doit constituer un point de rencontre entre juristes et économistes (Giannini)
La Grande-Bretagne	Droit des affaires – <i>business law</i>	Le droit des affaires est une élaboration, un approfondissement du droit commercial qui cherche à rétablir son contact avec les forces de la vie économique (C.M.Schmitthoff)
Les Etats-Unis	Droit économique fédéral	Droit économique fédéral se développe au départ du Commerce clause (R.P.Stern,

		J.D.Lucas)

Conclusion du Titre 1

L'activité publique dans l'économie est une ancienne histoire. Le droit jouait dans plusieurs cas le rôle de fixation et de reflet des théories économiques dominantes dans ses normes. Néanmoins, la présence de l'État dans l'économie s'enregistrait à toutes les époques, même les plus libérales. Cela permet de conclure à la corrélation stable de l'État et de son économie, ce qui a provoqué l'apparition de diverses théories consacrées à la réglementation de l'économie.

L'affirmation de la théorie du droit public économique dans les années 50-60 qui a régularisé la politique interventionniste de l'État français est devenue l'événement le plus significatif. Mais la plupart des auteurs ne le prennent pas pour une branche du droit dans plusieurs cas, à cause de l'absence en France des tribunaux économiques spécialisés. C'est pourquoi le droit public économique est considéré comme « une extension » du droit administratif classique.

Titre 2. L'autonomisation du droit public économique en France

Notre but est de montrer le contenu principal et la structure du droit public économique. Pour cela, il est nécessaire d'étudier les principes de base et les sources (Chapitre 1), puis les concepts et catégories essentiels du droit public économique (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les bases du droit public économique

Section 1. Les principes du droit public économique

On peut comprendre la conception classique du droit public économique, si on s'appuie sur ses principes et ses sources. Il nous semble que le rôle des principes ne peut pas être exagéré, ils font le squelette du droit. L'évolution générale des droits administratifs nationaux de l'Union européenne se caractérise par un rapprochement progressif des principes et des règles¹⁷⁵. Est-ce qu'on peut dire que les principes faisant la base du droit public économique représentent un système ? La réponse n'est pas simple, en prenant en considération leurs différents contenus, en effet, les principes libéraux et interventionnistes se mélangent ici.

Selon le Doyen Vedel, une branche du droit supposerait l'existence soit de principes autonomes, soit d'une combinaison de principes ou de méthodes relevant jusqu'alors de branches différentes. Georges Vlachos trouve que le droit public économique fait la « combinaison » des principes¹⁷⁶.

§1. Les principes généraux du droit : une petite intervention dans la discussion

L'origine jurisprudentielle des principes du droit

Puisque le droit public économique est une partie du droit administratif, ils ont des principes communs (classiques), dont la plupart trouvent leur origine dans la jurisprudence. On sait que « le droit administratif est considéré comme un droit jurisprudentiel, grâce notamment aux « principes généraux du droit applicables » découverts par le Conseil d'Etat »¹⁷⁷. Dans l'ordre interne, l'importance des principes généraux s'est d'abord affirmée en droit public, surtout lorsque le Conseil d'Etat s'est fondé sur des « principes généraux du droit applicables même en l'absence d'un texte »¹⁷⁸. Selon la définition classique de MM. Auby et Drago, la coutume naît de l'usage, les principes généraux du droit au contraire sont formulés par le juge. « Portant, on peut sans doute discuter longtemps de la question de savoir si les principes

¹⁷⁵ Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.184

¹⁷⁶ Vlachos Georges, *op. cit.*, pp.21-22

¹⁷⁷ Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1997, p.82

¹⁷⁸ Terré François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} édition, 2006, p.269

généraux du droit sont une création du juge ou le simple constat de l'existence d'une règle de droit non écrite qui préexistait »¹⁷⁹.

« Les principes fondamentaux du droit public expriment les valeurs de l'Etat et dominant pour cette raison l'ensemble de l'ordonnement juridique »¹⁸⁰. « Les principes généraux du droit apparaissent dès lors comme des normes jurisprudentielles créées par le juge à partir des conceptions idéologiques de la conscience nationale et (ou) d'une masse de textes constitutionnels, internationaux ou législatifs »¹⁸¹. Ces principes ont été d'abord utilisés par le Conseil d'Etat, pour imposer à l'administration des dispositions, telles que le respect de l'égalité ou de la liberté individuelle, qui ne reposaient sur aucun fondement écrit, en raison notamment de l'absence de portée juridique de la Déclaration des droits de l'homme¹⁸². En tant que point de départ on peut mentionner l'arrêt de CE, 5 mai 1944, *Dame Veuve Trompier-Gravier*. En 1945 le Conseil d'Etat érigeait le principe général du respect des droits de la défense, impliquant qu'une sanction disciplinaire ne puisse être prononcée sans que l'intéressé ait été mis à même de présenter sa défense, au rang des « principes généraux du droit applicables même en l'absence de texte » (CE, 26 oct. 1945, *Aramu*).

En même temps, les spécialistes trouvent des sources plus précoces de l'application des principes par le juge. Le juge administratif avait fait application de tels principes bien avant. Dès la fin du XIX^e siècle, Edouard Laferrière rappelait que, même si les arrêts du Conseil d'Etat sont concis et ne comportent pas l'exposé de toutes les déductions juridiques qui motivent ses décisions, celles-ci « se sont toujours inspirées d'un grand respect des précédents » et qu'elles ont « pour base, lorsque les textes font défaut, des principes traditionnels écrits ou non écrits, qui sont en quelque sorte inhérents à notre droit public et administratif »¹⁸³.

Il est nécessaire de faire une petite remarque, qui est importante pour la comparaison ultérieure du droit français et du droit russe. Comme on le sait, en Russie il est extraordinairement important d'avoir la règle écrite qui est fixée au niveau de la loi ou de l'acte infra-législatif. En France le rôle des règles est aussi important, mais ce n'est pas un « fétiche » : si les règles du fonctionnement de l'administration ne sont pas fixées dans le texte, cela va être compensé par la justice administrative qui assure la protection dans le cas concret (la jurisprudence se produit à l'occasion du contrôle juridictionnel¹⁸⁴), ainsi que crée le droit administratif (au niveau de grandes instances). « Techniquement, le juge, quand il formule un

¹⁷⁹ Massot Jean, Girardot Thierry, *Conseil d'Etat*, La documentation française, 1999, p.174

¹⁸⁰ Fromont Michel, *Introduction in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.886

¹⁸¹ Frier Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2^{ème} édition, 2003, p.82

¹⁸² Frier Pierre-Laurent, *op. cit.*, pp.82-83

¹⁸³ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2002, p.138

¹⁸⁴ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.135

principe général du droit, se comporte en législateur : il modifie le droit positif en y introduisant une norme de plus »¹⁸⁵. En Russie le juge ne crée pas le droit; en tout cas, c'est un grand sujet de discussion.

Les principes du droit : Y a-t-il un système ?

Il y a une ancienne discussion en ce qui concerne la nature des principes et son système. « Certains les idéalisent, d'autres sous-estiment. L'analyse des principes généraux de droit comme mythes n'est pas nouvelle »¹⁸⁶. La question sur le rapport du principe et du droit écrit donne la tentation de les mesurer presque quantitativement.

Le principe comporte toujours en lui une capacité d'abstraction et de généralisation : « derrière tout principe se cache une pluralité de règles »¹⁸⁷. « Les principes généraux du droit n'ont pas de lien formel avec le droit écrit, même s'ils procèdent parfois de la généralisation de certaines de ses dispositions. Ils ne tiennent ni leur existence ni leur force obligatoire d'un texte »¹⁸⁸.

« Dès lors qu'un pourvoi peut être fondé sur la seule violation d'un principe, et ce indépendamment de tout texte, voire contrairement à une disposition existante et non abrogée, on peut être conduit à penser que le principe doit être assimilé à une norme juridique existante sans pouvoir être ramené à une opinion doctrinale ou à une disposition de la loi. A vrai dire, pour en être vraiment assuré, il conviendrait que la jurisprudence ait, à diverses reprises, consacré sans équivoque des principes *contra legem* »¹⁸⁹.

Y a-t-il une hiérarchie entre les principes ? D'une part, certains principes sont qualifiés, parfois de généraux, parfois de fondamentaux, d'autres ne le sont pas. D'autre part, certains principes découlent d'autres, ou sont conditionnés par d'autres. Mais « la qualification des principes ne détermine pas de hiérarchie entre eux »¹⁹⁰.

« La relativité des principes tient à la pluralité des principes dont aucun ne peut prétendre rendre compte, à lui seul, de la réalité qu'il entend exprimer. La signification d'un principe ne peut apparaître qu'en mettant ce principe en parallèle avec un autre principe ou d'autres principes qui expriment une légitimité différente »¹⁹¹.

¹⁸⁵ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.139

¹⁸⁶ Moderne Franck, *Actualité des principes généraux du droit* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000, p.48

¹⁸⁷ Plessix Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, LGDJ, éditions Panthéon – Assas, coll. Droit public, 2003, p.807

¹⁸⁸ Rouault Marie-Christine, *Droit administratif*, Gualino éditeur, 2^{ème} édition, 2004, p.47

¹⁸⁹ Terré François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} édition, 2006, p.272

¹⁹⁰ Pontier Jean-Marie, *Considérations générales sur les principes en droit* in *Les principes et le droit*, sous la dir. de Jean-Marie Pontier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, pp.16-17

¹⁹¹ Pontier Jean-Marie, *loc. cit.*, p.19

« Même si leur degré d'abstraction est varié, les grands principes structurant le droit administratif sont assez généraux pour forcer le juge à des gymnastiques combinatoires. La diversification des sources du droit administratif a accru les difficultés des combinaisons de normes d'origine multipliée »¹⁹².

Dans la hiérarchie des normes, le Conseil d'Etat a donné aux principes généraux du droit une valeur supérieure à celle de tous les actes administratifs. Ainsi une ordonnance du Président de la République, même prise en vertu d'une loi d'habilitation adoptée par referendum, revêt le caractère d'une décision administrative et ne saurait donc s'affranchir du principe selon lequel un recours en cassation est ouvert contre toute décision juridictionnelle (19 octobre 1962, *Canal*)¹⁹³.

Dans les domaines plus techniques, « c'est toujours à la jurisprudence de clarifier les données des textes épars, de les confronter aux nécessités de l'action administrative et de les mettre en cohérence dans un système harmonieux compatible avec les dispositions fondamentales du droit administratif. La construction progressive d'un droit public de la concurrence est à cet égard tout à fait significative, et montre que cette fonction est tout, sauf négligeable »¹⁹⁴.

L'affirmation que « de grands principes orientaient l'œuvre du législateur et surtout celle du Conseil d'Etat était la condition requise pour qu'un droit administratif pût exister, en organisant les dispositions éparses au sein d'un dispositif cohérent »¹⁹⁵.

Comme nous le voyons, c'est le juge administratif qui joue le premier rôle dans la formulation des principes et leur application. Mais le dualisme judiciaire a influencé cela.

La concurrence entre le juge administratif et le juge constitutionnel dans le domaine des principes du droit

Avant 1958, la plupart des commentateurs soutenaient que les principes généraux du droit avaient une autorité juridique égale à celle de la loi. Cette analyse ne peut plus être retenue depuis la promulgation de la Constitution de 1958. Le Conseil d'Etat affirma la subordination des règlements autonomes aux principes généraux du droit (CE, 26 juin 1959, *Synd. des ingénieurs conseils*)¹⁹⁶: « les principes généraux du droit... résultant notamment du Préambule de la Constitution, s'imposent à toute autorité réglementaire même en l'absence de dispositions législatives ».

¹⁹² Burdeau François, *La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ?* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.434

¹⁹³ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.16

¹⁹⁴ Frier Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2^{ème} édition, 2003, p.91

¹⁹⁵ Burdeau François, *La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ?* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.432

¹⁹⁶ Rouault Marie-Christine, *op. cit.*, p.49

Ces principes sont empruntés pour la plupart, « soit à la tradition libérale de 1789, soit au Préambule de la Constitution de 1946, soit aux nécessités de la vie sociale, soit aux impératifs de l'équité »¹⁹⁷. Le texte de la Constitution ne garantit pas expressément le dualisme juridictionnel. Néanmoins, « par le biais des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il a pu y avoir tout à la fois affirmation de l'indépendance de la juridiction administrative et reconnaissance à son profit d'une « réserve de compétence »¹⁹⁸.

La Constitution de 1958, comme l'activité du Conseil Constitutionnel ont influencé les principes du droit et leur hiérarchie. Ainsi, notamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel distingue les principes à valeur constitutionnelle et ceux à valeur législative, en influençant alors l'estimation de leur signification. Plusieurs thèses s'affrontent quant à la valeur des principes généraux du droit. Pour certains, ils ont valeur constitutionnelle. Pour d'autres, les principes sont hiérarchisés : « certains ont valeur constitutionnelle puisque le Conseil constitutionnel le déclare expressément, d'autres ont valeur législative et s'imposent à ce titre à l'administration, mais le législateur peut toujours y déroger, d'autres enfin auraient un caractère supplétif et une valeur réglementaire. Les règlements peuvent y déroger »¹⁹⁹. Selon la thèse de M.Chapus, leur valeur est infra-législative et supra-décrétale. Ce point de vue est dominant jusqu'ici dans la doctrine.

Tout cela confirme l'influence du Conseil Constitutionnel, en effet, avant 1958, la question de valeur supra-législative des principes généraux ne se pose pas vraiment. « Le Conseil d'Etat n'accepte jamais de contrôler la loi. Donc il ne consacre en aucune manière la valeur supra-législative d'une quelconque norme et notamment d'un principe général du droit »²⁰⁰. Depuis 1958, avec le développement de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, la situation est devenue plus ambiguë. De nombreux principes reconnus comme constitutionnels sont également des principes généraux du droit « découverts » auparavant par le Conseil d'Etat²⁰¹.

Cela a influencé, à son tour, le Conseil d'Etat. « Quoiqu'il en soit, une évolution peut être observée depuis quelques années : plutôt que s'en référer à un principe général du droit, le Conseil d'Etat, lorsque cela se révèle possible, tend à viser la règle constitutionnelle du même contenu. Si cette évolution se confirme, les principes généraux du droit ne disparaîtront pas : il en a beaucoup qui ne figurent pas dans le texte constitutionnel et qui donc devraient continuer d'être expressément qualifiés de principes généraux du droit ou d'une formule équivalente »²⁰².

¹⁹⁷ Rivero Jean, Waline Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 18^{ème} édition, 2000, p.72

¹⁹⁸ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.34

¹⁹⁹ Rouault Marie-Christine, *op. cit.*, p.49

²⁰⁰ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.141

²⁰¹ Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.141

²⁰² Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *op. cit.*, p.142

Un tel état de choses n'arrange pas tout le monde. En critiquant cette position dans les circonstances actuelles, les auteurs abordent la démarcation de la compétence entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, puisque le dernier peut reconnaître n'importe quel principe comme constitutionnel. « Pourquoi un principe changerait-il de nature ou de valeur juridique selon l'instance qui en assure le respect ? »²⁰³

Donc, plus que d'autres, le droit constitutionnel français est investi par des principes de tous genres et de tout niveau et c'est un des exercices favoris de la doctrine française que de dissenter sur la portée respective de ces principes et leur rang dans la hiérarchie des normes. Entre les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République », les principes de « valeur constitutionnelle », les « principes fondamentaux » de l'article 34 de la Constitution relevant du domaine législatif, et les « principes particulièrement nécessaires à notre temps », les effets miroirs ou d'occultation se multiplient et s'entrecroisent et l'interprète à parfois du mal à retrouver la rigueur des constructions cartésiennes²⁰⁴.

En effet, la notion du principe fondamental reconnu par les lois de la République est transféré dans la jurisprudence du Conseil d'Etat (CE, arrêt du 3 juillet 1996, *Koné*). « Le PFRLR est un principe essentiel, posé par le législateur républicain dans le domaine des droits et des libertés des individus et qui a reçu une application avec une constance suffisante antérieurement au Préambule de la Constitution de 1946 »²⁰⁵.

L'essai de la classification des principes du droit

Le plus souvent les spécialistes dans le domaine du droit public économique distinguent les principes libéraux et interventionnistes. Il est facile de remarquer que tels principes non seulement ne se marient pas entre eux-mêmes, mais se contredisent souvent. Pierre Delvolvé, en reconnaissant que cette dualité engendre les problèmes dans la combinaison de tels principes, voit la sortie dans la reconnaissance de leur égalité et dans l'absence de la hiérarchie. Il propose de trouver la solution dans deux considérations. La première tient à la date à laquelle les principes ont été formulés : les plus récentes l'emportent sur les autres. Encore faut-il déterminer quelle portée on a voulu donner à ces nouveaux principes : s'ils étaient destinés à écarter purement et simplement les précédents, ceux-ci n'auraient même plus matière à être invoqués²⁰⁶.

²⁰³ Rouault Marie-Christine, *op. cit.*, p.50

²⁰⁴ Moderne Franck, *Actualité des principes généraux du droit* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000, p.50

²⁰⁵ Genevois Bruno, *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000, pp.44-45

²⁰⁶ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, pp.103-104

Le même auteur examine les principes interventionnistes comme une sorte de « combinaison ». A l'époque libérale, le fondement des interventions de l'Etat apparaissait en quelque sorte négativement, moins comme un titre d'intervention publique que comme une cause de limitation des activités privées et des libertés s'y rapportant. Avec le développement des idées socialistes, l'intervention de l'Etat a perdu l'aspect restrictif qu'elle avait auparavant ; elle est apparue comme une obligation conduisant à des mesures transformant l'économie de la société. Les deux justifications de l'intervention de l'Etat se combinent aujourd'hui²⁰⁷, ce qui se reflète sur le contenu des principes interventionnistes, qui établissent les limites des principes libéraux.

Ces raisonnements contiennent une importante conclusion. D'habitude l'augmentation de l'importance du rôle de l'État, y compris dans l'économie, est liée aux idées socialistes. Des nationalisations sous l'influence des idées « de gauche » en France, sont estimées comme le centre de la politique économique des gauches²⁰⁸. Pourtant, « on ne peut pas considérer le droit public économique comme l'engendrement de la théorie socialiste ; en effet, même la théorie la plus libérale ne nie pas le rôle de l'État. Les principes libéraux et interventionnistes coexistent aujourd'hui, mais sur une base qui n'est pas égalitaire, les seconds apparaissant encore souvent comme des exceptions par rapport aux premiers »²⁰⁹.

§2. Les principes essentiels du droit public économique

A. Le principe d'égalité

Le principe d'égalité en matière économique

Le principe d'égalité entre les citoyens est affirmé dans la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, il se trouve donc doté d'une consécration constitutionnelle dans le droit positif, puisque le Conseil constitutionnel assure le respect par les lois des principes contenus dans la Déclaration auxquels se réfère le Préambule de la Constitution. L'article 2 de la Constitution affirme lui-même que « la France assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion ».

« Le principe d'égalité se concrétise en sous-principes : égalité d'accès des usagers au service public, égalité de traitement, égalité d'accès aux fonctions publiques, égalité devant les charges publiques »²¹⁰. Le Conseil d'Etat a appliqué le principe d'égalité par rapport à la

²⁰⁷ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.138

²⁰⁸ Servoin François, *op. cit.*, pp.27-30

²⁰⁹ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.163

²¹⁰ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.74

participation des étrangers aux élections professionnelles (CE, 31 mai 2006, *Groupe d'information et de soutien des immigrés*)²¹¹.

Ce principe s'applique aux personnes morales aussi bien qu'aux personnes physiques « car, les personnes morales étant des groupements de personnes physiques, la méconnaissance du principe de l'égalité entre celles-ci équivaudrait nécessairement à une méconnaissance de l'égalité entre celles-ci » (CC, 16 janv. 1982)²¹².

« Le droit économique est l'occasion de constater que dans ses pratiques discriminatoires, l'administration, lorsqu'elle agit dans le domaine de l'économie, bénéficie d'un large pouvoir discrétionnaire, qu'elle exerce au gré d'innombrables mesures individuelles. Dès lors, le principe d'égalité y acquiert un sens particulier »²¹³.

Quant à l'application du principe d'égalité dans l'économie, le plus essentiel est sa diffusion sur les agents économiques et sur tous les aspects de l'activité économique. Les décisions des pouvoirs sont contrôlées de ce point de vue soigneusement²¹⁴.

Encore un aspect intéressant du principe d'égalité est lié à la technique de création des lois. Le Conseil constitutionnel a attiré l'attention sur le lien du principe d'égalité et de la clarté et de la précision des normes du droit. Le rattachement par le Conseil constitutionnel de l'intelligibilité de la norme à l'égalité des citoyens devant la loi énoncée par l'article 6 de la Déclaration de 1789 s'impose avec la force de l'évidence. L'égalité devant la loi, et plus globalement devant le droit, suppose que chaque citoyen en comprenne le sens afin de pouvoir s'en prévaloir et exiger qu'en soit garanti le respect. Conseil d'Etat explique aussi dans son rapport de 2006 « Sécurité juridique et complexité du droit » qu'un acte législatif ou réglementaire intellectuellement inaccessible du fait de sa complexité excessive porte atteinte au principe d'égalité, en ce qu'il établit une distinction injustifiée entre ses destinataires, selon leurs capacités respectives de compréhension. « L'inintelligibilité témoigne de ce que la norme ne s'adresse pas de manière identique à tous ces destinataires, alors qu'elle est censée l'être. Par exemple, dans la décision 2005-530 DC, le Conseil constitutionnel a censuré sur le fondement du principe d'égalité la complexité inutile d'un dispositif tendant au plafonnement des niches fiscales »²¹⁵.

²¹¹ RFDA, 2006, n°6, p.1194

²¹² Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.190

²¹³ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.143

²¹⁴ Voir, par exemple, l'arrêt du Conseil d'Etat, 17 déc. 2008, *Association de tireurs et autres*, n°305300: Considérant que l'institution par les dispositions attaquées d'une différence de traitement entre les personnes qui étaient titulaires d'une autorisation de détention d'arme à la date du 30 novembre 2005 et celles qui ne bénéficiaient pas d'une telle autorisation est sans rapport avec l'objet de cette mesure, qui consiste à autoriser la détention d'une arme de poing en raison des risques sérieux pour la sécurité encourus en dehors du cadre professionnel ; que ces dispositions méconnaissent ainsi le principe d'égalité (RFDA, 2009, n°1, p.186)

²¹⁵ Jennequin Anne, L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, *RFDA*, 2009, n°5, p.924

Les limites du principe d'égalité

Evidemment la politique administrative peut exiger des discriminations. « A moins qu'elles ne puissent être contestées pour inconventionnalité, les discriminations établies par l'administration sont légales lorsqu'elles résultent de l'application d'une loi, puisque le juge administratif se refuse jusqu'à présent de contrôler la constitutionnalité des lois »²¹⁶.

Bien évidemment, dans les sociétés, dont le but est la coexistence des personnes, c'est l'intérêt général qui pose des limites essentielles pour un individu. La jurisprudence reconnaît donc des tempéraments au principe d'égalité des conditions qui, lorsqu'elles sont réunies, permettent soit d'écarter l'égalité, soit d'estimer qu'elle n'est pas rompue. Le juge administratif admet qu'un motif d'intérêt général puisse justifier une rupture d'égalité (CE, 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*).

« Peu importe, quelles entreprises, nationales ou étrangères, concurrencent entre elles-mêmes. Ainsi, par exemple, ont été jugées légitimes des manœuvres défavorisant une entreprise au profit de son concurrent afin de mieux contrer la concurrence internationale, légales des dérogations aux règles de périmètre de protection des marchés d'intérêt national pour améliorer la productivité de la distribution »²¹⁷.

Le Conseil constitutionnel a une position similaire. « Le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit » (CC, 7 janv. 1988).

« L'intérêt général économique peut viser l'objectif très large de bon fonctionnement de l'économie française, ou de manière plus restrictive, celui d'un marché en particulier. L'intérêt général économique peut aussi être le résultat d'une opération de conciliation de ses diverses composantes telles que la promotion ou le maintien de la concurrence »²¹⁸.

Ensuite, « l'égalité de traitement n'a de sens qu'à l'égard de personnes placées dans des situations identiques ou, tout au moins, comparables. La différence de traitement juridique ou la discrimination sont donc possibles lorsqu'elles se fondent sur les situations différentes ou non comparables dans lesquelles sont placées les personnes visées (CE, 13 juil.1962, *Conseil national de l'ordre des médecins*) »²¹⁹. Le Conseil d'Etat a fait, en matière économique, une application remarquée de la théorie des discriminations justifiées par l'intérêt général. Il s'est, à plusieurs reprises, refusé à annuler des mesures discriminatoires lorsque, selon la formule des

²¹⁶ Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p.118

²¹⁷ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, p.124

²¹⁸ Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, p.45

²¹⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.75

arrêts « il n'est pas établi que la mesure critiquée ait été inspirée par des considérations étrangères à l'intérêt général » ou encore « lorsque l'administration n'a pas agi dans un but étranger aux fins de la législation d'économie dirigée »²²⁰.

En effet l'intervention économique vise par définition, à discriminer dans un but d'intérêt général. Or, « le juge administratif considère que l'administration peut traiter une entreprise différemment des autres lorsqu'elle estime que l'économie nationale le nécessite »²²¹. Par contre, les services publics sont aujourd'hui plus contraints par le principe d'égalité. La condition d'intérêt général ne peut fonctionner que si elle est en rapport direct avec l'objet ou les conditions d'exploitation du service.

Pour justifier la différence de situation le juge exige que deux conditions soient réunies : il faut que la différence de situation soit objectivement véritable, et qu'elle justifie directement la différence de traitement. « Dès lors, les jugements d'annulation sont rares car il est rare que deux entreprises soient dans des situations objectivement parfaitement comparables. Par exemple, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de juger que les fromages Saint-Paulin à 45% de matière grasse étaient objectivement différents des mêmes fromages à 50% de matière grasse. En conséquence, les arrêtés fixant des prix différents pour les deux ont été considérés légaux (CE, 26 mars 1965, *Sté fromagerie Delisse*). La notion de situations dissemblables est donc finalement floue et subjective »²²².

« Le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que l'autorité investie du pouvoir réglementaire règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'elle déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit, dans l'un comme l'autre cas, en rapport avec l'objet de la norme qui l'établit et ne soit pas manifestement disproportionnée au regard des différences de situation susceptibles de la justifier » (CE, 18 déc. 2002, Sect., 233618).

Les mesures juridiques, réglementaires ou individuelles, prises par l'Administration en matière économique doivent respecter l'égalité des agents économiques entre eux. Mais, « d'une part, l'égalité ne s'entend qu'à l'intérieur d'une même catégorie d'agents ou d'administrés, placés dans une même situation ou dans une situation comparable ; d'autre part, un motif d'intérêt général peut légalement justifier une discrimination ou une rupture d'égalité. A ces hypothèses il faut aussi ajouter celles, où la discrimination prend sa source dans la loi dont la mesure administrative est censée tirer la conséquence »²²³.

²²⁰ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, pp.197-198

²²¹ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.144

²²² Colin Frédéric, *op. cit.*, p.144

²²³ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, pp.76-79

Le Conseil constitutionnel a la même logique. Les deux tempéraments apportés au principe d'égalité, motif d'intérêt général et différence de situation, ont été transposés par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 16 janvier 1982 sur les nationalisations. « Ces deux hypothèses sont fréquemment réunies dans la même espèce mais elles sont alternatives et non cumulables, il suffit que l'une »²²⁴.

L'exemple avec le fromage mentionné ci-dessus, comme les formulations argumentant le principe d'égalité montrent son imperfection. « La faiblesse quasi structurelle du principe d'égalité en matière d'interventionnisme économique est enfin illustrée par un fait exceptionnel : la prise en compte de l'intérêt général peut influencer par la suite sur l'appréciation par le juge de la situation comparable »²²⁵. A des situations différentes peuvent être appliquées des règles différentes, mais il s'agit que d'une possibilité. « A la différence d'autres Etats, la France n'a en effet jamais consacré clairement l'obligation de traiter différemment les situations dissemblables ni la possibilité des discriminations positives »²²⁶.

Dans la doctrine un autre côté de cette imperfection est marqué. « Poussant le principe d'égalité jusqu'à la limite de sa logique, on pourrait même aller jusqu'à considérer que c'est son application stricte qui impose des discriminations, lorsqu'elles sont destinées à gommer certaines différences. Ainsi, à propos de la loi sur l'aménagement du territoire, le Conseil constitutionnel a jugé qu'en prévoyant la passation de conventions locales et régionales destinées à tenir compte de la spécificité des situations territoriales, « le législateur a mis en place une procédure qui ; loin de méconnaître le principe d'égalité, constitue un moyen d'en assurer la mise en œuvre » (Décision 94-358 DC du 26 janv. 1995). Ce traitement, appelé parfois discrimination positive, suscite de nombreuses interrogations et des difficultés concrètes : il est toujours ardu de tenter d'établir l'égalité en superposant de nouvelles inégalités à celles existant déjà »²²⁷.

Enfin, dans l'application du principe d'égalité les dangers du pouvoir discrétionnaire se manifestent plus vivement que jamais. « En toute hypothèse, comme pour la différence de situation, la prise en compte de l'intérêt général pour justifier des traitements variables relève du pouvoir discrétionnaire de l'administration »²²⁸.

Le principe d'égalité et l'activité économique de l'Etat

En matière économique, on peut estimer que le principe d'égalité est susceptible dans certaines hypothèses d'entraver les interventions des collectivités publiques. Néanmoins, le

²²⁴ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.75

²²⁵ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.123

²²⁶ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.119

²²⁷ Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p.123

²²⁸ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, p.125

principe d'égalité a des nuances en ce qui concerne l'activité économique des entreprises publiques.

« Le principe d'égalité, au sens du droit public, ne s'applique pas à l'ensemble des activités économiques assumées ou contrôlées par les personnes publiques. Les entreprises du secteur public strictement concurrentiel (entreprises industrielles, bancaires ou de services) demeurent exclusivement soumises aux règles du droit de la concurrence au même titre que celles du secteur privé. Le principe d'égalité s'applique en revanche à toutes celles qui gèrent un service public à travers la notion classique d'égalité des usagers devant le service public »²²⁹.

« L'action économique directe, industrielle et commerciale, des personnes publiques doit respecter le principe d'égalité. Les services publics de caractère industriel et commercial sont comme tout service public, appelés à respecter l'égalité d'accès et de traitement de leurs usagers (CE, 1 avril 1938, *Société l'alcool dénaturé de Coubert*) »²³⁰.

« Les désormais rares entreprises publiques du secteur concurrentiel (banques, compagnies d'assurances, industries ou entreprises de services), qui ne gèrent pas formellement un service public, sont placées sous un régime différent. Elles ne sont pas tenues au respect du principe d'égalité. Soumises au droit commun des affaires, les entreprises publiques concurrentielles peuvent pratiquer, notamment d'un point de vue tarifaire, les discriminations requises par leur politique de firme et leur approche du marché mais, sous la réserve néanmoins commune à toutes les entreprises du secteur privé, que les discriminations pratiquées ne prennent pas les formes illicites – refus de vente, abus de position dominante, prix illicites) que réprime le droit de la concurrence »²³¹.

La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 a amorcé la soumission à contrôle des marchés non seulement de l'Etat et des personnes publiques mais aussi des sociétés d'économie mixte locales. « Quoi qu'il en soit, c'est aujourd'hui essentiellement à partir du principe de libre, légale et claire concurrence, tant en droit national qu'en droit communautaire, que se trouve revivifié le principe d'égalité »²³².

On peut conclure que l'égalité est le principe traditionnel du droit national. Ses origines sont politiques, bien que ce principe se soit répandu graduellement dans la sphère des relations économiques. « En matière économique, le principe d'égalité prend la forme particulière du principe de libre concurrence. Cette règle de la libre concurrence régit désormais non seulement

²²⁹ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, pp.123-124

²³⁰ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.79

²³¹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.80

²³² Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.81

l'activité économique des administrations, mais aussi, mais encore les décisions prises par celles-ci à l'égard des acteurs économiques »²³³.

B. Le principe de liberté du commerce et de l'industrie

La signification juridique de la liberté du commerce et de l'industrie

« Ce principe a une signification non seulement juridique, mais aussi politique, parce qu'il a une portée différente dans les systèmes libéraux et socialistes »²³⁴. La liberté d'entreprise est un des postulats de l'économie de marché.

La liberté du commerce et de l'industrie est d'abord une règle légale positive. Elle est affirmée par le décret d'Allarde des 2-17 mars 1791 (article 7): « Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenue de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix suivant les taux ci-après déterminés et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits ». Elle est confirmée par la loi Chapelier des 14-17 juin 1791 qui supprime les corporations. Comme nous constatons, la liberté n'a pas été absolue même dans sa variante révolutionnaire.

Le fait que ce principe n'est pas mentionné dans la Constitution, ainsi qu'il n'est pas exprimé dans la Déclaration des droits de l'homme et de citoyen, a provoqué la discussion sur sa signification juridique. « Le Conseil d'Etat constituait toujours cette liberté comme une liberté publique. Après la Constitution de 1958 (l'article 34) la discussion a transféré vers les questions des limites des autorisations du pouvoir réglementaire. La valeur législative, ou du moins supra-décrétale, du principe était clairement acquise depuis le début des années 60 »²³⁵. « La question litigieuse a trait... à l'exercice des libertés publiques au nombre desquelles figure la liberté du commerce et de l'industrie » (CE, 28 oct. 1960, *Martial de Laboulaye*).

Il existe deux arrêts du Conseil d'Etat à caractère général. « Dans le premier arrêt le Conseil d'Etat juge que la liberté du commerce et de l'industrie s'oppose à ce que l'exercice d'une profession soit subordonné à la délivrance d'une autorisation préalable, condamnant par là même ce régime en l'absence de loi l'instituant (CE, 22 juin 1951, *Daudignac*). Dans le second arrêt sont prohibées les interdictions générales et absolues d'exercice d'une activité économique (CE, 22 juin 1951, *Fédération nationale des photographes-filmeurs*) »²³⁶.

La jurisprudence administrative reconnaît et protège la valeur législative de la liberté du commerce et de l'industrie. A l'origine, l'activité économique des personnes publiques n'est envisageable que dans l'hypothèse de circonstances exceptionnelles » (CE, 29 mars 1901,

²³³ Fromont Michel, *Introduction in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.886

²³⁴ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.81

²³⁵ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.91

²³⁶ Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, p.31

Casanova). Donc, « la liberté du commerce et de l'industrie a commencé à atteindre l'Etat. L'atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie se manifeste sous la forme de la concurrence que les interventions directes publiques font aux activités privées »²³⁷.

Les limites de la liberté du commerce et de l'industrie

Il y a les limites de la liberté du commerce et de l'industrie. Les limitations normatives de la liberté du commerce et de l'industrie sont nombreuses. « Il arrive que la loi interdise totalement certaines activités commerciales et industrielles, soit parce qu'elles sont pénalement réprimées (trafic de stupéfiants), soit parce que l'Etat procure des ressources financières (monopoles fiscaux – tabac, alcools). Mais, le plus souvent, les monopoles publics obéissent à des considérations administratives et stratégiques : assurer la maîtrise et le contrôle de l'Etat sur certaines activités ou fonctions politiquement décisives. Ainsi en va-t-il des monopoles, en cours d'aménagement, d'émission de la monnaie, de l'électricité, des transports ferroviaires et des télécommunications. Le degré immédiatement décroissant de limitations réside dans l'autorisation préalable à l'exercice de certaines professions. Cette autorisation est ensuite parfois nécessaire, non pas pour l'exercice total d'une activité, mais seulement pour l'accomplissement de certains actes »²³⁸. En dernier lieu, la limitation législative de la liberté et de l'industrie prend la forme du régime dit des professions contrôlées²³⁹.

« La question se pose également de savoir dans quelle mesure non plus simplement la loi mais le pouvoir réglementaire administratif peut porter atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie. Par application des principes à propos de la valeur juridique de la liberté du commerce et de l'industrie, en l'absence de disposition législative, le pouvoir réglementaire ne peut pas substantiellement intervenir en ce sens (CE, 22 juin 1963, *Synd. du personnel soignant de la Guadeloupe*) »²⁴⁰.

Mais l'intervention du pouvoir réglementaire n'est pas totalement exclue en ce domaine. « Le règlement administratif peut limiter la liberté du commerce et de l'industrie lorsqu'il est la conséquence d'une loi et qu'il est pris pour son exécution (l'ordonnance n°1483 du 30 juin 1945 a valeur législative) »²⁴¹.

La jurisprudence administrative élargit d'ailleurs considérablement cette possibilité puisqu'elle autorise le pouvoir réglementaire à prolonger les limitations à la liberté du commerce

²³⁷ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.84

²³⁸ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.85

²³⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.86

²⁴⁰ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.86

²⁴¹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.86

et de l'industrie antérieurement apportées par la loi dans un secteur économique donné (CE, 28 oct. 1960, *Martial de Laboulaye* ; CE, 10 juin 1964, *Sté des Petroles Shell-Berre*)²⁴².

Il y a deux autres hypothèses, fort différentes, d'intervention du pouvoir réglementaire dans le domaine commercial et industriel. « Sans porter atteinte à la liberté économique, ni la limiter étroitement, le pouvoir réglementaire peut se borner à l'organiser ou à réguler l'exercice de cette liberté. Puisque l'article 34 de la Constitution réserve à la loi la compétence normative, s'agissant des « garanties fondamentales » de la liberté du commerce et de l'industrie, on doit en conclure que le règlement peut prévoir toute mesure, de détail le plus souvent, ne se situant pas au niveau des « garanties fondamentales ». C'est l'analyse que conduit tant la jurisprudence constitutionnelle qu'administrative (CC, 30 juil. 1963 ; CE, 16 oct. 1968, *Union nat. des grandes pharmacies de France*).

Enfin, les activités industrielles et commerciales peuvent se trouver limitées par la police administrative de l'ordre public notamment, mais pas seulement, ou par celle qui s'exerce sur le domaine public »²⁴³.

La liberté peut être limitée par des réglementations professionnelles, ainsi que par la protection de certaines catégories de commerçants – loi « Royer » du 27 décembre 1973 destinée à protéger le petit commerce de l'ouverture abusive de grandes surfaces²⁴⁴.

Il y a encore un aspect, notamment la possibilité de faire des limites par les pouvoirs locaux. « D'une manière générale, la limitation du commerce ambulant par les autorités locales obéit bien entendu aux règles traditionnelles. Par exemple, refuser à un restaurant d'installer une terrasse ne constitue pas une atteinte insupportable à la liberté du commerce et de l'industrie. Une commune n'a pas à accueillir à tout prix des commerces sur son territoire, l'essentiel étant que le refus ne soit pas motivé par une quelconque mauvaise cause (CE, Ord. 16 sept. 2002, *EURL La Cour des Miracles*) »²⁴⁵.

La liberté du commerce et de l'industrie et le secteur public

La concurrence du secteur public et du secteur privé représente une autre dimension de la question de la liberté du commerce et de l'industrie. « Au XIX^e siècle existait une vision quelque peu mythique de l'existence d'une frontière « naturelle » entre activités publiques et actions privées, qui revient en force de nos jours dans le sillage du droit communautaire »²⁴⁶.

²⁴² Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, pp.86-87

²⁴³ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.87

²⁴⁴ Orsoni Gilbert, *L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 1995, p.51

²⁴⁵ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.89

²⁴⁶ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.88

La nécessité de faire respecter la liberté d'exercer n'autorise pas des interventions administratives destinées à protéger certains intérêts privés au détriment d'autres intérêts privés (CE, 25 janv. 1991, *Brasseur*).

« La jurisprudence administrative considère normalement l'activité commerçante des services publics administratifs comme une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie (l'armée ne peut revendre aux particuliers ses stocks d'essence, CE, 6 mars 1936, *Ch. synd. de l'industrie du pétrole* ; le service des poudres ne peut pas fabriquer puis vendre au public des cartouches de chasse, CE, 13 nov. 1953, *Ch. synd. de l'industrie et du commerce des armes*) »²⁴⁷.

L'activité commerciale et industrielle des personnes publiques peut néanmoins se développer légalement dans trois hypothèses. D'abord, lorsque la collectivité, en produisant et en revendant vise à satisfaire en circuit fermé, ses propres besoins (CE, 29 avr. 1970, *Sté Unipain*). Juridiquement, les « livraisons à soi-même » n'entrent pas dans les règles de concurrence, selon la pratique européenne²⁴⁸. Les personnes publiques peuvent ainsi regrouper leurs achats et créer des groupements d'achats publics, notamment grâce à des établissements publics spécialisés en la matière, dans le but du bon fonctionnement du service public (CE, 29 juil. 1994, *CAMIF*).

« Ensuite, quand le service public développe une activité industrielle et commerciale, à titre complémentaire et accessoire du service public principal, et dans l'intérêt de bon fonctionnement de ce dernier (une commune peut parachever l'édification d'un parc municipal de stationnement par l'installation d'une station-service, accessoire fonctionnel et financier de l'ouvrage public, CE, 18 déc. 1959, *Delansorme* ; le service des postes peut développer parallèlement à la distribution du courrier une activité commerciale de délivrance des prospectus et imprimés sans adresse, CE, 4 juil. 1973, *Synd. nat. Des entreprises de diffusion*).

Enfin, lorsque le service public industriel ou commercial, en palliant une carence ou une défaillance de l'initiative privée, vise à répondre à un besoin d'intérêt public, la concurrence ainsi créée est admise : la jurisprudence administrative a tout particulièrement développé ce principe à propos des initiatives économiques des collectivités locales, parfois qualifiées de « socialisme municipal »²⁴⁹.

Ces interventions nécessairement prévues par un texte de valeur législative peuvent prendre la forme de la création d'une régie, d'un établissement public ou de la participation à une société d'économie mixte.

Pour l'application de ces possibilités d'intervention le Conseil d'Etat a défini : « Les entreprises ayant un caractère commercial restent, en règle générale, réservées à l'initiative privée et... des conseils municipaux ne peuvent ériger des entreprises de cette nature en services

²⁴⁷ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.90

²⁴⁸ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.131

²⁴⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.90

publics communaux que si, en raison des circonstances particulières de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en ce domaine » (CE, 30 mai 1930, *Ch. Synd. du commerce en détail de Nevers*). Donc, la liberté du commerce et de l'industrie interdit à l'administration de concurrencer l'initiative privée en offrant des prestations (dans l'arrêt du 30 mai 1930 il y a le principe de non-concurrence entre activités privées et publiques). Pourtant, la jurisprudence a sa dynamique, les conditions d'intervention des opérateurs publics sont interprétées de plus en plus largement²⁵⁰.

Ainsi, la position de Conseil d'Etat a encore évolué récemment, en ce qui concerne l'accès des personnes publiques aux marchés publics. « Aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public » (CE, Avis du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bertrand Consultants* ; CE, 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau*). « Il s'agit ici de ne pas exclure *a priori* les opérateurs publics de l'activité économique. La liberté du commerce et de l'industrie est donc désormais invocable même par les personnes publiques, ce qui est très éloigné de la conception originelle, restrictive »²⁵¹.

Donc, « l'initiative publique est doublement limitée par l'interprétation faite par le juge administratif du principe de la liberté du commerce et de l'industrie et par l'obligation faite aux personnes publiques de respecter l'étendue de leur propre compétence »²⁵².

La liberté d'entreprendre

La liberté du commerce et de l'industrie « se désagrège » en différentes manifestations : la liberté de la création d'une activité économique, la liberté contractuelle, la liberté de concurrence, d'accès à l'exercice des professions etc.

En général, la liberté d'entreprendre s'examine comme un composant de la liberté du commerce et de l'industrie (il y a, d'ailleurs, des autres opinions opposées²⁵³). Cela a pour la France une valeur singulière, puisque notamment la liberté d'entreprendre a reçu sa consécration constitutionnelle. La liberté d'entreprendre est issue d'une combinaison des articles 4 et 17 de la DDHC où elle est liée avec le droit de propriété.

En conséquence, la jurisprudence du Conseil constitutionnel examine seulement ce principe (ce qui n'empêche pas au Conseil d'Etat de l'aborder). Le Conseil constitutionnel a

²⁵⁰ Voir plus : Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p.40

²⁵¹ Colin Frédéric, *op. cit.*, pp.127-128

²⁵² Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p.39

²⁵³ Delvolvé Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p.108. Voir plus sur cette polémique : Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p.113

décidé que la liberté d'entreprendre n'est ni générale ni absolue et ne pouvait exister que dans le cadre d'une réglementation instituée par la loi (CC, Décision 82-141 DC, 27 juil. 1982).

Le principe de liberté contractuelle

La liberté contractuelle est un des principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales (CE, 3 oct. 1980, *Fédération française des professionnels immobiliers et commerciaux* ; CC, Décision 84-137 L, 4 juin 1984).

Des décisions concordantes du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat ont précisé la portée du principe de liberté contractuelle en droit public.

Dans un premier temps, marqué par deux décisions du 3 août 1994 et du 20 mars 1997, le Conseil constitutionnel a estimé que le principe de liberté contractuelle « n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle » et qu'en conséquence « sa méconnaissance ne peut être invoquée que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis ». Donc le juge constitutionnel s'est refusé à ériger la liberté contractuelle en principe à valeur constitutionnelle – « aucune norme constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle ».

Ces décisions laissaient penser que, sans être par lui-même une exigence constitutionnelle, le principe de liberté contractuelle existait néanmoins. « Les dispositions générales du Code civil relatives aux contrats et aux obligations conventionnelles auront vocation à s'appliquer » au pacte civil de solidarité (CC, 9 novembre 1999). Enfin, par une décision du 19 décembre 2000, le Conseil constitutionnel a donné à la liberté contractuelle un fondement constitutionnel en jugeant qu'elle « découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen », qui proclame que la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

Dans le même esprit, le Conseil d'Etat a décidé que seules des dispositions législatives peuvent déroger au principe de liberté contractuelle et que des dispositions en ce sens sont, comme toutes les dérogations, d'interprétation stricte (24 janvier 1998, *Sté Borg-Warner*). Il existe donc, pour les collectivités publiques comme pour les particuliers, un principe de liberté contractuelle auquel la loi, et seule la loi, peut, dans certaines limites, apporter des restrictions²⁵⁴.

Mais par nature, certaines questions doivent être traitées par voie de décision unilatérale (police administrative, organisation du service).

Les personnes publiques peuvent passer des contrats dans les conditions du droit commun. Elles concluent alors des contrats de droit privé, qui sont régis par le Code civil et dont le contentieux relève des juridictions judiciaires. Mais elles peuvent aussi recourir aux contrats

²⁵⁴ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.104

administratifs, qui échappent au Code civil, pour avoir un régime propre, sous le contrôle de la juridiction administrative.

Le contrat administratif se définit à la fois par les parties qu'il unit et par les clauses qu'il comporte. Un contrat administratif est un contrat conclu par au moins une personne publique et qui soit comporte des clauses exorbitantes du droit commun (CE, 31 juillet 1912, *Société des grands porphyroïdes des Vosges*), soit associe le cocontractant de l'administration à l'exécution du service public (CE, 20 avril 1956, *Ministre de l'Agriculture c/ Grimouard et époux Bertin*). Un contrat conclu entre deux personnes publiques est toutefois en principe un contrat administratif, quelles que soient ses clauses, à moins que les deux parties n'aient entendu se placer sous le régime de droit commun (TC, 21 mars 1983, *UAP*).

« Le contrat administratif repose sur un équilibre particulier. D'un côté, l'administration peut, dans l'intérêt général, en modifier unilatéralement les clauses (CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*). D'un autre côté, le cocontractant a droit au maintien de l'équation financière sur laquelle repose le contrat. Il peut en particulier bénéficier d'une indemnité d'imprévision lorsque des circonstances imprévisibles bouleversent les prévisions initiales et risquent de compromettre l'exécution du contrat (CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*) »²⁵⁵.

« Les personnes publiques contractent de plus en plus entre elles : le contrat est un instrument privilégié de relations entre les collectivités territoriales et l'Etat ; les collectivités territoriales passent des contrats entre elles pour organiser leur coopération et mener des actions communes ; les contrats dits de performance ou de service public définissant les rapports de l'Etat et des grands établissements ou entreprises publics »²⁵⁶. Ces dernières tendances sont reflétées dans le rapport du Conseil d'Etat, 2008 (le contrat, mode d'action publique).

C. Le droit de propriété

Les aspects idéologiques du droit de propriété

C'est la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui fait du droit de propriété un droit inviolable et sacré. Dans l'article 2 la propriété figure parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme, l'article 17 dispose : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ».

A l'origine, le droit de propriété était d'inspiration individualiste, purement libérale. C'est pour cela qu'il devait accompagner le principe de liberté du commerce et de l'industrie. Mais le

²⁵⁵ Stirn Bernard, *op. cit.*, pp.105-106

²⁵⁶ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.103

droit de propriété n'est pas absolu, la législation ultérieure a insisté dès le début du XIX^e siècle sur les limites de ce droit.

Il faut remarquer ici l'influence socialiste²⁵⁷. « Au début du XX^e siècle, sous l'égide des idées solidaristes et socialistes l'accent fut mis sur la fonction sociale du droit de propriété. Cette conception culminera dans le Préambule de la Constitution de 1946 qui adopte dans son alinéa 9 le principe de la nationalisation des entreprises présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait »²⁵⁸. « Alors que la signification originaire du droit de propriété était purement individualiste (la propriété étant alors conçue comme le support matériel des libertés individuelles), l'évolution ultérieure du droit de propriété a conduit à consacrer la fonction sociale et collective de ce droit »²⁵⁹.

Les événements en Russie des années 90 prouvent aussi que le caractère absolu de la propriété ne peut pas longtemps exister, il lui est arrivé d'être absolu seulement à la période révolutionnaire (à vrai dire, tous, même l'État souhaitent utiliser la propriété). Dans les années 2000 le business russe accepte la Charte sociale.

« Le droit de propriété constitue le principal régulateur des politiques successives de nationalisation et de privatisation »²⁶⁰. Le Conseil d'Etat considère ce droit, qui « a pour corollaire la liberté de disposer d'un bien », comme une liberté fondamentale relevant de la procédure du référé-liberté (CE, 2 juil. 2003, *Société Outremer Finance Ltd*).

Il existe des limitations législatives ou réglementaires du droit de propriété. « La propriété du sol qui devrait entraîner celle du sous-sol, n'exclut pas, depuis 1810, le droit pour l'Etat de la désignation du concessionnaire chargé de l'exploitation des ressources minières »²⁶¹. La protection due au droit de propriété consiste pour l'essentiel en une juste et préalable indemnité qui doit être prononcée par le juge judiciaire.

La valeur constitutionnelle du droit de propriété

Le Conseil constitutionnel proclame « que les principes même énoncés par la Déclaration des droits de l'Homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique » (CC, 16 janvier 1982).

²⁵⁷ Voir: Colin Frédéric, *op. cit.*, p.133

²⁵⁸ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.94

²⁵⁹ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.96

²⁶⁰ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, pp.100-118

²⁶¹ Orsoni Gilbert, *op. cit.*, p.55

La décision de 1982 est capitale car « elle trace les frontières entre intervention publique et économie de marché au profit de cette dernière. Le Conseil constitutionnel a pris soin d'expliquer que la France était certes une République sociale mais pas une République socialiste dans la mesure où le peuple français avait rejeté le referendum du 5 mai 1946 qui lui proposait d'autres principes que les principes libéraux »²⁶².

La jurisprudence constitutionnelle limite la protection de la propriété aux seules privations, et ne protège pas les simples dépossessions, les simples atteintes au droit de propriété, qui peuvent ne s'accompagner d'aucune indemnité (servitudes d'urbanisme) et dont la protection peut relever du juge administratif (CC, 13 déc. 1985, *Amendement Tour Eiffel*).

D'autre part, « le Conseil constitutionnel a reconnu une portée négative, en considérant que l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine implique le droit de ne pas devenir propriétaire contre son gré (CC, Décision 98-403 DC du 20 juillet 1998) »²⁶³.

« La jurisprudence du Conseil constitutionnel constitue avant tout un compromis habile entre les bases historiques de ce droit et les évolutions postérieures ce qui explique que les garanties issues de l'article 17 de la DDHC demeurent somme toute limitées »²⁶⁴.

La propriété publique

Les titulaires du droit de propriété sont avant tout des particuliers, car la conception individualiste du droit de propriété était essentiellement liée à l'homme et au citoyen. Mais il existe aussi les personnes morales, donc les titulaires peuvent être des personnes physiques et morales, y compris les personnes publiques, dont l'Etat.

Le Conseil constitutionnel a jugé que la protection des patrimoines publics « trouve... 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 ; que cette protection ne concerne pas seulement la propriété privée des particuliers mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'Etat et des autres personnes publiques » (CC, 25-26 juin 1986). Ainsi « le droit de propriété, affirmé d'abord au profit des particuliers contre l'Etat, se trouve aujourd'hui également défendu contre les particuliers au profit de l'Etat »²⁶⁵.

Sur le plan comparatif il faut remarquer qu'en Russie il s'agit du principe constitutionnel de la protection égale de tous les formes de propriété (l'art.8 : Dans la Fédération de Russie, la propriété privée, d'Etat, municipale et les autres formes de propriété sont également reconnues et protégées).

²⁶² Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.97

²⁶³ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, p.112

²⁶⁴ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.99

²⁶⁵ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.132

D. Les autres principes du droit public économique

Le principe de non-rétroactivité

Traditionnellement en droit français on parle du principe de non-rétroactivité. Comme l'a bien remarqué M.Fromont, « centré sur la théorie des actes administratifs et non sur la problématique des droits des partenaires privés de l'autorité administrative, le système du droit administratif français repose très largement sur la distinction des actes rétroactifs et des actes s'appliquant à l'avenir »²⁶⁶.

Selon un principe bien établi, « la loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif » (art.2 du Code civil). Cependant, le législateur peut, en matière civile, déroger ce principe.

En ce qui concerne les actes administratifs, ceux-ci ne peuvent pas produire d'effets juridiques sur une période antérieure à leur parution (CE, 25 juin 1948, *Société du journal l'Aurore*). « Le Conseil d'Etat consacre ainsi un principe général du droit en vertu duquel les règlements ne disposent que pour l'avenir »²⁶⁷. C'était la décision à propos d'une mesure tarifaire, donc de caractère économique. Seulement la loi peut permettre la rétroactivité, a décidé le Conseil constitutionnel. Un texte comportant des dispositions rétroactives appartient nécessairement au domaine législatif (CC, 24 oct. 1969).

« Dans les matières autres que répressives, le législateur peut adopter des mesures rétroactives mais la faculté dont il dispose à cet égard est de plus en plus encadrée, pour des motifs de sécurité juridique : des dispositions rétroactives doivent reposer sur un motif d'intérêt général suffisant et ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles (CC, Décision du 18 décembre 2001) »²⁶⁸.

Quant à l'entrée en vigueur des actes administratifs, « les mesures nouvelles s'appliquent immédiatement à des situations juridiques antérieurement constituées mais dont les effets, pour l'avenir, se prolongent. En revanche, la décision administrative individuelle continue à produire ses effets lorsqu'elle est devenue définitive, en dépit de la survenance d'une nouvelle réglementation contradictoire. Ce principe est appliqué en matière économique le cas échéant avec quelques nuances (CE, 3 mars 1967, *Min. de la Construction c/ Sté Behr Manning et Sté des Abrasifs Norton*) »²⁶⁹.

Au sens strict, le principe de non-rétroactivité interdit de faire produire à un acte des effets à une date antérieure à son entrée en vigueur ; il peut s'agir d'une date antérieure à

²⁶⁶ Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.180

²⁶⁷ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.146

²⁶⁸ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.18

²⁶⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.72

l'adoption même de l'acte ou d'une date antérieure à la publicité dont il doit faire l'objet. « Dans les deux cas, dès lors que l'acte entend régir une période révolue, il est rétroactif et se heurte à ce titre au principe de non-rétroactivité »²⁷⁰.

Ce principe se réalise selon les deux directions.

La première : « le principe de non-application dans le passé d'une mesure nouvelle. *A fortiori* la jurisprudence reste aussi sévère lorsque les considérations tirées de l'urgence et de l'intérêt général sont moins évidentes »²⁷¹. Pourtant le législateur peut explicitement ou implicitement permettre aux autorités administratives de prendre des mesures rétroactives²⁷².

La deuxième : « le principe de non-application dans l'avenir d'une mesure nouvelle à une situation constituée dans le passé. Lorsque les contrats ont été conclus sous l'empire de certaines dispositions, la modification de ces dispositions ne s'applique pas à eux. *A fortiori* lorsqu'aucune règle n'existait en la matière, les nouvelles règles ne sont pas susceptibles d'affecter les contrats en cours d'exécution au moment où elles sont adoptées »²⁷³. Seuls les contrats qui viendront à être conclus ultérieurement subiront les effets de la nouvelle réglementation (CE, 9 juil. 1948, *Synd. national des courtiers d'assurances*).

En général on croit que « le principe de non-rétroactivité doit assurer de stabilité des situations juridiques »²⁷⁴. C'est son lien avec le principe de la sécurité juridique, ce que sera démontré par la suite.

Le principe de spécialité

Le principe de spécialité est « un principe d'organisation administrative, qui s'applique de façon constante et incontestée aux établissements publics ; cette spécialité qui est essentiellement fonctionnelle, mais peut être également territoriale, est déterminée dans les textes constitutifs de l'établissement »²⁷⁵. Selon ce principe, « toute personne morale voit sa compétence limitée à l'objet qui lui a été assigné au moment de sa création par ses statuts, sauf modification régulières de ces derniers »²⁷⁶.

« Le rôle du principe de spécialité n'est pas, cependant, celui d'un principe de non concurrence et sa violation éventuelle n'est pas au nombre des moyens susceptibles d'être soulevés devant le juge du référé précontractuel (CE, 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île guérandaise*). En revanche, il n'est pas exclu que cette règle

²⁷⁰ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.203

²⁷¹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.203

²⁷² Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.204

²⁷³ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.205

²⁷⁴ Orsoni Gilbert, *op. cit.*, p.58

²⁷⁵ Conseil d'Etat. Rapport public 2002, Collectivités publiques et concurrence, La documentation française, 2002, p.253

²⁷⁶ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.136

s'oppose à l'obtention d'un marché public ou d'un autre contrat de la commande publique par une personne publique, s'agissant en particulier du respect de la spécialité géographique »²⁷⁷.

Par exemple, le Conseil d'Etat a considéré qu'une société d'économie mixte créée pour l'aménagement d'une certaine région ne pouvait intervenir en dehors de cette région (CE, 14 mars 1997, *Compagnie d'aménagement des coteaux de Gascogne*) ; le Tribunal administratif de Paris considérant qu' « il est de la nature des établissements publics, qu'ils soient administratifs ou industriels et commerciaux, de n'avoir d'autre objet que celui qui leur a été spécialement attribué par leurs règles constitutives », a jugé qu'EDF ne pouvait, par l'intermédiaire d'une filiale, exercer une activité d'ingénierie générale qui ne se rattache ni directement ni par voie de connexité aux missions de cette établissement (jugement du 25 mai 1994, *Chambre syndicale des sociétés d'études techniques et d'ingénierie*)²⁷⁸.

Dans les ouvrages contemporains on remarque que « le principe traditionnel de spécialité est en perte de vitesse, puisque les principaux opérateurs publics constitués sous forme d'établissements publics ont été transformés en sociétés anonymes (France Télécom, EDF, GDF)²⁷⁹. Dans une certaine mesure il s'est perdu pour les établissements publics territoriaux (syndicats intercommunaux à vocation multiple, districts, communautés urbaines) »²⁸⁰.

Sur le plan comparatif, nous remarquerons que le principe de spécialité des personnes morales existant en Russie, est désavoué en plusieurs cas en raison de « l'expansion » de la législation en matière fiscale. Ainsi, si les organisations non commerciales paient les impôts de l'activité commerciale marginale, ils peuvent s'en occuper presque librement, en nivelant alors la différence entre les sujets commerciaux et les sujets non commerciaux.

Encore certains principes

Il existe beaucoup d'autres principes qui ont une importance pour le droit public économique. La plupart ont un caractère de procédure - les principes de procédure. Ainsi, en se fondant du 8 alinéa du Préambule de la Constitution de 1946, « le principe de démocratisation économique (ou de la participation) est affirmé »²⁸¹. Une obligation générale d'impartialité s'impose aujourd'hui à toute autorité administrative²⁸² (CE, 3 déc. 1999, *Didier*).

²⁷⁷ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.140

²⁷⁸ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.121

²⁷⁹ Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p.42

²⁸⁰ Carbajo Joël, *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2^{ème} édition, 1995, p.86

²⁸¹ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.148

²⁸² Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.172

« Au sens strict, le principe de participation à l'élaboration de la décision publique n'existe qu'en matière environnementale, où il jouit d'un rang en constante élévation »²⁸³. Sur ce sujet dans la doctrine s'enregistre l'impact croissant des principes du droit de l'environnement²⁸⁴.

Pour la sphère économique ont aussi une signification : le principe des droits de la défense, qui impose à l'administration de suivre une procédure contradictoire avant d'arrêter, à l'égard d'un administré, une mesure prise en considération de la personne (CE, 5 mai 1944, *Mme veuve Trompier-Gravier*), le principe du droit au recours – même en l'absence de texte, tout administré a la possibilité de demander à l'autorité qui a pris une décision ou à son supérieur hiérarchique de reconsidérer celle-ci (CE, 30 juin 1950, *Queralt*). Toute décision juridictionnelle doit pouvoir être contestée, au moins par la voie du recours en cassations (CE, 7 février 1947, *Aillières*).

Il faut mentionner aussi le principe de proportionnalité, qui est de l'essence même du libéralisme : « l'Etat doit intervenir le moins possible et choisir le moyen le moins gênant pour les particuliers »²⁸⁵. « Dans tous les ordres juridiques, les autorités administratives doivent adapter les mesures qu'elles prennent aux objectifs qu'elles poursuivent, c'est le principe de proportionnalité. La proportionnalité est la mise en balance des intérêts privés et des intérêts publics »²⁸⁶.

Section 2. Les sources du droit public économique

Le droit public économique a des sources de deux espèces : internes (dans les normes de l'État français) et externes (européennes et internationales). Une telle approche traditionnelle permet, cependant, d'éclairer la signification accrue des sources externes, et d'amener logiquement aux transformations du droit public économique (Partie 3).

§1. Les sources internes

Les sources internes du droit public économique sont : La Constitution, les lois, les règlements gouvernementaux, pris dans certains cas dans le domaine de la loi sur habilitation du législateur (ordonnances), et le plus souvent soit en exécution d'une loi soit indépendamment d'une loi (décrets) et les règlements que différentes autorités administratives peuvent le cas

²⁸³ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.178

²⁸⁴ Voir : Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.188

²⁸⁵ Fromont Michel, *loc. cit.*, p.887

²⁸⁶ Pontier Jean-Marie, *Considérations générales sur les principes en droit in Les principes et le droit*, sous la dir. de Jean-Marie Pontier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p.13

échéant être habilitées à prendre (ministres, préfets, organes décentralisés, autorités indépendantes)²⁸⁷.

La Constitution

Dans la hiérarchie des sources intérieures la place supérieure est occupée par la Constitution. Elle fixe les bases de toutes les branches du droit, elle a la force juridique supérieure. Puisque n'importe quel système économique a besoin de l'exposé d'une base juridique, c'est la Constitution qui fixe cette base. En France on dit plutôt du bloc de la constitutionnalité qui comprend la Constitution du 4 octobre 1958, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et le Préambule de la Constitution de 1946, auxquels s'ajoute un nombre croissant de règles jurisprudentielles dégagées principalement par le Conseil constitutionnel²⁸⁸.

De nombreuses dispositions du bloc de la constitutionnalité sont applicables dans le domaine économique²⁸⁹ :

1) Le Préambule de la Constitution de 1958 renvoie à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC), et au Préambule de la Constitution de 1946. Le Préambule de 1958 a été intégré au bloc de la constitutionnalité par la décision du Conseil constitutionnel du 16 juillet 1971, *Liberté d'association* ;

2) Le Préambule de 1946 comprend plusieurs dispositions essentielles au droit public économique, dont, par exemple, son alinéa 9 prévoyant la nationalisation des services publics nationaux et des monopoles de fait. Des principes concernent le droit public économique, ce sont plutôt des droits sociaux, par exemple :

- le droit au travail (CC, Décision 83-156 DC du 28 mai 1983) ;
- la participation de tout travailleur à la gestion des entreprises (CC, Décision 77-79 DC du 5 juillet 1977, Décision 2003-486 DC du 11 décembre 2003) ;
- le droit de grève et le droit syndical (CC, Décision 82-144 DC du 22 octobre 1981, Décision 2007-556 DC du 16 août 2007).

3) La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 consacre largement l'idée d'Etat gendarme, à travers la liberté d'entreprendre, la propriété privée, le principe d'égalité, le droit de communication, le principe de responsabilité des agents publics ;

Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pourraient être mentionnés, car ils font partie intégrante du bloc de la constitutionnalité, mais ils ne concernent en principe pas la sphère économique (ex. : la liberté d'association) ;

²⁸⁷ Voir plus : Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.66

²⁸⁸ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, p.81

²⁸⁹ Colin Frédéric, *op. cit.*, pp.121-123

4) La Constitution du 4 octobre 1958 : le texte même de la Constitution comprend de nombreuses dispositions à vocation économique :

- l'article 13 décrit les pouvoirs de nomination du Président de la République et cite certains emplois que le Président nomme²⁹⁰ ;
- les articles 21 et 37 confèrent le pouvoir réglementaire au Premier ministre ;
- le Titre XI consacré au Conseil économique, social et environnemental ;
- l'article 34 consacre une « réserve de loi », c'est-à-dire une liste de compétences réservées au législateur. En matière économique, ces règles concernent : la fixation des règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques (ce qui inclut la liberté du commerce et de l'industrie), l'établissement des impositions, le régime d'émission de la monnaie, les nationalisations et les privatisations. La loi est aussi seule habilitée à déterminer les principes fondamentaux de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales, les lois de programme ;
- l'article 11 donne prérogative au Président de la République, sur proposition du gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, pour soumettre à referendum « tout projet de loi portant... sur des réformes relatives à la politique économique ou sociale de la nation et aux services publics qui y concourent ». Certains sujets importants pour le pays, dont les projets d'ordre économique de portée nationale, ou encore le monopole des services publics peuvent faire l'objet d'une interrogation directe des français par référendum ;
- l'article 47 détermine les compétences en matière d'adoption des lois de finances ;
- les dispositions relatives à l'Union européenne : titre XV de la Constitution ;
- plusieurs dispositions de la Constitution, sans être spécifiques à l'économie, peuvent la concerner directement, comme l'article 20 qui fait référence à la « politique de la Nation », l'article 49 en matière d'engagement de la responsabilité du gouvernement devant l'Assemblée nationale, sur son « programme » ou dans l'hypothèse de la déclaration de « politique générale », ou l'article 49.4 pour la déclaration devant les sénateurs.

Les positions des spécialistes à propos de l'application à la Constitution française de la théorie allemande de «la constitution économique» se sont partagées. Certains trouvent que le contenu de la Constitution concerne pour l'essentiel l'organisation des pouvoirs publics, mais la Constitution elle-même est économiquement neutre. On peut seulement constater que « les

²⁹⁰ Sur le plan comparatif on remarque, que cette dépendance des emplois du Président a lieu qu'en Biélorussie (parmi toutes les anciennes républiques soviétiques).

équilibres établis entre les pouvoirs, les contrôles auxquels ils sont soumis relèvent d'un système politiquement libéral »²⁹¹. Les autres trouvent que, compte tenu du bloc de constitutionnalité et de l'activité du Conseil constitutionnel, la constitution économique est réelle. La reconnaissance du droit de propriété privée, le rôle conditionné dévolu à la nationalisation, le principe de la liberté du commerce et de l'industrie conciliés avec le respect des monopoles de service public, « sont autant d'éléments de notre droit public fondamental qui caractérisent la constitution économique de la France »²⁹². Nous sommes d'accord avec ces derniers.

Les lois (les sources législatives)

Les spécialistes constatent qu'en France il y a une importance quantitative relativement faible des textes législatifs en droit public économique. Plusieurs facteurs d'explication de ce phénomène sont traditionnellement avancés. « Il y avait longtemps coutume de faire valoir l'incompétence professionnelle des parlementaires pour analyser et traiter les sujets souvent techniques de la matière économique. Mais il vaut mieux mettre en avant des raisons tout à la fois politiques et techniques. Un certain nombre de mesures économiques sont fréquemment des mesures impopulaires – blocage des prix, rationnement, fiscalisations, etc. – dont les parlements préfèrent souvent laisser la responsabilité devant l'opinion aux gouvernements qui les réclament. Par ailleurs, d'un point de vue technique, certaines mesures d'intervention économique doivent être prises rapidement, avec une grande faculté d'adaptation à la conjoncture, et parfois dans le secret, pour déjouer les contre-mesures – que l'on songe aux décisions prises en matière monétaire et de relations financières avec l'étranger, toutes conditions difficilement remplies lors d'un débat parlementaire. C'est pourquoi la politique économique a toujours été un domaine de prédilection de la délégation de pouvoir législatif »²⁹³.

Néanmoins, rien, à l'origine, ne borne le domaine de la loi. Un pouvoir autonome a été reconnu par la jurisprudence. « Même en l'absence de dispositions législatives, il appartient au pouvoir exécutif de prendre les mesures générales nécessaires à l'ordre public et au bon fonctionnement des services publics (CE, 8 août 1919, *Labonne*). La décision du Conseil d'Etat relève qu' « il appartient au Chef de l'Etat, en dehors de toute délégation législative et en vertu de ses pouvoirs propres, de déterminer celles des mesures de police qui doivent être appliquées sur l'ensemble du territoire ». A côté d'un pouvoir réglementaire d'exécution des lois apparaît de la sorte un pouvoir réglementaire qui s'exerce de façon autonome »²⁹⁴.

²⁹¹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.70

²⁹² Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.14

²⁹³ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.47

²⁹⁴ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.62

Quatre grandes matières de compétence exclusive du législateur se dessineront : « le régime des libertés publiques, l'état des personnes, la détermination des impôts, la définition des crimes et des délits »²⁹⁵. « Conseil constitutionnel et Conseil d'Etat ont ensemble considérablement élargi le champ d'intervention du législateur par l'interprétation très extensive qu'ils ont donnée de chacun des alinéas de l'article 34 »²⁹⁶.

L'article 34 de la Constitution détermine la compétence du législateur. Un survol sommaire de l'article 34 montre que les matières les plus concernées par l'intervention économique sont²⁹⁷ :

- Les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques : ainsi, la liberté de l'activité professionnelle relève du domaine de la loi. De même pour la liberté du commerce et de l'industrie, elle aussi liberté publique, comme la liberté contractuelle.
- Les principes fondamentaux du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales. Ainsi est entaché d'incompétence un décret relatif à la rétention d'œuvres d'art susceptibles d'être exportées par leur propriétaire.
- Les nationalisations et les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. La portée de ces dispositions dépend de la définition de la notion de secteur public, dont le critère est la détention par des actionnaires publics de la majorité du capital social, et non la désignation, par une personne publique, de la majorité des dirigeants.
- Les principes fondamentaux de la sécurité sociale, qui, pour le Conseil d'Etat, comprennent notamment l'assiette des cotisations, leur taux relevant du pouvoir réglementaire (CE, 1 juillet 1996, *URSSAF de Haute-Garonne*).
- L'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures, questions se rattachant directement à celle du financement des interventions. Pour le Conseil d'Etat, « en principe, les prélèvements perçus par voie d'autorité au profit des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public et qui n'ont ni le caractère d'une taxe parafiscale... ni celui d'une redevance pour services rendus constituant des impositions » (CE, 23 juin 2000, *Chambre syndicale du transport aérien et autres*). Ainsi est illégal un décret mettant à la charge de producteurs de vin des versements constituant une imposition (CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*).

²⁹⁵ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.62

²⁹⁶ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.69

²⁹⁷ Moulin Richard, Brunet Pierre, *op. cit.*, pp.91-92

- Subsidiairement, les interventions économiques concernent aussi d'autres matières de l'article 34, telles la création de catégories d'établissements publics, la détermination des crimes et des délits et des peines qui leur sont applicables.

Bien que les auteurs remarquent « la multiplication des lois concernant l'économie et l'augmentation de son rôle dans les conditions contemporaines »²⁹⁸, la plupart des lois sont « d'origine gouvernementale »²⁹⁹. En outre, ils constatent que « parmi les actes législatifs du droit public économique nombre d'entre eux font une large place aux textes d'application gouvernementaux, comme les lois d'orientation, voire sont le fruit de délégations parlementaires, comme les ordonnances »³⁰⁰.

Les règlements

Les sources administratives réglementaires sont d'importance quantitative. « Le droit public économique est terre d'élection du règlement, en particulier pour régir le fonctionnement interne de l'administration. L'ensemble du droit des marchés publics, jusqu'au début des années 1990, et la transposition des directives européennes étaient ainsi presque exclusivement de nature réglementaire »³⁰¹. « La répartition matérielle des pouvoirs entre l'exécutif et le législatif dans la Constitution de 1958 emporte une conséquence considérable en ce qui concerne le développement du droit économique. La quasi-totalité des textes de droit économique qui ont vu le jour depuis 1958 ont leur origine dans le pouvoir exécutif »³⁰².

On peut identifier plusieurs catégories d'actes administratifs économiques³⁰³ :

- Les règlements de l'exécutif : décrets du Premier ministre ou du Président de la République (en conseil des ministres), contresignés par les ministres chargés de leur exécution ou par les ministres responsables (en vertu des articles 19 et 22 de la Constitution). Ces règlements peuvent réglementer l'activité économique privée, en application d'une loi ; ils peuvent également réglementer l'activité économique publique ; en matière financière, le gouvernement peut instituer des prélèvements autres que ceux qui constituent des « impositions de toutes natures », par exemple certaines taxes parafiscales ;
- Les ordonnances de l'article 38 de la Constitution, prises sur habilitation du législateur ;

²⁹⁸ Colson Jean-Philippe, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 3^{ème} édition, 2001, p.36

²⁹⁹ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.56

³⁰⁰ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.48

³⁰¹ du Marais Bertrand, *op. cit.*, p.19

³⁰² Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.38

³⁰³ Colin Frédéric, *op. cit.*, pp.124-125

- Les règlements ministériels et préfectoraux : ces autorités administratives ont un pouvoir réglementaire en tant que chef de service, ou en vertu d'une habilitation législative ou réglementaire³⁰⁴ ;
- Les règlements émis par les autorités administratives indépendantes, qui peuvent bénéficier de ce pouvoir à condition « que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant dans leur champ d'application que par leur contenu » (CC, décision 88-248 DC du 17 janvier 1989) ;
- Les règlements émis par certains établissements publics (Agence nationale pour l'Emploi), la Banque de France, certains organismes privés professionnels ;
- Les directives qui ont été créées dans le domaine économique pour compenser l'absence de reconnaissance au profit des ministres, d'un pouvoir réglementaire de droit commun en dehors de l'existence d'un texte législatif. La directive donne la possibilité pour l'administration dotée du pouvoir d'instruction de déterminer des normes inspirant son action, tout ayant l'obligation de se réserver un pouvoir d'appréciation des circonstances de chaque demande particulière.

Dans certaines conditions, la jurisprudence administrative admet également que « des organismes privés ou innommés puissent participer à l'exercice du pouvoir de réglementation, dans les limites prévues par la loi qui leur confie une mission de service public. Il s'agit de l'arrêt du Conseil d'Etat du 31 juillet 1942, *Monpeurt*, relative aux comités d'organisation institués par une loi du 16 août 1940 et jalonnée, depuis, par plusieurs arrêts importants. Les quasi-réglementations privées (codes de bonne conduite, chartes) ne sont pas assimilables à des règlements »³⁰⁵.

Les sources non réglementaires

Ce sont différentes circulaires, instructions, notes de service, ainsi que des décisions administratives individuelles et des contrats (des contrats d'intervention conclus avec des organismes professionnels, des « lettres d'agrément » conditionnant l'octroi de crédits à des entreprises agissant sur un marché déterminé, des contrats du plan³⁰⁶). Parmi les plus célèbres on peut trouver le circulaire Fontanet (1960) relative à la concurrence, circulaire Delors (1984) concernant les relations commerciales entre les entreprises, circulaire du premier ministre (1997)

³⁰⁴ L'absence de pouvoir réglementaire des ministres découle directement des règles constitutionnelles. La Constitution n'attribue le pouvoir réglementaire national qu'au Président de la République et au Premier ministre. Il est fréquent que les ministres reçoivent délégation du pouvoir réglementaire.

³⁰⁵ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, pp.51-52

³⁰⁶ Colson Jean-Philippe, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 3^{ème} édition, 2001, p.34

relative au rôle de l'Etat actionnaire ou tuteur des entreprises publiques, circulaire du 19 décembre 2008 relative au plan de relance de l'économie française.

La jurisprudence

Selon la conception classique du droit formel, « l'activité du juge est une application stricte de la loi au fait concret par les méthodes formelles déductives. Mais puis la conception réaliste de l'activité judiciaire a pris de la force : ayant reçu le droit de combler des lacunes, le juge a reçu le droit de créer les normes »³⁰⁷.

En France une opinion connue est que « la source principale du droit public est en effet la jurisprudence du Conseil d'Etat »³⁰⁸. Le Conseil d'Etat a créé par voie prétorienne de nombreuses notions du droit public économique, comme le service public, la liberté du commerce et de l'industrie, la police administrative ; ou en dégageant la notion de contrat administratif, soumis à un régime dérogatoire du droit commun. Le Conseil constitutionnel a grandement contribué à la modernisation des règles de fonctionnement de l'économie, il a notamment dégagé le caractère constitutionnel de la liberté d'entreprendre, ou modernisé la notion de droit de propriété.

La juridiction judiciaire est traditionnellement la juridiction du secteur privé économique. « Elle a un rôle important dans la détermination du régime juridique applicable aux sociétés commerciales régies par la loi de 1966, ou encore du droit de la concurrence, appliqué même aux organismes publics »³⁰⁹.

Le Tribunal des conflits a adopté les décisions *Blanco* et *Bac d'Eloka*.

Le problème de la qualité des lois

En France (comme en Russie, d'ailleurs) on peut noter un état de désordre normatif malgré la codification. La qualité des lois laisse à désirer.

« Tout naturellement la loi, faite par l'administration, va utiliser le langage de l'administration, celui du management public, mâtiné d'une dose de communication politique. Cela est vrai bien sûr des ordonnances puisque la délégation de faire la loi au gouvernement investit naturellement l'administration de la confection matérielle de celle-ci. Mais cela est vrai aussi, au-delà des ordonnances, de cet océan de textes conçus et écrits en dehors du Parlement, celui des autorités administratives indépendantes affichant un langage plus moderne dit de régulation, et aussi de ce droit venu d'ailleurs et notamment du système des Communautés

³⁰⁷ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.82

³⁰⁸ Celier Charles, *Droit public et vie économique*, Paris, PUF, 1949, p.353

³⁰⁹ Colin Frédéric, *op. cit.*, pp.125-126

devenues Union européenne et du système de la Convention européenne des droits de l'homme »³¹⁰.

La loi, trop de lois, apparaissent aujourd'hui « administratives », parce que leur fonction n'est plus de légiférer, de fixer le droit, mais de prendre part, une part, à l'exercice permanent de communication politico-administrative, représenté aujourd'hui comme la condition de l'effectivité de l'action publique. « Du même coup ce sont de nouvelles formes que prend la normativité, rejetant le véhicule traditionnel de la loi expression de la volonté générale par un organe représentatif de la souveraineté nationale »³¹¹.

L'inflation normative est encore renforcée par l'accueil de nouvelles sources de légalité et l'intégration au sein du bloc de légalité de règles d'ensembles normatifs traditionnellement rattachés au droit « privé »³¹².

« Le paradoxe : le système normatif paraît d'autant plus difficile à maîtriser qu'il est mieux encadré. La hiérarchie des normes est en effet plus précise que jamais, les impératifs de clarté et de sécurité juridiques sont affirmés avec une force inégalée, un effort de codification sans précédent est accompli. Mais alors que les règles sont bien déterminées, elles sont contournées par l'adoption de textes sans portée normative, par l'empiètement de la loi sur le domaine réglementaire, par le recours aux ordonnances sur une échelle qui rappelle le temps que l'on croyait révolu des décrets-lois »³¹³.

Tout cela conduit à la dégradation des sources formelles³¹⁴. Les pouvoirs qui adoptent les normes sont multipliés.

La réglementation

Il y a de plus en plus d'actes réglementaires. Il y a donc une tâche de leur simplification. Guy Sivieude propose d'introduire au cœur de la réglementation les principes de simplification que la production ou la révision de normes devraient prendre en compte (1), en s'attaquant à l'un des effets pervers les moins bien appréhendés de l'inflation normative: le coût de la réglementation (2)³¹⁵.

En France la qualité de la réglementation a longtemps été synonyme de la recherche de l'excellence dans la conception, l'écriture et la cohérence du droit si l'on considère la pérennité des textes hérités de l'époque révolutionnaire et napoléonienne. Mais le développement de

³¹⁰ Gaudemet Yves, *La loi administrative*, *Revue du droit public*, 2006, N°1, p.75-76

³¹¹ Gaudemet Yves, *loc. cit.*, p.76

³¹² Bérroujon François, *Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? RFDA*, 2008, n°3, p.449

³¹³ Stirn Bernard, *Lois et règlements : le paradoxe du désordre*, *Revue du droit public*, 2006, N°1, p.129

³¹⁴ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.760-761

³¹⁵ Sivieude Guy, *La simplification de la réglementation* in *Séminaire franco-russe «La qualité de la réglementation»*, Moscou, 2002, p.56

l'intervention de l'Etat, notamment dans les domaines économiques et sociaux, a fait naître un souci nouveau de qualité de l'administration, de simplification pour l'utilisateur et de mesure de l'impact des normes³¹⁶.

Il est possible de donner trois définitions de la qualité réglementaire. « 1) Une bonne réglementation serait une réglementation appropriée, c'est-à-dire proportionnée aux politiques et aux buts poursuivis. «Trop de réglementation tue la réglementation». Deux voies se dégagent de cette approche: la recherche d'alternatives à la réglementation, d'une part, et la voie de la simplification de la réglementation existante, d'autre part. 2) La qualité de la réglementation dépendrait de la façon dont celle-ci est acceptée. Cette approche a des effets en amont de l'adoption des textes, lors de la phase d'élaboration de la réglementation, essentiellement par le moyen de la consultation. 3) La qualité de la réglementation se mesure d'abord à son application effective et à la production durable d'effets conformes à l'objectif poursuivi par ses auteurs »³¹⁷.

Afin de résoudre le problème il est proposé d'utiliser les alternatives de la réglementation. « Premièrement, c'est la tentative de l'acquisition du résultat sans acceptation de la norme correspondante par le pouvoir (le libre jeu du marché, l'autorégulation, les codes de conduite, l'encouragement financier, l'information). Deuxièmement, l'alternative de la réglementation peut supposer l'utilisation de la réglementation comme une mesure supplémentaire (par exemple, les responsabilités des organisations d'autorégulation, les mécanismes de la responsabilité financière ou civile). La deuxième décision est la simplification »³¹⁸.

Les autres sources

On indique dans la doctrine le phénomène de la « déjuridicisation » du droit. Le déclin des sources formelles du droit, l'apparition de sources concurrentes – une partie non négligeable des normes qui gouvernent l'activité économique ne résultent pas des textes émanant des pouvoirs publics. « Il existe des normes privées qui peuvent emprunter à la loi sa généralité et sa relative permanence. Ce sont les conventions collectives, les ententes, les contrats types, les conditions générales des contrats, la réglementation professionnelle »³¹⁹.

De nouveaux types d'actes, qui ont une force juridique différente, apparaissent (actes d'orientation : actes-programmes, actes prospectifs³²⁰). L'autorégulation professionnelle amène à l'influence croissante des normes techniques. Selon la définition qu'en donne l'*International*

³¹⁶ Mandelkern Dieudonné, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation* in *Séminaire franco-russe «La qualité de la réglementation»*, Moscou, 2002, p.176

³¹⁷ Mandelkern Dieudonné, *loc. cit.*, pp.177-178

³¹⁸ Mandelkern Dieudonné, *loc. cit.*, pp.184-186

³¹⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.760-761

³²⁰ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.56

Standardization Organization (ISO) : « Une norme est une spécification technique ou un autre document accessible au public, établi avec la coopération et le consensus ou l'approbation générale de toutes les parties intéressées, fondée sur les résultats de la science, de la technologie et de l'expérience, visant à l'avantage optimal de la communauté et approuvé par un organisme qualifié, sur le plan national, régional ou international ». L'organisme qualifié peut être reconnu par les autorités publiques, par divers moyens, ou seulement par les agents économiques concernés, mais il est distinct de ceux-ci pour assurer sa neutralité à leur égard.

En principe, la norme technique n'est pas obligatoire ; son application est volontaire. « Elle est une émanation des milieux professionnels. Mais la norme technique est de plus en plus souvent confrontée au droit, soit dans les rapports contractuels privés, soit par l'intervention de la puissance publique qui confère parfois une portée juridique, d'ailleurs variable selon les cas, aux normes techniques »³²¹.

§2. Les sources externes

Les sources communautaires

Le droit élaboré par la Communauté économique européenne est, non exclusivement, mais principalement un droit économique. « Il a pour objet essentiel l'organisation du marché commun européen, selon des principes libéraux à l'intérieur et de préférence communautaire, à l'égard de l'extérieur »³²².

« Afin de parachever la réalisation du marché intérieur sur lequel se construit l'Union, le droit de l'Union européenne fait prévaloir le principe de la liberté dans tous les domaines de l'action économique »³²³. Il y a quatre libertés essentielles au marché intérieur :

- La libre circulation des marchandises (art. 28 et suiv. TFUE),
- La libre circulation des capitaux (les restrictions aux mouvements de capitaux et aux paiements entre les Etats membres et entre les Etats-membres et les pays tiers sont en principe interdites, sous réserve des limites et dérogations prévues par le traité, art.63 et suiv. TFUE),
- La liberté d'établissement (la liberté des ressortissants des Etats membres d'accéder aux activités non salariées et de les exercer, ou de constituer et gérer des entreprises dans un

³²¹ Marcou Gérard, La procédure de normalisation et l'innovation, Intervention à la table ronde « Aspects juridiques du soutien à l'innovation dans le développement économique », Forum économique France-Russie, 1^{er} mars 2010; Sablière Pierre, Une nouvelle source du droit ? *AJDA*, 2007, n°2, pp.66-73

³²² Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.61

³²³ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, pp.63-66

autre Etat membre, dans les mêmes conditions que celles prévues par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants, art.49 TFUE),

- La libre prestation de services (les restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres, qu'ils soient dans une situation de prestation active (déplacement du prestataire) ou virtuelle (sans franchissement d'une frontière physique).

En ce qui concerne des sources, l'essentiel est dans les traités. Ils s'appliquent directement dans les Etats membres. Par exemple, le traité de Rome contient beaucoup de prescriptions dans le domaine économique, comme la douane, l'aide d'État, la concurrence, etc. Portant la source principale du droit communautaire résulte du droit dérivé.

L'art. 249 TCE : pour l'accomplissement de leur mission et dans les conditions prévues au présent Traité, le Parlement européen conjointement avec le Conseil, le Conseil et la Commission arrêtent des règlements et des directives, prennent des décisions et formulent des recommandations ou des avis.

« Comme il n'y a pas des lois au niveau européen, entre les règlements et les directives il n'existe aucune hiérarchie des normes qui s'apparente à la distinction traditionnelle entre la loi et le règlement »³²⁴. Selon le traité, « le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre ». « La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». « Cette rédaction, comparée au texte relatif au règlement, laisse à penser que, tant qu'un Etat membre n'a pas transposé une directive, ses ressortissants ne peuvent en revendiquer pour eux-mêmes l'application »³²⁵.

La communauté européenne dicte la discipline législative et l'applique directement, par sa propre administration (la Commission) et ses propres décisions administratives. Les instances communautaires dictent des règles qui ne sont pas exécutées dans le cadre communautaire parce qu'elles visent les Etats³²⁶. D'une manière ou d'une autre, dans la doctrine le droit de l'UE s'appelle « une source perturbatrice »³²⁷, dont nous aurons la possibilité de se persuader.

Les sources internationales

Le droit international économique procède d'une multitude de sources tels que traités bilatéraux ou multilatéraux, décisions unilatérales d'organes des institutions internationales ou

³²⁴ Quermonne Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 6^{ème} édition, 2005, p.52

³²⁵ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.88

³²⁶ Cassese Sabino, *Le droit administratif européen présent-t-il des caractères originaux?* in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, p.1185

³²⁷ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.62

encore jurisprudence et parfois coutume. « Ce droit ne s'applique en principe qu'aux Etats (et le cas échéant aux organisations internationales), seuls sujets du droit international et ne les oblige en principe que sous réserve de réciprocité »³²⁸.

Le principal lieu de formation des règles du droit international public économique est l'organisation mondiale du commerce (OMC), qui a succédé au système GATT (General Agreement on Tarifs and Trade) à la suite des accords de Marrakech du 15 avril 1994. Le domaine d'activité de l'OMC s'étend désormais non seulement au commerce des marchandises (sur la base de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce – le GATT), mais aussi à celui des services – l'AGCS) et aux questions de propriété intellectuelle (sur la base de l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – l'ADPIC).

Il y a trois observations sur la dynamique libéralisatrice de l'OMC. « D'abord, l'OMC a jusqu'ici davantage déréglementé qu'organisé les échanges internationaux. Ensuite, la politique économique des Etats membres se trouve nécessairement assujettie au respect de ces règles, comme celle de l'Union européenne et le droit public économique national et européen ne saurait par conséquent se détourner totalement de l'étude des contraintes qui en résultent. Enfin, l'élargissement du domaine d'activité de l'OMC accroît inévitablement les risques de conflits de normes supranationales entre elles, qu'il s'agisse de confronter les règles édictées dans le cadre de l'OMC avec celles qui le sont dans le giron d'organisations internationales sectorielles. Ceci explique par exemple l'existence d'un accord entre la communauté européenne et l'OMC en matière de marchés publics »³²⁹.

En effet, le système des sources se complique de plus en plus, ce qui explique l'aspiration naturelle à la hiérarchie. « Le droit de l'OMC souffre cependant de deux « faiblesses » : l'absence de production d'un droit dérivé comparable à celui de l'Union européenne et le caractère controversé de l'hypothèse d'un effet direct des stipulations des traités »³³⁰.

Chapitre 2. Les concepts et les catégories essentiels du droit public économique

Section 1. L'architecture typique du droit public économique

§1. L'aperçu des structures du droit public économique proposées par les auteurs français

Nous nous référerons à certaines éditions des ouvrages consacrés au droit public économique, afin d'observer, quelles sont des questions qui se trouvaient au centre d'intérêt durant plusieurs années, et comment cela a changé la structure du droit public économique.

Tableau 5

³²⁸ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.115

³²⁹ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.117

³³⁰ Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *op. cit.*, p.117

Nom de l'auteur	Structure de la discipline « Droit public économique »
Bernard Chenot (1946)	Des diverses formes de l'intervention des collectivités publiques dans la vie économique : • Les travaux publics ; • Les services publics économiques ; • Nationalisations ; • L'administration économique ; • Les grands secteurs de la vie économique (l'énergie, les transports, le crédit)
André de Laubadère (1971)	• L'administration économique ; • L'interventionnisme et l'orientation économiques ; • Les activités publiques industrielles et commerciales ; • Les principaux régimes administratifs du secteur économique (transports, communications, les richesses naturelles et l'énergie)
Robert Savy (1977)	• L'administration économique ; • Les interventions économiques de l'administration (la planification ; la politique économique générale : la politique conjoncturelle - budgétaire, monétaire, la politique des prix, la politique des relations économiques extérieures, la politique à moyen terme – de la concurrence, des investissements y compris les aides, la politique de l'emploi, des revenus ; les interventions sectorielles – la politique et agricole) ; • Le droit des interventions économiques de l'administration
Robert Piérot (1984)	• L'élaboration des politiques économiques ; • L'exécution et le contrôle des politiques économiques
Alain-Serge Mescheriakoff (1996)	• Le droit public de la régulation du marché (le cadre juridique du marché, le droit public de la concurrence, les polices économiques du marché) ; • Le droit public du développement économique (les aides publiques économiques, les planifications) ; • Le droit du secteur public (nationalisation et dénationalisation, les entreprises publiques –organisation, gestion)
Hubert-Gérard Hubrecht (1997)	• L'encadrement juridique de l'action économique publique (jurisprudence du Conseil constitutionnel, droit

	communautaire) ; • Le secteur public (les entreprises publiques) ; • L'Etat et la régulation du marché (concurrence et prix, régulation des marchés financiers et boursiers, les aides publics)
Jean-Philippe Colson (2001)	1. Le secteur public (les nationalisations, les privatisations) ; 2. Les acteurs (autorités, entreprises publiques) ; 3. Les actions : • la planification, • les incitations, • les aides publiques, • la concurrence, • la régulation
Jean-Yves Chérot (2002)	1. Les institutions publiques de l'économie (l'administration économique - les services d'Etat, AAI, entreprises publiques) 2. Réglementations particulièrement significatives de la politique économique : • L'accès aux marchés publics et aux délégations de service public, • La réglementation des réseaux d'utilité publique, • La réglementation de l'action économique des collectivités territoriales
Bertrand du Marais (2004)	• Le service public ; • Le droit des marchés publics ; • Le secteur public ; • La régulation
Didier Linotte, Raphaël Romi (2006)	Les structures d'intervention en matière économique ; L'encadrement public de l'économie : • La planification et l'aménagement du territoire, • La régulation de la concurrence et le régime des prix, • La régulation des activités financières et monétaires, • La régulation de l'exploitation économique du domaine public ; Les interventions publiques directes : • Les entreprises publiques,

Comme on voit, les auteurs bâtissent sa structure, en se guidant par la logique et son idée clé. Si à l'aube du droit public économique ce sont les interventions de l'État dans l'économie qui se structuraient, avec le temps les sujets agissant dans l'économie se multiplient et leurs actions ne peuvent plus être embrassées par la notion des interventions.

§2. La structure « moyenne » du droit public économique

Il semble que l'approche « l'objet – le sujet » est la plus logique dans la construction du droit, parce qu'il permet de présenter la gamme des actions du sujet par rapport à l'objet. C'était la logique de Jean-Philippe Colson en 2001³³¹; dans la version plus récente la construction est placée entre les actions et les acteurs³³². Probablement, il a montré de cette manière la réduction physique et morale du secteur public.

A notre avis, la structure du droit public économique est suivante :

1. Les institutions agissant dans l'économie (l'Etat, les autres personnes publiques, les sujets quasi-étatiques, les personnes privées chargées);
2. Les directions principales de la politique économique:
 - La planification et la prévision,
 - La régulation de marché,
 - Le soutien de la concurrence,
 - Le soutien du développement économique,
 - La police économique,
 - Le partenariat public-privé.
3. Le secteur public dans l'économie (les entreprises publiques, la nationalisation, la privatisation).

Certes, l'éclairage de toutes ces questions doit se passer pas seulement du point de vue de la réglementation, mais aussi de la jurisprudence.

Section 2. Les notions et catégories essentielles du droit public économique

Le droit public économique utilise la multitude des conceptions et des notions du droit administratif classique. En même temps, il élabore petit à petit ses propres notions (la

³³¹ Colson Jean-Philippe, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 3^{ème} édition, 2001

³³² Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition

planification, par exemple). Notre but est d'observer les notions et les catégories principales qui créent la conception du droit public économique.

§1. Le secteur public

A. La propriété publique

L'importance et les particularités de la propriété publique en France sont tellement grandes que ces questions forment une discipline spéciale, le droit administratif des biens, qui consiste traditionnellement de trois parties : la propriété d'État (domaine public), les travaux publics et l'expropriation³³³. Nous y serons intéressés seulement par les questions, qui sont liées à l'utilisation des biens publics dans l'activité économique de l'État. On dit que « le domaine est d'origine *dominium* royal »³³⁴.

La propriété publique et privée de l'Etat

En France la propriété de l'État se divise à la propriété privée et la propriété publique. La propriété publique est la partie de la propriété appartenant à l'État ou à d'une autre personne publique, qui est soumis au régime du droit public (à la différence de la propriété privée de l'État ou d'une autre personne publique, qui participe au circuit économique).

Entre domaine public et domaine privé, il n'existe pas de différence radicale, notamment en ce qui concerne les finalités de leur gestion et de leur utilisation. Certes, « le domaine public est constitué et reconnu en raison de l'intérêt public auquel il est destiné, et le domaine privé présente plutôt un intérêt patrimonial. Mais la gestion du domaine privé, même patrimoniale, correspond toujours à un intérêt public et le domaine public doit faire l'objet de la meilleure exploitation, y compris d'un point de vue financier, et de la meilleure utilisation »³³⁵.

À cet égard il y a une proposition de se refuser à une telle division. L'examen du droit positif français actuel montre que « la distinction d'un domaine public et d'un domaine privé des personnes publiques est trop rigide pour être vraiment opératoire. Il paraît possible de simplifier le droit en abandonnant cette distinction »³³⁶. On est d'accord « qu'il est parfois difficile de faire comprendre à un juriste étranger que le droit français puisse dire que les personnes publiques ont un domaine privé »³³⁷.

³³³ V. p.ex. Laval Christian, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996

³³⁴ Yolka Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p.58

³³⁵ Delvolvé Pierre, L'utilisation privative des biens publics, *RFDA*, 2009, n°2, p.230

³³⁶ Latournerie Marie Aimée, Pour un nouveau concept du domaine public, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2005, N°617, février, p.49

³³⁷ Latournerie Marie Aimée, *loc. cit.*, p.48

La propriété publique, débarrassée de l'affectation, perd une partie des spécificités que la doctrine classique lui assignait. « Reconnaître que la plupart des règles dérogatoires sont liées à la domanialité publique ou découlent de textes particuliers, c'est admettre qu'il n'y a pas entre les régimes respectifs de la propriété publique et de la propriété privée des différences aussi marquées qu'on le dit généralement. L'histoire montre d'ailleurs que la frontière entre les deux sphères n'est pas immuable »³³⁸.

L'inaliénabilité

Dès les prémices de la notion de domaine public, notamment avec le domaine de la Couronne sous l'Ancien Régime, apparaît une forme d'inaliénabilité pour les biens nécessaires « au bien commun ». C'est l'Edit de Moulins de février 1566 qui pose cette règle pour le domaine de la Couronne. « Aujourd'hui, avec la distinction entre domaine public et domaine privé, les solutions sont plus précises – voire complexes – et se sont affinées. Mais l'essentiel demeure que la domanialité publique tend à protéger les biens affectés à l'utilité publique. Il faut toutefois rappeler que, sous l'Ancien Régime, l'inaliénabilité visait surtout à éviter la dilapidation du patrimoine par le Roi. Aujourd'hui, c'est plutôt l'affectation des dépendances domaniales que la domanialité publique vise à protéger »³³⁹.

« L'inaliénabilité du domaine était considérée comme emportant interdiction de constituer des droits réels sur celui-ci »³⁴⁰. Le principe d'inaliénabilité du domaine public n'a pas en tant que tel été reconnu comme « ayant une valeur constitutionnelle bien que la règle n'ait pas été exprimée aussi explicitement »³⁴¹.

Donc, l'inaliénabilité est une première caractéristique de la propriété publique qui reste dans la législation, malgré ses modifications (l'article L.3111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques, l'article L.1311-1 du Code général des collectivités territoriales). A propos, « le nouveau code est organisé autour de la notion de propriété, comme le souligne son titre même, et non de la domanialité. Il relève d'une conception notariale plus que d'une conception domaniale »³⁴².

En même temps l'inaliénabilité n'a pas de valeur constitutionnelle. Malgré la jurisprudence parfois ambiguë du Conseil constitutionnel, il semble acquis que le principe d'inaliénabilité n'a pas valeur constitutionnelle. « Avec une telle disposition, les personnes

³³⁸ Yolka Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, p.612

³³⁹ Douence Maylis, L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques, *AJDA*, 2006, №5, p.238

³⁴⁰ Gaudemet Yves, Les droits réels sur le domaine public, *AJDA*, 2006, n°20, p.1095

³⁴¹ Maugué Christine, Bachelier Gilles, Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques, *AJDA*, 2006, n°20, p.1076

³⁴² Delvolvé Pierre, Regard extérieur sur le code, *RFDA*, 2006, №5, septembre-octobre, p.904

publiques et notamment les collectivités territoriales et leurs établissements publics pourraient désormais en toute légalité procéder, elles aussi, à des mutations domaniales. Le droit pourrait ainsi rattraper et encadrer le fait »³⁴³.

B. Les personnes publiques

Le droit administratif français distingue parmi les personnes publiques l'État, les entités territoriales (les communes, les départements et les régions), les établissements publics, les groupements d'intérêt public. Certainement, dans le cadre de cette étude nous sommes intéressés seulement par les relations des personnes publiques dans la sphère économique. Gardent-ils sa spécificité publique ?

L'essence de ce qui est public, si elle existe, est moins à rechercher dans la personnalité publique qu'à être déduite de l'application de certains principes ou de certaines règles par l'Etat aux personnes publiques, par l'intermédiaire du droit administratif. « Lorsqu'elle utilise les procédés du droit privé, la personne publique renonce à ses privilèges, elle voile sa nature de personne publique, qui ne disparaît pas et peut se manifester à tout moment mais se trouve temporellement, le temps de l'action, annihilée. Le droit administratif demeure le sceau par lequel s'exprime la volonté de l'Etat de se conformer aux finalités qui justifient l'application de ce droit »³⁴⁴.

Il est important de définir le régime du droit applicable. C'est clair que « le droit appliqué aux relations entre les particuliers, ne s'applique pas aux relations des personnes publiques entre eux. Le tribunal administratif de Montpellier a jugé que l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations n'a pas vocation à s'appliquer aux relations entre collectivités territoriales et établissements publics et notamment aux titres exécutoires émis par un établissement public à l'encontre d'une commune (10 février 2009, n°0704049, *Commune de Saint-Nazaire d'Aude*) »³⁴⁵.

Quant aux autres relations, tout dépend de la notion de service public et celle d'intérêt général. « La notion d'intérêt public économique « naît » dans la note du professeur Achille Mestre pour l'arrêt *Zénard*, CE, 1933. Avant, on estimait jusque-là que les collectivités publiques ne devaient pas s'insérer dans le domaine économique concurrentiel »³⁴⁶. C'est l'existence d'un objectif d'intérêt général qui fonde l'existence des régimes spécifiques du droit public. Mais c'est également « l'intérêt général qui justifie l'existence des moyens d'actions exorbitants du droit privé utilisés par l'administration, tels que l'acte unilatéral ou le contrat

³⁴³ Douence Maylis, L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques, *AJDA*, 2006, N°5, p.246

³⁴⁴ Pontier Jean-Marie, La personnalité publique, notion anisotrope, *RFDA*, 2007, n°5, p.989

³⁴⁵ *AJDA*, 2009, n°18, p.990

³⁴⁶ Fourrier Charles, *op. cit.*, p.285

administratif ou qui fonde le régime particulier de la responsabilité administrative »³⁴⁷. Il faut remarquer que la notion d'intérêt général dépend de l'époque et de circonstances. Par exemple, en 1966 le Conseil d'État a reconnu que la construction du casino municipal répond à l'intérêt général, puisque elle entraîne le développement du tourisme. En outre, non seulement les services publics satisfont l'intérêt général, mais aussi les personnes privées, par exemple, les coopératives de garage. Ainsi, il y a un lien évident entre l'intérêt général et le service public, mais pas toujours.

En même temps, « par la création d'institutions variées aux intérêts divers, par la multiplication des règles applicables à des activités administratives singularisées, il devient difficile d'obtenir une vision unique de l'intérêt général, de protéger du commun là où règne le multiple »³⁴⁸.

Le service public

Le droit administratif français s'est défini longtemps par la notion de service public. « Le service public est la pierre angulaire du droit administratif »³⁴⁹. Déjà au XIX^e siècle la notion dominante de puissance publique a cédé la place à celle de service public, plus exactement cette dernière est apparue dans la décision *Blanco* du Tribunal des conflits en 1873. Le service public est une activité d'intérêt général, qui se réalise par une personne publique directement, soit sous son contrôle par une personne privée.

Comme écrivait Louis Roland, dont le nom est lié à l'école classique des services publics de l'Université de Bordeaux, dans la définition des services publics il y a trois idées assez simples. Première est l'idée de l'entreprise : chaque service public a un personnel, des biens, il utilise des procédures et des techniques juridiques pour l'acquisition d'un résultat défini. Deuxième est l'idée de la satisfaction de besoins collectifs. Troisième est l'idée de la dépendance du gouvernement (de l'administration) qui dirige du service public³⁵⁰.

Parfois les traits des services publics déduisent de la théorie de Samuelson. Il distinguait les biens publics et les services publics par trois caractéristiques : l'indivisibilité (les biens publics sont utilisés par tous les individus, comme la rue éclairée), l'impossibilité des exceptions (une fois qu'il est accessible à tous, les exceptions ne sont pas possibles), la production se propose à plusieurs consommateurs (la production qui est produite une fois se propose à tous les

³⁴⁷ Renaudineau Guillaume, *L'intérêt général* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.304

³⁴⁸ Bérouton François, *Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? RFDA*, 2008, n°3, p.454

³⁴⁹ Lévêque François, *Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public* in *Le droit dans l'action économique*, sous la dir. de Thierry Kirat, Evelyne Serverin, Paris, CNRS éditions, 2000, p.180

³⁵⁰ Rolland Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Petits Précis, 9^{ème} édition, 1947, p.2

nouveaux consommateurs au prix marginal). En conséquence, si le bien a tous ces trois traits, il est purement collectif (la défense nationale, l'éclairage public, la législation et la justice). Si au moins un des traits est absent, on constate des services publics mixtes³⁵¹.

« Les services publics sont une activité de l'État « obligatoire », au niveau national ou local : une activité matérielle (la justice, la poste, le téléphone, l'eau, le gaz, l'électricité, le nettoyage des ordures, les jardins d'enfants), une activité financière (les subventions, les crédits, la protection sociale, les allocations, les bourses), l'activité culturelle (l'enseignement public) »³⁵². Ces activités peuvent être traditionnelles, assurant la souveraineté de l'État (la justice, la police, la défense, les impôts, les affaires étrangères), ou socioculturelles (l'enseignement, la santé publique).

« La singularité du service public à la française tient au fait qu'il relève davantage d'une logique administrative que d'une logique d'entreprise au sens où son organisation est confiée, par voie directe ou indirecte, aux autorités publiques »³⁵³. Donc, l'administration peut déléguer le service public à une personne privée. La notion de service public géré par une personne privée apparaît, au moins en partie, fonctionnelle. « En présence d'une loi tout au moins, la notion de service public paraît, pour des raisons d'opportunité, d'échapper à une définition fondée sur des critères ou des indices ; elle est définie par sa fonction, c'est-à-dire par sa capacité à entraîner l'application d'un régime auquel le législateur souhaite soumettre l'activité »³⁵⁴.

L'organisation des services publics s'est construite au niveau national, autour d'un modèle original, « inspiré de l'idéologie socialiste, qui associe étroitement propriété publique et gestion en monopole intégré, le tout sur fond de compromis social »³⁵⁵. En général, « l'Etat ne peut pas exister sans un minimum de services publics qui assurent la vie de la société »³⁵⁶.

Les services publics fonctionnent conformément à des principes définis (ces principes s'appellent les lois de Roland). Dans la conception classique il y en a trois. Le premier principe est la continuité. Il signifie que les services publics ne peuvent pas arrêter de fonctionner. Le deuxième principe est l'égalité. L'égalité a deux significations : l'égalité de tous les citoyens devant les services publics (ce qui est complété par la neutralité des services publics), et l'égalité des citoyens à l'accès aux services publics. Souvent l'égalité est complétée par la gratuité des services publics administratifs ou par les prix réglementés des services publics à caractère

³⁵¹ *Performances des services publics locaux. Analyse comparée des modes de gestion*, GREP-UNSPIC, Paris, Litec, 1990, pp.63-64

³⁵² Lachaume Jean-François, Boiteau Claudie, Pauliat Hélène, *Grands services publics*, Paris, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} édition, 2000, p.16

³⁵³ Tosi Gilbert, Evolution du service public et principe de subsidiarité, *Revue française d'économie*, 2006, juillet, volume XXI, p.6

³⁵⁴ Janicot Laetitia, L'identification du service public géré par une personne privée, *RFDA*, 2008, n°1, p.79

³⁵⁵ Tosi Gilbert, *loc. cit.*, p.9

³⁵⁶ Guglielmi Gilles J., Koubi Geneviève, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2000, p.164

commercial. Le troisième principe est la mutabilité (la capacité aux changements, l'adaptation), c'est un devoir de l'administration d'adapter les services publics aux changements.

On croyait au début que les services publics étaient incompatibles avec l'activité commerciale : si l'exploitation des stationnements municipaux payants donne un bénéfice, c'est une activité commerciale, et non le service public. Cependant avec les années, l'antagonisme des services publics et de l'activité commerciale est passé, ce qui s'est exprimé dans la reconnaissance de la possibilité pour l'organisation commerciale d'effectuer l'activité de service public. De tels services publics à caractère commercial sont nés avec une décision du Tribunal des conflits en 1921, l'arrêt *Société commerciale de l'Ouest africain*. Les services publics à caractère industriel et commercial sont financés par les utilisateurs, ils sont organisés et fonctionnent comme les sociétés privées.

Le Conseil d'État a retenu le principe « faisceau d'indices » afin de distinguer les services publics à caractère industriel et commercial des services publics administratifs³⁵⁷ : 1) l'objet du service (la production ou la vente des biens ou des services), 2) l'origine des ressources (le paiement des utilisateurs des services), 3) le modèle de l'organisation et du fonctionnement du service.

Diviser les services publics selon leur caractère – administratif ou commercial – il est nécessaire pour la détermination du droit applicable. A l'époque le droit administratif s'appliquait à tous les services publics (le Tribunal des conflits dans la décision *Blanco* de 1873 a défini, que les services publics ne peuvent pas se soumettre aux règles du Code civil), mais après la reconnaissance de l'existence des services publics industriels et commerciaux la situation a changé. Les SPIC sont soumis au régime juridique mixte, puisque l'on applique aussi le droit privé. Il faut prendre en considération, que « dans tous les cas le régime juridique des services publics insère toujours les règles du droit administratif, avec différents niveaux de soumission au droit administratif »³⁵⁸. « Le régime juridique des services publics comprend toujours les règles exorbitantes du droit commun »³⁵⁹. Les SPIC peuvent adopter les actes administratifs, avoir les prérogatives de puissance publique, ils fonctionnent selon les principes de service public, le directeur et le chef comptable sont soumis au droit public (CE, 26 janvier 1923, *de Robert Lafrégeyre*).

En réalité la notion de service public industriel et commercial a fonctionné comme un véritable « cheval de Troie » de la publicisation progressive du droit économique français. Concrètement l'évolution progressive de la jurisprudence initiée par l'arrêt *Bac d'Eloca* a

³⁵⁷ Valette Jean-Paul, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses Edition Marketing S.A., coll. Le droit en questions, 2000, p.42

³⁵⁸ Debbasch Charles, *Institutions et droit administratifs*, Tome 2 « L'action et le contrôle de l'administration », Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 5^{ème} édition, 1999, p.45

³⁵⁹ Debbasch Charles, *op. cit.*, p.45

contribué à étendre considérablement la sphère du droit public par deux mouvements différents. « Le premier a consisté à déplacer très rapidement la frontière entre SPA et SPIC au bénéfice du premier et au détriment du deuxième. Le second s'est concrétisé dans la reconnaissance d'un noyau irréductible de droit public au sein même du SPIC »³⁶⁰.

La division classique de services publics aux administratifs et commerciaux est complétée constamment, mais pas toujours avec succès. Ainsi, le Tribunal des conflits dans sa décision *Naliato* du 22.01.1955 a créé la catégorie des services publics sociaux qui était critiquée sans cesse jusqu'à sa suppression par la décision *Gambini* du 04.07.1983³⁶¹.

Le Conseil constitutionnel qui, à vrai dire, connaissait rarement de questions relatives aux services publics, a introduit la notion de service public constitutionnel (décision des 25-26 juin 1986). Les services publics classiques se sont créés par le pouvoir législatif ou réglementaire, tandis que les services constitutionnels sont créés dans les domaines mentionnés par la Constitution.

Les racines de cette définition se trouvent dans le paragraphe 9 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, où on dit que tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert le caractère du service public national ou du monopole réel, doit être une propriété de la société. « La signification pratique de la catégorie des services publics constitutionnels consiste à ce qu'ils ne peuvent pas être transmis dans le secteur privé »³⁶². Certains d'eux sont mentionnés directement dans le texte de la Constitution (l'enseignement public), les autres sont constitutionnels comme tels (l'armée, la justice, les finances publiques).

Malgré le développement de la théorie des services publics (les cours «Services publics principaux et entreprises nationales» a commencé aux universités dès 1954), elle garde des angles aigus. Par exemple, il existe les services publics « à double visage »³⁶³, qui sont difficiles à qualifier. « Grace à l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, la définition du service public va-t-elle cesser d'être introuvable ou impossible ? »³⁶⁴ Aucune notion spécifique de service public n'a été officialisée par le droit positif. « Le concept se trouve parfois dans les analyses doctrinales, notamment lorsqu'elles adoptent une approche fonctionnelle, mais il y est traité sans rigueur véritable »³⁶⁵.

³⁶⁰ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.35-36

³⁶¹ Valette Jean-Paul, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses Edition Marketing S.A., coll. Le droit en questions, 2000, p.42.

³⁶² Valette Jean-Paul, *op. cit.*, p.44

³⁶³ Lachaume Jean-François, Brèves remarques sur les services publics à double visage, *RFDA*, 2003, mars-avril

³⁶⁴ Boiteau Claude, Vers une définition du service public ? *RFDA*, 2007, n°4, p.803

³⁶⁵ Moderne Franck, *Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public* in *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Moderne Franck, Marcou Gérard (éds), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, p.76

C. Les entreprises publiques

La notion d'entreprise publique

Jusqu'à 1918 les entreprises publiques comme telles n'existaient pas. « L'histoire économique de la France jusqu'en 1920 se déroula pratiquement sans création d'entreprises publiques »³⁶⁶.

Il y avait un secteur dans l'économie, qui, selon les critères modernes, peut être qualifié comme un secteur public dans l'économie (il s'agit des productions connus depuis les temps royaux : la Manufacture des Gobelins, la Porcelaine de Sèvres). Il y avait aussi le monopole d'État sur le tabac et les allumettes (en forme de gestion d'État directe sans création d'une personne morale - régie). L'État au XIX^e siècle dirigeait directement l'activité des chemins de fer. Pourtant, on ne pouvait pas parler de l'entreprise publique comme un sujet juridiquement indépendant. Les rares exploitations économiques de l'Etat furent instituées pour des raisons régaliennes et en régie directe : à celles héritées de l'Ancien Régime ne s'ajoutèrent que le monopole fiscal des tabacs (1810), le transport du courrier (1851), le Journal officiel (1880), et pendant la guerre de 1914-1918, des services de ravitaillement et d'assurances maritimes. Il n'existait qu'un cas d'entreprise publique au sens moderne, la Compagnie du chemin de fer de l'Etat, née du rachat par ce dernier à partir de 1887 de compagnies concessionnaires du réseau de l'ouest en difficulté, et encore en ne lui reconnaissant que tardivement la personnalité juridique³⁶⁷.

Pendant les années 1914-1918 pour l'administration des biens de l'Allemagne, qui a été reçu à la suite de la réparation, ont été créés des bureaux du commerce et de l'industrie : le bureau national industriel de l'azote, les mines d'État de l'Alsace, la compagnie orientale. Le premier bureau (de l'azote) était fondé sur une raison de force majeure, puisque l'État n'a pas tout simplement trouvé un concessionnaire pour la gestion. Les bureaux du commerce et de l'industrie réunissaient la gestion directe (en forme de régie, la gestion étatique) et l'activité commerciale.

Dans la période «entre les deux guerres» les sociétés de l'économie mixte apparaissent. D'abord, selon la Convention du 30 mai 1933, c'est la compagnie d'aviation Air France (avec la part de l'État en 25 %). Puis, selon la Convention du 31 août 1937, c'est la SNCF (la société nationale des chemins de fer qui a réunit les 7 compagnies ferroviaires dont les 5 étaient privées et deux appartenaient à l'État). Après la Deuxième guerre mondiale le secteur public de l'économie s'élargit à la suite de la nationalisation, quand les actions des compagnies privées ont

³⁶⁶ Delion André, *Le droit des entreprises et participations publiques*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2003, p.11

³⁶⁷ Delion André, *op. cit.*, p.13

été rachetées par l'État qui est devenu le seul propriétaire de ces entreprises. L'exemple classique de la nationalisation d'après-guerre est le groupe des usines d'automobile Renault.

Les besoins de l'après-guerre étaient si présents que les pouvoirs publics osèrent enfin par nécessité créer et gérer directement des entreprises. Certes, cette évolution était prônée par deux grands courants idéologiques. Celui des courants socialistes, y compris sous la forme du « socialisme municipal », et celui du marxisme demandant « l'expropriation » des propriétaires des capitaux, avaient conduit la Confédération générale du travail à réclamer la nationalisation des industries de base au congrès de Lyon en 1919 avant de proposer lors de son congrès d'Orléans en 1920 la formule de la « nationalisation industrialisée », consistant à assurer « l'exploitation sous le contrôle de la Nation par les producteurs et consommateurs associés », censée éviter une gestion bureaucratique. De son côté, le « christianisme social » trouva son expression dans l'encyclique *Quadragesimo Anno* de 1931 admettant l'existence de biens qui « doivent être réservés à la collectivité lorsqu'ils en viennent à conférer une puissance telle qu'elle ne peut sans danger pour le bien public être laissée entre les mains de personnes privées »³⁶⁸.

Dès 1945, l'objectif du recours aux entreprises publiques n'était plus seulement de relever l'économie des conséquences de la guerre, il était de rattraper le retard historique de la France découlant du parti insuffisant qu'elle avait tiré des deux premières révolutions industrielles. A cet effet, des gouvernements de coalition d'après la Libération puis des gouvernements de droite après la naissance de la Cinquième République en 1958, sous l'influence de grands « technocrates » comme Guillaumat, puis un gouvernement de gauche venu au pouvoir en 1981, recoururent massivement aux entreprises publiques, par nationalisations, créations ex nihilo et extensions au moyen de filiales, construisant un véritable « capitalisme d'Etat » dont le but explicite était de constituer des entreprises « champions nationaux » internationalement compétitifs qui permettraient seuls de tirer, de la troisième révolution industrielle qui s'annonçait, le parti que la France n'avait pas su tirer des précédentes³⁶⁹.

Les décisions de privatisation se sont beaucoup moins fondées sur l'idéologie ultra libérale propagée par l'école de Chicago, le « thatchérisme » et le « reaganisme » que sur des nécessités pratiques, en particulier celles déjà évoquées de lever des fonds sur le marché financier des capitaux, faute de concours financiers publics, et de pouvoir procéder aux opérations de croissance externe par des paiements en titres qui reviennent à privatiser des fractions du capital. Un autre argument qui a incité à privatiser est que « l'Etat, après ses succès

³⁶⁸ Delion André, *op. cit.*, pp.13-14

³⁶⁹ Delion André, *op. cit.*, p.16

des « Trente glorieuses », manifestait des carences lors de gestions irréalistes comme celle de Bull, laxistes comme celles de la sidérurgie ou de Renault dans les années 1980, ou aventurées et fautives comme ensuite celles du Crédit Lyonnais et du GAN, qui ont toutes entraîné de fortes pertes à sa charge »³⁷⁰. Ainsi la notion de « entreprise publique » est apparue, mais elle n'a pas trouvé jusqu'ici la définition précise. « Tous se sont habitués à ce que l'entreprise publique est un fantôme juridique, dont tout le monde parle, mais personne n'est capable de donner la définition de cette réalité économique »³⁷¹. Peut-être, la seule définition de l'entreprise publique dans la législation française est-elle donnée dans le projet de loi de 1948 sur le statut des entreprises publiques, qui n'a pas été approuvé. Selon ce document l'entreprise publique est la personne morale de droit privé avec l'autonomie financière, dont le capital consiste à ce que les ressources financières et naturelles soient payées par l'Etat et doivent servir à l'exploitation commerciale, industrielle ou agricole. Bien que le projet ne pas devenu la loi, il a exercé l'influence intellectuelle sur la doctrine et la législation ultérieure.

Dans la doctrine classique il est proposé de prendre en considération seulement deux éléments de la définition : 1) l'objet de la définition qui est l'entreprise (elle réalise l'activité dans le domaine économique, a les droits de la personne morale et l'autonomie financière); 2) l'appartenance de cette entreprise au secteur public, c'est-à-dire le contrôle public³⁷². Nicolas Thirion trouve « qu'il faut examiner l'entreprise ni comme l'objet, ni comme le sujet de droit, mais comme la cellule économique de l'économie de marché, l'objet de l'organisation juridique et grille de lecture du droit des affaires. À son avis, dans la notion de l'entreprise il y a trois éléments : la réalisation de l'activité économique, l'organisation des ressources humaines et les responsabilités, les pouvoirs (par la propriété ou par le contrôle) »³⁷³.

Il est nécessaire de remarquer l'évolution de la position du Conseil d'État. Dans l'arrêt du 24 novembre 1978 le Conseil d'État a jugé que la société appartient au secteur public, si plus de 50 % du capital appartient à l'État, directement ou indirectement, et si c'est fixé dans le texte de la loi ou du décret. Le développement de la jurisprudence a amené à ce que le critère de la majorité du capital a cessé d'être l'essentiel, donc la participation de l'État ne doit pas être fixée obligatoirement dans la norme. Dans l'arrêt du 22 décembre 1982 il est admis que la majorité du capital peut être possédée par plusieurs personnes publiques. Donc, par la définition du Conseil d'État l'entreprise publique est une entreprise, où la plupart du capital appartient à l'État, à une collectivité publique, à un établissement public ou à une entreprise du secteur public.

³⁷⁰ Delion André, *op. cit.*, pp.20-21

³⁷¹ Durand Guy, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, éditions Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 2002, p.151

³⁷² Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, pp.191-195

³⁷³ Thirion Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2002, p.32

Dans tous les Etats européens les entreprises publiques exercent trois fonctions économiques : « influence sur la destination des ressources, fonction de redistribution, fonction de stabilisation macroéconomique »³⁷⁴. « Une entreprise publique est un organisme doté de la personnalité juridique, gérant une activité de production de biens ou de services vendus contre un prix et soumis organiquement au pouvoir prépondérant d'une autorité publique »³⁷⁵.

Quand la participation de l'Etat dans une entreprise est majoritaire, il s'agit d'une entreprise publique. La notion de participation publique visera donc une participation minoritaire, conformément au Code de commerce qui, pour l'application du chapitre sur les filiales, participations et sociétés contrôlées, considère comme une participation les cas où « une société possède dans une autre société une fraction du capital comprise entre 10 % et 50 % »³⁷⁶.

En définitive, « la question de savoir qui possède le capital des entreprises – le « chat noir » public ou le « chat blanc » privé – apparaît secondaire dans la mesure où ce qui compte le plus, ce ne sont pas les seuls moyens, mais l'efficacité de l'entreprise et la finalité de la politique industrielle »³⁷⁷.

Les établissements publics à caractère industriel et commercial

La pierre d'achoppement dans le statut juridique des institutions publiques commerciales est leur appartenance aux personnes morales de droit public, et, en conséquence, la subordination au régime de droit public et au régime de droit privé. Les règles de droit public appliquées aux entreprises publiques en forme des établissements publics, sont les suivantes.

Premièrement, selon l'expression du professeur Vedel, ce sont des commerçants publics. Le caractère économique et commercial de leur activité a amené à ce que les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) font partie du registre commercial et participent aux élections des chambres du commerce et de l'industrie, comme les sociétés du droit privé.

Deuxièmement, le bien de la personne morale de droit public est inviolable et insaisissable, ce qui est confirmé par la jurisprudence.

La Cour de Cassation dans l'arrêt n°86-14167 du 21 décembre 1987, en s'appuyant sur l'article 537-2 du Code civil (le bien, qui n'appartient pas aux particuliers, est administré et aliéné selon les règles spéciales), ainsi que sur le principe général du droit de l'inviolabilité des biens des personnes morales de droit public, a jugé illégale la transmission par décision judiciaire

³⁷⁴ Pelkmans Jacques, *Les fonctions des entreprises du secteur public dans les communautés européennes* in *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté européenne*, sous la dir. de Gérard Timsit, Actes du colloque tenu à l'Université de Paris les 9 et 10 mai 1985, Bruxelles, Institut européen d'administration publique, Bruylant, 1987, pp.504-510

³⁷⁵ Delion André, *op. cit.*, p.29

³⁷⁶ Delion André, *op. cit.*, p.42

³⁷⁷ Bizaguet Armand, *Le secteur public et les privatisations*, PUF, coll. Que sais-je?, 2^{ème} édition, 1992, p.123

des biens d'un établissement public du type commercial à titre de paiement de la compagnie d'assurance. Ainsi, même l'établissement public industriel et commercial possède cet attribut de puissance publique, le principe de l'inviolabilité de ses biens³⁷⁸.

Il faut ajouter également les règles spéciales du contrôle (tutelle), établis dans le Décret n°53-707 du 9 août 1953 relatif au contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique ou social.

Les EPIC doivent payer les impôts comme les personnes privées (l'art.1654 du Code général des impôts). Pourtant, « les problèmes sont possibles en cas de leur transformation en société anonyme »³⁷⁹.

Le processus de contractualisation

L'inefficacité de la gestion n'a pas incité la France à liquider le secteur public. À partir de 1945, les tentatives pour le perfectionnement de la gestion des entreprises publiques deviennent régulières. L'étape la plus signifiante est liée au rapport *Nora* publié en 1967. Grâce à cette étude, le secteur public a passé de l'époque de l'administration au système plus compétitif et commercial. Dans ce rapport la contractualisation des relations entre l'État et les entreprises publiques est indiquée. « A la fin des années 90 une nouvelle génération des contrats apparaît, les contrats d'objectifs. À la différence des contrats du plan, qui passées dans le secteur public non concurrentiel, les contrats d'objectifs concernent le secteur public concurrentiel. Ils sont conclus pour trois ans et ne prévoient pas l'aide financière de l'État »³⁸⁰.

La formation du contrat permet de fixer les règles générales (objectifs stratégiques), de restaurer l'autonomie de la gestion, ayant séparé les besoins de l'intérêt général. C'est-à-dire que « l'essentiel ici est d'isoler la gestion économique et la gestion à l'intérêt général (en prenant en considération leur coexistence) »³⁸¹. Par exemple, un des contrats du plan récents a été conclu avec la Poste (pour les années 2003-2007). Selon ce contrat, la Poste de la France entendait atteindre vers 2010 le niveau des meilleurs postes européennes, par voie de modernisation et du retour à la rentabilité financière normale, ainsi qu'à la création en 2005 de la Banque postale³⁸².

³⁷⁸ Certes, dans les conditions des relations commerciales cela fait les partenaires non égaux. On peut rappeler le Code civil de la RSFSR avec le régime spécial de l'exigibilité des biens nationaux qui ont été vendu illégalement et avec l'interdiction de tourner les prélèvements des créanciers aux moyens principaux du secteur public. D'ailleurs, les entreprises socialistes d'État ont eu les contrats avec des autres entreprises socialistes. Sur ce plan aucun préjudice à l'égalité n'a pas été porté.

³⁷⁹ *Les établissements publics: transformation et suppression*. Etude du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, coll. Notes et études documentaires, 1989, p.39

³⁸⁰ Valette Jean-Paul, *op. cit.*, pp.118-120

³⁸¹ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.245

³⁸² Bizaguet Armand, Les entreprises à participation publique en France et dans l'Europe des Quinze dans les premières années du troisième millénaire, *La revue du Trésor*, 2005, N°1, p.26

Néanmoins, l'entreprise publique est «banalisée», « elle devient un anachronisme »³⁸³. Désormais tous les sujets économiques doivent être absolument égaux l'un devant l'autre et devant l'État, c'est pourquoi les entreprises publiques sont privatisées soit directement (par voie de la vente aux sujets privés), soit « en cachette » (au moyen de la privation de leurs privilèges et de l'originalité, à la suite de quoi ils dégénèrent simplement comme un type spécial de sujet économique).

La nationalisation et la privatisation

Les entreprises peuvent « entrer » dans le secteur public par voie de la nationalisation, et en « sortir » par voie de la privatisation. La possibilité de la nationalisation des entreprises, comme du transfert de la propriété des entreprises du secteur public au secteur privé (la privatisation), est fixée dans l'article 34 de la Constitution de la France. Ces deux processus demandent l'adoption obligatoire de la loi. La France a connu quelques périodes de la nationalisation : avant la Deuxième guerre mondiale (la société nationale des chemins de fer), après la guerre (la Banque de la France). La nationalisation d'après la loi du 11 février 1982 est devenue particulièrement massive, elle a abordé 5 sociétés industrielles, 39 banques et deux compagnies financières. La conception du support idéologique de la nationalisation est celle de service public et de l'intérêt général ce qui a permis de concentrer par-devers l'État les branches de gaz, l'industrie électrique, les chemins de fer, etc.

« La nationalisation a le sens non seulement juridique, mais aussi politique (le retrait du bien aux particuliers et sa transmission à la communauté nationale) »³⁸⁴.

Cependant les tendances à la libéralisation des relations économiques ont entraîné le processus « de miroir » de la privatisation. Du point de vue juridique, il doit être réglé exactement par la loi. La privatisation en France n'avait pas une seule vague. Après la nationalisation de 1982, la loi sur la privatisation du 2 juillet 1986 a été adoptée. Selon cette loi, on prévoyait la privatisation des 65 entreprises (qui fonctionnaient dans les secteurs concurrentiels et donc qui pouvaient être facilement vendu) et ne rendant pas les services publics exclusifs.

Après a suivi la politique de François Mitterrand, qui a reçu le nom de «ni nationalisation - ni privatisation» (en 1988). Mais la politique européenne de la concurrence continuait à se développer, la France adopte une autre loi sur la privatisation du 19 juillet 1993, qui prévoit 21

³⁸³ Fournier Jacques, Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union Européenne, *Revue juridique de l'entreprises publique*, 2005, avril, №619

³⁸⁴ Spiliotopoulos Epamihondas P., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), coll. Bibliothèque de droit public, 1958, p.125

opérations prévoyant les privatisations et non limitées dans le temps. Pour les entreprises, qui ne peuvent pas être privatisées, on prévoyait la restructuration.

Dans la France actuelle se produit un processus, qu'on peut considérer comme une nouvelle vague de la privatisation, mais d'un autre niveau qualitatif. Il s'agit de la transformation de la structure des relations de l'État et de l'économie, du refus graduel de la conception de « l'État providence », de la soumission à la concurrence même des services publics exclusifs. En conséquence dans la doctrine s'expriment les points de vue qu'il y a « des obstacles et des limites de caractère procédural seulement, qui sont surmontables par la voie législative. Le droit est utilisé seulement comme un outil »³⁸⁵.

Le processus de la privatisation est né de raisons fonctionnelles, mais a influencé sérieusement la structure institutionnelle du secteur public. Les établissements publics « restent dans le passé ». En anticipant, nous remarquerons qu'en Russie on observe à peu près la même histoire : les entreprises d'État unitaires avec leur capacité spéciale sont considérées comme le phénomène temporaire.

L'expérience prouve qu'il est plus facile de nationaliser que de privatiser. « L'opération de nationalisation pose certes des problèmes constitutionnels quant à son étendue et aux modalités d'indemnisation. Elle a néanmoins un effet immédiat qui vise à l'irréversibilité. La privatisation, au contraire, soulève des difficultés juridiques nombreuses qui résultent principalement de l'impossible retour en arrière. Il reste que l'une et l'autre relèvent de la compétence exclusive du législateur »³⁸⁶.

§2. Les aides d'Etat

A. La notion d'aide d'Etat

L'aide publique économique est considérée comme un moyen de puissance publique de soutien de l'activité d'un particulier. Alain-Serge Mescheriakoff fait la typologie suivante des aides économiques.

Premièrement, c'est l'aide financière sous la forme naturelle : l'aide matérielle (l'octroi du service gratuitement ou selon les prix de revient), l'aide juridique (l'établissement du régime juridique spécial de l'activité – le monopole SNCF, le droit exclusif de l'utilisation des biens publics – les autobus municipaux, l'octroi du numéro de téléphone restant facilement dans la mémoire).

³⁸⁵ Thirion Nicolas, Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques?, *Revue internationale de droit économique*, 2002, №4, p.653

³⁸⁶ Drago Roland, *Peut-il y avoir des privatisations implicites ?* in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992, p.87

Deuxièmement, l'aide financière peut s'exprimer dans l'aide fiscale. Les allègements fiscaux sont qualifiés comme l'aide, s'ils ne tombent pas directement sous la législation fiscale et douanière, mais s'ils sont accordés selon la décision spéciale du pouvoir administratif compétent. Le plus souvent cela concerne des impôts professionnels établis par les communes. L'aide sociale aux employés a souvent l'effet analogue, mais son régime juridique n'est pas réglé par le droit public économique.

Troisièmement, les subventions publiques – l'aide financière de la personne publique à une personne privée. Ces sommes s'appellent «un pur don du ciel». Les plus connus parmi les subventions sont les primes d'aménagement du territoire.

Quatrièmement, les aides remboursables. Ce sont les emprunts rendus avec des pourcentages. Ce sont souvent des sommes de comptes spéciaux du Trésor (le Fonds du développement économique et social, le Fonds interministériel du développement agricole), ainsi que des organisations auxiliaires du Trésor (la Caisse des dépôts, le Crédit national). Les ressources bancaires peuvent s'emprunter. En outre, il y a des emprunts sans intérêts.

Cinquièmement, c'est les garanties publiques des emprunts³⁸⁷.

Les mesures générales (la législation, etc.) ne sont pas considérées en France comme les aides. L'aide financière a toujours un destinataire individualisé – l'entreprise (elle peut être désignée directement ou en tant que secteur – le textile, l'automobile). En Russie la région entière peut être un destinataire de l'aide. L'aide se réalise seulement dans l'intérêt général, et non pour le bénéfice. Quelle est la frontière entre l'aide publique et une simple participation dans la vie de l'entreprise ?

Ce ne sont pas uniquement les administrations qui peuvent donner l'aide par voie des actes administratifs. « Les personnes morales de droit privé sous l'influence du pouvoir ou des services publics peuvent aussi donner l'aide publique »³⁸⁸. Cependant la jurisprudence est très prudente avec la qualification des actes de l'intervention économique des personnes publiques en tant qu'actes administratifs.

On sait qu'il n'existe aucun critère formel de ce qui peut être une aide d'Etat. « La qualification peut être attribuée à n'importe quelle faveur économique, qu'elle soit un apport de fonds ou qu'elle épargne des charges. L'aide d'Etat peut être un pur cadeau ou être assortie d'une contrepartie. Selon la jurisprudence de Conseil d'Etat pour qu'un soutien à une entreprise chargée d'un service public échappe au régime des aides d'Etat, il faut : que les obligations de service public assumées soient précisément définies, que les paramètres de la compensation soient établis de manière objective et transparente, que le montant de la compensation ne dépasse

³⁸⁷ Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit public économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1996, pp.146-149

³⁸⁸ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.320

pas les coûts ait été conduite pour fixer le montant de la compensation. L'application de ces critères n'est évidemment pas facile »³⁸⁹.

B. Les types d'aides publiques

L'aide peut être directe ou indirecte, unilatérale ou contractuelle. La division des aides économiques en directes et indirectes est très relative, « elle est nécessaire seulement pour les autorités locales, à qui l'aide directe aux entreprises est interdite »³⁹⁰.

L'aide unilatérale a pour base un acte administratif (sous n'importe quelle forme – la décision, la permission). Les aides unilatérales peuvent être attribuées automatiquement lorsqu'elles sont subordonnées à la réunion de conditions précises d'attribution. Dans ce cas elles constituent pour la personne juridique qui doit l'octroyer une compétence liée ; le demandeur qui réunit les conditions a droit à l'aide. Symétriquement, l'absence d'une condition conduit au rejet automatique de l'aide (par exemple, aides fiscales en faveur des entreprises exerçant une activité nouvelle dans un département d'outre-mer). « D'autres aides sont « conditionnées » : l'aide peut seulement être accordée lorsque les conditions sont réunies ; l'administration a un certain pouvoir d'appréciation, soumis au contrôle normal du juge. C'est le cas de certains agréments fiscaux, de la prime de développement régional »³⁹¹. L'aide accordée peut être retirée seulement dans les limites établies par la jurisprudence (Conseil d'État, le 3 novembre 1992) uniquement dans le cas de l'illégalité de l'acte.

L'aide contractuelle est assurée par le contrat administratif. « Le contrat est considéré comme administratif, si : 1) une des parties est la personne publique (cependant en cas de SPIC cela ne suffit pas), 2) les clauses du contrat sont exorbitant du droit commun, 3) le contrat réserve le droit de participer au service public ou établit le moyen de l'exécution du service public pour la personne publique »³⁹². Les critères relatifs au contenu du contrat administratif sont alternatifs et non cumulatifs.

Le Conseil d'État a rangé le contrat support d'une action d'intervention économique, en raison de son objet, parmi les contrats administratifs (CE, 26 juin 1974, *Société La maison des isolants de France*). « Cette qualification, large, n'est cependant pas systématique, et un contrat de garantie d'emprunt entre un organisme financier de droit privé même chargé d'une mission de service public et une entreprise constitue par nature un accord de droit privé, sauf si l'organisme

³⁸⁹ Auby Jean-Bernard, Les zones grises de l'aide d'État, *Droit administratif*, 2005, №5, p.3

³⁹⁰ Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit public économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1996, p.154

³⁹¹ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.259

³⁹² Mescheriakoff Alain-Serge, *op. cit.*, p.152

de droit privé n'a agi que pour le compte de la personne publique (CE, 18 juin 1978, *Dame Culard*) »³⁹³.

§3. La planification

A. L'évolution de la planification

L'apparition de la planification est liée au Premier plan de la modernisation du 16 janvier 1947 (plan Monnet). Il concernait seulement les secteurs clés de l'économie et était appliqué jusqu'à 1953. Les plans suivants étaient plus larges et concernaient le développement économique et social. En général, les idées de la planification de l'économie sont apparues déjà après la Première guerre mondiale, mais « elles ont été considérées comme l'influence de l'URSS et du communisme. Après la crise de 1929 les débats sur le plan ont recommencé »³⁹⁴.

L'économie de la gestion en ce qui concerne les entreprises publiques s'est achevée avec le Rapport *Nora* (1967), où le tournant vers la contractualisation a été fait. En 1969 les premiers contrats entre le gouvernement et les entreprises publiques ont été passés, sans procédure spéciale (contrats de programme). La première vague des contrats a été observée durant le 6^{ème} Plan (1969-1973 SNCF, 1971-1975 EDF, 1971-1974 l'ORTF). Dans ces contrats l'État influençait le choix stratégique des entreprises. La deuxième génération des contrats entre l'État et les entreprises publiques a eu lieu à la fin des années 70. C'étaient des contrats d'entreprise qui concernaient pour l'essentiel l'assainissement financier. Ils n'ont plus recommencé.

La politique de planification n'a trouvé un cadre juridique qu'avec la loi n°82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, où le plan est défini : « le plan détermine les choix stratégiques et les objectifs à moyen terme du développement économique, social et culturel de la nation ainsi que les moyens nécessaires pour les atteindre ». Toutefois, il ne s'agissait que d'un acte à caractère prospectif et indicatif (CC, 27 juillet 1982, n°142-82, *Loi portant réforme de la planification*).

La loi du 29 juillet 1982 introduit les contrats de plan et transfère la planification au niveau régional. Cependant la crise de confiance du pouvoir a amené graduellement la diminution de la planification, qui commence à disparaître au niveau national, ainsi qu'au niveau régional. En 1989 le 10^{ème} Plan est approuvé, c'est celui qui devait être le dernier. La préparation du 11^{ème} Plan (pour les années 1993-1997) a débuté en 1992, mais le Plan n'a pas été accepté, puisque « l'État s'est refusé à une planification globale de l'économie pour des raisons

³⁹³ Colin Frédéric, *op. cit.*, p.260

³⁹⁴ Kerninon Jean, *Droit public économique*, Paris, Montchrestien, coll. Administration économique et sociale, 1999, p.141

politiques, sous l'influence de la conception du libéralisme économique et de la mondialisation de l'économie »³⁹⁵.

A la fin des années 90 une nouvelle génération de contrats apparaît – les contrats d'objectifs. Ils consistent à des contrats d'une durée de trois ans, et ne prévoient pas d'aide financière de l'État, et ils n'ont pas de références au Plan national. Il y a, quand même, des restes du système planifié, par exemple, la Poste signe des contrats d'objectifs portant sur un contrat de plan (1998-2001). D'après la loi n° 99-533 du 25 juin 1999 (art. 8) le plan est déjà considéré comme les schémas régionaux de l'aménagement et du développement du territoire. « Cette loi passe à la planification dans l'espace, pour les territoires (et non dans le temps, comme c'était avant), c'est-à-dire le passage de la planification générale dans le temps à la planification sectorielle dans l'espace géographique. Le plan a le caractère indicatif, il ne contient pas d'obligations pour les particuliers, par contre, ses repères sont obligatoires pour l'État et pour l'administration »³⁹⁶.

Parmi les nouveaux principes des contrats on trouve le rôle privilégié de la région dans la contractualisation avec l'Etat, un processus contractuel ménageant plus d'espace à la concertation. « L'évolution à venir de l'action publique exige également de passer d'une logique de guichet à une logique de projet »³⁹⁷.

Selon la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques les contrats d'entreprise pluriannuels apparaissent. L'Etat peut conclure, avec les entreprises du secteur public placées sous sa tutelle ou celles dont il est actionnaire et qui sont chargées d'une mission de service public, des contrats d'entreprise pluriannuels. Ceux-ci déterminent les objectifs liés à l'exercice de la mission de service public assignée à l'entreprise, les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre, le cas échéant par l'intermédiaire de filiales, et les relations financières entre l'Etat et l'entreprise.

Ainsi, les contrats du plan peuvent consister entre l'État et les régions (la loi du 25 juin 1999) ou entre l'État et les entreprises publiques (art. 7 de la loi du 26 juillet 1983). Les contrats sont examinés comme un compromis raisonnable entre la garantie des services publics par l'État et la préservation de l'autonomie des entreprises publiques.

B. La signification juridique du plan

« L'Etat, maître du savoir économique, premier destinataire et distributeur des données statistiques entendait se réserver d'en dessiner le devenir, par la prospective, la prévision et la

³⁹⁵ Eckert Gabriel, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, coll. Focus droit, 2001, p.136

³⁹⁶ Cliquennois Martine, *Droit public économique*, Paris, éditions Ellipses, coll. Universités – Droit, 2001, pp.171-177

³⁹⁷ Moulin Olivier, *Les contrats de plan Etat-Région*, Paris, La documentation Française, 2002, pp.22-23

planification »³⁹⁸. Le Plan n'est pas obligatoire pour l'Etat. La loi qui approuve le Plan ne lui confère pas force exécutoire. « Il existe une distorsion entre la Plan, qui s'étend sur plusieurs années, et le Budget, qui est annuel. Tout se passe comme si le Plan ne contenait que des objectifs, des recommandations et définissait des orientations pour l'avenir. Aussi bien, il a été l'une des occasions de la construction doctrinale des actes prospectifs »³⁹⁹.

Même s'ils ne donnent aucune force exécutoire au Plan, les pouvoirs publics ont les moyens de lui assurer une certaine efficacité. « Ils peuvent prendre des mesures autoritaires, en matière de prix par exemple, et les arrêtés peuvent être assortis de sanctions pénales (ce que les pouvoirs publics n'ont jamais usé) »⁴⁰⁰.

Le modèle français de planification « indicative » défini après la guerre était organisé autour d'une concertation entre l'Etat et les grandes organisations économiques et sociales, mise en place au niveau central. « La planification des objectifs économiques puis celle de la localisation des activités et des grands équipements publics ont été conçues, après la guerre, autour du rôle clé d'un Etat qui était passablement interventionniste et centralisé ; même la concertation nationale se doublait en fait de négociations locales officieuses »⁴⁰¹.

Les mesures d'incitation ou les techniques d'« administration contractuelle » (les techniques de l'économie concertée) sont plus directement rattachables au Plan. On a ainsi « un droit de la planification qui veut être intermédiaire entre la planification autoritaire et la planification indicative »⁴⁰². « Il existe un droit de la planification, mais le Plan n'est pas un acte juridique »⁴⁰³.

La crise financière des dernières années a obligé de nouveau à revenir au plan. Le plan de relance marque aussi le retour de l'utilisation du plan comme moyen d'orientation et de direction de l'économie. Pourtant, « le plan de relance ne s'inscrit pas dans cette politique propre à l'Etat interventionniste »⁴⁰⁴.

Dans la planification indicative qui a été pratiquée en France « le contrat est apparu comme un irremplaçable instrument d'incitation des agents économiques privés et publics. C'est pourquoi, si la contractualisation des relations entre l'Etat et les acteurs économiques n'a pas toujours été liée au plan, c'est avec le plan qu'elle est devenue une doctrine »⁴⁰⁵.

³⁹⁸ Linotte Didier, Romi Raphaël, *op. cit.*, p.3

³⁹⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.132-134

⁴⁰⁰ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.134

⁴⁰¹ Gaudin Jean-Pierre, *L'action publique. Sociologie et politique*, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, p.71

⁴⁰² Farjat Gérard, *op. cit.*, p.135

⁴⁰³ Farjat Gérard, *op. cit.*, p.137

⁴⁰⁴ Nicinski Sophie, Le plan de relance de l'économie, *RFDA*, 2009, n°2, p.275

⁴⁰⁵ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, p.52

Conclusion du Titre 2

L'éclairage des bases du droit public économique, de ses principes et des sources, des concepts et des catégories principaux permet de conclure que le droit public économique représente une structure solide et sérieuse dans la doctrine juridique française. Le rôle principal ici appartient à la jurisprudence. Dans la variante classique, le droit public économique est construit autour de telles notions, comme la propriété publique, les services publics, les entreprises publiques, l'aide d'État, la planification. Apparaissant grâce à la jurisprudence du Conseil d'État, ils se développent à la longueur du XX^e siècle sous l'influence de la jurisprudence du Conseil constitutionnel. « L'attaque » des sources externes du droit met à nu de plus en plus le conflit en train de mûrir, c'est-à-dire, le droit public économique est à la face des changements mondiaux et il doit aussi changer.

Conclusion de la Première Partie

Dans la présente partie on a étudié l'évolution des idées juridiques françaises autour de la doctrine qui est liée à l'influence de l'État sur l'économie. Son bilan principal est l'affirmation du droit public économique, basée sur des concepts classiques du droit administratif du à des postulats.

Deuxième Partie. Le droit public russe et l'économie

Le but principal de cette partie est d'éclaircir la question de savoir, comment le droit public en Russie règle l'économie ? Il est extrêmement important de comprendre l'histoire de cette question, en particulier le passage radical de la période soviétique à une nouvelle histoire russe, où le système économique a entièrement changé. Mais le droit soviétique se fondait aussi sur les traditions juridiques prérévolutionnaires concernant certaines questions, ce qui paraît paradoxal. En conséquence, nous trouvons un mélange complexe des conceptions prérévolutionnaires et soviétiques dans le droit de la nouvelle Russie, à quoi il faut ajouter aussi l'influence de la mondialisation, du droit européen, qui est encore plus forte. Pourtant cela n'a pas amené à l'affirmation du droit public économique en Russie. Dans le contexte historique on observera l'évolution des idées du droit économique en Russie, et on essayera de répondre à la question, quelle branche du droit est chargée de l'économie ? (Titre 1). Puis nous éclairerons en détail les bases de la réglementation des relations économiques, en mettant l'accent sur les concepts et les catégories qui jouent le rôle principal dans la conception classique du droit public économique (Titre 2). Cela dessinera une base pour la comparaison des expériences française et russe.

Titre 1. La conception du droit en matière économique en Russie

Pour mieux traiter la question posée, il est nécessaire de comprendre comment ont évolué les réglementations de l'économie, et comment les idées juridiques reflétant ce processus se sont développées (Chapitre 1). Avec la démonstration qu'un droit spécial chargé de l'économie moderne de la Russie n'existe pas, nous montrerons le rôle des branches principales du droit public (constitutionnel et administratif) en ce qui concerne l'économie (Chapitre 2).

Chapitre 1. La recherche d'un droit régissant l'économie

Section 1. L'évolution des interactions entre l'Etat et l'économie en Russie

§1. La réglementation par l'État de l'économie en Russie

A. La période prérévolutionnaire

Conformément à l'apparition de la législation économique en Russie on peut constater que déjà la «Pravda Russe» (XII^e siècle) contenait certaines normes économiques. Une série de prescriptions de *Gramota de Pskov* était consacrée aux relations commerciales⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Летенко А.В. Российские хозяйственные реформы. История и уроки. М., Наука, 2004. С.15

C'est dans le prisme de l'histoire politique que la législation économique devient la plus évidente. Cela vaut la peine de rappeler que chaque système du gouvernement sous n'importe quel tsar avait besoin de ressources. Les possibilités les plus répandues de la recherche de telles ressources étaient les corvées, les monopoles d'État, les impôts. Ainsi, le monopole du vin était établi sous Ivan le Terrible au milieu du XVI^e siècle. Pierre le Grand a élargi les monopoles d'État sur la production et la vente de certaines marchandises, c'est-à-dire le droit exclusif de l'État à la réception des revenus de ces monopoles, il a ajouté le monopole du tabac, du sel, de la fourrure, etc.

Une autre source connue de l'enrichissement du Trésor public était les *otcoupa*, une sorte de bail (pour les moulins, les bains publics, etc.). En affermant n'importe quel secteur d'activité, l'État garantissait la rentrée de revenus soit en somme déterminée, soit en pourcentage. En général, la politique de Pierre le Grand a été protectionniste.

Chaque tsar a apporté sa contribution au développement de la législation économique. Pour encourager la production industrielle, Anna Ivanovna par les décrets du 6 avril 1731 et du 7 janvier 1736 a permis aux producteurs de vendre leurs marchandises dans leurs propres boutiques. A l'époque d'Elizabeth Petrovna le Statut Douanier (1755) a été élaboré, la Banque des emprunts d'État a été instituée, avec une division entre Banque pour la noblesse et Banque pour l'établissement du port du commerce de Saint-Pétersbourg (1754).

Catherine II, ne refusant pas la protection et le développement de l'activité du commerce et de l'industrie nationale, dès 1782 a commencé à appliquer la conception libérale du « laissez-faire »⁴⁰⁷. En outre, elle suivait la doctrine des physiocrates, en estimant l'agriculture, et en étant contre les privilèges industriels et les monopoles. De plus elle restait la fervente défenderesse du marché libre et de la réglementation minimale de l'industrie par l'État.

Commençant à l'époque de Pierre le Grand, le lien entre la politique russe et la politique européenne était très solide. Presque tous les États européens établissaient des impôts indirects sur les produits de la consommation comme le sel, l'alcool et le tabac (par exemple, l'impôt sur le sel en France, gabelle). Partout existaient des droits d'entrée sur les articles de luxe. Il est curieux que dans de grandes puissances à peu près en même temps le système de compte des revenus et des dépenses ait été réformé : Pierre le Grand en Russie a créé les collèges financiers, Louis XIV en France a introduit la capitation, Charles VI a fait la réforme financière en Autriche⁴⁰⁸. Ainsi, les bases pour la mondialisation actuelle ont été formées par l'interdépendance économique des pays.

⁴⁰⁷ Летенко А.В. Указ. соч. С.35

⁴⁰⁸ Каменский А.Б. От Петра I до Павла I: реформы в России XVIII века. М., 2001. С.512-515

La construction du réseau des chemins de fer (20 000 km) est liée au nom d'Alexandre II. Dans les années 1870-1880 en Russie les groupements monopolistes sont apparus, notamment les entreprises pour la construction ferroviaire («L'Union des fabricants ferrés», 1882), ainsi que les groupements des usines fabriquant les structures des ponts, des voies ferrées, etc.). Il y avait des unions de sucriers, un syndicat d'exportation de pétrole de Bakou⁴⁰⁹.

Ainsi, la politique économique faisait partie de la politique générale à l'époque de chacun des tsars russes. L'État devenait plus exigeant à certains moments, il encourageait le développement de l'entreprise à d'autres moments. La plupart de ces mesures ont eu leur traduction dans la législation économique.

B. La législation économique dans la période soviétique et à l'époque des réformes

La conception de l'économie socialiste s'est distinguée radicalement de celle de la période des tsars. La nationalisation de la propriété bourgeoise est devenue le slogan principal de la Révolution d'Octobre de 1917. Mais à la différence de mesures de la nationalisation déjà pratiquées⁴¹⁰, l'État Soviétique devient le propriétaire exclusif qui a établi des règles du jeu n'existant dans aucune autre économie.

Dans un très court délai (1921-1923) les codes réglant les aspects principaux des relations économiques ont été adoptés: code civil, code de procédure civile, code de travail, code foncier. En 1921 «Les Instructions du Conseil des Commissaires du peuple sur la mise en pratique des bases de la nouvelle politique économique», la décision du Conseil du Travail et de la Défense «Mesures principales de reconstruction de l'industrie lourde et de développement de l'industrie», le décret sur les trusts ont été adoptés. Les commissions d'arbitrage pour l'examen des litiges entre les entreprises du secteur public ont été créées.

Durant les années 1930, le système de gestion, qui est nommé le plus souvent «administratif» s'est formé. Ses traits essentiels sont le refus du marché comme régulateur économique et le passage aux paramètres naturels dans la planification.

Une autre étape-clé est 1965, qui est lié à la réforme économique, dont le nom en Russie est de «Kosiguin», mais dans les pays occidentaux elle est de «Liberman», au nom du professeur de Kharkov Liberman, qui a publié le premier dans la *Pravda* l'article sur la nécessité de la reconstruction du système économique. Mais cette réforme n'a pas surmonté le conservatisme.

L'année-clé suivante - 1985 – marque le début des réformes de Gorbatchev. Sur le plan économique des décisions pour le développement de l'activité professionnelle individuelle et de la coopération ont été prises, la loi sur l'entreprise d'État socialiste a été adoptée. L'été 1989 est

⁴⁰⁹ Летенко А.В. Указ. соч. С.51-52

⁴¹⁰ См.: Каменский А.Б. Указ. соч. С.349-379.

la date officielle du début de la réforme économique, lorsqu'auprès du gouvernement a été créée une commission d'État de la réforme économique (cependant les projets qu'elle a élaboré n'ont pas été réalisés).

Donc, les mesures graduelles n'ont pas donné de fruits. Après la chute de l'Union Soviétique une thérapeutique de choc a suivi : l'ensemble des actions politiques à court terme destinées à la création du marché libre et l'acquisition de la stabilité macroéconomique. Est-ce qu'on peut dire qu'à la suite des réformes passées le système économique a complètement changé ? Oui, l'économie administrative a été détruite, les lois de base formant l'économie de marché ont été adoptées.

§2. L'économie russe moderne et la législation

Une des particularités de la période moderne en Russie est qu'on donne à l'économie une signification exagérée. L'activité économique de l'État qui a repris ces dernières années a amené une nouvelle phase de concentration de la propriété et de victoire du modèle du capitalisme étatique-monopoliste avec une forte composante oligarchique. Selon l'avis de l'ancien député de la Douma d'État M.Zadornov, la combinaison du pouvoir politique autoritaire et de l'économie libérale ne peut pas se réaliser en Russie pour deux raisons, notamment la monopolisation et la fusion de l'État et du monde des affaires⁴¹¹.

La Banque Mondiale a estimé l'influence de la concentration sur les paramètres économiques : «Nous n'avons pas trouvé de preuves de ce que les résultats de l'activité des sociétés contrôlées par les groupes financiers sont supérieurs à ceux des sociétés qui appartiennent à d'autres propriétaires». C'est pourquoi les règles rigides antitrust et la législation antitrust, ainsi que l'entrée de la Russie à l'OMC sont nécessaires. En outre, le grand business influence la prise de décisions par les organismes de l'administration d'État (cela s'appelle «la conquête de l'État»). Cette influence est considérable, mais elle est inférieure à celle des compagnies appartenant aux autorités fédérales et municipales, ainsi qu'à celle des investisseurs étrangers. Néanmoins, l'influence des oligarques doit être limitée, c'est une conclusion des experts de la Banque Mondiale⁴¹².

Un peu plus tard l'OCDE et la Banque Mondiale ont indiqué dans leurs rapports qu'en Russie il y a un blocage des réformes, c'est le retour de la répression du marché par l'État inefficace et corrompu⁴¹³.

⁴¹¹ Воробьев М. Сказано - не сделано// Время новостей. 2004. 29 сентября

⁴¹² Мытарев В., Конищева Т. Вот такой Рюль. Всемирный банк предупреждает российских олигархов// Российская газета. 2004. 8 апреля

⁴¹³ Коммерсант. 2005. 21 июня

« La période moderne du développement économique de la Russie n'est plus une période de transition, malgré les réformes continuées. L'économie influence toutes les sphères de la vie de la société, c'est pourquoi aussi le passage d'une économie entièrement collectivisée à une économie fondée sur le marché et la propriété privée a conduit à modifier radicalement le système des finances publiques »⁴¹⁴. Les changements de l'administration d'État, de l'organisation de la fonction publique ont été aussi nécessaires. En général, en considérant l'état de la législation économique, on peut dire qu'elle s'est formée pour l'essentiel sous l'influence des bases classiques de l'économie de marché, notamment des droits de la propriété privée et de la libre concurrence. Cependant l'influence de l'État reste forte, mais elle est le plus souvent « informelle ».

Section 2. Les idées d'un droit économique en Russie

§1. Le « triste » destin du droit économique

A. Les piliers prérévolutionnaires du droit en matières économique

Les traditions du monisme

Pour mieux comprendre les difficultés de la réalisation des idées relatives au droit économique en Russie on peut les analyser par la perception des particularités des pensées juridiques russes.

On sait que le code de commerce français de 1807 a créé une tradition du dualisme du droit privé en Europe, c'est-à-dire à côté du droit civil, il y a un droit commercial qui est appliqué pour les commerçants professionnels. Le droit commercial utilise les institutions principales du droit civil, tels que le droit de la propriété, le droit des obligations, en se concentrant sur les aspects des obligations entre les commerçants, le droit des personnes morales, la faillite, les titres⁴¹⁵.

Par contre, dans le droit civil russe prérévolutionnaire l'idée du « monisme », l'idée de l'unité du droit civil et du droit commercial, était dominante. Les partisans de cette idée examinaient le droit civil et le droit privé comme les synonymes.

Le droit commercial en Russie prérévolutionnaire

Cependant il y avait en Russie la tentation d'une législation commerciale spéciale, elle s'est manifestée déjà tout au début du règne d'Alexandre I. La commission de rédaction des lois

⁴¹⁴ Marcou Gérard, Les relations budgétaires entre les collectivités locales et les sujets de la Fédération de Russie dans une perspective européenne, *Revue française de finances publiques*, 2001, septembre, n°75, p.135

⁴¹⁵ См.: Осаке К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М.: Дело, 2002. С.36, 54-55, 70

du 28 février 1804 avait projeté un code de commerce à côté du code civil (mais le projet n'a pas été accepté)⁴¹⁶.

Le partisan de la théorie du monisme G.F.Cherchenevitch, parmi d'autre, distinguait nettement le droit public commercial réglant les relations entre l'État et les commerçants, et le droit privé, dont l'objet est les relations entre les particuliers au sujet du commerce. Le droit commercial n'est plus « qu'une branche du droit civil, provoqué par des intérêts pratiques »⁴¹⁷. À vrai dire, en 1884 dans les universités russes le droit commercial est introduit parmi les disciplines académiques sous forme d'unité spéciale. Mais simultanément, juste dès la même année, il a été nié en tant qu'objet spécial indépendant; on a indiqué que sa place était «dans les remarques aux articles du futur code civil», témoigne P.P.Tsitovitch⁴¹⁸.

A.I.Kaminka, partisan de l'autonomie du droit commercial a discuté en 1911 avec le professeur Cherchenevitch. Comme le professeur P.P.Tsitovitch, Kaminka défendait la thèse que dans le droit commercial la notion principale n'est pas la relation juridique (comme dans le droit civil), mais l'entreprise commerciale⁴¹⁹.

Dans le livre du professeur L.S.Tal « Etudes du droit de l'industrie » (1918) le droit public industriel était distingué en tant qu'objet d'une discipline spéciale (législation industrielle) ou comme une partie du droit administratif. Dans ce livre Tal s'est arrêté exceptionnellement sur l'organisation privée de l'entreprise industrielle, sur le contrat de travail dans l'industrie. Il remarquait aussi, que « le droit industriel public et le droit industriel privé ne sont pas du tout élaborés dans notre doctrine »⁴²⁰.

Ainsi, déjà avant la Révolution on trouve la base du «non-intérêt» pour le côté public de l'organisation de l'économie. Probablement, l'intervention administrative traditionnelle dans toutes les sphères, ainsi que l'absence des tribunaux industriels spéciaux ont joué leur rôle. En effet, même l'intervention des administrations se fondait rarement sur la loi, donc, il ne s'agissait pas de droit. La pratique administrative comme une source du droit industriel «a toujours fait la particularité originale de notre vie russe»⁴²¹.

B. L'apparition des conceptions juridiques autour de l'économie

La période soviétique

⁴¹⁶ Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002. С.115-119

⁴¹⁷ Цит. по: Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное»/ в сб.: Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С.53

⁴¹⁸ Цитович П.П. Труды по торговому и вексельному праву. Т. 1: Учебник торгового права. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским/ Электронное издание «Классика российской цивилистики» СПС Консультант плюс, 2005

⁴¹⁹ Каминка А.И. Указ. соч. С.67

⁴²⁰ Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. М.: Московское научное издательство, 1918

⁴²¹ Таль Л.С. Указ. соч. С.41

Après la Révolution d'Octobre de 1917 l'élargissement de la sphère de l'intervention administrative suscita, d'abord sur une base idéologique, des discussions juridiques autour du droit et de l'économie. Le Code civil de la RSFSR de 1922 prévoyait la coexistence de différentes formes de propriété (étatique ou entre les mains de municipalités) ; coopérative ; privée. Ainsi, malgré les nationalisations réalisées après la Révolution, la propriété privée a continué à exister à côté de la propriété étatique. C'est sur cette base que P.I. Stoutchka a développé sa théorie d'un droit bipartite. Celle-ci se fonde sur l'idée que la présence d'un secteur privé dans l'économie suppose l'existence d'un droit civil tandis que celle d'un secteur socialiste implique l'existence d'un droit administratif économique. Mais ces deux secteurs de l'économie ne sont pas égaux (le développement des rapports socialistes doit entraîner le « dépérissement » de la propriété privée). Ainsi, on ne peut mettre sur un pied d'égalité le droit civil et le droit administratif économique. C'est justement à ce dernier que l'on donne la priorité en tant que forme « d'organisation des relations sociales, c'est-à-dire des rapports de production et d'échange qui sont protégés, dans l'intérêt de la classe dominante, par le pouvoir d'Etat organisé par cette classe »⁴²². Le droit administratif économique régit l'activité économique socialiste fondée sur le plan.

La théorie du droit bipartite a été élaborée en même temps que la doctrine d'un droit unique de l'économie, elle-même liée au nom de Pachoukanis. Selon lui, les relations afférentes à la gestion de l'économie doivent, quel que soit le secteur où elles se nouent, être régies par un droit unique de l'économie⁴²³. En 1933, un projet de Code économique (*Khozjajstvennyj kodeks*) de l'URSS a même été élaboré, mais il ne fut pas adopté⁴²⁴. Dans leurs écrits, les auteurs français font ressortir le rôle de E.V. Pachoukanis. De l'avis général, le droit économique a véritablement été théorisé en URSS où il est notamment associé à ce juriste. « Pachoukanis a montré que c'est dans le droit privé que les rapports juridiques se montrent le plus clairement car c'est là qu'ils sont les plus proches des rapports économiques »⁴²⁵. Rappelons que les théories de Stoutchka et de Pachoukanis furent condamnées par Vychinski (nommé le procureur général de l'URSS en 1936) qui estimait que le droit civil socialiste était unique.

L'idée d'un droit économique a pourtant persisté et, dans les années 1960, cette branche du droit s'est constituée sous le nom de « *khozjajstvennoe pravo* ». Le fondement théorique du « droit de l'économie » en tant que branche du droit était l'unité des relations économiques, horizontales et verticales, qui combinaient des éléments de planification et des éléments

⁴²² Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С.554

⁴²³ Гражданское право. Часть 1. Учебник. Под ред. Ю.К.Толстого, А.П.Сергеева. М.: Издательство ТЕИС, 1996. С.51

⁴²⁴ См.: Гинцбург Л. О хозяйственном кодексе СССР (доклад, прения и заключительное слово). М.: Советское законодательство, 1933. С.29-35, 44

⁴²⁵ Boy Laurence, *Droit économique*, Lyon, L'Hermès, coll. L'essentiel sur droit privé, 2002, p.17-21

patrimoniaux. Les relations économiques étaient de trois types : 1) les relations qui se formaient en exerçant une activité économique, 2) les relations liées à la direction de l'activité économique, 3) les relations internes⁴²⁶. La branche du droit de l'économie régule les relations économiques, « les relations de la reproduction socialiste, qui se créent lors de l'exercice des activités économiques et de la direction de celles-ci »⁴²⁷.

Toujours est-il que les conceptions prérévolutionnaires se sont transformées durant la période soviétique. Si l'école soviétique du droit de l'économie était proche du droit économique occidental, elle l'était uniquement par l'idée de la réglementation de l'économie et en différait radicalement par le contenu et les méthodes. L'autre école – celle des « monistes » – s'était également adaptée à la réalité de l'économie socialiste planifiée. Ses disciples défendaient une stricte séparation des relations verticales et horizontales, les premières étant régies par le droit administratif et les secondes par le droit civil. D'où l'idée de l'unité d'un Code civil régulant exclusivement les relations horizontales, que l'on pouvait à cette époque qualifier, un peu artificiellement, de « commerciales »⁴²⁸.

La période moderne

La lutte entre les deux écoles a ensuite repris. L'idée d'un code de l'économie (ou code de commerce) a resurgi pendant la perestroïka et au début des années 1990. Destiné à encadrer dans un premier temps les relations contractuelles, il devait ultérieurement s'étendre à l'ensemble des relations économiques. Or l'idée d'un code civil régulant les relations commerciales, plus proche de la tradition russe, l'a de nouveau emporté. En conséquence, à ce jour, aucun code de commerce n'existe en Russie et toutes les questions afférentes sont régies par le Code civil. Le caractère civil des relations commerciales a reçu maintenant la fixation législative (En vertu de l'art. 2 du Code civil russe la législation civile s'applique aux relations entre les personnes réalisant une activité d'entreprise ou à celles auxquelles elles participent).

Ainsi, les composantes du droit économique dans l'Union Soviétique (la planification obligatoire, le système de gestion l'économie, la réglementation des prix, les arbitrages d'État) n'ont pas été pleinement maîtrisées ; la théorie prérévolutionnaire du monisme s'est trouvée plus viable dans les conditions historiques changées. Bien qu'en France à cette époque on constatait « l'existence d'une branche autonome du droit économique dans les régimes juridiques socialistes ». Notamment en raison de la collectivisation des biens et de la production, de la

⁴²⁶ См.: Лаптев В.В. Предмет и система хозяйственного права. М.: Юридическая литература, 1969

⁴²⁷ Лаптев В.В. Экономика и право. Теория и практика правового регулирования хозяйственных отношений. М.: Экономика, 1981. С.5

⁴²⁸ Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное»/ в сб.: Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000. С.58-59

planification obligatoire le droit économique «est bien présenté»⁴²⁹. De plus le signe le plus convaincant de l'autonomie du droit économique est la codification économique, en particulier, le code économique de la Tchécoslovaquie de 1964⁴³⁰. Jusqu'à aujourd'hui dans des manuels français on trouve l'affirmation que le droit économique est véritablement théorisé en URSS où il est associé notamment au nom de Pachoukanis. « Pachoukanis a montré que c'est dans le droit privé que les rapports juridiques se montrent le plus clairement car c'est là qu'ils sont les plus proches des rapports économiques »⁴³¹.

Il faut apporter une précision linguistique. Dans la langue russe on utilise les mots différents, économique et *khozjaistvenniy*.

En Russie, l'histoire du droit public économique relève, à l'évidence, d'un paradoxe. Cette voie paradoxale a amené à la création du droit économique soviétique (qui était en fait un droit administratif économique), qui a soumis toutes les relations patrimoniales au droit public. Si on peut parler de droit public dans les conditions soviétiques, d'ailleurs, cela n'est pas tout à fait juste. C'est pourquoi le droit économique soviétique est un « développement » original de l'idée occidentale du droit public économique dans l'époque soviétique, conformément aux idées de l'économie socialiste, et non pas de l'économie de marché. Il faut rappeler que le droit public économique en Europe est un encadrement juridique de la position de l'État dans les conditions des relations de marché, et c'est pourquoi il n'a rien à voir avec l'économie administrative.

§2. Le droit économique, est-ce une branche complexe ou une discipline académique?

A. La continuité de la discussion sur le droit économique

Quel droit est chargé de l'économie ?

Les spécialistes constatent qu'il reste de moins en moins de raisons pour le lien entre le droit économique et le droit administratif⁴³². Il n'y a pas de racines communes avec le droit commercial des pays étrangers, compte tenu de la théorie du monisme. A l'époque socialiste le droit économique faisait partie du droit administratif, aujourd'hui le droit économique prétend à l'autonomie sous un faux prétexte. Etant obligé de s'adapter au Code civil, le droit économique (commercial) russe a vite rejeté toutes les allusions au lien avec le droit administratif. Le mot « commercial » montre le désir de démontrer la mise à l'écart des éléments publics, la rupture du lien avec le droit économique soviétique (et donc avec le droit administratif).

Ainsi quelle est la branche du droit qui éclaire les questions juridiques de la réglementation par l'État de l'économie ? En principe, pratiquement toutes les branches du droit

⁴²⁹ Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.665; Boy Laurence, *Droit économique*, Lyon, L'Hermès, coll. L'essentiel sur droit privé, 2002

⁴³⁰ Farjat Gérard, *op.cit.*, p.692

⁴³¹ Boy Laurence, *op.cit.*, p.17-21

⁴³² Мартеньянов В.С. Хозяйственное право. Том 1. Курс лекций. М.: БЕК, 1994. С.13

« touchent » l'économie. Les privilégiés entre les différentes branches du droit sont le droit civil, le droit économique (commercial), et le droit administratif. On peut croire que notamment le droit administratif doit réglementer l'économie.

Premièrement, le droit civil règle les relations du caractère patrimonial et se trouve presque entièrement dans le « droit économique », mais privé. On peut trouver la spécificité de la réglementation des questions économiques uniquement dans les branches du droit public, qui ont initialement un autre éventail de méthodes et des buts plus globaux. C'est pourquoi la mise en relief des relations économiques du point de vue du droit constitutionnel, du droit administratif, et du droit financier représente l'intérêt.

Deuxièmement, le contenu de la législation économique est défini pour l'essentiel par les normes de caractère public. Les organismes du pouvoir d'État sont des participants actifs aux relations se nouant sur la base de telle législation. Notamment la présence de l'État, la réglementation, et dans des cas particuliers l'intervention de l'Etat sont essentielles dans la législation économique.

Troisièmement, le droit économique russe, étroitement lié au droit civil, rejoint des branches du droit privé. Le droit économique a été critiqué par les civilistes justement pour l'utilisation des éléments publics dans l'encadrement des relations patrimoniales, même en ce qui concerne les relations de l'activité d'entreprise⁴³³.

Les discussions autour de l'indépendance du droit économique (commercial)

On distingue jusqu'ici quelques positions concernant le droit économique moderne :

- 1) C'est une branche de la législation, de la science et la discipline académique, mais non pas une branche du droit. Les civilistes souvent même favorable pour l'enseignement des cours «la législation économique»⁴³⁴;
- 2) C'est une partie du droit civil (M.I.Braguinsky), une différenciation intérieure dans le cadre du droit civil qui reflète la particularité de l'activité d'entreprise (V.F.Yakovlev)⁴³⁵. Selon l'académicien Y.K.Tolstoï, le droit économique ou le droit de l'entreprise est secondaire par rapport aux branches du droit primaires, tel que l'administratif et le civil⁴³⁶.

⁴³³ Дозорцев В.А. Один кодекс или два? (Нужен ли Хозяйственный кодекс наряду с Гражданским?)/ в сб.: Правовые проблемы рыночной экономики в Российской Федерации. Труды ИЗиСП, выпуск 57. М., 1994. С.141

⁴³⁴ Voir: Хозяйственное законодательство. Учебник. Под ред. Н.И.Клейн. М.: Юридическая литература, 1990

⁴³⁵ Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. М.: МАИК «Наука/ Интерпериодика», 2003. С.100-101

⁴³⁶ Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство// Правоведение. 1998. №2. С.142

- 3) C'est une branche indépendante du droit, que certains auteurs reconnaissent comme une branche du droit privé, et d'autres comme une branche mixte (complexe).

Mais est-ce que tous les adeptes de l'indépendance du droit de l'entreprise distinguent dans son contenu des éléments publics ? Le chef de l'unité du droit commercial de l'Université de Saint-Petersbourg V.F.Popondopoulo examine le droit commercial comme une sous-branche du droit civil. De plus, le droit commercial ne contient pas les normes réglant les relations de la gestion de l'économie, bien que cet aspect soit abordé dans l'enseignement du droit commercial⁴³⁷. Les relations du caractère public entre les entrepreneurs et les organismes du pouvoir d'État, fondées sur la soumission, même si elles ont un contenu patrimonial (par exemple, les relations entre les entrepreneurs et les services fiscaux), ne sont pas des relations d'entreprise et ne sont pas soumises au droit civil, c'est le domaine du droit public⁴³⁸. Cet auteur reconnaît l'existence du droit commercial public comme un composant du droit public. On peut nommer ici toutes les normes sur la réglementation d'État, sur le contrôle et la surveillance dans la sphère de l'activité d'entreprise⁴³⁹.

En même temps les partisans de la complexité du droit de l'entreprise défendent un seul argument pour l'autonomie du droit économique par rapport au droit civil (en tenant compte de l'unité des sources, des méthodes et des principes), notamment la position de l'État dans l'économie. Les auteurs des manuels exploitent activement cette idée. L'académicien V.V.Laptev trouve aussi que les normes définissant la réglementation publique de l'économie font partie de cette branche du droit⁴⁴⁰.

Y a t-il aujourd'hui un droit économique ?

Il semble que la situation concernant le droit économique soit devenue encore plus compliquée par rapport à la période soviétique. En principe, par analogie avec la discipline académique « la construction soviétique », ce droit de l'économie planifiée réglant les relations entre les organisations socialistes devait soit mourir, soit au moins se régénérer radicalement dans une sous-branche du droit privé. Comme O.S.Ioffe a justement remarqué, la position de départ des partisans de la conception du droit économique (notamment les relations de

⁴³⁷ К 10-летию кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета// Правоведение. 1995. №4-5. С.135

⁴³⁸ Попондопуло В.Ф. Природа коммерческого (предпринимательского) права/ в кн.: Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып.5. М.: Волтерс Клувер, 2005. С.8

⁴³⁹ Попондопуло В.Ф. Указ. соч. С.11

⁴⁴⁰ Лаптев В.В. Некоторые проблемы предпринимательского (хозяйственного) права// Государство и право. 2005. №5. С.102

l'économie planifiée) a perdu son actualité⁴⁴¹. En effet, l'idée du droit économique avait droit à l'existence seulement dans les conditions de l'économie dirigée⁴⁴².

Les économistes sont d'accord avec les juristes. Ainsi, les spécialistes de l'Académie Plekhanov ne trouvent pas la situation normale, lorsque dans les écoles supérieures économiques on étudie le droit économique comme une branche du droit indépendante selon les standards d'enseignement, tandis que cette branche réglait l'économie planifiée. «Est-ce que les auteurs de tels standards ne savent pas que les partisans du droit économique ont essuyé la défaite définitive avec l'adoption de la Constitution de 1993 et du Code civil de la Fédération de Russie, selon lesquels l'activité d'entreprise est réglée principalement par le code civil ?»⁴⁴³.

Au fond, le droit économique (*khozjajstvennoe pravo*) est aujourd'hui hybride, qui veut embrasser la réglementation d'État dans l'économie (ce qui revient normalement au droit administratif), et doubler le droit civil. En plus, le droit économique est dénommé plus souvent droit commercial ce qui n'est pas la même chose.

Comme nous voyons, le Code civil a absorbé toutes les questions de l'activité d'entreprise, ayant réalisé l'idée du monisme. De son côté, le droit économique s'est dépêché de se désolidariser des questions administratives, qui faisaient la spécificité publique du droit économique soviétique.

Des conclusions similaires sur le droit économique moderne ont été faites par le professeur O.S.Ioffe aux États-Unis. Il constate, que les partisans du droit économique n'ont pas remarqué le changement des relations économiques en Russie. «Qu'est-ce que faisait Napoléon, si sa commission de l'élaboration du code civil français avait présenté le code du droit féodal ?! De même le droit économique couvert d'une feuille de vigne du socialisme, est un éclat du droit féodal, puisqu'il suppose la gêne de la volonté par le plan et la semi-liberté des contrats planifiés»⁴⁴⁴. «Il n'est rien resté de cette théorie du droit économique, qui était faite de propagande presque un demi-siècle»⁴⁴⁵, constate O.S.Ioffe.

On peut considérer que le droit de l'économie soviétique, qui régulaient les relations de l'économie socialiste, est le droit public économique original. A l'heure actuelle, le droit de l'entreprise (*predprinimatel'skoe pravo*) ou droit de l'économie (*khozjajstvennoe pravo*) a perdu ses liens avec ce qui est public : il traite des relations commerciales qui, en France, font l'objet

⁴⁴¹ Иоффе О.С. Право частное и право публичное// Юрист. Казахстан, 2005. №5. С.79-80

⁴⁴² Ведяхин В.М. Принципы правового регулирования рыночной экономики// Правоведение. 1995. №6. С.32-33

⁴⁴³ Видяпин В.И., Данько Т.П., Серегин В.П. Формирование новой модели правового обучения экономистов/ в сб.: Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика. Сост. П.Д.Баренбойм. М., 2004. С.139-140

⁴⁴⁴ Иоффе О.С. Указ. соч. С.79

⁴⁴⁵ Иоффе О.С. Указ. соч. С.80

du droit commercial. Aussi peut-on estimer que le droit actuel de l'économie est l'équivalent du droit commercial et non du droit public économique.

B. Quel droit est-il responsable de l'économie?

Le droit public économique : les tendances du développement

Malgré le fait que la réglementation publique de l'économie soit une partie du droit administratif, on ne la trouve presque pas dans les manuels russes du droit administratif. Ces manuels ont le paragraphe standard de la partie spéciale «La gestion dans la sphère économique», qui n'a pratiquement pas changé depuis les temps soviétiques. À vrai dire, dans la conception du développement de la législation administrative, préparé par l'Institut de la législation et du droit comparé, il y a un paragraphe «La législation sur la gestion de l'économie», où le retard de la base normative publique dans cette sphère, l'absence de codes sur les questions de la réglementation d'État sont marqués. Cependant, il est évident que le fonctionnement du marché peut être assuré seulement si on prend le marché comme un système, un complexe, c'est-à-dire avec l'utilisation des méthodes du droit civil et du droit administratif⁴⁴⁶. Il est clair qu'il n'existe pas une branche spéciale ou une discipline sous le nom de « droit public économique », ou même sous un autre nom, dont le contenu correspondait à la conception classique du droit public économique.

En même temps il est nécessaire de remarquer la popularité en Russie de la théorie de l'analyse économique du droit⁴⁴⁷. Cette science se développe sur l'espace postsoviétique, par exemple, il y a un livre d'auteurs biélorusses «La théorie du droit économique»⁴⁴⁸ éclairant la réglementation juridique des relations économiques avec l'analyse économique du droit.

Les raisons du « divorce » du droit administratif et de l'économie

Pourquoi le droit administratif russe s'est-il éloigné de l'économie, ayant presque cessé de prétendre à la discipline «le droit public économique» ? Il y a plusieurs raisons.

Avant tout, ce sont les raisons historiques et idéologiques. Une longue absence de la réglementation unique de l'économie, la pratique de l'intervention administrative dans l'économie ont amené à l'identification des notions « administratif » et « étatique », « public », en conséquence la réglementation d'Etat est identifiée souvent avec un arbitraire administratif. Après l'époque totalitaire, la Russie aspire activement au libéralisme (elle le fait de manière originale, en préservant les positions actives de l'État). Donc on parle de la ligne de « démarcation », il est proposé de rendre le domaine de l'économie à la régulation du marché.

⁴⁴⁶ См.: Концепции развития российского законодательства. М., 1998. С.74

⁴⁴⁷ Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. М., 2005; Одинцова М.И. Экономика права. М., 2007

⁴⁴⁸ См.: Веленто И.И., Елисеев В.С. Теория экономического права. Минск, Книжный дом, 2006.

Cela se définit comme certaine tyrannie de marché. L'Etat s'identifie uniquement avec les barrières et la bureaucratie, maintenant il faut ajouter aussi la corruption. Cependant, il est évident que la théorie de l'absence de l'Etat dans l'économie est utopique, le marché existe dans l'Etat, qui a pour but principal d'assurer la stabilité et la sécurité des citoyens.

Parmi les raisons idéologiques, on trouve des imperfections dans les réformes économiques, l'absence d'une stratégie claire et précise de l'activité de l'Etat par rapport à l'économie, la privatisation n'est toujours pas raisonnable, elle touche parfois les objets stratégiques.

Comme raisons techniques et juridiques on peut nommer le développement précipité de la législation civile et le retard conceptuel du droit public, qui n'est pas tout à fait adapté aux conditions changées, la stagnation des notions et conceptions, ainsi que l'usurpation par le Code civil des notions du droit public⁴⁴⁹. Les conditions d'influence sur le droit matériel sont liées aux procédures ; on remarque le développement insuffisant de litiges de caractère public dans le domaine de l'économie, malgré la présence du système des tribunaux économiques spécialisés, la répugnance de nombreux sujets économiques à avoir un litige avec les autorités publiques, l'impossibilité en pratique de recouvrements du budget aux particuliers, l'absence de système de justice administrative. Et certes, un haut niveau de corruption, parce que la gestion corrompue est toujours inefficace, ce qui ne contribue pas à l'autorité de l'Etat comme institution.

Toutes ces raisons ont conditionné l'absence de conception du droit public économique en Russie, ainsi que le développement insuffisant de cette partie du droit administratif, qui est chargé de l'économie.

Chapitre 2. La réglementation des relations économiques et les branches du droit public

Section 1. La distinction entre droit public et droit privé

Avant tout, il faut dire qu'à la différence de la France, en Russie les questions générales de droit sont étudiées par la discipline de la théorie de l'Etat et du Droit. Dans les manuels même récents la question de la distinction du droit public et du droit privé est matière à réflexion.

§1. La spécificité russe concernant la division du droit

A. A la recherche du critère de la division entre droit public et droit privé

Le « retour » du droit public

⁴⁴⁹ См.: Газье А., Талапина Э.В. Публичное право Франции и России: пересечения и параллели// Правоведение. 2003. №3. С.41-43

L'expression de « droit public » n'est devenue assez habituelle pour les juristes russes que depuis peu de temps. C'est étrange, que dans ce pays, où longtemps il n'y avait pas même l'ombre du privé, le public ait été aussi éclipsé par la notion « national ». Il existe beaucoup de définitions de la sphère qui n'est pas privée, qui sont présentées souvent comme équivalentes : public, étatique, national, général. Sans s'enfoncer dans la bataille verbale, nous remarquerons seulement que toutes ces définitions sont dérivées de leurs origines qui sont l'État, la société, la communauté sociale.

La division du droit qui est connue depuis les temps de l'Ancienne Rome ne cesse pas de provoquer la discussion sur le contenu de ces deux sous-systèmes du droit. Qu'est-ce qui est public, et qu'est-ce qui est privé, et notamment quel est le critère de cette distinction ? La question est très difficile, puisqu'en réalité les relations fondées sur le droit s'entrelacent de façon fantastique.

Les approches philosophiques de la division du droit

Sans aucun doute, la doctrine juridique de la Russie prérévolutionnaire non seulement acceptait la division entre droit public et droit privé, mais discutait activement avec les auteurs étrangers, tels que Savigny, Iering, Dernbourg. La question principale dans la division du droit est de trouver le critère de cette division. En qualité de ce critère les auteurs proposent le contenu des relations, le but final de la réglementation, la méthode de la réglementation, le moyen de la protection des droits, etc. La division du droit dans la doctrine juridique russe se considérait du point de vue des positions philosophiques. Les savants tels que B.N.Tchitcherin, N.M.Korkounov, S.A.Mouromtsev, L.I.Petrajitsky, étaient avant tout intéressés par la question de savoir non pas comment « distribuer » les branches, mais par quelle est la racine de leur mésentente.

La Révolution d'Octobre a beaucoup changé dans la doctrine juridique de la Russie. Les notions de droit privé et de droit public ont disparu de la doctrine avec la propriété privée, en URSS toutes les branches du droit ont reçu la qualification « soviétique ». Les questions de la division du droit comme tel étaient liées seulement à l'histoire prérévolutionnaire et le droit bourgeois. Néanmoins, l'élaboration et le développement des branches juridiques se passaient selon les canons traditionnels (le droit administratif utilisait les notions de droit public, le droit civil utilisait les notions de droit privé, tout en les acceptant).

Pratiquement le seul travail dans ce domaine était un article de B.B.Tcherepakhin «Contribution à l'étude du droit privé et du droit public», publié en 1926⁴⁵⁰. Il a effectué l'analyse détaillée des approches existantes de la division du droit, en arrivant à la conclusion sur

⁴⁵⁰ Доступно: http://civil.consultant.ru/elib/books/22/page_10.html#5

la nécessité de la mise en relief du critère formel, comme le moyen de la « construction » et de la réglementation des relations juridiques.

B. La division entre droit public et droit privé : les caractéristiques modernes

Les changements politiques des années 90, l'orientation vers l'expérience occidentale de l'État, le refus de la voie socialiste du développement ont entraîné les changements cardinaux du régime juridique russe. Cependant l'« apparition » du droit public en nouvelle Russie (comme du droit privé aussi) n'a pas une date exacte. Durant la réformation de la législation soviétique, puis russe, se posaient les questions du privé et du public, mais cela n'a pratiquement pas laissé des traces dans les actes normatifs. Les débats peu nombreux sont restés dans la doctrine.

L'édition du manuel sous le titre « Droit public » (J.A.Tikhomirov)⁴⁵¹ a été la première reconnaissance précise du fait de la division du droit en Russie. Cet auteur mentionne en droit public la théorie de l'État et du droit, le droit constitutionnel, le droit administratif, le droit pénal, le droit international public. Il est intéressant que l'auteur mette en relief la question d'un droit social embrassant certaines branches du droit public, qui sont directement liées à la protection des droits de l'homme et du citoyen (le droit d'environnement, le droit de la sécurité sociale, qui réunissent les éléments du droit public et du droit privé). Dans une édition plus récente le même auteur met en relief des branches mixtes à côté des branches du droit public et du droit privé (par exemple, le droit de travail, le droit écologique)⁴⁵².

Dans les périodiques juridiques modernes les questions de la division du droit se posent rarement et pour l'essentiel comme une question secondaire. En général, la période contemporaine du développement du droit russe se caractérise encore par l'instabilité. Ce n'est pas un secret que la Russie est passionnée maintenant par le droit privé, jusqu'à aujourd'hui certains pensent que le privé est lié à la liberté, tandis que le public, l'État ne signifie que des interdictions. Une inclination évidente vers le privé s'est dessinée dans le développement du système du droit et la construction du système de la législation en Russie⁴⁵³. On réserve souvent un rôle idéologique à la division du droit : «dans les conditions postsocialistes et postsoviétiques, la division du public et du privé est nécessaire pour la désétatisation de la propriété, pour la libération de la conscience publique du paternalisme, de la croyance de la toute-puissance de la réglementation d'État»⁴⁵⁴.

En même temps l'observation de G.F.Chernenevitch s'est réalisée de manière prophétique: «Il est sûr que le développement ultérieur du droit effacera de plus en plus les

⁴⁵¹ См.: Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., БЕК, 1995

⁴⁵² Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., Эксмо, 2008. С.42

⁴⁵³ Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России// Государство и право. 1999. №9. С.8

⁴⁵⁴ Витрук Н.В. Система российского права (современные подходы)// Российское правосудие. 2006. №6. С.6

frontières rigides entre le droit public et le droit privé, et affermira les normes du droit public au domaine, où l'intérêt privé dominait jusqu'ici»⁴⁵⁵. En effet, dans les conditions de complexité croissante, et donc de complexité des branches du droit, la pureté de la division du public et du privé est perdue. Comme l'académicien Y.K.Tolstoï a remarqué, les branches « propres » du droit n'existent pas ou n'existent presque pas⁴⁵⁶.

§2. Les nouvelles tendances en droit public et en droit privé

Du nouveau dans la division du droit

L'augmentation des branches mixtes du droit représente le résultat des processus concrets. Le premier processus est la publicisation du droit privé. De jour en jour le droit public envahit de plus en plus le domaine du privé. Avant une telle irruption signifierait seulement que l'État puisse garantir l'application du droit privé. Les particuliers étaient libres de passer les contrats comme ils le souhaitaient. Mais maintenant dans le droit civil de plusieurs pays il y a les contrats obligatoires (assurance), de nombreuses restrictions de droits de la propriété et de l'activité (les permissions de la construction, les servitudes). Le droit public a transformé peu à peu les institutions du droit civil (le droit de la propriété et ses restrictions se changent, le contrat de l'embauche personnelle devient un contrat de travail, les éléments publics prévalent dans les institutions du pouvoir parental et de tutelle)⁴⁵⁷.

En général, l'augmentation de normes impératives dans le droit privé est le résultat de la socialisation du droit.

Presque dans le même sens G.A.Gadjiev met en relief la constitutionnalisation du droit privé au sens large, comme le processus permanent de l'influence des normes et des principes du droit constitutionnel sur les normes du droit privé⁴⁵⁸.

Le deuxième processus a reçu le nom de « privatisation » (commercialisation) du droit public. Cela signifie que dans certains cas les relations de l'État et des particuliers sont réglées par des normes du droit privé. Par exemple, c'est le bail des locaux pour les organismes du pouvoir public, les relations des sociétés commerciales avec la participation de l'État. L'État adapte de plus en plus, d'une manière intéressante les technologies du droit privé pour les besoins de l'administration d'État (le nouveau management d'État), applique les techniques

⁴⁵⁵ Шершеневич Г.Ф. Общая теория права (по изданию 1910-1912 г.г.). Том 2, выпуск 2,3,4. М., изд-во Юридический колледж МГУ, 1995. С.167

⁴⁵⁶ Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство// Правоведение. 1998. №2. С.136

⁴⁵⁷ Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917. С.52-53

⁴⁵⁸ Dans le sens étroit c'est un processus de l'influence des normes de la Constitution sur les normes du droit privé. Voir : Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., Юрист, 2002. С.24

typiquement privées, par exemple, l'utilisation croissante des ventes aux enchères dans le droit public a presque remplacé les décisions administratives traditionnelles.

Autrement dit, la coopération nécessaire du droit public et du droit privé aggrave la complexité. «L'expression juridique de la coopération du droit public et du droit privé est, premièrement, l'apparition des branches complexes de la législation, deuxièmement, les branches du droit privé avec les éléments considérables de la réglementation publique. Au total, l'utilisation de la réglementation publique dans les branches du droit privé peut se passer sous une forme évidente, si l'État ou ses organismes prennent part à ces relations. Une autre forme est cachée, c'est l'utilisation des mécanismes du droit public, les interdictions, les sanctions»⁴⁵⁹.

Les traditions juridiques russes et les nouvelles tendances

Ce n'est pas que la frontière entre le droit public et le droit privé qui change, c'est aussi leur contenu qui change. Sous l'influence de la privatisation du droit public l'importance des droits subjectifs en droit public a augmenté. Si à l'époque le citoyen pouvait se personnaliser devant l'administration par voie de la plainte ou comme le sujet de la responsabilité administrative, donc il s'agissait plutôt de «droits non personnalisés», maintenant, avec «l'arrivée» des services publics et des droits fondamentaux, c'est l'Etat qui devient de plus en plus dépendant des besoins subjectifs des citoyens, il les aide à réaliser leurs droits subjectifs dans la sphère publique, il prend l'initiative, il informe, il assure. Nous appellerons ce phénomène comme le développement de subjectivisation en droit public.

Une autre particularité du droit moderne de la Russie est le rôle dominant de la loi. Selon l'art. 4 de la Constitution russe, la Constitution de la Fédération de Russie et les lois fédérales ont primauté sur tout le territoire de la Fédération de Russie. Les actes infra-législatifs sont souvent critiqués, c'est la loi qui domine dans toutes les branches du droit. De plus, il faut mentionner, qu'en Russie il n'y a pas de soi-disant Loi sur les lois, qui établirait la ligne de démarcation entre les lois et les autres actes normatifs.

Section 2. Les branches du droit public et l'économie

Nous y mettons l'accent sur les branches principales du droit public, notamment le droit constitutionnel et le droit administratif. La particularité de la réglementation publique de l'économie en Russie est le rôle important de la Constitution pour les relations économiques et, en conséquence, l'importance de la fonction normative de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie.

⁴⁵⁹ Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. М.: МАИК «Наука/Интерпериодика», 2003. С.152-153

§1. Les principes constitutionnels de la réglementation de l'économie

Le droit constitutionnel établit les principes de base de la réglementation économique. La Constitution russe (comme les constitutions de la plupart des anciennes républiques soviétiques, d'ailleurs) contient une multitude de « standards » libéraux, dont même les législations des pays occidentaux ne parlent pas. Ici nous tombons sur la particularité du droit russe, où le rôle des principes est assez déclaratif, si seulement ils ne sont pas fixés expressément dans le droit écrit, surtout s'il s'agit du texte constitutionnel.

A. La conception de la «constitution économique»

La constitution de la Russie de 1993 aborde les questions de l'économie dans nombre de ses articles. La caractéristique clé de la Constitution de la Fédération de Russie de 1993 est son caractère libéral. Du point de vue théorique le bloc des normes constitutionnelles dans le domaine de l'économie est lié à la notion de la «constitution économique»⁴⁶⁰.

Le dynamisme de la conception de la constitution économique s'exprime dans son « expansion » : créé avant tout pour les conditions de l'Allemagne, elle a été graduellement perçue par d'autres Etats européens, et même par des pays de l'Amérique latine. En Russie cette conception est apparue déjà après la pérestroïka, et certains auteurs la soutiennent bien.

On peut considérer comme la «constitution économique» les normes de la Constitution russe concernant la liberté de l'activité économique, l'unité de l'espace économique, la libre circulation des biens, des services et des moyens financiers, la diversité et l'égalité des divers formes de propriété, le soutien de la concurrence (art. 8), le caractère social de l'État (art. 7), l'importance des principes et normes universellement reconnus du droit international et des normes se trouvant dans les traités internationaux (art. 15-4). De manière fondamentale, à la base de la « constitution économique», sont les normes concernant les droits et libertés économiques principaux, surtout le droit d'utiliser librement ses capacités et ses biens pour une activité d'entreprise (art. 34), le droit de disposer librement de ses aptitudes au travail et de choisir son type d'activité et sa profession (art. 37), le droit de propriété privée (art. 35, 36), le droit à la réputation d'affaires (art. 23), le droit à la réparation par l'Etat du préjudice (art. 53), ainsi que d'autres droits comme les garanties constitutionnelles de l'activité d'entreprise (art. 34-2, art. 74-1, art. 75-2).

B. Les décisions de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie

⁴⁶⁰ Souvent dans la doctrine le Code civil de la Russie est dénommé constitution économique, ce qui confirme alors indirectement qu'il inclut la réglementation des relations commerciales.

dans la sphère économique

Les principes de base de la réglementation des relations économiques sont exprimés dans les décisions de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie. C'est dans ces décisions qu'ils ont été interprétés. Nous examinerons plus en détail les plus principaux d'entre eux.

Le principe de liberté de l'activité économique

La décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie (CCFR) du 24 février 2004 №3-II établit que la liberté de l'activité économique, sur la base de laquelle on définit le droit à la libre activité d'entreprise et les risques liés, peut conduire également à des conséquences positives ou négatives pour les particuliers (comme le cas des actionnaires minoritaires). Cependant l'État doit jouer le rôle du garant en ce qui concerne des garanties constitutionnelles.

La liberté de l'activité économique a un aspect fédératif très important pour la Russie. Ainsi, l'adoption de règles régionales «de l'entrée sur le certain marché» peut violer la répartition constitutionnelle des compétences entre la Fédération de Russie et les sujets de la Fédération de Russie (CCFR, la décision du 13 janvier 2000 №8-O).

Le principe de l'unité de l'espace économique

Selon la décision du 21 mars 1997 №5-II, CCFR, il est inadmissible d'établir des impôts régionaux pouvant limiter, directement ou indirectement, la libre circulation des biens, des services et des moyens financiers dans la limite de l'espace économique unique.

Le principe de reconnaissance et de protection égales de différentes formes de propriété

La jurisprudence de la Cour Constitutionnelle est concentrée pour l'essentiel autour de la protection de la propriété privée; les décisions concernant la propriété d'État ou municipale sont rares.

La protection de la propriété est étroitement liée à l'aliénation du bien privé; une telle aliénation est impossible sans contrepartie financière. Cette idée constitutionnelle est à la base de la décision du 16 mai 2000 №8 -II, CCFR. Il faut mentionner que dans cette décision la position juridique de la Cour Européenne des droits de l'homme a été utilisée, notamment l'affirmation que la privation de la propriété sans octroi de la compensation raisonnable tenant compte de sa valeur représente en général une intervention disproportionnée.

Le principe du soutien de la concurrence

La décision du 16 juillet 2004⁴⁶¹ -II, CCFR, est consacrée à la concurrence pour l'activité dans le domaine des services juridiques. Le législateur a vite réagi et annulé les restrictions à la possibilité de participation au procès des juristes ne travaillant pas à l'organisation qui est partie au procès ou n'ayant pas la qualité d'avocat.

Le principe d'égalité

L'égalité de tous devant la loi et le tribunal (l'article 19 de la Constitution de la Fédération de Russie) a un impact direct sur la sphère économique. Ainsi, par la décision du 2 février 2006⁴⁶² №17 -O, CCFR, étant donné que les sujets de l'activité commerciale sont égaux devant la loi, l'État n'a pas le droit d'introduire des avantages ou préférences injustifiés ou un régime juridique inégal concernant des relations et des situations identiques.

Le principe de liberté contractuelle

Le problème du rapport entre la loi et le contrat est un des aspects de l'intervention de l'État dans l'économie de marché. La liberté contractuelle, comme n'importe quelle autre liberté, ne peut pas être absolue; parfois la loi crée des normes impératives à l'égard des contrats civils. La liberté contractuelle ne doit pas signifier l'atteinte aux intérêts de la partie économiquement la plus faible, ce que confirme la décision du 3 juillet 2001 №10-II, CCFR.

§2. Le rôle du droit administratif dans la réglementation de l'économie

A. La réglementation de l'économie dans la structure du droit administratif

Par les fonctions du droit administratif on distingue la gestion du secteur public⁴⁶¹. C'est notamment le droit administratif parmi les branches du droit public qui joue le rôle principal. Dans le système du droit public le droit administratif occupe une place essentielle⁴⁶².

Pratiquement toute la gestion de l'économie a été concentrée dans le droit administratif soviétique. Pourtant jusqu'ici la partie « spéciale » du droit administratif contient un paragraphe pour la réglementation économique, dont le contenu reflète très peu les processus qui se passent réellement dans cette sphère. La question de la nécessité de l'adaptation de la structure du droit administratif aux conditions actuelles, en particulier, concernant la sphère économique, se pose bien des fois aux colloques scientifiques⁴⁶³, mais cela a peu influencé le contenu des manuels de

⁴⁶¹ Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: Эксмо, 2008. С.112

⁴⁶² Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс. Полный курс. М., 2006. С.59

⁴⁶³ Административно-правовое регулирование экономических отношений. М., Академ. правовой ун-т при ИГП РАН. 2001; Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции (Москва, 28 ноября 2001 г.). М.: ИЗиСП, ГУ - ВШЭ, 2002

droit administratif traditionnels. «La gestion de l'activité économique manque pratiquement dans les études du droit administratif et dans les programmes d'enseignement»⁴⁶⁴.

B. L'économie est dans le cœur de la réforme administrative

« Dès avril 2001 le Président a annoncé son intention de porter le fer dans les structures et dans les fonctions de l'administration fédérale afin de la « débureaucratiser » et de réduire au minimum l'intervention de l'Etat dans l'activité des entreprises »⁴⁶⁵. Les décrets présidentiels ont adapté un nouveau système des organes en excluant toute idée de « direction » de l'économie⁴⁶⁶.

En 2002 l'ensemble des fonctions a été analysé. « Parmi les fonctions dont il convenait de débarrasser l'administration, les fonctions commerciales furent les premières visées, ensuite les fonctions d'autorisation et de contrôle (fonctions « superflues »). Un nombre croissant de ces fonctions est appelé à être exercé par les « organisations d'auto-régulation » (*samoregoulirouemye organizatsii*) »⁴⁶⁷. A la suite du Décret du Président de la Fédération de Russie du 23 juillet 2003 №824 sur les directions de la réforme administrative en 2003-2004 beaucoup d'actes normatifs ont été adoptés, dont le contenu essentiel est la restriction de l'intervention de l'État dans l'activité économique des particuliers.

La restriction de l'intervention de l'État dans l'activité économique des sujets privés reste toujours en tant que but de la réforme administrative, selon la Conception de la réforme administrative dans la Fédération de Russie en 2006-2010 (ordonnance du Gouvernement de la Fédération de Russie du 25 octobre 2005 №1789- p).

Pratiquement toutes les directions de la réforme administrative débouchent d'une manière ou d'une autre sur l'économie. Il s'agit d'amélioration de la procédure de prestation de services, de la réduction des barrières administratives, de la garantie d'accès à l'information publique, de la mise en place du système des mesures de lutte contre la corruption, de l'administration électronique, de la réforme des établissements budgétaires, de l'introduction du système des paramètres de l'efficacité de l'activité des organismes publics. C'est notamment la politique dans la sphère de la réglementation publique dans l'économie, qui exerce l'influence sur la qualité de la réglementation de l'État au total.

⁴⁶⁴ Орлов В.И. Стимулирование как метод повышения эффективности государственного управления в сфере экономики / в сб.: Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции (Москва, 28 ноября 2001 г.). М.: ИЗиСП, ГУ - ВШЭ, 2002. С.264

⁴⁶⁵ Gazier Anne, La réforme de l'administration fédérale en Russie. Simple réaménagement ou transformation en profondeur ? *Revue française d'administration publique*, 2005, n°115, p.421

⁴⁶⁶ Gazier Anne, *loc. cit.*, p.424

⁴⁶⁷ Gazier Anne, *loc.cit.*, p.426

En tant que résultats préalables de la réforme administrative, on peut déjà remarquer son influence positive sur l'économie, la réduction des barrières pour les affaires, l'introduction des pratiques de consultations avant la prise de décisions, la réglementation plus stricte du contrôle d'Etat. Malgré cela, « les insuffisances du contrôle de l'administration s'enregistrent, les citoyens de Russie n'ont encore guère de prise sur l'administration »⁴⁶⁸. En outre, « les mesures de la réforme administrative tendant au retrait de l'Etat de l'économie se heurtent à un interventionnisme croissant du pouvoir politique dans les secteurs considérés comme stratégiques »⁴⁶⁹.

C. Le nouveau rôle du droit administratif

Il semble que le rôle du droit administratif dans la réglementation de l'économie à l'étape actuelle touche les questions suivantes qui ne sont pas éclairés suffisamment ou ne sont pas éclairés du tout dans les cours du droit administratif traditionnel:

- La réglementation et l'optimisation des fonctions des organismes publics dans le domaine de l'économie;
- Le contrôle adéquat des sujets économiques (antitrust, sectoriel);
- La prestation des services d'État dans la sphère économique;
- L'organisation de la gestion du secteur public de l'économie;
- La régulation économique, le partenariat public-privé, l'activité publique des organisations d'auto-régulation;
- Les méthodes administratives de la lutte contre la corruption;
- La prospective sur le développement économique du pays.

En conséquence, sur le plan scientifique en Russie l'élaboration de la conception des services publics est très demandée, ainsi que celle des personnes morales du droit public, de la délégation des fonctions publiques, de l'application de nouvelles possibilités de règlement des litiges et des méthodes de la lutte contre la corruption.

D. La responsabilité administrative dans la sphère de l'économie

Dans le droit administratif russe la réglementation de la responsabilité administrative pour les infractions économiques est traditionnelle (en dehors de la réglementation « positive »). Il est nécessaire d'y expliquer que la responsabilité administrative en Russie est une

⁴⁶⁸ Gazier Anne, Vingt ans de réforme des systèmes juridique et judiciaire en Russie : quelques éléments pour un premier bilan, *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2007, n°2, p.25

⁴⁶⁹ Gazier Anne, *Les méandres de la réforme administrative* in *La Russie contemporaine*, sous la dir. de Gilles Favarel-Garrigues, Kathy Rousselet, Fayard, 2010, p.169

responsabilité juridique des personnes physiques ou morales à l'égard l'Etat pour des infractions qui ne sont pas les crimes.

Le Code des infractions administratives de la Fédération de Russie contient un chapitre 14 «Infractions administratives dans le domaine de l'activité d'entreprise». Ces infractions peuvent être regroupées autour des violations suivantes :

- 1) L'absence des autorisations spéciales ou la violation des conditions de ces autorisations (la réalisation de l'activité d'entreprise sans enregistrement auprès de l'État, la vente des marchandises sans certificat de conformité);
- 2) La violation des exigences de la législation fédérale dans la sphère d'activité contrôlée par l'État (violation de l'ordre de la formation des prix, violation des règles de la vente de l'alcool, violation de la législation sur l'enregistrement auprès de l'État des personnes morales et des entrepreneurs individuels, violation de la législation antitrust);
- 3) L'activité d'entreprise incorrecte ou peu consciencieuse (les violations des droits des consommateurs, l'utilisation illégale de la marque).

Les infractions dans le domaine de l'activité d'entreprise ont certaines particularités. Premièrement, pour des raisons évidentes il s'agit souvent des personnes morales ou des entrepreneurs individuels. Deuxièmement, ces infractions sont souvent jugées par le tribunal d'arbitrage d'Etat (le tribunal économique spécial). Troisièmement, plusieurs définitions des infractions sont nouvelles et ont été codifiées pour la première fois dans la législation sur la responsabilité administrative.

Ainsi, l'étape contemporaine prouve la nécessité de réévaluation du rôle du droit administratif dans la réglementation des relations économiques, l'enrichissement par les nouveaux instruments probablement empruntés du droit privé avec leur adaptation obligatoire aux particularités d'effectuation des attributions publiques.

§3. Les éléments publics dans le droit civil de la Russie

A. L'utilisation du terme « public »

Il est curieux que le Code civil russe utilise le terme « public » beaucoup plus souvent que les lois dans la sphère du droit public. Ce terme est utilisé le plus souvent dans la signification de l'ouverture et de l'accessibilité à tous (la comptabilité publique de la société anonyme, l'offre publique) (1), comme un type de contrat civil (qui s'appelle le contrat public) qui réunit l'accessibilité et l'égalité (en général, une des parties d'un tel contrat est considéré comme le consommateur (2); au sens traditionnel (comme l'ordre public) (3).

B. Les éléments de droit public dans le Code civil de la Russie

Le fait qu'on trouve des éléments publics dans le droit civil ne provoque plus les discussions chez les civilistes. C'est un fait reconnu. Nous rappellerons que la législation civile se trouve actuellement en pleine réforme et qu'on verra bientôt un nouveau Code civil de la Fédération de Russie. La Conception de la modernisation de la législation civile de la Fédération de Russie du 7 octobre 2009 propose de trouver une balance entre le droit public et le droit privé dans le Code civil en se fondant sur les acquisitions de la doctrine européenne du droit privé et en prenant en considération les réalités nationales, que la jurisprudence reflète.

Dans la rédaction actuelle du Code civil il y a quelques groupes d'éléments publics.

A. Les actes des autorités publiques et ceux des organes de l'auto-administration locale peuvent être prévus par la loi comme les sources des droits et obligations civils, ces actes peuvent être reconnus contredisant la loi.

B. L'enregistrement d'Etat des droits et biens (des objets immobiliers), des contrats, des entrepreneurs individuels et des personnes morales, des exploitations paysannes (fermes), des actes de l'état civil (la naissance, la mort, le changement de nom, le mariage), des résultats de l'activité intellectuelle, des marques, etc.

C. La participation de l'État aux transformations de la personne morale. Dans les cas établis par la loi, la réorganisation doit être effectuée en accord avec les administrations compétentes (art. 57). Les organismes publics, dans les cas prévus par la loi, peuvent s'adresser aux tribunaux pour la liquidation de la personne morale.

D. La participation aux relations civiles des sujets de droit public et des sujets « spéciaux ». Il s'agit de la participation dans les relations civiles de l'Etat, des collectivités territoriales, des organes du pouvoir d'État et municipaux (le chapitre 5 de la Partie I du Code civil), ainsi que des entreprises unitaires, des établissements d'État et municipaux, des corporations et des compagnies d'État. La responsabilité pour les obligations de la Fédération de Russie, d'un sujet de la Fédération de Russie et d'une collectivité municipale a aussi ses particularités (art. 126, 127).

E. La propriété d'Etat. Le Code civil de la Fédération de Russie reconnaît le droit de la propriété d'État (art.214), le droit de compétence économique et le droit de gestion opérationnelle (le chapitre 19). Le Code civil de la Fédération de Russie prévoit la formation du Trésor public.

F. La privatisation des biens publics et la nationalisation.

G. La réglementation des prix par l'État. L'article 424 du Code civil de la Fédération de Russie prévoit que dans les cas prévus par la loi on applique les prix (les tarifs, les taux, etc.) établis ou réglés par les administrations compétentes.

H. Les exigences de l'État en ce qui concerne la qualité des marchandises. Le contrôle de la qualité des marchandises peut être prévu par la loi, d'autres actes juridiques, les normes techniques ou le contrat d'achat.

I. Les marchés publics

J. Le contrôle de l'Etat sur l'activité d'assurance, ainsi que l'assurance obligatoire (art. 969).

L. La protection des droits des consommateurs. Le Code civil de la Fédération de Russie contient une série des normes protégeant le consommateur ou envoyant vers la législation spéciale dans cette sphère.

Et enfin, il est nécessaire de mentionner la norme qui délimite les relations civiles et celles administratives, notamment l'art. 2-3 du Code civil de la Fédération de Russie : la législation civile ne s'applique pas aux relations patrimoniales fondées sur une soumission administrative d'une partie à une autre, y compris les relations fiscales et financières, s'il n'en découle pas autrement de la législation.

Conclusion du Titre 1

Les relations de l'État et de l'économie se sont reflétées dans la législation russe durant toute l'histoire. La formation d'une branche spéciale en matière économique a été réalisée à l'époque soviétique (le droit économique soviétique). Cependant le droit « économique » contemporain n'a rien de commun avec le droit public économique, c'est une « branche » du droit civil. Le système des tribunaux économiques est apparu sur la base de « l'héritage » soviétique, la Constitution de la nouvelle Russie a aidé à créer un bloc de la législation économique et affirmer les importants principes de l'économie de marché.

C'est vrai que l'attention aux questions économiques a augmenté, elles se trouvent au centre de la réforme administrative. Néanmoins, nous ne pouvons pas dire qu'en Russie il y a un équivalent du droit public économique, ces questions sont « dispersées » entre les différentes branches du droit. Malheureusement, le droit administratif a cédé ces questions au droit privé. Le rôle dominant du droit civil a influencé le fait qu'une série de notions et conceptions du droit public soit « insérée » dans le Code civil, ce qui empêche aussi la mise en relief d'une branche du droit spéciale en matière économique ou d'une discipline académique au minimum.

Titre 2. Les bases de la réglementation des relations économiques

Il est nécessaire de commencer la recherche des bases de la réglementation de l'économie par la compréhension du statut juridique de l'État et de ses organismes dans les relations économiques (Chapitre 1). Ensuite on peut passer à la caractéristique des concepts et catégories principaux du droit chargé de l'économie (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le rôle de l'Etat dans les relations économiques

Section 1. La personnalité juridique de l'Etat dans les relations économiques

§1. La théorie de la personnalité morale vis-à-vis de l'Etat

A. La capacité civile de l'État

La participation de l'État dans les relations civiles a été connue dès les temps anciens. Déjà les anciennes principautés russes (la principauté Galitsko-Volynsky, les républiques féodales de Novgorod et de Pskov) au XII^e siècle étaient les participants indépendants dans les relations civiles et possédaient des biens se trouvant en leur propriété, en général, c'était des possessions foncières⁴⁷⁰.

Il y a longtemps que dans la doctrine juridique le problème de la capacité civile de l'État est examiné. Les auteurs tentent de trouver la forme optimale à l'entrée de l'État dans le circuit économique, en proposant à l'État les vêtements « civils », en balançant entre le désir de cumuler la destination publique de l'État avec l'intérêt privé et en comprenant son impossibilité.

Est-ce que l'État est capable d'être un sujet indépendant dans les relations civiles ? Dans la doctrine juridique soviétique les réponses à cette question ont été distribuées selon deux groupes. Certains auteurs croyaient en son impossibilité. Les participants indépendants du circuit économique sont des entités composant le système d'État (les collectivités territoriales et locales, les personnes morales fondées sur la propriété d'État). Les autres reconnaissaient la capacité de l'État comme tel de rentrer dans les relations civiles.

On peut dire que ces deux positions se sont reflétées dans la législation russe moderne. Le Code civil de la Fédération de Russie (le chapitre 5) reconnaît en tant que sujets de droit civil la Fédération de Russie, les sujets de la Fédération de Russie et les collectivités municipales, mais c'est les organismes du pouvoir d'État et ceux des auto-administrations locales qui réalisent les droits et devoirs au nom de l'entité publique.

⁴⁷⁰ Погорелец О.О. История участия субъектов государственных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством// История государства и права. 2007. №20 (СПС Консультант плюс»)

La question donc est à qui appartient quand même la capacité civile de l'État, à lui-même ou à ses organismes ? Si on prend l'État dans son ensemble, ses organismes seront les parties de cet ensemble, le sujet principal accumulant toutes les caractéristiques essentielles sera l'État lui-même. Donc, on peut dire que l'Etat a la capacité civile. Mais ce sont les organismes de l'Etat qui ont la capacité d'agir, donc la capacité réelle proprement dite.

B. La conception de personne morale et la capacité de l'État

La situation moderne en droit russe se caractérise par les tentatives du transfert direct des notions du droit civil dans le droit public. La législation russe a affirmé l'égalité de l'État et des particuliers dans les relations civiles. C'est la suite logique de la doctrine préévolutionnaire et même de la doctrine des premières années du pouvoir soviétique qui divisait (assez prudemment, d'ailleurs) les droits publics et les droits privés de l'État.

Selon l'art. 124 du Code civil russe la Fédération de Russie, les sujets de la Fédération de Russie et les collectivités municipales entrent dans les relations civiles de la même manière que les particuliers et les personnes morales. Ils sont soumis aux règles du droit civil pour les personnes morales, s'il n'en découle pas autrement de la loi ou des particularités de ces sujets. De plus, l'article 125 du Code civil russe qui s'appelle «La procédure de la participation de la Fédération de Russie, des sujets de la Fédération de Russie, des collectivités municipales dans les relations réglées par la législation civile» crée le système de la «représentation» originale des sujets publiques (personnes publiques). La règle générale est que les organismes du pouvoir d'État et ceux des auto-administrations locales participent dans les relations au nom de la Fédération de Russie, des sujets de Fédération de Russie et des collectivités municipales. Dans les cas prévus par les lois fédérales, les décrets du Président de la Fédération de Russie et les arrêtés du Gouvernement de la Fédération de Russie, par les actes normatifs des sujets de la Fédération de Russie et des collectivités municipales, ou par une procuration spéciale les organes d'Etat, les organes de l'auto-administration locale, ainsi que les personnes morales et les particuliers peuvent agir au nom de l'Etat.

Puisque le Code civil de la Fédération de Russie reconnaît que l'État (les collectivités territoriales et locales) et les personnes morales sont égaux dans les droits civils, se pose la question de l'applicabilité à l'État de la théorie de la personnalité morale. Se pose aussi les deux problèmes de savoir si on peut considérer l'État en tant que tel comme une personne morale (1) et si un organisme relevant du pouvoir d'État doit être obligatoirement une personne morale (2).

C. Les personnes morales de droit public : la discussion dans la doctrine russe

Lorsqu'en Russie on parle des personnes morales, il s'agit uniquement de personnes morales de droit privé (c'est pourquoi dans ce contexte en utilisant « la personne morale » nous n'avons en vue que les personnes morales de droit privé). Malgré une large expansion de la conception de la personne morale de droit public en Europe au XIX^e siècle, la doctrine russe est restée descriptive à ce propos, la législation l'ignorait. Ainsi, l'administrativiste connu Elistratov critiquait cette conception. Les civilistes se basent sur la capacité, ainsi ils peuvent attribuer la qualité de « la personne » non seulement aux individus mais aussi aux formations sociales, qui n'ont pas de capacité d'action naturelle ; le publiciste, ayant lié la notion de sujet de droit public à la capacité d'agir, ne peut pas prendre pour une personne morale ceux qui n'ont pas de capacité d'action naturelle. Ce n'est pas l'Etat, le zemstvo ou la ville qui sont les sujets des droits publics, mais l'Empereur, le ministre, le gouverneur⁴⁷¹.

Cependant ces dernières années l'intérêt pour le problème des personnes morales de droit public a notablement augmenté. Il y a beaucoup d'études, des discussions, etc.⁴⁷² Conception du développement de la législation sur les personnes morales (élaboré dans le cadre du travail du Conseil de codification et de modernisation de la législation civile) l'utilité de cette catégorie est reconnue, mais il n'est pas recommandé de l'introduire, puisqu'elle est étrangère au droit russe.

Il semble que la considération des personnes morales de droit public comme une intervention dans la classification traditionnelle des personnes morales de droit privé est fausse. A notre avis, il s'agit de deux classifications des personnes morales, celle en droit privé et celle en droit public.

§2. Les organes d'Etat dans les relations économiques

A. Les organismes publics comme personnes morales

Il faut rappeler que dans la législation russe la notion de personne morale se trouve dans l'article 48 du Code civil de la Fédération de Russie : c'est une organisation qui a sur des biens des droits de la propriété, de compétence économique ou de gestion opérationnelle, qui répond par ces biens de ses obligations, qui est capable en son nom d'acquérir et réaliser des droits patrimoniaux et des droits personnels incorporels, ainsi qu'avoir des obligations, être demandeur et défendeur devant les tribunaux.

Selon l'opinion de la plupart des auteurs que nous partageons, tout en reconnaissant l'Etat comme un sujet des relations civiles, on ne peut pas le mettre sur le même plan avec les autres

⁴⁷¹ Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917. С.79-80

⁴⁷² См.: Талапина Э.В. Управление государственной собственностью. СПб., 2002. С.175-187; Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М., 2007; Павлодский Е.А. Публично-правовые образования как субъекты гражданского права // Цивилист. 2006. №1

sujets du droit civil. Nous rappellerons que le Code civil prévoit que l'État et ses collectivités territoriales sont les sujets du droit civil. Les organes du pouvoir d'État (municipaux) peuvent acquérir et réaliser par leurs actions les droits patrimoniaux et les droits personnels incorporels et les devoirs, de participer aux litiges devant les tribunaux au nom de la collectivité correspondante. C'est-à-dire ils représentent l'État.

De l'article 120 du Code civil russe nous pouvons indirectement dire que les établissements créés dans des buts publics peuvent être des organismes de pouvoir (l'établissement est une organisation non commerciale créée par le propriétaire pour la réalisation des fonctions administratives, socioculturelles ou autres fonctions non commerciales). De plus, dans le Code civil la question de la nécessité d'acquérir le statut de personne morale pour l'organisme public n'est même pas posée.

Pratiquement, dès le début des années 90, la plupart des organismes publics étaient regardés comme des personnes morales selon leurs actes statutaires. Maintenant la plupart des organismes relevant du pouvoir d'Etat ou municipaux sont des personnes morales, par exemple, tous les organismes fédéraux du pouvoir exécutif, l'Administration du Président. Pourtant le Gouvernement de la Fédération de Russie et son Appareil ne sont pas des personnes morales. La Chambre des Comptes et la Cour supérieure d'arbitrage sont des personnes morales, tandis que la Cour Constitutionnelle n'en est pas.

L'explication d'une telle popularité d'obtention du statut civil parmi les organismes publics est assez simple.

Premièrement, la législation civile reconnaît pour les actions civiles les actions des particuliers et des personnes morales pour la formation, le changement ou la cessation des droits et devoirs civils (art. 153 du Code civil). En vertu de l'article 124 ce sont les entités publiques et non pas leurs organismes qui sont égaux avec les personnes morales. Mais les organismes publics sont devenus les personnes morales de droit privé, selon le Code civil, en concluant les contrats élémentaires afin de satisfaire ses besoins patrimoniaux. En outre, jusqu'à la création du système du Trésor, les organismes publics ouvraient leurs comptes dans les banques commerciales, et ce contrat civil du compte bancaire sous-entendait que le client avait tous les attributs nécessaires de la personnalité morale.

La jurisprudence considère aussi les organismes publics en tant que personnes morales de droit privé. Par exemple, dans la décision de la Cour supérieur d'arbitrage de la Fédération de Russie du 19 novembre 2003 n°12358/03 les organismes publics qui sont des personnes morales selon les actes normatifs réglementant leur activité, et les organes de l'auto-administration locale sont considérés comme les organisations selon l'article 11-2 du Code fiscal de la Fédération de Russie.

Deuxièmement, la législation de procédure des années 90 avait une position rigide n'admettant que les personnes morales comme parties aux litiges économiques. Ainsi, le Code de la procédure devant les tribunaux d'arbitrage de 1995 ne reconnaissait pas les organismes publics comme parties aux litiges, ce qui posait des problèmes pour tous. Est-ce que l'organisme de pouvoir a tous les traits nécessaires de la personne morale, cette question devenait centrale dans plusieurs litiges⁴⁷³.

On remarque que le nouveau Code de procédure devant les tribunaux d'arbitrage de 2002 reconnaît la possibilité de la participation au procès de la Fédération de Russie, des sujets de la Fédération de Russie, des collectivités municipales, des organes d'Etat, des organes de l'auto-administration locale, des autres organismes, des fonctionnaires, des formations n'ayant pas le statut de la personne morale (art. 27). Le Code de procédure civile contient les mêmes prescriptions (art. 22).

Ainsi, dans les années 90 être une personne morale donnait une sorte de « billet d'entrée » au nouveau circuit économique pour les structures de pouvoir.

B. Les particularités statutaires des organismes publics en tant que personnes morales

Cependant, les organismes de pouvoir restent des cas particuliers en tant que personnes morales, il reste des problèmes liés à l'activité de telles personnes morales, elles ne sont pas les mêmes comme les personnes civiles « normales », c'est toujours souligné dans la doctrine⁴⁷⁴.

Premièrement, les organismes du pouvoir d'Etat (municipal) ne sont pas soumis aux règles de l'enregistrement auprès de l'Etat, en application de l'article 51 du Code civil. Les organismes publics ne doivent pas être enregistrés comme les autres personnes morales de droit privé dans le registre d'Etat. Son statut est fixé directement dans l'acte statutaire.

Il est curieux que la loi fédérale du 6 octobre 2003 « Sur les principes généraux de l'organisation des collectivités municipales dans la Fédération de Russie » contienne un article 41 « Les organes de l'auto-administration locale comme les personnes morales ». Les organes de l'auto-administration locale sont des établissements municipaux avec des droits de personnes morales qui doivent assurer des fonctions publiques, et doivent être enregistrés auprès de l'Etat à titre de personnes morales.

Les règles prévues pour la réorganisation et la liquidation des personnes morales, y compris les faillites, ne se répandent pas aux organismes de pouvoir.

Deuxièmement, les organismes publics n'ont pas quelque forme d'une organisation juridique dans la législation. Certainement, la catégorie de droit civil « l'établissement » a fait un

⁴⁷³ См. например, Постановление Президиума ВАС РФ от 30 октября 2001 года №74/01

⁴⁷⁴ Болдырев В.А. О «юридических лицах» публичного права// Журнал российского права. 2008. №11. С.132

sort de « pont » entre l'expérience soviétique de l'activité des établissements publics. La capacité de l'organisme public est définie par un acte normatif statutaire selon la législation budgétaire qui établit la procédure des dépenses pour le financement de cet organisme⁴⁷⁵.

Pourtant, il est clair, que les organismes du pouvoir public n'ont pas tous les traits nécessaires des établissements (il n'y a pas de documents constitutifs, il n'y a pas de fondateur, il n'y a pas de généralités normatives sur les organisations de ce type (art. 52-1 du Code civil de la Fédération de Russie)).

Troisièmement, les organismes publics peuvent participer au circuit économique en leur nom, ainsi qu'au nom de l'entité publique, la ligne de démarcation étant assez difficile à trouver en pratique. On dit que dans le premier cas les organismes publics entrent dans les relations réglées par la législation civile pour la satisfaction de leurs besoins « personnels », tandis que dans le deuxième cas c'est pour la satisfaction des besoins de l'État⁴⁷⁶. Cependant on peut douter de la possibilité de distinguer entre les besoins « personnels » de l'organisme public et les besoins de l'État. Pourtant, la question la plus importante est de savoir en quel nom agissait l'organisme public, parce que sa réponse influence l'exécution des obligations contractuelles, notamment la question de savoir quel est le défendeur compétent et quels sont ses biens⁴⁷⁷.

C. Les particularités fonctionnelles des organismes publics à titre des personnes morales

Le principe de la liberté contractuelle ne se montre pas pleinement dans l'activité des autorités publiques dans le cadre du droit civil. Avant la conclusion de la plupart des contrats par un organisme de pouvoir il faut respecter la procédure obligatoire organisationnelle, le choix du contractant est soumis presque toujours au régime de la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et les besoins municipaux » (c'est-à-dire au principe des enchères). La spécificité de la participation des entités publiques dans les relations civiles est soulignée dans la décision de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie du 5 juillet 2005 № 297-O. La Cour Constitutionnelle a remarqué que le Code civil (art. 124-2) affirme les particularités des entités publiques par rapport à lesquelles certaines prescriptions pour les personnes morales ne s'utilisent pas, ce qui signifie avant tout que dans la législation civile il y a des normes spéciales réglant la participation des sujets en cause dans les relations civiles, ainsi que des normes du

⁴⁷⁵ См.: Головизнин А. Некоторые вопросы участия в гражданском обороте органов государственной власти (местного самоуправления)// Хозяйство и право. 1999. №5. С.59-66

⁴⁷⁶ Усков О.Ю. Проблемы гражданской правосубъектности государственных органов и органов местного самоуправления// Журнал российского права. 2003. №5. С.33

⁴⁷⁷ Кутафин О.Е. Субъекты конституционного права российской Федерации как юридические и приравненные к ним лица. М.: Проспект, 2007. С.175

droit des personnes morales, qui ne sont pas appliquées à l'État, aux entités publiques (par exemple, les normes pour la création de la personne morale, pour ses documents constitutifs, pour la réorganisation de la personne morale, etc.) en vertu de la spécificité des autorités publiques qui résulte pour l'essentiel de l'organisation spéciale des institutions du pouvoir public.

En outre, certaines actions sont directement interdites aux autorités publiques (organismes du pouvoir). Par exemple, la Fédération de Russie, les sujets de la Fédération de Russie et les collectivités municipales ne peuvent pas s'engager comme gérants fiduciaires, puisqu'une telle activité suppose une rémunération, des rapports au fondateur de la fiducie (articles 1018 et 1023 du Code civil de la Fédération de Russie), ce qui est incompatible avec la nature publique de ces entités (décision du 1 octobre 1998, CCFR).

En général, l'interdiction d'effectuer à la fois une activité de puissance publique et une activité économique est apparue dans la législation antitrust de 1995. Cependant, elle sous-entendait déjà des exceptions «prévues par les actes législatifs de la Fédération de Russie». La loi fédérale « Sur le soutien de la concurrence » qui est actuellement en vigueur a repris cette norme, ayant précisé : l'exécution de fonctions de puissance publique et de fonctions économiques peut être prévue par les lois fédérales, les décrets du Président de la Fédération de Russie, les arrêtés du Gouvernement de la Fédération de Russie ; les sujets économiques peuvent exercer des fonctions et compétences des autorités publiques, y compris les fonctions et les compétences des organismes du contrôle de l'État et de la surveillance selon la loi fédérale «Sur la corporation d'État pour l'énergie atomique 'Rosatom' ».

Il est assez indiscutable dans la doctrine que l'organisme public doit avoir le statut de la personne morale (et non pas être la personne morale)⁴⁷⁸, c'est le compromis de la forme administrative et du contenu civil.

D. Sur la notion de personne morale concernant les pouvoirs : de brèves conclusions

À notre avis, il ne résulte pas du tout du contenu de l'article 125 du Code civil que l'entité publique ou son organisme doivent posséder les droits d'une personne morale, parce qu'ils sont déjà soumis aux règles de la participation des personnes morales dans les relations patrimoniales pour l'intervention dans le circuit économique. Les mots d'un académicien Venediktov sont toujours actuels, que «chaque organisme d'Etat, en accomplissant les tâches confiées par l'État et gérant le bien d'Etat reste un participant indépendant des relations

⁴⁷⁸ См.: Мишустина Е. К вопросу о соотношении государственного и частного права// ЭЖ-Юрист. 1999. №9; Головизнин А. Указ. соч. С.62

administratives, donc un sujet de droit administratif. En même temps certains organismes d'Etat peuvent être indépendants dans les relations civiles, c'est-à-dire un sujet de droit civil»⁴⁷⁹.

En effet, c'est la compétence qui est la caractéristique principale de l'activité de l'administration; notamment ce terme du droit administratif est utilisé dans le Code civil de la Fédération de Russie. C'est-à-dire même dans les relations civiles l'administration est liée par sa compétence administrative. Donc pour argumenter la possibilité de n'importe quel organisme d'agir de la part d'une entité publique, il ne faut pas chercher sa personnalité juridique, il faut analyser le contenu de sa compétence⁴⁸⁰.

La notion de personne morale est un attribut du droit civil (privé). Les actes des administrations abordent les relations dans la sphère de la gestion tombant sous l'action administrative. C'est pourquoi le statut d'une personne morale n'influence pas la compétence de l'organisme⁴⁸¹.

A l'époque Elistratov prédisait que la science de droit civil va jouer un grand rôle dans le développement du droit public. Le fait que les notions de droit civil sont bien développées attire une possibilité de son transfert vers le droit administratif qui est une branche plus jeune. Mais il y a un danger, quand les notions civiles commencent à ressembler aux notions juridiques générales, Cependant, le dogme du droit administratif peut utiliser les notions du droit civil uniquement si elles correspondent à son caractère public. Passionné par le droit civil, le publiciste risque d'accepter des particularités publiques pour ces anomalies sans faire attention à ce qui est plus caractéristique pour un tel type des relations juridiques»⁴⁸².

On peut croire, que le droit public doit accepter les notions traditionnelles du droit civil (par exemple, la notion de personne morale), mais aussi au contraire, le droit civil doit accepter *a priori* la caractéristique de l'État (l'entité publique) qui est donné par les droits administratif et constitutionnel. C'est pourquoi on n'est pas favorable pour la proposition de formuler en droit civil la notion de l'organisme de pouvoir⁴⁸³, puisqu'elle est faite déjà dans le droit public.

Section 2. La réglementation publique dans l'économie

§1. Les autorités compétentes en matière de réglementation de l'économie

Les pouvoirs fédéraux dans la sphère de l'économie

⁴⁷⁹ Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.-Л., 1948. С.624

⁴⁸⁰ Усков О.Ю. Проблемы гражданской правосубъектности государственных органов и органов местного самоуправления // Журнал российского права. 2003. №5. С.36

⁴⁸¹ Клейн Н.И. Государственный орган или орган местного самоуправления, не являющийся юридическим лицом, может быть ответчиком по делу, возбужденному на основании заявления о признании недействительным акта, принятого им в пределах своей компетенции// Комментарий судебно-арбитражной практики. М.: Юридическая литература, 1995. Выпуск 2. С.53

⁴⁸² Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917. С.52-53

⁴⁸³ Голубцов В.Г. Гражданско-правовой статус государственных и муниципальных органов // Журнал российского права. 2006. №6. С.59

Les compétences du Président de la Fédération de Russie dans la sphère économique sont réduites aux nominations (avant tout, du président du Gouvernement et des ministres fédéraux). Selon la Constitution l'organisme principal formant la politique économique du pays est le Gouvernement de la Fédération de Russie. La caractéristique générale des responsabilités du Gouvernement de la Fédération de Russie est donnée par l'art. 114 de la Constitution. Parmi les attributions « économique » on peut indiquer l'élaboration et la présentation du budget fédéral et du compte rendu de son exécution; la mise en œuvre dans la Fédération de Russie d'une politique financière, de crédit et monétaire unique, ainsi qu'une politique d'État unique dans le domaine de la culture, de la science, de l'enseignement, de la santé publique, de la protection sociale, de l'écologie; la réalisation de l'administration de la propriété fédérale.

Toutes les responsabilités énumérées du Gouvernement sont réglementées en détail par la loi fédérale constitutionnelle «Sur le Gouvernement de la Fédération de Russie». En réalisant ses responsabilités, le Gouvernement adopte des arrêtés et ordonnances. Le Gouvernement dirige l'activité des organismes fédéraux du pouvoir exécutif, qui ont les compétences plus directes dans la sphère économique.

Les agences : existent-elles en Russie ?

La réforme administrative russe actuelle est étroitement liée aux problèmes de la «minimisation de l'Etat», de la régulation économique, de la réduction des fonctions superflues (non essentielles) de l'Etat, de la délégation de ceux-ci aux institutions indépendantes. La notion même d'autorité administrative indépendante n'est pas utilisée en Russie, bien qu'il y ait des traditions assez importantes de l'autorégulation et de l'autogestion. A la période soviétique (dans les années 60-70) agissaient de grands groupements industriels qui avaient des fonctions administratives en ce qui concerne les entreprises publiques d'Etat. Rappelons que toutes les entreprises ont été publiques. La propriété d'Etat unique ne posait pas des problèmes d'autorégulation. Cependant il existait une tradition de transmission des fonctions ministérielles aux sujets économiques.

La Constitution de la Fédération de Russie déclare nettement le principe de la séparation de pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire (art. 10). Le pouvoir exécutif est exercé par le Gouvernement de la Fédération de Russie, qui est composé du président du Gouvernement (Premier ministre), des vice-présidents et des ministres fédéraux (art. 110).

C'est évidemment que dans la Constitution Russe uniquement les ministères sont désignés (indirectement – par les ministres) comme les organes du pouvoir exécutif, à l'exception du Gouvernement. Le système et la structure des organes fédéraux du pouvoir exécutif sont définis par les décrets du Président de la Russie. Pour le moment (selon le Décret

du 9 mars 2004 relatif au système et à la structure des organes fédéraux du pouvoir exécutif) ce système au niveau fédéral insère les ministères, les services et les agences. Notamment ces dernières doivent être conformes aux agences européennes de régulation dont la définition est bien donnée dans la Communication de la Commission des Communautés Européennes du 11 décembre 2002 «L'encadrement des agences européennes de régulation». Cependant les agences russes comme les organes du pouvoir exécutif ne sont pas indépendantes, elles sont insérées directement dans le système de la subordination (hiérarchie) au Gouvernement et (dans certains cas) au Président de la Fédération de la Russie. L'agence fédérale est un des modèles des organes du pouvoir exécutif comme le ministère et le service. Ce sont les ministères qui assurent la fonction « directrice » et coordonnent l'activité des services et des agences subordonnées. Par exemple, l'agence fédérale pour la gestion du patrimoine fédéral de l'Etat se trouve sous l'autorité du Ministère du développement économique, l'agence de presse et des communications est sous l'autorité du Ministère des télécommunications, l'agence de médecine biologique - du Ministère de la santé publique.

On peut trouver une certaine analogie des agences russes et des agences européennes de régulation selon leurs sphères et modes d'activité. L'agence assure le service public (administratif) dans le domaine prévu, la gestion du patrimoine de l'Etat et l'application des lois, sauf les fonctions du contrôle et de la surveillance. En principe, l'agence n'a pas de droit d'édicter la réglementation juridique.

Cependant, la comparaison des agences européennes de la régulation et des agences russes est purement conventionnelle. Premièrement, les agences en Russie sont les organes du pouvoir exécutif. Deuxièmement, leurs fonctions sont étroitement liées aux fonctions du ministère « de tête » (directeur).

D'autres institutions du niveau fédéral

Dans la sphère économique la Chambre des Comptes et la Banque de la Russie jouent un rôle important. Leur statut se distingue peu des analogues français.

Selon l'art. 101-5 de la Constitution de la Fédération de Russie pour assurer le contrôle de l'exécution du budget fédéral le Conseil de Fédération et la Douma d'Etat forment la Chambre des Comptes, dont la composition et la procédure de fonctionnement sont fixées par la loi fédérale. Selon la loi fédérale du 11 janvier 1995 «Sur la Chambre des Comptes de la Fédération de Russie» la Chambre des Comptes de la Fédération de Russie est l'organisme du contrôle financier d'Etat agissant de manière permanente qui rend des comptes à l'Assemblée Fédérale de la Fédération de Russie.

La Banque de la Russie n'est pas un organisme du pouvoir (autorité publique), c'est un organisme public spécial au statut mixte. La législation prévoit son activité économique limitée (la Banque de la Russie n'a pas le droit de participer aux capitaux des organisations de crédit, s'il n'en est pas prévu autrement par les lois fédérales).

Sur le plan de la régulation économique il faut mentionner que durant la réforme administrative sont apparues des organisations privées réalisant l'externalisation des procédures administratives, y compris dans la sphère de l'économie.

Etant donné la structure fédérative de la Russie, il ne faut pas oublier que le système de gestion « est doublé » au niveau des sujets de la Fédération, qui ont aussi les ministères de l'économie, etc.

§2. Les « traces » de la régulation à l'européenne en Russie

A. Les corporations d'Etat

Il s'agit de corporations d'Etat qui sont des analogues d'agences (autorités administratives indépendantes). Selon l'article 7.1 de la loi fédérale « Sur les organisations non commerciales », la corporation d'Etat est une organisation non commerciale, instituée par la Fédération de Russie sur la base d'un transfert patrimonial et créée pour la réalisation des fonctions sociales, administratives ou d'autres à caractère public. C'est un type rare de la personne morale, qui, contrairement à l'article 52 du Code civil de la Fédération de Russie, est créé et agit non en vertu du statut, mais en vertu de la loi fédérale. Cette prescription est bien stipulée dans la loi : pour créer une corporation d'Etat, les documents constitutifs prévus normalement par l'article 52 du Code civil de la Fédération de Russie ne sont pas nécessaires.

La corporation d'Etat a une capacité spéciale et utilise le patrimoine transféré pour les buts définis par la loi qui l'a créée. La corporation d'Etat peut effectuer l'activité d'entreprise si cela correspond à ses objectifs. La corporation d'Etat peut être liquidée, si cela est admis par la loi fédérale prévoyant sa création.

Les corporations d'Etat ont une série de fonctions publiques, y compris la création de règles juridiques. Par exemple, Rosatom représente un hybride d'organisme du pouvoir exécutif et d'organisation commerciale. Il a fallu même changer la disposition de la loi « Sur le soutien de la concurrence », en disant que cette corporation peut exercer à la fois des fonctions de puissance publique et des fonctions commerciales. Les fonctions normatives de Rosatom ne se distinguent pas de celles des organismes fédéraux du pouvoir exécutif.

Il semble que la corporation d'Etat est un nouveau sujet de droit, dont la capacité se réalise principalement dans les sphères du droit civil et du droit administratif. L'origine publique, le lien administratif étroit avec l'Etat et l'aspect administratif en général sont l'ossature du statut de la

corporation d'État. Le régime patrimonial original et «la navigation libre» dans les relations de marché sont ses traits civils. A l'évidence, les corporations d'État sont soumises à une réglementation mixte. En tout cas, cela durera tant que le statut des personnes morales de droit public ne sera pas réglé dans une grande mesure dans le cadre du droit public.

B. L'autorégulation dans l'économie

La société doit disposer d'un niveau important d'autorégulation. D'une part, il faut que les activités sociales échappent dans la mesure du possible à l'emprise publique et que l'Etat réduise ses interventions au strict nécessaire. D'autre part, l'équilibre du système social est d'autant mieux assuré qu'il résulte du libre jeu de ses lois naturelles de fonctionnement et non d'une régulation étatique qui risque de les fausser et les dénaturer. « L'Etat de droit est donc indissociable de la représentation d'un Etat minimal, respectueux de l'autonomie du social et ne sortant pas du cadre de ses attributions légitimes : le principe de la liberté du commerce et de l'industrie apparaît ainsi comme un élément constitutif de l'Etat de droit, en traduisant en termes juridiques le dogme du caractère subsidiaire de l'intervention étatique »⁴⁸⁴.

En Russie pendant la réforme administrative on posait la question de la participation active de la société civile pour prendre des décisions importantes. Un nombre croissant des fonctions superflues (non essentielles) est appelé à être exercé par les «organisations d'autorégulation» (*samoregoulirouemye organizatsii*). Ce sont des « organisations corporatives qui regroupent les entreprises d'une même branche ou les membres d'une même profession. Elles ont le pouvoir d'édicter des règles et des standards pour réguler l'activité de leurs membres et assurent le contrôle de leur respect. On peut les comparer aux ordres professionnels qui existent en France »⁴⁸⁵.

Les organisations d'autorégulation (OAR) se forment indépendamment par les professionnels dans n'importe quel domaine pour résoudre les problèmes de leur communauté. Depuis longtemps la politique d'Etat russe concernant les organisations d'autorégulation a été formée fragmentairement. Il faut dire que dans les premières années de la réforme administrative parmi les directions (pistes) prioritaires de la réforme administrative sont mis en relief : la restriction de l'intervention de l'Etat dans l'activité économique, y compris la délégation des fonctions de régulation; le développement du système des organisations d'autorégulation dans le domaine de l'économie.

A présent il existe la loi fédérale du 1 décembre 2007 «Sur les organisations d'autorégulation». Les organisations d'autorégulation sont les organisations non commerciales

⁴⁸⁴ Chevallier Jacques, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1992, p.67

⁴⁸⁵ Gazier Anne, La réforme de l'administration fédérale en Russie. Simple réaménagement ou transformation en profondeur ? *Revue française d'administration publique*, 2005, n°115, p.426

créées aux fins de l'autorégulation, fondé sur l'appartenance, qui réunissent les sujets de l'activité d'entreprise à la base de l'unité sectorielle (la production ou le marché des biens, services, travaux) soit réunissent les sujets de l'activité professionnelle d'un certain type. La législation russe considère les organisations d'autorégulation comme des organisations non commerciales (non lucratives) fondées par les associés. Le plus souvent se sont les unions et les associations. Par exemple, l'association des entreprises petites et moyennes de la Russie. Donc selon le droit russe les organisations d'autorégulation sont des sujets du droit privé créés à l'initiative de leurs associés.

Les lois actuelles prévoient l'élaboration et l'application des règles de l'activité professionnelle par l'organisation d'autorégulation qui sont obligatoires pour les associés (membres), ainsi que des règles et des standards intérieurs de l'activité et de l'éthique professionnelle.

Il y a encore une question qui provoque des discussions. Il s'agit de l'obligation de faire partie de l'organisation d'autorégulation. Cette question s'est posée plusieurs fois dans la jurisprudence. La décision de la Cour Constitutionnelle du 19 décembre 2005 №12-II a confirmé le droit de l'État d'établir les conditions d'affiliation aux organisations d'autorégulation, y compris la nécessité d'être membre de ces organisations eu égard à leurs fonctions publiques. La nécessité d'être associé à une organisation d'autorégulation est liée à la restriction possible de la concurrence, une sorte de création « de barrières d'entrée » au marché. Afin de réduire ces risques, les organisations d'autorégulation sont soumises à la législation antitrust.

Chapitre 2. Les concepts et catégories essentiels du droit en matière économique

§1. Le secteur public

Les auteurs français, en décrivant l'économie de l'URSS, mettaient l'accent sur les conditions naturelles de la vie, notamment le territoire immense du pays, les grandes distances, les conditions climatiques froides, les ressources naturelles riches⁴⁸⁶. Malgré la chute de l'Union Soviétique, ces conditions n'ont pas changé pour la Russie. Dans plusieurs cas ils expliquent la préservation de la propriété d'État et l'habitude de socialisation des ressources.

A. Les types de la propriété d'État

Historiquement en Russie le volume de la propriété d'État était grand, à la période d'empire, sans parler de la collectivisation quasi totale de l'économie socialiste. A la suite des

⁴⁸⁶ Lavigne Marie, Tiraspolsky Anita, *L'U.R.S.S., une économie socialiste*, Paris, Hatier, coll. Profil dossier, 1979, p.21-23

réformes économiques commencées en 1988, le volume de la propriété d'État a baissé rudement. Mais quand même la propriété d'État subsiste dans les secteurs stratégiques de l'économie.

Selon l'art. 214 du Code civil de la Fédération de Russie, la propriété d'État dans la Fédération de Russie est composé de biens appartenant selon le droit de propriété à la Fédération de Russie (la propriété fédérale) et de biens appartenant selon le droit de propriété aux sujets de la Fédération de Russie (la république, le krai, l'oblast, la ville d'importance fédérale, l'oblast autonome, le district autonome) (la propriété du sujet de la Fédération de Russie).

Cependant cela ne signifie pas que la propriété d'État est entièrement soumise au régime du droit civil. Même dans le droit civil les régimes juridiques des biens se distinguent, puisqu'il existe les biens exclus du circuit économique et les biens limités dans le circuit économique. De plus, l'art. 212-3 du Code civil de la Fédération de Russie prévoit que la loi définit les types de biens, qui peuvent se trouver seulement en propriété d'État ou en propriété municipale. Autrement dit, la propriété d'État exclusive est possible; malheureusement, cette notion n'est pas découverte dans la législation russe.

B. La délimitation de la propriété d'État

La définition de la délimitation de la propriété d'État

La délimitation de la propriété d'État est une distribution des objets de la propriété à l'intérieur de la Fédération entre les entités publiques. Dans aucun État stable on ne trouve des cas analogues de délimitation de la propriété d'État « à la russe », parce que : le volume de la propriété d'État dans les pays étrangers par rapport à la Russie n'est pas si grand (1), les processus de la construction de l'État dans les pays étrangers se basaient sur la législation stable (2), en général, les tendances à la consolidation prédominent sur les tendances de séparation dans le monde contemporain (3). Autrement dit, la construction de la fédération suppose que chaque Etat « arrive » avec ses biens.

En Russie au contraire, la fédération était intéressée par la distribution de ses biens entre les sujets de la Fédération, ce processus a été dénommé délimitation de la propriété d'État.

La délimitation de la propriété d'État est un des rares aspects de la réforme économique mentionnés dans la Constitution de la Fédération de Russie de 1993. L'art. 72-d) prévoit la délimitation de la propriété d'Etat comme une des compétences conjointes de la Fédération de la Russie et de ses sujets. La Constitution a seulement fixé ce processus qui a eu déjà lieu dans le pays à grande échelle.

La propriété d'État a deux sujets nominaux, c'est la Fédération de Russie et le sujet de la Fédération de Russie. Puisque selon l'art. 12 de la Constitution les organes de l'auto-administration locale en Fédération de Russie ne font pas partie du système des organes du

pouvoir d'État, il existe une autre forme de propriété, la propriété municipale. Théoriquement la propriété d'État et la propriété municipale forment le type de propriété publique fondé sur les principes identiques, mais malheureusement, la notion de la propriété publique n'est pas utilisée dans la législation russe. Cependant le processus de la délimitation de la propriété d'État a touché le niveau municipal, puisque il était initié avant l'adoption de la Constitution de 1993. C'est pourquoi en Russie la délimitation de la propriété d'État sous-entendait la distribution de la masse des biens d'État (pour dire plus exactement, des biens publics) selon trois niveaux, c'est-à-dire, le niveau fédéral, celui des sujets de la Fédération et municipal.

La réglementation de la délimitation de la propriété d'État

L'acte normatif principal qui régle le processus de délimitation de la propriété d'État en Russie est la Décision du Soviet Suprême de la RSFSR du 27 décembre 1991 №3020 -1 «Sur la délimitation de la propriété d'État en Fédération de Russie sur la propriété fédérale, la propriété d'État des républiques dans la Fédération de Russie, les kraï, les oblasts, l'oblast autonome, les districts autonomes, Moscou et Saint-Petersbourg et la propriété municipale».

Le but du processus de délimitation était la privatisation accélérée de la propriété d'État dans les régions. En outre, la voie de la transmission des objets aux sujets de la Fédération (notamment la transmission des objets de haut en bas) avait pour but d'affermir économiquement le pouvoir régional et de réaliser politiquement la construction de la Fédération de Russie.

La spécificité de délimitation russe de la propriété d'État est accrue par le fait qu'à côté de la procédure administrative de la délimitation il y avait une procédure contractuelle, sur la base de l'accord public interne. Le fondement légal de la conclusion des accords internes est l'art. 11-3 de la Constitution : «la délimitation des domaines de compétence et des attributions entre les organes du pouvoir d'Etat de la Fédération de Russie et les organes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie est effectuée par la présente Constitution, le Traité fédéral et d'autres accords relatifs à la délimitation des domaines de compétence et des attributions».

D'une manière ou d'une autre, les accords sur la délimitation de la propriété n'ont pas seulement rempli les lacunes législatives, mais ont établi une nouvelle procédure. Finalement, les deux procédures de la délimitation de la propriété d'État existaient depuis longtemps:

- la procédure administrative selon la Décision du Soviet Suprême de la RSFSR citée, représentant une procédure fixée normativement de la distribution de la propriété et du mouvement des biens à l'intérieur de la Fédération dans la limite de deux formes, la propriété d'État et la propriété municipale;
- la procédure contractuelle sanctionnée par la Constitution de la Fédération de Russie, en vertu des accords entre les organismes du pouvoir exécutif de la Fédération de Russie et

ceux de ses sujets, ce qui est la variante simplifiée ou « extraordinaire » de la distribution des biens entre la Fédération et le sujet de la Fédération, au moyen des actions du pouvoir exécutif.

La législation contemporaine sur la délimitation de la propriété d'État

Selon l'art. 214-5 du Code civil de la Fédération de Russie le transfert des biens nationaux à la propriété fédérale et à la propriété du sujet de la Fédération de Russie se réalise selon la procédure établie par la loi. Pendant longtemps une telle loi n'a pas existé. Maintenant c'est l'article 154 (plus exactement, ses quelques points) de la loi fédérale du 22 août 2004 (connue sous le nom de « 122^{ème} loi »).

L'étude des sources normatives nous permet de poser une importante question, la question sur la distribution interne de la propriété des biens à titre onéreux. Autrement dit, est-ce qu'on peut construire les relations à l'intérieur de l'entité publique selon le principe « à titre onéreux » ?

Les civilistes ont exprimé l'opinion que le transfert de bien après que l'on produit la délimitation de la propriété d'Etat, doit être effectué sur la base de l'achat et de la vente ou, à la rigueur, la donation⁴⁸⁷. Alors, quelle sera la procédure du transfert de la propriété d'État, sera-t-il le processus soumis à la législation civile ? À notre avis, la procédure ne perdra pas le caractère administratif qui était vivement exprimé à la première étape; on admet la présence des éléments « civils » jusqu'à la détermination des participations des sujets à la création de l'objet, la définition du propriétaire des moyens, etc. Cependant, ces éléments «à titre onéreux» ne transforment pas les rapports concernant la délimitation de la propriété d'Etat en rapports de nature civile. La procédure administrative de délimitation de la propriété d'État ne peut pas être considérée comme une action civile.

Donc, le mécanisme de la délimitation de la propriété d'État entre le niveau fédéral et le niveau des sujets de la Fédération selon la verticale du système comprend deux variantes : du niveau fédéral au niveau du sujet de la Fédération de Russie et du niveau du sujet de la Fédération de Russie au niveau fédéral. La délimitation de la propriété d'État entre le niveau fédéral et le niveau du sujet de la Fédération (du haut vers le bas) est un processus de transfert gratuit des objets de la propriété d'État (ou avec la compensation des dépenses pour la création de l'objet) des organismes fédéraux du pouvoir d'État aux organismes du pouvoir d'État du sujet de la Fédération de Russie (ainsi que de bas vers le haut).

⁴⁸⁷ Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе / в кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы Теория. С.242

C. La privatisation « à la russe »

Les bilans de la privatisation russe de la première moitié des années 90 sont estimés le plus souvent négativement. Ce n'est pas son caractère massif mais la hâte qui a engendré les violations de la législation sur la privatisation, a compliqué la mise en œuvre des autres réformes économiques. En plus, la privatisation en Russie n'avait pas le soutien de la population, elle était impopulaire dès le début (probablement, c'est la vente initiale des entreprises déficitaires qui a provoqué ce scepticisme). « Dans la plupart des cas les privatisations ont contribué à la diminution de la production, la rupture des liens économiques, la réduction de la dirigeabilité de l'économie, au vif renforcement rude de la différenciation sociale et de la tension politique dans la société »⁴⁸⁸ - voilà la caractéristique la plus typique de la privatisation.

Néanmoins, la privatisation en Russie est devenue une des réformes économiques les plus graduées et considérables. Déjà les actes normatifs de l'URSS contenaient les notions de désétatisation et de privatisation. Le bilan principal de la privatisation est la création de la classe des propriétaires privés qui n'existait pas. La plupart des sociétés anonymes sont les résultats des privatisations. Au début, l'État, dans la plupart des cas, gardait sa part des actions, ensuite l'État a vendu sa part. Pourtant, la propriété d'État a gardé des actions assez considérables.

À notre avis, les relations de privatisation sont soumises à la réglementation mixte, de droit civil et de droit administratif. Les règles de l'aliénation de l'objet sont similaires avec le contrat civil de l'achat et de la vente, mais à l'étape du contrôle après la privatisation ce sont les éléments du régime administratif qui sont forts. Quant à la législation, l'art. 217 du Code civil de la Fédération de Russie établi, que le bien se trouvant dans la propriété d'État ou la propriété municipale, peut être transmis par son propriétaire à la propriété des particuliers et des personnes morales, selon la procédure prévue par les lois sur la privatisation des biens d'État et des biens municipaux. En ce qui concerne la privatisation du bien d'État ou du bien municipal les prescriptions du Code civil réglant la procédure de l'acquisition et de cessation du droit de la propriété sont appliquées, si les lois sur la privatisation ne prévoient pas d'autre procédure. Donc, la primauté de la législation de privatisation sur la législation civile est établie.

Selon la formule classique, la privatisation stimule la concurrence dans l'économie, le développement des marchés financiers. Cependant ces avantages sont présentés plutôt dans les pays développés. « Dans les pays en voie de développement et les pays à l'économie de transition les résultats sont moins fructueux. En principe, la privatisation doit détruire la

⁴⁸⁸ См.: Щелчков О. Приватизация предприятий: законодательство и проблемы судебно-арбитражной практики// Хозяйство и право. 1995. №11

concentration du capital. Mais en Russie au contraire, à la suite de la privatisation le capital s'est concentré chez les oligarques »⁴⁸⁹.

À notre avis, on ne peut pas comparer de manière générale la privatisation en Europe et la privatisation russe pour les raisons suivantes :

1. Les différentes raisons et les buts. L'Europe a besoin de donner une motivation supplémentaire à l'économie de marché, encourager la concurrence, tandis qu'en Russie par voie de la privatisation la propriété privée a été créée (du niveau zéro), ainsi que les bases de l'économie de marché.
2. L'Europe a passé le stade du capitalisme étatique-monopoliste. En même temps, en Russie il y avait une économie socialiste avec la propriété d'État unique, ce qui est aussi une sorte de monopole.
3. Les types de la privatisation en Russie sont beaucoup plus divers.
4. Personne ne connaissait nulle part une privatisation massive, comparable à celle de la Russie.

B. Berezovsky, un des oligarques russes, a reconnu à un colloque international à l'université Harvard (les États-Unis) : «A la première étape, que j'ai appelé « la privatisation du bénéfice », il y avait une destruction des entreprises, et en général, les directeurs recevaient la possibilité de ne pas rendre ce bénéfice aux entreprises, ils ce l'appropriaient. Ce bénéfice a été dépensé différemment : certains se distrayaient, brûlaient la chandelle par les deux bouts; les autres acquéraient de l'immobilier luxueux à l'étranger, les troisièmes l'accumulaient»⁴⁹⁰.

D. La création des entreprises unitaires

Les utilisateurs principaux des biens publics sont les entreprises unitaires, par lesquelles l'État participe dans l'activité économique. Elles utilisent des biens publics sur le fondement du droit de compétence économique ou du droit de gestion opérationnelle. Ces entreprises sont les héritiers directs des entreprises socialistes, pour lesquels le droit réel spécial a été inventé, le droit de gestion opérationnelle. C'est pourquoi les civilistes distinguent assez souvent les entreprises unitaires des personnes morales « normales ». «La présence dans notre circuit économique des personnes morales (« des entreprises » et « des établissements ») qui ne sont pas les propriétaires, mais qui sont ses participants indépendants, représente la conséquence directe

⁴⁸⁹ du Marais Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences Po et Dalloz, 2004, p.346

⁴⁹⁰ Олигархи сидят// Российская газета. 1999. 8 апреля

du caractère de transition de ce circuit, de la préservation dans ce dernier d'éléments de l'économie étatisée»⁴⁹¹.

Le Code civil russe (art.214) prévoit que les biens relevant de la propriété d'Etat peuvent appartenir, soit à la Fédération de Russie, soit aux sujets de la Fédération, dont ils constituent le « trésor », s'ils ne sont pas affectés à des entreprises ou à des établissements d'Etat selon les modalités définies par ce Code et qui sont au nombre de deux.

Le Code civil actuel prévoit deux sortes des droits réels limités, le droit de compétence économique et le droit de gestion opérationnelle. Le « droit de compétence économique » donne à l'entreprise, dite « unitaire » par opposition aux sociétés par actions, le pouvoir d'utiliser et d'administrer les biens qui lui sont affectés conformément au but assigné à son activité par le propriétaire des biens, lequel nomme le dirigeant de l'entreprise, a droit à l'attribution d'une partie des gains, et doit donner son accord à la vente ou à la mise en location de capital fixe ainsi qu'aux prises de participation. Le « droit de gestion opérationnelle » laisse au propriétaire des biens un pouvoir plus important d'intervention dans l'utilisation des biens en cause, mais comporte sa responsabilité subsidiaire si ses biens ne permettent pas de faire face aux obligations⁴⁹².

Selon M.-A.Latournerie, « le droit de compétence économique et le droit de gestion opérationnelle évoquent, dans une certaine mesure, le premier, le régime français de la concession de service public, et le second, la formule de la dotation de l'Etat à un établissement public prévue par le Code du domaine de l'Etat »⁴⁹³.

§2. Les contrats publics

A. Les contrats publics dans la doctrine juridique russe : bref historique

La notion du «contrat public» au sens d'un accord utilisé dans l'action publique n'est pas adoptée par la législation russe, elle l'est plutôt par la doctrine. Cela a des raisons historiques liées à la période soviétique. Pendant la période soviétique, on a créé un droit tout à fait spécial dans lequel l'État jouait le rôle principal. Ainsi, le seul instrument de l'action publique était l'acte unilatéral. Le contrat était appréhendé comme une technique exceptionnelle du droit civil (la liberté contractuelle était très limitée dans le droit civil soviétique).

Une nouvelle période (après la perestroïka et la chute de l'URSS) se caractérise par la restitution des traditions romano-germaniques du droit, et par conséquent par la restauration de la division entre droit public et droit privé.

⁴⁹¹ Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Редакция журнала "Хозяйство и право", фирма "СПАРК", 1995. С.168

⁴⁹² Latournerie Marie-Aimée, *Point de vue sur le domaine public*, Paris, Montchrestien, 2004, p.81

⁴⁹³ Latournerie Marie-Aimée, *op.cit.*, p.81-82

En général, on utilise plus souvent la notion de « contrat administratif » dans la doctrine. La première vague de l'intérêt scientifique pour les contrats administratifs a été observée dans les années 1920 (qui caractérisent une nouvelle politique économique, par le lancement des concessions, etc.), bien qu'un seul article à ce sujet soit largement connu⁴⁹⁴. C'est par l'élargissement de l'intervention de l'État aux relations civiles et sociales qu'a eu lieu une large utilisation des contrats administratifs dans les premières années du pouvoir soviétique. Dans les années 1940 le professeur Karass a fait une tentative pour ramener à la vie la structure du contrat administratif dans le domaine du stockage des produits agricoles⁴⁹⁵.

Puis on a manifesté de l'intérêt à ce propos dans les années 1960, dès l'émergence du droit économique (*khozjajstvennoe pravo*) comme branche du droit soviétique. L'étude de l'expérience étrangère a eu une grande importance, et les contrats administratifs ont été souvent examinés du point de vue du droit des pays socialistes (la Bulgarie, la Pologne). Il faut dire qu'à cette époque beaucoup de contrats étaient considérés comme des contrats administratifs, y compris ceux qui sont normalement soumis au droit civil (mais le droit civil soviétique a été fondé sur la dominante de la propriété de l'État !). Ainsi, quand tous les biens appartenaient à l'État, on qualifiait de contrats administratifs les accords entre l'administration locale et le citoyen à qui le comité exécutif avait permis de construire une maison sur un terrain public, les accords de travail dans l'administration, les accords avec les personnes physiques à propos de l'usage des livres dans les bibliothèques publiques, les contrats de transport public urbain, les contrats d'assurance obligatoire des biens, les contrats entre la Banque Nationale et les organisations soviétiques, les accords de transfert à l'État des biens matériels ou d'exécution des travaux, ou encore les contrats conclus entre les crèches (garderies d'enfants) et les parents⁴⁹⁶.

Dans les ouvrages de cette époque, on écrivait que l'implantation ultérieure des contrats administratifs n'empêchait pas l'utilisation de plus en plus large des contrats civils. Entre ces contrats il n'y a pas de frontières infranchissables ; l'usage de ces deux formes de contrats est dicté par la nécessité de la combinaison étroite des méthodes économiques et administratives⁴⁹⁷. Il y avait une tentative de combinaison du droit civil soviétique et du droit administratif soviétique en ce qui concerne les questions des contrats comme forme de gestion de l'économie⁴⁹⁸.

La doctrine juridique russe de la nouvelle période ne considère plus le contrat administratif comme une curiosité. Dans les manuels de droit administratif, on trouve toujours un

⁴⁹⁴ Сперанская К. Об административном договоре// Вестник Верховного суда СССР. 1928. №3(12).

⁴⁹⁵ Ямпольская Ц.А. О теории административного договора// Советское государство и право. 1966. №10. С.132.

⁴⁹⁶ Новоселов В.И. К вопросу об административных договорах// Правоведение. 1969. №3. С.41-42, 44.

⁴⁹⁷ Новоселов В.И. Указ. соч. С.45.

⁴⁹⁸ Договорные формы управления: постановка проблемы и пути решения. М., 1981.

chapitre consacré à cette question. Dans la plupart des cas ces chapitres sont très modestes en ce qui concerne leur contenu mais ils sont riches en expérience étrangère⁴⁹⁹. Pourtant, les administrativistes s'accordent sur le fait que le contrat administratif reste un phénomène nouveau et pas assez compris (réfléchi).

La définition du contrat administratif comme contrat conclu aux buts publics avec la participation de l'administration est dominante. Le contrat administratif est reconnu comme faisant partie de la catégorie du contrat public qui à son tour inclut des traités internationaux et des accords fédératifs.

En doctrine, nous pouvons également trouver les traits spécifiques des contrats publics, comme le fait que l'une des parties est toujours une personne publique (1), que les questions du pouvoir, de la gestion et de l'autorégulation sont l'objet du contrat (2), ainsi que l'originalité des obligations et des moyens de leur garantie (3)⁵⁰⁰. De plus, comme les civilistes le remarquent, la volonté des cocontractants joue un rôle principal dans les contrats civils comme dans les contrats publics⁵⁰¹. La période actuelle est marquée par la réforme administrative en Russie qui ouvre de nouvelles possibilités pour l'utilisation des contrats publics et pour leur formation.

B. Les contrats publics en Russie: traits généraux

À l'époque des transformations conceptuelles de l'État, l'action publique, orientée traditionnellement vers l'utilisation des actes unilatéraux, ne peut pas rester indifférente à la diversification des méthodes administratives. C'est le contrat public qui permet à l'administration de réagir de façon plus souple aux besoins de la gestion en coopération avec le secteur privé.

Le contrat dans l'action publique et la classification des contrats publics

Quand on parle de contrats publics sur le plan général⁵⁰², ils sont assez connus dans la Fédération de Russie. À notre avis, on peut diviser les contrats publics intérieurs (puisque nous n'aborderons pas les accords internationaux) en grandes catégories suivantes :

- Les contrats publics liés à la structure fédérative de la Russie. Ce type de contrats est nommé directement dans le texte constitutionnel (art. 11 de la Constitution : la délimitation des domaines de compétence et des attributions entre les organes du pouvoir

⁴⁹⁹ Административное право. Учебник под ред. Л.Л.Попова, М.С.Студеникиной. М.: НОРМА, 2008. С.251-254; Старилов Ю.Н. Курс общего административного права. Том второй. М.: НОРМА. 2002. С.440-485; Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс. Полный курс. М., 2005. С.159-164.

⁵⁰⁰ Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М.: Эксмо. 2008. С.279-280.

⁵⁰¹ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут. 1999. С.14.

⁵⁰² Dans la langue russe on utilise les termes d'accord et de contrat, le terme d'accord étant plus vaste.

d'État de la Fédération de Russie et les organes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie est effectuée par la Constitution, le Traité fédéral et les autres accords relatifs à la délimitation des domaines de compétence et des attributions). La pratique de la conclusion d'accords entre la Fédération de Russie et les sujets de la Fédération de Russie était particulièrement répandue dans les années 1990, pendant le développement du nouvel État russe fédéré après la chute de l'URSS. Aujourd'hui, la plupart de ces accords sont abrogés par consentement des parties (cependant la Fédération de Russie a conclu un nouvel accord avec la République de Tatarstan). L'art. 66 de la Constitution admet les accords entre les sujets de la Fédération de Russie tels qu'entre les districts autonomes et le kraï ou l'oblasts dont ils font partie. Nous appelons ces accords dont les parties sont des collectivités territoriales les contrats publics intra-fédératifs.

- Les contrats publics liés à l'exercice du pouvoir exécutif. Ils sont aussi nommés dans la Constitution (art. 78) – les organes fédéraux du pouvoir exécutif, en accord avec les organes du pouvoir exécutif des sujets de la Fédération de Russie, peuvent transférer à ces derniers l'exercice d'une partie de leurs attributions, et vice versa, si cela n'est pas contraire à la Constitution de la Fédération de Russie et aux lois fédérales. Cette formule juridique signifie la possibilité de la conclusion de contrats sur le transfert de l'exercice d'une partie des attributions dans la verticale de la fédération (par exemple, on a largement connu les accords entre les organes du pouvoir exécutif sur la gestion de la propriété publique). Il existe l'arrêté du Gouvernement de la Fédération de Russie du 8 décembre 2008 №924 relatif à la procédure de conclusion et d'entrée en vigueur des accords entre les organes fédéraux du pouvoir exécutif et les organes du pouvoir exécutif des sujets de la Fédération de Russie sur le transfert de l'exercice d'une partie des attributions. De plus, il existe des accords horizontaux (par exemple, entre deux ministères). Ce type de contrat est, en raison de la participation de l'administration, appelé contrat administratif (au sein de l'administration).
- Les contrats publics faisant liaison entre les pouvoirs d'État et les organes de l'auto-administration locale. Selon l'art. 12 de la Constitution l'auto-administration locale est autonome dans les limites de ses compétences, les organes de l'auto-administration locale ne faisant pas partie du système des organes du pouvoir d'État. L'unité de la puissance publique demande quand même une coordination au niveau local, et ainsi les organes de l'auto-administration locale peuvent se voir attribuer par la loi des attributions d'État particulières avec transfert des moyens matériels et financiers nécessaires à leur exercice (art. 132 de la Constitution). C'est la raison pour laquelle des accords administratifs

peuvent être conclus entre les organes du pouvoir d'État et ceux de l'auto-administration locale. En général, cette possibilité est prévue dans les constitutions et les statuts des sujets de la Fédération de Russie. Ainsi, par exemple, l'art. 58 du Statut de la ville de Moscou mentionne les accords et les contrats au niveau du pouvoir exécutif comme un des moyens pour créer les relations entre les organes du pouvoir d'État de la ville de Moscou et les organes de l'auto-administration locale.

- Les contrats (accords) publics liés aux buts publics. Ici, les cocontractants de l'État sont des personnes privées (les organisations religieuses, les organisations sociales, les organisations de business) ; il s'agit de la coopération dans la sphère sociale, du partenariat public privé sur le plan général. On a connu, par exemple, des accords entre les pouvoirs publics et les organisations religieuses relatifs à la coopération dans le domaine de l'éducation et l'enseignement.

Ce sont ces groupes de contrats qu'on peut appeler purement publics. Leur parties sont le plus souvent deux collectivités territoriales ou des organismes publics (ou plus rarement une seule partie est une personne publique), et le but de ces contrats est toujours public. Mais il y a d'autres catégories de contrats qu'on appelle « publics » dans bon nombre de pays, mais pas en Russie. Ce sont les contrats au contenu économique auxquels l'État ou une collectivité municipale (représentés par leurs organes) sont parties et qui poursuivent toujours des buts publics en utilisant des mécanismes établis par des lois spéciales. Ces types de contrats sont soumis au régime mixte : partiellement, c'est le régime du Code civil, mais surtout celui d'une loi fédérale. Ces contrats sont les suivants :

- *Les contrats des marchés publics.* La législation de la Fédération de Russie sur la commande publique se fonde sur les dispositions du Code civil de la Fédération de Russie, du Code budgétaire de la Fédération de Russie et des lois fédérales relatives aux marchés publics. Ce sont les lois suivantes : loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et les besoins municipaux » ; loi fédérale du 27 décembre 1995 « Sur la commande d'État pour la défense » ; loi fédérale du 29 décembre 1994 « Sur la réserve (provision) matérielle de l'État » ; loi fédérale du 2 décembre 1994 « Sur les achats et les livraisons de la production agricole, les matières premières et l'alimentation pour les besoins de l'État ». Sur le plan général, selon le contrat des marchés le fournisseur doit faire la livraison des marchandises aux organes du pouvoir d'État, aux organes de l'auto-administration locale, aux établissements publics ou à une autre personne comme il est stipulé.

- *Les contrats de vente de biens publics (privatisation).* La spécificité de ces contrats est reflétée dans la loi fédérale du 21 décembre 2001 « Sur la privatisation du bien d'État et du bien municipal ». La privatisation du bien d'État et du bien municipal est considérée comme l'aliénation à titre onéreux du bien public à la propriété privée (celle des personnes morales et physiques). Les acheteurs du bien d'État et du bien municipal peuvent être n'importe quelles personnes physiques ou morales, à l'exception des entreprises d'État et des entreprises municipales unitaires (dont tout bien appartient à la collectivité territoriale), des établissements d'État et municipaux, ainsi que des personnes morales pour lesquelles la participation publique dépasse 25%.
- *Les contrats de concession.* Selon la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur les contrats de concession » l'accord de concession détermine qu'une partie (titulaire d'une concession) s'engage à créer et (ou) reconstruire à ses frais les biens immeubles dont le droit de la propriété appartient ou appartiendra à l'autre partie (collectivité territoriale), à assurer l'activité d'utilisation (exploitation) de l'objet du contrat de concession tandis que la collectivité territoriale s'engage à accorder au titulaire d'une concession pendant le délai établi par le contrat les droits de la possession et de l'usage de l'objet du contrat de concession pour l'exécution de l'activité indiquée.

Le contrat de concession est un accord qui combine des éléments de divers contrats prévus par les lois fédérales. Aux contrats de concession sont appliquées les règles de la législation civile sur les contrats dont le contrat de concession contient des éléments, s'il n'y a pas autre chose qui découle de la loi fédérale « Sur les contrats de concession » ou de l'essence du contrat de concession.

- *Les contrats de partage de la production (les contrats de l'exploitation minière).* La loi fédérale du 30 décembre 1995 « Sur les contrats de partage de la production » stipule que ce sont des accords par lesquels la Fédération de Russie accorde au sujet de l'activité d'entreprise (investisseur) les exclusivités sur les travaux de prospection, recherche et production des matières premières minérales dans le sous-sol indiqué dans le contrat à titre onéreux et pour le délai défini, ainsi que sur les travaux liés à ceux-ci. L'investisseur s'engage à réaliser les travaux indiqués à ses frais et à son risque. Le contrat définit toutes les conditions sine qua non liées à l'usage du sous-sol, y compris les conditions et la procédure du partage de la production entre les parties du contrat. Les droits et les obligations des parties du contrat de partage de la production qui ont le caractère civil sont définis conformément à cette loi fédérale et à la législation civile de la Fédération de Russie.

- *Les contrats de l'utilisation des ressources naturelles d'État (municipales)* sont soumis à un régime spécial qu'on appelle parfois celui des « contrats publics » dans la doctrine juridique. Par exemple, les contrats de l'usage d'eau (Code de l'eau), les contrats du bail foncier et de terrain, les contrats de l'usage permanent (illimité) (Code foncier, Code forestier), les contrats avec les personnes morales et physiques pour l'utilisation d'objets du monde animal (loi fédérale du 24 avril 1995 « Sur le monde animal »). L'analyse de la nature juridique des règles fixées dans le Code forestier à propos de l'application des normes du droit privé pour les relations contractuelles permet de conclure que les normes du Code civil sont d'importance subsidiaire, donc elles sont appliquées quand elles ne contredisent pas la législation forestière⁵⁰³.

Le Code civil de Russie⁵⁰⁴ prévoit *les contrats civils* à participation de l'État ou de l'administration locale – par exemple, les accords d'emprunt d'État, les contrats de bail de biens publics, etc.

Sur le plan général, il faut mentionner aussi *les contrats que concluent les personnes morales de droit public dont le bien appartient à l'État ou qui ont été instituées par l'État*⁵⁰⁵. Par exemple, le bien des entreprises d'État (municipales) et des établissements publics appartient entièrement à l'État (collectivité municipale) qui a aussi les attributions de l'administration par rapport aux corporations d'État. Certes, les accords conclus par ces sujets du droit privé sont pour l'essentiel soumis à la législation civile. Mais les établissements publics budgétaires font la commande publique. Il faut de toute façon remarquer que le Code budgétaire de la Fédération de Russie prévoit aussi différents types de contrats aux éléments publics comme les contrats du crédit budgétaire, les accords sur la garantie d'État (municipale).

Une nouvelle période de l'histoire russe se caractérise par l'élargissement de la sphère d'utilisation des contrats par l'administration. Par exemple, la Conception de la réforme administrative en Fédération de Russie pour les années 2006-2010 prévoit l'implantation de l'externalisation qui est un mécanisme de partage des attributions du pouvoir exécutif avec les tiers (personnes privées) à la base de l'appel d'offre. À présent l'externalisation ne s'utilise encore qu'en régime d'expérimentation.

Comme la règle écrite de droit a une signification traditionnellement haute pour la Russie, l'administration doit être guidée formellement par la règle écrite y compris en faisant le choix de ses moyens de gestion. C'est pourquoi en plusieurs cas le choix entre le contrat et l'acte

⁵⁰³ Хаустов Д.В. Публично-правовые договоры в сфере использования и охраны лесов// Экологическое право. 2005. №5.

⁵⁰⁴ Le Code civil contient la régulation de toutes les relations liées au patrimoine y compris les contrats de commerce, puisqu'il n'y a pas de Code de commerce.

⁵⁰⁵ La législation russe ne connaît pas la notion de personne morale de droit public, mais on l'utilise dans la doctrine.

unilatéral est déjà fait au niveau législatif. Pourtant, parfois la loi laisse à l'administration un pouvoir discrétionnaire et cela lui donne le droit de choisir un moyen de gestion.

L'identification et le régime juridique des contrats publics

Si nous prenons en considération la classification des contrats publics présentée plus haut, la différence de leurs régimes juridiques est évidente. Ainsi, les contrats (accords) purement publics (conclus par les collectivités territoriales ou par les organes du pouvoir entre eux) sont soumis au régime du droit public. Cependant, une grande partie des contrats avec participation de l'administration (les concessions, les marchés publics) est soumise au régime juridique mixte, c'est-à-dire que les règles générales concernant la formation des contrats viennent du Code civil et des lois spéciales établissent toutes les particularités de ces contrats. La norme spéciale a la priorité sur celle qui est générale. Ainsi le régime juridique de chaque type de contrat est établi dans la législation. Comme l'activité de l'administration est soumise à la loi, elle n'a pas le droit de changer le régime des contrats établi par la loi. Toutefois, ne réglant pas toujours le régime juridique en détail, la loi laisse des lacunes et des pouvoirs discrétionnaires aux organes d'État, ce qui permet « d'inventer » des formes mixtes de contrats en utilisant différents éléments du droit public et du droit privé.

Les types d'accords soumis au régime juridique mixte peuvent être appelés contrats publics, en soulignant, pour les différencier des accords (contrats) purement publics, la caractéristique extérieure des relations (qui se manifeste par la participation d'une personne de droit privé comme cocontractant) et leur contenu économique. C'est de ce type de contrats publics qu'il sera question plus loin.

Il est nécessaire de souligner encore que les notions de contrat public (dans le sens utilisé en système continental du droit) et de contrat administratif sont utilisées en doctrine juridique et non pas dans la législation russe. En conséquence la question de l'existence d'un code des contrats publics ne se pose pas (c'est, probablement, notre futur lointain). En général, les actes juridiques du droit public ne sont pratiquement pas codifiés en Russie, à la différence de ceux du droit privé. Sur ce fond notons qu'au niveau de la législation le terme de contrat public n'a été utilisé que dans le Code civil (art. 426).

La formation des contrats publics

Les contrats publics n'étant pas systématisés en Russie, leur formation n'est pas soumise à quelque régime spécial, si ce n'est pas stipulé dans une loi consacrée à n'importe quel aspect du contrat. Les règles générales de la conclusion des contrats sont décrites dans le Code civil (chapitre 28), et elles couvrent aussi la conclusion des contrats publics s'il n'y a pas de normes

spéciales. Mais en général les normes spéciales se fondent sur les normes de la législation civile (par exemple, la possibilité de l'État d'inciter la personne qui a été choisie sur la base de l'appel d'offres à passer le contrat public concrétise l'article 445 du Code civil «Conclusion du contrat selon une procédure obligatoire»).

Les lois spéciales reflètent souvent les particularités de la formation du contrat, ce qui influence les objets possibles du contrat et son contenu. Par exemple, la loi fédérale « Sur les contrats de partage de la production » prévoit la conclusion du contrat avec la personne qui a proposé le prix le plus élevé aux enchères. Dans ce type de contrat, c'est le Gouvernement de la Fédération de Russie ou des organismes chargés par lui qui représentent la Fédération de Russie. Les conditions de la vente aux enchères doivent prévoir la participation de personnes morales russes à l'exécution des contrats dans les proportions définies par le Gouvernement russe. En ce qui concerne le sous-sol des territoires de résidence traditionnelle et d'activité économique des peuples minoritaires, les conditions de la vente aux enchères doivent prévoir le paiement de compensations pour la violation du régime de gestion traditionnelle de l'environnement.

Le contrat de partage de la production doit être signé dans les délais prévus par les parties, mais pas plus tard qu'un an après le jour de la création de la commission spéciale, qui comprend des représentants des autorités fédérales du pouvoir exécutif, y compris les représentants de l'organe fédéral chargé de la gestion du sous-sol ou de sa subdivision territoriale, et des représentants de l'organe du pouvoir exécutif du sujet de la Fédération de Russie correspondant. En cas de besoin pour le travail de cette commission, des organisations industrielles et scientifiques, ainsi que des experts et des consultants peuvent être engagés. La commission doit être créée six mois au plus après le jour de l'annonce des résultats de la vente aux enchères. C'est le Gouvernement de la Fédération de Russie qui fait la signature du contrat du côté de l'État.

Tout cela montre que le délai de formation du contrat de partage de la production se distingue beaucoup du délai ordinaire prévu dans la législation civile.

La transparence

Les particularités de la formation des contrats publics sont liées à la nécessité de garantir la transparence du choix du contractant par l'administration pour éviter la corruption, ce qui est devenu une des lignes directrices de la politique de l'État.

En général, le principe de transparence dans l'activité du pouvoir russe devient de plus en plus signifiant, et ces dernières années beaucoup de lois y font référence, comme par exemple la loi fédérale du 9 février 2009 « Sur la garantie de l'accès à l'information sur l'activité de l'administration et des collectivités municipales ». La transparence est un élément du régime

juridique de pratiquement tous les contrats publics auxquels l'administration est partie – p.ex. des marchés publics, des concessions, ou encore des contrats de privatisation.

Ainsi, la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et les besoins municipaux » contient un système de normes assurant la transparence de la formation des contrats :

- La garantie d'information sur le lancement des commandes ; les informations doivent être publiées sur des sites publics officiels et être accessibles gratuitement ;
- La diversité des sources d'information, le doublage de l'information sous forme écrite et électronique (cette dernière obligation étant temporaire puisqu'après le 1^{er} janvier 2011 seule la forme électronique est prévue) ;
- La priorité du placement de la commande par voie d'enchères, avec le placement préliminaire du communiqué ;
- La création de registres des contrats d'État et des contrats municipaux et de registres des fournisseurs peu consciencieux, accessibles à tout le monde par voie électronique ;
- La possibilité d'enregistrements audio et vidéo pendant les appels d'offres ouverts et les ventes aux enchères, etc.

De pareilles mesures sont prévues par la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur les contrats de concession ». On peut dire que la liberté contractuelle des particuliers et celle des personnes publiques est identique, s'ils agissent dans le cadre de la loi. Ainsi, la conformité de leurs activités à la loi est le critère d'une telle liberté.

L'exécution des contrats publics

À titre d'exemple on va examiner la procédure d'exécution des contrats de marchés publics. Il est étrange que la plus grande partie des normes de la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux » soit consacrée à la procédure du choix du fournisseur par le pouvoir adjudicateur, et seulement une petite partie au contrat proprement dit et à son exécution. Cela signifie que l'exécution du contrat est soumise pour l'essentiel à la législation civile générale.

Avant tout, les marchés publics sont les contrats d'État ou les contrats municipaux conclus à titre onéreux par le pouvoir adjudicateur de la part de la Fédération de Russie, du sujet de la Fédération de Russie ou de la collectivité municipale pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Concernant le régime de la conclusion du contrat, la loi renvoie aussi au Code civil et aux autres lois fédérales.

Selon la règle générale, l'administration n'a pas le droit de changer unilatéralement le contrat conclu. La loi lui donne le droit d'effectuer des changements dans les conditions de l'appel d'offres 15 jours avant sa tenue, mais non pas de changer unilatéralement l'accord déjà signé. En conséquence, c'est la règle générale du Code civil de la Fédération de Russie qui s'applique : « Le changement et la résiliation du contrat sont possibles selon l'accord des parties, si le présent Code, d'autres lois ou le contrat n'en disposent pas autrement. » (art.450 du Code civil de la Fédération de Russie). Premièrement, cela signifie que le contrat d'État peut prévoir le droit de l'administration au changement unilatéral du contrat (le fournisseur doit accepter cela à l'avance quand il envoie la demande pour sa participation à l'appel d'offres). Deuxièmement, la loi fédérale « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux » établit les limites de la possibilité de changement de certaines clauses du contrat (ce sont les normes impératives qui ne peuvent pas être changées ni par l'administration, ni par un accord des parties). En particulier, il s'agit de l'art. 9 de cette loi selon laquelle le prix du contrat public est fixe et ne peut pas être changé en cours d'exécution. Les exceptions à ce principe sont énumérées par cette loi (par exemple, les contrats de distribution ou de fourniture d'électricité).

Donc il y a toujours une possibilité bien avantageuse pour l'État de baisser le prix du contrat par accord des parties sans changement de la quantité de marchandises ou du volume des travaux.

La loi fédérale « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux » définit les autres clauses du contrat qui ne peuvent être changées ni unilatéralement, ni par l'accord des parties. Ainsi, par exemple, la clause impérative sur le contrôle, par le pouvoir adjudicateur, lors de la réception des marchandises livrées, des travaux accomplis ou des services rendus, de la conformité de leur quantité, leur étendue, leur volume et leur qualité aux exigences établies dans le contrat.

La loi fédérale « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux » stipule la possibilité de résiliation du contrat. La résiliation du contrat public est admise exceptionnellement suite à un accord des parties ou suite à la décision d'un tribunal pour des raisons prévues par la législation civile. La législation civile admet la résiliation du contrat par les tribunaux à la demande d'une des parties 1) en cas de violation importante du contrat par l'autre partie, 2) dans certains cas prévus par le Code civil, par d'autres lois ou par le contrat, 3) pour la raison d'un changement des circonstances qualifié comme grave. Ce sont exactement les mêmes raisons que celles utilisées par le Code civil pour que l'une des parties puisse demander

au tribunal le changement du contrat. Ainsi, le changement et la résiliation du contrat sont possibles soit suite à l'accord des parties, soit par la voie judiciaire selon la demande d'une des parties dans certains cas. La troisième façon de résoudre ces problèmes est le changement unilatéral ou la résiliation du contrat prévue par le contrat lui-même.

Le contrat de marché public prévoit des sanctions mutuelles. En cas d'exécution tardive par une partie des prestations prévues par le contrat, l'autre partie a le droit de demander le paiement d'amendes (pénalités, majoration de retard). Le taux de telles amendes est de 1/300 du taux de refinancement de la Banque centrale de la Fédération de Russie qui est applicable le jour de paiement. La partie en cause peut être exemptée du paiement de l'amende si elle prouve que l'exécution tardive était due à la force majeure ou à la faute de l'autre partie contractante.

La loi fédérale « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux » stipule que lors de l'exécution d'un contrat d'État ou d'un contrat municipal de marché public on n'admet pas le changement du fournisseur, sauf si un nouveau fournisseur est le successeur du fournisseur initial suite à une réorganisation de la personne morale sous forme de transformation, de fusion ou d'absorption. En cas de changement du pouvoir adjudicateur (d'État ou municipal) du contrat tous les droits et obligations passent au nouveau pouvoir adjudicateur dans le même volume et aux mêmes conditions.

Quant au délai d'exécution du contrat d'État de marchés publics, il est établi par le pouvoir adjudicateur (donc l'administration) lors de la définition des conditions de l'appel d'offres (vente aux enchères).

La loi fédérale « Sur les contrats de partage de la production » prévoit que la durée du contrat est établie par les parties conformément à la législation de la Fédération de Russie en vigueur à la date de la conclusion du contrat. La loi fédérale du 21 février 1992 « Sur le sous-sol » prévoit une gradation de délais pour l'octroi de l'usage du sous-sol (pour la prospection géologique le délai peut aller jusqu'à 5 ans ou jusqu'à 10 ans en cas de travaux de prospection géologique du sous-sol des eaux maritimes intérieures, de la mer territoriale et du plateau continental de la Fédération de Russie et pour la production de minéraux le délai dépend de l'élaboration du gisement des minéraux assurant l'utilisation rationnelle et la protection du sous-sol, etc.).

La durée des contrats de concession est établie par le contrat lui-même en tenant compte du délai de la création et (ou) de la reconstruction de l'objet de l'accord de concession, du volume des investissements dans la création et (ou) la reconstruction de cet objet et du délai de rentabilisation de ces investissements, d'autres obligations du concessionnaire selon le contrat de concession.

C. Le contentieux des contrats publics

Le système judiciaire russe a ses particularités. Avant tout, en Russie il n'y a pas de tribunaux administratifs spécialement créés ; la juridiction concernant les litiges administratifs est distribuée entre les tribunaux ordinaires (de la juridiction générale), les tribunaux d'arbitrage (il y a un système des tribunaux d'arbitrage d'État dont la fonction est le jugement des litiges économiques et des autres affaires liées à la réalisation d'autres activités patrimoniales et économique) et la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie. Chaque tribunal a un collège pour juger les litiges liés aux relations de droit public. Pour définir la juridiction il faut définir l'objet des relations : s'il s'agit de relations civiles (patrimoniales) avec participation de l'État, le litige est jugé comme si c'était un contrat entre personnes privées.

Concernant les marchés publics, en fonction de leur nature la plupart d'entre eux relèvent de la juridiction des tribunaux d'arbitrage (si le cocontractant est une personne morale ou un entrepreneur individuel), mais si le cocontractant est une personne physique c'est le tribunal ordinaire qui est compétent⁵⁰⁶.

Les contrats publics sont soumis aux règles générales sur la nullité des actes juridiques qui peuvent être d'une nullité absolue ou annulables (art. 166 à 181 du Code civil). Par exemple, un acte est d'une nullité absolue s'il ne correspond pas à la loi ou à d'autres règles juridiques, et l'acte fait par une personne morale qui dépasse les limites de la compétence de cette dernière est annulable. L'acte juridique est non valable dès le moment de sa conclusion. S'il découle du contenu de l'acte annulable que ses effets ne peuvent cesser qu'à l'avenir, le tribunal annule ses effets pour l'avenir.

Certaines causes de nullité sont prévues dans des lois spéciales, en particulier dans la loi fédérale « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et pour les besoins municipaux ». Ainsi, une personne intéressée ou l'organisme chargé du contrôle peuvent s'adresser au tribunal en invoquant la nullité du contrat, si une personne qui n'en avait pas le droit à participer aux ventes, s'il y a eu des négociations entre le pouvoir adjudicateur et un participant, ou si l'obligation de donner accès à la documentation de l'appel d'offres est violée.

Les contrats publics et l'arbitrage. Sur les juridictions arbitrales en Russie

Tout d'abord il faut préciser les nuances de la signification du mot « arbitrage » en Russie. On l'emploie dans deux significations principales. Il y a un système de tribunaux

⁵⁰⁶ Selon la législation russe le cocontractant d'un contrat de marché public peut être une personne physique qui n'a pas de statut d'entrepreneur.

d'arbitrage d'État dont la fonction est le jugement des litiges économiques et des autres affaires liées à la réalisation d'autre activité patrimoniales et économique.

La deuxième signification de l'arbitrage (*treteyskie sudi*) est traditionnelle comme une procédure du règlement des litiges par des arbitres indépendants de l'Etat. L'élément principal de l'arbitrage est que les parties confient la solution du conflit à des tiers. L'arbitrage est caractérisé par les avantages évidents (la vitesse de la procédure, la confidentialité, le choix des arbitres).

La réglementation de l'arbitrage n'est pas unifiée. Il y a la loi fédérale du 24 juillet 2002 « Sur l'arbitrage » (pour l'arbitrage interne dans le pays) et la loi fédérale du 7 juillet 1993 « Sur l'arbitrage commercial international ». Selon la loi de 2002 et les codes des procédures les instances d'arbitrage ne sont pas compétentes pour les litiges du caractère public : administratifs, électoraux, fiscaux, les affaires des infractions administratives, les affaires de faillite. En principe, les litiges de caractère civil avec la participation de l'Etat peuvent être arbitrés, mais la loi ne le prévoit pas de la façon directe. C'est la doctrine et la jurisprudence qui l'affirment.

La question de la mesure « d'intervention » des tribunaux d'Etat dans l'arbitrage garde une place importante dans la doctrine. La règle de la loi fédérale du 7 juillet 1993 « Sur l'arbitrage commercial international » qui limite la possibilité de contester la sentence d'arbitrage devant le tribunal d'Etat, a été contestée plusieurs fois devant la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie. Selon l'article 34 de la loi fédérale de 1993 la sentence d'arbitrage peut être contesté dans les cas suivants :

- premièrement, si la partie demandant l'abrogation de la sentence présente les preuves que la convention d'arbitrage n'est pas valable selon la loi soit que la sentence contient les questions qui dépassent les frontières de la convention d'arbitrage;
- deuxièmement, si le tribunal détermine que l'objet de litige ne peut pas être l'objet de la procédure d'arbitrage selon la loi de la Fédération de Russie ou si la sentence d'arbitrage est contraire à l'ordre public de la Fédération de Russie.

Les auteurs des recours constitutionnels estimaient que cette règle limite le droit de la protection judiciaire prévu par l'article 46 de la Constitution de la Fédération de Russie. Cependant la Cour Constitutionnelle a exprimé une position claire : quand les personnes concluent les contrats civils en insérant la clause compromissoire, elles réalisent leurs droits à la liberté contractuelle et refusent à la fois volontairement de résoudre des litiges par le tribunal. Elles choisissent l'instance d'arbitrage et les arbitres et donc elles ont obligées de respecter les règlements des contestations et d'exécuter les sentences arbitrales⁵⁰⁷.

⁵⁰⁷ Определение КС РФ от 15 мая 2001 года №204-о «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы акционерной компании «Алроса» и запроса Верховного Суда республики Саха (Якутия) о проверке

En même temps le tribunal d'État a le droit d'examiner un litige économique avec la participation d'une personne étrangère dans le cas où la demande est introduite devant le tribunal d'arbitrage d'Etat compétent au niveau du sujet de la Fédération de Russie et si le défendeur ne présente pas une requête de soumettre le règlement de ce litige à l'arbitrage au plus tard au moment de présenter ses défenses sur le fond, comme c'est prévu par le Code de procédure devant les tribunaux d'arbitrage de la Fédération de Russie et par la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961)⁵⁰⁸. En plus, le tribunal d'arbitrage accepte à examiner les litiges avec la participation d'une personne étrangère si le traité international de la Russie prévoit sa compétence. Nous trouvons la même analyse dans l'Aperçu de la jurisprudence concernant la protection des investisseurs étrangers (la circulaire de la Présidence de la Cour Supérieure d'arbitrage du 18 janvier 2001 №58). Le cas qui a été examiné dans cet Aperçu était lié au transport international de marchandise, c'est pourquoi les relations entre les parties étaient soumises à la Convention relative au contrat de transport international de marchandise par route (Genève, 1956), dont l'article 31 prévoit que pour tous litiges auxquels donnent lieu les transports soumis à la présente Convention, le demandeur peut saisir, en dehors des juridictions des pays contractants désignées d'un commun accord par les parties, les juridictions du pays sur le territoire duquel se trouve le lieu de la prise en charge de la marchandise ou le lieu prévu pour la livraison.

Ainsi les tribunaux d'État ont des pouvoirs de contrôle des sentences d'arbitrage, notamment ils contrôlent la validité de la convention d'arbitrage, le respect des règles procédurales pendant les débats arbitraux. On nomme cela dans la doctrine la « fonction limitée de contrôle judiciaire »⁵⁰⁹.

La possibilité de la participation des organismes publics à l'arbitrage

Les instances d'arbitrage n'ont aucun lien avec l'État. Selon l'art. 3 de la loi fédérale « Sur l'arbitrage » les institutions permanentes d'arbitrage ne peuvent pas être formées auprès des organes du pouvoir fédéral, régional (au niveau des sujets de la Fédération de Russie) et

конституционности пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже»; Определение КС РФ от 26 октября 2000 года №214-о «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО АКБ «Сберегательный банк РФ» на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»; Определение КС РФ от 9 декабря 1999 года №191-о «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО «Очаковский молочный завод» на нарушение конституционных прав граждан статьями 24 и 25 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже».

⁵⁰⁸ Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 года №8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса».

⁵⁰⁹ Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В. Третейские и государственные суды. Проблема прав на правосудие // Вестник ВАС РФ. 2000. №10

local. C'est une interdiction est logique car l'utilisation des puissances (prérogatives) publiques par l'administration contredirait la nature de l'arbitrage⁵¹⁰.

L'instance d'arbitrage a le droit d'examiner seulement les litiges civils. Mais l'État lui-même et leurs organes, ainsi que les personnes créées par l'État et fonctionnant grâce à des biens publics (les entreprises publiques et les organisations non commerciales) peuvent conclure les contrats civils. Par exemple, l'établissement public fédéral «La corporation d'approvisionnement» auprès du Ministère de l'agriculture et de l'alimentation de la Russie a fait un recours au Tribunal d'arbitrage de la région de Perm en demandant de l'émission d'une contrainte pour l'exécution de la sentence de la Chambre arbitrale (institution permanente d'arbitrage dans cette région) (décision de la Cour fédérale d'arbitrage du district d'Oural du 5 mars 1999 №F09-155/99-GK).

S'agissant des organismes publics, ce sont leurs statuts qui doivent établir leur compétence à compromettre. Mais la plupart des actes statutaires ignorent cette question. En fait, la législation russe sur l'arbitrage ne prévoit pas la possibilité de participation des organismes publics à la procédure d'arbitrage et en même temps ne l'interdit pas.

La jurisprudence propose une limite à la participation des organismes publics à l'arbitrage. L'arbitrage est possible quand il s'agit d'un litige civil. Les litiges publics, en particulier recours contre l'activité des diverses autorités publiques ne peuvent pas être arbitrés, comme par exemple les litiges liés à l'enregistrement d'État des immeubles⁵¹¹. En général l'examen alternatif des litiges publics est une exception⁵¹².

Nous nous référerons aux exemples de la jurisprudence. Comme le montre l'analyse de la décision de la Cour fédérale d'arbitrage du district d'Oural du 4 avril 2001 №F09-467/01-GK, entre la Direction de l'exécution des peines du Ministère de la Justice de la région de Kourgan et une personne morale privée a été conclu un contrat de livraison de houille dont le contentieux a fait l'objet d'un arbitrage. Le tribunal d'arbitrage d'Etat «a sanctionné» cette clause compromissaire et il a renvoyé l'affaire à l'arbitrage pour un nouvel examen. Un autre exemple c'est la décision de la Cour fédérale d'arbitrage du district de Moscou du 12 avril 2004 №KG-A41/1919-04, quand l'arbitre a examiné un litige entre l'administration de la ville de Doubna et une personne morale privée concernant le recouvrement de la créance et du dédit selon le contrat du bail.

En même temps les contrats de privatisation ne peuvent pas être jugés par arbitrage. La Présidence de la Cour Supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie (décision du 10 avril

⁵¹⁰ Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». Отв. ред. А.Л.Маковский, Е.А.Суханов. М.: Статут, 2003. С.22

⁵¹¹ Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». С.7

⁵¹² Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. №12. С.121

2001 №3515/00) n'a pas accepté la clause compromissoire dans le contrat de la privatisation et elle a donc confirmé sa nullité en vertu de l'art. 168 du Code civil de la Fédération de Russie. La Cour a déclaré que le litige entre le Fonds des biens de l'Etat (établissement public) et la compagnie privée ne peut être arbitré, puisque le bien appartenant à la collectivité publique (Fédération de Russie) a été privatisé par une personne dont la capacité de disposition est limitée par la législation sur la privatisation. Donc ce n'était pas un litige de caractère commercial.

L'opinion formée dans la doctrine affirme que les pouvoirs publics et leurs organes ainsi que les autres personnes publiques peuvent entrer dans les relations civiles (privées). Dans ce cas-là il n'y a aucun doute concernant l'arbitrabilité de ces litiges. En même temps la soumission de litiges publics à l'arbitrage est inadmissible⁵¹³.

Arbitrage commercial international en Russie

Une instance principale de l'arbitrage commercial international en Russie est la Cour d'Arbitrage de Commerce International (CACI) auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie⁵¹⁴. CACI est une institution permanente d'arbitrage. CACI est le successeur de la Cour d'Arbitrage auprès de la Chambre de Commerce et d'Industrie de l'URSS qui avait été instituée en 1932.

CACI est compétente pour :

- les différends relatifs aux relations contractuelles et autres relations civiles, apparaissant à l'occasion du commerce extérieur et des échanges économiques internationaux, si l'entreprise commerciale d'une partie du contrat se trouve à l'étranger,
- les différends des personnes morales avec les investissements étrangers et des groupements internationaux créés dans le territoire de la Fédération de Russie entre eux-mêmes, ainsi que les différends avec les autres sujets du droit de la Fédération de Russie.

La Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie a adopté le Règlement de CACI (le Règlement du 18 octobre 2005 est en vigueur). Les parties aux contrats avec participation des personnes étrangères préfèrent très souvent la convention d'arbitrage. Voici la clause compromissoire recommandée : «Tous litiges, différends ou réclamations survenant dans le cadre ou en relation avec le présent contrat (accord), y compris ceux relatifs à son exécution, sa violation, sa cessation ou sa validité, relèvent de la compétence de la Cour d'Arbitrage de Commerce International de la Chambre de Commerce et d'Industrie de la Fédération de Russie, conformément à son Règlement».

⁵¹³ Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005

⁵¹⁴ <http://www.tpprf-mkac.ru/indexeng.php>

Ce fait que la clause compromissoire insérée dans le contrat civil a le caractère civil par nature ne pose pas des questions. Il est aussi indiscutable que la nature civile de la clause compromissoire entraîne sa « indépendance » par rapport aux autres clauses du contrat⁵¹⁵.

Est-ce que l'État peut être présenté comme une partie au litige devant CACI? On ne pose pas souvent cette question dans la doctrine⁵¹⁶.

Selon l'art. 1204 du Code civil de la Fédération de Russie, l'État entre dans les relations civiles avec l'élément étranger selon les règles générales, sauf disposition contraire de la loi. Cela signifie que la position de l'égalité entre les personnes privées et publiques est une caractéristique des relations civiles internes et également extérieures. En fait, s'il s'agit des relations civiles avec la participation de l'État et s'il y a la convention d'arbitrage, ce litige peut être arbitré par CACI. À vrai dire, il n'y a pas beaucoup de litiges comme ça. Nous prenons comme exemple la décision de CACI du 27 novembre 2007 №33/2007. Il s'agit de la demande d'une société anonyme de la Serbie contre l'administration d'un sujet de la Fédération de Russie concernant le recouvrement de la créance pour paiement de travaux pour la reconstruction du bâtiment, puisque le contrat contenait la clause compromissoire.

Ainsi la loi n'interdit pas formellement la participation aux procès de l'État et de leurs organes et d'autres personnes publiques. C'est la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961, ratifiée par l'URSS) qui fait la base légitime pour la participation des organes publics à titre des parties dans les litiges internationaux commerciaux. Cette Convention prévoit que les personnes morales dont le statut dans la législation nationale est qualifié comme les « personnes morales de droit public » ont la faculté de conclure valablement des conventions d'arbitrage.

Quant à la participation de l'État russe à titre de partie dans les tribunaux internationaux en dehors de la Russie, il y a aussi une telle pratique.

En dehors de la législation nationale, les traités internationaux peuvent prévoir la possibilité d'arbitrage. Ils sont plus nombreux dans le domaine de la protection mutuelle des investissements. Par exemple, le Traité du 17 juin 1992 conclu entre la Fédération de Russie et les États-Unis sur l'encouragement et la protection mutuelle des investissements contient la possibilité d'arbitrer les litiges entre les personnes physiques et morales des deux pays dans le Centre international de règlements des différends relatifs aux investissements, CIRDI (selon la Convention de 1965 que la Russie a signé mais pas encore ratifié).

En général, dans le monde on choisit trois instances d'arbitrage - CIRDI, Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, Institut d'arbitrage de la Chambre de

⁵¹⁵ Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства// Третейский суд. 2000. №4. С.32

⁵¹⁶ Талапина Э.В. Государство и третейский суд // Третейский суд. Санкт-Петербург. 2004. №4 (34)

Commerce de Stockholm - pour arbitrer les litiges entre l'État et l'investisseur. La quantité de ces litiges a augmenté (290 en 2007 contre 14 en 1998). Presque toutes les demandes ont été initiées par les investisseurs contre les États acceptant les investissements. Il y a eu seulement trois cas dans lesquels l'État a engagé une procédure d'arbitrage contre des investisseurs étrangers⁵¹⁷.

Alors, nous pouvons définir la possibilité de la participation de l'État à l'arbitrage international: la législation ne l'interdit pas pour certains litiges mais elle ne le prévoit pas directement. Ce fait nous permet conclure à l'absence de la précision nécessaire au niveau législatif. En même temps la Russie change petit à petit la conception de l'immunité absolue pour l'immunité fonctionnelle après avoir signé la Convention des Nations Unies (2004) sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens.

L'arbitrage international en matière de contrats publics

La règle générale posée à l'article 11 du Code civil de la Fédération de Russie définit le recours à la justice comme le droit de saisir tant les tribunaux d'Etat que les instances arbitrales. La protection des droits civils violés ou contestés peut donc être opérée par les tribunaux ordinaires, les tribunaux d'arbitrage d'Etat et les institutions arbitrales proprement dites, en fonction de leurs compétences respectives. Toutefois, pour les litiges liés aux contrats publics, des lois spéciales ne reconnaissent souvent que la compétence des tribunaux étatiques.

Dans la législation russe, les expressions «contentieux judiciaire» ou «ordre judiciaire» se rencontrent fréquemment. Or, l'article 11 précité du Code civil de la Fédération de Russie donne à penser que ces expressions pourraient comprendre l'institution arbitrale. Mais la jurisprudence n'est pas de cet avis : elle interprète ces formules comme indiquant la seule compétence des tribunaux étatiques. La législation est également parfois en ce sens. A titre d'exemple, l'article 64 du Code foncier de la Fédération de Russie prévoit dans sa première partie que les litiges concernant l'exploitation agricole sont examinés par l'ordre judiciaire. Or, la deuxième partie de cet article dispose que le litige lié à l'exploitation de la terre pourra être soumis à l'arbitrage avant la saisine au fond du tribunal, ce qui signifie bien que l'ordre judiciaire visé dans le premier alinéa ne comprend pas l'arbitrage.

En matière de contrats publics, la loi prévoit la compétence exclusive des tribunaux d'Etat pour les litiges suivants :

- Les contrats de marché public,
- Les privatisations.

⁵¹⁷ Пэйсли Б., Назаргалина Д. Иностранные инвестиции: международная перспектива // Советник. Казахстан, 2009. №1. С.89

La plupart des contrats d'utilisation des ressources naturelles de l'État (seuls les litiges relatifs à l'exploitation de la terre et des sous-sols peuvent être soumis à l'arbitrage).

En revanche, les contrats suivants sont arbitrables :

- Les contrats de partage de production en matière d'exploitation minière (arbitrage interne et international),
- Les contrats de concession.

La possibilité de juger les litiges par voie d'arbitrage international est également prévue pour les litiges liés à la réalisation d'investissements étrangers en Russie (la loi fédérale du 9 juillet 1999 « Sur les investissements étrangers »).

Il faut souligner que l'arbitrabilité de ces contrats n'est pas précisée clairement dans les textes législatifs concernant l'arbitrage interne ou international. Les interprétations des lois invitent à la discussion. L'arbitrage international est expressément prévu que pour les contrats nés de la réalisation des investissements étrangers. Quant à la loi fédérale « Sur les contrats de concession », selon son interprétation littérale l'arbitrage est possible, mais non pas devant des instances arbitrales situées en dehors du pays.

Quant aux contrats civils avec la participation de l'État, ils sont soumis au régime général prévu pour les personnes morales. Cela signifie qu'en présence d'un accord des parties, ils peuvent être arbitrés, par le biais d'instances arbitrales internes ou internationales.

La pratique de procédures d'arbitrage auxquelles participe l'État s'est répandue dans les années 90, quand l'État (à tous les niveaux) a conféré des garanties à des contrats de crédit conclus entre des banques et des personnes privées. Les instances arbitrales (créées auprès d'associations bancaires) ont alors contraint l'Etat à rembourser ces crédits par le biais du budget et ce, sans tenir compte des règles du droit public (par exemple sans déterminer si l'autorité signataire était compétente pour garantir ou si la garantie conférée était conforme au budget etc.). Il a fallu attendre un Décret du Président adopté en 1997 pour interdire à l'Etat fédéral de conférer sa garantie.

Ces litiges ont pu être à l'origine de l'idée que les juridictions arbitrales seraient sulfureuses, voire criminelles. Il en résulte que la signature par un fonctionnaire d'une clause compromissoire peut aller jusqu'à être qualifiée de corruption. Les autorités se montrent en conséquence plutôt réticentes à l'idée d'insérer des clauses compromissoires dans des contrats civils; elles évitent souvent de le faire.

Quant aux contrats «proprement» publics et aux litiges administratifs, l'opinion sur le caractère exceptionnel de l'arbitrage en ce domaine prédomine toujours, en dépit des recommandations européennes (1981, 1986 et 2001).

Sur le développement de la législation

En même temps la Russie doit prendre en considération la tendance mondiale d'élargissement des capacités pour les personnes publiques permettant leur participation à l'arbitrage de commerce international. Mais l'incertitude de la législation nationale empêche la pratique.

Un projet de loi sur la modification des actes législatifs en matière de définition des responsabilités des arbitrages internes et des arbitrages commerciaux internationaux a été élaboré par le groupe des spécialistes de la Cour Supérieure d'arbitrage de la Fédération de Russie⁵¹⁸. Finalement il a été rejeté à la séance de la Présidence de la Cour le 19 octobre 2006. Selon le projet on proposait d'exclure de la compétence des instances d'arbitrage :

- les litiges concernant le bien public y compris la privatisation,
- les litiges concernant les biens immeubles,
- les litiges sur les droits aux résultats de l'activité intellectuelle.

En principe, ces propositions correspondaient à la pratique déjà formée (ainsi, les tribunaux ne reconnaissent pas la clause compromissoire dans les contrats de la privatisation). C'était la tentative de la mettre en lumière.

Cependant ce projet a été considéré comme l'évincement des instances arbitrales et pour cette raison on ne l'a pas soutenu⁵¹⁹. Les adversaires du projet de loi affirmaient qu'il pouvait bloquer le recours à l'arbitrage pour tous les contrats civils avec la participation de l'Etat, car tous ces contrats concernent le bien public. De plus, si les litiges à propos du bien public se trouvant à l'étranger sont de la compétence exceptionnelle des tribunaux d'arbitrage d'Etat, cela peut rendre impossible l'exécution du jugement en dehors du territoire de la Russie⁵²⁰.

A présent plusieurs auteurs enregistrent la tendance universelle vers l'élargissement de la capacité des personnes publiques à la participation à l'arbitrage commercial international ; en même temps leurs capacités à la participation à l'arbitrage interne diminuent. Cette conception se réalise successivement dans la jurisprudence russe, elle devient la base pour fixer la règle selon laquelle la capacité des personnes publiques à la participation à l'arbitrage interne est limitée (la participation de l'Etat à l'arbitrage commercial international n'est pas limitée)⁵²¹. Tout cela confirme le fait que le Gouvernement de la Fédération de Russie a adopté l'arrêté du 9 juin 2001 №456 relatif à la conclusion des accords entre le Gouvernement de la Fédération de Russie et les

⁵¹⁸ Третейский суд. 2006. №5. С.29-30

⁵¹⁹ Скворцов О.Ю. Шаг вперед, два шага назад?// Третейский суд. 2006. №5. С.22

⁵²⁰ Ягудина Е.А. Сравнение критериев допустимости передачи споров на рассмотрение международных коммерческих арбитражей в отечественном и зарубежном законодательстве и правоприменительной практике// Журнал российского права. 2007. №10. С.122

⁵²¹ Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007

gouvernements des États étrangers sur l'encouragement et la protection mutuelle des investissements, avec l'accord type. L'article 8 de l'accord type prévoit l'examen des litiges par les tribunaux ou par l'arbitrage au choix de l'investisseur.

Ainsi, on peut faire des pronostics de changement de la législation sur l'arbitrage en Russie vers sa libéralisation et donc la possibilité pour l'État de participer à l'arbitrage. Mais cela ne concerne que les litiges civils (on rappelle que les contrats civils en Russie sont plutôt les contrats publics selon la considération européenne). Quant aux litiges administratifs, le développement de l'arbitrage y pose les problèmes, bien qu'on en parle de plus en plus souvent.

D. Les partenariats public-privé en Fédération de Russie

La conception du partenariat public-privé (PPP) en Russie

L'Etat russe n'a pas l'habitude de consulter le monde des affaires avant de prendre des décisions. En outre, en Russie même prérévolutionnaire les industriels et les commerçants ont géré de façon indépendante leurs affaires, en tâchant d'éviter les contacts directs avec le pouvoir. Selon l'opinion d'un industriel du début XX^e siècle I.Sytin, «les entrepreneurs ne se mêlent pas de la politique». Néanmoins, les concessions ont été largement pratiquées en Russie prérévolutionnaire. L'Union russe du commerce et de l'industrie a été fondée au printemps 1917; cette Union a établi des contacts avec les pouvoirs publics, mais cela n'a pas duré longtemps à cause de la Révolution d'Octobre de 1917.

A la période soviétique «l'étatisation» totale de l'économie a exterminé le monde des affaires comme tel, mais le pouvoir soviétique et les institutions économiques du type socialiste (les entreprises et leurs groupements) ont été étroitement liés. Les entreprises ont été dirigées par les Conseils des députés et leurs organes des divers niveaux, en distinguant selon les formes de la subordination. Ils accomplissaient les tâches et les directions planifiées.

Après la chute de l'URSS les agents économiques et leurs liens ont été changé. Dans les conditions de l'économie de marché les agents économiques possèdent un patrimoine privé et cela donne de l'indépendance par rapport au pouvoir. Sur cette base il est possible de parler du partenariat.

Les contacts entre les pouvoirs publics et le monde des affaires sont divers. Sur un plan large, on peut considérer le partenariat comme n'importe quelle participation du monde des affaires à des actions communes avec les pouvoirs publics. Sur un plan étroit, le partenariat est le PPP proprement dit correspondant à la conception occidentale.

La notion de PPP (en Russie on dit les partenariats étatiques privés, donc PEP) a apparu dès le début des années 2000 dans les actes normatifs de Russie. En outre, le plus souvent les

PEP ont été mentionné simplement en qualité du but et de priorité dans les conceptions, les stratégies, les programmes, les actes des ministères.

Les types de PEP en Russie

En ce qui concerne la définition législative, il n'y a pas de loi sur les PEP au niveau fédéral. La corporation d'Etat Vnecheconombank⁵²² doit développer les mécanismes de PEP y compris ceux qui sont financés par le Fond d'Investissement spécialement créé en 2007. Donc les accords d'investissement sont aussi une forme de PEP qui sont connus depuis longtemps dans la législation russe (la loi fédérale « Sur l'activité d'investissement » a été adoptée en 1991).

À présent la loi fédérale du 25 février 1999 « Sur l'activité d'investissement » est en vigueur. En outre, l'État stimule des projets d'investissement assurant le fonctionnement des zones économiques spéciales dont la procédure de création a été unifiée dans la loi fédérale du 22 juillet 2005 « Sur les zones économiques spéciales en Fédération de Russie ». La zone économique spéciale déterminée par le Gouvernement de la Fédération de Russie est une partie du territoire de la Fédération de Russie qui a un régime particulier pour l'activité d'entreprise. Elles sont créées dans les buts de développement de l'industrie manufacturière, de la haute technologie, pour la production des nouveaux types des marchandises, pour le développement de l'infrastructure du transport, du tourisme et des sanatoriums.

Ainsi, au niveau fédéral les formes suivantes de PEP sont reconnues (mais ne sont pas unifiées) : les accords d'investissement, les zones économiques spéciales, les concessions. La doctrine concernant les PEP est insuffisamment développée. Les auteurs expriment des points de vue différents, mais on prend le modèle occidental de PPP comme base. On peut dire que la doctrine russe est en train de chercher la voie de l'adaptation de ce modèle aux conditions russes.

En prenant en considération la structure fédérative de la Russie, on peut noter que certains Sujets de la Fédération de Russie ont élaboré leurs propres lois sur les PEP. Leur analyse montre la différence dans la compréhension du PEP et de ses formes possibles. Ainsi, la loi de Saint-Pétersbourg du 25 décembre 2006 « Sur la participation de Saint-Pétersbourg aux PEP » considère le partenariat comme l'octroi d'un bien d'État au partenaire privé, ce qui est la clause du contrat classique de concession. Selon la loi de la République d'Altaï du 5 mars 2008 « Sur les PEP » nous trouvons la participation de l'Etat (donc de la République d'Altaï) aux capitaux des personnes privées par voie d'investissements budgétaires parmi les formes de PEP. La transmission du bien public en fiducie, le bail du bien public y compris aux conditions de faveur sont aussi parmi les formes de PEP. Selon cette loi le PEP est une coopération mutuellement avantageuse entre les participants du PEP à la réalisation des projets d'importance sociale, des

⁵²² <http://www.veb.ru/en/>

projets d'infrastructure, d'innovation, d'investissements nationaux et des programmes qui se réalisent par voie de la conclusion et l'exécution des contrats, y compris des concessions.

D'après la loi de l'oblast de Tomsk du 16 octobre 2006 « Sur les PEP » les marchés publics sont considérés comme une forme de PPP, ce qui n'est pas typique pour la Russie.

Ainsi, la doctrine et la législation sur les PEP ne sont pas pleinement formées. En même temps certaines formes de PPP ont été appliquées avant la Révolution d'Octobre, ainsi que dans les années 90 du XX^e siècle, sans être dénommées de PPP (les accords d'investissement, par exemple).

E. La concession comme forme plus réglementée de PEP

La nature de la concession

Au niveau fédéral il y a qu'une forme de PEP réglementée par la loi, c'est la concession. Pour cette raison nous allons la prendre comme un exemple. La loi fédérale « Sur les contrats de concession » a été adoptée le 21 juillet 2005; cette loi a été déjà à plusieurs reprises modifiée. Selon la loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur les contrats de concession », l'accord de concession prévoit qu'une partie (titulaire d'une concession, le concessionnaire) s'engage à créer et (ou) reconstruire à ses frais les biens immeubles dont le droit de la propriété appartient ou appartiendra à l'autre partie (collectivité territoriale, le concédant), à exécuter l'activité avec l'utilisation (exploitation) de l'objet du contrat de concession, tandis que le concédant s'engage à accorder au titulaire d'une concession pendant le délai établi par ce contrat les droits de possession et d'usage de l'objet du contrat de concession pour l'exécution de l'activité indiquée.

Le titulaire d'une concession (le concessionnaire) est l'entrepreneur individuel, la personne morale russe ou étrangère ainsi que les personnes morales réunies par accord sur l'activité commune. Donc le titulaire d'une concession est le « pur » sujet du droit privé.

Le changement des parties du contrat de concession par la voie de cession de créance ou de cession de dettes est possible par l'acceptation du concédant dès le moment de la mise en exploitation d'un objet du contrat de concession. Le concessionnaire n'a pas le droit de prêter sur gage ses droits selon le contrat de concession.

Le concédant est l'autre partie au contrat, c'est-à-dire l'Etat, les sujets de la Fédération de Russie, la collectivité municipale (le Gouvernement de la Fédération de Russie ou l'organe fédéral du pouvoir exécutif au nom de la Fédération de Russie, une autorité publique du sujet de la Fédération de Russie au nom du sujet de la Fédération de Russie, l'administration municipale au nom de la collectivité municipale). Selon les modifications de cette loi du 30 juin de 2008, le concédant a le droit de déléguer l'exécution de certains droits et obligations à des personnes privées par la voie d'un acte normatif.

La délégation de la réalisation des attributions publiques en Russie n'étant pas encore réglée, cela pose des problèmes. Le problème de la pluralité des personnes du côté du concédant est aussi une question à résoudre.

Le but public du contrat de concession n'est pas évident en définition de ce contrat. La loi a comme un but la poursuite des investissements dans l'économie de la Fédération de Russie, la garantie de l'exploitation effective du bien d'Etat ou municipal, l'amélioration de la qualité des marchandises, des travaux, des services fournis aux consommateurs.

Le contrat de concession est un accord qui combine les éléments de divers contrats prévus par les lois fédérales. Aux contrats de concession sont appliquées les règles de la législation civile sur les contrats dont le contrat de concession contient des éléments, s'il n'en découle pas autrement de la loi fédérale « Sur les contrats de concession » ou de l'essence du contrat de concession. Ainsi les règles du droit civil ou les autres lois y sont appliquées, c'est-à-dire selon l'interprétation textuelle de la loi le contrat de concession est un accord mixte soumis au régime du droit privé ainsi que celui du droit public.

L'interprétation scientifique va plus loin. Le contrat de concession est considéré comme un contrat administratif⁵²³. On dit que le contrat de concession a sa « niche » spécifique et très vaste dans l'économie du pays, et cette niche n'est pas accessible pour les contrats civils⁵²⁴.

Comme en Russie la tendance à la « commercialisation » est tellement forte, certains civilistes sont activement contre la reconnaissance du caractère administratif de la concession. C'est pourquoi il existe le principe de la réglementation civile subsidiaire des relations patrimoniales avec une participation publique.

Le contenu du contrat de concession

Les immeubles publics qui figurent dans la liste établie par la loi sont les objets du contrat de concession (par exemple, les autoroutes, les constructions de l'infrastructure de transport, les objets des transports ferroviaires, les ports maritimes et fluviaux, les objets hydrauliques, les aéroports et leurs infrastructures). La liste des objets des contrats de concession est fermée, ce qui peut garantir la stabilité de l'institution de la concession. Sans doute, cette fermeture de la liste des objets est utile pour la restriction du caractère discrétionnaire des pouvoirs. Il faut souligner que l'objet du contrat de concession est notamment le bien, et non pas le service ou l'activité.

Les clauses du contrat de concession sont divisées par la loi en deux groupes – obligatoires et facultatives. Il est important que la liste des clauses obligatoires n'est pas

⁵²³ Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1997. С.100

⁵²⁴ Сосна С.А. Концессии в России: между прошлым и будущим/ Право и политика. 2004. №1. С.76

exhaustive et peut être complétée par les lois fédérales. Les clauses obligatoires sont les suivantes :

- les obligations du titulaire d'une concession de créer et (ou) de reconstruire l'objet du contrat de concession, le respect de la durée de sa création et (ou) de la reconstruction;
- les obligations du titulaire d'une concession de réaliser l'activité prévue par le contrat de concession;
- la durée du contrat de concession;
- la description y compris les paramètres technologiques de l'objet du contrat de concession;
- le montant, les modalités et les périodes de paiement.

La liste des clauses facultatives (contractuelles) est fermée, mais elle a été sensiblement élargie à la suite de dernières modifications de la loi. Il est évident que l'élargissement (le complètement) de clauses contractuelles a pour but la stimulation du processus de négociations en illustrant que l'État s'intéresse bien aux concessions. Parmi ces conditions contractuelles sont:

- le volume de la production des marchandises, de la réalisation de travaux et de la fourniture de services nécessaires à la réalisation de l'activité prévue par le contrat de concession;
- les modalités et les conditions de la fixation et de la modification des prix (tarifs) des marchandises produites, des travaux accomplis et des services rendus, des augmentations des prix (tarifs) pendant la réalisation de l'activité prévue par le contrat de concession;
- le volume des investissements pour créer et (ou) reconstruire l'objet du contrat de concession;
- les modalités de la modification du contrat de concession;
- les modalités de l'indemnisation en cas de la résiliation du contrat de concession;
- les montants de pénalité pour la rupture des obligations du contrat de concession par les parties.

Les obligations du concédant concernant l'octroi des garanties d'État ou des garanties municipales au titulaire d'une concession, le montant des frais de concédant, ainsi que le montant, les modalités et les conditions de l'octroi des garanties d'État ou des garanties municipales par le concédant peuvent devenir une clause contractuelle dans le contrat de concession. Cependant il y a déjà des doutes à ce propos-là dans la doctrine. «Les obligations financières de l'État selon les contrats civils doivent être prévus dans le budget annuel. Dans le

cas du contrat de concession il y a le risque de non-exécution des obligations de l'Etat, si ces obligations ne sont pas incluses dans le budget annuel»⁵²⁵.

Le fait que pendant les négociations les parties au contrat peuvent choisir la voie de la modification du contrat signifie que cette modalité peut être plus simple (ou au contraire plus complexe) que celle qui est prévue par le Code civil de la Fédération de Russie. Certains experts estiment possible de réaliser dans ce cas le principe « qui ne dit mot consent »⁵²⁶.

Quant aux modalités de l'indemnisation en cas de résiliation du contrat de concession, le monde des affaires russe est extrêmement intéressé par la possibilité pour le concessionnaire de sortie libre du projet du concessionnaire avec le remboursement des frais. Mais le concédant doit l'accepter.

Les parties au contrat ont le droit de stipuler le montant de pénalités dans le cas de rupture des obligations selon le contrat de concession. De plus, le remboursement des pertes par le titulaire d'une concession et le paiement de pénalités en cas de non-exécution ou d'exécution inadéquate de l'obligation du contrat ne libèrent pas le titulaire d'une concession de l'exécution de cette obligation en nature. Il est nécessaire de remarquer que la loi prévoit une réclamation obligatoire, mais n'établit pas de délais. C'est la partie au contrat qui choisit dans sa réclamation le délai à accorder à l'autre partie pour l'exécution de l'obligation.

Il est nécessaire de noter qu'en effet nous ne trouvons presque rien sur l'activité du concessionnaire concernant l'exploitation de l'objet de la concession, ainsi que ses relations avec les futurs consommateurs parmi les clauses du contrat de concession. Ces règles sont fragmentaires et ne forment pas un système. On sait seulement que la future exploitation de l'objet aura un but déterminé mais sa signification publique n'est aucunement désignée.

La formation du contrat de concession

La formation du contrat de concession passe par le stade de l'adjudication. La liste des critères de choix possibles est établie par la loi, elle est fermée. La procédure de l'adjudication est identique à celle applicable dans les autres sphères (marchés publics, privatisation). Il est important que toute l'information concernant l'adjudication se concentre sur le site officiel du concédant. De plus, le Gouvernement de la Fédération de Russie doit définir le site officiel au réseau « Internet » où l'information sur toutes les adjudications ouvertes se réunit. Cette mesure est analogue à la concentration de l'information sur les marchés publics sur un site⁵²⁷.

⁵²⁵ Рачков И., Сорокина А. Белые пятна в Федеральном законе «О концессионных соглашениях»// Закон. 2007. №4

⁵²⁶ Рачков И.В., Сорокина А.А. Новое в правовом регулировании концессий в транспортном секторе// Закон. 2008. №7. С.72

⁵²⁷ <http://zakupki.gov.ru/>

Pour l'adjudication il y a un jury qui a le droit d'engager des experts indépendants. Mais la loi ne prévoit pas de mesures efficaces pour exclure les liens entre ces experts indépendants et les participants à l'adjudication. Il n'y a que la formulation sur la nécessité de remplacer tels experts par d'autres personnes.

En même temps l'article 37 de la loi fédérale « Sur les contrats de concession » prévoit la possibilité de conclure le contrat de concession sans adjudication (seulement dans les cas prévus par la loi fédérale). C'est-à-dire que certains cas peuvent d'amener à l'adoption des lois spéciales concernant les concessions avec un concessionnaire déjà choisi sans aucune adjudication.

Il faut remarquer que le processus de la formation des contrats de concession est complexe, pour l'instant aucun contrat n'a encore été conclu au niveau fédéral. Pour la formation du contrat les compagnies de conseil aident souvent les deux cocontractants, mais cela n'est pas obligatoire.

Quelques conclusions

En Russie le système de la législation sur les questions de PPP est complexe car il a deux niveaux; en plus ce système n'est pas pleinement formé. Il y a une grande probabilité d'intervention d'une loi fédérale sur cette question. De plus la doctrine copie les traditions occidentales dans plusieurs cas. En même temps une grande expérience de la réalisation de PPP n'est pas encore accumulée (en raison du long terme des contrats), en particulière quand il s'agit de l'exécution du contrat.

On voit la même situation avec les contentieux des PPP. Les litiges entre le concédant et le concessionnaire (le titulaire d'une concession) peuvent être portés devant les tribunaux ordinaires et devant les tribunaux d'arbitrage de la Fédération de Russie que devant des arbitres (mais il faut préciser que le recours à l'arbitrage international est exclu pour ces contrats).

La distinction entre PPP institutionnels et PPP contractuels n'est pas discutée en doctrine et n'est pas trachée dans la législation. Selon la règle générale, l'Etat et les collectivités municipales n'ont pas le droit de participer aux sociétés commerciales, s'il n'en est pas autrement prévu par la loi (art. 66 du Code civil de la Fédération de Russie). Cependant, premièrement, l'État a déjà créé les sociétés anonymes ouvertes pendant la privatisation. Deuxièmement, les entreprises unitaires dont le patrimoine appartient entièrement à l'Etat peuvent être les participants (membres) des organisations commerciales. En outre l'analyse des législations des Sujets de la Fédération de Russie montre que certains d'eux distinguent les PPP institutionnels et ceux contractuels.

En résumé, il est nécessaire de noter les problèmes généraux du droit public en Russie, puisque la « commercialisation » de la législation a frappé le système du droit public. En doctrine russe on ne considère pas les marchés publics comme une forme de PPP, c'est un contrat mixte qui est réglé par le chapitre spécial du Code civil de la Fédération de Russie et par la loi fédérale. La loi fédérale « Sur les contrats de concession » est concentrée seulement sur la première étape qui est le choix du concessionnaire et la conclusion du contrat de concession. Proprement dit, la loi se termine notamment sur la tenue de l'adjudication. Les problèmes de l'exploitation de l'objet de la concession sont capables même de transformer la législation administrative, surtout en ce qui concerne les services publics.

§3. Les aides d'État

A. Les types d'aides d'État

Au sens général l'aide d'État est une activité spécifique de l'Etat ayant le but du développement de n'importe quelle institution. Les aides d'État peuvent se réaliser dans les formes suivantes :

- financements publics ;
- octroi d'avantages de caractère fiscal, douanier, etc. ;
- octroi de l'usage de biens publics, y compris selon des conditions de faveur ;
- octroi d'avantages pour la réalisation d'opérations d'assurance ou de banque ;
- autres aides de caractère informationnel, organisationnel, professionnel.

Autrement dit, l'aide d'État se compose de différentes mesures, telles économiques, juridiques, organisationnelles. Les régions (le Nord du pays, Kaliningrad), certaines catégories d'individus (les enfants, les handicapés), les domaines de l'activité (le système de transport, la Russie électronique), le soutien des institutions de l'État (la justice, les villes historiques) peuvent être des destinataires de l'aide d'État. Selon les destinataires, les aides d'Etat se regroupent en aides de groupe (quand n'importe quelle personne répondant aux critères établis, a le droit de prétendre à l'aide) et en aides individuelles. On peut mettre en relief : 1) l'aide permanente (principalement les transferts budgétaires), 2) l'aide occasionnelle (dans les situations d'urgence, des cataclysmes, etc.), 3) l'aide thématique (par exemple, l'indemnisation pour la tenue du dénombrement de la population du pays).

En prenant en considération le spectre des formes des aides d'Etat, il est clair que les intérêts économiques de l'État sont beaucoup plus larges que ceux financiers. Mais notamment l'aide financière devient une forme principale ces derniers temps.

La législation budgétaire utilise la notion de l'aide et du soutien, au sens des transferts interbudgétaires entre différents niveaux du budget (les différentes sortes de subventions). On

utilise aussi la notion de crédit budgétaire, de garantie d'État ou garantie municipale. Mais, en tous cas, le Code budgétaire ne contient pas la liste stable des aides d'Etat.

En dehors du Code budgétaire de la Fédération de Russie, au niveau fédéral il existe des lois fédérales sur les aides d'État et la réglementation d'État de certaines activités ou de secteurs (la loi fédérale du 29 avril 1999 « Sur la culture physique et le sport », la loi fédérale du 22 novembre 1995 « Sur la réglementation d'État de la production et de la vente de l'alcool éthylique et de la production alcoolisé », la loi fédérale du 14 avril 1995 « Sur la réglementation d'État des tarifs sur l'énergie électrique et thermique en Fédération de Russie »). Dans des lois variées on prévoit les formes concrètes des aides d'État (les lois fédérales du 29 décembre 2006 « Sur le développement de l'agriculture », du 8 janvier 1998 « Sur la réglementation d'État du développement de l'aviation », du 20 juin 1996 « Sur la réglementation d'État dans le domaine de la production et de l'utilisation du charbon, sur les particularités de la protection sociale des travailleurs des organisations de l'industrie houillère », du 22 août 1996 « Sur le soutien d'État de la cinématographie de la Fédération de Russie »).

B. Les aides aux petites entreprises

Cela vaut la peine de noter spécialement les aides d'État aux petites entreprises. Selon la loi fédérale du 24 juillet 2007 « Sur le développement de la petite et moyenne entreprise dans la Fédération de Russie », le soutien des petites et moyennes entreprises sont des activités des organismes du pouvoir d'État de la Fédération de Russie, des organismes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie, des organes de l'auto-administration locale. Il en va de même du fonctionnement de l'infrastructure du soutien des petites et moyennes entreprises, dans le but de réaliser des actions prévues par les programmes fédéraux, régionaux et municipaux de développement des petites et moyennes entreprises.

L'article 14 de cette loi fédérale établit que les principes de base du soutien des petites et moyennes entreprises sont :

- 1) la procédure de demande d'aide à l'initiative des petites et moyennes entreprises;
- 2) l'accessibilité de l'infrastructure du soutien des petites et moyennes entreprises à toutes ces entreprises;
- 3) l'accès égal à l'aide des petites et moyennes entreprises selon les critères prévus par les programmes fédéraux, régionaux et municipaux de développement des petites et moyennes entreprises;
- 4) la soumission des aides d'Etat aux exigences établies par la loi fédérale du 26 juillet de 2006 « Sur le soutien de la concurrence »;
- 5) la transparence des procédures d'octroi des aides.

L'aide financière se réalise par voie de l'octroi des subventions, des investissements budgétaires, des garanties d'État ou des garanties municipales pour les obligations des petites et moyennes entreprises. L'aide patrimoniale se réalise sous forme de transfert en droit de possession et (ou) d'usage de biens d'État ou de biens municipaux, y compris les terrains, les bâtiments, les constructions, les locaux inhabités, l'équipement, les voitures, les mécanismes, les véhicules, le matériel, les outils, à titre onéreux, à titre gratuit ou à des conditions de faveur. Le bien transmis doit être utilisé selon sa destination spéciale. L'aide informatique se réalise sous forme de création de systèmes d'informations fédéraux, régionaux et municipaux et de réseaux de télécommunication.

Il existe la loi fédérale du 22 juillet 2008 « Sur les particularités de l'aliénation des biens immeubles » se trouvant dans la propriété d'État, la propriété des sujets de la Fédération de Russie ou la propriété municipale qui sont loués par les sujets de la petite et moyenne entreprise. Avant l'adoption de cette loi la règle générale était : la privatisation des biens d'État et des biens municipaux se réalise exceptionnellement par voie de la vente par adjudication. Mais jusqu'au 1^{er} juillet 2010 les petites et moyennes entreprises ont reçu la possibilité de profiter d'un nouveau régime avantageux de privatisation des immeubles loués par eux.

C. Les préférences d'État et municipales

La définition des préférences

Un chapitre spécial de la loi fédérale « Sur le soutien de la concurrence » est consacré à l'octroi des préférences (avantages) d'État ou municipales. Les préférences d'État ou municipales sont des avantages accordés à certains sujets de l'activité d'entreprise par les organismes fédéraux du pouvoir exécutif, les organismes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie, les organes de l'auto-administration locale, les autres organismes assurant des fonctions publiques, ce qui leur assure des conditions d'activité plus favorables, par voie du transfert de biens d'État ou de biens municipaux, ou d'autres objets de droits civils ou par voie de l'octroi d'avantages patrimoniaux.

Il y a longtemps que dans la pratique sont apparues des questions sur des aspects concrets des préférences. Ainsi, le transfert de l'usage d'un bien d'État ou municipal sans procédure d'adjudication ou l'octroi d'avantages pour le loyer (réduction du loyer) représente un avantage pour les sujets de l'activité d'entreprise, ce que leur assure des conditions plus favorables d'activité par rapport aux autres sujets de l'activité d'entreprise⁵²⁸, c'est pourquoi ces transferts sont considérés comme des préférences.

⁵²⁸ Voir les réponses du service fédéral antitrust aux questions de l'application de la loi fédérale sur le soutien de la concurrence <http://www.fas.gov.ru/answers/15715.shtml>

Il est curieux, que la Cour fédérale d'arbitrage de district ait décidé que les relations liées à la conclusion et l'exécution du contrat de bail d'un local inhabité dont l'auto-administration locale est le bailleur, sont fondées sur l'égalité juridique des parties et ne supposent pas la soumission d'une partie à l'autre, en raison de quoi les exigences de la législation antitrust à l'égard des autorités publiques ne peuvent pas être étendues à cette sphère de relations (décision de la Cour fédérale d'arbitrage du district de Nord-Ouest du 16/02/2007, l'affaire №A66-5134/2006. On trouve une position semblable dans les décisions de la Cour fédérale d'arbitrage de Sibérie occidentale du 25/10/2005, l'affaire № Φ04-7473/2005 (16064-A45-23), du 02/02/2006, l'affaire № Φ04-3823/2005 (19475-A03-23)). Pour nous il est évident que les relations du bail du bien public impliquent le respect des exigences de la législation antitrust par la puissance publique.

Du point de vue de la législation antitrust, l'octroi d'avantages mal fondé est une dérogation aux règles au profit d'une personne privée, qui est capable d'amener à la restriction de la concurrence.

Certainement, du point de vue économique l'octroi d'avantages pour le paiement des impôts est aussi un octroi d'avantages aux sujets de l'activité d'entreprise, qui leur assure les conditions plus favorables d'activité par rapport aux autres sujets de l'activité d'entreprise. À cet égard la question de la soumission des allègements fiscaux au régime des préférences contrôlées par le service antitrust est actuelle. Le service fédéral antitrust recommande d'examiner la conformité à l'art. 15-1 de la loi fédérale « Sur le soutien de la concurrence » l'octroi d'allègements fiscaux qui amènent ou peuvent amener à l'inexistence, la restriction, l'élimination de la concurrence, ou l'octroi d'allègements fiscaux avec violation du Code fiscal de la Fédération de Russie,

Il s'agit dans cet article des interdictions à but antitrust faites aux autorités publiques (organismes fédéraux du pouvoir exécutif, organismes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie, organes de l'auto-administration locale, autres organismes assurant des fonctions de puissance publique ainsi que fonds d'État extra-budgétaires, Banque centrale de la Fédération de Russie). Sont interdites aux autorités publiques les activités suivantes :

- 1) l'exécution des fonctions des sujets de l'activité d'entreprise;
- 2) l'attribution des organismes du pouvoir d'État des sujets de la Fédération de Russie, des auto-administrations locales de missions dont la réalisation amène ou peut amener à l'inexistence, la restriction, l'élimination de la concurrence, sauf cas prévus par les lois fédérales;
- 3) l'édition d'actes et (ou) la réalisation d'activités, qui amènent ou peuvent amener à l'inexistence, la restriction, l'élimination de la concurrence;

4) la conclusion d'accords ou la réalisation par ces organismes d'activités concertées, si ces accords ou la réalisation d'activités concertées amènent ou peuvent amener à l'inexistence, la restriction, l'élimination de la concurrence.

La procédure d'octroi des préférences

Les préférences d'État ou municipales peuvent être accordées en vertu des actes juridiques d'un organisme fédéral du pouvoir exécutif, d'un organisme du pouvoir d'État du sujet de la Fédération de Russie, d'un organe de l'auto-administration locale, d'autres organismes assurant des fonctions de puissance publique dans les buts désignés à la loi fédérale « Sur le soutien de la concurrence » (par exemple, les recherches scientifiques, la protection de l'environnement, etc.).

Selon la règle générale, la préférence doit être accordée préalablement par écrit par l'organisme antitrust. Mais ce n'est pas obligatoire, s'il s'agit de telles exceptions, comme :

Premièrement, en vertu de la loi fédérale, des lois des sujets de la Fédération de Russie sur le budget, des actes normatifs des auto-administrations locales sur le budget, contenant ou établissant la procédure de définition du montant de la préférence d'État ou municipale, ainsi que son destinataire concret.

Deuxièmement, par voie de la garantie financière des dépenses imprévues au moyen des fonds de réserve conformément à la législation budgétaire de la Fédération de Russie.

Troisièmement, pour les préférences dont le montant n'excédant pas la limite établie par la Banque centrale de Russie pour les opérations en liquide entre les personnes morales, si cette préférence est accordée une seule fois par an. Selon l'Indication de la Banque Centrale de la Fédération de Russie du 20/06/2007 №1843 ce montant est de cent mille roubles depuis le 22 juillet 2007.

Tout cela signifie que les aides octroyées selon la législation budgétaire (les subventions, l'octroi des garanties) sont soumises au contrôle antitrust, mais non pas sous forme d'accord préalable.

Par contre, la procédure générale de l'octroi de préférences suppose l'accord préalable de l'organisme antitrust, pour l'obtenir l'organisme ayant l'intention d'accorder la préférence d'État ou municipale, dépose le dossier à l'organisme antitrust, qui doit l'examiner dans le délai d'un mois.

Les rapports entre la législation antitrust et les autres actes législatifs

Le rapport de la législation antitrust avec les autres actes législatifs qui prévoient l'intervention de la puissance publique dans la sphère économique attire l'attention. Par exemple, la question de l'applicabilité aux contrats de partage de la production des exigences antitrust

pour les préférences est actuelle⁵²⁹. En effet, l'octroi de droits exclusifs à l'investisseur dans le cadre du contrat de partage de la production permet d'accorder des avantages au sujet de l'activité d'entreprise.

Puisque le contrat de partage de la production est formé d'après les résultats d'une adjudication (cette adjudication dans le cadre de la législation sur le sous-sol, et non pas dans le cadre de la législation de la Fédération de Russie sur l'attribution de la commande publique), l'accord préalable de l'organisme antitrust pour la conclusion du contrat est nécessaire, sauf les cas où ce contrat est lié à l'utilisation des terrains sur le plateau continental, dans la zone économique exclusive et sur les terrains faisant l'objet d'un intérêt spécial stratégique d'État (de tels contrats doivent être confirmés par la loi fédérale).

Comme l'expert le constate, logiquement l'organisme antitrust doit refuser d'accorder la conclusion du contrat de partage de la production à l'investisseur, puisque les buts indiqués dans la loi fédérale « Sur le soutien de la concurrence » ne permettent pas de satisfaire une telle demande⁵³⁰. Cet auteur propose d'éliminer cette collision législative.

Nous voyons l'issue de cette situation, ainsi que d'autres liées à l'adjudication, dans l'unification de son régime juridique, par voie de renvoi à la législation sur l'attribution de la commande publique. Autrement dit, n'importe quelles ventes passées par l'autorité publique doivent être réglées par cette législation.

§4. Les responsabilités des pouvoirs publics en matière d'autorisation et de contrôle

A notre avis, il y a des pistes principales de réalisation de la fonction économique de l'État:

- 1) la fixation du régime juridique de la propriété;
- 2) la définition des types de sujets de l'activité économique, leur légalisation (l'enregistrement auprès de l'État);
- 3) l'exigence d'une licence pour certaines activités;
- 4) le contrôle de l'activité des sujets de l'activité économique (sanitaire, écologique, contrôle d'incendie, etc.);
- 5) la détermination des bases du système fiscal;
- 6) la garantie du régime juridique général du fonctionnement de l'économie.

Ainsi, la fonction économique générale englobe l'établissement des conditions juridiques du fonctionnement du marché (la légalisation des sujets économiques, l'enregistrement par l'Etat des contrats et des biens, l'établissement des exigences particulières à l'activité) et le contrôle des sujets économiques. La fonction économique spécialisée aborde les questions de l'activité

⁵²⁹ Шальман О.В. Актуальные проблемы антимонопольного регулирования государственной и муниципальной помощи// Спорт: экономика, право, управление. 2008. № 2.

⁵³⁰ Шальман О.В. Указ. соч.

économique de l'État lui-même. La réalisation d'autorisation et de contrôle est un domaine de la réglementation administrative traditionnelle dans la sphère de l'économie.

A. L'enregistrement par l'État des personnes morales

C'est l'État qui établit les règles générales pour la création (institution) des sujets de l'activité économique, les administrations spéciales réalisent leur enregistrement auprès de l'État. Selon l'art. 51-2 du Code civil de la Fédération de Russie la personne morale est considérée créée dès le jour de son inscription au registre national des personnes morales. Les relations de l'enregistrement par l'État des personnes morales sont réglées par la loi fédérale du 8 août 2001 « Sur l'enregistrement par l'État des personnes morales et des entrepreneurs individuels ».

L'enregistrement par l'État de la personne morale signifie la reconnaissance du sujet du droit et de son statut. Les buts de l'enregistrement par l'État sont :

- le contrôle par l'État de l'activité économique;
- la réception des informations statistiques pour la réalisation de la réglementation de l'économie;
- l'octroi à tous les participants au circuit économique, aux administrations publiques et auto-administrations locales de l'information sur les sujets du circuit économique⁵³¹.

Selon la loi, l'enregistrement par l'État des personnes morales et des entrepreneurs individuels est un acte de l'organisme fédéral du pouvoir exécutif compétent, réalisé par un dépôt aux registres nationaux des informations sur la création, la réorganisation et la liquidation des personnes morales, l'acquisition par les personnes physiques du statut de l'entrepreneur individuel, la cessation par les personnes physiques de l'activité d'entreprise et des autres informations sur les personnes morales et sur les entrepreneurs individuels.

V.V.Zalessky interprète la nature de ces actes comme du droit civil, «puisque'il y a un sujet de droit civil, on fixe les changements des données juridiques qui sont importants pour la caractéristique de la personne morale comme participant au circuit économique»⁵³². Pourtant, un acte de l'administration publique ne peut pas avoir le caractère civil, il peut seulement engendrer par la suite des droits et devoirs civils ou les influencer. L'article 8 du Code civil de la Fédération de Russie a cette signification, en prévoyant l'apparition des droits et devoirs civils suites aux actes des administrations publiques et des auto-administrations locales. L'acte de

⁵³¹ Зыкова И.В. Правовое регулирование государственной регистрации юридических лиц: современное состояние и перспективы развития // Адвокат. 2004. № 1.

⁵³² Залесский В.В. Постатейный комментарий к закону о государственной регистрации юридических лиц// Право и экономика. 2002. №2. С.9

l'enregistrement par l'État reflète des responsabilités de contrôle de l'organisme du pouvoir exécutif, qui contrôle la suffisance des raisons (mais non l'opportunité) de l'apparition du sujet du droit civil, du changement de son état ou de sa liquidation.

A présent le service fédéral fiscal et ses organismes réalisent l'enregistrement par l'Etat des personnes morales. Les résultats de l'enregistrement se reflètent dans le registre national des personnes morales (ainsi que dans le registre national des entrepreneurs individuels).

L'enregistrement par l'État doit être effectué dans un délai de cinq jours ouvrables à compter du jour de la présentation des documents à l'organisme de pouvoir.

L'enregistrement par l'État de la personne morale est effectué selon le siège de l'organe exécutif que les fondateurs ont indiqué dans la demande d'enregistrement auprès de l'État ; en cas de l'absence d'un tel organe exécutif, l'enregistrement est effectué selon le siège d'un autre organisme ou d'une personne ayant droit d'agir de la part de la personne morale sans procuration. L'enregistrement par l'État de l'entrepreneur individuel est effectué selon le lieu de sa résidence.

Cependant cette loi ne s'applique pas à tous les types des personnes morales, puisque «les lois fédérales peuvent établir une procédure spéciale d'enregistrement de certaines personnes morales» (art. 10). Une telle procédure spéciale pour l'enregistrement (par les organes du Ministère de la Justice) est prévue en ce qui concerne les chambres du commerce et de l'industrie, les unions sociales, les organisations religieuses et les partis politiques, qui peuvent avoir ou non les droits de la personne morale. En plus, une procédure spéciale d'enregistrement est prévue en ce qui concerne les organisations de crédit (auprès de la Banque centrale de la Fédération de Russie). Dans tous les cas un tel enregistrement se réalise en coopération avec le service fiscal, l'enregistrement par l'État des personnes morales reste un acte de l'organisme fédéral du pouvoir exécutif compétent (soit du sujet au statut mixte, comme la Banque centrale de la Fédération de Russie), dont l'élaboration est soumise au droit administratif.

Des règles spéciales d'enregistrement par l'État sont prévues en ce qui concerne les personnes morales étrangères.

Par l'enregistrement, la certification, la standardisation, l'accréditation, l'attestation, le quota, etc. l'État confirme l'entrée légale des sujets économiques dans le circuit économique, ainsi que leurs activités légales.

Il est nécessaire de remarquer que la procédure de l'enregistrement par l'État des organisations commerciales pour les années passées s'est simplifiée beaucoup et s'est approchée de l'acte déclaratif de légalité. Pour l'instant, la réalisation d'une expertise juridique des documents visant à apprécier s'ils répondent aux exigences de la législation est exclue de la procédure d'enregistrement. «Cela signifie que dans les cas de présentation de tous les

documents prévus par la loi, l'organisation créée doit être enregistrée même dans le cas où les documents communiqués ne correspondent pas aux normes de la législation»⁵³³. Le législateur a prévu une procédure d'appréciation des documents qui est assez rigide à l'égard de l'autorité publique en ayant limité au maximum son pouvoir discrétionnaire⁵³⁴.

L'enregistrement par l'État comme institution juridique se caractérise par les traits suivants : a) c'est des lois qui établissent avant tout les exigences et les procédures; b) la reconnaissance par l'État de la légitimité ou l'illégalité des activités des personnes morales et physiques; c) le devoir égal de réalisation d'enregistrement pour l'autorité publique et pour les sujets de l'activité d'entreprise; d) la valeur juridique et informatique⁵³⁵.

B. L'exigence d'une licence dans la sphère économique

Il n'y a pas d'opinion unique en doctrine à propos de l'exigence d'une licence, notamment de sa nature. Les uns insistent sur la nature civile de l'exigence d'une licence⁵³⁶. D'autres trouvent dans l'exigence d'une licence les traits d'une institution du droit public⁵³⁷. D'autres enfin disent que c'est un complexe, réunissant des normes de diverses branches du droit: droit constitutionnel (art. 8, 34 de la Constitution de la Fédération de Russie), droit administratif (art. 14.1 du Code des infractions administratives), droit civil (art. 49 du Code civil), droit pénal (art. 171, 172 du Code pénal), droit fiscal (chapitre 25.3 du Code fiscal). Mais ce sont les normes du droit administratif qui jouent un rôle dominant⁵³⁸. À notre avis, les autorités publiques exercent leurs compétences dans la procédure de délivrance d'une licence, c'est pourquoi celle-ci a une nature administrative.

Donc, pour réaliser certaines activités il faut avoir une permission spéciale, la licence. La procédure de leur octroi est réglée dans la loi fédérale du 8 août 2001 « Sur la délivrance des licences pour certaines activités ». En raison de la diversité des activités il est évident qu'une multitude de divers organismes s'occupe de la délivrance des licences. Toutes les procédures de la délivrance des licences, des suspensions et du contrôle se réalisent selon un régime de droit

⁵³³ Чумакова О.В. Регистрация юридических лиц: проблемы и пути их разрешения // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. №8. С.56

⁵³⁴ Женетль С.З. Некоторые теоретические вопросы административной процедуры регистрации юридических лиц // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. №12. С.84

⁵³⁵ Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс. Полный курс. М., 2001. С.340

⁵³⁶ Злотник П., Злотник Г. Проблемы правового регулирования лицензирования // Хозяйство и право. 2000. №2. С. 92; Осинцев Д.В. Разрешительная система в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1995. С.13 - 14

⁵³⁷ Гуцин А.В. Лицензирование как институт административного права // Административное право и процесс. 2006. №1. С.4.

⁵³⁸ Юрьева Ю.С. О правовой природе института лицензирования // Административное право и процесс. 2008. №1

administratif. La rédaction de la loi en vigueur ne prévoit plus la possibilité de l'annulation « administrative » de la licence.

La délivrance d'une licence est une fonction importante de l'État. À l'échelle mondiale les activités professionnelles, dont la réalisation est réglementée dans différents pays, peuvent être classifiées en quelques groupes en fonction de l'intérêt public, ainsi que des conditions nécessaires à leur exercice :

- 1) les types d'activité, pour lesquelles la rareté des ressources utilisées rend nécessaire l'exigence d'une licence (les fréquences radioélectriques, les monopoles naturels). Ici l'intervention de l'État souvent même sort du cadre de la délivrance d'une licence, en définissant les devoirs et les avantages du licencié;
- 2) les types d'activité, pour lesquelles le contrôle de leur exercice s'explique par l'aspiration à protéger la population contre le danger (la production des armes, l'activité médicale, les boissons alcoolisées, les jeux et les loteries). Les conditions mises à ces activités concernent d'habitude à la fois les capacités d'exercice de l'activité professionnelle, ainsi que les exigences techniques par rapport à l'équipement et à la production;
- 3) les cas dans lesquels l'intérêt collectif est lié à l'urbanisme ou à l'environnement (l'immobilier, la construction, les installations qui peuvent avoir les conséquences nuisibles);
- 4) les cas qui demandent une base solide en vue des relations confidentielles, qui s'établissent d'habitude entre le professionnel et ses clients. Le professionnel doit prouver sa compétence, sa moralité, parfois son état financier. Cette catégorie des professions est représentée par des professions juridiques, l'activité bancaire, d'assurance et d'audit⁵³⁹.

Du champ de la loi fédérale du 8 août 2001 « Sur la délivrance des licences pour certaines activités » sont exclues des nombreuses activités, y compris l'activité des organisations de crédit; l'activité dans le domaine de la production et de la vente de l'alcool éthylique et de la production alcoolisée; la réalisation des opérations du commerce extérieur, etc.

La licence est une permission spéciale pour l'exercice de l'activité concrète, subordonnée à l'engagement de respecter obligatoirement des exigences et des conditions, délivrée par l'autorité publique à une personne morale ou à un entrepreneur individuel.

Les principes de base en matière de licence sont :

- la garantie de l'unité de l'espace économique sur le territoire de la Fédération de Russie;
- la liste unique des activités qui ont besoin d'une licence;

⁵³⁹ См.: Фурнье Ж. Юридический аспект государственного вмешательства в рыночную экономику. Заключительный доклад по проекту ТАСИС «Укрепление правового государства и юридическая подготовка в новых рыночных условиях». Москва, июль 2000. С.120-121

- la procédure unique de la délivrance d'une licence sur le territoire de la Fédération de Russie;
- les actes normatifs établissent les exigences et conditions de la licence ;
- la publicité et la transparence de l'obtention d'une licence.

Parmi les activités qui ont besoin d'une licence il y a des activités dont l'exercice peut entraîner un dommage à des droits et intérêts légaux, à la santé des citoyens, à la défense et à la sécurité de l'État, au patrimoine culturel des peuples de la Fédération de Russie. Il faut remarquer que la liste des activités qui ont besoin d'une licence est réduite graduellement avec le temps, ce qui correspond aux tâches de la réforme administrative.

Après la délivrance d'une licence par un organisme fédéral de pouvoir, l'activité peut être exercée sur tout le territoire de la Fédération de Russie. L'activité qui a eu besoin d'une licence délivrée par un organisme d'un sujet de la Fédération de Russie, peut être exercée sur les territoires des autres sujets de la Fédération de Russie à la condition que le licencié en avise les autorités correspondantes des sujets de la Fédération de Russie selon la procédure établie par le Gouvernement de la Fédération de Russie.

La durée de la licence ne peut pas être inférieure à cinq ans et peut être prolongé à la demande du licencié.

La multitude d'organismes du pouvoir exécutif assurent la délivrance de licences. Leur liste est établie par l'arrêté du Gouvernement de la Fédération de Russie du 26 janvier 2006 №45 sur l'organisation de la délivrance des licences pour certaines activités.

L'activité relative à la délivrance de licences comporte les responsabilités suivantes :

- l'octroi des licences;
- la nouvelle régularisation des documents confirmant la présence des licences;
- la suspension de la validité des licences;
- la durée des licences ;
- les registres des licences, l'octroi aux personnes intéressées des informations des registres des licences;
- le contrôle du respect par les licenciés des exigences et conditions de licence;
- les demandes au tribunal pour l'annulation des licences.

Les conditions d'exercice de leurs responsabilités par les autorités compétentes sont fixées par des actes spéciaux.

Selon l'article 13 de la loi fédérale, la suspension de l'activité autorisée par la licence est effectuée par l'organisme accordant la licence en cas de poursuite du licencié pour violation des exigences et des conditions de la licence en tant qu'infraction administrative, conformément à la procédure établie par le Code des infractions administratives.

En cas de décision du juge confirmant la suspension administrative de l'activité du licencié pour violation des exigences et des conditions de licence l'autorité publique suspend l'activité du licencié pour le délai défini dans le jugement.

Le licencié s'engage à informer par écrit l'autorité publique de l'élimination des violations des exigences et des conditions de licence qui ont entraîné la suspension administrative de son activité.

L'autorité publique remet en vigueur la licence dès le lendemain du jour de l'expiration du délai de la suspension administrative de l'activité du licencié, ou dès le lendemain du jour de la cessation anticipée de l'exécution de la punition administrative en forme de suspension administrative de l'activité du licencié.

La durée de la licence n'est pas prolongée par la suspension de sa validité.

Au cas où le licencié n'a pas éliminé la violation des exigences et des conditions de sa licence au terme du délai établi par le juge, l'autorité publique est obligée de s'adresser au tribunal avec une demande d'annulation de la licence.

La licence est annulée par décision de justice sur la base d'un examen de la demande de l'autorité publique.

La loi prévoit le contrôle des licences. Le contrôle des licences est assuré par l'autorité publique. Par exemple, le contrôle des informations sur le licencié par l'autorité publique est effectué par voie de comparaison de ces informations avec les informations du registre national des personnes morales ou du registre national des entrepreneurs individuels. L'autorité publique reçoit l'information correspondante de l'organisme fédéral du pouvoir exécutif chargé de l'enregistrement par l'État des personnes morales et des entrepreneurs individuels, selon la procédure établie par le Gouvernement de la Fédération de Russie.

Il est important que le contrôle en matière de licence se réalise maintenant selon le régime établi par la loi fédérale du 26 décembre 2008 « Sur la protection des droits des personnes morales et des entrepreneurs individuels lors de l'intervention du contrôle d'État (surveillance) et du contrôle municipal ».

C. Le contrôle d'État et les inspections

Dans la langue courante les notions de « contrôle » et d' « inspection » (surveillance) sont utilisées comme synonymes, tandis que la doctrine les distingue (cette discussion a commencé à l'époque soviétique⁵⁴⁰). Dans les manuels du droit administratif le paragraphe consacré à la

⁵⁴⁰ См. подробно: Андреева Ю.А. К вопросу о соотношении понятий "контроль" и "надзор"// Административное право и процесс. 2009. №2

surveillance administrative comprend la notion du contrôle⁵⁴¹. En général, les administrativistes sont d'accord sur le fait que la surveillance (les inspections) représente un aspect spécifique du contrôle ; le contrôle s'exerce en ce qui concerne la légalité et l'opportunité des activités, tandis que les inspections concernent uniquement la légalité.

En ce qui concerne les actes normatifs, nous n'y trouverons pas la distinction précise du contrôle et des inspections, mais aussi nous nous heurterons à une grande confusion des activités des pouvoirs. Ainsi, le Décret du Président de la Fédération de Russie du 9 mars 2004 № 314 sur le système et la structure des organismes fédéraux du pouvoir exécutif définit les fonctions du contrôle et des inspections comme:

- la réalisation des activités du contrôle et des inspections de l'exécution par les organismes du pouvoir d'État, les organes de l'auto-administration locale, leurs fonctionnaires, les personnes morales et les citoyens des règles obligatoires établis par la Constitution de la Fédération de Russie, les lois fédérales constitutionnelles, les lois fédérales et les autres actes normatifs;
- l'octroi par les organismes du pouvoir d'État, les organes de l'auto-administration locale, leurs fonctionnaires des permissions (des licences) pour la réalisation d'activités et (ou) d'actions concrètes par les personnes morales et les citoyens;
- l'enregistrement des actes, des documents, des droits, des objets, ainsi que l'édiction des actes juridiques individuels.

L'exécution de cette fonction est confiée aux services fédéraux, bien que dans des cas particuliers elle puisse être exécutée par les ministères fédéraux et les agences. En même temps dans la Conception de la réforme administrative dans la Fédération de Russie en 2006-2010 il est indiqué que les méthodes du contrôle d'État et de la surveillance agissant ~~à part~~, correspondent dans une mesure incomplète aux tâches de garantie de sécurité de la production, des processus de production, de l'exploitation, de la conservation, de la transportation, de la réalisation, de l'utilisation ; en plus, ils sont accablants pour les entreprises. Le système des exigences est excessif, n'est pas transparent et contradictoire ; les responsabilités de contrôle (les études, les inspections, l'expertise, l'analyse de l'information) sont jointes aux responsabilités de surveillance (les contrôles, l'imposition des prélèvements, l'octroi des permissions, la suspension de l'activité). Il est nécessaire donc de distinguer les fonctions de contrôle et de surveillance, d'unifier la terminologie dans les autres actes législatifs et réglementaires, cela permettra de concentrer la surveillance dans les autorités publiques, tandis que les personnes privées

⁵⁴¹ Административное право. Под ред. Л.Л.Попова, М.С.Студеникиной. М.: Норма, 2008. С.407; Россинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. М.: Норма, 2009. С.525

pouvaient exercer certaines activités de contrôle en ce qui concerne des expertises, des analyses, etc.

Dans la doctrine il y a une tentative de systématiser les aspects des inspections d'État spécialisées (sectorielles)⁵⁴², ce sont les inspections industrielles, de construction, bancaires, etc. (plus de 20 types).

Certains actes législatifs parlent de la surveillance (contrôle) ou tout simplement du contrôle, le contrôle d'État (surveillance) de l'observation des exigences des règlements techniques (la loi fédérale du 27 décembre 2002 « Sur la régulation technique »), le contrôle d'État foncier (le Code foncier de la Fédération de Russie). Il y a beaucoup d'autres règles, dont l'exécution est contrôlée par l'État (fiscal, par exemple). Il est évident que la plus grande partie des activités de surveillance concerne les sujets économiques.

Donc, l'État établit les règles publiques de l'activité économique, après il contrôle leur respect. Les sujets qui ont violé des règles établies pour les organisations dans n'importe quelle sphère peuvent être punis (parfois il s'agit de la responsabilité pénale).

En outre, chaque organisation doit tenir une comptabilité et présenter les états financiers aux délais définis. La loi fédérale du 21 novembre 1996 « Sur la comptabilité » a pour but de garantir d'uniformité du compte des biens, des obligations et des opérations économiques réalisées par des organisations; de représenter une information comparable et authentique sur l'état financier des organisations. C'est pourquoi la loi s'applique à toutes les organisations se trouvant sur le territoire de la Fédération de Russie, ainsi que sur les filiales et les représentations des organisations étrangères, s'il n'en est pas prévu autrement par les traités internationaux de la Fédération de Russie.

La comptabilité est un système réglé de collecte, d'enregistrement et de synthèse de l'information en valeur exprimée en argent sur les biens, les obligations des organisations et leur mouvement par voie de comptabilisation totale, continue et documentaire de toutes les opérations économiques. Les objets de la comptabilité sont les biens des organisations, leurs obligations et les opérations économiques réalisées par les organisations durant leur activité. Les organismes du pouvoir d'État élaborent les plans concrets des comptes, les standards de la comptabilité.

Toutes les organisations présentent des états financiers annuels aux fondateurs, aux participants à l'organisation ou aux propriétaires de ses biens, ainsi qu'aux organismes territoriaux de la statistique d'État, les organisations budgétaires – à un organisme supérieur, les

⁵⁴² Мартынов А.В. Виды государственного надзора в современной России: система и правовое установление // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2009. №9. С.39-44

entreprises unitaires d'État et municipales – aux organismes chargés pour la gestion des biens nationaux. Le caractère impératif de cette exigence est renforcé par des mesures de responsabilité administrative (l'article 15.11 du Code des infractions administratives prévoit les sanctions administratives pour manquement grave aux règles de tenue de la comptabilité et de présentation des états financiers).

§5. Les services publics

La question sur les services publics (services d'État) est assez nouvelle pour la Russie, la doctrine à ce propos est encore extrêmement faible.

Une des premières définitions a été donnée par le professeur Y.A.Tikhomirov : les services publics sont les actions juridiquement et socialement significantes pour les intérêts de la société, de l'État et des citoyens⁵⁴³. A l'époque, lorsque les actes normatifs et les documents d'orientation de la Russie ne contenaient pas de notion de « services d'État », nous avons remarqué les traits de services publics afin de les distinguer des fonctions publiques⁵⁴⁴. Alors, les services publics :

- assurent une activité d'importance publique;
- supposent une quantité potentiellement non limitée de sujets devenant les clients des services;
- se réalisent soit par l'organisme du pouvoir d'État ou municipal, soit par un autre sujet (sur la base d'un contrat, de l'acte du pouvoir, de l'acte de délégation);
- se fondent sur la propriété publique, ainsi que la propriété privée.

Donc le service public est une fonction (mission) publique, qui peut être assurée par le sujet non étatique. Il existe théoriquement deux voies de « libre circuit » des services publics : la délégation de caractère semi-administratif (on dit « semi » parce que les organisations non étatiques n'entrent pas dans le système du pouvoir d'État et n'ont pas la capacité de la personne publique) et le contrat.

La catégorie des services d'État résulte des fonctions d'État. Nous nous basons sur ce que toutes les directions principales de l'activité de l'État sont ses fonctions. Les fonctions d'État sont les fonctions publiques dictées par les intérêts publics. En même temps, ce n'est pas que l'État qui accomplit les fonctions publiques, les sujets non étatiques peuvent aussi être liés par l'intérêt public⁵⁴⁵. Sur ce plan il est important de faire une distinction entre la fonction d'État et le service d'État, parce que le dernier n'est qu'une variété de ces fonctions.

Parmi les traits du service public se trouvent :

⁵⁴³ Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2001. С.200

⁵⁴⁴ Талапина Э., Тихомиров Ю. Публичные функции в экономике// Право и экономика. 2002. №6. С.4-5

⁵⁴⁵ Талапина Э., Тихомиров Ю. Указ. соч. С.4

- le caractère individuel du service ;
- le caractère de demande de l'octroi du service à l'initiative du client ;
- le caractère non discriminatoire (pour chacun qui s'adresse) ;
- l'octroi du service est gratuit ou selon les prix réglés par l'État⁵⁴⁶.

En ce qui concerne l'interprétation officielle de la notion de service public, on la trouve dans le Décret du Président de la Fédération de Russie №314 du 9 mars 2004 relatif au système et à la structure des organismes fédéraux du pouvoir exécutif, qui est toujours en vigueur. Selon ce Décret, la prestation de services publics est une des fonctions de l'organisme du pouvoir (il s'agit des organismes fédéraux du pouvoir exécutif dans le cas présent). Selon la version initiale de ce Décret les fonctions de la prestation des services d'État étaient considérées comme «la réalisation par les organismes fédéraux du pouvoir exécutif des services ayant l'importance publique exclusive, dont une quantité non limitée des personnes peut profiter selon les conditions établies par la législation fédérale». La définition a déjà changé en deux mois. Maintenant les fonctions de la prestation des services d'État sont considérées comme l'octroi des services aux citoyens et aux organisations par les organismes fédéraux du pouvoir exécutif directement ou par l'intermédiaire des organisations publiques fédérales ou des autres organisations, gratuitement ou selon les prix réglés par l'État, dans le domaine de l'enseignement, de la santé publique, de la protection sociale et dans les autres domaines établis par les lois fédérales.

Cette définition normative nous permet d'avoir mis en relief les traits suivants de la prestation des services d'État : 1) c'est une réalisation de la fonction d'État; 2) les services d'État existent dans les domaines établis par les lois fédérales (l'enseignement, la santé publique, etc.); 3) les prix de services sont réglés par l'État (gratuitement ou selon les tarifs d'État), c'est-à-dire ils ne sont pas soumis au jeu du marché; 4) les sujets de la prestation des services d'État sont les organismes du pouvoir d'État, les établissements d'Etat ou des autres organisations; 5) les consommateurs (clients) des services d'État sont les citoyens et les organisations⁵⁴⁷.

La loi fédérale du 27 juillet 2010 « Sur l'organisation de l'octroi des services d'État et des services municipaux » distingue les services d'État et les services municipaux. Le service d'État est une activité pour la réalisation des fonctions (missions) d'Etat par des organismes du pouvoir, selon les demandes des clients. Le service municipal est une activité pour la réalisation des fonctions des auto-administrations locales, selon les demandes des clients.

⁵⁴⁶ Кирсанов С.А., Ощурков А.Т., Сергиенко А.М. Муниципальные услуги: некоторые аспекты правового регулирования и способы предоставления/ в кн.: Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт). М.: Волтерс Клувер, 2007. С.106-107

⁵⁴⁷ Талапина Э.В. Новые институты административного права// Государство и право. 2006. №5. С.15

A présent on peut remarquer les problèmes de la création par l'État du marché des services qui est un peu « artificielle »⁵⁴⁸, de la délégation aux organismes non étatiques de la prestation de services, de la gratuité des services.

Conclusion du Titre 2

La question centrale dans la conception russe du droit public économique (du droit chargé de la réglementation de l'économie par l'État) est toujours la position de l'État dans l'économie. Comme en Russie il n'y a pas de notion de la personne morale de droit public, les organismes de l'État existent comme personnes morales de droit privé. Cela engendre une série de problèmes.

En même temps, le processus de la régulation économique attire les autres sujets qui sont parfois créés par l'État, mais aussi entièrement privés dans d'autres cas. Il s'agit des corporations d'État et des organisations d'autorégulation. Cela reflète dans une certaine mesure la pénétration en Russie des idées de la régulation économique à l'européenne. Il faut remarquer que dans la langue russe il n'y a pas de différence entre la réglementation et la régulation, ces mots s'utilisent souvent comme synonymes, en conséquence ce problème n'a pas une spécificité telle qu'en France.

L'étude des notions et des institutions principales utilisées pour la réglementation de l'économie montre la spécificité de la propriété d'État, où existent toujours le droit de compétence économique et le droit de gestion opérationnelle. Les contrats publics sont soumis pour l'essentiel à la réglementation mixte (surtout ils sont même soumis au droit privé). En prenant en considération l'existence des tribunaux économiques spéciaux et l'absence des tribunaux administratifs, le problème, quel droit (public ou privé) est appliqué dans le cas concret ne se pose pas de manière aiguë comme en France. Tous les tribunaux appliquent le droit public, ainsi que le droit privé. L'octroi des aides d'Etat se soumet de plus en plus aux règles de la concurrence et du contrôle antitrust, cependant il y a des exceptions, en particulier s'il s'agit de l'aide non financière. Les mécanismes traditionnels de la réglementation économique (l'enregistrement d'Etat, licence, contrôle) sont toujours en cours, mais avec « l'arrivée » des services publics la subjectivisation en droit public a augmenté.

Conclusion de la Deuxième Partie

⁵⁴⁸ Публичные услуги и функции государственного управления. Под ред. А.Е.Шаститко. М.: ТЕИС, 2002. С.10

Dans cette partie on a étudié l'état de la législation russe et de la doctrine. La conclusion principale à faire est que le droit public économique spécial n'existe pas, la discipline académique non plus. Les questions de la réglementation publique des relations économiques sont dispersées entre différentes branches du droit russe. Elles ne sont pas réunies, même à des fins pédagogiques. Pourtant, il était souhaitable d'étudier en Russie une discipline académique correspondante.

Troisième Partie. Le droit public économique contemporain : l'appréciation des changements

La division des facteurs d'influence sur le droit public économique contemporain en intérieurs et extérieurs nous paraît logique. Cependant pour notre étude nous n'essayons pas de strictement tenir compte de cette division, puisque, à notre avis, les processus de la mondialisation et l'interpénétration des systèmes juridiques nationaux prédominent tellement que l'on ne saurait pas dire, quels facteurs sont d'origine purement extérieure et quels sont d'origine intérieure. De plus, les facteurs perçus par un pays comme une influence extérieure, peuvent être du caractère intérieur pour un autre pays, dont l'opinion et la position prédominait au moment donné au niveau intergouvernemental. À cet égard l'utilité de la division des facteurs en intérieurs et extérieurs perd de sa signification pratique.

Titre 1. L' « environnement » du droit public économique d'aujourd'hui

On va examiner ici les conditions et les facteurs de l'étape actuelle du développement du droit, notamment l'influence des processus de l'intégration (européenne) et des groupements intergouvernementaux (Chapitre 1), ainsi que les tendances qui se sont dessinées dans le développement du droit public économique sous l'influence de ces facteurs (Chapitre 2).

Chapitre 1. Le contexte actuel de l'existence du droit public économique

Section 1. Les facteurs globaux influençant l'évolution du droit public économique

§1. La globalisation, facteur de transformation

Au début du XX^e siècle Georg Jelinek a écrit des mots prophétiques. Le droit international, ce rempart de relations internationales grandissantes, a remporté ces dernières années des succès que la génération précédente n'avait pas été capable de prévoir. Le lien juridique embrasse plus étroitement les États civilisés. L'organisation d'une union des États se dessine dans des premiers contours obscurs. Même à présent les conflits entre le droit national et le droit international sont possibles. Avec le progrès du droit des relations intergouvernementales, très probablement, ces conflits se renforceront. Ils vont se résoudre uniquement par voie de primauté d'un droit sur l'autre droit. Ce n'est pas notre tâche de régler cette rivalité; nous le laisseront à la future génération⁵⁴⁹.

A. Les traits généraux de la globalisation

⁵⁴⁹ Еллинек Г. Борьба старого права с новым. Пер. с нем. М., Заратустра, 1908. С.52

Le contexte politique de la globalisation

C'est vrai, que l'étude de la globalisation attire de plus en plus l'attention⁵⁵⁰. Mais d'abord il faut dire juste quelques mots sur la terminologie. Dans la doctrine française on dit plus souvent la « mondialisation », que la « globalisation » (à vrai dire, ces derniers temps le vecteur a un peu changé). On va mentionner une seule explication de leur différence. « La globalisation est le mouvement général d'ouverture et de compénétration de systèmes qui se manifeste au niveau mondial, mais aussi à d'autres niveaux. On pourrait peut-être réserver l'appellation de mondialisation à ce qui concerne ses manifestations mondiales, universelles »⁵⁵¹.

Comme J.B.Auby a exactement remarqué, « la langue française s'est engagée dans une grande confusion terminologique en adoptant, pour désigner les phénomènes qui nous intéressent, deux expressions, sur le sens respectif desquelles n'existe aucun consensus cernable. Là où les grandes langues voisines n'ont qu'un seul mot – *globalization* en anglais, *globalizacion* en espagnol, *globalsierung* en allemand, - le français dit alternativement globalisation et mondialisation, sans que personne ne soit capable d'expliquer ce que différencie véritablement ces deux notions »⁵⁵². Conformément à cette pratique française, nous utiliserons dans notre texte ces deux mots comme synonymes.

D'habitude, c'est l'aspect économique qui se manifeste le plus fortement dans la mondialisation, ce qui attire l'attention des spécialistes (mondialisation ou globalisation dans une acception plus économique⁵⁵³). Mais, comme n'importe quel processus économique, il est étroitement relié avec des processus politiques. Ainsi, on enregistre « l'importance de la chute du Mur de Berlin pour le droit économique, car cela a stimulé la mondialisation »⁵⁵⁴. Après la chute du Mur de Berlin et l'écroulement de l'URSS la mondialisation, comme système de relations sociales comprenant tous les peuples, a pu se manifester dans son intégrité. « La mondialisation, selon sa dimension juridique, n'apparaît pas comme un paradigme nouveau mais plutôt comme la réalisation tardive du modèle kantien de la société internationale »⁵⁵⁵.

« Sauf la désintégration de l'empire soviétique, qui a entraîné l'abandon des systèmes d'économies centralement planifiées, la mondialisation a été favorisée par la conversion rapide

⁵⁵⁰ Voir : *Global Administrative Law. Cases, materials, issues*, Sabino Cassese, Bruno Carotti, New York, IRPA, 2008

⁵⁵¹ Auby Jean Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 2003, p.11

⁵⁵² Auby Jean Bernard, *op. cit.*, p.10

⁵⁵³ de Senarclens Pierre, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Paris, Armand Colin, coll.U, 4^{ème} édition, 2005, p.65

⁵⁵⁴ Van Themaat Pieter Ver Loren, *Quelques réflexions sur les implications de la chute du mur de Berlin, deux siècles après la Déclaration sur les droits de l'Homme et du citoyen de 1789, pour le système du droit économique in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.539

⁵⁵⁵ Sève René, *La mondialisation entre illusion et utopie in La mondialisation entre illusion et utopie*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 47, 2003, p.3

de la Chine aux modes de production et de consommation capitalistes »⁵⁵⁶. En effet, le phénomène de la mondialisation a pris son plein essor dans les années 90. « Il traduit le triomphe de l'économie de marché sur l'ensemble de la planète, à la suite de l'effondrement du modèle communiste. Les entreprises sont les principaux vecteurs de la mondialisation, et leur rôle tend à supplanter celui des Etats nationaux »⁵⁵⁷.

« La mondialisation résulte de l'eupéanisation du monde, cette formidable expansion de nations européennes conquérant la Terre et contraignant l'humanité entière à se redéfinir sous le choc de la modernité occidentale »⁵⁵⁸.

C'est vrai, il est courant d'entendre que la mondialisation a commencé par l'Europe réunie. Mais on peut trouver ses sources beaucoup plutôt, par exemple, dans le Manifeste du Parti communiste appelant l'Europe à se réunir pour le communisme, ce qui a été réalisé en Europe de l'Est après la Deuxième guerre mondiale par la déclaration du socialisme dans nombre des pays (ainsi qu'en Amérique Latine, en Afrique, en Asie, d'ailleurs). « D'une manière ou d'une autre, l'Europe est devenue un véritable laboratoire où l'on expérimente les effets de l'internationalisation du droit, sinon de sa mondialisation »⁵⁵⁹.

Les effets de la globalisation

Une caractéristique principale de la globalisation est l'exposition des marchés nationaux ou régionaux dans leur diversité à une concurrence externe qui joue sur tous les plans de l'économie. « Cette diversité n'est pas une constante ; elle évolue dans la mesure où les marchés nationaux changent du fait de leur dynamisme propre, du fait du progrès technique, et surtout du fait de la globalisation des facteurs de production. L'effet combiné de ces pressions sur les marchés nationaux et régionaux oblige les Etats à réagir eux-mêmes par une modification correspondante des conditions régulatrices de la concurrence. C'est là le fondement de la concurrence dite d'implantation géographique et de la concurrence de régulation ou de systèmes. La globalisation aboutit à ce qu'une concurrence systémique et collective est superposée à la concurrence individuelle »⁵⁶⁰.

L'antipode de la mondialisation est la régionalisation. Dans un rapport publié en septembre 1999 par la Banque Mondiale, on peut lire ce qui suit : les notions de mondialisation et de « localisation » constituent les deux phénomènes majeurs du XXI^e siècle. Mais « si la mondialisation est considérée comme une tendance souhaitable, l'avenir de ce phénomène de

⁵⁵⁶ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.65

⁵⁵⁷ Lafay Gérard, *L'économie mondiale à l'aube du troisième millénaire* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.1408

⁵⁵⁸ Moreau Defarges Philippe, *La mondialisation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, 6^{ème} édition, p.7

⁵⁵⁹ Delmas-Marty Mireille, *La mondialisation du droit : chances et risques*, *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, p.45

⁵⁶⁰ Ullrich Hanns, *Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes*, *Revue internationale de droit économique*, 2002, №2-3, p.211

« localisation » reste très incertain : selon ce rapport, il peut révolutionner les perspectives en matière de développement humain, mais il peut aussi conduire au chaos et accroître la souffrance humaine »⁵⁶¹.

« Quatre types de flux créent, font vivre la mondialisation : ils concernent les hommes, les biens et services, l'argent, enfin les informations, les idées, les représentations mentales »⁵⁶².
« Quatre principaux types d'acteurs à la fois sont transformés par la mondialisation et se servent d'elle pour leurs buts propres : les individus, les entreprises, les Etats et les mouvements transnationaux »⁵⁶³.

La mondialisation offre à l'humanité deux voies extrêmes. Soit la mondialisation donne aux hommes le sentiment d'être enfermés dans une prison, la Terre. « Un tel sentiment exaspérerait les peurs, les frustrations, les guerres, l'homme se sentait privé de toute liberté, de tout infini. Soit la mondialisation accouche de la conscience de l'unité de l'humanité. Alors s'organiserait une gouvernance commune de la Terre »⁵⁶⁴.

On peut donc conclure que la tendance à « la marginalisation de l'Etat »⁵⁶⁵ est bien forte dans la globalisation. « Le modèle classique de la société internationale interétatique néglige en effet les conditions matérielles et sociales nécessaires à la constitution d'un Etat, ce que l'on pourrait appeler le coût de l'Etat de droit »⁵⁶⁶.

La mondialisation, telle qu'elle se déploie actuellement, tend à creuser l'écart entre les pays et les groupes sociaux qui parviennent à profiter des nouvelles conditions économiques et ceux qui n'y ont pas accès. « Elle souffre d'un déficit de régulation. Elle affaiblit en effet la capacité de certains Etats d'assumer les conceptions économiques et sociales, les modes d'intégration politique et de justice distributive qui ont fondé la conception moderne de la souveraineté et de la citoyenneté. Or les Etats qui s'avèrent incapables, ou qui refusent, de maîtriser les forces du marché sont inégalitaires et violents, puisqu'ils confèrent un pouvoir démesuré aux milieux privilégiés, ce qui renforce la loi du plus fort »⁵⁶⁷. Voici les tendances négatives concernant la globalisation.

B. Les différents aspects de la globalisation

La globalisation et la souveraineté d'Etat

⁵⁶¹ Jacques Tshibwabwa Kuditsini, Gouvernance globale et administrations publiques locales congolaises : le rôle du FMI, de la Banque Mondiale, des multinationales et des élites politiques, *Revue internationale des sciences administratives*, 2008, n°2, p.216

⁵⁶² Moreau Defarges Philippe, *La mondialisation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, 6^{ème} édition, p.28

⁵⁶³ Moreau Defarges Philippe, *op. cit.*, p.46

⁵⁶⁴ Moreau Defarges Philippe, *op. cit.*, p.124

⁵⁶⁵ Arnaud André-Jean, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, coll. Droit et société, 2004, p.164

⁵⁶⁶ Sève René, *loc. cit.*, p.8

⁵⁶⁷ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.255

La théorie de la souveraineté a eu sa voie évolutionniste : la souveraineté absolue, l'État-nation, le nationalisme, l'État social. « Depuis le XVIII^e siècle, la philosophie, le droit et les sciences sociales, ont conféré à l'Etat une place centrale dans l'étude de la politique, et partant, dans l'analyse des relations internationales. L'Etat, traditionnellement défini par l'existence d'un territoire, d'une population et d'un pouvoir institué disposant d'une capacité réelle de commandement est un type d'organisation et de domination politique spécifique »⁵⁶⁸.

L'Etat moderne, selon la formule connue de Max Weber, dispose du monopole de la contrainte physique légitime dans son domaine territorial. Plus largement, « il est investi d'une autorité politique qu'il assume suivant des principes politiques, des normes et des procédures qu'aucune autorité n'est en droit de lui contester. L'Etat est une figure centrale de la vie politique, sociale et culturelle, il est responsable de l'ordre politique, défend la paix civile et supervise les modes de régulation économique ; il gère également l'essentiel des relations politiques avec les autres Etats »⁵⁶⁹.

Dans la conception libérale de l'Etat de droit, la doctrine de la souveraineté contient aussi bien la justification du pouvoir que la limitation du droit de gouverner, « condamnant ainsi sans appel aussi bien la tyrannie du dictateur que le pouvoir anonyme, irresponsable et corrompu de certaines bureaucraties étatiques. Cette doctrine n'a cessé d'être confrontée à la problématique de la protection des minorités »⁵⁷⁰.

Dans la sphère des relations internationales, par définition hétérogène, les juristes reconnaissent généralement que les Etats ont une existence lorsque sont reconnues certaines conditions matérielles qui ne préjugent pas de leur régime constitutionnel : un gouvernement, une population, un territoire. « Ils admettent que leur autorité peut s'exercer selon des modalités étrangères à la doctrine de la souveraineté du peuple. Il n'a jamais existé d'accord international sur les fondements et la nature de la souveraineté »⁵⁷¹.

Mais, la société internationale est toutefois composée d'Etats reconnus comme souverains dans leur propre sphère territoriale, ce qui signifie « qu'il n'existe pas d'instance supranationale pouvant déterminer leur système juridique interne ou interférer dans l'orientation de leur régime »⁵⁷².

La globalisation du droit

Il y a deux principaux processus de mondialisation du droit – la globalisation économique (qui manifeste plutôt une tendance à l'uniformisation de type hégémonique) et l'universalisation

⁵⁶⁸ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.1

⁵⁶⁹ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, pp.1-2

⁵⁷⁰ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.35

⁵⁷¹ de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.35

⁵⁷² de Senarclens Pierre, *op. cit.*, p.2

des droits de l'homme (qui se heurte, à l'inverse, au risque d'éclatement ou du moins de fragmentation). Il y a donc trois défis de la mondialisation – « faisabilité d'un droit commun malgré les tensions entre l'économie et les droits de l'homme ; rationalité d'un processus qui combine unification et harmonisation et légitimité au regard des exigences démocratiques »⁵⁷³.

Probablement, la plus forte manifestation de la mondialisation dans le droit est la multiplication des sources normatives. On parle de la prolifération des normes juridiques, d'une véritable inflation. Pourtant, ce n'est pas la quantité, mais la qualité des normes qui pose les problèmes. Le droit devient mou, ce qui demande une systématisation. Ici on trouve des possibilités diverses :

- L'unification : l'adoption de règles identiques, ces règles identiques appartenant à un droit unique. A l'échelle mondiale, l'unification reste exceptionnelle ;
- L'uniformisation : des règles identiques incorporées à des droits nationaux qui restent distincts ;
- L'harmonisation est un rapprochement des systèmes de droit : les règles deviennent plus proches mais peuvent rester différentes⁵⁷⁴. C'est « la mise en compatibilité de règles différentes »⁵⁷⁵.

Bien sur, l'harmonisation de la législation est plus facile et plus réelle que l'unification (rappellerons-nous l'idée du code civil unifié en Europe). En plus, « l'harmonisation est sans doute une voie politiquement mieux acceptée »⁵⁷⁶. « Juridiquement, le pluralisme implique que la mondialisation du droit ne devrait pas se faire au profit d'un seul système, mais au confluent des diverses traditions »⁵⁷⁷.

Nous y soulignons que c'est la globalisation qui engendre la nécessité du droit comparatif⁵⁷⁸. En même temps, « si la mondialisation du droit progresse à partir des lendemains de la guerre, c'est d'abord par le droit international et sans les comparatistes »⁵⁷⁹.

La globalisation et le droit international

L'internationalisation peut être désignée comme « l'arrachement des personnes et des organisations au sol par le phénomène de la mobilité »⁵⁸⁰. En même temps, la mondialisation

⁵⁷³ Delmas-Marty Mireille, L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, *Recueil Dalloz*, 2000, n°27, p.421

⁵⁷⁴ Delmas-Marty Mireille, La mondialisation du droit : chances et risques, *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, p.47

⁵⁷⁵ Delmas-Marty Mireille, *loc. cit.*, p.48

⁵⁷⁶ Delmas-Marty Mireille, L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, *Recueil Dalloz*, 2000, n°27, p.424

⁵⁷⁷ Delmas-Marty Mireille, La mondialisation du droit : chances et risques, *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, p.46

⁵⁷⁸ Voir : Auby Jean Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 2003, p.130

⁵⁷⁹ Delmas-Marty Mireille, *La mondialisation du droit : chances et risques*, *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, p.47

réside aussi dans la constitution d'une sorte d'espace sans rattachement au sol, c'est-à-dire un monde sans territorialité⁵⁸¹. C'est la racine du droit virtuel.

« Cette mondialisation-là n'est plus une affaire de mobilité des personnes et des choses allant de territoire en territoire puisqu'elle s'est déployée dans des espaces non territorialisés, espaces nécessairement globaux parce qu'immatériels, espaces constitués par les composants mêmes, lesquels peuvent se réduire à la notion d'information. Lorsqu'il s'agit d'espace d'information, ce qui est le cas pour Internet mais également pour les médias et pour les marchés financiers, l'espace en cause est globalisé »⁵⁸².

« L'internationalisation des échanges a mis en exergue le caractère instrumental du droit, le droit de la globalisation devient imminemment politique »⁵⁸³.

Le droit international s'est rapproché du droit interne dans la mesure où, même s'il garde des dimensions spécifiques (le maintien de la paix, le droit de la guerre, le contrôle des armements), il s'est étendu à des problématiques économiques, écologiques, sociales, humanitaires⁵⁸⁴.

« Le droit international partage les mêmes interrogations que le droit interne sur son fonctionnement institutionnel, sur la frontière entre public et privé, la distinction du public et de l'étatique, la problématique de la gouvernance et du contrôle »⁵⁸⁵.

La régulation et l'action internationales prennent les formes les plus diverses, classiques sous la forme d'accords au sein d'organisations interétatiques, mais aussi confiées à des structures *ad hoc*. *Lex technica* pour les normes industrielles, *smooth law* qui concerne les codes d'éthique, de bonne conduite environnementale ou sociale.

La complexité du droit international s'est accrue par « l'irruption de nouvelles institutions, de nouveaux acteurs et de nouveaux risques en même temps qu'elle a envahi le droit interne »⁵⁸⁶. Dans le droit de la mondialisation, le droit international devient peu à peu le droit substantiel. La mondialisation, en tant que base sociologique du droit cosmopolitique, implique dans beaucoup de pays, un renforcement voire une recréation de l'Etat⁵⁸⁷.

Récemment le droit international concernait les relations entre les États, les sujets internationaux, et ne concernait pas leur organisation intérieure. C'est pourquoi le droit public était longtemps un objet de la compétence exclusive de chaque État et n'était pas réglé à l'échelle

⁵⁸⁰ Frison-Roche Marie-Anne, *Le droit des deux mondialisations in La mondialisation entre illusion et utopie*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 47, 2003, p.18

⁵⁸¹ Frison-Roche Marie-Anne, *loc. cit.*, p.19

⁵⁸² Frison-Roche Marie-Anne, *loc. cit.*, pp.20-21

⁵⁸³ Frison-Roche Marie-Anne, *loc. cit.*, p.23

⁵⁸⁴ Sève René, *La mondialisation entre illusion et utopie in La mondialisation entre illusion et utopie*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 47, 2003, p.9

⁵⁸⁵ Sève René, *loc. cit.*, p.10

⁵⁸⁶ Sève René, *loc. cit.*, p.12

⁵⁸⁷ Sève René, *loc. cit.*, p.13

internationale. Après la Deuxième guerre mondiale certaines normes ont envahi l'espace des droits de l'homme.

Parfois le droit international reconnaît le droit des autorités nationales de réglementer et administrer dans leur territoire, tout en restreignant, au moyen de principes du droit administratif, l'exercice de ce droit : c'est là que le droit international contrôle le droit des autorités nationales de réglementer. Parfois l'intervention du droit international se fait beaucoup plus appuyée, forçant les régulateurs nationaux à accepter et appliquer dans le système national des règles posées en dehors de leurs frontières : c'est là que le droit international se substitue au droit des autorités nationales de réglementer. Il semble que la globalisation du droit public limite la responsabilité démocratique interne des autorités nationales, tout en accroissant leur responsabilité démocratique à l'extérieur, en imposant l'obligation de réglementer en tenant compte des intérêts étrangers affectés par les décisions internes⁵⁸⁸.

Il paraît difficile d'affirmer qu'il existe des limites à l'internationalisation du droit public. « Dans certains domaines, les normes et valeurs internationales l'emportent sur les standards nationaux. La Constitution doit pourtant être protégée contre une internationalisation illimitée tant que toutes les options n'auront pas été explorées dans d'autres domaines »⁵⁸⁹.

Il faut mentionner l'existence du droit économique international qui a ses sous-branches : le droit international du commerce, le droit international financier, le droit international d'investissements, le droit international des aides économiques, le droit international du travail⁵⁹⁰.

Les rapports entre la globalisation et l'économie

Léon Duguit a écrit en 1913 : « La transformation économique et industrielle profonde, qui s'est accomplie depuis un siècle dans toutes les nations civilisées, a fait naître pour les gouvernants beaucoup de devoirs nouveaux. L'interdépendance étroite qui existe entre les peuples, la solidarité des intérêts économiques, les échanges commerciaux qui deviennent chaque jour plus nombreux et aussi le rayonnement des idées morales, des découvertes et des doctrines scientifiques imposent à tous les Etats l'obligation d'organiser des services publics qui assurent d'une manière permanente les communications internationales »⁵⁹¹.

On peut relever quelques caractéristiques de la mondialisation du droit économique :

- l'harmonisation et l'informisation des règles de droit ;

⁵⁸⁸ Voir en détail : Battini Stefano, *The Globalisation of Public Law*, *Revue européenne de droit public*, 2006, vol.18, №1, pp.27-49

⁵⁸⁹ Goudappel Flora, *Making Sense of Internationalization – General Conclusions*, *Revue européenne de droit public*, 2006, vol.18, №1, p.652

⁵⁹⁰ См.: Шумилов В.М. *Международное экономическое право*. М.: Издательство НИМП, 2001. С.17

⁵⁹¹ Duguit Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, éditions La mémoire du droit, 1999, pp.48-49

- les effets extraterritoriaux de l'application du droit national, la déterritorialisation et l'internationalisation des règles de droit ;
- l'autorégulation, la *lex mercatoria* et le pouvoir économique privé ;
- la « constitutionnalisation » d'un ordre économique international, la régulation à niveaux multiples (multilevel governance) ;
- la libéralisation de l'ordre économique et l'économisation de la pensée juridique⁵⁹².

En général, les changements de la situation mondiale réchauffent à nouveau la discussion sur le titre du droit public économique. On dit que l'expression « le droit public économique » a vieilli, il est devenu « un appendice » du droit public. Il est proposé de remplacer la notion obsolète du droit économique par « le droit de la globalisation », qui est futuriste, mais adaptée aux tendances mondiales⁵⁹³.

§2. L'influence des organisations internationales

A. Le phénomène d'influence économique des organisations internationales

Une organisation internationale peut être définie comme une association d'Etats donnant naissance à une entité nouvelle dotée de la permanence, d'organes propres et de la personnalité internationale⁵⁹⁴. On peut distinguer parmi les organisations économiques internationales :

- les commissions économiques des Nations unies ;
- la Conférence des Nations unies sur le commerce et le développement et le PNUE (programme des Nations unies pour l'environnement) ;
- l'Organisation mondiale du commerce ;
- le Fonds monétaire international ;
- la Banque Mondiale ;
- l'Organisation pour la coopération et le développement économique⁵⁹⁵.

Il faut mentionner qu'au début du XX^e siècle, « la thèse de la construction d'une économie mondiale, liée à la réalisation d'un marché unifié pour les marchandises et aux exportations des capitaux, est défendue par N.Boukharine et V.Lenine »⁵⁹⁶. Maintenant ce sont les institutions comme la Banque Mondiale et l'OCDE qui influent sur les économies nationales. Cette influence est particulièrement forte au niveau conceptuel. Sur certains sujets « à la mode »

⁵⁹² Ullrich Hanns, Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes, *Revue internationale de droit économique*, 2002, N°2-3, p.212

⁵⁹³ Leroy Christophe, Réflexions sur l'autonomie et la suprématie du droit économique, *Revue internationale de droit économique*, 2000, N°3, pp.402-403

⁵⁹⁴ Colliard Claude-Albert, Dubouis Louis, Institutions internationales, Dalloz, 10^{ème} édition, coll. Précis, 1995, p.169

⁵⁹⁵ Linotte Didier, Romi Raphaël, Droit public économique, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^{ème} édition, 2006, p.13

⁵⁹⁶ Rainelli Michel, *Vers un ordre concurrentiel mondial ?* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.493

tels que la protection des droits fondamentaux, la bonne gouvernance, la régulation de la concurrence, la construction de la société de l'information, on peut observer un effort de quelques financeurs-organismes pour puiser dans un vivier assez large susceptible de garantir une réelle diversité d'approche de la question traitée⁵⁹⁷.

Les institutions de *Bretton Woods* sont considérées comme un instrument de l'hégémonie américaine. La Banque Mondiale joue un rôle prépondérant à cet égard. Il n'existe aucune institution internationale qui ait exercé une emprise aussi puissante dans la conceptualisation et la mise en œuvre des projets de développement. « L'orientation de la Banque a toujours reflété des orientations technocratiques, du fait de la prépondérance en son sein d'économistes, de son insertion dans l'univers idéologique de la société américaine, en raison de la position et du statut de ses fonctionnaires dont la mission est de fournir des prêts à des gouvernements demandeurs, et d'engager des programmes d'ajustement structurel avec des débiteurs par définition dépendants »⁵⁹⁸.

Bien évidemment, l'influence conceptuelle est renforcée par l'aspect financier. « L'évolution de la Banque Mondiale s'est caractérisée par l'augmentation du volume des prêts, par une internationalisation toujours plus grande des opérations, par une certaine libéralisation des conditions des prêts, par l'élargissement de la gamme des domaines d'intervention et par l'essor qu'ont pris les activités non financières de l'institution »⁵⁹⁹.

A l'occasion de chaque rapport, la Banque Mondiale distribue les bons et mauvais points, félicitant et finançant les pays qui ont entrepris les réformes parées des atours de l'efficacité économique, stigmatisant au contraire ceux qui persistent dans la mauvaise voie, et encourageant ainsi finalement, sous la pression internationale, une harmonisation des droits au nom de l'impératif d'efficacité⁶⁰⁰. Par exemple, la Banque Mondiale a recommandé la concession comme *French way*⁶⁰¹.

L'OCDE, qui en 1961 a repris en l'amplifiant le mandat de l'OECE issu du plan Marshall, est également un instrument de l'hégémonie des Etats-Unis et de leurs alliés⁶⁰². Par exemple, en 1987 l'OCDE a formulé l'opinion selon laquelle tous les services publics doivent insérer les éléments suivants :

⁵⁹⁷ Latournerie Marie-Aimée, Le rôle des acteurs publics et privés dans la coopération administrative internationale, *Revue française d'administration publique*, 2001, octobre-décembre, n°100, p.644

⁵⁹⁸ de Senarclens Pierre, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Paris, Armand Colin, coll.U, 4^{ème} édition, 2005, p.60

⁵⁹⁹ Laval V.Roberto, *La Banque mondiale et ses filiales : aspects juridiques et fonctionnement*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, 1972, p.25

⁶⁰⁰ Pérès Cécile, *Rapport introductif in L'efficacité économique en droit*, sous la dir. de Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès, Economica, 2010, p.6

⁶⁰¹ Brault Dominique, *La gestion déléguée, un concept à promouvoir*, Paris, Institut de la Gestion Déléguée, juillet 2000, p.12

⁶⁰² de Senarclens Pierre, *op. cit.*, 2005, p.61

- la transparence,
- la participation du client (l'accès à l'information, consultations, partenariat, contrôle),
- La satisfaction des demandes du client,
- L'accessibilité (y compris le « guichet unique »)⁶⁰³

En général, la pratique montre que les organisations internationales déploient une dynamique qui les amène à élargir leur domaine de compétences initial, sans y avoir toujours été habilitées par une révision du traité constitutif⁶⁰⁴.

B. L'organisation mondiale du commerce

Au plan mondial, on retrouve non seulement la superposition entre normes inter et supranationales, mais encore la dualité entre les sources relatives aux droits de l'homme dans le cadre de l'ONU proprement dite et des structures économiques qui participent désormais à l'élaboration de normes juridiques, comme OMC et ORD⁶⁰⁵.

Sur le plan historique l'OMC est la petite sœur de l'Organisation internationale du commerce qui aurait dû naître à la Havane en 1948. Le but principal de la création de cette organisation est la production de règles générales, de normes. Il y a deux composants, l'ordre juridique général (les normes) et le système judiciaire.

Décrite par son Directeur Général comme «la constitution d'une économie mondiale, unifiée», l'OMC a remis au goût du jour l'idée d'une *lex mercatoria* mondiale d'origine interétatique. La proposition n'est pas nouvelle puisqu'elle fut déjà émise par le Congrès international de droit comparé, organisé à Paris à l'occasion de l'exposition universelle de 1900⁶⁰⁶.

« Si la mondialisation des économies est un pur fait, son encadrement juridique, l'interprétation et la sanction par une juridiction des règles qui en gouvernent les rapports ne doivent rien au hasard. Le commerce international doit en effet être maîtrisé dans un cadre démocratique, fût-il international »⁶⁰⁷.

La forme d'ordre concurrentiel mondial qui se met en place sous l'égide de l'OMC est loin de présenter toutes les caractéristiques d'un droit de la concurrence⁶⁰⁸. Donc l'OMC est un

⁶⁰³ *L'administration à l'écoute du public. Initiatives relatives à la qualité du service*, Paris, Organisation de coopération et de développement économique, 1996, p.18,22

⁶⁰⁴ Colliard Claude-Albert, Dubouis Louis, *Institutions internationales*, Dalloz, 10^{ème} édition, coll. Précis, 1995, p.173

⁶⁰⁵ Delmas-Marty Mireille, *La mondialisation du droit : chances et risques*, Recueil Dalloz, 1999, Chronique, p.46

⁶⁰⁶ Osman Filali (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce?* Actes et débats de colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp.267-268

⁶⁰⁷ Osman Filali (dir.), *op. cit.*, p.286

⁶⁰⁸ Rainelli Michel, *Vers un ordre concurrentiel mondial ?* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.501

accord entre plusieurs parties qui définit les droits et devoirs des gouvernements dans le domaine du commerce international.

Concernant la participation de la Fédération de Russie à l'OMC, cela reste toujours une question discutable. Malgré la volonté d'élites politiques pour faire rentrer la Russie dans cette organisation, il y a d'autres opinions d'experts. En particulier, on dit que cela ne donne pas d'avantages à la Russie.

Le climat sévère en Russie demande une grande dépense des ressources énergétiques. La production russe sera plus chère, et donc non compétitive, compte tenu des prix mondiaux des ressources énergétiques (les prix du marché) et d'autres conditions égales. C'est pourquoi l'économie russe intégrée sera toujours moins efficace, pour des raisons objectives⁶⁰⁹.

Section 2. Les facteurs d'influence européenne sur le droit public économique

§1. Le droit européen face aux droits nationaux

A. Le droit européen et les droits nationaux : les traits généraux

Selon l'art. 6 TCE (« *Bill of rights* »), l'Union est fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'Etat de droit, principes qui sont communes aux Etats membres.

Du point de vue du droit communautaire, « le principe de primauté, qui ne figure pas dans les traités mais a été développé par la jurisprudence, est absolu : il bénéficie à toute norme communautaire à l'encontre de toute norme nationale. Toutefois, l'intensité de la primauté du droit communautaire varie en fonction de caractéristiques propres des normes communautaires, plus précisément de leur effet direct ou non »⁶¹⁰.

Le droit communautaire accepte que les personnes privées choisissent le droit le plus favorable, et il empêche donc les Etats de limiter ce choix ; ainsi « les sociétés légitimement constitués selon la législation d'un Etat membre peuvent agir dans tous les Etats, parce que le refus d'un autre ordre juridique de reconnaître leur personnalité juridique équivaut à la négation même de la liberté d'établissement reconnue aux sociétés par les articles 43 et 48 du traité CE (version 2002) »⁶¹¹.

Les Etats nationaux ont une double position : « d'une part, ils sont appelés à collaborer, d'autre part ils sont poussés à concourir »⁶¹². Par exemple, pour l'enregistrement de la marque

⁶⁰⁹ Винник В. Справедливость – спасительный для мира круг// Неман. Минск, 2004. №8. С.148

⁶¹⁰ Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *Introduction générale in Droit administratif européen*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.12

⁶¹¹ Cassese Sabino, *Le droit administratif européen présent-t-il des caractères originaux?* in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, p.1190

⁶¹² Cassese Sabino, *loc. cit.*, p.1190

communautaire, la demande peut être présentée soit au Bureau communautaire, soit au Bureau national. Pour l'autorisation d'introduire dans l'environnement des organismes génétiquement modifiés, la demande est adressée à l'autorité nationale qui la transmet à la Commission et aux autres Etats.

« Le droit communautaire impose un modèle de régulation fondé sur la participation des intérêts, de façon à assurer des décisions fondées sur la connaissance des faits et sur un équilibre raisonnable et motivé des intérêts. Les intérêts reconnus ne sont pas seulement ceux des citoyens et des entreprises soumises à la régulation nationale, mais aussi ceux des autorités et des citoyens d'autres pays »⁶¹³.

Le droit européen n'est pas différent du droit administratif. L'Etat, dès le début du XX^e siècle, a subi un phénomène de pluralisation interne, avec les établissements publics, les régions, les autorités administratives indépendantes. « De ce point de vue, le droit administratif européen n'a pas modifié la direction qu'avaient prise les droits administratifs nationaux, mais en droit administratif européen il y a une composante nouvelle connue de la tradition des Etats-Unis. Il s'agit du développement de l'*interest representation model* (oppositions, objections, consultations) »⁶¹⁴.

Pour l'essentiel, le droit européen a augmenté des traits nationaux, mais dans une certaine mesure les Etats-Unis « ont pris part » à la formation de l'Union européenne.

« L'*interest representation model* ou modèle néocorporatif ne se présente pas, dans le droit administratif européen, de la même manière que dans celui des Etats-Unis d'Amérique, parce qu'en Europe les intérêts à représenter et représentés sont aussi les intérêts de l'Etat et du gouvernement. D'où le phénomène appelé « arène publique » - l'Etat et les personnes privées sont ramenés au même niveau. C'est là la plus importante contribution de la construction européenne à la diminution du rôle des Etats nationaux »⁶¹⁵.

En ce qui concerne l'influence législative, il faut mentionner en particulier l'*Interstate Commerce Act* de 1887, qui a établi la première commission régulatrice indépendante au niveau fédéral, la loi antitrust (*Sherman Antitrust Act*) de 1890, qui a servi de modèle aux articles concernant la concurrence du Traité de Paris de 1951 instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier, mais aussi du Traité de Rome de 1957 instituant la Communauté Economique Européenne, le *Clayton Act* de 1914 dont les clauses concernant les fusions étaient en avance de quelque 75 ans sur la première réglementation européenne dans ce domaine ; la

⁶¹³ Cassese Sabino, *loc. cit.*, p.1194

⁶¹⁴ Cassese Sabino, *loc. cit.*, p.1196

⁶¹⁵ Cassese Sabino, *loc. cit.*, p.1197

législation sur la protection du consommateur (*Pure Food Act* de 1906, amendement *Sherley* de 1912)⁶¹⁶.

B. Le droit européen et le droit national : le cas français

L'influence européenne sur la juridiction nationale

On dit que « l'Europe désétatise le droit de l'Etat »⁶¹⁷. La loi nationale voit son champ restreint par la concurrence de la norme communautaire; elle perd son immunité contentieuse⁶¹⁸. Néanmoins, aucune disposition du Traité ne formule explicitement la supériorité du droit communautaire sur le droit interne. Un tel développement des événements a été poussé par une jurisprudence active. La jurisprudence de la Cour de Justice joue un rôle décisif.

L'ordre juridique communautaire s'est intégré au système juridique des Etats membres (arrêt *Costa* du 15 juillet 1964): « Le juge national chargé d'appliquer, dans le cadre de sa compétence, les dispositions du droit communautaire, a l'obligation d'assurer le plein effet de ces normes en laissant au besoin inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel » (arrêt *Simmenthal* du 9 mars 1978).

Edifié sous l'influence du droit administratif français et sur le modèle des recours portés devant le Conseil d'Etat, « l'action de la Cour de Justice continue à évoluer sous l'influence du droit allemand et du droit anglo-saxon »⁶¹⁹.

L'influence du droit français sur le droit européen

Notre étude ne pourrait pas être complète, si le verso du processus n'était pas éclairé, notamment l'influence française sur le droit européen, ainsi que sur les droits nationaux des autres pays.

Les spécialistes français constatent que le régime juridique du service universel est assez proche de celui du service public français. Il reprend les principes de continuité, d'égalité, de mutabilité. « Certains des notions et des règles juridiques introduites dans le droit français

⁶¹⁶ Majone Giandomenico, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1996, p.15

⁶¹⁷ Azoulai Loïc, *L'Etat in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.161

⁶¹⁸ Ritleng Dominique, *La loi in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.217

⁶¹⁹ Quermonne Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 6^{ème} édition, 2005, pp.61-62

révèlent une certaine continuité avec la construction juridique propre à la France. Cela paraît normal compte tenu de l'influence qu'a exercée le droit administratif »⁶²⁰.

Il existe aussi les influences horizontales entre droits administratifs des Etats membres. « Le droit français prend exemple sur la *Private Finance Initiative* anglaise pour créer le mécanisme de ses contrats de partenariat »⁶²¹. « Dès 1997 cette pratique du financement privé de l'activité publique occupe une place centrale dans la pratique du gouvernement anglais »⁶²².

L'ancrage du système juridique français dans les anciennes colonies est un phénomène ancien. Le Conseil d'Etat soulignait dans son étude de 2001 que la France était en mesure de proposer à d'autres Etats des solutions et des concepts⁶²³.

Concernant la Russie, elle est intéressée par les expériences des relations entre les autorités publiques centrales et locales et les entreprises publiques ou privées. « L'étude des réformes de l'administration publique en Europe centrale et orientale, effectuées dans la période de transition, a révélé que les systèmes sont restés, malgré les efforts entrepris pour introduire les méthodes du New Public Management, fortement attachés aux modèles d'Europe continentale, en particulier à ceux en vigueur en Allemagne et en France »⁶²⁴.

§2. Le rôle du droit constitutionnel dans le processus d'eupéanisation

C'est par le droit constitutionnel que le droit européen a pénétré dans le système du droit national. Il est apparu même le terme « eupéanisation du droit constitutionnel ». En général, le Conseil constitutionnel est plus orienté vers le droit européen (probablement, parce que les droits fondamentaux constitutionnels découlent des actes internationaux et ont une signification universelle).

A. La constitution nationale et le droit européen

L'émergence d'un droit constitutionnel européen

Les spécialistes remarquent la constitutionnalisation progressive de l'Union. Néanmoins, « l'Union européenne n'a pas de constitution ; tandis que seule la Constitution (au plein sens du terme) d'un Etat fédéral européen pourrait placer la norme européenne au-dessus des normes constitutionnelles nationales »⁶²⁵.

⁶²⁰ Ferrari Brigitte, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, *AJDA*, 2006, 22 mai, p.1025

⁶²¹ Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *Introduction générale* in *Droit administratif européen*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.18

⁶²² Freedland Mark, Le financement privé des activités publiques. Problématique générale du droit anglais, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n°1, p.7

⁶²³ Ferrari Brigitte, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, *AJDA*, 2006, 22 mai, p.1025

⁶²⁴ Ferrari Brigitte, *loc. cit.*, p.1026

⁶²⁵ Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *RFDA*, 2005, n°1, pp.5-6

Depuis l'arrêt *Costa* de 1964, l'on est habitué à ce que « certaines juridictions suprêmes des Etats membres posent des limites à la primauté du droit communautaire sur les constitutions nationales »⁶²⁶.

L'idée selon laquelle, « dans l'ordre interne, le droit communautaire a un rang supralégislatif et infraconstitutionnel reflète l'état du droit jurisprudentiel national »⁶²⁷.

D'un côté, la Cour de justice a posé pour « postulat » que le Traité de Rome, à la différence des traités internationaux ordinaires, a institué un ordre juridique propre intégré au système juridique des Etats membres et elle en a tiré l'impossibilité pour les Etats membres de faire prévaloir leur droit national.

D'un autre côté, il est difficile aux juridictions nationales et singulièrement aux juridictions constitutionnelles de ne pas accorder la priorité aux dispositions constitutionnelles régissant leur intervention, quand bien même elles ont le caractère de juge communautaire de droit commun.

La décision 2004-496 DC du 10 juin 2004 a cherché à opérer « une conciliation entre ces visions antagonistes »⁶²⁸. Cette décision a dégagé une implication supplémentaire : « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »⁶²⁹.

« Le Conseil constitutionnel a souhaité que son contrôle sur les lois qui transposent des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive ne fasse pas double emploi avec celui que la Cour de justice est à même d'exercer à l'échelle de l'ensemble de la Communauté. La Cour de Luxembourg peut ainsi jouer un rôle unificateur propice à la sécurité juridique »⁶³⁰.

Il résulte de la décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004 que la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne opérée par l'article 88-1 est limitée, en ce sens que « cet article n'autorise pas les transferts de souveraineté à l'Union européenne, qui font l'objet de l'article 88-2 de la Constitution, et ne porte donc pas atteinte à la suprématie, dans l'ordre interne, de la Constitution française sur le droit de l'Union européenne »⁶³¹.

La Constitution française et les normes internationales

⁶²⁶ Cassia Paul, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, *RFDA*, 2005, n°3, p.472

⁶²⁷ Genevois Bruno, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, *RFDA*, 2004, n°4, p.651

⁶²⁸ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.652

⁶²⁹ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.653

⁶³⁰ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.661

⁶³¹ Cassia Paul, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, *RFDA*, 2005, n°3, p.470

S'agissant des rapports entre le droit communautaire et le droit constitutionnel des Etats membres, l'on sait que l'article 54 de la Constitution française prescrit qu'un engagement international comportant une clause contraire à la Constitution ne peut être ratifié ou approuvé sans révision constitutionnelle préalable. « Dans cet esprit, une jurisprudence concordante du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation a confirmé la primauté du droit constitutionnel national, y compris les lois organiques, sur le droit communautaire dérivé »⁶³².

Toutefois, en se fondant sur l'article 88-1 de la Constitution, selon lequel « la République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne », la jurisprudence du Conseil constitutionnel (10 juin et 1 juillet 2004) a estimé que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution »⁶³³. Il faut mentionner qu'à compter de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, l'article 88-1 de la Constitution est changé.

Deux particularités marquent le contrôle de constitutionnalité exercé sur les lois de transposition des directives. D'un côté, une loi ne peut transposer une directive qui méconnaît « l'identité constitutionnelle de la France ». « D'autre côté, le juge constitutionnel s'assure de l'absence d'incompatibilité manifeste entre la loi de transposition et la directive. A sa manière, le Conseil constitutionnel traduit la supériorité de la Constitution sur la directive et de la directive sur la loi »⁶³⁴.

La Cour de cassation, faisant l'application de l'article 55 de la Constitution, a reconnu que le Traité CE avait une autorité supérieure à un texte de valeur législative du Code des Douanes postérieur au Traité (arrêt *Cafés Jacques Vabre* du 24 mai 1975). « Cette décision s'explique aisément : la règle édictée à l'article 55 touche à la hiérarchie des normes et relève à ce titre du juge ordinaire dès lors qu'il ne s'agit pas d'une question de constitutionnalité »⁶³⁵.

L'article 55 de la Constitution fait de la réciprocité la dernière condition d'application d'une convention internationale en droit interne : si l'« autre partie » ne respecte pas l'accord, celui-ci perd toute force juridique⁶³⁶. « Il y a au total trois conditions - de ratification ou d'approbation, de publication et de réciprocité – pour qu'une convention internationale s'insère dans l'ordre interne. Mais elle y est soumise au respect de la Constitution »⁶³⁷.

⁶³² Quermonne Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 6^{ème} édition, 2005, p.56

⁶³³ Quermonne Jean-Louis, *op. cit.*, p.57

⁶³⁴ Stirn Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, L.G.D.J., coll. Systèmes Droit, 6^{ème} édition, 2008, p.46

⁶³⁵ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.31

⁶³⁶ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.22

⁶³⁷ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.23

En revanche, le Conseil d'Etat a d'abord manifesté une résistance à l'égard de la primauté du droit communautaire. Il jugeait au contraire que la loi postérieure s'imposait dans tous les cas au juge administratif, pour former un écran, impossible à traverser, entre le traité et la décision administrative contestée (CE, 1 mars 1968, *Syndicat des fabricants de semoules de France*). « Cette jurisprudence isolait le Conseil d'Etat, en Europe et en France, car en quelques années, l'ensemble des cours suprêmes et des juridictions constitutionnelles européennes avait reconnu la primauté du droit international sur le droit interne. En plus, le motif profond de la jurisprudence du Conseil d'Etat, à savoir le respect de la volonté du législateur, perdait de son sens dès lors que la loi pouvait être de plus en plus facilement contestée devant les juridictions européennes »⁶³⁸.

Mais finalement le Conseil d'Etat a admis la supériorité des traités régulièrement ratifiés ou approuvés sur une loi postérieure (arrêt *Nicolo*, 20 octobre 1989). Il a étendu cette jurisprudence au droit communautaire dérivé, notamment des règlements communautaires (arrêt *Boisdet*, 24 sept. 1990) et des directives (28 février 1992, *Stés Rothmans International et Philip Morris*).

Après cette étape décisive, la supériorité des traités sur les lois est pleinement reconnue en droit français⁶³⁹. Donc, « les normes de droit international, d'une part, se situent en dessous de la Constitution, même si elles entraînent de plus en plus fréquemment sa révision. D'autre part, leur supériorité par rapport à la loi est désormais pleinement effective »⁶⁴⁰.

La Constitution et les normes internationales : le cas de la Russie

L'article 15-4 de la Constitution russe prévoit: Les principes et normes universellement reconnus du droit international et les traités internationaux de la Fédération de Russie sont partie intégrante de son système juridique. Si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international de la Fédération de Russie, les règles du traité international prévalent.

La question sur la contradiction possible d'un traité international et de la Constitution n'est pas stipulée spécialement dans la Constitution. L'article 22 de la loi fédérale du 15 juillet 1995 «Sur les traités internationaux de la Fédération de Russie» prévoit que si le traité international contient des règles demandant la modification de certaines prescriptions de la Constitution de la Fédération de Russie, l'appréciation de la nécessité de ce traité pour la Fédération de Russie est possible en forme de loi fédérale, et uniquement après les corrections correspondantes dans la Constitution de la Fédération de Russie ou de la révision de ses prescriptions selon la procédure établie.

⁶³⁸ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.33

⁶³⁹ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.34

⁶⁴⁰ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.21

Dans le Commentaire de la Constitution de la Fédération de Russie, sous la plume du Président de la Cour Constitutionnelle de la Fédération de Russie V.D.Zor'kin, l'opinion de la force juridique supérieure de la Constitution en cas de contradiction avec un traité international a été confirmée. C'est pourquoi les principes et normes universellement reconnus du droit international ne se trouve pas au dessus de la Constitution, bien qu'ils « soient implémentés » dans le tissu de la Constitution⁶⁴¹, et en réalité il est assez difficile d'imaginer une telle collision.

B. Les juridictions françaises et le droit européen

Les relations entre droit national et droit européen sont étudiés compte tenu des différentes étapes de l'intégration européenne. Les jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel jouent ici le rôle important.

Le Conseil constitutionnel et la construction européenne

C'est la décision sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, CC, n° 2204-505 DC, 19 nov. 2004 qui est très importante pour comprendre la position du Conseil constitutionnel. « Cette décision préfère la conciliation politique de principes antagonistes, celui de la primauté de la règle européenne et celui de la suprématie de la règle constitutionnelle »⁶⁴². Le Conseil constitutionnel minimise la portée du principe communautaire de primauté.

Conseil constitutionnel se rallie à l'opinion unanime selon laquelle la « Constitution pour l'Europe » conserve toutes les caractéristiques d'un Traité international⁶⁴³. « Le juge constitutionnel assume explicitement la rupture avec le droit international général en acceptant l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, rompant avec le refus des juridictions ordinaires de réserver un traitement particulier au droit communautaire »⁶⁴⁴.

« La primauté du droit communautaire est pour l'essentiel une règle de priorité d'application et non l'expression d'une hiérarchie, le juge communautaire ne prononçant jamais l'invalidation de la règle nationale contraire. La norme nationale contraire ne peut plus être opposable, la priorité d'application doit être donnée à la règle communautaire et chaque juge national doit s'y conformer »⁶⁴⁵.

⁶⁴¹ Комментарий к Конституции Российской Федерации. Под ред. В.Д.Зорькина, Л.В.Лазарева. М., 2009. С.171-172

⁶⁴² Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *RFDA*, 2005, n°1, p.3

⁶⁴³ Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, *loc. cit.*, p.3

⁶⁴⁴ Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, *loc. cit.*, p.6

⁶⁴⁵ Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, *loc. cit.*, p.7

Le Conseil constitutionnel estime que le Traité ne modifie pas « la portée du principe de primauté du droit de l'Union telle qu'elle résulte, ainsi que l'a jugé le Conseil constitutionnel par ses décisions susvisées, de l'article 88-1 de la Constitution ». Ce renvoi aggrave les doutes⁶⁴⁶.

Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe énonce en des termes particulièrement nets le principe de la primauté du droit communautaire (l'art.1-6). « Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que l'article 1-6 n'est pas pour autant contraire à la Constitution car il ne modifie pas la hiérarchie des normes telle qu'elle a été fixée en droit interne par la Constitution française »⁶⁴⁷.

Le Conseil constitutionnel n'a fait que confirmer une jurisprudence constante, encore récemment réaffirmée, qui préserve la primauté du droit constitutionnel français sur le droit communautaire.

Tout en affirmant la spécificité du droit communautaire au sein du droit international, cette décision constate en même temps que « l'article 1-6 du Traité ne change rien à l'état du droit, ni la nature de l'Union européenne ni la portée du principe de primauté du droit de l'Union ne se trouvant modifiées »⁶⁴⁸. Cette décision du Conseil constitutionnel oblige à une révision de la Constitution, selon C.Maugué⁶⁴⁹.

L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat

La France est allée à la reconnaissance du droit européen graduellement. Bruno Genevois distingue plusieurs phases ; au début, le Conseil d'Etat appliquait au traité de Rome sa jurisprudence traditionnelle. C'est depuis l'arrêt du 8 février 2007, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, que « nous sommes sans doute dans une nouvelle phase, marquée par une large ouverture du Conseil d'Etat au droit communautaire »⁶⁵⁰.

Pour le Conseil d'Etat, la primauté du droit communautaire résulte, non de sa nature propre, mais de l'article 55 de la Constitution. La règle de conflit de normes édictée par cet article n'a eu son plein effet qu'à partir de l'arrêt *Nicolo* du 20 octobre 1989. Sur le fondement de la jurisprudence issue de l'arrêt *Nicolo*, le Conseil d'Etat a admis la primauté aussi bien du droit communautaire originaire, que du droit dérivé, qu'il s'agisse des règlements communautaires ou des directives. Le Conseil d'Etat inclut parmi les composantes du droit communautaire originaire les principes généraux de l'ordre juridique communautaire, qui ont la

⁶⁴⁶ Voir : Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, *loc. cit.*, p.10

⁶⁴⁷ Maugué Christine, Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles, *RFDA*, 2005, n°1, p.30

⁶⁴⁸ Maugué Christine, *loc. cit.*, p.31

⁶⁴⁹ Maugué Christine, *loc. cit.*, p.33

⁶⁵⁰ Genevois Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat, *RFDA*, 2009, n°2, pp.201-202

même valeur que les traités fondateurs. Il accepte en effet de confronter une norme nationale touchant au droit communautaire à ces principes (CE, 7 juillet 2006, *Société Roweo*).⁶⁵¹

En étudiant l'incidence du droit communautaire sur le droit administratif français, Bruno Genevois a remarqué l'enrichissement du contenu des principes généraux du droit. En droit administratif français, les principes généraux du droit sont des principes, qui ne résultent pas nécessairement d'un texte écrit, mais dont le respect s'impose à toutes les autorités administratives, leur violation étant constitutive d'un excès de pouvoir. La Cour de justice a reconnu des principes généraux de l'ordre juridique communautaire, déduits de la nature des traités ou inspirés du droit constitutionnel des Etats membres (CJCE, 17 déc. 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*). Pour la Cour, les Etats membres doivent se conformer à l'ensemble de ces principes généraux lorsqu'ils sont en présence de situations relevant du droit communautaire. En dehors de cette hypothèse, ils ont toute latitude pour s'y référer (CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*). Le Conseil d'Etat s'est, dans un premier temps, borné à appliquer certains principes, tel le principe de confiance légitime, aux situations relevant du droit communautaire (CE, 11 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*). Avec la décision du 24 mars 2006 *Société KPMG*, il a consacré en tant que principe général du droit, le principe de sécurité juridique. Le droit communautaire a ainsi contribué à enrichir le contenu du droit national⁶⁵².

Quand même, « il reste des questions, que la jurisprudence administrative adapte à la pratique européenne avec peine. Trois exemples de désaccords entre le Conseil d'Etat et la Cour de justice peuvent être fournis par ordre de difficulté croissante : la portée d'une directive non transposée à l'encontre d'un acte administratif non réglementaire ; la faculté pour un Etat d'édicter des mesures transitoires en cas de transposition, fût-elle tardive, d'une directive ; l'invocation du principe de primauté à l'encontre de la Constitution »⁶⁵³.

Ainsi, « l'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat s'opère de façon satisfaisante grâce à la conjonction de trois jurisprudences : l'arrêt *CILFIT* propice à un bon usage des questions préjudicielles ; l'arrêt *Nicolo* qui a permis l'émergence du contrôle de conventionalité ; l'arrêt *Société Arcelor* qui associe le juge national au contrôle du droit dérivé »⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.204

⁶⁵² Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.206

⁶⁵³ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.207

⁶⁵⁴ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.201

« La divergence entre le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat, sur le plan de la hiérarchie des normes, tient moins à une question de principe qu'à l'étendue du champ de la suprématie de la Constitution »⁶⁵⁵.

Avant 2004, le Conseil d'Etat avait d'abord procédé à une reconnaissance explicite de la suprématie de la Constitution sur le droit de l'Union européenne (*Syndicat national de l'industrie pharmaceutique* du 3 déc. 2001)⁶⁵⁶. La décision *Deprez et Baillard* du 5 janvier 2005 (après la jurisprudence du Conseil constitutionnel de 2004) « ne porte pas sur les rapports hiérarchiques entre la Constitution et le droit communautaire, mais sur les rapports entre le droit français infraconstitutionnel et le droit d'origine externe »⁶⁵⁷.

Mais le Conseil d'État est allé plus loin, en utilisant ses responsabilités consultatives. Avis du 18 novembre 2004 : un obstacle de nature constitutionnelle n'aurait pu être opposé à la transposition de la directive qu'en cas de violation d'une disposition expresse de la Constitution française, et spécifique à cette dernière⁶⁵⁸.

Il est possible que « l'idée selon laquelle seules des dispositions spécifiques à la Constitution française pourraient faire obstacle à l'application du droit de l'Union européenne rencontre les faveurs du juge administratif »⁶⁵⁹.

Chapitre 2. Les tendances du développement du droit public économique

Section 1. Les changements du rôle de l'Etat dans l'économie

§1. Entre libéralisme et interventionnisme : la loi du pendule

A. Le néo-libéralisme en France

Au début le droit public économique en France se fondait sur deux principaux concepts, la planification et la nationalisation. Cette politique a porté ses fruits, mais elle n'était pas de longue durée. On dit que notamment l'échec du système socialiste a stimulé le libéralisme dans l'économie. L'échec du «constructivisme socialiste» a semblé donner raison aux thèses d'Hayek. « La négation du marché, comme de la responsabilité, l'absence de vrais droits subjectifs comme de toute initiative individuelle, la faiblesse de l'innovation comme la force de la nomenklatura ont conduit au discrédit de l'interventionnisme étatique dans la vie économique »⁶⁶⁰.

⁶⁵⁵ Cassia Paul, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, *RFDA*, 2005, n°3, p.466

⁶⁵⁶ Cassia Paul, *loc. cit.*, p.466

⁶⁵⁷ Cassia Paul, *loc. cit.*, p.468

⁶⁵⁸ Cassia Paul, *loc. cit.*, p.469

⁶⁵⁹ Cassia Paul, *loc. cit.*, p.470

⁶⁶⁰ Remiche Bernard, *Droit économique, marché et intérêt général* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.254

« Au dogmatisme de l'Etat a succédé celui du marché. On déréglemente, on privatise, on délocalise, la publicité est reine, tout est économique : le sport, la culture »⁶⁶¹.

C'est surtout dans l'analyse de l'interventionnisme et les projets de refondation du droit que l'originalité du néo-libéralisme apparaît. La social-démocratie a permis au néo-libéralisme de reformuler, d'affiner sa critique de l'Etat : il a fallu repenser les fondements de la société de marché, revenir à la philosophie du droit naturel, mais aussi « inventer » de nouveaux outils capables de décrypter des modes de régulation jusqu'alors inédits – c'est ainsi qu'est née l'école du *Public choice*.

Concernant la reformulation de l'idéal politique, « la véritable innovation vient de l'anarcho-capitalisme. Les différents projets d'Etat minimal précisent le modèle du contrat social et de l'Etat « veilleur de nuit » ; la philosophie objectiviste et l'approche économique apportent des arguments neufs mais restent dans un cadre assez classique. A l'inverse, l'anarcho-capitalisme représente une nouvelle utopie libérale : en dépassant la distinction entre la société civile et l'Etat, il permet de dépasser certaines oppositions qui ne prenaient sens que dans un cadre étatique : les limites apportées par le libéralisme à la liberté politique et par le socialisme à la liberté économique n'ont plus lieu d'être dès lors que l'une et l'autre se renforcent mutuellement dans le « marché des utopies »⁶⁶².

Les relations de la République française et de l'économie ont commencé à s'appeler l'exception française. « L'Etat, garant des grands équilibres, utilise les moyens de droit public pour veiller au bien commun, dans un pays qui respecte la propriété privée et l'initiative privée tout en cherchant la nécessaire solidarité collective. La République a donc façonné un droit économique où la logique marchande, issue du capitalisme libéral, et l'administration de l'économie, venue du socialisme, doivent se fondre dans une synthèse harmonieuse »⁶⁶³. C'est ce qui explique la définition donnée du droit public économique ou du droit économique.

Si dans le modèle classique la police économique a acquis un rôle immense (l'État était partout), le libéralisme reconnaît seulement le caractère exclusif de la police.

L'exception française pousse à intégrer au libéralisme la dimension préventive du rôle de l'administration. « C'est donc la Nation souveraine qui, par le truchement de son appareil administratif, s'assure qu'une activité peut être exercée et est effectivement exercée correctement

⁶⁶¹ Remiche Bernard, *loc. cit.*, p.254

⁶⁶² Valentin Vincent, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p.367

⁶⁶³ Charles Hubert, *Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ?* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.112

au moyen des mécanismes de police »⁶⁶⁴. La nostalgie française d'un Etat fort a donné lieu au «libéral-interventionnisme» cher à Valéry Giscard d'Estaing⁶⁶⁵.

Malgré l'influence incontestable du néo-libéralisme, les raisons de son opposition aux démocraties-providence restent en partie d'actualité : l'Etat semble reculer et se dépolitiser mais la société demeure globalement sous son emprise. Les quelques avancées ne sont que l'écho affaibli de ses réelles espérances. « La critique de l'Etat-providence portait sur trois points : la place de l'Etat dans la régulation, les atteintes à la liberté individuelle, l'instrumentalisation et la socialisation du droit. Sur chacun, l'impact du néo-libéralisme est limité : l'Etat demeure très présent, la démocratie juridique est marquée par le contexte interventionniste, et le droit, à travers des procédures plus fines, reste un outil de gouvernement aux mains du pouvoir »⁶⁶⁶.

Le néo-libéralisme rencontre parfois la résistance, il est perçu même comme un attentat à la culture française. A l'intérieur même des économies libérales les plus avancées, se développe une société duale et s'affaiblit la solidarité entre les groupes sociaux mettant en péril, à terme, la cohésion sociale⁶⁶⁷. « Coca-cola, fast-food et basic English sont à la société mondialisée ce que la culture française était à l'Europe du XVIII^e siècle »⁶⁶⁸.

Prenons des exemples de l'estimation critique de néo-libéralisme en France.

Le néo-libéralisme veut « réduire l'emprise de l'Etat sur la société au nom d'une préférence pour les rapports fondés sur l'échange plutôt que sur le commandement. C'est une opposition des moyens économiques et des moyens politiques »⁶⁶⁹. « Il y a au départ une sorte de pari méthodologique : étudier l'Etat comme une réponse du marché à un besoin de biens publics. Ce pari repose sur une double hypothèse concernant les fondements du comportement individuel et l'émergence d'un contrat social à partir de relations d'échange »⁶⁷⁰.

La société libérale repose sur plusieurs équivoques. « Elle défend la propriété privée, mais elle lui reproche la spéculation et le gaspillage. Elle invoque la concurrence du marché, mais celui-ci est hors d'état d'assumer la charge des équipements sociaux et des infrastructures économiques qu'elle exige. Elle prône l'entreprise privée, alors que sous ses yeux les grandes sociétés imposent leur puissance même aux Etats et s'érigent en juges de l'intérêt général. Seule la programmation peut permettre la solution de ses problèmes dans un régime démocratique. Pour que la liberté puisse être exercée il faut que le cadre social s'y prête »⁶⁷¹.

⁶⁶⁴ Charles Hubert, *loc. cit.*, p.114

⁶⁶⁵ Voir : Charles Hubert, *loc. cit.*, p.114

⁶⁶⁶ Valentin Vincent, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, p.250

⁶⁶⁷ Remiche Bernard, *Droit économique, marché et intérêt général* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, p.255

⁶⁶⁸ Remiche Bernard, *loc. cit.*, p.258

⁶⁶⁹ Valentin Vincent, *op. cit.*, p.17

⁶⁷⁰ Valentin Vincent, *op. cit.*, p.35

⁶⁷¹ Plantey Alain, *Prospective de l'Etat*, Paris, éditions CNRS, 1975, p.165

B. La crise financière et économique : les tentations interventionnistes

La crise financière et économique ne permet pas de délivrer un satisfecit à la régulation publique de l'économie. « Les Etats sont capables, si nécessaire, de réactiver les techniques directes d'intervention que sont les nationalisations de sauvetage, les prises de participation, subventions, prêts, garanties, à travers une politique de relance planifiée, utilisant massivement l'investissement et la réglementation »⁶⁷².

Dès la fin de l'année 2006, puis au premier semestre 2007, les Etats-Unis connaissent un retournement de leur marché immobilier. Cette crise immobilière se transforme en crise financière puis en crise boursière à l'automne 2008.

En France c'est la loi du 16 octobre 2008 de finances rectificative pour le financement de l'économie qui présente un plan d'action à l'issue du sommet de Paris du 12 octobre 2008 pour les pays de la zone euro.

Puisque la crise financière a graduellement été transformée en crise économique, cela a demandé de mesures plus fortes. Le président Sarkozy dans son discours du 4 décembre 2008 a émis l'opinion qu'il faut « construire un Etat entrepreneur, un Etat investisseur »⁶⁷³.

Le volet économique s'articule autour de trois lois. « La loi du 30 décembre 2008 de finances rectificative pour 2008 contient les dispositions fiscales du plan de relance. La loi du 4 février 2009 de finances rectificative pour 2009 portant relance de l'économie ouvre les crédits nécessaires en 2009 pour les dépenses de l'Etat au titre du plan. La loi du 17 février 2009 sur l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privé met en œuvre certaines mesures concrètes du plan : simplification et accélération des procédures en matière de construction, de procédures administratives et de commande publique, habilitation du gouvernement à fixer par ordonnance un régime simplifié d'autorisation des installations classées »⁶⁷⁴. L'expression « l'Etat-pompier » est née⁶⁷⁵.

« Le plan de relance conjugue les prérogatives de l'Etat administrateur de l'économie, les facilités de l'Etat opérateur économique et les leviers de l'Etat demandeur sur le marché, dans sa situation de collaboration avec les opérateurs économiques »⁶⁷⁶.

Deux structures ont été créées pour rétablir la confiance dans le système financier, la Société de refinancement des activités des établissements de crédit et la Société de prise de

⁶⁷² Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, pp.218-219

⁶⁷³ Nicinski Sophie, Le plan de relance de l'économie, *RFDA*, 2009, n°2, p.273

⁶⁷⁴ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.273-274

⁶⁷⁵ Voir : Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.274

⁶⁷⁶ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.274

participations de l'Etat⁶⁷⁷. Un Fond d'investissement stratégique a été créé, il est destiné à accorder des aides aux entreprises structurellement saines mais confrontées à des difficultés conjoncturelles⁶⁷⁸. En ce qui concerne la Russie, on n'a pas créé de nouvelles structures, car on a utilisé celles qui existaient déjà, comme Vnechéconombankue.

Donc, la politique économique est cyclique, mais à présent c'est la tendance de la libéralisation qui domine.

§2. Vers la redéfinition du droit public économique ?

A. A propos du rôle économique de l'Etat

Nous partageons l'opinion, selon laquelle il faut examiner la position de l'État dans l'économie de façon juridiquement impartiale, sans l'« attacher » à n'importe quelle théorie économique. Cela aide à se libérer du point de vue, que le droit a seulement le rôle d'encadrement par rapport aux théories économiques.

« La période actuelle est dominée en France par la figure de l'Etat régulateur. L'intervention de l'Etat régulateur repose sur un panel de prérogatives allant de la réglementation *a priori* aux décisions particulières, sanctions ou règlements des conflits *a posteriori*. L'Etat régulateur se singularise par le fait qu'il agit à tous les stades du processus économique, en amont du marché pour en préserver les lois fondamentales, au sein des opérations économiques (régulation de la structure des opérateurs, régulation de la concurrence entre opérateurs), ou en aval pour réprimer certains comportements. L'Etat régulateur utilise tous les leviers de l'action économique : incitation, orientation, contrainte ou menace de contrainte, limitation, prescription, sanction, soutien, contrôle. L'Etat régulateur ne relève ni de la philosophie libérale, car il assume et revendique sa présence dans le monde économique, ni de la philosophie interventionniste, en ce que ses actions sont entièrement déterminées par le principe suivant lequel l'efficacité doit être atteinte par la voie la moins invasive possible pour les opérateurs économiques. L'action révèle la recherche de la méthode incitative plus que coercitive, le choix de la méthode la moins attentatoire aux libertés économiques. L'Etat régulateur préfère actionner les leviers de l'économie à encadrer les agents économiques ou les contraindre. L'Etat libéral est le gardien et le garant au sens figuré de bon fonctionnement du marché, l'Etat régulateur est le garant au sens propre du fonctionnement tout court du marché et, surtout, de la confiance dans le fonctionnement du marché »⁶⁷⁹.

⁶⁷⁷ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.277

⁶⁷⁸ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.280

⁶⁷⁹ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, pp.274-275

Le droit public de l'économie « ne doit plus être en prise directe avec une doctrine politique (de droite ou de gauche) ou économique (libérale ou interventionniste) »⁶⁸⁰.

Schématiquement, l'Etat est susceptible d'occuper trois positions différentes vis-à-vis du monde économique. « En premier lieu, l'Etat est administrateur de l'économie, il occupe une position extérieure et supérieure au marché qu'il administre, encadre, oriente, contrôle et régule au sens large. C'est la figure de l'Etat régulateur. En second lieu, l'Etat participe au marché en tant qu'opérateur public producteur de biens et services. En troisième lieu, l'Etat peut être en position de demandeur sur le marché et chercher à se procurer des biens et services. C'est le droit de la commande publique au sens large »⁶⁸¹.

Nous avons distingué trois fonctions de l'Etat dans l'économie⁶⁸², ce qui est assez proche de la position de S.Nicinski, mais nous trouvons très intéressante la considération de la commande publique comme une des fonctions. Nous voulons aussi partager l'opinion que « la vérité est que le libéralisme n'est ni à gauche ni à droite. Il n'est pas plus au centre. Il représente une vision du monde entièrement différente »⁶⁸³.

B. Les changements dans l'administration économique

« L'organisation française des pouvoirs publics n'est pas adaptée à la rapide évolution du droit international, particulièrement du droit européen »⁶⁸⁴. Dans tous les domaines, l'autorité traverse aujourd'hui une crise⁶⁸⁵. La rénovation des méthodes administratives, la collaboration à l'administration sont très demandés. Le fonctionnement des autorités doit être effectif.

Le terme « performance » signifie le rendement ou les résultats d'activités effectuées dans le cadre d'objectifs poursuivis. Sa finalité est de multiplier les cas dans lesquels les pouvoirs publics atteignent leurs objectifs. La volonté d'améliorer les performances des pouvoirs publics n'est pas quelque chose de nouveau. « La nouveauté vient du fait que les gouvernements sont de plus en plus confrontés à des contraintes au niveau de leurs dépenses. Une extension de leurs dépenses n'est pas envisageable et ils doivent s'efforcer d'améliorer le rendement des crédits existants. En même temps, de nouvelles idées ont vu le jour sur la façon de restructurer et motiver les effectifs du service public pour obtenir des résultats »⁶⁸⁶.

Le mot anglais « control » se traduit aisément en français par « contrôle » et ce terme est utilisé dans le monde entier dans les systèmes d'exécution du budget. Toutefois, le sens anglais

⁶⁸⁰ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.282

⁶⁸¹ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.278

⁶⁸² Талапина Э.В. Управление государственной собственностью. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002

⁶⁸³ Nemo Philippe, *La société de droit selon F.A.Hayek*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 1988, p.369

⁶⁸⁴ Plantey Alain, *Prospective de l'Etat*, Paris, éditions CNRS, 1975, p.226

⁶⁸⁵ Plantey Alain, *op. cit.*, p.286

⁶⁸⁶ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.65

évoque le pouvoir actif de gérer tandis que l'acceptation française implique davantage une supervision passive et d'autres termes français comme « direction » et « responsable » correspondent au sens du mot anglais *control*⁶⁸⁷.

La notion de mécanismes de type marché est large. Au début des années 90, l'OCDE a adopté à ce sujet la définition très complète suivant laquelle ils évoquent « tous les arrangements qui comportent au moins une caractéristique importante des marchés ». Dans le domaine de la prestation de services, les principaux instruments dont il est question sont l'externalisation (sous-traitance), le partenariat public-privé et le chèque-service. Les autres exemples de mécanismes de type marché – les redevances d'utilisation et l'emploi d'autorisations transférables destinées à affecter et gérer des biens publics dont l'offre est limitée (dans le cas des émissions de gaz à effet de serre, par exemple).

De nombreuses observations montrent que « les mécanismes de type marché sont en mesure de garantir des gains d'efficacité soit par des coûts moins élevés soit par une amélioration des services »⁶⁸⁸.

« L'externalisation est une opération par laquelle une administration publique établit avec un prestataire du secteur privé un contrat pour fournir, en son nom, des services aux ministères et aux organismes du secteur public ou directement aux citoyens. Selon le pays elle est parfois appelée « impartition », « sous-traitance » (de services) ou « approvisionnement à l'extérieur ». Elle s'étend des services d'assistance aux agents publics (nettoyage des bureaux, restauration), des services professionnels jugés secondaires par rapport à la fonction principale du ministère ou de l'organisme public (technologies de l'information) ou à des fonctions propres à l'Etat (prisons). L'externalisation (*out sourcing*) montre l'imprégnation de la logique économique dans la sphère administrative. Elle poursuit une finalité de rationalisation, de gains d'efficacité et d'économie »⁶⁸⁹.

Le partenariat public-privé a trait au financement, à la conception, à la construction, à la maintenance et à l'exploitation par le secteur privé de ressources d'infrastructure, fonctions qui auparavant étaient assurées par le secteur public. Les PPP peuvent également impliquer l'achat et le redéveloppement par le secteur privé de ressources d'infrastructures publiques préexistantes⁶⁹⁰.

Les PPP sont largement utilisés pour la fourniture d'infrastructures de transport, mais peuvent également concerner les établissements scolaires, les hôpitaux, les immeubles de bureaux, et les infrastructures de traitement de l'eau et d'assainissement.

⁶⁸⁷ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.98

⁶⁸⁸ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.150

⁶⁸⁹ Dreyfus Jean-David, Externalisation et liberté d'organisation du service, *AJDA*, 2009, n°28, p.1529

⁶⁹⁰ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.151

Dans le cas du chèque-service, la prestation de services publics est séparée de son financement. « Ce dernier est assuré par l'administration sous la forme d'un chèque-service qui donne droit, à celui qui le détient, de l'échanger contre des services auprès du prestataire de son choix parmi une sélection. Les chèques-services sont en vigueur dans le domaine de l'aide au loyer des familles à faible revenu, de l'enseignement primaire et secondaire, des services de soins aux enfants et aux personnes âgées »⁶⁹¹.

Il n'existe pas de solution générique unique aux problèmes de l'administration publique. « La modernisation ne se limite pas à l'application de nouvelles techniques et de nouveaux instruments qui peuvent être aisément transférés d'un pays à l'autre »⁶⁹².

La privatisation, le passage de la prestation de services à la réglementation, la création de quasi-marchés et l'externalisation sont des instruments essentiels de l'administration moderne dans la mesure où ils répondent aux changements dans les besoins et dans les capacités de la société⁶⁹³.

C. Un nouveau regard sur le droit public économique

S'affichant lui-même comme « antithèse du modèle juridique libéral », le droit économique a souvent été présenté par ses détracteurs comme consacrant une « lecture marxiste » du droit, ce qui, à partir de la fin des années 80, permettait tout à la fois de justifier sa marginalisation et son rejet comme discipline scientifique ayant pour objet l'analyse de la réalité juridique, et son « dépassement » en tant que discipline « pratique »⁶⁹⁴. Pour d'autres « le droit économique, au motif qu'il voit dans le système économique un système dominant, pouvait être regardé comme un avatar européen de l'analyse économique du droit, encore teinté d'un soupçon de dirigisme »⁶⁹⁵.

« Le droit économique, contrairement à certains courants de l'analyse économique du droit, loin d'être un suiveur de l'économie, cherche au contraire à encadrer l'économie, à le soumettre à certaines valeurs »⁶⁹⁶.

Traditionnellement, le modèle français reposait sur trois piliers fondamentaux : le monopole étatique de la production des normes ; la loi, expression de la volonté générale ; l'Etat

⁶⁹¹ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.152

⁶⁹² *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.230

⁶⁹³ *Moderniser l'Etat : la route à suivre*, Paris, OCDE, 2005, p.233

⁶⁹⁴ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1436

⁶⁹⁵ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1436

⁶⁹⁶ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1437

administratif, incarnation de l'intérêt général⁶⁹⁷. Maintenant l'Etat devient un sujet de droit parmi d'autres, mais il reste garant de la sanction du système juridique. Le rôle des sujets privés a augmenté dans le monde entier. Cela change le contenu du droit, de toutes ses branches. Le droit public devient de plus en plus « privé ».

Les rapports économiques ont pour objet (au sens juridique du terme) ou pour résultat « l'organisation de l'économie ou d'un secteur de cette économie par la centralisation des décisions et du pouvoir économique. Ces rapports spécifiques naissent principalement de la concentration. Ils sont différents par nature des rapports de production ou d'échange. Les rapports économiques ont, en effet, pour objet d'organiser la production et les échanges. Ils ont pour vecteur la centralisation des décisions et du pouvoir économique. Fondamentalement, le droit économique est le droit du pouvoir économique »⁶⁹⁸.

« Le droit économique peut être défini comme la discipline scientifique et pratique qui a pour objet l'étude des « rapports économiques » - c'est-à-dire ceux qui organisent l'économie par la centralisation des décisions et du pouvoir économique -, et les modalités selon lesquelles se constitue, s'exerce et se régit le pouvoir économique »⁶⁹⁹.

L'obligation scientifique de travailler non pas par branche du droit ou discipline mais « par objet de recherche découle presque mécaniquement du constat de l'effacement de la *summa divisio* entre droit public et droit privé »⁷⁰⁰.

Section 2. Les changements dans l'interaction du droit et de l'économie

§1. Les nuances de l'activité publique en matière économique

A. Le pouvoir discrétionnaire

La définition du pouvoir discrétionnaire

André Hauriou écrivait que « l'administration dans l'exercice quotidien de ses services et pour les mesures qu'elle prend vis-à-vis des particuliers, est soumise à la loi et d'une façon générale à des règles juridiques. Mais elle y est soumise avec une certaine marge de liberté qu'on appelle le pouvoir discrétionnaire »⁷⁰¹.

⁶⁹⁷ Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans les Etats ?* in *Archives de philosophie du droit*, tome 47, 2003, p.285

⁶⁹⁸ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1439

⁶⁹⁹ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1439

⁷⁰⁰ Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23, p.1439

⁷⁰¹ Bouveresse Aude, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européen, 2010, pp.2-3

Le pouvoir discrétionnaire se définit pour l'administration par sa liberté d'appréciation, d'action et de décision. « Elle dispose d'une marge de choix. Mais cette liberté de choix n'est pas totale et elle est soumise à des sujétions de légalité »⁷⁰².

Sur le plan général les pouvoirs discrétionnaires sont liés à l'activité de l'administration, ainsi qu'à l'activité judiciaire. « La polémique porte sur les acteurs de la définition du pouvoir discrétionnaire : pour les uns, il s'agit du législateur, pour les autres, il s'agit du juge »⁷⁰³.

Nous examinerons ici les pouvoirs discrétionnaires de l'administration. De plus, le juge dans son activité seulement interprète la loi, les véritables pouvoirs discrétionnaires sont liés à l'activité réalisant les droits subjectifs. « Pour importante qu'elle soit, la fonction juridictionnelle exclut l'idée que le juge soit titulaire d'un pouvoir discrétionnaire »⁷⁰⁴.

La plupart des auteurs s'accordent pour considérer que le titulaire du pouvoir discrétionnaire dispose cumulativement ou sélectivement du choix d'exercer sa compétence (choix d'agir ou de ne pas agir) et du choix dans l'exercice de sa compétence (choix des motifs et choix du contenu de la mesure voire le choix du moment de son action)⁷⁰⁵.

De nombreux textes relatifs à la mission de l'administration « se contentent de définir cette mission, sans préciser autrement les actions que l'administration pourra valablement mener et les moyens qu'elle pourra employer..., les textes s'attachent à laisser à l'administration un pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer les règles qu'ils posent »⁷⁰⁶. En principe, même en ce qui concerne les actes étroitement liés aux règles de droit, l'administration a un minimum discrétionnaire – « le choix du moment »⁷⁰⁷.

« La rencontre du droit et de l'économie, à la base de la construction européenne, requiert la formulation de normes capables de s'adapter aux caractéristiques mouvantes et contingentes des faits économiques. Le métissage de l'économie et du droit s'est fait au prix de l'introduction dans la règle juridique de notions dont la définition vague et incertaine a entraîné un certain « flou du droit »⁷⁰⁸.

Les pouvoirs discrétionnaires et la qualité des normes

Le pouvoir discrétionnaire ou la compétence liée de l'autorité administrative, en matière d'autorisation, sont fonction du degré de précision des textes. Comme le rappelle Eisenmann, « la source de la discrétionnalité, c'est l'incomplète ou l'imparfaite détermination de la

⁷⁰² Braibant Guy, Stirn Bernard, *Le droit administratif français*, Presses de sciences PO et Dalloz, 6^{ème} édition, 2002, p.280

⁷⁰³ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.7

⁷⁰⁴ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.22

⁷⁰⁵ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.114

⁷⁰⁶ Debbasch, *Déclin du contentieux administratif ?*, Dalloz, 1967, chron., p.95

⁷⁰⁷ Rivero Jean, Waline Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} édition, 2002, p.82

⁷⁰⁸ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.19

réglementation juridique ; en bref, c'est l'indétermination de la réglementation juridique. C'en est la source et c'en est la limite »⁷⁰⁹.

A l'instar des ordres juridiques nationaux, « le droit communautaire entretient une forte interdépendance entre l'indétermination et la discrétion. Il en résulte une confusion entre les différentes formes d'indétermination qui se traduit par un vocabulaire fluctuant »⁷¹⁰.

Le plus souvent les textes combinent dans une même compétence les deux pouvoirs que sont le pouvoir discrétionnaire et la compétence liée. C'est ce qui explique que toutes les autorisations personnelles ne sont pas également *intuitu personae*. Car la liberté de choix de l'autorité administrative dépend de ce que les textes, tel qu'interprétés éventuellement par la jurisprudence, impliquent à cet égard :

- selon qu'ils précisent avec plus ou moins de rigueur les conditions que doit remplir le titulaire ;
- selon qu'ils laissent à cette autorité une plus ou moins de grande latitude dans l'appréciation des conditions (dont certaines sont « objectives » et d'autres plus « subjectives ») ;
- selon qu'ils laissent – ou non – l'administration libre de s'appuyer sur d'autres considérations que celles qui résultent des conditions textuelles, notamment lorsqu'il s'agit d'apprécier les mérites respectifs de postulants qui respectent tous les conditions posées par les textes mais qui sont plus nombreux que le nombre des autorisations susceptibles d'être délivrées⁷¹¹.

Par exemple, l'aide est discrétionnaire chaque fois que le texte qui la rend possible ne précise pas ses motifs. « La décision administrative est alors considérée comme attributive du droit à l'aide »⁷¹² (CE, 11 déc. 1970, *Crédit foncier de France*).

L'utilisation des principes généraux du droit pour la délimitation du pouvoir discrétionnaire

La consécration des principes généraux du droit est largement tributaire du juge. « En « découvrant » ces principes qui s'imposent aux institutions de la Communauté, le juge communautaire participe à la définition du cadre légal dans lequel doit s'exercer le pouvoir discrétionnaire »⁷¹³. Parmi les principes généraux du droit reconnus par la Cour de justice : les principes de sécurité juridique, des droits de la défense, de non-rétroactivité, de la confiance

⁷⁰⁹ Cormier Maxence, *Fondements de la patrimonialité des actes administratifs*, RFDA, 2009, n°1, p.3

⁷¹⁰ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.113

⁷¹¹ Cormier Maxence, *Fondements de la patrimonialité des actes administratifs*, RFDA, 2009, n°1, p.3

⁷¹² Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, p.384

⁷¹³ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.257

légitime, d'égalité, de bonne administration (CJCE, 27 mars 1990, *Italie*)⁷¹⁴. Certains ont été déjà examinés, ou seront examinés dans la partie correspondante de présente étude.

« Les principes généraux du droit, lorsqu'ils comblent un vide normatif, exercent toujours une influence sur le pouvoir discrétionnaire puisqu'ils ajoutent une source de légalité supplémentaire qui conditionne la validité de l'ensemble des règles adoptées par les institutions – nationales ou communautaires. Ils constituent un instrument additionnel pour le contrôle du pouvoir discrétionnaire »⁷¹⁵.

La différenciation du pouvoir d'appréciation et du pouvoir discrétionnaire reste délicate. En effet, le pouvoir d'appréciation ne se distingue presque pas des pouvoirs discrétionnaires. Telle différenciation suppose de dissocier les appréciations purement économiques, des appréciations politiques.

« Le juge peut contrôler les appréciations purement économiques en substituant sa propre appréciation à celle de l'autorité compétente tant au niveau de la constatation matérielle des faits que de leur qualification juridique sans pour autant remettre en cause le pouvoir discrétionnaire. Dans la mesure où la norme habilitante conditionne sa concrétisation à une notion économique ne pouvant généralement s'extraire de la situation factuelle à laquelle elle s'applique, celle-ci devient juridique. Le juge est alors compétent pour contrôler l'appréciation de cette condition et/ou de la situation factuelle »⁷¹⁶.

Prenons un exemple de la pratique française. L'Autorité de la concurrence a le choix de procéder à un examen approfondi en cas de « doute sérieux ». S'agissant du choix du ministre de demander en examen approfondi, force est de constater que cette prérogative n'est entourée par les textes d'aucune condition objective et qu'elle est facultative.

« La loi de modernisation de l'économie a procédé à une importante clarification des rôles au niveau de l'appréciation même de l'opération de concentration, en confiant les différents critères d'appréciation à des autorités distinctes. Le bilan concurrentiel et économique incombe à l'Autorité de la concurrence. Le ministre chargé de l'économie dispose quant à lui d'un important nouveau pouvoir d'évocation d'une opération pour des motifs d'intérêt général incluant notamment l'impact social de l'opération »⁷¹⁷ (L.430-7-1-II du code de commerce).

Les voies de la limitation du pouvoir discrétionnaire

On peut limiter les pouvoirs discrétionnaires par la délimitation précise des compétences. Il existe aussi d'autres voies de la limitation du pouvoir discrétionnaire. Tout d'abord, c'est

⁷¹⁴ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.260

⁷¹⁵ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.264

⁷¹⁶ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.402

⁷¹⁷ Nicinski Sophie, L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, n°6, p.1244

l'autolimitation du pouvoir discrétionnaire. Pour que la décision prise par l'administration soit plus pesée et objective, les consultations préalables sont aussi possibles. On examinera plus précisément la voie de la limitation du pouvoir discrétionnaire qu'est l'expertise.

L'expertise

On considère l'expertise comme « la rationalisation scientifique et technique du pouvoir discrétionnaire »⁷¹⁸. L'objectivation du choix au moyen des expertises scientifiques et sa subjectivation par l'inclusion des champs sociaux dans le processus décisionnel doivent favoriser l'adoption de « solutions acceptables par le milieu parce que conformes à ce qui lui paraît juste et raisonnable »⁷¹⁹.

« Le principe de précaution autorise les institutions à adopter des mesures de précaution sans avoir à attendre que la réalité et la gravité des risques soient pleinement démontrées. Il a trouvé une première consécration à l'article 174, par.2, CE (l'art.191 maintenant) dans le domaine environnemental. Il s'étend également à la politique de protection des consommateurs, de la santé humaine, animale ou végétale (CJCE, 17 juillet 1997, C-354/95) »⁷²⁰.

En raison de ce vaste pouvoir discrétionnaire dans l'application du principe de précaution, « le juge limite nécessairement son contrôle à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'une disproportion manifeste de la mesure. Les impératifs de protection environnementale ou de santé publique inscrits dans le traité sont mis en balance avec les intérêts économiques et plus généralement avec ceux du libre échange »⁷²¹.

Dans sa communication du 2 février 2000, la Commission subordonne l'application de ce principe à deux conditions. Une mesure de précaution ne devrait être adoptée que si, d'une part, il subsiste une incertitude scientifique avérée sur l'évaluation du risque et si, d'autre part, il existe une menace pour le niveau de protection retenu. Elle consacre la place prépondérante de l'expertise dans ce schéma⁷²². En principe, la notion de directive a été spécialement conçue pour faciliter l'application des mesures d'intervention économique, à toute hypothèse où il est nécessaire d'encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire (CE, 11 déc. 1970, *Crédit Foncier de France*)⁷²³.

La Cour estime que « l'évaluation du risque ne peut se faire sur des considérations purement hypothétiques » (CJCE, 9 septembre 2003, *Mosanto Agricoltura Italia*) ou encore que

⁷¹⁸ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.489

⁷¹⁹ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.565

⁷²⁰ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.492

⁷²¹ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.493

⁷²² Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.495

⁷²³ Vlachos Georges, *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, coll. Compact, 2^{ème} édition, 2001, p.22

l'adoption d'une mesure de précaution est conditionnée par la preuve de « l'existence d'indices sérieux qui, sans écarter l'incertitude scientifique, permettent raisonnablement de douter de l'innocuité d'une substance » (CJCE, 23 septembre 2003, *Commission – Danemark*)⁷²⁴.

La Commission énonce (COM 11 déc. 2002) trois principes encadrant le recours à l'expertise – « l'institution s'engage à rechercher des avis d'un niveau de qualité élevé et approprié, elle est appelée à faire preuve d'ouverture lorsqu'elle recherche et utilise des avis d'experts, elle doit rechercher l'efficacité lorsqu'elle estime devoir recourir à l'expertise »⁷²⁵.

Par exemple, dans la jurisprudence administrative un décret a été reconnu disproportionné par rapport aux risques (CE, 15 mai 2009, *Société France Conditionnement Création et arts*). Ce décret du 20 novembre 2007 interdisait les nitrites. Conseil a jugé « qu'aucune étude scientifique ou enquête n'est produite ou citée qui permettrait d'établir que, au regard des dangers observés, seule la mesure d'interdiction totale de tous les produits contenant des nitrites quelle qu'en soit la forme serait de nature à y répondre »⁷²⁶.

La politique européenne a conduit à « l'expertocratie » et à l'élargissement de domaines où l'expertise est pratiquée. Une des directions est l'analyse d'impact, dont l'existence est fondée sur la technique juridique (par exemple, Guide pour l'élaboration des textes législatifs et réglementaires). « L'analyse d'impact oblige le pouvoir discrétionnaire à examiner attentivement, sur la base de données objectives, l'opportunité de son intervention et la pertinence des mesures qu'il envisage »⁷²⁷.

« L'étude d'impact constitue l'un des meilleurs moyens de réduire sensiblement les couts engendrés par l'adoption de nouvelles réglementations en permettant au législateur de prendre une décision éclairée. La loi organique n°2009-403 du 15 avril 2009 relative à l'application des articles 34-1, 39 et 44 de la Constitution a conféré un caractère obligatoire à l'évaluation préalable »⁷²⁸. Cette loi établit que les projets de loi font l'objet d'une étude d'impact. Les documents rendant compte de cette étude d'impact sont joints aux projets de loi dès leur transmission au Conseil d'Etat.

L'expertise : le cas russe

En Russie aussi l'étude d'impact se développe. Mais le plus connu est l'expertise anticorruptionnelle (l'analyse des risques de corruption potentielle). La loi fédérale du 17 juillet 2009 « Sur l'expertise anticorruptionnelle des actes normatifs » prévoit l'expertise obligatoire des

⁷²⁴ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.501

⁷²⁵ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.509

⁷²⁶ PFDA, 2009, n°4, p.868

⁷²⁷ Bouveresse Aude, *op. cit.*, p.502

⁷²⁸ Pérès Cécile, *Rapport introductif in L'efficacité économique en droit*, sous la dir. de Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès, Economica, 2010, p.15

projets des actes normatifs. Cette expertise poursuit les tâches spéciales, notamment d'une appréciation des risques de corruption durant l'application future de loi. Pour cela existe une méthodologie spéciale. En principe, chaque pouvoir « cache » le risque de corruption. Mais ce sont les pouvoirs discrétionnaires qui concentrent les risques les plus hauts. Cela concerne également les pouvoirs délégués, ainsi que les pouvoirs des sujets non étatiques. Par exemple, les agences disposent de pouvoirs discrétionnaires. « Le régulateur ...dispose en pratique, de très larges pouvoirs discrétionnaires »⁷²⁹.

B. La corruption

La lutte contre la corruption est au cœur des préoccupations de bonne gouvernance des organisations internationales. On sait que la réalisation de n'importe quelle fonction publique est exposée au risque de corruption. Les sources françaises n'y font qu'une allusion. En particulier, la Loi Sapin 1993 « mentionne le danger de corruption dans le domaine des achats de l'État »⁷³⁰.

La définition de la corruption

Sur le plan étymologique le mot « corruption » vient du mot latin *corrumpere* et signifie briser complètement, détériorer. Ces dernières années l'interprétation de la corruption s'est élargie. Dans les actes internationaux la corruption signifie n'importe quelle utilisation de pouvoirs pour un profit personnel⁷³¹. La Convention sur la responsabilité civile pour la corruption retient une conception extensive de la corruption (comme l'octroi de n'importe quel avantage déformant l'exécution normale du devoir). De plus, une personne privée peut être aussi un sujet de la corruption. La Convention de l'ONU de 2003 contre la corruption a la même position.

Il est intéressant que la définition classique de la corruption ne soit pas tout à fait juste par rapport à l'Europe de l'Est, où les fonctionnaires « corrompus » font souvent ce qu'ils devraient faire dans tous les cas conformément à la loi. En outre, les fonctionnaires peuvent utiliser les attributions publiques en raison de sa loyauté, sans aucun profit personnel⁷³².

En général, la corruption (qu'on pourrait appeler « ordinaire », « directe ») est rare dans la haute fonction publique, surtout administrative. Yves Meny considère que « la corruption pure et

⁷²⁹ Auby Jean-Bernard, intervention à la table ronde « *La régulation des services publics locaux* », Paris, Institut de la Gestion Déléguée, 2000, p.31

⁷³⁰ du Marais Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, p.257

⁷³¹ Par exemple, en France il n'y a pas longtemps un réseau de faux papiers dans l'administration a été découvert. L'obtention des faux documents coûtait entre 3000 et 10.000 euro (<http://www.liberation.fr/societe/01012329092-un-reseau-francais-de-faux-papiers-demantele>).

⁷³² Шайо Андраш. Коррупция, клиентелизм и будущее конституционного государства в Восточной Европе// Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. №1. С.3

simple, qui se traduit par la violation des règles établies, concerne généralement les hommes politiques et les chefs d'entreprises, rarement les hauts fonctionnaires ». Selon lui, le constat s'impose que la corruption des hauts fonctionnaires est un phénomène marginal. Finalement la corruption dans la haute fonction publique est essentiellement une corruption indirecte, une « corruption de connivence »⁷³³.

Il est pratique de se référer quelques tableaux, concernant les définitions de la corruption en usage dans certaines banques de développement⁷³⁴.

Tableau 6

Banque Mondiale	Abus d'une fonction publique en vue d'un gain privé
Banque asiatique de développement	Abus d'une fonction publique ou privée en vue d'un gain privé
Banque africaine de développement	Usage, par un agent public, d'une position de force pour chercher ou extorquer un avantage

Quant aux types de la corruption, on distingue la corruption publique et la corruption privée⁷³⁵.

Tableau 7

Nature de la corruption	Modalité de l'infraction	Conventions internationales
Corruption publique	Pacte de corruption entre un agent privé (ou une entreprise) et un agent public	OCDE Conseil de l'Europe Nations Unis
Corruption privée	Pacte de corruption entre deux agents privés (entre deux entreprises)	OCDE Nations Unis

Il existe la distinction entre corruption nationale et internationale, passive et active⁷³⁶.

Tableau 8

⁷³³ Kesler Jean-François, Pour une renaissance administrative de la France, *La revue administrative*, 2006, №353, septembre, p.500

⁷³⁴ Montigny Philippe, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Paris, Ellipses, 2006, p.272

⁷³⁵ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.267

⁷³⁶ Montigny Philippe, *op. cit.*, pp.269-270

Nature de la corruption	Incrimination
Corruption nationale : acte de corruption entre une entreprise et un agent public du même pays	Code pénal de chaque pays (même si certains pays en développement font preuve de laxisme dans son application)
Corruption internationale : acte de corruption commis entre une entreprise et un agent public appartenant à des pays différents	Code pénal des pays ayant ratifié la Convention anti-corruption de l'OCDE et/ou du Conseil de l'Europe et/ou des Nations Unis
Corruption active	Désigne le fait, pour une entreprise, de verser une commission indue
Corruption passive	Désigne le fait, pour un agent public, de solliciter ou de recevoir une commission indue

La corruption et la globalisation

La mondialisation est aussi une « mondialisation de la criminalité »⁷³⁷. Cela a posé des questions sur le plan des actes internationaux. « Si la corruption d'agents publics ou d'hommes politiques français a toujours été clairement jugée comme un délit pénal sur le territoire national, la loi française n'avait, jusque récemment (Convention anti-corruption de l'OCDE du 29 septembre 2000), jamais traité de la corruption sur les marchés étrangers »⁷³⁸.

Cette Convention a élargi plusieurs notions, la corruption a « dépassé » les territoires nationaux. La Convention est estimée comme « une victoire américaine »⁷³⁹. Ici il faut mentionner, que les approches américaines de ce problème ont leurs particularités.

Aux Etats-Unis la corruption est moins une question de droit qu'une question de morale. Si dans l'approche française « l'intérêt général est assuré par le service public, dans l'approche américaine, il est garanti par le bon fonctionnement du marché. La corruption pose problème parce qu'elle vient fausser les règles du marché. Qu'un agent d'Etat, qu'il soit fonctionnaire ou élu politique, accepte un pot-de-vin, cela veut dire que la communauté nationale n'aura pas bénéficié de la meilleure proposition du marché »⁷⁴⁰.

Cette faute morale existe quel que soit le lieu où est commis l'acte de corruption : « peu importe que le délit de corruption ait lieu en Asie, en Afrique ou en Europe, il est aussi grave que s'il était commis sur le territoire des Etats-Unis. Dans un contexte de mondialisation la condamnation est universelle »⁷⁴¹.

⁷³⁷ Ruelle Eric, Mondialisation et droit pénal économique, *Revue internationale de droit économique*, 2002, N°2-3, p.514

⁷³⁸ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.35

⁷³⁹ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.52

⁷⁴⁰ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.59

⁷⁴¹ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.60

La jurisprudence américaine en matière de poursuite de la corruption internationale est particulièrement intéressante et instructive. Elle est importante à connaître, car « même si le système juridique américain est très différent du système français, elle donne des informations à partir desquelles peuvent être interprétés certains aspects de la Convention OCDE ; par exemple l'extension de la notion d'agent public à des personnes privées qui travaillent dans un organisme public, ou encore l'extension de champ de compétence aux agents du fisc et des douanes même en cas de sollicitations, voire de chantage, de la part de ses derniers »⁷⁴².

Les risques de la corruption internationale

Face à la corruption internationale, l'entreprise est en fait confrontée à trois types de risques structurels de nature bien différente.

Le premier est un risque objectif lié à la nature des activités de l'entreprise dans la mesure où celle-ci intervient dans des situations où le risque de corruption est présent (en relation avec les administrations des pays en développement). Le risque objectif regroupe le risque pénal avec tous les risques qui lui sont directement associés : risque de réputation, risque financier.

Le deuxième risque est un risque de manipulation, où par une accusation de corruption, un tiers, que ce soit une entreprise concurrente, un ancien salarié ou fournisseur ou une faction politique, cherche à déstabiliser l'entreprise pour son intérêt propre ou simplement par vengeance. Ce risque est présent en particulier dans toutes les activités qui intéressent les médias et l'opinion publique.

Le troisième risque est celui qui se manifeste par défaut de politique explicite, où l'absence d'un réel dispositif de prévention de la corruption peut constituer un handicap dans le développement des affaires de l'entreprise. Ce risque qui est encore limité aujourd'hui croît cependant très rapidement à mesure que les normes éthiques, qu'elles soient volontaires ou juridiquement contraignantes, s'imposent aux entreprises⁷⁴³.

La prévention de la corruption

Des institutions nationales, ainsi que des organisations internationales sont concernées par la prévention de la corruption⁷⁴⁴.

Les pays de l'Union européenne, qui connaissent tous l'Etat de droit, « n'ont pas éradiqué un phénomène inhérent au commerce, consubstantiel au développement des affaires »⁷⁴⁵.

⁷⁴² Montigny Philippe, *op. cit.*, p.163

⁷⁴³ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.248

⁷⁴⁴ Voir : *La corruption et le droit international*, sous la dir. de Daniel Dormoy, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp.5-74

La lutte contre la corruption passe également par l'édiction d'instruments plus diffus, tournés davantage vers les « bonnes pratiques » et la « bonne gouvernance ». Dès l'introduction du Livre Vert *Initiative européenne en matière de transparence* (3 mai 2006), la relation entre transparence et corruption est explicitée dans la mesure où les citoyens européens sont en « droit d'attendre que les pouvoirs et les ressources qu'ils ont confiés aux organes politiques et publics soient utilisés avec circonspection et ne soient jamais détournés à des fins personnelles »⁷⁴⁶.

La stratégie « 12345 » de prévention de la corruption a pour objet d'intégrer la politique de prévention de la corruption dans la stratégie même de l'entreprise présente ou opérant à l'international.

Le résumé de la stratégie « 12345 » de prévention de la corruption est présenté dans le tableau⁷⁴⁷.

Tableau 9

Un engagement	à formuler	Au plus haut niveau de l'entreprise
Deux précautions	à prendre	Cellule de crise et de communication Groupe de réflexion stratégique
Trois dilemmes	à résoudre	Dilemme stratégique Dilemme géographique Dilemme fonctionnel
Quatre actions	à définir	Informar Former Equiper Contrôler
Cinq étapes	à mettre en œuvre	Définition Construction Déploiement Suivi Contrôle

⁷⁴⁵ Gouttefarde Fabien, Ahipeaud Evelyne, *Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption* in *La corruption et le droit international*, sous la dir. de Daniel Dormoy, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.76

⁷⁴⁶ Gouttefarde Fabien, Ahipeaud Evelyne, *loc. cit.*, p.95

⁷⁴⁷ Montigny Philippe, *op. cit.*, p.335

La lutte contre la corruption : le cas russe

La législation russe contemporaine a été enrichie par des mesures de lutte contre la corruption à cause du haut niveau de corruption. Il existe les actes spéciaux, comme la loi fédérale du 25 décembre 2008 « Contre la corruption », ainsi que des lois analogues des sujets de Fédération. La Russie a signé des actes internationaux importants dans ce domaine (la Convention de l'ONU contre la corruption, la Convention sur la responsabilité pénale pour la corruption).

La législation sur la fonction publique contient des exigences de lutte contre la corruption (en particulier, des règles de conduite des fonctionnaires, l'obligation de fournir des informations sur les leurs revenus et leurs biens). La loi fédérale du 21 juillet 2005 « Sur la commande publique pour les livraisons de biens, de services ou la réalisation de travaux pour les besoins de l'État et les besoins municipaux » a un but de prévention de la corruption et contient une réglementation précise de la procédure. La loi fédérale du 26 juillet 2006 « Sur le soutien de la concurrence » interdit de réaliser les pouvoirs et les fonctions économiques à la fois. En même temps, le régime de transparence s'installe de plus en plus (loi fédérale du 9 février 2009 « Sur l'accès à l'information concernant le fonctionnement des organes du pouvoir d'Etat »).

La lutte contre la corruption est devenue une des directions de la réforme administrative, l'Etat fait des efforts dans ce domaine, mais pour l'instant le problème de la corruption reste toujours très aigu.

§2. Les tendances juridiques concernant les changements dans l'interaction du droit et de l'économie

A. L'analyse économique du droit

L'apparition de l'analyse économique du droit aux États-Unis

Dans les années 60 aux États-Unis a commencé à se développer une discipline sous le titre « L'économie du droit », ou l'analyse économique du droit. G.Becker, G.Kalabrezi, R.Kouz et R.Pozner sont considérés comme ses fondateurs. L'idée principale de l'ouvrage de Pozner est que les normes du droit commun suivent la logique de l'efficacité⁷⁴⁸. Cette liaison de l'économie et du droit est absolument utile pour l'application du droit et pour le processus de création du droit. L'analyse économique est importante pour la réalisation des réformes juridiques, pour l'amélioration des actes juridiques et tout le système assurant leur mise en pratique⁷⁴⁹.

⁷⁴⁸ Одинцова М.И. Экономика права. М., 2007. С.16-18

⁷⁴⁹ Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. М., 2005. С.16

C'est l'efficacité économique qui est proposé comme critère principal de l'évaluation des normes du droit. La notion d'efficacité insère deux composantes : le but que les gens aspirent à atteindre, et les ressources qui possèdent de la valeur. L'efficacité maximum a lieu, si on réussit à obtenir le meilleur résultat aux efforts donnés ou atteindre le résultat donné aux efforts minimaux⁷⁵⁰.

Aux Etats-Unis, aucun organe gouvernemental, que ce soit au niveau fédéral ou fédéré, ne peut se dire en charge du bien public de manière globale ; la séparation des pouvoirs l'interdit. La conséquence est que l'intérêt général est pris en charge par la société, non par l'Etat, et la société prend en charge l'intérêt public avec ses règles à elle, des règles qu'elle connaît et qui sont les règles du marché. L'analyse économique du droit s'utilise pour définir le bien public pour deux raisons. Premièrement, la représentation des intérêts particuliers dans le gouvernement discrédite dès le départ ce qu'il peut décider car il est impossible de dire avec certitude si les décisions publiques sont prises pour des véritables raisons d'intérêt public, ou si, comme il est plus probable, elles ont cherché à satisfaire quelque intérêt puissant et bien placé. L'opinion communément reçue est que, généralement, les choix publics sont toujours impurs, parce que la politique l'est par nature. La théorie économique de la législation tient les lois pour le résultat de politiques menées par des groupes d'intérêts. Il est préférable de leur substituer des choix privés, parce que l'individu est un être rationnel qui se détermine pour des raisons objectives et scientifiquement quantifiables, la satisfaction de ses préférences individuelles. Deuxièmement, la société devant prendre en charge avec les règles qui lui sont familières, les règles du marché.

« La faiblesse du pouvoir aux Etats-Unis explique l'absence de toute idée d'une chose publique qui serait soustraite aux lois du marché. Personne n'en voit d'ailleurs l'intérêt. La priorité est donnée à l'intérêt individuel, parce qu'il est communément accepté que le seul but légitime de l'Etat est de protéger les droits individuels, et que le bien public ne peut pas être autre chose que la somme de tous les intérêts privés. L'analyse économique du droit (*Law and Economics*), issue de la théorie économique libérale, est très influente »⁷⁵¹.

L'analyse économique du droit en France

L'analyse économique du droit est largement répandue dans les pays au système de *Commun Law*. Quant aux pays du système romano-germanique (continental), on y trouve une situation complexe, puisque la coopération entre les juristes et les économistes reste faible, en

⁷⁵⁰ Одинцова М.И. Указ. соч. С.29

⁷⁵¹ Zoller Elisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006, pp.168-170

raison de l'existence du droit économique⁷⁵². En principe, l'efficacité économique n'a jamais eu en Europe la valeur supérieure.

Il y a un bilan intéressant des travaux de l'analyse économique francophone ; on s'attachera à cette fin à la question suivante : « quel droit parlent les économistes ? ». On distingue :

- l'analyse économique de concepts juridiques (*Law and Economics*),
- les travaux d'analyse économique qui recherchent une validation dans la doctrine juridique,
- l'analyse économique empirique à base de données juridiques,
- le recours par les économistes à l'observation du droit en action⁷⁵³.

« Que les juristes s'évertuent à penser le droit comme une matière autonome, qu'ils continuent à opposer l'ordre juridique et son caractère normatif à l'ordre économique, c'est ce que démontre la rareté des discours structurés du droit sur l'économie, en dehors des généralités sur leur influence réciproque. Il est vrai que l'accueil timide et tardif réservé par les juristes français à l'analyse économique du droit illustre ce cloisonnement »⁷⁵⁴.

« Pour la plupart des privatistes le discours du droit sur l'économie ne consiste pas à identifier et à mesurer voire à quantifier la substance économique contenue dans les dispositifs juridiques étudiés, mais, plutôt, se résume à recenser les faits économiques, à décrire leur évolution afin, non seulement, de déterminer leur influence sur l'évolution du droit positif, mais, également, d'exercer un jugement sur ces faits à travers le prisme du droit. Aux limites méthodologiques qui, en droit économique, président à la réception de l'économie par le droit, s'ajoute, en matière d'analyse économique du droit, une querelle dogmatique »⁷⁵⁵.

L'efficacité économique peut pénétrer dans la sphère juridique par le jeu de l'article 1134 al.1^{er} du Code civil toutes les fois qu'elle est intégrée dans un contrat, à travers des clauses d'objectifs fixant les performances économiques que l'une ou l'autre des parties doit atteindre sous la menace de diverses sanctions, dont la rupture du contrat⁷⁵⁶.

« L'efficacité économique peut d'abord être avancée comme fondement d'une règle de droit »⁷⁵⁷. Le droit, par définition, « est orienté vers l'efficacité »⁷⁵⁸. Mais, « des indicateurs d'efficacité doivent être établis »⁷⁵⁹.

⁷⁵² Одинцова М.И. Указ. соч. С.62-63

⁷⁵³ Kirat Thierry, Vidal Laurent, *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, pp.49-61

⁷⁵⁴ Kirat Thierry, Vidal Laurent, *loc. cit.*, pp.62-63

⁷⁵⁵ Kirat Thierry, Vidal Laurent, *loc. cit.*, pp.65-66

⁷⁵⁶ Pérès Cécile, *Rapport introductif in L'efficacité économique en droit*, sous la dir. de Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès, Economica, 2010, p.14

⁷⁵⁷ Pérès Cécile, *loc. cit.*, p.8

En tous cas, la difficile réception chez les juristes de l'analyse économique du droit est constatée⁷⁶⁰.

Gérard Farjat constate l'échec de l'analyse juridique formelle. Elle ne peut pas découvrir d'opposition entre le fait et le droit. « L'analyse juridique et les méthodes qu'elle implique (méthodes de lecture des textes, méthodes de raisonnement) constituent un des caractères spécifiques du système juridique. L'analyse des faits n'intervient que dans le cadre des qualifications »⁷⁶¹. Farjat qualifie de juristes dogmatiques les juristes qui, sur le plan de la recherche, « se refusent à reconnaître d'autres réalités que la réalité juridique du droit formel. C'est un effet de la déformation professionnelle. Les lois juridiques, à la différence des lois scientifiques, ne reçoivent jamais de démenti dans les faits »⁷⁶².

« Si nous ne récusons pas pour autant les leçons de l'économie politique, l'analyse économique du droit, nous revendiquons la légitimité d'une analyse juridique de l'économie »⁷⁶³. Quelle place pour le droit ? « Le système juridique se développe davantage comme fournisseur de procédures que comme fournisseur de normes. Les normes viennent moins de lui-même : il contribue à les dégager, mais elles viennent largement d'ailleurs. Des faits économiques notamment. Et, bien sur, le droit fournit des solutions »⁷⁶⁴.

Le développement de l'analyse économique du droit public

La plupart des décisions qui sont prises, au moins dans nos sociétés développées, le sont en fonction d'éléments issus de l'analyse de l'économie et des opportunités de gestion. « Le calcul économique, l'analyse « gestionnaire » existent même pour les sujets de droit les plus modestes de nos sociétés (la famille et l'intérêt de l'enfant). En bref l'analyse économique est aujourd'hui un élément essentiel du lien social dans le lien social des sociétés développées »⁷⁶⁵.

Quant au droit public, « le juge administratif, en forgeant les outils destinés à l'élaboration de sa jurisprudence, a rejoint sur certains points les interrogations des économistes et les remèdes qu'ils ont proposés. Le domaine des contrats publics semble le plus représentatif des progrès du droit administratif en direction d'une interaction avec l'économie »⁷⁶⁶.

⁷⁵⁸ Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif, *RFDA*, 2008, n°3, p.431

⁷⁵⁹ Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3), *RFDA*, 2008, n°4, p.684

⁷⁶⁰ Voir : Kirat Thierry, Vidal Laurent, *loc. cit.*, p.67

⁷⁶¹ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, pp.730-731

⁷⁶² Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.731

⁷⁶³ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp.12-13

⁷⁶⁴ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.193

⁷⁶⁵ Farjat Gérard, *Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.64

⁷⁶⁶ Kirat Thierry, Vidal Laurent, *loc. cit.*, pp.70-71

L'appréhension du droit comme opérateur économique – le droit public comme le droit privé doivent être en effet pensés comme des opérateurs économiques : « ils définissent les conditions dans lesquelles des relations économiques sont organisées, régulées, le cas échéant réglées par les tribunaux judiciaires ou administratifs. L'attente des acteurs vis-à-vis de leur cocontractant ou de la position des tribunaux dans le cas d'un éventuel contentieux, donne aux relations juridiques la dimension d'une matrice de la coordination économique »⁷⁶⁷.

L'examen des différentes décisions du Conseil d'Etat ainsi que celles rendues par les différentes cours administratives d'appel démontre de plus en plus que, pour garantir la neutralité concurrentielle de l'impôt et pour circonscrire de la manière la plus précise les différentes zones de rapport de compétition entre entreprises, le juge fiscal a récemment intégré dans son raisonnement un instrument d'analyse économique habituellement utilisé par les autorités de concurrence, le concept de « marché pertinent »⁷⁶⁸.

Pourtant, nombre d'administrativistes paraissent offrir une plus grande résistance à l'influence de l'« économisme »⁷⁶⁹. En tous cas, il ne semble pas que « la logique économique implique une marchandisation de services publics ni l'abandon du service public par les personnes publiques. Bien au contraire : si la logique économique n'a eu qu'une incidence relative sur l'identification du service public, l'application du droit du marché témoigne d'une convergence de la logique économique avec une notion renouvelée du service public »⁷⁷⁰.

« La pénétration de la logique économique s'accompagne de la permanence d'une identification subjective des besoins d'intérêt général, qui s'explique par la faible contrainte qu'exerce le droit du marché sur les compétences de la puissance publique dans son pouvoir créateur du service public »⁷⁷¹.

S'il est vrai que le droit communautaire exclut certains services d'intérêt général réputés non économiques du champ de l'article 86 du Traité, « la nouvelle articulation qui se dessine entre services de puissance publique et services économiques ne concrétise pas l'apparition d'une notion purement économique du service public »⁷⁷².

« L'intervention de critères non économiques permet d'isoler certaines activités d'intérêt général du jeu de la concurrence (police, protection de l'environnement) »⁷⁷³.

⁷⁶⁷ Kirat Thierry, Vidal Laurent, *loc. cit.*, p.74

⁷⁶⁸ Marson Grégory, La neutralisation des décisions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel, *RFDA*, 2008, n°4, p.787

⁷⁶⁹ Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3), *RFDA*, 2008, n°4, p.676

⁷⁷⁰ Le Berre Christophe, La logique économique dans la définition du service public, *RFDA*, 2008, n°1, p.51

⁷⁷¹ Le Berre Christophe, *loc. cit.*, p.51

⁷⁷² Le Berre Christophe, *loc. cit.*, p.55

⁷⁷³ Le Berre Christophe, *loc. cit.*, p.55

La normativité économique ne réalise dès lors qu'une pénétration limitée et contenue dans les catégories juridiques. « L'analyse économique ne constitue qu'une mesure partielle de l'action des collectivités publiques. Si la mise en œuvre du droit du marché par les organes communautaires et nationaux participe des transformations qui affectent la notion de service public, la définition du service public semble peu marquée par la pénétration d'une logique économique qui appelle une caractérisation objective des besoins d'intérêt général et contribuerait ainsi à réduire la notion aux seuls faits manifestant une véritable interdépendance sociale. Source d'une mutation du service public, la pénétration de la logique économique n'est aucunement la cause d'une crise de celui-ci »⁷⁷⁴.

Il ne faut pas tomber dans le travers consistant à voir dans le droit un simple « suiveur », un accompagnateur de l'économie. Ainsi, n'est-il pas possible de se contenter de « mesurer l'efficacité économique du droit » à travers l'analyse économique du droit. « Le droit économique a un objet tout autre : encadrer le fait économique, contrôler ses effets sur l'homme, l'environnement, le social. Et la sécurité juridique à travers ses composantes de stabilité et de prévisibilité peut aboutir à empêcher le droit de promouvoir et de défendre des valeurs nouvelles répondant aux aspirations sociales »⁷⁷⁵.

L'analyse économique du droit est ambitieuse. Elle part de la prémisse que les instruments d'analyse auxquels on fait appel pour comprendre le « droit économique » sont également applicables à d'autres branches du droit. Elle propose donc, à partir d'une conception de l'être humain et de ses rapports avec les autres, une relecture de l'ensemble du droit. Elle cherche à mettre au jour « l'économie du droit »⁷⁷⁶.

B. Les différents processus en droit économique

Le droit contemporain se trouve sous diverses influences d'origine interne et externe. Nous tenterons de caractériser les essentiels en ce qui concerne le droit économique.

Les processus d'origine externe

Les auteurs français ne cessent pas de souligner que le droit administratif français était traditionnellement un « produit d'exportation »⁷⁷⁷. Cependant, les choses ont actuellement changé. Le processus de l'internationalisation des affaires a changé l'économie mondiale, a influencé son réglementation. Si on s'adresse au niveau européen, l'Europe est « laboratoire de

⁷⁷⁴ Le Berre Christophe, *loc. cit.*, p.57

⁷⁷⁵ Racine Jean-Baptiste, Siriainen Fabrice, *Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.21

⁷⁷⁶ Mackaay Ejan, *L'analyse économique du droit*, Les éditions Thémis, Bruylant, 2000, p.9

⁷⁷⁷ Melleray Fabrice, *L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français*, *AJDA*, 2004, n°23, p.1224

la gouvernance mondiale »⁷⁷⁸. « L'Europe s'est construite sur l'idée de mobilité. Associée à l'idée de liberté et de marché, elle y puisait sa légitimité et sa forme. La construction européenne réunit le droit économique et les droits de l'homme »⁷⁷⁹.

On remarque « les progrès du libéralisme politique et économique (droit et marché) à l'échelle du monde occidental au sens large, et l'avance des technologies américaines dans ces deux domaines »⁷⁸⁰. Après le triomphe de la logique libérale la notion d' « américanisation du droit » apparaît⁷⁸¹. En effet, de nombreuses notions et constructions sont empruntées par l'Europe, puis par la France. A titre d'exemples – le concept de « gouvernance », la notion de service universel qui sont d'origine américaine⁷⁸².

« Les droits américain et britannique semblent les mieux adaptés à un reflux et à une redéfinition de l'interventionnisme public en matière économique, à l'externalisation ou au développement de modes de financements privés d'activités et d'équipements publics. Soutenus par différentes institutions internationales (qu'on songe à la Banque Mondiale), privilégiés par des organismes financiers et des cabinets d'avocats de culture anglo-saxonne, ils tendent à s'imposer. Le droit allemand représente très probablement le modèle de contrôle juridictionnel »⁷⁸³.

Sans doute, « une imitation inspirée par le droit communautaire n'est pas toujours obligatoire »⁷⁸⁴. Cependant cette influence graduelle s'est avérée assez forte. Un exemple des imitations – les contrats de partenariat public-privé⁷⁸⁵.

Un autre processus est l'eupérisation du droit. « Le droit administratif européen doit se construire autour de deux principes – la clause de l'Etat de droit (*rule of law*) et le principe démocratique (art.6 du Traité sur l'Union européenne) »⁷⁸⁶.

A l'origine, « droit communautaire et droit administratif étaient des objets juridiques parfaitement séparés »⁷⁸⁷. Mais la nécessité d'une politique unique de l'égalité et de la concurrence pour tous les Etats européens a demandé que les administrations nationales se soumettent aux règles communes. « Le rôle du droit économique est particulièrement haut ici. En même temps, les auteurs soulignent l'absence de la juridiction spéciale concernant le droit

⁷⁷⁸ Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans les Etats ?* in *Archives de philosophie du droit*, tome 47, 2003, p.289

⁷⁷⁹ Cohen-Tanugi Laurent, *loc. cit.*, p.286

⁷⁸⁰ Cohen-Tanugi Laurent, *loc. cit.*, p.288

⁷⁸¹ Voir : *L'américanisation du droit*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Tome 45, 2001

⁷⁸² Melleray Fabrice, *loc. cit.*, p.1226

⁷⁸³ Melleray Fabrice, *loc. cit.*, p.1229

⁷⁸⁴ Melleray Fabrice, *loc. cit.*, p.1226

⁷⁸⁵ Voir : Melleray Fabrice, *loc. cit.*, p.1227

⁷⁸⁶ Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3), *RFDA*, 2008, n°4, p.669

⁷⁸⁷ Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *Introduction générale* in *Droit administratif européen*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.1

administratif européen. L'ensemble de ces règles dessine l'ébauche d'un droit administratif, d'un droit administratif sans juge spécialisé »⁷⁸⁸.

Les processus dans le cadre du droit public

Le degré de socialisation de la société n'a pas notablement changé : la décentralisation n'a fait que déplacer l'interventionnisme, et les collectivités locales ont souvent pris la place de l'Etat. « Celui-ci – héritage de la phase 1986-1988 mais aussi influence d'une mode – a souvent confié à des autorités administratives indépendantes quelques-uns de ses pouvoirs d'intervention. Il est parfois résulté de cette société d'économie mixte une confusion dangereuse du politique et de l'économique dont les « affaires » constituent la regrettable séquelle la plus voyante. Le droit public économique a dû en conséquence s'enrichir de dispositif anticorruption »⁷⁸⁹.

« Le processus de juridictionnalisation a été favorable à la valorisation du droit, à la fois en raison du rôle conféré au juge dans le système de régulation et des modifications qui ont été introduites dans l'exercice de la régulation elle-même. En même temps le juge est obligé de prendre en compte la logique économique du domaine d'intervention du régulateur, participant ainsi à la construction du droit économique contemporain »⁷⁹⁰.

Le droit de la régulation se trouve au carrefour d'exigences qui peuvent être contradictoires, expliquant alors la recherche d'équilibres délicats⁷⁹¹. L'OCDE a clairement rappelé que « les régulateurs indépendants des départements ministériels doivent être également inclus dans la procédure générale d'évaluation de ces réglementations »⁷⁹².

Il est clair que la première force qui contribue à la transformation du droit administratif est la jurisprudence. « Mais il ne faut cependant pas oublier que les tribunaux ne peuvent envisager qu'une partie de la réalité et en fonction d'une optique concrète : celle de la légalité ou de l'illégalité de la question posée dans le recours ; ils laissent donc hors examen d'autres nombreux aspects de l'action administrative »⁷⁹³.

Enfin, le processus de la constitutionnalisation du droit. Dans l'exercice de son contrôle de conformité des lois à la Constitution, le Conseil constitutionnel a progressivement dégagé un « bloc de constitutionnalité » dans lequel se retrouvent, hissés au niveau constitutionnel, des principes généraux du droit administratif. « La jurisprudence qui s'est construite pour l'application des normes constitutionnelles a rapproché davantage encore droit constitutionnel et

⁷⁸⁸ Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *loc. cit.*, p.8

⁷⁸⁹ Linotte Didier, Romi Raphaël, *Droit public économique*, Paris, Litec, coll.Manuel, 6^{ème} édition, 2006, p.3

⁷⁹⁰ Duprat Jean-Pierre, La soumission des régulateurs à régulation, *AJDA*, 2006, №22, p.1207

⁷⁹¹ Duprat Jean-Pierre, *loc. cit.*, p.1208

⁷⁹² Duprat Jean-Pierre, *loc. cit.*, p.1209

⁷⁹³ Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif, *RFDA*, 2008, n°3, pp.427-428

droit administratif »⁷⁹⁴. Par exemple, l'arrêt de CE, 19 mars 2007, *Mme Le Gac et autres*, illustre la théorie des bases constitutionnelles du droit administratif défendue par le doyen Vedel⁷⁹⁵.

Le droit administratif se considère comme le droit constitutionnel concrétisé⁷⁹⁶. Bien qu'en termes juridiques, l'on parle de « l'application » de la Constitution, en réalité « il s'agit d'un processus complexe de négociation et d'affinement qui transite par différents niveaux et différents cercles »⁷⁹⁷.

Les processus dans le cadre du droit privé

Le droit privé a une grande influence sur le droit public économique. Le droit administratif n'est pas seulement du droit public, c'est aussi, dans une large mesure, du droit privé. « L'Administration peut se servir du droit privé pour son organisation et les modalités de son action ou de son intervention »⁷⁹⁸. La pénétration des notions du droit privé romain dans le domaine de relations publiques a commencé au XVI^e siècle⁷⁹⁹.

L'étude de l'influence du droit civil sur le droit administratif a vu son histoire commencer en 1914 avec Gaston Jèze⁸⁰⁰. On distingue ici « le phénomène de l'application du Code civil par le juge administratif de celui de la transposition de règles ou principes issus du droit civil en droit administratif »⁸⁰¹.

L'utilisation du droit civil est un acte de volonté, « un procédé arbitraire par lequel juge administratif et doctrine procèdent discrétionnairement à l'importation en droit administratif de certaines règles ou concepts issus ou inspirés du Code civil »⁸⁰².

« L'attribution définitive au Conseil d'Etat de la justice déléguée par la loi du 24 mai 1872, l'affirmation de l'autonomie du droit administratif par l'arrêt *Blanco* (1873) et l'abandon de la théorie du ministre-juge par l'arrêt *Cadot* (1889) ont conduit la doctrine publiciste à placer dans les débuts de la III^e République l'acte officiel de naissance du droit administratif, un droit correspondant aux exigences du principe de la séparation des pouvoirs »⁸⁰³.

Le juge administratif recourt à deux modes d'emprunt : « certaines règles du Code civil sont formellement reçues, d'autres sont seulement transposées de manière tacite »⁸⁰⁴.

⁷⁹⁴ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.4

⁷⁹⁵ RFDA, 2007, n°6, p.1286

⁷⁹⁶ Schmidt-Assmann Eberhard, *Principes de base d'une réforme du droit administratif*, RFDA, 2008, n°3, p.434

⁷⁹⁷ Schmidt-Assmann Eberhard, *loc. cit.*, p.441

⁷⁹⁸ Schmidt-Assmann Eberhard, *loc. cit.*, p.430

⁷⁹⁹ Voir : Mestre Jean-Louis, *Introduction au droit administratif français*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 1985, p.157

⁸⁰⁰ Voir : Plessix Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, LGDJ, éditions Panthéon – Assas, coll. Droit public, 2003, pp.40-44

⁸⁰¹ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.47

⁸⁰² Plessix Benoît, *op. cit.*, p.50

⁸⁰³ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.60

⁸⁰⁴ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.188

« Le droit civil a été pour la science du droit administratif, tantôt un modèle, reposant sur sa vertu clarificatrice prompte à mettre de l'ordre dans la présentation du droit administratif, tantôt un langage, reposant sur sa vertu explicative de certaines situations juridiques de la vie publique plus ou moins analogues à celle de la vie privée »⁸⁰⁵. « Le droit civil a servi à poser les critères, à établir les éléments constitutifs de notions juridiques aussi consubstantielles au droit public que celles de domaine public et de fonction publique »⁸⁰⁶.

« Le droit civil a été utilisé dans l'élaboration des théories du droit administratif comme la théorie de l'inexistence des actes administratifs unilatéraux, dont la longévité repose précisément sur sa nature de théorie « prescriptive » empruntée au droit civil, et la théorie explicative des droits réels administratifs, qui n'a jamais été en adéquation avec la situation juridique des occupants privatifs du domaine public »⁸⁰⁷.

Si le phénomène de l'utilisation du droit civil en droit administratif ne remet nullement en cause l'autonomie du droit administratif, c'est parce que « le juge administratif est maître des emprunts ; c'est le pouvoir discrétionnaire du juge administratif »⁸⁰⁸.

L'application du droit civil par le juge administratif (la transposition dans l'ordre juridique administratif d'une disposition de droit civil) constitue une exception à la séparation des ordres juridiques partiels. « Ce sont les exceptions :

1) L'ordre juridique global peut parfois élaborer des normes qu'il désire applicables aussi bien dans l'ordre juridique privé que dans l'ordre juridique administratif. L'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 a prévu son application aux personnes publiques. La compétence du juge administratif n'exclut pas pour autant l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques (CE, 3 nov. 1997, *Sté Million et Marais*).

2) Ensuite, le législateur national peut arbitrairement rattacher des rapports sociaux à un ordre juridique partiel autre que celui dont il devrait en principe relever. A propos de la répartition des dommages causés par les véhicules administratifs, la loi du 31 décembre 1957, transférant à l'ordre juridique privé le soin de connaître de rapports juridiques relevant en principe de l'ordre juridique administratif, n'avait pas manqué de préciser que les litiges devraient bien être jugés « conformément aux règles du droit civil ».

3) Il peut aussi arriver que le juge administratif ait à apprécier la légalité d'un acte réglementaire complétant une loi, mais destinée à être une source de l'ordre privé. Enfin, le juge

⁸⁰⁵ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.316

⁸⁰⁶ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.396

⁸⁰⁷ Plessix Benoît, *op. cit.*, pp.443-481

⁸⁰⁸ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.784

administratif, compétent pour connaître du contentieux d'un contrat administratif, est tenu de statuer sur la capacité du cocontractant privé »⁸⁰⁹.

Le Conseil d'Etat visa quelque fois l'article 2 du Code civil, relatif à la non-rétroactivité des lois, pour fonder le principe de non-rétroactivité des actes administratifs⁸¹⁰. Le juge administratif aime recourir à la formule du « principe dont le Code civil s'inspire » (comme la garantie décennale)⁸¹¹.

Le droit administratif est-il bien un droit fondamentalement autonome dans ses rapports avec le droit civil. « Cette autonomie résulte historiquement de la conjonction de deux facteurs : d'une part, l'inapplicabilité de principe du Code civil à l'endroit des rapports relevant de la compétence du juge administratif et, d'autre part, le caractère lacunaire de la législation administrative »⁸¹².

Le Code civil se déclarait lui-même applicable aux collectivités publiques (ancien art.2227 : « l'Etat, les établissements publics et les communes sont soumis aux mêmes prescriptions que les particuliers et peuvent légalement les opposer »).

L'application du Code civil par le juge administratif résulte d'une réception volontaire motivée par une appréciation préalable de l'absence d'incompatibilité avec les exigences du service public. Parfois, « le juge administratif entend préserver son autonomie par rapport au droit privé, et notamment par rapport aux interprétations du juge judiciaire, en faisant application des principes qui fondent ou qui inspirent le droit civil. Dans les autres cas, il est directement fait application des dispositions du Code civil ou du Code de procédure civile »⁸¹³.

Les évolutions contemporaines sont 1) la diminution du nombre des organismes économiques sous influence du droit public (privatisation, influence européenne), la soumission de principe des activités économiques au droit commun (l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui dispose que « les règles définies par la présente ordonnance s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques »). « Sous l'influence du droit communautaire, c'est en effet la première fois qu'est aussi clairement affirmée en France la nécessité de soumettre à un droit commun unique la totalité des opérateurs économiques sans tenir en compte de leur statut. Les logiques fonctionnelles tendent à remplacer progressivement les logiques organiques »⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ Plessix Benoît, *op. cit.*, pp.799-801

⁸¹⁰ Plessix Benoît, *op. cit.*, pp.807-808

⁸¹¹ Plessix Benoît, *op. cit.*, p.808

⁸¹² Plessix Benoît, *op. cit.*, p.819

⁸¹³ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, p.33

⁸¹⁴ Hubrecht Hubert-Gérard, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 1997, pp.68-75

Dans la période actuelle « le droit public est désormais victime du discrédit de l'Etat providence »⁸¹⁵. « Les techniques du droit civil sont utilisées pour la constitution du cadre juridique du droit économique, par des pouvoirs privés ou publics »⁸¹⁶. Le marché n'est pas le domaine d'action naturel de l'Etat et lorsqu'il s'y aventure « il doit se soumettre au droit usuel des acteurs économiques privés »⁸¹⁷. « L'Etat réalise sa mission d'interventionnisme économique par l'entremise d'entreprises de droit privé »⁸¹⁸.

Le processus de la contractualisation de la société a pour résultat que les contrats ont devenus le moyen de gestion pour le pouvoir public. « C'est évidemment la déréglementation qui réalise le développement de la contractualisation à l'époque contemporaine. Le contrat accompagne le développement colossal du marché. Les relations contractuelles sont « libéralisées »⁸¹⁹.

Donc, « le droit public économique devient plus souple et emprunte dès fois les procédés du droit privé »⁸²⁰. Les solutions juridiques doivent s'adapter à l'action publique économique. Cette souplesse se traduit dans la diversité des solutions et dans leur mobilité. Aujourd'hui le droit applicable n'est pas exclusivement le droit public, il y a des actes nouveaux (directives), le pouvoir discrétionnaire. L'administration peut d'accorder des dérogations. « La privatisation du droit menace l'originalité du droit public économique. Même des interventions autres qu'industrielles et commerciales sont marquées par la « privatisation » du droit applicable. Ainsi l'originalité du droit public en matière économique tiendrait à ce qu'il laisse la place au droit privé – c'est-à-dire qu'il n'est pas du droit public »⁸²¹. Concernant la Russie, on observe des processus similaires.

Conclusion du Titre 1

Le droit public économique se renouvelle manifestement. Il est perçu comme intégré à de plus larges ensembles juridiques. Longtemps le droit administratif français et le droit public économique comme sa sous-branche, ont été autonomes, avec la « primauté » du droit administratif. Même les normes constitutionnelles étaient subordonnées à celles administratives selon l'interprétation du Conseil d'État. Mais maintenant la constitutionnalisation est évidente:

⁸¹⁵ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.67

⁸¹⁶ Farjat Gérard, *Droit économique*, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, p.48

⁸¹⁷ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.19

⁸¹⁸ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.33

⁸¹⁹ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.52

⁸²⁰ Delvolvé Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p.51

⁸²¹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.60

c'est le pouvoir public qui est l'élément principal dans la définition du droit administratif, et non pas les services publics.

L'aspect constitutionnel est de plus en plus présenté dans la vie administrative. Le droit administratif comparé « oblige » à observer plus attentivement les droits « voisins ». Certains trouvent que seul le droit administratif européen (ou le droit public européen) est capable de mettre fin au chaos dans le système des normes du droit administratif national, en résolvant les problèmes de la hiérarchie de la constitution nationale et du droit des Communautés. Plusieurs principes, tels que la subsidiarité, la confiance légitime, la typologie des contrats publics avec le partenariat public-privé, sont très utiles pour un bon travail de l'administration française.

Titre 2. L'influence européenne sur la conception contemporaine du droit public économique

Dans le présent Titre on va se concentrer sur les résultats concrets de l'influence européenne sur la conception contemporaine du droit public économique. Nous montrerons l'influence des facteurs européens sur les principes du droit public économique (Chapitre 1), ainsi que sur les catégories et concepts (Chapitre 2).

Nous avons décidé de traiter plus en détail les questions sur l'influence du droit communautaire sur le droit public économique classique. Premièrement, la France et la Russie sont les Etats en Europe, dont la politique européenne influence beaucoup la législation. L'influence sur la France s'effectue par l'Union Européenne, et sur la Russie par le Conseil de l'Europe (y compris des programmes TACIS) et la CEDH. Deuxièmement, l'étude de l'influence européenne permet de comprendre les positions des autres pays et des organisations internationales, puisque l'influence anglo-saxonne est particulièrement forte dans l'Union européenne. C'est pourquoi l'influence européenne est la plus complexe.

On ne traite pas « l'influence incertaine des principes généraux du droit international »⁸²², malgré qu'en droit international il y a la notion « les principes généraux reconnus par les nations civilisées ». « Si l'on se réfère à la jurisprudence de la Cour internationale de justice, les principes généraux du droit contemporain se rattachent principalement au droit international humanitaire ; ils préexistent à toute codification, sont indépendants des instruments conventionnels qui les expriment et des ratifications de ces instruments par les Etats ; ils disposent d'une densité normative spécifique et reflètent une conception objectivée du volontarisme étatique. D'autres principes généraux concernent spécifiquement le droit international de l'environnement. Les principes généraux du droit international sont, à la différence des principes généraux du droit interne, liés au droit coutumier international, et leur autonomie est parfois contestée en doctrine »⁸²³.

Chapitre 1. L'influence européenne sur les principes du droit public économique

L'influence du droit européen sur les principes nationaux dépend du fait, dans quelle mesure ces principes nationaux correspondent à la politique européenne générale. Il y a des principes classiques, auxquels le droit européen n'ajoute rien (par exemple, le droit de propriété). Les actes européens reconnaissent ce droit en plein accord avec les actes nationaux. La Convention européenne des droits de l'Homme de 1950 (protocole additionnel n°1, article 1) :

⁸²² Moderne Franck, *Actualité des principes généraux du droit* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000, p.70

⁸²³ Moderne Franck, *loc. cit.*, pp.71-72

« Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». La Cour européenne des droits de l'homme considère qu' « en reconnaissant à chacun le droit au respect de ses biens, l'article 1^{er} garantit en substance le droit de propriété » (CEDH, 13 juin 1979, *Marckx*).

Dans d'autres cas le droit européen développe, complète et même modifie les principes classiques, ainsi que crée ses propres, que le droit national importe. Ce processus ne se passe pas couramment. Parfois le droit français « résiste » à la pénétration des éléments européens au système national. Dans la doctrine française cette influence est estimée comme « l'influence mesurée des principes généraux du droit communautaire »⁸²⁴. Les estimations de l'influence hésitent entre modestes et négatives : « Le droit européen influe sur le droit administratif, mais change pas tout »⁸²⁵, « le droit communautaire... déstabilise certains principes fondateurs de notre système d'action économique publique »⁸²⁶.

Il ne faut pas aussi oublier « l'inspiration » du droit européen par les principes nationaux : la CJCE a elle aussi « découvert » des principes généraux du droit⁸²⁷.

Section 1. L'influence européenne sur les principes existants

§1. Les principes du droit européen

La Cour de justice des Communautés européennes a considérablement « enrichi l'acquis communautaire par le biais de l'introduction de principes généraux du droit, qui vont bien au-delà des normes positives concrètes. La Cour rappelle ainsi aux Etats membres quels sont leurs devoirs »⁸²⁸.

« Le droit européen a favorisé une éclosion de principes – propres à coiffer les ordres nationaux et à démanteler nombre de systèmes, pour la plus grande joie des amateurs d'incertitudes juridiques, contraires, de par leur essence même, à la sécurité juridique et à la prévisibilité du droit : en droit européen des droits de l'homme, en droit communautaire. Exemples : principes de bonne administration, de confiance mutuelle, de coopération loyale, de l'effectivité, de l'effet immédiat et de la non-rétroactivité de la règle juridique, de précaution, de proportionnalité, de subsidiarité, de sécurité de la règle juridique »⁸²⁹.

⁸²⁴ Moderne Franck, *loc. cit.*, p.73

⁸²⁵ Delvolvé Pierre, *Introduction in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.661

⁸²⁶ Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2^{ème} édition, 2008, p.147

⁸²⁷ Voir : Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2002, p.139

⁸²⁸ Schmidt-Assmann Eberhard, *Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3)*, RFDA, 2008, n°4, p.669

⁸²⁹ Terré François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} édition, 2006, pp.269-270

Ces principes, ont-ils un caractère générale? Avant tout, pour la Cour européenne (CJCE) il n'est pas nécessaire que le principe soit commun à l'ensemble des Etats membres. « Sa seule consécration dans l'ordre juridique de l'un d'entre eux peut suffire. De même, il importe peu que le principe soit inscrit dans les textes constitutionnels des Etats membres ou à des rangs inférieurs. Si le juge communautaire s'inspire des principes inscrits dans les différents ordres juridiques nationaux ou internationaux, il ne s'agit aucunement d'une transposition synonymique dans l'Union européenne. La juridiction leur donne une définition communautaire »⁸³⁰.

L'influence de ces principes, est-elle irrésistible ? Alors que « le droit administratif français formait un modèle assez hermétique aux importations du droit étranger, celui-ci se caractérise aujourd'hui par une perméabilité certaine à des normes et des principes extérieurs »⁸³¹. Mais ces transformations n'ont eu qu'un impact limité.

§2. Les principes du droit public économique sous l'influence européenne

A. Le principe de libre concurrence

La transformation de la liberté d'entreprendre en libre concurrence

Souvent les auteurs mettent en relief dans la liberté d'entreprendre un élément, comme la liberté de concurrence. En principe, la concurrence classique peut être assurée par la neutralité économique de l'État. Dans les conditions de l'interventionnisme français ce principe change. Mais « c'est le droit européen qui lui rend le sens initial. Si certaines restrictions et en particulier les monopoles qui s'analysent comme de véritables interdictions d'accès à l'encontre des personnes privées sont remis en cause dès années 80 c'est du fait du droit européen et non du droit interne français »⁸³². Ainsi, le principe de libre concurrence se trouve sous une forte influence du droit européen.

En même temps, il est nécessaire de mentionner un autre point de vue. S.Nicinski trouve, que « la portée du principe de libre concurrence n'a rien à voir avec celle des libertés économiques « classiques ». La liberté du commerce et de l'industrie et la liberté d'entreprendre sont conçues comme des libertés publiques de première génération, c'est-à-dire des principes juridiques définissant une sphère d'autonomie du sujet de droit qui doit être protégée contre toute incursion ou entrave extérieure. Le principe de la libre concurrence est né plus de deux siècles plus tard, à une époque de contestation de l'interventionnisme, mais après une remise en cause radicale du libéralisme »⁸³³.

⁸³⁰ Bouveresse Aude, *op. cit.*, pp.259-260

⁸³¹ Ferrari Brigitte, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, *AJDA*, 2006, 22 mai, p.1021

⁸³² Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.90

⁸³³ Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, p.42

Cet auteur choisit de ne pas faire de la libre concurrence une composante de la liberté du commerce et de l'industrie. « Cette dernière n'aurait pas une vocation matricielle en droit public économique à réunir en son sein l'ensemble des libertés économiques, même s'il arrive que le Conseil d'Etat adosse les deux types de liberté sans explicitement les distinguer. La liberté du commerce et de l'industrie permet à un opérateur de s'opposer (dans certaines limites) à toute forme d'interdiction ou de restriction d'une activité économique qui serait le fait des autorités publiques, alors que la libre concurrence s'oppose à ce que ces mêmes autorités génèrent, favorisent ou amplifient des pratiques anticoncurrentielles, voire à ce que ces autorités méconnaissent leur rôle de prévention ou de sanction des atteintes à la concurrence. La libre concurrence et la liberté du commerce et de l'industrie sont complémentaires, mais elles peuvent aussi s'opposer, lorsque la libre concurrence vise la protection du marché dans son ensemble, alors que la liberté du commerce tend à préserver les droits individuels de certains opérateurs »⁸³⁴.

La libre concurrence en droit européen

La volonté de sauvegarder les conditions de la concurrence est en effet une priorité qui inspire très largement le droit communautaire. « Ce droit vise en effet, au-delà du critère organique public ou privé, à promouvoir l'égalité formelle des chances entre les différents opérateurs économiques »⁸³⁵. Cela se traduit en premier lieu dans une réglementation très stricte des ententes (l'art.81 du Traité de Rome) et des abus de positions dominantes (l'art.82), et en second lieu le régime des concentrations d'entreprises. En vertu de l'article 81.1, « sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'association d'entreprises et toutes pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun ».

Toutes les aides publiques qui affectent les échanges entre Etats en faussant la concurrence sont considérées comme incompatibles avec le marché commun.

Ce qui est perturbant pour les mécanismes français traditionnels, c'est que « cette réglementation vise les comportements propres de l'entreprise mais aussi les interventions de l'Etat lorsqu'elles ont pour effet de permettre à une entreprise déterminée de fausser le jeu de la concurrence »⁸³⁶.

La concurrence est définie par la CJCE de la manière suivante : « la fonction de la concurrence en matière de prix est de maintenir les prix au niveau le plus bas possible et de favoriser la circulation des produits entre les Etats membres en vue de permettre ainsi une

⁸³⁴ Nicinski Sophie, *op. cit.*, pp.42-43

⁸³⁵ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.149

⁸³⁶ Hubrecht Hubert-Gérard, *op. cit.*, p.149

répartition optimale des activités en fonction de la productivité et de la capacité d'adaptation des entreprises » (CJCE, 14 juil. 1972, *Imperial Chemical Industries*).

Le facteur d'émergence d'une libre concurrence est la théorie de l'opposabilité du droit de la concurrence aux décisions administratives.

« Le principal obstacle à l'application du droit de la concurrence aux décisions de l'autorité publique résidait dans le fait que ce droit s'applique à des entreprises poursuivant une activité économique (droit communautaire) et plus précisément aux activités de production, de distribution et de service (l'art. 410-1 du Code de commerce). L'autorité publique était considérée comme extérieure au marché (en tant qu'autorité de réglementation) ou en situation de demandeur de biens et de service. De ce fait, elle était réputée ne pouvoir (ou n'ayant pas intérêt à) fausser le jeu concurrentiel »⁸³⁷.

Dans l'application du droit communautaire de la concurrence, la CJCE distingue les activités économiques des entreprises des décisions prises par les autorités publiques dans l'exercice de prérogatives de puissance publique, auxquelles le droit de la concurrence n'est pas applicable. Cependant, il demeure interdit aux Etats membres de prendre des mesures qui conduiraient nécessairement à ce qu'il soit porté atteinte aux règles de la concurrence. Comme l'expriment S.Destour et G.Clamour, « l'effet utile des règles de concurrence consacre ainsi un principe d'opposabilité permettant une application par ricochet du droit de la concurrence aux actes administratifs »⁸³⁸.

Ainsi, la particularité du principe de libre concurrence est son application non seulement à l'activité des agents économiques, mais aussi aux décisions de l'État dans la sphère de l'économie. Il y a extension du champ d'opposabilité du droit de la concurrence. A notre avis, les origines d'une telle approche se trouvent dans la jurisprudence internationale, qui a affirmé l'immunité fonctionnelle de l'État (Cour de cassation de l'Italie, *Tesini et Malvezzi c/ URSS*, 1925⁸³⁹).

Le principe de non-concurrence en France. L'apparition du principe de libre concurrence en droit français

La jurisprudence selon laquelle « les activités commerciales sont, en principe, réservées à l'initiative privée » (CE, Sect., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*), en tant qu'elle pose « un principe de non-concurrence entre les personnes publiques et les personnes privées et qu'elle n'admet l'intervention commerciale des personnes publiques

⁸³⁷ Nicinski Sophie, *op. cit.*, p.36

⁸³⁸ Nicinski Sophie, *op. cit.*, pp.36-37

⁸³⁹ Ануфриева Л.П. Иммуниет государства в частноправовых отношениях / в кн.: Иммуниет государства и защита культурных ценностей. М.: Издательский дом «Парад», 2009. С.10

qu'en cas de défaillance de l'initiative privée, est désormais souvent approuvée en doctrine, dès lors qu'elle est regardée comme une norme avancée de défense de la libre concurrence »⁸⁴⁰.

Dans l'avis juridictionnel du 8 novembre 2000 dans l'affaire *Sté Jean-Louis Bernard Consultants*, le Conseil d'Etat affirme qu'« aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ». Selon J.-Y. Chérot cette formule « doit être interprétée en ce sens que lorsqu'une personne publique est compétente pour intervenir, aucun texte ni aucun principe ne fait obstacle à ce qu'elle puisse entrer sur un marché »⁸⁴¹.

La Commission centrale des marchés avait affirmé à plusieurs reprises que « le principe de non-concurrence faisait obstacle à la légalité de la participation d'une personne publique à un appel d'offres et le tribunal administratif de Besançon dans son arrêt *Monnot* du 22 juillet 1999 avait adopté la même solution »⁸⁴². « Le droit constitutionnel et le droit communautaire engagent le juge administratif vers cette évolution rendue nécessaire par les normes supérieures »⁸⁴³.

« Si nous sommes sans doute à un tournant de la jurisprudence sur l'initiative économique des personnes publiques, le développement de l'application du droit de la concurrence aux personnes publiques et son corollaire l'avènement du principe d'égale concurrence entre personnes publiques et personnes privées n'ont pas pour effet automatique de libérer l'initiative économique des personnes publiques »⁸⁴⁴.

« Cette veine jurisprudentielle était restée embryonnaire, sans que puisse se dégager et être appliquée une véritable jurisprudence régulatrice des conditions de la concurrence entre secteur public et secteur privé. Le principe d'égale concurrence n'avait été construit par le juge administratif que dans le cadre étroit de la jurisprudence relative à la passation des marchés publics »⁸⁴⁵.

Selon J.-Y. Chérot « il est impossible de remplacer le principe de non-concurrence par le principe d'égale concurrence compte tenu du principe de spécialité des établissements publics et de légalité des interventions publiques. L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution ne prévoit l'initiative économique publique qu'en cas de monopole de fait ou de service public national. On ne peut donc pas affirmer que la liberté constitutionnelle d'entreprendre bénéficie aux personnes publiques ni extrapoler, pour affirmer la liberté d'entreprendre des personnes publiques, à partir

⁸⁴⁰ Chérot Jean-Yves, *Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées* in *Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits*. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2004, p.87

⁸⁴¹ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.93

⁸⁴² Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, pp.88-89

⁸⁴³ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.90

⁸⁴⁴ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.90

⁸⁴⁵ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.91

des décisions du Conseil constitutionnel qui assurent une protection égale à la propriété des personnes privées et celle des personnes publiques »⁸⁴⁶.

Les instruments du droit de la concurrence à la disposition du juge administratif pour réguler la concurrence entre personnes publiques et personnes privées sont « moins performants lorsqu'il s'agit de remettre en cause non les comportements anticoncurrentiels des personnes publiques, mais des distorsions de concurrence qui tiennent au statut et aux particularités du régime des personnes publiques »⁸⁴⁷.

« La discipline des aides d'Etat peut également jouer un rôle important pour contrôler les effets du jeu des structures de concurrence inégales dans le cas d'avantages concurrentiels qui pourraient être considérés comme étant financés sur ressources d'Etat. Il est possible de refuser l'accès au marché à une entreprise qui, pouvant être obligée en vertu du droit communautaire à rembourser les aides illégalement obtenues, n'offre pas de ce fait des garanties financières suffisantes »⁸⁴⁸.

« Le Conseil d'Etat se borne à constater que, dès lors qu'en vertu du droit national une personne publique est compétente pour entrer sur un marché, le droit communautaire de la concurrence comme le principe d'égalité entre entreprises publiques et privées n'y font pas obstacle »⁸⁴⁹.

Vers un principe général de libre concurrence ?

Cependant, en France la concurrence pénètre les segments du marché, où il y avait traditionnellement une intervention de l'État. D'abord cela s'est formé par la jurisprudence, après la législation a suivi. Ainsi, en commentant la décision de la cour administrative d'appel de Marseille du 10 janvier 2006, *Antoine Claeys* fait cette conclusion. S'appuyant sur le traditionnel principe de non-concurrence, la cour administrative d'appel de Marseille déclare légale la commercialisation de prestations de services touristiques par des offices de tourisme. La cour n'anticipe cependant pas la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat en ne faisant pas figurer dans les motifs de sa décision le principe d'égale concurrence⁸⁵⁰.

Néanmoins, le principe de libre concurrence apparaît de plus en plus souvent dans la jurisprudence administrative (CE, 27 juillet 2001, *CAMIF*). Lorsqu'elle est elle-même candidate à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public, une personne publique ne doit pas fausser le libre jeu de la concurrence en tirant indûment profit des avantages dont elle

⁸⁴⁶ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, pp.93-96

⁸⁴⁷ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.97

⁸⁴⁸ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.98

⁸⁴⁹ Chérot Jean-Yves, *loc. cit.*, p.101

⁸⁵⁰ AJDA, 2006, N°31, p.1723

dispose en tant qu'autorité publique (CE, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*).

Une personne publique ne peut prendre en charge une activité économique « que dans le respect tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence » (CE, 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*). Au-delà des contrats, le principe de libre concurrence s'impose à tous les actes administratifs, y compris aux mesures de police, qui doivent « prendre en compte la liberté du commerce et de l'industrie et les règles de concurrence » (CE, 22 novembre 2000, *Société L et P Publicité*).

« Le principe de libre concurrence engendre la concurrence des jurisprudences du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel. Il y a des risques de contradiction entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel dans l'appréciation de la valeur juridique d'un principe général du droit »⁸⁵¹.

Le Conseil constitutionnel affirme que « le principe de liberté d'accès à la commande publique découle de la Déclaration de 1789 (CC, 26 juin 2003, n° 2003-473 DC, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*). Le terme de principe général n'est pas employé par le juge constitutionnel mais son raisonnement peut conduire le lecteur de la décision à estimer qu'il a entendu dégager le principe en question. Dans un avis du 16 mai 2002 le Conseil d'État adopte la même démarche »⁸⁵².

L'existence d'un principe général pourrait expliquer également « le rapprochement des procédures de passation des marchés et des délégations de service public. La Cour de justice des Communautés européennes a posé l'existence d'une véritable obligation de transparence dans son arrêt *Telaustria* du 7 décembre 2000 »⁸⁵³.

« Le droit de la concurrence est tout d'abord appliqué aux décisions prises par les opérateurs publics définissant leur propre comportement sur un marché concurrentiel (décisions tarifaires, CE, 29 juil. 2002, *CEGEDIM*). Ensuite, toutes les activités de police économique au sens large, qu'ont *a priori* un impact sur l'accès au marché concurrentiel en ce que les personnes publiques sont compétentes pour autoriser certaines activités ou délivrer des agréments (CE, 5 mars 2003, *Soc. Immaldi*). L'organisation d'un service public, par voie unilatérale ou contractuelle, peut également influencer le comportement concurrentiel des opérateurs (CE, 17 déc. 1997, *Ordre des avocats à la Cour de Paris*) »⁸⁵⁴.

Plus en avant dans la sphère régalienne, on trouve « toute l'activité de gestion du domaine public, support d'activités économiques (CE, 26 mars 1999, *Soc. EDA*). Enfin, bien que

⁸⁵¹ Linotte Didier, Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ?, *AJDA*, 2005, 1 août, p.1549

⁸⁵² Linotte Didier, *loc. cit.*, pp.1549-1550

⁸⁵³ Linotte Didier, *loc. cit.*, p.1550

⁸⁵⁴ Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, pp.38-39

n'ayant a priori aucun objet concurrentiel ou interventionniste, ont néanmoins été soumises au droit de la concurrence les décisions de police, les mesures fiscales ou budgétaires, ou les actes portant création d'une autorité administrative.

En appliquant le droit de la concurrence aux actes de police, de gestion du domaine public, aux mesures fiscales ou financières, le juge administratif s'est directement attaché aux effets potentiels de ces mesures, sans leur réserver un traitement particulier eu égard à leur objet d'intérêt général. Il est ainsi confirmé que le juge administratif va désormais plus loin que le juge communautaire, car il a dépassé la prise en considération de l'objet de l'acte »⁸⁵⁵.

« Règle de concurrence » devient une source de nouveaux contrôles sur les interventions économiques publiques⁸⁵⁶. « La concurrence devient une règle commune, un principe général du droit. Il resterait au juge administratif à préciser l'exacte articulation entre le principe de non-concurrence et celui d'égale concurrence. Un commencement de réponse peut être trouvé dans l'arrêt du 29 septembre 2003, *Fédération nationale des géomètres experts* »⁸⁵⁷.

L'influence du principe de libre concurrence sur les principes classiques

Les principes généraux du droit actuellement en vigueur - la liberté d'entreprendre et l'égalité - sont très probablement suffisants pour permettre aux acteurs de la vie économique d'opérer dans des conditions convenables de compétition. La liberté du commerce et de l'industrie est affirmée, par le Conseil d'Etat comme un principe général du droit sans nul besoin de référence à la loi des 2-17 mars 1791. Ce principe, qui interdit à l'administration de limiter les activités industrielles et commerciales des personnes privées par des mesures de police, a pour corollaire l'interdiction pour les personnes publiques de se livrer à des activités de nature à fausser le libre jeu de la concurrence, selon l'arrêt du 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*. C'est dans cette continuité que le Conseil d'Etat estime dans un avis de section du 22 novembre 2000, *Sté L et P Publicité* que l'activité de police doit prendre en compte le principe de la liberté du commerce et de l'industrie et les « règles de la concurrence »⁸⁵⁸.

La décision fondatrice de l'application du principe d'égalité est l'arrêt de section du Conseil d'Etat du 9 mars 1951, *Société des concerts du Conservatoire*. « Il est vrai que ce principe n'interdit pas à l'administration un traitement différencié. Muni du principe d'égalité

⁸⁵⁵ Nicinski Sophie, *op. cit.*, pp.40-41

⁸⁵⁶ Voir : Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, p.129

⁸⁵⁷ Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p.46

⁸⁵⁸ Linotte Didier, *loc. cit.*, p.1551

combiné avec des normes écrites, le juge administratif n'a nul besoin de recourir à un éventuel principe général de la concurrence »⁸⁵⁹.

La concurrence, que « les Anglo-Saxons appellent *competition*, et plus particulièrement la concurrence claire et loyale (*fair competition*) repose sur deux postulats : la liberté de concourir et l'égalité dans la compétition »⁸⁶⁰. Donc « le principe de concurrence n'est rien d'autre qu'un avatar de la combinaison des principes de liberté et d'égalité, tous deux reconnus et appliqués aux entreprises par le Conseil constitutionnel »⁸⁶¹.

Les principes ne gardent pas le contenu interchangeable, la jurisprudence les transforme. « Entre l'intérêt général requis pour toute entreprise publique et la liberté économique, il existe un équilibre nécessaire mais qu'on sent évoluer selon les nécessités du temps. La rédaction de l'arrêt *Communauté de communes Artois-Lys* invite à s'interroger sur l'évolution du contenu et des effets qu'il convient de donner à la liberté du commerce et de l'industrie au regard des progrès actuels du droit de la concurrence »⁸⁶².

B. Le principe d'égalité en droit communautaire

La logique communautaire « tend à transformer le principe d'égalité en instrument privilégié d'unification du marché économique. L'exigence de « réalisme » du droit communautaire, exigence au fondement essentiellement économique, paraît difficile à atteindre pour le droit plus social et idéologique qu'est le droit administratif français. En raisonnant au nom de l'exigence du marché, le droit communautaire banalise les entreprises et leurs statuts »⁸⁶³.

Il y a des difficultés en application du principe d'égalité, la pratique de la France et celle de l'Europe se distingue. « Le principe d'égalité est par définition délicat à mettre en œuvre. Dans l'affaire *Arcelor*, la Cour de justice a estimé que le fait pour la directive du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté européenne, de traiter de façon plus rigoureuse les industries sidérurgiques que les industries de l'aluminium et du plastique, n'était pas contraire à l'égalité de traitement en fonction d'un ensemble de considérations : large pouvoir d'appréciation du législateur communautaire ; possibilité pour lui de procéder par étapes compte tenu de la nouveauté et de la complexité du système des quotas (CJCE, 16 déc. 2008). En une autre circonstance, le Conseil d'Etat lors de l'examen d'un projet de loi complétant la transposition de plusieurs directives sur

⁸⁵⁹ Linotte Didier, *loc. cit.*, p.1552

⁸⁶⁰ Linotte Didier, *loc. cit.*, pp.1552-1553

⁸⁶¹ Linotte Didier, *loc. cit.*, p.1553

⁸⁶² Faure Bertrand, Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, *RFDA*, 2004, mars-avril, p.299

⁸⁶³ Tchakaloff Marie-France Christophe, Le principe d'égalité, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.168

l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes, s'est demandé pourquoi la directive 2004/113 du 13 décembre 2004 spécifiait qu'elle ne s'applique « ni au contenu des médias et de la publicité, ni à l'éducation » (CE, ass. gén., 6 déc. 2007). On ne voit pas *a priori*, au nom de quels critères objectifs et raisonnables il est procédé à ces exclusions »⁸⁶⁴.

« L'arrêt *Nicolo* a ouvert au juge administratif la possibilité d'assurer la suprématie du droit communautaire sur la loi. L'arrêt *Société Arcelor* a défini les modalités selon lesquelles le juge national et le juge communautaire peuvent, dans leurs sphères de compétences respectives, contrôler la conformité du droit dérivé aux droits fondamentaux »⁸⁶⁵.

S'agissant du contenu matériel des directives, comme d'ailleurs des règlements, le Conseil d'Etat souhaite que « ne soit pas perdu de vue l'intérêt public, appréhendé sous l'angle communautaire. Rare en effet sont les principes constitutionnels qui n'ont pas leur équivalent parmi les principes généraux de l'ordre juridique communautaire. Leur violation par une norme de droit dérivé est de surcroît hypothétique »⁸⁶⁶.

L'affaire *Sté Arcelor Atlantique et Lorraine* jugée par l'Assemblée du contentieux le 8 février 2007 a rappelé que « les champs d'application national et communautaire du principe d'égalité ne coïncident pas : le principe communautaire implique que des personnes se trouvant dans des situations différentes doivent normalement être traitées de manière différente. La décision *Société nationale des chemins de fer* du 18 juillet 2008 a donné l'occasion au Conseil d'Etat de faire application de ce volet de l'égalité inconnu du droit français, puisque le litige relevait du droit communautaire »⁸⁶⁷.

Le droit communautaire n'est pas applicable aux situations purement internes – principe « national » d'égalité⁸⁶⁸. On peut dire que c'est le cas, quand le droit européen ne peut pas « percer » le système national. Ainsi, en France le principe d'égalité s'interprète très largement, il y a beaucoup d'exceptions, y compris en raison de la différence des situations. « Pour la CJCE, le principe général de non-discrimination interdit, d'une part de traiter de manière différente des situations similaires, et d'autre part, de traiter de la même manière des situations différentes »⁸⁶⁹.

Pour évaluer l'influence du droit européen sur la conception française de l'égalité, « le parti a donc été pris de resserrer la focale, et d'envisager ce principe sous l'angle du droit subjectif auquel il a donné naissance dans la période contemporaine : le droit à ne pas être victime de discrimination »⁸⁷⁰.

⁸⁶⁴ Genevois Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat, *RFDA*, 2009, n°2, p.211

⁸⁶⁵ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.212

⁸⁶⁶ Genevois Bruno, *loc. cit.*, p.213

⁸⁶⁷ Cassia Paul, Droit administratif français et droit de l'Union européenne, *RFDA*, 2009, n°2, p.344

⁸⁶⁸ Voir : Cassia Paul, *loc. cit.*, p.344

⁸⁶⁹ Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2^{ème} édition, 2008, p.144

⁸⁷⁰ Calves Gwénaëlle, L'égalité. *Le cas du droit de la non-discrimination* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.485

Les traités fondateurs ne comportent pas de clause générale de non-discrimination. Mais « la question de l'égalité ou de la non-discrimination apparaît dans tous les domaines du droit communautaire »⁸⁷¹.

C. Le principe de sécurité juridique

Le principe de sécurité juridique en Europe

L'expression de «sécurité juridique» ne figure en elle-même ni dans le traité Communauté européenne ni dans le texte de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais en Europe le principe de sécurité juridique a été « ouvert » dans la jurisprudence en 1962 (CJCE, 6 avril 1962, *De Geus en Uitdenbogerd c. Bosch*). « Le principe de sécurité a été reconnu très tôt par la jurisprudence administrative allemande, puis par le législateur allemand. Il fut également reçu par la Cour européenne de justice dès son entrée en fonctions. Dans ces deux systèmes, le principe de sécurité s'applique principalement sous la forme du principe de la protection de la confiance légitime encore que le principe de non-rétroactivité soit également reconnu »⁸⁷².

La Cour de Luxembourg consacre le principe de sécurité juridique en tant que principe général du droit communautaire, applicable par conséquent aux actes de droit dérivé (CJCE, 16 mars 2006). La Cour protège le principe de sécurité juridique et veille au respect des droits acquis. Notons que « le principe de protection de la confiance légitime ne peut pas être invoqué par un bénéficiaire qui s'est rendu coupable d'une violation manifeste de la réglementation en vigueur (CJCE, 12 déc. 1985, *Sideradria c/ Commission*) »⁸⁷³.

La Cour de Strasbourg (CEDH) juge, dès l'arrêt *Marckx c/ Belgique* de 1979, le principe de sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention. Elle affirme plus tard que « l'annulation d'un arrêt définitif est contraire au principe de sécurité juridique (CEDH, 21 mai 2002, *Hodos c/ Turquie*) »⁸⁷⁴.

La sécurité juridique peut être définie par son objectif, notamment « de réduire les incertitudes dans la réalisation du droit, de garantir la généralité et la permanence de la règle et les prévisibilités de ses applications »⁸⁷⁵.

Il semble que la sphère de l'économie soit la plus instable objectivement, puisque les normes réagissent au changement de la situation économique (par exemple, la récente crise a

⁸⁷¹ Calves Gwénaëlle, *loc. cit.*, p.486

⁸⁷² Fromont Michel, *Introduction in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.887

⁸⁷³ Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30, p.1654

⁸⁷⁴ Chaltiel Florence, *loc. cit.*, p.1654

⁸⁷⁵ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime in Droit administratif européen*, sous la dir. de J.B.Auby et J.Dutheil de la Rochere, Bruylant, 2007, pp.475-476

provoqué un tournant vers le marxisme dans l'économie, la rhétorique marxiste apparaissait dans les bouches des chefs des pays les plus libéraux). D'où la valeur particulière de ce principe dans l'économie.

Sur le plan du droit européen, la sécurité juridique s'impose tant aux institutions communautaires qu'aux autorités nationales. « Il importe que chaque Etat membre donne aux directives une exécution qui corresponde pleinement aux exigences de clarté et de certitude des situations juridiques voulues par les directives » (CJCE, 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*). « Au nom de la sécurité juridique et de la fiabilité du droit, la Cour de justice contrôle les mesures de transposition. Elle sanctionne les Etats qui transposent les directives par de simples pratiques administratives ou par des dispositions trop générales »⁸⁷⁶.

« Associé à la règle de clarté et de prévisibilité de la règle juridique, le principe de sécurité juridique permet alors de protéger les destinataires de la réglementation communautaire notamment contre des changements imprévisibles. Toutefois, l'exigence de prévisibilité n'empêche pas toute liberté d'action des institutions communautaires. Lorsque que la Commission dispose d'une marge d'appréciation quant à l'attitude à adopter dans un domaine, le fait qu'elle utilise cette marge sans expliquer en détail et à l'avance les critères qu'elle envisage d'appliquer dans chaque situation concrète ne viole pas le principe de la sécurité juridique »⁸⁷⁷.

Les auteurs remarquent que ce principe « ne s'applique pas souvent seul. Le principe de sécurité juridique concilie avec d'autres principes ou règles spécifiques, comme la légalité, la non-rétroactivité, la nécessité de la clarté et de prévisibilité de la législation communautaire, le principe de la confiance légitime »⁸⁷⁸.

Le principe de sécurité juridique en droit français

« Formellement absent, progressivement présent. Ainsi peut-on formuler la place de sécurité juridique dans la tradition française »⁸⁷⁹.

Le principe de sécurité juridique « a pour effet de limiter tout à la fois le pouvoir des autorités publiques de modifier règles et décisions pour l'avenir et celui d'adopter des règles et des décisions présentant un caractère rétroactif »⁸⁸⁰. « La sécurité juridique raisonnable suppose, d'une part, la prévisibilité raisonnable de la loi, et d'autre part, le respect des attentes légitimes des parties »⁸⁸¹.

⁸⁷⁶ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, pp.477-478

⁸⁷⁷ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.481

⁸⁷⁸ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, pp.476-477

⁸⁷⁹ Chaltiel Florence, *La sécurité juridique* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.579

⁸⁸⁰ Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.181

⁸⁸¹ Duong Lémy, *La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.216

Le principe de sécurité juridique pose des problèmes tout à fait fondamentaux. En effet, « le droit a toujours été écartelé entre deux exigences contraires : la justice ou l'équité, d'une part, qui incite à modifier les règles et les situations juridiques pour améliorer constamment l'ordonnement juridique ou l'adapter à une société changeante et se traduit par le principe de mutabilité ; la sécurité juridique, d'autre part, qui requiert la stabilité et se traduit donc par le principe inverse, celui du respect de l'état existant »⁸⁸².

Le Conseil d'Etat reconnaît le principe de sécurité juridique (CE, 24 mars 2006, *KPMG*). Ce principe conduit la Cour de cassation (arrêt du 21 décembre 2006) comme le Conseil d'Etat (16 juillet 2007, *Société Topic Travaux Signalisation*) à décider que « des règles nouvelles de procédure définies par une évolution de jurisprudence ne sont applicables que pour l'avenir »⁸⁸³.

La sécurité juridique est ainsi définie par le Conseil d'Etat dans son rapport public 2006 : « Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles ».

La position du Conseil constitutionnel à propos de sécurité juridique

Le Conseil constitutionnel « a refusé de regarder la sécurité juridique comme un principe constitutionnel (décision du 7 novembre 1997), mais il affirme les principes de clarté, d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »⁸⁸⁴. La loi doit être claire, accessible et intelligible. « Ces exigences qui ont une valeur constitutionnelle (CC, 16 déc. 1999) se rapportent à la qualité de la rédaction de la loi. Une rédaction de mauvaise facture altère la compréhension de la loi et génère de l'insécurité juridique »⁸⁸⁵.

Donc, le Conseil constitutionnel réserve un accueil très froid au principe de « sécurité juridique » et à son avatar le principe de « confiance légitime ». Pourtant « ces principes auraient pu prétendre à la qualité de principes généraux du droit constitutionnel en raison de leurs potentialités et des réponses qu'ils étaient susceptibles d'apporter à quelques-unes des préoccupations de la société contemporaine »⁸⁸⁶.

Le principe de sécurité juridique en droit économique

⁸⁸² Fromont Michel, *loc. cit.*, p.178

⁸⁸³ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.15

⁸⁸⁴ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.18

⁸⁸⁵ Duong Lémy, *loc. cit.*, p.216

⁸⁸⁶ Moderne Franck, *Actualité des principes généraux du droit in Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000, p.61

En droit allemand, le principe de la sécurité juridique est un principe de droit privé⁸⁸⁷.

Le droit économique est devenu « le siège d'une tension entre l'impératif de sécurité juridique, dont les opérateurs économiques ont besoin, et l'impératif d'efficacité, qui est apparu à partir du moment où la présence de l'Etat dans l'économie est devenue beaucoup plus active. Cette tension apparaît notamment dans le droit de la concurrence »⁸⁸⁸.

Le thème de la sécurité juridique apparaît en effet comme central dans le cadre du mouvement de mondialisation de l'économie. « La mondialisation accroît la complexité et le désordre, conduit à un enchevêtrement de normes. Le besoin est alors ressenti d'une sécurité juridique mondiale. Celle-ci peut passer par la convergence des droits, leur harmonisation »⁸⁸⁹.

La sécurité juridique « apparaît comme un principe nécessaire au droit économique, dans la mesure où elle crée l'élément de confiance indispensable au bon fonctionnement de l'économie de marché »⁸⁹⁰. S'agissant de la sécurité juridique dans le champ du droit économique, « il est hors de doute que sa réalisation est d'abord dépendante du jeu du pouvoir économique »⁸⁹¹.

Si « la norme ou son interprétation évolue, c'est justement pour l'adapter au fait qu'elle régit, qui est lui-même évolutif. C'est bien là que la question de la sécurité juridique rejoint la problématique du droit économique. Le droit économique est-il synonyme d'insécurité juridique ? »⁸⁹²

La sécurité juridique : entre objectif et subjectif

Faire de la sécurité juridique « un principe structurant, un principe s'adressant avant tout au système, est purement théorique et ne signifie rien en soi. Il faut s'interroger sur la notion de sécurité juridique dans les relations concrètes entre sujets de droits, dans le cadre de la fonction du Droit et des droits subjectifs »⁸⁹³.

Dans la conception française, « le principe de sécurité juridique ou plus exactement les deux règles qui lui sont rattachées, la non-rétroactivité des actes administratifs et l'intangibilité des actes créateurs de droits, sont toutes deux des règles de droit objectif. En droit allemand, tant

⁸⁸⁷ Voir : Ullrich Hanns, *La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.76

⁸⁸⁸ Chevalier Jacques, *Synthèse. Droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ?* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.575

⁸⁸⁹ Racine Jean-Baptiste, Siriainen Fabrice, *Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.17

⁸⁹⁰ Chevalier Jacques, *loc. cit.*, p.572

⁸⁹¹ Farjat Gérard, *Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.67

⁸⁹² Racine Jean-Baptiste, Siriainen Fabrice, *loc. cit.*, p.15

⁸⁹³ Racine Jean-Baptiste, Siriainen Fabrice, *loc. cit.*, p.21

le principe de non-rétroactivité que le principe du respect de la confiance légitime ont une double nature, objective et subjective. L'idée que le droit public est au service de la personne humaine conduit nécessairement à l'idée que chaque individu possède des droits subjectifs contre les autorités publiques comme il en possède contre les autres personnes privées »⁸⁹⁴.

Sous l'influence du droit allemand, la CJCE a adopté « la conception selon laquelle un grand nombre de règles de droit public sont à la fois source du droit objectif et source de droits subjectifs. Ainsi pour la Cour, le principe de sécurité juridique *stricto sensu* exige que les actes des autorités soient conformes à une règle objective, celle de la sécurité, c'est-à-dire principalement de la stabilité des règles et des situations juridiques. Le principe de la confiance légitime a pour objet de protéger la confiance que les destinataires de règles ou de décisions de l'Etat sont normalement en droit d'avoir dans la stabilité, du moins pour un certain temps, des situations établies sur la base de ces règles ou de ces décisions. Alors que le premier principe peut être logiquement appliqué de façon abstraite, c'est-à-dire sans prise en considération de la situation concrète des intéressés, le second principe ne peut l'être qu'en tenant compte de la situation concrète des intéressés et notamment de leur propre attitude (bonne foi, engagement pris, voire investissements) »⁸⁹⁵.

La sécurité juridique devient « l'instrument dont se dote le droit pour corriger au profit des sujets individuels les effets mécaniques et inéquitables des caractères formels de la règle de droit. En matière économique où l'action publique est par nature incertaine, aléatoire, discrétionnaire, la sécurité juridique contribue à garantir aux intéressés un système d'information préalable et un système de contrôle objectif et accessible »⁸⁹⁶.

Selon Michel Fromont, « le futur droit administratif commun sera fondé sur une conception systématique du droit dans laquelle le droit public acceptera l'idée que de nombreuses règles juridiques sont sources de droits subjectifs pour les personnes privées, car c'est le seul moyen technique de replacer l'individu au centre du droit public. Appliqué au principe de sécurité juridique, cela signifie que ce principe sera source de droits subjectifs tels que le droit au respect de la confiance légitime »⁸⁹⁷.

« En droit communautaire, le double principe de sécurité juridique et de protection de la confiance exige que la règle n'impose pas aux individus un changement trop brutal. Pour cette raison, elle doit au moins comporter des mesures transitoires au profit des destinataires pouvant exciper d'une expectative légitime (*CNTA c/ Commission*, n°74/74) ; la sanction est soit une indemnité, soit l'inapplicabilité de la règle contestée au requérant.

⁸⁹⁴ Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.179

⁸⁹⁵ Fromont Michel, *loc. cit.*, pp.179-180

⁸⁹⁶ Azoulai Loïc, *La valeur normative de la sécurité juridique* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Sirinainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.41

⁸⁹⁷ Fromont Michel, *loc. cit.*, p.180

A cet égard, le contraste est grand avec le droit français, pour lequel le principe de mutabilité des règlements administratifs (laissons de côté les lois, qui ont gardé en France leur caractère d'actes incontestables) s'oppose à toute prise en considération des exigences de la sécurité juridique »⁸⁹⁸.

En revanche, dans les deux systèmes juridiques – français et communautaire – « le principe de sécurité juridique impose à l'autorité administrative l'obligation de ne pas modifier pour le passé une situation donnée (exigence de non-rétroactivité) »⁸⁹⁹.

D. Le principe de confiance légitime

La confiance légitime : en Europe et en France

S'agissant du principe de confiance légitime, familier du droit allemand, « il doit être considéré aujourd'hui comme un principe général du droit européen (CJCE, 16 mai 1979) »⁹⁰⁰. « Le système complexe de conséquences juridiques de la protection de la confiance est basé sur l'idée que la solution choisie devrait ménager tous les intérêts en présence »⁹⁰¹.

A partir du droit allemand et du droit européen, certains ont pensé que « le principe de confiance légitime » pourrait ou devrait être érigé en principe général du droit (TA Strasbourg, 8 déc. 1994, *Freymuth c/ ministre de l'Environnement*). Le Conseil d'Etat n'examine cependant un moyen tiré de la méconnaissance du principe de confiance légitime que pour les situations régies par le droit communautaire (CE, 9 mai 2001, *Société mosellane de tractions*) : « considérant que ce principe qui fait partie des principes généraux du droit communautaire ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire »⁹⁰². Le Conseil constitutionnel a considéré qu'aucune norme constitutionnelle ne garantit... un principe dit « de confiance légitime » (CC, 96-385, DC, 30 déc. 1996).

Dans la doctrine la décision du tribunal administratif de Strasbourg est qualifiée ironiquement, comme adoptée en raison d'un effet de « proximité » des institutions européennes⁹⁰³, la possibilité de la diffusion de ce principe sur le droit français est examinée avec scepticisme. « Le principe de la confiance légitime est étranger à la logique classique du droit français »⁹⁰⁴. En même temps, d'autres auteurs considèrent que « dans l'avenir le Conseil

⁸⁹⁸ Fromont Michel, *loc. cit.*, p.181

⁸⁹⁹ Fromont Michel, *loc. cit.*, p.181

⁹⁰⁰ Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30, p.1654

⁹⁰¹ Prevedourou Eugénie, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Athènes, Law and Economy, 1998, p.109

⁹⁰² Lombard Martine, Dumont Gilles, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 5^{ème} édition, 2003, pp.33-34

⁹⁰³ Voir : Linotte Didier, Romi Raphaël, *Droit public économique*, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^{ème} édition, 2006, p.73

⁹⁰⁴ Melleray Fabrice, L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français, *AJDA*, 2004, n°23, p.1225

d'État et le Conseil constitutionnel reconnaîtront ce principe »⁹⁰⁵. Notamment la décision du tribunal administratif de Strasbourg devra changer le droit français. « C'est en se fondant sur le principe de la confiance légitime que l'Etat a été déclaré responsable pour le préjudice subi par l'entreprise du fait de l'absence de mesures transitoires ou d'accompagnement lors de l'entrée en vigueur d'un décret interdisant du jour au lendemain toute importation de déchets en provenance de l'étranger »⁹⁰⁶.

Le « voisinage » du principe de confiance légitime

Le plus souvent le principe de la confiance légitime est examiné avec le principe de sécurité juridique ou le principe de non-rétroactivité. En fait, ce sont les limites délicates de leur coopération.

Est assez bien connu le point de vue que dans le droit français le principe de sécurité juridique est suffisant. En effet, « le principe de confiance légitime apparaît comme un principe dérivé, un développement particulier de celui de sécurité juridique, il n'est qu'une composante particulière du principe de sécurité juridique »⁹⁰⁷.

La logique des partisans des principes traditionnels du droit français est suivante. La conception du respect de la confiance légitime permet d'englober le principe de non-rétroactivité dans celui du respect de la confiance légitime. Mais le principe de non-rétroactivité s'imposant déjà en lui-même, il n'est pas nécessaire d'invoquer celui de la confiance légitime pour le reconnaître en droit public français.

« L'introduction du principe du respect de la confiance légitime n'aurait d'utilité que dans les hypothèses où l'état du droit actuel ne donnerait pas aux administrés, et particulièrement aux opérateurs économiques, une sécurité suffisante. Il pourrait en aller ainsi notamment en cas de modification d'un dispositif juridique contrairement à celui qui a été fixé pour une certaine durée ou sans aménager des mesures transitoires »⁹⁰⁸.

« L'adoption de nouvelles mesures sans transition peut intervenir dans des conditions diverses. Tantôt il n'existait aucun texte régissant une activité : celle-ci vient à être réglementée pour la première fois. Tantôt il existait déjà une réglementation, dont la durée n'avait pas été précisée : elle paraissait permanente ; elle vient à être modifiée, voire abrogée. L'absence de transition résulte de la brusque, voire brutale, introduction d'un dispositif nouveau, d'application immédiate, en l'absence soit d'annonce, suffisamment à l'avance, des mesures à venir, soit des

⁹⁰⁵ Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30, p.1654

⁹⁰⁶ Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, p.181

⁹⁰⁷ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime* in *Droit administratif européen*, sous la dir. de J.B.Auby et J.Dutheil de la Rochere, Bruylant, 2007, pp.474, 484

⁹⁰⁸ Delvolvé Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, p.208

dispositions transitoires dans les mesures nouvelles : dans les deux cas, les intéressés n'ont pas le temps de « se retourner »⁹⁰⁹.

Cependant le problème est en ce que le principe de sécurité juridique est quand même une catégorie du droit européen, « en France le principe de non-rétroactivité est utilisé, tandis que le principe de confiance légitime se distingue de la non-rétroactivité car il n'a d'utilité que dans des cas où l'acte auquel on s'oppose n'est pas contraire au principe de non-rétroactivité »⁹¹⁰.

Ainsi, il est nécessaire de distinguer ces principes qui sont similaires, mais en même temps différents. « Le principe de sécurité juridique et de confiance juridique sont appelés à résister à l'inflation juridique et à la modification fréquente des normes, donc à l'instabilité du droit »⁹¹¹. La différence entre eux est la suivante. « Le principe de confiance légitime se singularise par un contenu substantiel que l'on s'accorde généralement à qualifier de plus « subjectif » que celui de la sécurité juridique, qui aurait un contenu plus « objectif ». Fondamentalement, le principe implique que les particuliers soient protégés contre une modification sans préavis de la législation, alors que le principe de sécurité juridique ne joue pas nécessairement en faveur des particuliers »⁹¹².

« Le principe de confiance légitime exige que les changements de règle du jeu ne soient pas trop brutaux. En sens inverse, l'intérêt qu'il y a à ne pas laisser de marge de manœuvre aux autorités nationales dans la récupération des aides qu'elles ont illégalement accordées fait que la Cour de justice admet très difficilement que la confiance légitime de l'entreprise bénéficiaire d'une aide de ce type puisse servir d'argument pour ne pas récupérer. Elle ne l'admet que dans des circonstances exceptionnelles ayant pu fonder la confiance de l'entreprise dans le caractère régulier de l'aide »⁹¹³.

« Il ne suffit pas qu'une confiance ait été créée, il faut aussi qu'elle ait été légitime. La confiance légitime ne peut pas être invoquée par un administré qui violait la réglementation, mais pas davantage par l'entreprise qui exploitait les lacunes de la réglementation pour se livrer à des activités spéculatives. Dans le même esprit, un opérateur qui a interrompu librement son activité pendant un certain temps, ne peut pas prétendre, au nom de la confiance légitime, pouvoir la reprendre dans des conditions juridiques inchangées »⁹¹⁴.

A propos de l'expérience russe

⁹⁰⁹ Delvolvé Pierre, *op. cit.*, p.210

⁹¹⁰ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.485

⁹¹¹ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.474

⁹¹² Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.486

⁹¹³ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.488

⁹¹⁴ Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *loc. cit.*, p.489

Par rapport au principe de confiance légitime il est nécessaire de mentionner l'expérience russe. En Russie à cause de la crainte de changements défavorables concernant non seulement des mesures administratives, mais aussi de la législation, les normes spéciales dans la législation d'investissements sont créées ; il s'agit de la « clause de grand-père ». La loi fédérale du 9 juillet 1999 « Sur les investissements étrangers » donne à l'investisseur étranger les garanties contre un changement défavorable de la législation russe (les nouvelles lois fédérales qui changent les taxes, les taux douaniers, etc. ne s'appliquent pas aux projets d'investissement pendant leur réalisation, mais pas plus que sept ans dès le jour du début du financement du projet).

E. Le principe de légalité

En 1926 Duguit a écrit : « Au point de vue matériel le principe de légalité consiste en ceci : dans un Etat de droit une autorité quelconque ne peut jamais prendre une décision individuelle que dans les limites fixées par une disposition par voie générale, c'est-à-dire par une loi au sens matériel »⁹¹⁵.

La question de la conciliation entre le principe de sécurité juridique et le principe de légalité « se trouve en effet au cœur de plusieurs décisions juridictionnelles de la décennie 2000 à 2009 »⁹¹⁶.

« L'acte administratif créateur de droit est en effet particulièrement sensible au principe de sécurité juridique, tandis que le principe de légalité est une source potentielle d'insécurité juridique. L'illégalité peut être découverte tardivement ou, encore, un acte légal peut devenir illégal en raison de changement de circonstances de droit et de fait. C'est au regard de ces données que le principe de légalité peut devenir un facteur potentiel d'insécurité juridique. Ainsi, c'est à n'en pas douter un paradoxe que de voir le principe de légalité, gage apparent de respect du droit s'il en est, pouvoir se retourner en instrument potentiel d'insécurité juridique. C'est pour cette raison que l'interprétation du principe de légalité se fait de plus en plus en lien avec les exigences du principe de sécurité juridique »⁹¹⁷.

Le juge communautaire a « le double souci de protéger suffisamment les entreprises sans entraver de façon excessive le bon déroulement de la procédure administrative. A propos de la protection du secret d'affaires, la Cour a estimé que la décision d'autoriser une communication d'information porte effet immédiatement. Elle doit donc pouvoir faire l'objet d'un recours sans attendre le terme de la procédure (CJCE, 24 juin 1986, *AKZO c/ Commission*) »⁹¹⁸.

⁹¹⁵ Duguit Léon, *Leçons de droit public général*, Paris, éditions La mémoire du droit, 2000, p.275

⁹¹⁶ Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30, p.1650

⁹¹⁷ Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30, p.1652

⁹¹⁸ Jacqueline Duthel de la Rochère, Le principe de légalité, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996, pp.162-163

Section 2. L'apparition des nouveaux principes

Au développement du droit européen est liée l'affirmation triomphale et universelle du principe de transparence. Le principe de transparence est très à la mode, on le trouve à peu près dans tous les domaines, qu'il s'agisse des procédures du contrat, de la gestion des collectivités publiques, de la vie publique, de la procédure juridictionnelle ou non juridictionnelle. « La transparence porte tous les espoirs de citoyens volontiers enclins à penser que ce qui paraît cache ce qui est réellement »⁹¹⁹.

§1. La transparence comme une nouvelle réalité

A. L'origine politique du principe de transparence

Dans le discours européen, la transparence est une qualité qui permet d'assurer la légitimité de la construction européenne, son efficacité et l'effectivité des droits et libertés.

Le lien entre démocratie et transparence est au cœur de la Déclaration n°17 du traité de Maastricht, sur la base de laquelle a été adopté la Déclaration interinstitutionnelle du 25 octobre 1993 sur la démocratie, la transparence et la subsidiarité. L'initiative européenne en matière de transparence lancée en novembre 2005 et le Livre vert de la Commission du 3 mai 2006 répondent au souci de rétablir le lien entre l'Europe et ses citoyens. Le règlement n°1049/2001 du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission rappelle le principe selon lequel la « transparence contribue à renforcer les principes de la démocratie »⁹²⁰.

Sous l'influence des organisations financières internationales, la transparence est étroitement associée à la bonne gouvernance. Puis la transparence s'est répandue dans la sphère économique, où l'État fonctionne. En France, par exemple, cela s'est exprimé dans l'adoption de la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique.

La transparence est intimement liée à l'effectivité des droits et libertés. « Corollaire de l'exercice de ces droits, elle donne naissance à de nouvelles exigences substantielles. Ainsi, dans le droit de la Convention européenne, le droit à l'information en matière d'environnement résulte de l'article 8 ; le droit d'accès de l'individu aux informations relatives à sa santé découle de l'article 2 ; le droit d'accès au dossier administratif personnel ou pénal est un corollaire du droit au procès équitable. En droit communautaire, la transparence est également présentée comme l'un des moyens de renforcer les droits fondamentaux, notamment le principe de non-

⁹¹⁹ Pontier Jean-Marie, *Considérations générales sur les principes en droit* in *Les principes et le droit*, sous la dir. de Jean-Marie Pontier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p.14

⁹²⁰ Vidal-Naquet Ariane, *La transparence* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.641

discrimination »⁹²¹. Pourtant, il existe des atteintes à la liberté d'information (la censure pendant l'état d'urgence, le cautionnement de la presse, et le *contempt of court*)⁹²².

B. La signification du principe de transparence en droit public

Sous l'influence européenne le principe de transparence de l'activité publique en général s'est formé, ainsi que le principe de transparence des relations publiques économiques en particulier. En même temps, on peut trouver un embryon de la transparence dans la législation nationale.

La France a été un pays précurseur s'agissant de l'accès aux documents et de la motivation des décisions administratives. Mais « le droit européen a assorti la transparence d'exigences nouvelles, parce qu'elle répond à des préoccupations qui lui sont chères, souvent relayées en droit interne »⁹²³.

« La loi du 6 janvier 1978 a longtemps été considérée comme un modèle en Europe, inspirant fortement la directive 95/46 CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Mais ce n'est qu'en 2004 que la France accepte de modifier sa législation interne pour s'adapter aux évolutions technologiques et surtout transposer, avec près de cinq ans de retard, la directive qui diverge sensiblement, sur certains points, du modèle français »⁹²⁴.

Au-delà des lois du 6 janvier et du 17 juillet 1978, la transparence a également progressé avec l'adoption de la loi du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs. « L'exigence de motivation favorise l'émergence d'un principe de transparence dans la mesure où elle permet de mieux cerner les raisons de fait et de droit qui ont conduit l'administration à prendre ladite décision. En outre, cela facilite le contrôle du juge de l'excès de pouvoir. D'autres textes méritent également d'être mentionnés afin de démontrer que le principe de transparence s'est progressivement juridicisé en droit interne : la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, la loi du 2 février 1995 relative à la protection de l'environnement, la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, loi organique du 1 août 2001 »⁹²⁵.

Il faut souligner qu'en France le Conseil constitutionnel a expressément refusé valeur constitutionnelle du principe de « la transparence des activités publiques ou exercées pour le

⁹²¹ Vidal-Naquet Ariane, *loc. cit.*, p.643

⁹²² Voir : Colom Jacques, *La justice constitutionnelle dans les Etats du nouveau commonwealth : les cas de l'île Maurice*, éd. Economica, coll. Droit public positif, 1994, p.163

⁹²³ Vidal-Naquet Ariane, *loc. cit.*, p.647

⁹²⁴ Vidal-Naquet Ariane, *loc. cit.*, p.648

⁹²⁵ Donier Virginie, Les lois du service public : entre tradition et modernité, *RFDA*, 2006, n°6, p.1224

compte de personnes publiques » (CC, 21 janv. 1994, n°93-335 DC). La transparence n'est pas non plus un principe général du droit, le juge administratif ayant clairement réfuté « le prétendu principe général de concertation et de transparence des décisions administratives » (CE, 23 févr. 2005, n°243326, 241796). « La transparence est simplement un objectif que le législateur peut légitimement poursuivre »⁹²⁶.

« Au nom de la transparence, le droit communautaire s'est préoccupé assez tôt d'améliorer la qualité du droit, et notamment l'accessibilité des règles de droit primaire et de droit dérivé. Dans une communauté de droit, les dispositions générales doivent être claires, simples et compréhensibles, l'existence d'un cadre juridique clair et transparent étant le préalable à l'exercice de fonctions de contrôle juridique de la Commission et de contrôle politique du Parlement. La transparence suppose tant la codification du droit communautaire que l'accessibilité de la législation communautaire. En découlent des exigences substantielles que l'on retrouve dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme ; le principe de clarté de la loi, les impératifs d'accessibilité du droit »⁹²⁷.

« La transparence est au cœur des dispositions communautaires applicables en matière de contrat administratif. La transparence érigée en système conduit à faire du contrat administratif un accord de volontés hautement formalisé »⁹²⁸.

C. Les différents visages du principe de transparence

C'est exact mais insuffisant de dire que la transparence a pénétré partout. Nous tenterons d'indiquer les domaines dans lesquels les manifestations de la transparence sont les plus significatives.

Avant tout, c'est la sphère des contrats avec la participation de l'État, les plus importants parmi lesquels sont les marchés publics. « Il n'existe aucun texte de portée générale sur la transparence et la mise en concurrence des contrats publics au sens large, permettant d'adosser le principe à une source écrite. Le nouveau code des marchés publics généralise la publicité, mais il fixe un certain nombre d'exclusions »⁹²⁹.

La Cour de justice a déduit du principe de non-discrimination un principe de transparence, qui s'impose à tous les « pouvoirs adjudicateurs » (CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*)⁹³⁰. Il y a aussi le principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et

⁹²⁶ Vidal-Naquet Ariane, *loc. cit.*, pp.646-647

⁹²⁷ Vidal-Naquet Ariane, *loc. cit.*, p.649

⁹²⁸ Noguellou Rozen, *Les catégories du droit des contrats administratifs* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.686

⁹²⁹ Linotte Didier, Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ?, *AJDA*, 2005, 1 août, p.1550

⁹³⁰ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.106

l'obligation de transparence (Tribunal administratif de Strasbourg, 16 mars 2009, n°0901056, *Société Eurovia Alsace-Franche-Comté*).

L'influence du droit communautaire sur le droit de la commande publique se ressent en tout premier lieu au plan des obligations de publicité imposées aux pouvoirs adjudicateurs. « L'information « appropriée » à fournir aux candidats sur les critères d'attribution d'un marché public est, elle aussi, sous influence ... de la « transparence » destinée, en droit communautaire, à garantir le respect du principe de non-discrimination »⁹³¹.

« Les règles procédurales relatives à la passation d'une convention de délégation d'un service public local répondent à trois principes fondamentaux : la recherche de l'efficacité, le respect de la démocratie et le souci de transparence »⁹³².

Le souci de transparence dans la procédure de passation d'une convention de délégation de service public local « se traduit de plusieurs manières : par l'implication des agents de la collectivité dans les projets de délégations, par une égalité d'accès de tous les candidats potentiels à la gestion du service délégué et par une information régulière des services de l'Etat sur le projet de délégation »⁹³³.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 1 avril 2009 *Communauté urbaine de Bordeaux* concrétise le principe de soumission des concessions de services à un degré de publicité adéquat. « C'est la première fois que la plus haute juridiction administrative française opère une référence aussi explicite aux principes définis en 2000 par la CJCE dans son arrêt *Telaustria* »⁹³⁴, et après dans l'arrêt *Coname* (CJCE, 21 juillet 2005).

Le principe de transparence a par ailleurs été imposé par le droit communautaire en vue de clarifier les relations financières entre les pouvoirs publics et les opérateurs nationaux de service public. Le droit communautaire prescrit ainsi la dissociation entre les fonctions d'opérateur et de régulateur, ou le contrôle des aides publiques allouées par l'Etat aux opérateurs nationaux. De plus, l'article 42 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre un droit d'accès aux documents administratifs détenus par les instances communautaires, au profit des personnes physiques ou morales.

Ainsi « le droit interne et le droit communautaire ont construit un édifice favorisant l'émergence d'un principe de transparence »⁹³⁵.

⁹³¹ Dreyfus Jean-David, note, *AJDA*, 2009, n°18, p.995

⁹³² Christophe de Aranjó, Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation d'un service public local, *AJDA*, 2009, n°13, p.690

⁹³³ Christophe de Aranjó, *loc. cit.*, p.694

⁹³⁴ Dubois David, Raux Cédric, Quelle publicité pour les délégations de service public d'importance transnationale ? *RFDA*, 2009, n°5, p.938

⁹³⁵ Donier Virginie, Les lois du service public : entre tradition et modernité, *RFDA*, 2006, n°6, p.1224

Le statut et le régime juridique des personnes publiques sont marqués par un certain nombre de particularités qui les rendent suspects aux yeux des concurrents. Quant à l'Europe, la directive relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques est en vigueur à partir de 1980.

Les relations qu'entretiennent les opérateurs publics avec l'Etat peuvent être privilégiées. « Les opérateurs publics ne sont pas nécessairement tenus par les mêmes exigences de performance que les opérateurs privés. L'Etat propriétaire ou actionnaire ne manifeste pas le même intérêt par rapport aux résultats obtenus ou aux pertes accumulées. L'Etat peut parfois être tenté d'accorder des prêts aux opérateurs publics à des conditions que le marché ne saurait leur offrir. L'Etat peut également s'engager dans des actions de recapitalisation dans des conditions étrangères à celle d'un investisseur privé avisé. Le contrôle opéré par la Commission au titre des aides d'Etat en fournit de multiples exemples »⁹³⁶.

La neutralité des règles communautaires au regard de la nature publique ou privée des opérateurs est inscrite depuis l'origine dans les traités constitutifs. « Le fait pour un opérateur d'avoir bénéficié de longue date d'activités en monopole a pu amoindrir son efficacité.

En pratique, la prévention des avantages se traduit par l'imposition aux opérateurs publics d'une double série d'exigences : une exigence générale de transparence et une exigence complémentaire d'indépendance »⁹³⁷.

Pour le Conseil constitutionnel le principe de transparence procède à la fois de l'article 6 et de l'article 14 de la DDHC, sans distinction. La décision du 24 juillet 2008 « a ajouté l'article 15 de la DDHC qui fait obligation de rendre compte de l'usage des deniers publics (CC, 24 juillet 2008, *Loi relative aux contrats de partenariat*). Cependant, l'article 6 de la DDHC à lui seul peut suffire à fonder une obligation de transparence, procédant de l'égalité, comme dans la jurisprudence communautaire, ce qui justifierait que le principe ait la même extension »⁹³⁸.

D. La transparence : le cas russe

On peut dire, qu'en Russie la situation est plus simple grâce à Constitution de 1993, qui contient tous les principes libéraux, y compris la libre concurrence. Cependant le principe de transparence est absent dans la Constitution. Mais toutes les lois de dernières années sont favorables par rapport à la transparence, en particulier dans le domaine de marchés publics.

§2. Le principe de précaution

⁹³⁶ Lemaire Christophe, Les avantages concurrentiels des personnes publiques, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2004, №613, octobre, p.407

⁹³⁷ Lemaire Christophe, *loc. cit.*, p.411

⁹³⁸ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, p.31

Affirmé par certains droits nationaux à la fin des années 1960, particulièrement en Allemagne, « le principe de précaution n'a fait son apparition dans le droit international que plus de vingt ans après. Il trouve alors dans la protection de l'environnement son terreau originel »⁹³⁹.

En droit communautaire, la précaution est donnée comme un principe général depuis l'arrêt *Artegoda*n (TPICE 26 nov. 2002, *Artegoda GmbH*). « Le principe de précaution a un champ d'application plus vaste, que le domaine de l'environnement. Il a vocation à s'appliquer, en vue d'assurer un niveau de protection élevé de la santé, de la sécurité des consommateurs »⁹⁴⁰.

La décision du Conseil constitutionnel (CC, 19 juin 2008, n°2008-564 DC, *Loi relative aux organismes génétiquement modifiés*) qui a jugé que « le principe de précaution trouvait à s'appliquer, indique ainsi que le Conseil réalise un contrôle en deux temps : restreint sur l'existence du risque, pour lequel le juge dépend largement de l'expert ; entier sur le contrôle approprié des mesures retenues »⁹⁴¹.

« Le principe de précaution contribue effectivement à renforcer le nombre et le rôle des organes de consultation dans l'appareil administratif, tant communautaire que français, dans la mesure précisément où il commande de subordonner l'autorisation d'une activité ou d'un produit potentiellement dangereux à la connaissance la plus complète possible du ou des risques sans se limiter à ceux qui sont prévisibles en l'état des certitudes scientifiques »⁹⁴².

L'Etat en France a créé un réseau d'institutions capables, voire obligées de produire des informations utilisables par les décideurs publics – l'Agence du médicament (Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé), l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments, Agence française de sécurité sanitaire environnementale.

Le principe de précaution est un élément de régulation de la responsabilité. Toutefois, en France, « la précaution n'a encore donné lieu à aucun engagement de la responsabilité de l'Etat par le juge administratif, soit que le juge attende la certitude pour reprocher un défaut d'action à la puissance publique, soit que le juge s'abrite derrière le paravent du droit communautaire. En effet, le Conseil d'Etat dénie toute responsabilité de l'Etat français lorsqu'il lui reproché d'avoir appliqué un acte issu de l'activité normative de la Communauté européenne. L'Etat français, qui est tenu d'appliquer les dispositions de droit communautaire aussi longtemps que la juridiction de Luxembourg compétente n'a pas constaté leur invalidité, ne peut voir sa responsabilité engagée lorsqu'il les met en œuvre sans disposer d'aucun pouvoir d'appréciation. Ainsi en a effectivement décidé le Conseil d'Etat dans une affaire *Société Gillot* (CE, 12 mai 2004) »⁹⁴³.

⁹³⁹ Guettier Christophe, *Le principe de précaution* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.592

⁹⁴⁰ Guettier Christophe, *loc. cit.*, p.594

⁹⁴¹ Guettier Christophe, *loc. cit.*, p.597

⁹⁴² Guettier Christophe, *loc. cit.*, p.599

⁹⁴³ Guettier Christophe, *loc. cit.*, p.609

Chapitre 2. L'influence européenne sur les concepts et catégories du droit public économique

Section 1. L'activité de l'Etat au nouveau visage

§1. Les nouveaux traits de l'administration publique

A. Le nouveau management public

La critique managériale de l'administration publique se construit du point de vue du droit privé⁹⁴⁴. L'idée principale est que « la gestion publique peut et doit être productive, comme la gestion privée »⁹⁴⁵.

Le concept de new public management (NPM, nouvelle gestion publique) a vu le jour dans les années 1970 participant d'un ensemble de recommandations dont le point commun est de chercher à introduire des « marchés » ou des « quasi-marchés » dans la gestion des services et des institutions de l'Etat-providence de façon à en renforcer l'efficacité. « Il a vocation à être un instrument conceptuel de modernisation de l'organisation et de la gestion de l'administration publique, dont l'aspect principal concerne la qualité au moindre coût. NPM accorde une place essentielle aux résultats, notamment financiers »⁹⁴⁶.

Depuis des années 1980, deux évolutions profondes ont eu un impact incommensurable sur l'administration publique : l'intégration mondiale des économies nationales et le développement des communications électroniques.

« Les gouvernements sont allés chercher leur inspiration dans le secteur privé. Ils ont adopté le libéralisme économique, réduit les impôts et les activités administratives ont été soit privatisées, soit soumises à la concurrence »⁹⁴⁷.

Le nouveau management public doit prendre en considération trois réalités :

- la mondialisation (gouvernance globale),
- le néolibéralisme (gouvernance néolibérale),
- les revendications altermondialistes et démocratiques (gouvernance démocratique)⁹⁴⁸.

En France « le trait principal de la gestion publique est l'intérêt général mais concret – pour les clients des services publics »⁹⁴⁹. L'administration ne doit pas dominer, elle doit servir.

⁹⁴⁴ Voir : Gaillousse Jacques, Hardy Jacques, *Droit et modernisation administrative*, Paris, La Documentation française, 2000, p.38

⁹⁴⁵ Grémion Catherine, Fraisse Robert (dir.), *Le service public en recherche. Quelle modernisation?*, Paris, La Documentation française, 1996 (juin), Commissariat général du Plan, Secrétariat d'Etat à la Recherche, p.53

⁹⁴⁶ Castaing Cécile, Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice, *AJDA*, 2009, 11 mai, pp.913-914

⁹⁴⁷ Stefanick Lorna, L'externalisation et la circulation transfrontalière des données : la protection des renseignements personnels. Un défi dans le cadre du *USA Patriot Act*, *Revue internationale des sciences administratives*, 2008, n°4, p.586

⁹⁴⁸ Mockle Daniel, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.254

La gouvernance publique reflète des dimensions qui n'entrent pas dans le champ traditionnel de réflexion sur les sources du droit et l'évolution de la technique juridique. Souvent décrits comme des solutions alternatives, ces mécanismes échappent au processus formel d'élaboration des actes juridiques qui constitue l'objet central des ouvrages de droit administratif.

« Dans le modèle traditionnel d'administration publique, les principes étaient largement tributaires des propriétés du droit formel, au point d'en épouser les contours : publicité, transparence, régularité, validité, neutralité, égalité, cohérence formelle. Le droit a servi de matrice afin de rationaliser le fonctionnement de l'appareil administratif »⁹⁵⁰.

Des procédés du type « normes techniques », « normes de substitution », « documents référents », « lignes directrices », « guides de bonnes pratiques », « référentiels d'usage », « codes de conduite » ou simples « standards » sont dans la mouvance de la mondialisation⁹⁵¹.

La gouvernance publique apparaît comme un phénomène multidimensionnel qui reflète la diversité des procédés, tant pour les moyens que pour les organisations. Deux scénarios sont désormais plausibles. Le premier peut être fonction d'une intégration progressive de plusieurs mécanismes dans les rubriques de l'action administrative en droit. Le second scénario repose sur l'exclusion des sources formelles du droit⁹⁵².

Aujourd'hui le nouveau management public est fixé en Europe au niveau du droit. La Commission européenne a publié en juillet 2001 le Livre blanc sur le «*governance*». Il prévoit cinq principes de «*governance*» : la transparence, la participation, la responsabilité, l'efficacité, la coordination⁹⁵³.

La conception de «*governance*» a trois composantes :

- 1) le pouvoir politique n'est pas le seul à être responsable. La gestion (gouvernance) représente le compromis fondé sur l'influence des facteurs politiques, économiques et sociaux, puisqu'elle propose les nouvelles formes de la régulation;
- 2) la prise de décision se partage entre divers agents (la responsabilité se divise entre l'État, la société civile et le marché);
- 3) aucun des sujets ne possède les connaissances et les moyens nécessaires pour résoudre les problèmes de façon indépendante (la participation, les négociations et la coordination).

⁹⁴⁹ Chevalier Jacques, La gestion publique à l'heure de la banalisation, *Revue française de gestion*, 1997, n°115, p.27

⁹⁵⁰ Mockle Daniel, *op. cit.*, p.253

⁹⁵¹ Voir: Mockle Daniel, *op. cit.*, p.255

⁹⁵² Mockle Daniel, *op. cit.*, pp.261-262

⁹⁵³ Бландиньер Жан-Поль. Изменение основополагающих производственных и общественных парадигм. Трансформация общественного сектора в Европе (опыт стран ЕС)// www.recep.ru

B. La rentabilité des activités publiques

Le résultat de la pénétration des éléments du management dans le l'administration publique est la question de la rentabilité des activités publiques.

A l'origine du mouvement d'éviction du droit administratif sous l'effet de la recherche de la rentabilité des activités publiques « se trouve un double présupposé : celui de l'incapacité du droit administratif à favoriser cette recherche et celui de la capacité du droit privé à accompagner un tel mouvement. Ce raisonnement a été développé depuis la fin des années 1970 par les auteurs néo-libéraux qui ne voient dans le droit administratif qu'un ensemble de privilèges injustifiés »⁹⁵⁴. « La méfiance traditionnelle du droit administratif à l'égard du but financier a favorisé l'application du droit privé sous l'effet de la recherche croissante de la rentabilité des activités publiques. Cette recherche de rentabilité s'est traduite à la fois par des formes de privatisation – du capital et de la gestion – des activités publiques mais aussi par une soumission croissante au droit de la concurrence. La perte de spécificité du régime juridique des activités publiques par rapport à celui des activités privées est ainsi particulièrement nette »⁹⁵⁵.

Portant, « la soumission croissante au droit commun des affaires s'accompagne d'une transformation de ce dernier. Plus fréquemment, ce mouvement d'éviction du droit administratif sous l'effet de la recherche de la rentabilité des activités publiques se heurte à des obstacles. Par exemple, des dérogations limitent l'étendue de la compétence du juge communautaire et du juge judiciaire en matière de concurrence. Le développement des diverses formes de privatisation e de la soumission des activités publiques aux même règles de concurrence que les activités privées favorisent bien évidemment l'éviction du droit administratif, mais celle-ci reste limitée. La ligne de partage entre droit public et droit privé s'est déplacée mais la sphère laissée au droit public n'est pas aussi réduite qu'il paraît »⁹⁵⁶.

« Ces marques de résistance au mouvement d'éviction du droit administratif conduisent à préciser l'ampleur et les formes de l'intervention publique. Dans le cadre des conceptions néo-libérales, la diminution de l'intervention des personnes publiques en général, et de l'Etat en particulier, est souhaitée. Les tendances à la soumission au droit de la concurrence et à la privatisation des activités publiques semblent s'inscrire dans cette logique dans la mesure où elles correspondent à une normalisation de l'action des personnes publiques. Les signes de résistance à ce phénomène d'éviction montrent que l'on assiste moins à une forte diminution de l'intervention publique qu'à une modification des formes de cette intervention. Certes, cette intervention se fait parfois plus discrète, plus modeste, empruntant plus volontiers qu'auparavant

⁹⁵⁴ Bernard Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 218, 2001, p.23

⁹⁵⁵ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.109

⁹⁵⁶ Bernard Sébastien, *op. cit.*, pp.109-110

les moyens d'action des personnes privées mais les signes de résistance à l'éviction du droit administratif montre aussi que les pouvoirs publics ne veulent pas ou ne peuvent pas se résigner à moins intervenir. Le dirigisme des privatisations témoigne ainsi de la réticence étatique à moins peser dans l'économie ; l'émergence d'un droit public de la concurrence prouve l'inadaptation d'un alignement complet sur le régime juridique des personnes morales de droit privé »⁹⁵⁷.

« La recherche de la rentabilité n'est pas toujours un facteur d'éviction du droit administratif, elle est aussi un facteur d'application du droit administratif. Donc, d'un côté la rentabilité appelle le droit privé car, lorsque les activités publiques ressemblent à des activités privées du même type, le droit administratif est perçu comme un obstacle. Mais, de l'autre côté, la rentabilité exclut le droit privé car il ne paraît pas capable d'assurer aux entreprises à fortes contraintes d'intérêt général des conditions suffisamment protectrices pour concilier rentabilité et mission de service public »⁹⁵⁸.

Sous l'effet de la recherche de la rentabilité, « le champ des activités publiques soumises au droit administratif se réduit donc mais ne disparaît pas. La tendance est au développement des régimes juridiques mixtes, mêlant droit public et droit privé. Si les activités de puissance publique échappent encore le plus souvent aux règles du droit commun, les activités économiques n'y sont soumises que dans certains cas »⁹⁵⁹.

C. La bonne administration

Une première conception de la gouvernance s'appuie sur le fait que les systèmes de règles et de contrôle des différentes sphères d'activité sont devenus à la fois multi-acteurs et multiniveaux. « La notion de gouvernance désigne en somme des processus de coordination, ce n'est pas un style de gouvernement entièrement nouveau »⁹⁶⁰.

Dans la variante anglaise il y a deux modèles de la bonne administration – Public Service model et New Public Management model. « L'administration est « bonne », si les objectifs de performance sont remplis. Le New Public Management est un type de gestion qui transpose les principes d'une bonne gestion financière privée à l'administration publique »⁹⁶¹.

⁹⁵⁷ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.198

⁹⁵⁸ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.199

⁹⁵⁹ Bernard Sébastien, *op. cit.*, p.200

⁹⁶⁰ Gaudin Jean-Pierre, *L'action publique. Sociologie et politique*, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, pp.209-216

⁹⁶¹ Boustia Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010, pp.98-99

« La notion de bonne administration n'a pour objet ni les résultats obtenus ni la finalité poursuivie par l'administration, mais l'usage de ses moyens, qui désignent aussi bien ses moyens matériels et humains que sa méthode et ses procédés d'action »⁹⁶².

La norme juridique « n'est en effet pas seulement la limite à l'action administrative : elle en constitue le fondement et appelle à son déploiement. La notion de bonne administration vise la mise en œuvre positive des moyens notamment via le pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire, au cœur de l'utilisation des moyens de l'administration, constitue le domaine de prédilection de la notion de bonne administration »⁹⁶³ (le « bon formalisme »⁹⁶⁴).

Nous avons démontré déjà qu'il existe la pratique des « mauvaises » pouvoirs discrétionnaires (l'administration peut être mauvaise, si elle utilise de manière incorrecte ses pouvoirs discrétionnaires – la corruption). Il semble que les catégories juridiques sont neutres.

La notion de bonne administration encadre l'application de la procédure dans le cadre du pouvoir discrétionnaire de l'administration, même si elle contribue par ailleurs à étendre ce dernier. « A titre d'illustration, si les principes de bonne administration et d'économie de procédure confèrent à la Commission européenne une certaine latitude dans la gestion de la procédure préliminaire en matière d'aides d'Etat, la notion de bonne administration limite toutefois aussi cette marge de manœuvre »⁹⁶⁵.

Les spécialistes distinguent l'analyse des moyens (bonne administration) et l'analyse des résultats et des buts (bonne gouvernance).

Bonne gouvernance relève avant tout du domaine politique⁹⁶⁶. Mark Bevir met en lumière l'aspect économique de la bonne gouvernance – elle désigne avant tout l'efficacité des remèdes institutionnels contre la corruption dans une économie de marché⁹⁶⁷. Selon la Banque Mondiale (1992), la bonne gouvernance est synonyme d'anti-corruption, d'efficience ou de gestion efficace des fonds⁹⁶⁸.

« La bonne administration a pour objet les moyens de l'administration et désigne leur adaptation équilibrée. En revanche, la bonne gouvernance concerne, en substance, la définition des objectifs (politiques et économiques) de gouvernement et ses résultats »⁹⁶⁹.

« La bonne gouvernance ne semble pas obéir à une logique de pondération ou encore de modération du droit : la corruption « est ou n'est pas ». C'est pourquoi, à notre sens, les questions de transparence, de participation, d'accessibilité et de responsabilité de

⁹⁶² Bousta Rhita, *op. cit.*, p.172

⁹⁶³ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.188

⁹⁶⁴ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.208

⁹⁶⁵ Bousta Rhita, *op. cit.*, pp.210-211

⁹⁶⁶ Voir : Bousta Rhita, *op. cit.*, p.227

⁹⁶⁷ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.226

⁹⁶⁸ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.228

⁹⁶⁹ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.230

l'administration relèvent davantage de la bonne gouvernance que de la bonne administration. Plus exactement, elles sont la transposition, sur le plan administratif, de l'idée de démocratisation des rapports entre les citoyens et l'Etat. Elles ne renferment pas l'idée d'adaptation équilibrée (bonne administration). La bonne administration peut être intégrée dans un objectif plus large de bonne gouvernance »⁹⁷⁰.

« La notion de bonne administration désigne la maximisation des moyens matériels et humains de l'administration publique. Ce « bon usage » des moyens s'étend à l'utilisation optimale du pouvoir discrétionnaire. La bonne administration ne désigne pas la satisfaction unilatérale et maximale de l'administré »⁹⁷¹.

« Le principe d'examen particulier des circonstances impose à l'administration d'agir de manière consciencieuse en effectuant une évaluation diligente des circonstances. Ce principe encadre de ce fait son pouvoir discrétionnaire et peut être envisagé comme l'équivalent du principe communautaire de diligence »⁹⁷².

« Le principe d'examen particulier des circonstances interdit au titulaire du pouvoir discrétionnaire de s'obliger par avance à statuer conformément au sens qu'il confère à la norme générale. Consubstantiellement lié au pouvoir discrétionnaire, il découle de l'idée selon laquelle une autorité qui dispose d'un pouvoir d'appréciation doit l'utiliser effectivement. La violation de ce principe correspond à un abus du pouvoir réglementaire »⁹⁷³ (CE, 24 juillet 1942, *Sieur Piron*). L'adaptation équilibrée des moyens de l'administration (bonne administration) est une exigence juridique. La bonne administration a ainsi pu être qualifiée de « devoir » ou encore de « standard »⁹⁷⁴.

« La gouvernance traduit la modernisation des appareils et des fonctions de gouvernement. Plus précisément elle révèle l'adaptation des modes classiques de gouvernement à de nouvelles exigences, qui peuvent être différentes en fonction du champ d'application du concept »⁹⁷⁵. L'élaboration progressive de critères de bonne gouvernance « devant être respectés par les Etats sous programme renvoie à une approche libérale de la gouvernance : désengagement de l'Etat, efficacité de l'action publique, multiplication des acteurs, notamment privés, ou encore lutte contre la corruption et renforcement de la transparence »⁹⁷⁶.

La bonne gouvernance implique une simplification et une meilleure lisibilité des actes. (Communication de la Commission du 6 juin 2002, Gouvernance européenne : mieux légiférer).

⁹⁷⁰ Bousta Rhita, *op. cit.*, pp.230-231

⁹⁷¹ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.257

⁹⁷² Bousta Rhita, *op. cit.*, p.379

⁹⁷³ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.381

⁹⁷⁴ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.410

⁹⁷⁵ Tournepiche Anne-Marie, *La gouvernance in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.263

⁹⁷⁶ Tournepiche Anne-Marie, *loc. cit.*, p.264

« La promotion de l'administration électronique apparaît comme une composante importante de la volonté de modernisation des services publics »⁹⁷⁷.

La « bonne administration » est souvent associée, du moins dans certains esprits, à un « effet de mode » né notamment de l'émergence d'un « droit à une bonne administration » en droit communautaire. « La découverte de l'emploi de la « bonne administration » dans des écrits datant du début du XX^e siècle, sous la plume de Maurice Hauriou, montre que les contours et les enjeux de cette expression remontent aux origines mêmes du contentieux administratif et plus précisément, à l'élargissement du recours pour excès de pouvoir »⁹⁷⁸.

Les principes de la « Good Governance » ne sont pas rigides et il n'est pas absolument nécessaire de les respecter tous à la fois. « Il suffira que le faisceau de droits que l'on accepte de mettre en œuvre produise le résultat global recherché qui est celui de créer un environnement social, juridique et économique favorable à l'éclosion et au maintien des affaires. Et l'on énumère des services publics efficaces, un système judiciaire efficace et une administration responsable »⁹⁷⁹.

« Le principe communautaire de bonne administration est unanimement identifié comme un principe matriciel. On ne peut en effet que souscrire à cette qualification, tant les règles rattachées à la « bonne administration » sont d'une déroutante diversité »⁹⁸⁰.

Article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prononce le droit à une bonne administration. « Inspiré par une vision subjectiviste du droit public, cet article reconnaît à toute personne le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions, organes et organismes de l'Union. Ce droit général se décline en trois sous-rubriques : le droit de toute personne d'être entendue avant qu'une mesure individuelle qui affecte défavorablement ses intérêts ne soit prise à son encontre, le droit d'accès de toute personne à son dossier, l'obligation pour l'administration de motiver ses décisions »⁹⁸¹.

Pour le juriste de formation allemande (comme pour les russes, on ajoute), « il n'est pas facile de s'accommoder de règles dont la valeur contraignante est douteuse ou limitée (*soft law*). En toute hypothèse, les règles de bonne conduite administrative et les codes de bonnes pratiques remplissent depuis lors une fonction éducative ou d'enseignement »⁹⁸².

⁹⁷⁷ Tournepiche Anne-Marie, *loc. cit.*, p.271

⁹⁷⁸ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.70

⁹⁷⁹ Lebel Georges A., *La mondialisation: une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques* in Crépeau François (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p.34

⁹⁸⁰ Bousta Rhita, *op. cit.*, p.83

⁹⁸¹ Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *Introduction générale in Droit administratif européen*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, p.10

⁹⁸² Schmidt-Assmann Eberhard, *Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3)*, RFDA, 2008, n°4, p.671

§2. La régulation

A. La régulation : quoi de neuf ?

La régulation au sens juridique désignerait une forme de réglementation, dont le nom en français, simplement transposé du mot anglais *régulation*, « renverrait à un type de normes juridiques sur la nature desquelles l'on aurait à s'interroger pour les distinguer des normes de la réglementation classique. Mais l'étude du phénomène de régulation est une tâche difficile. Il faut faire un détour par l'analyse des différents types traditionnels de normativité sociale et des crises qui les affectent pour mieux comprendre comment et en quoi la régulation annonce, en ce domaine, l'émergence d'une nouvelle normativité »⁹⁸³. « Une nouvelle dimension apparaît dans les théories de la normativité : elles oscillent désormais non plus seulement entre spontanéité et impérativité, mais également entre abstraction et réalité. Il faut que les normes ne soient plus la manifestation abstraite et générale d'une volonté souveraine et transcendante. C'est précisément en cela que s'analyse la régulation – en cet effort de remédier aux crises qui affectent le fonctionnement de la normativité traditionnelle et, à ce titre, comme la forme nouvelle de la normativité sociale »⁹⁸⁴. Sans doute « cette normativité nouvelle offre-t-elle les moyens et l'occasion d'une modernisation des modes de gestion de nos sociétés »⁹⁸⁵.

La régulation est une nouvelle fonction de la puissance publique, à côté de la police et du service public⁹⁸⁶. G.Marcou distingue la régulation comme fonction de la puissance publique (une approche matérielle) la place de la régulation dans les pouvoirs publics (une approche institutionnelle)⁹⁸⁷. « La régulation ne se confond ni avec un type déterminé d'institutions, ni avec un certain type d'actes ; c'est plutôt une fonction de l'Etat qui est mise en œuvre par un ensemble d'institutions et au moyen d'actes juridiques dont le régime n'est pas modifié, sauf dans la mesure où l'exige l'institutionnalisation de l'impartialité pour certaines décisions »⁹⁸⁸.

Le mot « régulation » désigne le rôle d'un mécanisme capable de maintenir constant ou de faire varier selon des lois déterminées le fonctionnement d'un système. « Son trait caractéristique est d'être défini par son but et non par les modalités auxquelles il est recouru. Il convient de souligner avec force ce sens technique car il correspond exactement au fonctionnement de la régulation juridique contemporaine de l'économie. Comme la régulation

⁹⁸³ Timsit Gérard, La régulation. La notion et le phénomène, *Revue française d'administration publique*, 2004, num.109, p.5-6

⁹⁸⁴ Timsit Gérard, *loc. cit.*, p.8

⁹⁸⁵ Timsit Gérard, *loc. cit.*, p.11

⁹⁸⁶ Voir : Marcou Gérard, La notion juridique de régulation, *AJDA*, 2006, №7, p.353

⁹⁸⁷ Voir : Marcou Gérard, *loc. cit.*, p.348

⁹⁸⁸ Marcou Gérard, *Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé* in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, sous la dir. Gérard Marcou, Franck Moderne, Tome 1 «Comparaisons et commentaires», Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, p.13

technique en effet, cette régulation au sens strict se définit par son but, qui est de servir l'intérêt général, et non par ses moyens, qui pourront recourir à tous les modes d'intervention institutionnels »⁹⁸⁹.

« L'usage de mot n'est pas illégitime pour qualifier ces « lois », qui sont celles de ce que l'on peut appeler la « régulation naturelle », mais en son sens le plus large, qui se réfère à des automatismes existant indépendamment de toute décision humaine, décision qui est au contraire une condition de la régulation volontaire, technique ou juridique »⁹⁹⁰.

Il subsiste une ambiguïté de sens selon la langue utilisée : en anglais, ou en danois, le même mot signifie « régulation » et « réglementation », alors qu'en italien, en français ou en allemand il existe deux mots distincts⁹⁹¹. Le mot « réguler » apparaît en français en 1968 au sens de décider, déterminer, régler⁹⁹². Selon Conseil d'Etat, le mot « régulation », apparu en français dès 1460, a depuis la fin du XIX^e siècle, dans la langue française, un sens assez proche de celui sous-entendu lorsqu'il est question d'autorité de régulation, il se trouve obscurci par la référence au même mot anglais dont la traduction exacte est réglementation⁹⁹³.

J.-B.Auby n'est pas d'accord avec M.-A.Frison-Roche qui affirme que « le terme de régulation a souffert de son homonymie avec le mot anglais, lequel doit se traduire par « réglementation ». Le mot anglais « *regulation* » ne s'assimile au mot français « réglementation » que lorsqu'il désigne les actes normatifs du gouvernement et les règlements communautaires »⁹⁹⁴.

J.-B.Auby explique la théorie anglophone des régulations. « La notion de régulation apparaît comme découlant de la conjonction de deux idées absolument inséparables. La première est celle selon laquelle les régulations sont les moyens, les procédés par lesquels la puissance publique s'efforce d'agir pour corriger ou prévenir ce qui aura été considéré par ceux qui ont à décider de son action comme constituant des déficiences du fonctionnement de la société ; il s'agit aussi bien de parer à la survenance d'un risque naturel ou de lutter contre la corruption que de faire en sorte qu'un service public fonctionne de la façon la plus efficace ou de faire en sorte que la concurrence soit effective sur un marché donné. La seconde idée est d'appréhender les interventions publiques correspondantes non plus selon une version unilatérale, mais selon une

⁹⁸⁹ Delion André, *Notion de régulation et droit de l'économie* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, p.4

⁹⁹⁰ Delion André, *loc. cit.*, p.5

⁹⁹¹ Marcou Gérard, La notion juridique de régulation, *AJDA*, 2006, N°7, p.348

⁹⁹² Silicani Jean-Ludovic, *L'Etat régulateur : la vision prospective d'un praticien* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.72

⁹⁹³ Conseil d'Etat. Rapport public 2001, Les autorités administratives indépendantes, La documentation française, 2001, p.279

⁹⁹⁴ Auby Jean-Bernard, *Régulations et droit administratif* in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.211

vision réciproque, circulaire. Sur ces deux terrains, la théorie des régulations se révèle être une très intéressante approche nouvelle de l'action publique »⁹⁹⁵.

« Il existe une panoplie large des instruments de régulation. Les techniques classiques de l'intervention publique, et notamment celle qui consiste à émettre des ordres dans la loi ou le règlement, puis à en vérifier et à en sanctionner le respect – ce qu'en anglais on appellera la « command and control régulation », et qui rejoint la notion française de police – ne sont qu'une option sur l'éventail des instruments de régulation. Aucune forme de régulation n'est en soi supérieure à une autre. Tout dépend du contexte et de la nature du problème »⁹⁹⁶.

Donc, il existe différentes définitions de la régulation. Avant, dans la doctrine française « il y avait une tendance à assimiler la régulation et les modes d'action des autorités administratives indépendantes. Aujourd'hui, pour la plupart des auteurs, la régulation n'a pas de portée juridique particulière ; c'est une notion descriptive qui renvoie à l'utilisation des procédés de police en matière économique ou bien il s'agit de polices spéciales de la concurrence ou d'une police économique ayant pour objectif l'ouverture à la concurrence »⁹⁹⁷.

Pourtant, la doctrine française garde un regard sceptique sur la régulation. « La régulation ne serait pas une catégorie nouvelle : elle se caractérise surtout par ses modalités. C'est donc son régime qui est nouveau »⁹⁹⁸. La fonction « régulatrice » de l'intervention d'une collectivité publique dans l'économie apparaît dès un arrêt du Conseil d'Etat du 23 juin 1933, *Lavabre*.⁹⁹⁹

Il s'agit toujours « d'un pouvoir réglementaire et décisionnel, parfois associé à la capacité de trancher des litiges susceptibles de naître entre les intervenants sur le marché dont elles ont la charge »¹⁰⁰⁰. Et pour un juriste français, « la détention par une même institution de la capacité d'édicter des normes et de trancher des litiges est assurément perturbante »¹⁰⁰¹.

B. La régulation et le droit public économique

La régulation est « l'action normative ou para-normative qui accompagne l'ouverture d'un marché antérieurement monopolisé, qui en assure l'ouverture à de nouveaux opérateurs, et

⁹⁹⁵ Auby Jean-Bernard, *loc. cit.*, p.212

⁹⁹⁶ Auby Jean-Bernard, *loc. cit.*, p.214

⁹⁹⁷ Marcou Gérard, La notion juridique de régulation, *AJDA*, 2006, N°7, p.347

⁹⁹⁸ Delvolvé Pierre, *Introduction in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.667

⁹⁹⁹ Lombard Martine, *La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français in La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.90

¹⁰⁰⁰ Audit Mathias, *Les autorités de régulation : la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés in Conflits des lois et régulation économique*, sous la dir. de Mathias Audit, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut, LGDJ, 2008, p.4

¹⁰⁰¹ Audit Mathias, *loc. cit.*, p.3

l'installation progressive de la concurrence sur celui-ci¹⁰⁰². Donc, la régulation apparaît comme un mode d'organisation juridique des marchés, une nouvelle forme d'intervention de l'Etat dans l'économie »¹⁰⁰³.

Les auteurs examinent l'État-régulateur comme un principe de cohésion sociale, comme la clef de voûte du développement social. « A l'époque de l'État-providence l'État assumait la responsabilité principale du développement (la régulation économique). Maintenant s'y ajoute la régulation sociale. L'État-régulateur est l'arbitre dans le jeu économique. C'est un nouveau modèle de l'État. Envisager l'Etat pour l'essentiel comme un régulateur postule d'abord que la prise en charge directe par lui d'une activité ne saurait être qu'exceptionnelle et justifiée par des considérations particulières. La régulation est donc la subsidiarité : l'intervention de l'Etat n'est légitime qu'en cas d'insuffisance ou de défaillance des mécanismes d'autorégulation sociale (suppléance), étant entendu qu'il convient alors de privilégier les dispositifs les plus proches des problèmes à résoudre (proximité) et de faire appel à la collaboration des acteurs sociaux (partenariat) »¹⁰⁰⁴.

Les missions de l'Etat-régulateur sont suivantes :

- 1) L'État-stratège (savoir et prévenir, programmer),
- 2) L'État-organisateur (l'édiction des normes, le pouvoir judiciaire),
- 3) L'État-acteur (les recherches scientifiques, les impôts)¹⁰⁰⁵.

La régulation implique une conception nouvelle du rôle de l'Etat dans l'économie : « ce rôle consisterait, pour l'essentiel, à superviser le jeu économique, en établissant certaines règles et en intervenant de manière permanente pour amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble ; par la régulation, l'Etat ne se pose plus en acteur mais en arbitre du jeu économique, en se bornant à poser des règles aux opérateurs et en s'efforçant d'harmoniser leurs actions. L'exercice de l'activité de régulation passe par le canal du droit, mais d'un droit qui ne répond plus que de manière très partielle à l'impératif de sécurité juridique »¹⁰⁰⁶.

La régulation n'a de place « que dans le droit économique, c'est une branche particulière du droit de la concurrence »¹⁰⁰⁷. Le droit de la régulation est formellement un droit délégué, un

¹⁰⁰² Gaudemet Yves, Introduction à la table ronde « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, p.14

¹⁰⁰³ Gaudemet Yves, *loc. cit.*, p.14

¹⁰⁰⁴ Chevalier Jacques, *L'Etat régulateur* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.37

¹⁰⁰⁵ Silicani Jean-Ludovic, *L'Etat régulateur : la vision prospective d'un praticien* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, pp.74-76

¹⁰⁰⁶ Chevalier Jacques, *Synthèse. Droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ?* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008, p.576

¹⁰⁰⁷ Gaudemet Yves, *loc. cit.*, p.15

droit délégué par l'Etat à un « régulateur ». « Dépouillant le langage unilatéral de la réglementation, évitant le commandement, le régulateur s'emploie à la concertation, à la persuasion, à la pédagogie, à l'exemplarité, parfois à l'avertissement ou aux « préconisations »¹⁰⁰⁸.

Parmi les traits du droit de la régulation on note que :

- C'est un droit à formation empirique. Le droit de la régulation est souvent un droit fragmenté, il fonctionne par secteur, par marché ou par type d'activité.
- C'est un droit téléologique, il est guidé par une finalité, des objectifs. Les règles ne sont pas obligatoires (recommandations, code de bonne conduite), droit mou (*soft law*). La régulation implique souvent une balance des intérêts en présence et non une simple application de la norme. Les décisions fondamentales en droit des sociétés n'impliquent-elles pas une balance des intérêts en présence grâce à l'intérêt social ou la bonne gouvernance ?
- Une des conséquences de la méthode régulatoire est une procéduralisation du droit. La régulation ne fonctionnant pas sur des normes précises, la procédure devient déterminante.
- C'est un droit à l'égard duquel la distinction public-privé perd une bonne partie de sa portée. On pourrait dire que c'est une manifestation du processus de privatisation du droit, mais les autorités sont dites, en France, « administratives ». On peut clore la question en disant que la régulation est un système mixte, ce que confirme l'existence des autorités de régulation¹⁰⁰⁹. Le concept de régulation « tend à effacer les frontières entre droit public et droit privé »¹⁰¹⁰.

« La régulation est perçue comme marquant la fin du droit public de l'économie, dans sa conception classique, puisque ce dernier pouvait être défini comme le droit de l'intervention publique dans l'économie, alors que la régulation caractérise une action se limitant à poser les règles du jeu et ne tendant plus à intervenir dans le jeu »¹⁰¹¹.

Ainsi, certains auteurs trouvent, que la régulation apparaît aujourd'hui comme un symptôme d'une transformation plus profonde du droit. « L'idée essentielle est que la norme et

¹⁰⁰⁸ Gaudemet Yves, *loc. cit.*, p.15

¹⁰⁰⁹ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, pp.111-113

¹⁰¹⁰ Lombard Martine, *La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, p.91

¹⁰¹¹ Lombard Martine, *loc. cit.*, p.89

ses destinataires font et défont ensemble la norme et ses destinataires à différents niveaux de la vie sociale, ce qui correspond aussi à l'idée de subsidiarité »¹⁰¹².

Mais d'autres auteurs ne prennent pas la régulation pour un droit nouveau. « Il est difficile de se rallier à l'idée que nous nous trouvons devant un droit nouveau ou que « régulation » signifie à présent quelque chose de complètement différent du droit public économique traditionnel »¹⁰¹³. Parfois le droit de régulation se considère comme une hypothèse¹⁰¹⁴. Dans tous cas, le rôle de l'Etat reste central : l'Etat est et doit rester le principal régulateur et « le régulateur des régulateurs »¹⁰¹⁵.

C. Les autorités administratives indépendantes

Si l'on observe les écrits francophones, on constate que « la notion de régulation qui s'y trouve la plus rependue est celle qui la fait correspondre aux nouvelles formes d'intervention publique dans une économie ouverte par les dérèglementations et privatisations, ces nouvelles formes qui s'incarnent notamment dans le travail des autorités administratives indépendantes » (AAI)¹⁰¹⁶.

« Avec les AAI de régulation on attendait l'entrée de la société civile dans le cercle de décision (1). La forme du régulateur indépendant a fait passer la société française du « colbertisme high-tech » à une sorte de « Jacobinisme régulateur ». Ces nouvelles institutions devaient mettre fin à des modes de fonctionnement bureaucratiques et administratifs (2). Les modalités de la police administrative de ces secteurs se sont éloignées du « jardin à la française bureaucratique » que doit produire en principe l'article 21 de la Constitution, grâce au monopole de l'arbitrage administratif qu'il attribue au Premier ministre (3) »¹⁰¹⁷.

Les autorités de régulation ont été créées « pour assurer la séparation de l'Etat et de l'économie »¹⁰¹⁸. En France l'expression « autorité administrative indépendante » a été utilisée pour la première fois par la loi du 6 janvier 1978 qui créait la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, mais plusieurs autorités administratives indépendantes existaient

¹⁰¹² Coppens Philippe, *Théorie de la norme et régulation* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, pp.108-109

¹⁰¹³ D'Alberti Marco, La régulation économique en mutation, *Revue du droit public*, 2006, N°1, p.237

¹⁰¹⁴ Voir : Siirainen Fabrice, « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2001, n°4, p.436

¹⁰¹⁵ Silicani Jean-Ludovic, *L'Etat régulateur : la vision prospective d'un praticien* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.77

¹⁰¹⁶ Auby Jean-Bernard, *Régulations et droit administratif* in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.211

¹⁰¹⁷ du Marais Bertrand, *Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.47

¹⁰¹⁸ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.114

déjà avant cette date : la Commission de Contrôle des Banques créée en 1941, la Commission des Operations de Bourse (1967), la Commission des infractions fiscales (1977) etc.¹⁰¹⁹

Il existe deux groupes de AAI : 1) chargées de la régulation d'un secteur d'activité (Commission de contrôle de banques, Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles, Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement, Commission de régulation de l'énergie, Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers, Commission des sondages, Conseil supérieur de l'audiovisuel, Autorité de régulation des communications électroniques et des postes, Autorité de régulation des mesures techniques) et 2) chargées de la protection des droits fondamentaux (Médiateur de la République, Commission nationale de l'informatique et des libertés, Commission d'accès aux documents administratifs, Commission nationale de contrôle des interceptions de sécurité, Commission consultative du secret de la défense nationale, Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, Commission nationale du débat public, Commission nationale des comptes de campagne, Haute autorité de santé, Agence française de lutte contre le dopage, Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, Contrôleur général des lieux de privation de liberté, Défenseur des droits.

« Les autorités administratives indépendantes sont des institutions créées par la loi, en dehors des structures administratives traditionnelles, dotées d'une large autonomie et chargées, dans un domaine déterminé, d'une mission générale de régulation ou de protection des droits fondamentaux »¹⁰²⁰.

Avec la révision du 23 juillet 2008, « un statut constitutionnel de ces autorités commence à se dessiner. Comme selon l'article 20 de la Constitution « le gouvernement dispose de l'administration », il n'était pas évident d'admettre l'existence d'autorités administratives indépendantes. Derrière l'autorité du gouvernement sur l'administration, se profile la responsabilité de l'exécutif devant le Parlement pour les actes de l'administration. L'institution d'une autorité administrative indépendante peut représenter un élément de la protection constitutionnelle des droits fondamentaux »¹⁰²¹.

Le Conseil constitutionnel a fortement encadré la possibilité de confier le pouvoir réglementaire à certaines autorités. « La Constitution confie le pouvoir réglementaire national au Premier ministre ou au Président de la République. Le Conseil constitutionnel a jugé que ces règles constitutionnelles « ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre

¹⁰¹⁹ Majone Giandomenico, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1996, pp.33-34

¹⁰²⁰ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.156

¹⁰²¹ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.157

une loi ». Mais il a précisé que cette habilitation ne pouvait porter que sur « des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu » (décisions du 18 septembre 1986 et du 17 janvier 1989). Il s'agit donc d'un pouvoir réglementaire d'application de la loi et pas d'un pouvoir autonome »¹⁰²².

Le problème de la régulation est étroitement lié au contrôle. « La multiplication d'instances de régulation accompagnant la libéralisation des marchés et la privatisation totale ou partielle d'entreprises publiques rejoignant ainsi la catégorie des autorités administratives indépendantes se caractérise par une relative faiblesse des contrôles les concernant, par contraste avec les expériences de pays anglo-saxons. Il s'agit de mettre en œuvre une voie moyenne assurant un rôle nouveau à l'Etat, qui intervient comme arbitre entre des intérêts divergents, y compris les siens lorsqu'il continue à exercer partiellement une fonction d'opérateur »¹⁰²³.

Il est vrai que « les caractéristiques de la Constitution et la tradition politique française ne prédisposent pas le Parlement à exercer un contrôle politique continu sur les autorités administratives indépendantes alors que ces dernières trouveraient une légitimité supplémentaire pour conduire leur action si s'instaurait un dialogue plus large avec les deux chambres. Par principe, les ministres ne disposent pas non plus à leur égard de pouvoir d'autorité au sens de pouvoir hiérarchique ou de pouvoir de tutelle »¹⁰²⁴. Mais le contrôle s'utilise peu, en particulier le contrôle politique. « Il est embryonnaire : en France, les textes régissant les autorités administratives indépendantes les plus importantes ont explicitement prévu la possibilité pour les commissions parlementaires de les auditionner »¹⁰²⁵. Donc, il ne reste que le contrôle judiciaire.

« La personnalité morale des institutions de régulation semble conçue essentiellement comme un moyen d'accroître leur indépendance, alors qu'elle n'est synonyme, par elle-même, ni d'indépendance de gestion, ni même toujours d'autonomie réellement accrue en matière financière. Elle n'est pas, du moins, une condition véritablement nécessaire. Elle est encore moins une condition suffisante. Dans ces conditions, d'autres voies mériteraient sans doute d'être prioritairement explorées pour asseoir plus sûrement encore, si besoin est, leur indépendance »¹⁰²⁶.

On constate, que « l'émergence d'une régulation économique indépendante crée en France un véritable choc. C'est d'abord le choc de la libéralisation économique dans un pays de tradition colbertiste. Il ne s'agit pas de condamner par principe tout transfert de propriété de

¹⁰²² Stirn Bernard, *op. cit.*, p.158

¹⁰²³ Duprat Jean-Pierre, La soumission des régulateurs à régulation, *AJDA*, 2006, №22, p.1203

¹⁰²⁴ Auberger Philippe, *La démocratie déléguée in Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.235

¹⁰²⁵ Auberger Philippe, *loc. cit.*, p.236

¹⁰²⁶ Lombard Martine, Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2005, №619, avril, p.128

l'Etat vers les acteurs privés. Mais il faut s'arrêter là où les intérêts essentiels du service public sont en cause : c'est le cas pour la Poste et pour la SNCF »¹⁰²⁷. « Avec l'indépendance des autorités de régulation, survient un deuxième choc, celui résultant de la création d'une figure échappant aux catégories traditionnelles de la séparation des pouvoirs dans l'ordre constitutionnel français »¹⁰²⁸.

D. L'Autorité de la concurrence

On va prendre un exemple d'autorité administrative indépendante. La France s'est dotée très tôt d'un organisme spécialisée en matière de pratiques anticoncurrentielles. Le décret n°53-704 du 9 août 1953 a créé la Commission technique des ententes. Loi du 19 juillet 1977 – Commission de la concurrence, l'ordonnance du 1 décembre 1986 – Conseil de la concurrence. « Les compétences du Conseil sont encore élargies dans le domaine de la concurrence et des prix : la loi du 11 décembre 1992 autorise le Conseil à appliquer le droit communautaire de la concurrence, la loi du 1 juillet 1996 élargit ses attributions contentieuses aux pratiques de prix abusivement bas »¹⁰²⁹.

La Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a créé l'Autorité de la concurrence. Cette Autorité prend la suite du Conseil de la concurrence créé en 1986. L'Autorité de la concurrence récupère la prérogative d'autoriser ou d'interdire les concentrations d'entreprises. Elle est habilitée à s'autosaisir pour exercer son pouvoir d'avis et peut émettre des recommandations destinées à améliorer le fonctionnement concurrentiel des marchés. Pour la première fois le législateur a défini la nature juridique comme « une autorité administrative indépendante ».

L'ordonnance n°2008-1161 du 13 novembre 2008 complète ce mécanisme en renforçant les moyens de l'Autorité. « La réforme développe principalement ses effets dans deux directions : une clarification du statut, de l'organisation et des missions de l'autorité administrative indépendante chargée des questions de concurrence et une nouvelle articulation entre les compétences de cette dernière et celles du ministre chargé de l'Economie »¹⁰³⁰.

« La réforme procède à une globalisation des attributions de l'Autorité. Elle se voit attribuer un important pouvoir d'émettre des avis publics à son initiative sur toute question concernant la concurrence. Elle dispose aussi d'un pouvoir de recommandation au ministre de l'Economie ou au ministre responsable d'un secteur de mise en œuvre des mesures nécessaires à l'amélioration du fonctionnement concurrentiel du marché »¹⁰³¹.

¹⁰²⁷ Fabius Laurent, *Sur la régulation économique indépendante* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006, p.241

¹⁰²⁸ Fabius Laurent, *loc. cit.*, 2006, p.242

¹⁰²⁹ Nicinski Sophie, *L'Autorité de la concurrence*, *RFDA*, 2009, n°6, p.1237

¹⁰³⁰ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.1239

¹⁰³¹ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.1240

L'Autorité de la concurrence « veille au libre jeu de la concurrence. Elle apporte son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international ». Le pouvoir de décision est transféré à l'Autorité. L'Autorité de la concurrence dispose d'un pouvoir décisionnel en matière de concentration en lieu et place du ministre de l'économie (art. 430-7-1 du code de commerce)¹⁰³².

« Si le terme « régulation » doit être interprété en son sens le plus large comme regroupant l'ensemble des prérogatives des autorités administratives sur l'économie et ses acteurs, on peut y inclure l'Autorité de la concurrence. Le sens le plus strict de « régulation » signifie une régulation sectorielle. Les missions de l'Autorité de la concurrence ne doivent pas se confondre avec celles des autorités de régulation sectorielle »¹⁰³³.

Section 2. Des concepts et catégories renouvelés

§1. La concurrence

Comme on a déjà vu, le principe de libre concurrence occupe une place centrale en droit communautaire. Depuis le 1^{er} mai 2004, la modernisation du droit communautaire de la concurrence est effective, notamment à la suite de l'entrée en vigueur du nouveau règlement n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations entre entreprises. Le droit des pratiques anticoncurrentielles – pilier de la politique communautaire en la matière¹⁰³⁴.

« La France découvre le vrai droit de la concurrence, en 1953, plus d'un demi-siècle après les Etats-Unis, en établissant un contrôle des ententes et une première AAI – la Commission technique des ententes »¹⁰³⁵.

A. La concurrence et les entreprises publiques

Bien que la concurrence soit une base de l'Europe unie, elle s'applique à la sphère publique avec la prudence. Théoriquement l'intervention de l'État dans le marché concurrentiel est possible, si : 1) l'initiative privée manque dans ce secteur du marché, et c'est pourquoi il n'y a pas de concurrence, 2) l'initiative privée n'est pas suffisante.

« L'intervention des personnes publiques dans la sphère concurrentielle n'est pas nouvelle. La loi des 2-17 mars 1791, dite « loi d'Allarde », a proclamé le principe de liberté du commerce et de l'industrie. On s'interroge en particulier sur la question de savoir si la liberté

¹⁰³² Poésy René, La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, 2009, n°7, p.351

¹⁰³³ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.1239

¹⁰³⁴ Voir : Jorda Julien, La modernisation du droit communautaire des concentrations, *AJDA*, 2005, 31 janvier, p.179

¹⁰³⁵ Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, p.124

qu'elle proclame et qu'elle entend protéger s'applique à la seule initiative privée ou également à celle des personnes publiques »¹⁰³⁶.

« Le droit communautaire tend à mettre en question la liberté dont disposent les personnes publiques pour s'organiser. Ce droit n'interdit ni n'impose aucune modalité particulière d'organisation. Cependant, certains choix d'organisation se traduisent par l'obligation de respecter des contraintes particulières – c'est le cas lorsque des personnes publiques souhaitent externaliser certaines tâches en créant des organismes ou en faisant appel à des organismes existants »¹⁰³⁷.

Le droit communautaire reste en principe neutre : une personne publique peut librement décider d'exercer une mission « en interne », même économique (CJCE, 11 janvier 2005, *Staadthalle*). « Cette neutralité de principe s'accompagne d'une extrême vigilance sur les risques de distorsion de concurrence. Pour qu'un organisme public qui exerce des activités concurrentielles ne profite pas d'avantages qui résulteraient pour lui de sa qualité de personne publique, une séparation fonctionnelle ou comptable des activités concurrentielles et non concurrentielles et de strictes obligations de transparence sont souvent imposées »¹⁰³⁸.

Le droit communautaire permet notamment aux personnes publiques de créer des opérateurs (établissements publics, associations, sociétés) en vue de faire appel à eux pour accomplir des tâches qu'elles souhaitent externaliser. « Le problème vient de ce que le droit communautaire ne reconnaît aux personnes publiques la faculté d'avoir, avec les opérateurs externes qu'elles ont créés, des relations libres, c'est-à-dire non soumises aux obligations procédurales qu'impose le principe de concurrence dont s'inspire le droit des contrats publics, qu'à de très strictes conditions »¹⁰³⁹.

« La liberté de la personne publique reste totale, au regard du droit communautaire, si l'organisme qu'elle a créé et/ou auquel elle s'adresse n'est pas un opérateur économique engagé sur un marché concurrentiel. Le droit interne va plus loin car il ne fait pas de différence selon que l'opérateur externe est ou non chargé exclusivement gérer des services publics administratifs »¹⁰⁴⁰.

Le plus souvent, « l'opérateur que la personne publique a créé et/ou auquel elle s'adresse devra être regardé comme un opérateur économique : le droit communautaire interdit alors en

¹⁰³⁶ Lemaire Christophe, Les avantages concurrentiels des personnes publiques, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2004, N°613, octobre, p.404

¹⁰³⁷ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse, *AJDA*, 2006, 16 janvier, p.68

¹⁰³⁸ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, *loc. cit.*, p.68

¹⁰³⁹ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, *loc. cit.*, p.69

¹⁰⁴⁰ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, *loc. cit.*, p.69

principe à la personne publique de faire appel à lui sans le mettre en concurrence, notamment dans le cadre d'un marché public ou d'une concession »¹⁰⁴¹.

La jurisprudence française le confirme. Par exemple, les activités économiques d'un établissement public administratif peuvent être sanctionnées par l'Autorité de la concurrence, sous le contrôle du juge judiciaire, même lorsque les pratiques anticoncurrentielles ont été commises dans le cadre de l'exécution d'un marché public (Tribunal des conflits, 4 mai 2009, *Société Editions Jean-Paul Gisserot c/ Centre des monuments nationaux*, note Gabriel Eckert¹⁰⁴²).

Il y a cependant deux exceptions à ce principe général. « Si l'opérateur que la personne publique a créé et/ou auquel elle fait appel est un prestataire de services qui bénéficie de droits exclusifs, la personne publique retrouve toute sa liberté pour contracter (1) et lorsque la personne publique entretient avec l'opérateur externe qu'elle a créé et/ou auquel elle s'adresse des relations telles qu'elles peuvent être assimilées à des relations *in house* (lorsque l'opérateur externe peut être assimilé à un service interne) (2). Mais il n'y a relation *in house* que si l'opérateur que le pouvoir adjudicateur a créé et/ou auquel il fait appel est un organisme dédié. Si un opérateur externe est « dédié », il peut être regardé comme un opérateur hors du jeu concurrentiel »¹⁰⁴³.

Il existe « un important pan entier du droit communautaire qui s'applique indifféremment aux entités publiques et aux acteurs privés : c'est le droit de la concurrence, qui régit les activités économiques publiques comme les activités économiques privées »¹⁰⁴⁴.

B. Le droit public de la concurrence en France

Depuis le milieu des années quatre-vingt-dix, « le juge administratif français a inclus dans le bloc de légalité administrative le droit de la concurrence, issu du droit communautaire et de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, mais aussi des principes plus prétoriens comme celui de libre concurrence. Donc le juge administratif a appliqué le droit de la concurrence aussi bien à l'activité d'opérateur public sur le marché qu'à la puissance publique dans son rôle de décideur »¹⁰⁴⁵. Quant à la typologie, le droit de la concurrence est tout d'abord appliqué aux décisions prises par les opérateurs publics définissant leur propre comportement sur un marché concurrentiel ou aux décisions des autorités de tutelle des entreprises publiques ; toutes les activités de police économique au sens large, qui ont, a priori, un impact sur l'accès au marché

¹⁰⁴¹ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, *loc. cit.*, p.70

¹⁰⁴² AJDA, 2009, n°27, p.1490

¹⁰⁴³ Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, *loc. cit.*, p.71

¹⁰⁴⁴ Auby Jean-Bernard, *La distinction du droit public et du droit privé in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.296

¹⁰⁴⁵ Nicinski Sophie, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, *AJDA*, 2004, 12 avril, p.751

concurrentiel en ce que les personnes publiques sont compétentes pour autoriser certaines activités ou délivrer des agréments ; les commandes publiques ; l'organisation d'un service public par voie unilatérale ou contractuelle ; les interventions de l'Etat n'ayant pas a priori un objet économique, mais comportant des effets concurrentiels plus ou moins explicites ; l'activité de gestion du domaine public ; les décisions de police n'ayant aucun objet concurrentiel ou interventionniste, les mesures fiscales ou budgétaires, les actes portant création d'une autorité administrative¹⁰⁴⁶.

« Le droit public de la concurrence est un ensemble de règles de droit destinées à assurer, maintenir et préserver une libre concurrence entre opérateurs, et applicables à tout acte ou activité administratifs ayant un effet explicite ou implicite sur la concurrence »¹⁰⁴⁷.

Sophie Nicinski donne les facteurs d'autonomie d'un droit public de la concurrence. Le premier facteur est le corps de sources original. Les règles mises en œuvre par le juge administratif allient à la fois des principes anciens du bloc de légalité administrative et des règles issues du droit privé (et communautaire) de la concurrence. L'originalité tient au fait que le clivage droit public / droit privé semble dépassé par l'émergence de principes nouveaux, comme celui de libre concurrence. Les principes de la liberté d'entreprendre et de la liberté du commerce et de l'industrie ont pu former un noyau dur du droit public de la concurrence¹⁰⁴⁸.

Le deuxième facteur d'autonomie réside dans le raisonnement du juge administratif qui n'hésite pas à saisir le Conseil de la concurrence pour avis, lorsqu'il s'agit de délimiter un marché pertinent, de déterminer l'existence d'une position dominante ou d'une entente illicite. Il utilise les instruments et le vocabulaire du droit de la concurrence, mais s'abstient de faire usage d'un raisonnement économique¹⁰⁴⁹. Pourtant le juge administratif pratique en réalité parfaitement le raisonnement économique. Par exemple, en matière de concentrations d'entreprises, cela fait bien longtemps que le juge administratif contrôle les décisions ministérielles. On pourrait affirmer, au contraire, que le juge administratif n'a pas à adopter un raisonnement économique, parce qu'il doit raisonner en termes de « logique étatique » et d'autorité publique. Ce n'est pas le comportement des opérateurs qui est jugé, mais une manifestation de volonté de la puissance publique. Ce n'est pas la pratique des opérateurs qui est directement appréciée, mais les risques que comporte une décision publique sur la libre concurrence, à concilier avec l'ensemble des missions à la charge des autorités publiques¹⁰⁵⁰.

¹⁰⁴⁶ Voir plus : Nicinski Sophie, *loc. cit.*, pp.751-752

¹⁰⁴⁷ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.752

¹⁰⁴⁸ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.753

¹⁰⁴⁹ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.754

¹⁰⁵⁰ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, pp.754-755

Le troisième facteur d'autonomie relève des tempéraments apportés au droit privé et communautaire de la concurrence¹⁰⁵¹.

En même temps « il y a les obstacles à l'autonomie notamment la répartition des compétences mal maîtrisée. Le Tribunal des conflits avait cependant mis en avant un critère pertinent : les décisions par lesquelles les personnes publiques assurent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, et les pratiques qui en sont indissociables, relèvent de la compétence de la juridiction administrative¹⁰⁵². En effet, seules les pratiques détachables de l'acte, c'est-à-dire qui n'en sont pas indissociables, ou qui n'en découlent pas nécessairement, devraient demeurer dans la sphère de compétence du Conseil de la concurrence. Il n'en est rien »¹⁰⁵³.

« Si le droit public de la concurrence permet de juger par anticipation le comportement des opérateurs économiques, c'est avant tout à travers le prisme de la décision publique, qui est la seule en cause au stade de l'examen par le juge administratif »¹⁰⁵⁴.

« Le contentieux de l'excès de pouvoir ne permet pas au juge administratif de sanctionner pécuniairement les pratiques illicites »¹⁰⁵⁵.

« La banalisation de l'opérateur public sur le marché est due à de multiples facteurs qui ne trouvent pas nécessairement leur origine dans le fait que le juge administratif applique le droit de la concurrence. La spécificité de l'organisation et du fonctionnement des entreprises publiques est aujourd'hui réévaluée »¹⁰⁵⁶. En même temps il reste l'insaisissabilité des biens des personnes publiques, le statut d'établissement public qui s'oppose à l'application de la législation sur les faillites, la proximité organique entre les dirigeants de certains opérateurs et l'acheteur public. Tout cela influence une nouvelle conception de la décision publique. « Le droit de la concurrence impose à la décision publique trois types d'obligations. Tout d'abord les personnes publiques ne doivent pas entraver la libre concurrence. Ensuite, elles ne doivent pas favoriser ou engendrer une pratique anticoncurrentielle. Enfin, elles doivent rétablir la libre concurrence lorsqu'elles en ont l'occasion »¹⁰⁵⁷.

« Le droit public de la concurrence peut se définir comme le droit de l'influence de l'administration sur le jeu de la concurrence et plus particulièrement sur les pratiques anticoncurrentielles. Il juge l'action de l'administration au regard de ses missions d'intérêt général et non uniquement le comportement des opérateurs économiques touchés par la décision

¹⁰⁵¹ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.755

¹⁰⁵² Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.755

¹⁰⁵³ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.756

¹⁰⁵⁴ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.756

¹⁰⁵⁵ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.757

¹⁰⁵⁶ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.758

¹⁰⁵⁷ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.759

administrative. C'est un droit de l'action étatique et non du comportement d'opérateurs privés. Pour cette raison, il se distingue du droit privé de la concurrence »¹⁰⁵⁸.

C. Les particularités du droit français de la concurrence

Le droit français de la concurrence garde quand même certains traits originaux. « La distinction du droit national peut être située dans une tradition d'interventionnisme économique, de source étatique ou publique, qui a permis de délimiter et de nuancer certaines règles du droit commun. Pour autant, les liens du marché et de l'Etat imprègnent toute la conception d'un droit public dont les théories des prérogatives de puissance publique ou du service public constituent un aspect. En particulier, l'intérêt général fut très tôt confronté à la liberté économique. Aussi la source de légalité que constitue aujourd'hui la concurrence est-elle appréhendée sous l'angle de l'intérêt commun »¹⁰⁵⁹.

Le nouveau droit des concentrations « entérine l'importance d'une notion figurant au cœur du balancement entre intérêt national, intégration européenne et commerce international »¹⁰⁶⁰. « Le droit français continu d'afficher une spécificité en ce que celui-ci reconnaît l'intérêt de tenir compte du progrès économique et social et, de manière presque paradoxale eu égard au droit communautaire, de la compétitivité des entreprises en cause au niveau international »¹⁰⁶¹.

Afin de ne pas fausser la concurrence, le tribunal administratif de Caen (décision du 15 novembre 2005, *Préfet de l'Orne*) a décidé que l'attribution d'une concession de distribution de gaz à Gaz de France nécessite une procédure de mise en concurrence. Donc aucun motif d'intérêt économique général ne permet l'attribution directe d'une concession de gaz¹⁰⁶². « La question de la participation des pouvoirs publics au contrôle de la concurrence reste importante. L'ensemble des modalités du contrôle administratif évolue, notamment sous l'effet des nombreux aménagements procéduraux effectués en droit des pratiques anticoncurrentielles »¹⁰⁶³.

En France, le ministre de l'Economie conserve d'importants pouvoirs de régulation en matière de concurrence économique malgré la création, en 1986, d'une autorité prétendument indépendante, le Conseil de la Concurrence. « Le ministre a toujours le dernier mot dans les questions relatives aux fusions et aux acquisitions, et le pouvoir d'enquêter sur les pratiques anticoncurrentielles est toujours entre les mains du gouvernement »¹⁰⁶⁴.

¹⁰⁵⁸ Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, p.14

¹⁰⁵⁹ Jorda Julien, La modernisation du droit communautaire des concentrations, *AJDA*, 2005, 31 janvier, p.180

¹⁰⁶⁰ Jorda Julien, *loc. cit.*, p.180

¹⁰⁶¹ Jorda Julien, *loc. cit.*, p.183

¹⁰⁶² *AJDA*, 2006, №5, p.267

¹⁰⁶³ Jorda Julien, *loc. cit.*, p.180

¹⁰⁶⁴ Majone Giandomenico, *op. cit.*, p.135

La réforme récente de la législation a européanisé encore plus le droit national dans cette sphère. « Le maintien de la compétence de l'autorité politique pour le contrôle des concentrations demeurerait une anomalie dans l'architecture d'ensemble du modèle français de la régulation de l'économie au sens large. En effet, la régulation de l'économie repose sur la conjonction de plusieurs fonctions. On distingue d'une part des fonctions de direction, d'impulsion, d'incitation dont le moyen d'action privilégié demeure l'édiction de normes générales et impersonnelles en matière économique ou fiscale, par l'édiction de documents plus prospectifs. D'autre part, la régulation de l'économie passe aussi par des fonctions de contrôle sur la structure (concentrations) ou le fonctionnement du marché (pratiques anticoncurrentielles). Idéalement, il conviendrait de confier la direction de l'économie aux administrations centrales, dont le ministre de l'Economie est une institution clé, et de réserver les fonctions de contrôle à des autorités spécialisées dans un secteur ou dans un domaine transversal (droit de la concurrence), autorités qui demeurent en tout état de cause des administrations de l'Etat. La réforme du contrôle des concentrations n'est qu'une étape dans ce processus, puisque le ministre de l'Economie conserve encore certaines fonctions de contrôle (L.442-6, L.540-1, L.464-9) »¹⁰⁶⁵.

« Le ministre chargé de l'économie dispose d'un important pouvoir d'évocation d'une opération pour des motifs d'intérêt général incluant notamment l'impact social de l'opération. Il n'est pas impossible qu'une décision ministérielle d'interdiction d'une concentration pour motif d'intérêt général soit considérée comme contrevenant à la liberté protégées par le traité CE. Finalement, la réforme ne limite pas la faculté d'intervention du ministre, qui pourrait donc théoriquement revenir sur une concentration autorisée, mais, selon nous, à charge pour lui d'invoquer un motif euro-compatible »¹⁰⁶⁶.

En même temps, les économistes trouvent, que « le droit communautaire de la concurrence ne peut réellement entrer en conflit avec les droits nationaux puisque les instances de régulation chargées d'appliquer le droit de la concurrence appliquent le droit communautaire. Mais il peut naturellement entrer en conflit avec les droits nationaux qui le tangent fréquemment comme le droit du travail ou le droit de l'environnement »¹⁰⁶⁷.

§2. Le secteur public

A. Les changements dans le secteur public. Le service public

Il est connu, que le secteur public diminue systématiquement dans tous les pays, y compris en France. Par exemple, à partir du 1 avril 2006 les transports ferroviaires ont été

¹⁰⁶⁵ Nicinski Sophie, L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, n°6, p.1243

¹⁰⁶⁶ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.1246

¹⁰⁶⁷ Perrot Anne, *Commentaires d'une économiste in Conflits des lois et régulation économique*, sous la dir. de Mathias Audit, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut, LGDJ, 2008, p.245

ouverts à la concurrence concernant des marchandises, dès le 1 janvier 2008 – concernant des voyageurs. Le financement paraît assuré sur la durée, malgré des investissements qui se sont élevés à 2,44 milliards d’euros en 2005, soit 300 millions d’euros de plus qu’en 2004, l’endettement du groupe, de 6,3 milliards d’euros, a diminué de 1,3 milliard. La SNCF a annoncé un résultat net bénéficiaire de 1,27 milliard d’euros pour 2005, en indiquant honnêtement qu’il résultait en majorité de ventes d’actifs, mais le résultat d’exploitation a aussi augmenté de 153 à 417 millions, ce qui est plus significatif¹⁰⁶⁸.

Donc, la privatisation est la tendance la plus évidente des dernières années, que la politique européenne dicte instamment. Néanmoins, les pays-membres gardent leurs particularités et avancent plus ou moins vite. En outre, certains pays n’acceptent pas la privatisation dans les sphères étant traditionnellement publiques. Par exemple, si le principe d’interdiction de la privatisation de la police est solidement établi, sa mise en œuvre s’avère fort délicate. Par exemple, la loi 1995 d’orientation et de programmation relative à la sécurité a prévu que « les organisateurs de manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif peuvent être tenus d’y assurer un service d’ordre lorsque leur objet ou leur importance le justifie »¹⁰⁶⁹.

Les plus grandes particularités françaises sont liées à la construction-clé du droit administratif français, le service public. « Dès la fin du XIX^e siècle, service public, personne publique et droit public recouvraient le même champ. Mais cette homogénéité a disparu. D’un côté est apparu le service public industriel et commercial, placé sous un régime de droit privé (TC, 22 janvier 1921, *Sté commerciale de l’ouest africain*). D’un autre côté des personnes privées ont été chargées de missions de service public (CE, 20 décembre 1935, *Etablissement Vézia*). A partir de 1954, la notion de service public a retrouvé une place éminente en droit administratif (définitions de l’agent public, des travaux publics, des contrats administratifs) »¹⁰⁷⁰.

La notion d’entreprise s’eupéanise¹⁰⁷¹. En ce qui concerne l’influence de l’Europe sur la politique concernant le secteur public, les spécialistes remarquent qu’au moment de la signature du Traité du Rome en 1957 le secteur public occupait une importante place dans tous les pays, personne ne pensait pas de mettre cela en cause. L’article 222 (maintenant 295) a établi que le Traité ne concerne pas le régime de la propriété aux pays-membres. Jusqu’au milieu des années 80 l’Europe « n’attendait pas » au régime juridique du secteur public. En 1982, 12 pays européens avaient 14 % du PIB des entreprises publiques, 13 % des personnels et 22 % des

¹⁰⁶⁸ Voir : Delion André G., Durupt Michel, Chronique du secteur public économique, *Revue française d’administration publique*, 2006, N°118, p.368

¹⁰⁶⁹ Lemaire Elina, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, *RFDA*, 2009, n°4, p.767

¹⁰⁷⁰ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.161

¹⁰⁷¹ Voir : Coutinho de Abreu J.-M., L’eupéanisation du concept d’entreprise, *Revue internationale de droit économique*, 1995, n°1, p.16

investissements de l'économie de marché non agricole (contre 10,8 % et 14 % en conséquence en 1973).

Des changements ont suivi dans les vingt dernières années. D'une part, à partir de l'Acte Unique, les dispositions de l'article 86 sur les services d'intérêt économique général ont été mises en œuvre dans le cadre d'une approche qui a été à la fois sectorielle (directives successives sur les secteurs ouverts à la concurrence : transports, Télécommunications, énergie, poste) et générale (communications de la commission sur les SIEG en 1996 et en 2000, livre vert puis livre blanc de la commission sur les services d'intérêt général en 2003 et 2004, article 7D devenu 16 introduit dans le traité à Amsterdam). D'autre part, la pratique et la jurisprudence sur les aides d'Etat se sont développées et sophistiquées. « La Commission a été amenée à intervenir de plus en plus souvent, notamment à la demande d'entreprises privées qui contestent le comportement des Etats vis à vis des entreprises publiques »¹⁰⁷².

Jacques Fournier trouve que « l'on peut caractériser le comportement des institutions communautaires vis à vis des entreprises publiques par référence à deux orientations. La première est une volonté de banalisation. Malgré l'existence de l'article 295, permettant à l'État d'être propriétaire d'entreprises, il n'y a aucune particularité du régime juridique applicable à ces entités. Ce sont des entreprises comme les autres, soumises comme elles à la concurrence et auxquelles leur appartenance au secteur public ne confère aucun privilège. La deuxième est une suspicion de principe. Bien qu'elle soit reconnue par le traité, l'entreprise publique est de plus en plus souvent considérée comme une anomalie. L'idée sous-jacente est que, en économie de marché, l'Etat doit être régulateur et non producteur. L'existence même de l'entreprise publique crée un risque pour le jeu de la concurrence. De diverses manières on va donc encourager les Etats à s'engager dans la voie de la privatisation »¹⁰⁷³.

Jacques Fournier fait la classification des entreprises publiques du point de vue de leur position juridique et de leur rôle dans l'économie en trois grandes catégories vis-à-vis desquelles la position de principe des instances européennes peut être considérée comme plus ou moins favorable. « La première catégorie est celle des entreprises qui, au regard du droit européen lui-même, disposent légitimement d'un monopole ou de droits exclusifs. Ces situations existent au plan national (infrastructure ferroviaire, transport de l'électricité par exemple) comme au plan local (transport de voyageurs, réseaux de distribution d'eau ou d'énergie). La seconde catégorie est celle des entreprises qui sont chargées de - ou qui participent à des - services d'intérêt économique général dans des activités maintenant ouvertes à la concurrence. La plupart des grands opérateurs historiques français (EDF, GDF, SNCF, La Poste, France-Télécom) entrent

¹⁰⁷² Fournier Jacques, Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union Européenne, *Revue juridique de l'entreprise publique*, 2005, avril, N°619

¹⁰⁷³ Fournier Jacques, *loc. cit.*

dans cette catégorie. Dans la troisième catégorie entrent les autres entreprises. Ici, au delà des termes du texte toujours en vigueur de l'article 295, l'attitude des instances européennes passe très clairement au registre de la défaveur. De telles entreprises sont considérées comme des exceptions, peu souhaitées, et dont on encourage la disparition sauf peut-être pour des activités qui seraient considérées par les Etats comme tout particulièrement stratégiques »¹⁰⁷⁴.

B. La politique de privatisation : pas à pas

Le processus de privatisation tend à faire disparaître les entreprises publiques du secteur concurrentiel qui n'avaient pas de mission de service public. En même temps les radios et télévisions privées, les entreprises commerciales de transport aérien, France Télécom ont des obligations de service public¹⁰⁷⁵.

Donc, le législateur a choisi la voie de la privatisation de certains établissements nationaux publics du caractère commercial, comme EDF, GDF, France Telecom. Cette privatisation a quelques variantes.

Tout d'abord, l'entreprise change son statut – EPIC se transforment en sociétés commerciales. On regroupe différents processus juridiques sous le terme générique de « transformation » des EPIC en sociétés. Il existe deux catégories de procédures. « La première, utilisée plutôt lors des premières transformations et surtout pour France Télécom, consiste à supprimer l'EPIC et à apporter l'ensemble de ses biens, droits et obligations à une nouvelle personne morale prenant la forme d'une société de droit privé. La seconde n'opère qu'un changement de forme juridique sans création de nouvelle personne morale. Il n'y a alors pas d'apport des biens, droits et obligations de l'EPIC, ni cessation d'activité, mais organisation d'une continuité juridique par le législateur »¹⁰⁷⁶. C'était la voie d'EDF et de GDF.

La pression du droit communautaire sur le statut d'EPIC apparaît comme « le facteur le plus puissant quant à l'exigence de privatisation du statut. Puissant parce que les autorités françaises ne le maîtrisent pas et parce que, fondé sur l'incompatibilité des aides publiques, il implique potentiellement d'importantes conséquences financières »¹⁰⁷⁷.

Une autre voie de la privatisation est le transfert des biens de l'établissement public au secteur privé, comme avec l'Autoroutes de France. Le tournant dans la jurisprudence marque l'arrêt du Conseil d'Etat, 27 septembre 2006, *M.Bayrou et autres, Association de défense des usagers des autoroutes publiques de France*. Par cette décision la Section du contentieux juge, en écartant la thèse du caractère transparent de l'établissement public Autoroutes de France, que

¹⁰⁷⁴ Fournier Jacques, *loc. cit.*

¹⁰⁷⁵ Voir: Stirn Bernard, *op. cit.*, p.162

¹⁰⁷⁶ Nicinski Sophie, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, *RFDA*, 2008, n°1, p.35

¹⁰⁷⁷ Nicinski Sophie, *loc. cit.*, p.36

le gouvernement pouvait privatiser par décret les sociétés mixtes d'autoroutes. Elle précise en outre la portée du 9 alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 prescrivant la propriété publique des « services publics nationaux » et des « monopoles de fait » et valide les modalités d'évaluation du prix minimal de cession des entreprises¹⁰⁷⁸. Par décrets des 2, 16 février et 8 mars 2006, le Premier ministre a autorisé le transfert au secteur privé de la propriété des participations majoritaires détenues par l'Etat et l'établissement public « Autoroutes de France » dans le capital des trois sociétés d'autoroute du Nord et de l'Est de la France (Sanef), Paris-Rhin-Rhône (APRR) et du Sud de la France (ASF). La discussion concernait l'application de l'art. 7 de la loi du 2 juillet 1986 (si la moitié du capital appartient à l'État, le législateur doit accepter la privatisation). À la date des décrets l'État avait 37,83 %, 35,11 % et 41,53 % du capital de ces trois sociétés. Mais, en tenant compte des parts appartenant aux « Autoroutes de France », l'État contrôlait réellement 75,7 %, 70,2 % et 50,4 %. Pourtant, la Section du Conseil d'État s'est référée au caractère fictif de l'établissement.

Les porteurs de la plainte affirmaient que l'exploitation des autoroutes est un service public, le monopole naturel national, donc cette activité ne peut pas d'être privatisée. Le Conseil d'État a décidé, qu'aucune société des autoroutes ne réalise pas l'activité au niveau national.

« La motivation semble marquer le souhait du Conseil d'Etat d'épouser la position du Conseil constitutionnel sur les possibilités de privatisation des « services publics nationaux ». Cette catégorie recouvre en réalité deux notions distinctes : celle que la doctrine dénomme les « services publics constitutionnels », et que la jurisprudence du Conseil constitutionnel a d'abord mis en avant : leur existence résulte du texte même de la Constitution, ce qui interdit leur privatisation ; et celle regroupant les activités désignées comme telles par le législateur, dont la privatisation est possible moyennant une intervention préalable du Parlement leur retirant cette qualité »¹⁰⁷⁹.

On va examiner la logique du Conseil Constitutionnel concernant la procédure de la privatisation. Nous rappellerons le contenu de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946: « Tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national doit devenir propriété de la collectivité ». Le Conseil constitutionnel a précisé que cette règle n'a pas de caractère limitatif : « elle impose certaines nationalisations mais n'en exclut pas d'autres, en cas de nécessité publique. Elle implique surtout que la collectivité assure elle-même les services publics nationaux. Un champ minimum est ainsi constitutionnellement imposé au service public comme au secteur public »¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁸ Landais Claire, Lenica Frédéric, *Chronique générale de jurisprudence administrative française*, *AJDA*, 2006, N°37, p.2056

¹⁰⁷⁹ Landais Claire, Lenica Frédéric, *loc. cit.*, p.2058

¹⁰⁸⁰ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.164

Le Conseil Constitutionnel a reconnu nécessaire la chaîne des lois – d’abord la participation majoritaire de l’État, ensuite la loi sur la réduction de la part, ensuite la privatisation.

« L’application de l’article 34 demande que soit déterminé le seuil à partir duquel on passe du secteur public au secteur privé. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d’Etat se sont accordés pour le fixer à la moitié du capital social. Une entreprise du secteur public est une entreprise dont la majorité du capital social est détenue par des personnes publiques ou par d’autres entreprises du secteur public (CE, 24 novembre 1978, Schwartz, Defferre et autres, 22 décembre 1982, Comité central d’entreprise de la société française d’équipement pour la navigation aérienne ; CC, décision des 19 et 20 juillet 1983) »¹⁰⁸¹.

La privatisation des aéroports de Paris (la transformation en société anonyme avec la plupart du capital de l’État) a souligné encore la question sur les services publics. La décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005 n° 2005-513 DC, *Loi relative aux aéroports*, confirme que « l’appartenance au domaine public des biens affectés à un service public n’est jamais constitutionnellement obligatoire et que seule l’est la soumission de ces biens à un régime de nature à préserver la continuité du service »¹⁰⁸².

« Il paraît acquis, au vu de cette décision :

- premièrement, que l’appartenance au domaine public d’un bien affecté au service public n’est jamais constitutionnellement obligatoire,
- secondement, que ce qui importe du point de vue constitutionnel, c’est que les biens affectés à un service public soient soumis à un régime juridique qui permettent de « garantir le respect des exigences constitutionnelles qui résultent de l’existence et de la continuité des services publics », ce régime pouvant être le régime de la domanialité publique ou un régime construit spécifiquement pour une catégorie de biens déterminés »¹⁰⁸³.

« Eu égard à l’importance du service public aéroportuaire, à son caractère très largement monopolistique ainsi qu’au caractère particulièrement irremplaçable et indispensable de la plupart des biens qui lui sont affectés, on voit mal comment ce qui vaut pour ces biens pourrait ne pas valoir pour des biens affectés à d’autres services publics »¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸¹ Stirn Bernard, *op. cit.*, p.166

¹⁰⁸² Fatôme Etienne, Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005, *AJDA*, 2006, №4, p.178

¹⁰⁸³ Fatôme Etienne, *loc. cit.*, p.179

¹⁰⁸⁴ Fatôme Etienne, *loc. cit.*, p.182

En commentant la Loi 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports, Pierre-Alain Jeanneney constate que « la question de savoir si l'activité d'Aéroports de Paris constitue un service public national fait l'objet d'appréciations divergentes »¹⁰⁸⁵.

Le caractère national des services publics s'argumente par ce que l'on assure ainsi la liberté de circulation, le monopolisme – par ce que deux grands aéroports s'unissent. Néanmoins, les discussions autour des rapports de cette loi avec l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution 1946 continuent.

« En France la transformation d'Aéroports de Paris à la société anonyme accompagnait d'un mécanisme de régulation pluriannuelle des redevances. Mais le contrat de régulation économique, signé le 6 février 2006 par le ministre des Transports et prévoyant une hausse annuelle moyenne des redevances supérieure de 3,25% à l'inflation, a été adopté malgré l'avis défavorable de la commission consultative aéroportuaire et a donné lieu à des recours contentieux qui sont actuellement pendant »¹⁰⁸⁶.

Ainsi, « l'influence du droit communautaire, en particulier de la concurrence, a concouru au passage d'un « Etat propriétaire » à un « Etat actionnaire », le standard pour apprécier si le comportement d'une autorité publique révèle une aide d'Etat ou non étant celui qu'aurait un investisseur privé avisé, ou averti, dans des circonstances similaires pour procéder à des apports de capitaux de la même importance (CJCE, 16 mai 2002, *Commission c. France*) »¹⁰⁸⁷.

On remarque ici « l'appréhension extensive de la personne publique comme opérateur économique en droit communautaire »¹⁰⁸⁸, « la dynamique expansive de la notion d'activité économique vers les secteurs traditionnellement administratifs »¹⁰⁸⁹. Concernant l'entreprise publique, dans le droit communautaire il y a une notion plus large (directive du 25 juin 1980).

C. L'influence européenne sur le service public

La conception de service public change sous l'influence européenne. « La convergence entre le droit européen et le droit national est particulièrement manifeste à propos de la gestion des services publics ou des services d'intérêt général »¹⁰⁹⁰.

L'intérêt général

¹⁰⁸⁵ AJDA, 2006, 31, p.1700

¹⁰⁸⁶ AJDA, 2006, 31, p.1699

¹⁰⁸⁷ Malvasio Florence, *Les catégories du droit administratif économique et du service public* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.749

¹⁰⁸⁸ Malvasio Florence, *loc. cit.*, p.739

¹⁰⁸⁹ Malvasio Florence, *loc. cit.*, pp.757-759

¹⁰⁹⁰ Renaudineau Guillaume, *L'intérêt général* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.311

Dans le droit européen il y a peu de références aux services publics (par exemple, l'art. 77 du Traité (maintenant l'art.71)). Les juristes français appellent cela « la quasi-absence des services d'intérêt général dans les traités initiaux. On ne saurait oublier en effet que la construction européenne est le fruit d'un traité et non d'une constitution. La construction européenne a eu pour objet de créer des solidarités et non de construire un ordre constitutionnel. La création de ces solidarités s'est faite d'abord et avant tout sous l'angle de la reconnaissance de la prééminence du marché avec comme un objectif la création d'un marché unique. L'idée des traités était donc de chercher à supprimer tous les obstacles à la construction dudit marché unique »¹⁰⁹¹.

« La reconnaissance du statut des services d'intérêt général dans l'univers juridique européen est arrivée tardivement. Traité d'Amsterdam – services d'intérêt général (l'art.16). Mais la fonction du Traité d'Amsterdam en ce domaine s'est avérée essentiellement symbolique et s'était d'ailleurs, d'une certaine manière, le but recherché.

Parallèlement, la Commission a engagé des travaux conceptuels pour essayer de définir le statut des services d'intérêt général, sans hâte et sans enthousiasme. Le Livre vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003 et le Livre blanc sur les services d'intérêt général du 12 mai 2004 apparaissent »¹⁰⁹².

L'influence du droit européen sur la notion d'intérêt général est ambivalente. « D'un côté, le droit européen participe à la remise en cause de la conception française faisant de l'Etat le seul garant de l'intérêt général, en développant une vision pluraliste où les institutions supranationales ont aussi leur place dans la définition de l'intérêt général, mais d'un autre côté le droit européen conforte la conception volontariste et il renforce le rôle du juge dans son contrôle, entraînant par là-même un renouveau de cette notion »¹⁰⁹³.

Le débat sur le projet de Constitution européenne a mis en évidence des questions fondamentales sur les principes qui gouvernent la construction européenne. « On a mis en opposition une approche libérale, même si ce terme est profondément ambigu, et une approche dite sociale. Au cœur de ce débat figure la reconnaissance de la spécificité de ce que l'on appelle, en France, les services publics, et qui, dans le jargon communautaire, est qualifié de service d'intérêt général. Le débat est éminemment politique, mais il a clairement une dimension juridique. Il s'exprime à travers des projets de texte à caractère normatif. Y aura-t-il une directive sur les services d'intérêt général ? »¹⁰⁹⁴

¹⁰⁹¹ Auby Jean-François, Une directive communautaire sur les services d'intérêt général. Etat et perspectives, *RFDA*, 2006, N°4, juillet-août, pp.779-780

¹⁰⁹² Auby Jean-François, *loc. cit.*, p.780

¹⁰⁹³ Renaudineau Guillaume, *L'intérêt général* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, pp.314-315

¹⁰⁹⁴ Auby Jean-François, *loc. cit.*, p.778

Le projet de Traité constitutionnel devait achever la reconnaissance du statut des services d'intérêt général. « Il aurait jeté les bases d'un véritable droit des services d'intérêt général au sein de l'Union européenne. Peut-être pas un droit des services d'intérêt général équivalent à ce que certains voudraient intégrer dans un droit des services publics dans des pays à économie mixte, mais en tous cas, un droit des services d'intérêt général finalement assez équilibré au regard des contraintes d'une économie de marché.

La Commission aime à dire qu'il n'est pas nécessaire de prendre des textes communautaires sur les services d'intérêt général, puisque ceux-ci relèvent de la compétence des Etats membres en application du principe de subsidiarité.

Le droit communautaire traite en fait pleinement des services d'intérêt général, mais jamais spécifiquement. La construction du droit communautaire traite en fait pleinement des services d'intérêt général, chaque fois qu'il intervient dans les marchés des domaines sectoriels, dans le droit de la concurrence, ou dans la réglementation des aides »¹⁰⁹⁵.

Le rejet du projet de Traité constitutionnel par la France et les Pays-Bas n'a pas éteint, bien au contraire, le débat sur la nécessité d'une réglementation communautaire des services d'intérêt général. Le Parlement européen, avec 18 mois de retard, a finalement mandaté fin 2005 sa Commission affaires économiques et monétaires pour préparer un avis sur le Livre blanc sur les services d'intérêt général de la Commission européenne. Le rapporteur est Bernard Rapkay (le Parti socialiste européen, Allemand)¹⁰⁹⁶.

C'est dans ce contexte que le Parti socialiste européen a constitué un groupe d'experts afin de rédiger un projet de directive-cadre et par là même, démontrer la nécessité d'un tel instrument juridique¹⁰⁹⁷.

Au sein du Parlement européen, il n'existe pas de consensus total sur le principe d'une telle directive, même si la nécessité d'organiser le fonctionnement des services d'intérêt généraliser une base juridique solide est un principe qui rencontre un certain assentiment. Le Parti populaire européen est très réservé sur le projet.

En fait, une telle directive n'a de chances réelles de voir le jour que si elle ne contrevient pas aux principes essentiels du droit communautaire et si elle n'est pas considérée comme étant un moyen, pour certains Etats, de préserver leurs monopoles publics ou leurs entreprises publiques.

En tous état de cause, il est clair que « l'absence de cadre précis sur les services d'intérêt général laissera ceux-ci à la merci de décisions de la Cour de justice, qui ne peut, compte tenu

¹⁰⁹⁵ Auby Jean-François, *loc. cit.*, p.781

¹⁰⁹⁶ Auby Jean-François, *loc. cit.*, pp.785-786

¹⁰⁹⁷ Auby Jean-François, *loc. cit.*, p.786

des principes fondamentaux du droit communautaire, qu'aller dans le sens des règles de droit pré-éminentes, c'est-à-dire celles du marché intérieur et de la concurrence »¹⁰⁹⁸.

Le service public à la française : l'histoire d'une bataille

Les spécialistes soulignent, que « la construction européenne connaît que les services publics de marché »¹⁰⁹⁹. Les documents européens utilisent deux termes principaux – le service d'intérêt général (SIG) et le service d'intérêt économique général (SIEG). Les services d'intérêt général sont au fond n'importe quels services, qui le pouvoir public donne sous le contrôle public direct ou à la base de délégation. Dans les documents européens leur statut juridique n'est pas élaboré, cela reste dans la compétence des Etats membres. Les spécialistes français s'appuient sur l'article 222 (295) du Traité de Rome, qui retire les questions du système de la propriété dans les Etats membres de la compétence de l'Union¹¹⁰⁰. Les services d'intérêt économique général ont le caractère de marché. Ils sont soumis aux règles de la concurrence et du marché intérieur.

L'écroulement des services publics contacte en plusieurs cas la politique européenne (dès les années 80 il y a la crise de la notion des services publics¹¹⁰¹). Certainement, « les modèles nationaux des services publics dans les Etats européens ne coïncidaient pas historiquement (par exemple, les monopoles nationaux en France et la décentralisation locale en Allemagne). La définition française des services publics était critiquée en Europe pour la complexité de la traduction et son « rattachement » à la conception du rôle de l'État. En Europe personne ne considère le service comme un moyen du fonctionnement de l'État »¹¹⁰². Il s'agit de « l'esprit nouveau jusqu'à reconnaître dans l'administré un usager du service public »¹¹⁰³.

Les spécialistes et les politiques français ne laissaient pas les tentatives de défendre le modèle national des services publics. Il existe une position, selon laquelle « la politique européenne concerne seulement les services publics du caractère de marché, c'est pourquoi il est proposé de développer la conception européenne des services publics »¹¹⁰⁴.

¹⁰⁹⁸ Auby Jean-François, *loc. cit.*, p.787

¹⁰⁹⁹ Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *Vers un nouvel équilibre entre besoins et marché*, Les notes de la fondation Jean-Jaurès, 2003, juillet, N°35, p.39

¹¹⁰⁰ Voir : Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *op. cit.*, pp.40-41

¹¹⁰¹ Voir : Linotte Didier, Pomi Raphaël, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} édition, 2001, p.298

¹¹⁰² Valette Jean-Paul, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses Edition Marketing S.A., coll. Le droit en questions, 2000, p.61, 65

¹¹⁰³ Thomas Yves, *Histoire de l'administration*, éditions La Découverte, 1995, p.106

¹¹⁰⁴ Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *op. cit.*, p.39

Dans les études françaises on observe la volonté de renouveler et d'adapter l'approche socialiste¹¹⁰⁵. Ses représentants proposent de fixer en Europe le droit de l'accès universel aux biens publics essentiels (l'habitation, la médecine, l'eau, l'enseignement, la sécurité)¹¹⁰⁶.

Dans les approches conceptuelles de redéfinition des services publics en France on peut mettre en relief deux tendances. La première est l'aspiration à garder la conception classique, ayant l'enrichi de nouveaux éléments. A la trilogie dégagée par Louis Roland s'ajoutent aujourd'hui de nouveaux principes, parmi lesquels figurent notamment la neutralité, la transparence, l'accessibilité, la participation ou encore la qualité¹¹⁰⁷.

La deuxième tendance est d'accepter l'approche européenne. Certains voient la solution dans le compromis des conceptions française et communautaire, où la conception française va des préférences étatiques au marché, tandis que la Communauté commence à prendre en considération les buts sociaux¹¹⁰⁸.

Alors, c'est qui a gagné ? Les Français s'acharnaient longtemps dans l'Union européenne, en défendant leur théorie de services publics ; il semblait, que la « bataille » était perdue. Cependant la revanche a été prise au moyen du référendum pour la constitution de l'Europe, quand le peuple a voté pour les services publics. Donc, la bataille n'est pas vraiment perdue...

§3. Les contrats publics

« Un contrat est de droit public à la fois parce qu'au moins une des deux parties est une personne publique et parce que le régime juridique applicable relève du droit public, ce qui signifie qu'il est autonome par rapport au Code civil et sous-tendu par l'intérêt général et que le juge administratif est compétent sur les litiges »¹¹⁰⁹.

Il existe les principaux contrats administratifs tels que les marchés publics, les conventions de délégation de service public, les conventions d'occupation du domaine public, les concessions d'aménagement, les contrats de partenariat.

A. Le contrat en droit communautaire

Les directives communautaires ont la notion de « marché public » beaucoup plus large que celle qui est retenue en droit français. « L'influence du droit communautaire se traduit par la consécration d'une catégorie de contrats à la frontière entre le droit public et le droit privé :

¹¹⁰⁵ Voir : Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *op. cit.*, p.119

¹¹⁰⁶ Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *op. cit.*, p.102

¹¹⁰⁷ Donier Virginie, Les lois du service public : entre tradition et modernité, *RFDA*, 2006, n°6, p.1219

¹¹⁰⁸ Lévêque François, *Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public in Le droit dans l'action économique*, sous la dir. de Thierry Kirat, Evelyne Serverin, Paris, CNRS éditions, 2000, p.185

¹¹⁰⁹ Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, p.25

certaines d'entre eux sont passés par des personnes de droit public, d'autres par des personnes de droit privé, mais ils obéissent à un régime juridique uniforme, proche, quant aux règles de passation, de celui applicable aux marchés publics »¹¹¹⁰.

Ce n'est pas étonnant, en effet, le droit européen devait réunir de différents systèmes, par exemple, en Allemagne les marchés publics sont les contrats privés (comme en Russie), en France ils sont les contrats publics. C'est pourquoi le droit européen s'est arrêté « au milieu », en ignorant la division traditionnelle entre droit public et droit privé.

Puis, « le droit communautaire peut venir brouiller la distinction entre l'acte unilatéral et le contrat : d'abord parce que certains principes généraux du droit communautaire sont applicables aux actes unilatéraux comme aux contrats, ensuite parce que la Cour de justice retient sa propre conception de l'acte contractuel, qui peut donc différer de la qualification retenue en droit interne.

Les directives communautaires sur les marchés publics raisonnent comme le fait le droit français et posent le principe selon lequel un marché public n'existe que s'il y a contrat (l'art 1 de la directive n°2004/18) »¹¹¹¹.

« Sous l'effet du droit communautaire, l'acte unilatéral peut donc être requalifié en contrat, le contrat peut être qualifié en acte unilatéral : c'est naturellement la notion même de contrat qui est alors atteinte puisque cela implique que le droit communautaire est susceptible d'avoir une vision différente de l'acte contractuel de cette retenue par le droit interne »¹¹¹².

La liberté des personnes morales de droit public de contracter répond à un paradoxe, en tout cas en matière de contrats et marchés publics : elle tend à mécaniquement se développer des lors que la contractualisation de l'action publique se développe elle-même, la diversité sans cesse croissante des contrats de l'administration étant la première manifestation de cette liberté ; mais, à coté de cela, elle apparaît également de plus en plus encadrée, notamment en termes de passation. « Sur ce point, si le droit interne – code des marchés publics en premier lieu – semble diminuer son formalisme avec le temps, le droit communautaire ne cesse d'étendre son emprise concurrentielle en y incluant des catégories contractuelles qui, pendant bien longtemps, en ont été exclues. Par rapport au droit français des contrats et marchés publics, cette extension du droit communautaire présente cependant un avantage : elle réduit la typologie des contrats publics à sa plus simple expression, avec les marchés publics relevant des directives 2004 d'un coté (qui englobe les concessions des travaux, qui ne sont qu'une variante des marchés publics de travaux, mais aussi les contrats de partenariat, certaines concessions d'aménagement...) et les autres

¹¹¹⁰ Noguellou Rozen, *Les catégories du droit des contrats administratifs in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010, p.682

¹¹¹¹ Noguellou Rozen, *loc. cit.*, p.684

¹¹¹² Noguellou Rozen, *loc. cit.*, p.685

contrats par ailleurs, qui sont soumis pour la plupart (s'agissant en tout cas des contrats de prestation et de gestion) aux principes issus du traité du Rome »¹¹¹³.

En général, l'influence du droit européen sur le régime juridique du contrat administratif « peut être observée sous trois angles principaux : la transparence, l'équilibre contractuel propre au contrat administratif et les rapports des tiers et du contrat administratif »¹¹¹⁴.

B. Les contrats entre les personnes publiques

La théorie des contrats administratifs parle de contrat entre la personne publique et la personne privée (physique ou morale). C'est-à-dire « le contrat représente une alternative à l'acte administratif unilatéral »¹¹¹⁵.

Lorsqu'il se trouve que le cocontractant est également une personne publique, on n'imaginait même pas que l'on puisse le soumettre à une procédure de mise en concurrence. C'était une sorte de « ligne Maginot » en la matière que les relations conventionnelles entre l'Etat et les collectivités territoriales ne relevaient pas du code des marchés publics. On connaît les grandes lignes de l'évolution qui s'est produite sur ce point.

Dans l'arrêt du 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr*, le Conseil d'Etat a jugé qu'une convention entre un établissement public intercommunal et un syndicat mixte a le caractère d'un marché public ; puis, il y a eu l'avis du Conseil d'Etat dans l'affaire *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, expliquant ce qu'exige, pour les personnes publiques, la mise en concurrence ; et enfin, c'est tout simplement l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics qui nous dit qu'un marché public est passé avec des personnes publiques ou privées. (Cette approche est très différente de l'approche russe, où le principe d'égalité et liberté contractuelle a amené aux contrats extraordinaires avec la participation des personnes publiques).

Le Conseil constitutionnel a affirmé que « aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'Etat passe des conventions avec les collectivités territoriales de la République, telles que les communes et les territoires d'outre-mer » (CC, 19 juillet 1983, *Loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie*).

Le véritable point de départ des contrats entre personnes publiques ce sont les lois de décentralisation de 1982-1983. On distingue :

¹¹¹³ Peyrical Jean-Marc, L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions, *AJDA*, 2009, n°18, p.965

¹¹¹⁴ Noguellou Rozen, *loc. cit.*, p.685

¹¹¹⁵ Waline Jean, Les contrats entre personnes publiques, *RFDA*, №2, mars-avril, p.229

1. Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales (« convention-type », contrats de plan Etat-Régions¹¹¹⁶). Gérard Marcou a proposé une typologie de ces contrats en distinguant :

- Ceux qui ont pour objet une prestation et pour lesquels se pose la question de l'application du code des marchés publics ;
- Ceux de coopération entre l'Etat et les collectivités territoriales ;
- Ceux ayant pour objet un exercice optimum des compétences des collectivités territoriales¹¹¹⁷.

2. Les contrats entre collectivités territoriales (la loi du 2 mars 1982 prévoit que les régions ont la possibilité de conclure entre elles des conventions « pour l'exercice de leurs compétence »).

« Les contrats entre personnes publiques sont devenus pratique tellement courante qu'il faut, en quelque sorte, renverser le raisonnement et se demander s'il y a encore des domaines interdits à la contractualisation »¹¹¹⁸.

« Si l'on reprend la distinction des contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales et des contrats entre collectivités, on s'aperçoit que chacune de ces deux catégories peut poser de sérieux problèmes politiques. Dans le premier cas ne s'agit-il pas d'une forme assez sophistiquée d'une tutelle qui serait exercée par l'Etat sur les collectivités ? Dans le second cas ne serait-ce pas, tout simplement, un excellent substitut aux formules institutionnelles de coopération ? »¹¹¹⁹

Il y a, naturellement, des domaines qui sont exclus de la contractualisation (les domaines « hors contractualisation »).

En ce qui concerne les contrats passés par l'Etat, « il y a tout d'abord le bon vieux principe que la police administrative ne peut jamais faire objet d'un contrat. Ce qui est impossible c'est que le contrat puisse se substituer au règlement mais, par exemple, des opérations matérielles de sauvetage peuvent parfaitement être confiées à un délégataire. Il nous semble également que l'exercice des prérogatives régaliennes de l'Etat (Justice, Défense, Monnaies, ou du moins ce qu'il en reste) ne doit pas pouvoir faire l'objet d'un contrat. Par ailleurs, il existe des matières soustraites au contrat de par l'effet de la loi. Enfin, lorsqu'une autorité a reçu un pouvoir réglementaire pour aménager une institution, elle ne peut pas lui substituer une action reposant sur le recours au contrat.

En ce qui concerne les contrats entre collectivités territoriales, il n'y a pas de limites au recours au système contractuel »¹¹²⁰.

¹¹¹⁶ Waline Jean, *loc. cit.*, p.230

¹¹¹⁷ Marcou Gérard, Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs, *AJDA*, 2003, n°19, p.982

¹¹¹⁸ Waline Jean, *loc. cit.*, p.231

¹¹¹⁹ Waline Jean, *loc. cit.*, p.233

¹¹²⁰ Waline Jean, *loc. cit.*, p.231

Est-ce que les contrats entre les personnes publiques sont des contrats originaux ? Cette question est ambiguë, en particulière en ce qui concerne les contrats-plans. Pour le législateur ce sont des contrats (l'art. 2 de la loi du 29 juillet 1982). Mais le Conseil d'Etat a prie l'arrêt du 25 octobre 1996, *l'Association Estuaire-Ecologie* : « le contrat de plan n'emporte, par lui-même, aucune conséquence directe quant à la réalisation effective des actions ou opérations qu'il prévoit ».

« Donc le contrat de plan peut revêtir une nature contractuelle à la condition qu'il contienne des clauses suffisamment précises et ayant, de ce fait, une force obligatoire.

Dans les contrats entre personnes publiques, on peut constater l'élimination de certaines règles applicables aux autres contrats administratifs. Par exemple, l'arrêt *Département de la Moselle*, CE, 31 mars 1989. Il y avait un contrat entre le préfet de la Moselle et le président du conseil général avec la liste des opérations faites par le département aux frais de l'État (l'annexe au contrat). Dans un an le président du conseil général a changé cette liste lui-même. Le préfet s'est adressé au tribunal. Le Conseil d'État a décidé que l'annexe au contrat peut changer seulement selon l'accord, le juge a droit d'imposer la sanction.

Il y a un exemple de la clause du contrat interdit pour les personnes publiques : la jurisprudence du Conseil constitutionnel interdit que les collectivités puissent désigner, par convention, l'une d'entre elles comme « chef de file » pour l'exercice d'une compétence partagée. Pour le juge constitutionnel, c'est au législateur, qu'il revient de définir les pouvoirs et les responsabilités afférents à la fonction de chef de file (CC, 26 janvier 1995, *Loi d'orientation pour l'aménagement et le développement du territoire*) »¹¹²¹. Finalement, la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 a réglé le problème (art.72, 5 al. de la Constitution).

C. Certaines caractéristiques de contrats publics

Le constat du désordre des contrats publics qui tient essentiellement à trois causes : l'émiettement du droit, la complexité de celui-ci et la sévérité du juge¹¹²². Il y a plusieurs types des contrats, mais ils ne sont pas classifiés. « L'intérêt général n'est plus le critère du contrat administratif, il n'est même plus la raison d'être des contrats administratifs »¹¹²³.

L'expression de « commande publique » est apparue en doctrine avant d'être reprise dans l'article 1^{er} du code des marchés publics par le décret du 7 mars 2001. Mais elle n'était alors qu'un synonyme de la notion de marché public. On parle de l'émergence d'un droit commun de la commande publique¹¹²⁴.

¹¹²¹ Waline Jean, *loc. cit.*, p.233

¹¹²² Voir : Eckert Gabriel, *Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics*, RFDA, №2, mars-avril, p.239

¹¹²³ Gartner Fabrice, *Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général*, RFDA, №1, janvier-février, p.19

¹¹²⁴ Voir: Eckert Gabriel, *loc. cit.*, p.241

« L'émergence d'un droit commun des contrats publics et la généralisation des principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures constituent un progrès en ce qu'elles participent d'un utile encadrement de la puissance publique, limitent les risques de faussement du marché et opèrent une certaine harmonisation des procédures. Pour autant, un risque sérieux existe : celui que ce droit se construise par transposition pure et simple du droit des marchés publics. Si cela a parfois été le cas de l'évolution des contrats administratifs, une telle solution aboutirait à rigidifier de manière excessive les instruments juridiques de l'action publique »¹¹²⁵.

Le pouvoir de contrôle ne caractérise pas les contrats administratifs : « il n'a jamais été consacré par le juge comme « règle générale » de ces contrats bien que majoritairement la doctrine le considère ainsi. Alors que le pouvoir de résiliation unilatérale d'un contrat qui ne correspond plus aux besoins du service public est clairement reconnu par le Conseil d'Etat en 1958 (2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*) comme un pouvoir qui appartient à l'administration « en tous état de cause, en vertu des règles applicables aux contrats administratifs » et qu'il en est de même du pouvoir de modification unilatérale qui relève des « règles générales applicables aux contrats administratifs », le pouvoir de contrôle des autorités administratives sur leurs cocontractants n'a pas reçu une telle qualification par la jurisprudence »¹¹²⁶.

« Nul n'ignore qu'un contrat conclu par une personne publique et une personne privée est administratif s'il entre dans le champ d'application de l'une au moins des quatre solutions jurisprudentielles suivantes : s'il confie l'exécution d'un service public, s'il constitue l'une des modalités de l'exécution d'un tel service, s'il contient une ou plusieurs clauses exorbitantes, s'il est soumis à un régime exorbitant. L'arrêt *Institut européen d'archéologie sous-marine*, 25 juillet 2008, confirme que cette grille d'analyse est parfaitement applicable aux contrats conclus et exécutés à l'étranger »¹¹²⁷.

Selon l'arrêt du Conseil d'Etat, *Société Colas Djibouti*, 4 juillet 2008, « dès lors que le droit communautaire ne semble pas applicable à de tels contrats conclus en dehors de son territoire, la directive marchés publics ne valant que pour « la passation de marchés conclus dans les Etats membres », et dans le silence du code des marchés publics, le Conseil d'Etat a pu choisir de confirmer sa jurisprudence traditionnelle. Il adapte ainsi sa compétence extraterritoriale aux exigences supposées d'une bonne gestion administrative »¹¹²⁸.

¹¹²⁵ Eckert Gabriel, *loc. cit.*, p.244

¹¹²⁶ Roblot-Troizier, Agnès, Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, *RFDA*, 2007, n°5, p.990

¹¹²⁷ Melleray Fabrice, La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises, *RFDA*, 2008, n°6, p.1124

¹¹²⁸ Melleray Fabrice, *loc. cit.*, p.1126

D. L'arbitrage et les contrats publics

En droit public, l'arbitrage est en principe interdit. Les personnes morales de droit public ne peuvent pas faire les compromis (CE, 13 déc. 1957, Société nationale de vente au surplus). Pourtant ce principe n'ayant pas valeur constitutionnelle (CC, 2 déc. 2004, n°2004-506 DC), « le principe de prohibition de l'arbitrage n'est en effet qu'un principe général du droit, et rien n'interdit qu'il y soit dérogé par des dispositions législatives expresse »¹¹²⁹.

On citera l'art. L.2060 du code civil : « On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public. Toutefois, des catégories d'établissements publics à caractère industriel et commercial peuvent être autorisées par décret à compromettre ».

Telles exceptions ont été faites par les lois pour la SNCF et la Poste. En plus, les EPIC peuvent faire l'arbitrage international.

En général, la législation se développe en voie d'élargissement des possibilités de l'arbitrage. C'est l'influence européenne et un nouveau trait du droit post-moderne, droit négocié. Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat contient l'art.11, I), où est prévu que le contrat peut contenir la clause aux modalités de prévention et de règlement des litiges et aux conditions dans lesquelles il peut, le cas échéant, être fait recours à l'arbitrage, avec application de la loi française.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat fait de l'arbitrage un dispositif facultatif et non une véritable obligation. Les auteurs disent que cette facilité n'est pas offerte pour les autres types de contrats publics, et c'est « le grand oublié »¹¹³⁰.

« L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques n'est plus un tabou : en témoigne de manière éclatante le rapport qui a été remis au garde des Sceaux sur ce sujet le 27 mars 2007 »¹¹³¹. Il existe les projets de réforme qui autorisent les personnes publiques à recourir à l'arbitrage pour régler les litiges nés d'un contrat et opposant les cocontractants. Mais « pour l'heure, le moyen privilégié de règlement des litiges reste le recours au juge étatique »¹¹³².

« Alors que dans le droit actuel le critère de l'interdiction du recours à l'arbitrage est essentiellement personnel, l'ouverture du recours à l'arbitrage projetée au premier plan la

¹¹²⁹ Courrèges Anne, Verot Célia, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux, *RFDA*, 2007, n°3, p.489

¹¹³⁰ Chahid-Nourai Noël, Lawerges Romaric, La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, *AJDA*, 2009, n°35, p.1925

¹¹³¹ Courrèges Anne, Verot Célia, *loc. cit.*, p.489

¹¹³² Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, pp.318-319

question de la qualification du contrat, puisque c'est d'elle que va dépendre le régime de l'arbitrage : application du droit privé au fond et des règles du code de procédure civile à l'arbitrage si le contrat est de droit privé ; application du régime de droit administratif au fond et à l'arbitrage de règles de procédures qu'il reviendrait à un décret de fixer, si le contrat est administratif »¹¹³³.

E. Le partenariat public-privé

La notion de partenariat public-privé (PPP)

Le partenariat public-privé est une réalité très ancienne en France, il occupe une place centrale dans de nombreux secteurs de l'action publique, notamment au niveau local. Mais « la plasticité du terme partenariat a longtemps conduit à ignorer le concept en raison de la diversité des formes dans lesquelles il se concrétise »¹¹³⁴.

« Les PPP sont des accords de collaboration reposant sur un engagement mutuel (en sus de celui couvert par un contrat) entre une organisation du secteur public et une organisation en dehors de ce secteur public »¹¹³⁵. « Le besoin d'un mécanisme contractuel et financier nouveau a déjà suscité dans le passé l'apparition d'une figure contractuelle qui a connu son heure de gloire, le marché d'entreprise de travaux publics, METP. Le contrat de partenariat a souvent été présenté comme le moyen de légaliser le METP ; il est exact que le contrat de partenariat et le METP ont des points communs et répondent en partie à un besoin identique, mais ce serait une erreur de les assimiler »¹¹³⁶.

Du point de vue de l'« administration publique traditionnelle », les PPP sont suspects car « ils affaiblissent le pouvoir décisionnel, tandis que du point de vue du nouveau management public, les partenariats à long terme sont parfois soupçonnés de mettre à mal la concurrence entre les fournisseurs potentiels »¹¹³⁷.

« Le contrat de partenariat français est né de la rencontre entre le droit comparé, la pression des grandes entreprises et les besoins d'équipement et de financement des administrations »¹¹³⁸. Quant à la définition normative, selon l'Ordonnance n°2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel

¹¹³³ Marcou Gérard, *L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français* in *Le contrôle des marchés publics. Perspectives internationales et européennes*, sous la dir. de G.Marcou, L. Folliot-Lalliot, Paris, Bibliothèque de l'Institut Tunc, 2009

¹¹³⁴ Sadran Pierre, *Le partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique*, *Revue internationale des sciences administratives*, 2004, n°2, p.253

¹¹³⁵ Bovaird Tony, *Les partenariats public-privé : des notions contestées à une pratique observée*, *Revue internationale des sciences administratives*, 2004, n°2, p.216

¹¹³⁶ Richer Laurent, *Le contrat de partenariat, le droit et l'économie* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, p.121

¹¹³⁷ Bovaird Tony, *loc. cit.*, p.216

¹¹³⁸ Richer Laurent, *loc. cit.*, p.115

l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public, ainsi que tout ou partie de leur financement à l'exception de toute participation au capital. Il peut également avoir pour objet tout ou partie de la conception de ces ouvrages, équipements ou biens immatériels ainsi que des prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée.

A présent, « les contrats de partenariat font l'objet d'importantes réformes dans la loi du 17 février 2009 sur l'accélération de l'investissement public et privé. Le régime de cession des créances nées de la rémunération d'un contrat de partenariat est amélioré »¹¹³⁹.

Il faut aussi mentionner, que les questions de PPP sont liées à la politique de « bonne gouvernance ». « L'évaluation des PPP s'est largement limitée jusqu'à présent aux questions liées à leur efficacité, à leur coût par rapport aux autres mécanismes de politique publique disponibles et à leur gouvernance d'entreprise. Il sera également essentiel, à l'avenir, de les soumettre à des tests plus contraignants afin de savoir dans quelle mesure ils respectent les critères de gouvernance publique »¹¹⁴⁰.

Les PPP en droit européen

Les PPP sont un mode de délivrance des services d'intérêt général. En Europe il y a un Livre vert sur les partenariats public-privé, le 30 avril 2004. Ce Livre vert a également été perçu (essentiellement par les syndicats et le secteur associatif) comme une tentative larvée de libéraliser les services d'intérêt économique général et de rendre improbable le service des citoyens par le moyen de coopérations entre communes et entreprises privées.

« Le terme PPP se réfère en général à des formes de coopération entre les autorités publiques et les entreprises qui visent à assurer le financement, la construction, la rénovation, la gestion ou l'entretien d'une infrastructure ou la fourniture d'un service. Ces partenariats sont couramment utilisés au sein de l'Union européenne, notamment dans le domaine des transports, de la santé publique, de l'éducation, de la sécurité publique, de la gestion des déchets et de la distribution d'eau.

Le partenariat public-privé répond à un besoin d'apport de financement privé dans le secteur public. Il s'explique également par la volonté de bénéficier davantage du savoir-faire et

¹¹³⁹ Nicinski Sophie, Le plan de relance de l'économie, *RFDA*, 2009, n°2, p.282

¹¹⁴⁰ Bovaird Tony, *loc. cit.*, p.231

des méthodes de fonctionnement du secteur privé dans le cadre de la vie publique. A ce stade, la Commission n'a pas indiqué quel type de conséquences elle entendait de cet effort conceptuel.

Les PPP s'incarnent dans des jeux d'acteurs, avec leur éthique personnelle, leur capacité différentielle à se saisir des opportunités, leurs arrières pensées, leur culture corporative ou communautaire, et les anticipations rationnelles qui les inspirent. Il ne servirait à rien de venir substituer au dogmatisme ancien du mythique « service public à la française » le nouveau fétichisme d'un partenariat public-privé idéalisé et désincarné »¹¹⁴¹.

Conclusion du Titre 2

Le droit européen a exercé la plus forte influence sur les droits nationaux dans la sphère de l'économie. Sous son influence le principe traditionnel de la liberté d'entreprendre a été transformé en principe de libre concurrence, les principes de transparence et de précaution sont apparus. L'expertocratie européenne a changé le processus de l'adoption des décisions étatiques dans le domaine de l'économie, en prévoyant les consultations actives avec le business. La politique de l'Union Européenne de réformes de l'administration d'État (le nouveau management public, la bonne administration) a conditionné le tournage de « gouvernement » vers la « gouvernance » et la régulation. Les concepts essentiels du droit public économique se sont renouvelés : c'est la concurrence qui commence à jouer le rôle principal dans l'économie et même dans les autres sphères de la vie sociale, les conceptions des services publics et des contrats publics ont gravement changé.

Conclusion de la Troisième Partie

Dans cette partie nous avons vu les tendances générales dans le droit public économique sous l'influence des facteurs globaux et européens. Malgré le fait que la Russie ne fasse pas partie de l'Union Européenne, plusieurs idées de la réformation de l'administration économique y pénètrent par le Conseil de l'Europe. En même temps, les réformes russes gardent toujours la coloration idéologique, ce qui donne le coloris spécifique de l'approche pragmatique de l'économie.

¹¹⁴¹ Sadran Pierre, *loc. cit.*, p.268

Conclusion générale

Selon les juristes français, l'affirmation du droit public économique se passe en vertu des postulats classiques du droit administratif. La plupart des auteurs ne prennent pas ce droit pour une branche du droit, il est considéré comme « une extension » du droit administratif classique. Le rôle principal dans la formulation de ses principes et des sources, des concepts et des catégories principaux appartient à la jurisprudence.

En Russie le droit public économique spécial n'existe pas, la discipline académique non plus. Les questions de la réglementation publique des relations économiques sont dispersées entre différentes branches du droit russe. Elles ne sont pas réunies, même à des fins pédagogiques. A notre avis, il était souhaitable d'étudier en Russie une discipline académique correspondante. Sur le plan historique, la formation d'une branche spéciale en matière économique a été réalisée à l'époque soviétique (le droit économique soviétique). Cependant le droit « économique » contemporain n'a rien en commun avec le droit public économique, c'est une « branche » du droit civil.

Le droit public économique contemporain se trouve sous l'influence des facteurs globaux et européens. Malgré le fait que la Russie ne fasse pas partie de l'Union Européenne, plusieurs idées de la réformation de l'administration économique y pénètrent par le Conseil de l'Europe. En même temps, les réformes russes gardent toujours la coloration idéologique, ce qui donne le coloris spécifique à une approche pragmatique de l'économie.

Ces conclusions générales permettent aussi de faire certaines observations comparatives. Dans le monde global les tendances juridiques sont étroitement reliées, il est assez difficile d'observer l'influence d'un système juridique concret. Ainsi, le droit allemand fort influençait sur les juristes russes prérévolutionnaires. Les juristes soviétiques même ironisaient à ce sujet. «La servile imitation des juristes russes bourgeois aux ceux allemands était tellement forte, que V.Gessen, par exemple, a commencé son article par la phrase suivante : « Un des canons de la jurisprudence allemande, donc – au moins pour nous - uniquement orthodoxe, annonce ...»¹¹⁴².

Maintenant l'influence du droit allemand se garde dans une certaine mesure, mais plutôt par ses conceptions introduites dans le droit européen. On peut dire la même chose de l'influence du droit français sur le droit russe.

En même temps, cette nouvelle matière juridique dont le droit européen commence à changer les systèmes juridiques nationaux. En parlant du droit administratif, il devient plus « mou », on observe partout le « départ » de l'État, son refus de la tutelle sur les régions. En

¹¹⁴² Трайнин И. О содержании и системе государственного права// Советское государство и право. 1939. №3. С.40

outre en Russie ces processus se passent même plus précipitamment qu'en France. Sous l'influence du droit européen la notion traditionnelle « les administrés » change dans les derniers actes normatifs par « les citoyens » (la loi du 12 avril 2000).

Une forte influence des processus économiques sur la politique et le pouvoir se fait sentir partout. Selon les nouveaux « standards » le pouvoir doit être transparent, compétitif. En ce qui concerne plusieurs institutions de l'État, en même temps, l'état de « la crise douce » est diagnostiqué. En outre ce processus a une ancienne histoire. Dans les années 50 du XX^e siècle la crise morale, politique et sociale était constatée. « C'est une crise chronique caractérisée par l'abaissement de l'esprit public, l'indifférence, le scepticisme, l'absence d'idéal et d'espérance commune »¹¹⁴³. Cela permet de comprendre la popularité des idées socialistes et la nécessité de l'intervention de l'État dans l'économie. En général, comme l'écrivain français le témoigne, les Français (il s'agit de la période de la Deuxième guerre mondiale) n'aimaient pas les Russes, mais non en raison des idées anticomunistes. « Au contraire, cet aspect de la chose les leur rendait plutôt sympathiques »¹¹⁴⁴.

Ces idées ont influencé l'état du droit administratif, qui est de plus en plus souvent caractérisé comme le droit de la complexité. Non seulement les facteurs extérieurs « sont coupables », la complexité augmente à l'intérieur du droit administratif. En outre, la réception de la complexité qui jamais était dans la nature du droit administratif se passe. Finalement la multitude de normes apparaît. Lutter avec la complexité dans le droit administratif on peut soit par la complexité même, soit par la simplification. Les spécialistes disent que « le droit administratif passe à la phase quand il faut quoi que l'écrire de nouveau. Ce phénomène s'appelle le postmodernisme, le néomoderne ou même l'ultramoderne »¹¹⁴⁵. Concernant le droit économique ils proposent parfois de remplacer la notion obsolète du droit économique par « le droit de la globalisation » adapté vers les tendances mondiales¹¹⁴⁶.

On sait que le droit administratif français « est né » de la jurisprudence. Le juge administratif crée plus les principes, qu'applique une norme à une situation concrète. Malheureusement, en Russie la jurisprudence administrative n'est pas assez développée, le juge ne crée pas le droit administratif, en appliquant les normes (comme dans les affaires civiles). Peut être, c'est pourquoi le droit administratif français souffre d'une faiblesse ancienne des

¹¹⁴³ Giraud Emile, *Le déclin de la fonction publique. Le socialisme sans esprit social* in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Paris, Sirey, 1956, p.264

¹¹⁴⁴ Cavanna François, *Les Russkoffs*, Paris, Belfond, 2000, p.120

¹¹⁴⁵ Caillousse Jacques, *Le droit administratif français saisi par la concurrence?* AJDA, 2000, №2

¹¹⁴⁶ Voir : Leroy Christophe, *Réflexions sur l'autonomie et la suprématie du droit économique*, *Revue internationale de droit économique*, 2000, №3, pp.402-403

notions¹¹⁴⁷, c'est son point faible. En Russie, au contraire, on dépense beaucoup d'efforts pour la création des définitions.

L'aspect constitutionnel est de plus en plus présenté dans la vie administrative. Le droit administratif comparé « oblige » d'observer plus attentivement les droits « voisins ». Le droit européen a exercé la plus forte influence sur les droits nationaux dans la sphère de l'économie.

La politique de l'Union Européenne de réforme de l'administration d'État (le nouveau management public, la bonne administration) a conditionné le passage de « gouvernement » à la « gouvernance » et à la régulation. Les concepts essentiels du droit public économique se sont renouvelés : c'est la concurrence qui commence à jouer le rôle principal dans l'économie et même dans les autres sphères de la vie sociale, les conceptions du service public et des contrats publics ont radicalement changé.

Toutes ces nouvelles approches changent le contenu du droit administratif et du droit public économique, ce qui conditionne leur développement ultérieur.

¹¹⁴⁷ Voir : Truchet Didier, *La structure du droit administratif peut elle demeurer binaire ? (A propos des catégories juridiques en droit administratif)* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p.455

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GENERAUX

Sources en langue française

Droit public. Droit administratif. Théorie du droit

Aubert Jean-Luc, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Armand Colin, 9^{ème} édition, 2002, 360 p.

Bourjol Maurice, *Droit administratif*. Tome 1. *L'action administrative*, Paris, Masson et C, coll. Droit – Sciences Economiques, 1972, 332 p.

Braibant Guy, Stirn Bernard, *Le droit administratif français*, Presses de sciences PO et Dalloz, 6^{ème} édition, 2002, 641 p.

Brewer-Carias Allan R., *Etudes de droit public comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1182 p.

Carbajo Joël, *Droit des services publics*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 2^{ème} édition, 1995

Debbasch Charles, *Institutions et droit administratifs*, Tome 1 «*Les structures administratives*», Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 5^{ème} édition, 1999, 364 p.

Debbasch Charles, *Institutions et droit administratifs*, Tome 2 «*L'action et le contrôle de l'administration* », Paris, Presses universitaires de France, coll. Thémis, 5^{ème} édition, 1999, 551p.

Dembour Jacques, *Droit administratif*, La Haye, Martinus Nijhoff, 2^{ème} édition, 1972, 514 p.

Duguit Léon, *Leçons de droit public général*, Paris, éditions La mémoire du droit, 2000

Duguit Léon, *Les transformations du droit public*, Paris, éditions La mémoire du droit, 1999, 285p.

Dupuis Georges, Guédon Marie-José, Chrétien Patrice, *Droit administratif*, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2002, 657 p.

Frier Pierre-Laurent, *Précis de droit administratif*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2^{ème} édition, 2003, 533 p.

Gicquel Jean, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 12^{ème} édition, 1993, 810 p.

Guglielmi Gilles J., Koubi Geneviève, *Droit du service public*, Paris, Montchrestien, coll. Domat, 2000, 585 p.

Lachaume Jean-François, Boiteau Claudie, Pauliat Hélène, *Grands services publics*, Paris, Armand Colin, coll. U, 2^{ème} édition, 2000, 454 p.

Laubadère André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, Tome 3 «*Les grands services publics administratifs*», volume 1, Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1971, 460 p.

Laubadère André de, *Traité élémentaire de droit administratif*, Tome 3 «*Les grands services publics administratifs*», volume 2 «*L'administration de l'économie*», Paris, LGDJ, 2^{ème} édition, 1971, 461-825 p.

Lavialle Christian, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996. 395 p.

Lombard Martine, Dumont Gilles, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. HyperCours, 5^{ème} édition, 2003, 542 p.

Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit des services publics*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1997, 413 p.

Mestre Jean-Louis, *Introduction au droit administratif français*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 1985, 294 p.

Richer Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 7^{ème} édition, 2010, 713 p.

Rivero Jean, Waline Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 18^{ème} édition, 2000, 540 p.

Rivero Jean, Waline Jean, *Droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 19^{ème} édition, 2002, 558 p.

Rolland Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. Petits Précis, 9^{ème} édition, 1947, 733 p.

Rouault Marie-Christine, *Droit administratif*, Gualino éditeur, 2^{ème} édition, 2004, 272 p.

Terré François, *Introduction générale au droit*, Dalloz, coll. Précis, 7^{ème} édition, 2006, 634 p.

Turpin Dominique, *Droit de la décentralisation. Principes – institutions – compétences*, Paris, Gualino éditeur, coll. Mémentos, 1998, 238 p.

Zoller Elisabeth, *Introduction au droit public*, Dalloz, coll. Précis, 2006, 230 p.

Droit public économique

Bernard Sébastien, *Droit public économique*, Paris, Litec, 2009, 182 p.

Boy Laurence, *Droit économique*, Lyon, L'Hermès, coll. L'essentiel sur droit privé, 2002, 256 p.

Champaud C., *Contribution à la définition du droit économique*, Paris, Dalloz, 1967, Chron., XXIV

Chenot Bernard, *Droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1946

Chérot Jean-Yves, *Droit public économique*, Paris, Economica, coll. CORPUS, 2002, 712 p.

Cliquennois Martine, *Droit public économique*, Paris, éditions Ellipses, coll. Universités – Droit, 2001, 272 p.

Colin Frédéric, *Droit public économique*, Gualino, coll. Mémentos LMD, 2^{ème} édition, 2008, 290p.

Colson Jean-Philippe, *Droit public économique*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 3^{ème} édition, 2001, 551 p.

Colson Jean-Philippe, Idoux Pascale, *Droit public économique*, LGDJ, 2010, coll. Manuel, 5^{ème} édition, 980 p.

Delvolvé Pierre, *Droit public de l'économie*, Dalloz, coll. Précis, 1998, 799 p.

du Marais Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, 602 p.

Eckert Gabriel, *Droit public des affaires*, Paris, Montchrestien, coll. Focus droit, 2001, 215 p.

Farjat Gérard, *Droit économique*, Paris, PUF, coll. Thémis – Droit, 2^{ème} édition, 1982, 784 p.

Farjat Gérard, *L'ordre public économique*, Paris, LGDJ, 1963 (Thèse pour le Doctorat), 543 p.

Farjat Gérard, *Pour un droit économique*, Paris, PUF, coll. Les voies du droit, 2004, 209 p.

Fourrier Charles, *Droit public économique*, Les cours de droit, 1979-1980

Hubrecht Hubert-Gérard, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, coll. Cours, 1997, 366 p.

Jacquemin Alex, Schrans Guy, *Le droit économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je?, 1970, N°1383, 128 p.

Kerninon Jean, *Droit public économique*, Paris, Montchrestien, coll. Administration économique et sociale, 1999, 233 p.

Linotte Didier, Romi Raphaël, *Droit public économique*, Paris, Litec, coll. Manuel, 6^{ème} édition, 2006, 456 p.

Linotte Didier, Pomi Raphaël, *Services publics et droit public économique*, Paris, Litec, 4^{ème} édition, 2001, 450 p.

Mescheriakoff Alain-Serge, *Droit public économique*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 2^{ème} édition, 1996, 413 p.

Moulin Richard, Brunet Pierre, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, coll. Droit des affaires, 2007, 327 p.

Nicinski Sophie, *Droit public de la concurrence*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes Droit, 2005, 230 p.

Nicinski Sophie, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Domat, 2009, 622 p.

Orsoni Gilbert, *L'administration de l'économie*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 1995, 194 p.

Piérot Robert M., *Introduction au droit public économique*, Paris, Les cours de droit, 1984-1985

Savy Robert, *Droit public économique*, Paris, Dalloz, coll. Mémentos, 1977, 2^{ème} édition, 118p.

Servoin François, *Droit administratif de l'économie*, Grenoble, Presses universitaires de Grenoble, coll. Libres - Cours, 2^{ème} édition, 2001, 342 p.

Valette Jean-Paul, *Droit public économique*, Paris, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 2002, 160p.

Vlachos Georges, *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, coll. Compact, 2^{ème} édition, 2001, 414 p.

Sources en langue russe

Административное право. Учебник под ред. Л.Л. Попова, М.С. Студеникиной. М.: НОРМА, 2008

Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая. Общие положения. М.: Статут. 1999.

Гражданское право. Часть 1. Учебник. Под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М.: Издательство ТЕИС, 1996

Елистратов А.И. Основные начала административного права. М., 1917

Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. М.: Спарк, 2001

Росинский Б.В., Старилов Ю.Н. Административное право. М.: Норма, 2009

Старилов Ю.Н. Курс общего административного права. Том второй. М.: НОРМА. 2002

Тихомиров Ю.А. Административное право и процесс. Полный курс. М., 2006

Тихомиров Ю.А. Публичное право. М., БЕК, 1995

Тихомиров Ю.А. Современное публичное право. М., Эксмо, 2008

Шершеневич Г.Ф. Общая теория права (по изданию 1910-1912 г.г.). Том 2, выпуск 2,3,4. М., изд-во Юридический колледж МГУ, 1995

Штобер Р. Хозяйственно-административное право. Основы и проблемы. Мировая экономика и внутренний рынок. Пер. с нем. М.: Волтерс Клувер, 2008

Sources en langue anglaise

Global Administrative Law. Cases, materials, issues, Sabino Cassese, Bruno Carotti, New York, IRPA, 2008

2. OUVRAGES SPECIALISES, THESES ET MEMOIRES

Sources en langue française

Albertini Jean-Benoît, *Réforme administrative et réforme de l'Etat en France. Thèmes et variations de l'esprit de réforme de 1815 à nos jours*, Paris, Economica, coll. Collectivités territoriales, 2000, 163 p.

Annales de la régulation, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, 659 p.

Arnaud André-Jean, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'Etat*, LGDJ, coll. Droit et société, 2004

Auby Jean Bernard, *La globalisation, le droit et l'Etat*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 2003, 154 p.

Barreau Jocelyne, *La réforme des PTT. Quel avenir pour le service public?* Paris, éditions La Découverte, 1995, 275 p.

Bauby Pierre, Savary Gilles, Soulage Bernard, *Vers un nouvel équilibre entre besoins et marché*, Les notes de la fondation Jean-Jaurès, 2003, juillet, N°35, 148 p.

Bernard Sébastien, *La recherche de la rentabilité des activités publiques et le droit administratif*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 218, 2001, 378 p.

Bizaguet Armand, *Le secteur public et les privatisations*, PUF, coll. Que sais-je?, 2^{ème} édition, 1992, 127 p.

Bousta Rhita, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2010

Bouveresse Aude, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, coll. Droit de l'Union européen, 2010

Brard Yves, *Domaines public et privé des personnes publiques*, Paris, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1994, 117 p.

Brault Dominique, *La gestion déléguée, un concept à promouvoir*, Paris, Institut de la Gestion Déléguée, juillet 2000, 62 p.

Canivet Guy, Frison-Roche Marie-Anne, Klein Michael (dir.), *Mesurer l'efficacité économique du droit*, Paris, LGDJ, coll. Droit et économie, 2005, 156 p.

Celier Charles, *Droit public et vie économique*, Paris, PUF, 1949

Chevalier Jacques, *L'Etat*, Dalloz, coll. Connaissance du droit, 1999, 125 p.

Chevallier Jacques, *L'Etat de droit*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1992, 160 p.

Clamour Guylain, *Intérêt général et concurrence. Essais sur la pérennité du droit public en économie de marché*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, 2006, 1044 p.

Colliard Claude-Albert, Dubouis Louis, *Institutions internationales*, Dalloz, 10^{ème} édition, coll. Précis, 1995

Colom Jacques, *La justice constitutionnelle dans les Etats du nouveau commonwealth : les cas de l'île Maurice*, éd. Economica, coll. Droit public positif, 1994

Comsa Démètre N., *La nécessité de l'intervention de l'Etat en matière économique (la sélection artificielle, cause de l'évolution sociale)*, thèse pour le Doctorat, Paris, A.Pedone, 1896, 168 p.

Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans l'Etat. Sur la démocratie en France et en Amérique*, PUF, coll. Recherches politiques, 1985, 206 p.

de Senarclens Pierre, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Paris, Armand Colin, coll.U, 4^{ème} édition, 2005, 275 p.

Delion André, *Le droit des entreprises et participations publiques*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 2003, 253 p.

Durand Guy, *Les sociétés d'économie mixte locales*, Paris, éditions Berger-Levrault, 2^{ème} édition, 2002

Fravalo Anne, *La régulation juridique dans le domaine économique*, Lille, Atelier national de reproduction des thèses, 2003

Frison-Roche Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques: légitimité et efficacité. Vol.1*, Paris, Presses de sciences de PO et Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, Droit et économie de la régulation, 2004, 205 p.

Frison-Roche Marie-Anne, Bonfils Sébastien, *Les grandes questions du droit économique. Introduction et documents*, Paris, PUF, coll. Quadrige/Manuels, 2005, 431 p.

Gaillosse Jacques, Hardy Jacques, *Droit et modernisation administrative*, Paris, La Documentation française, 2000, 123 p.

Gallouédec-Genuys Françoise (dir.), *À propos de l'administration française*, Paris, La Documentation Française, 1998, 246 p.

Gaudin Jean-Pierre, *L'action publique. Sociologie et politique*, Presses de sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2004, 243 p.

Grémion Catherine, Fraisse Robert (dir.), *Le service public en recherche. Quelle modernisation?*, Paris, La Documentation française, 1996 (juin), Commissariat général du Plan, Secrétariat d'Etat à la Recherche, 405 p.

Guédon Marie-José, *Les autorités administratives indépendantes*, Paris, LGDJ, coll. Systèmes, 1991, 142 p.

Jeannot Gilles, *Les usagers du service public*, Paris, Presses universitaires de France, coll. Que sais-je ?, 1998, №3359, 126 p.

Kirat Thierry, *Economie du droit*, éditions La Découverte, coll. Repères, 1999, 123 p.

Kirat Thierry, Serverin Evelyne (dir.), *Le droit dans l'action économique*, Paris, CNRS éditions, 2000, 238 p.

L'administration à l'écoute du public. Initiatives relatives à la qualité du service, Paris, Organisation de coopération et de développement économique, 1996, 340 p.

L'américanisation du droit, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, Tome 45, 2001, 400 p.

La corruption et le droit international, sous la dir. de Daniel Dormoy, Bruxelles, Bruylant, 2010

L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre, Paris, Sirey, 1956, 574 p.

Latournerie Marie-Aimée, *Point de vue sur le domaine public*, Paris, Montchrestien, 2004, 160p.

Lavalle V.Roberto, *La Banque mondiale et ses filiales : aspects juridiques et fonctionnement*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit international, 1972, 323p.

Lavigne Marie, Tiraspolsky Anita, *L'U.R.S.S., une économie socialiste*, Paris, Hatier, coll. Profil dossier, 1979, 79 p.

Lyon-Caen Antoine, Champeil-Desplas Véronique (dir.), *Services publics et droit fondamentaux dans la construction européenne*, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2001

Mackaay Ejan, *L'analyse économique du droit*, Les éditions Thémis, Bruylant, 2000, 319 p.

Majone Giandomenico, *La Communauté européenne: un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs Politique, 1996, 158 p.

Manfrini Pierre Louis, *Les contentieux en droit administratif économique*, Basel, Helbing and Lichtenhahn verlag AG, 1982

Marcou Gérard, Vickerman Roger, Luchaire Yves (dir.), *Le tunnel sous La Manche entre états et marchés*, Lille, Presses universitaires de Lille, 1992, 447 p.

Marty Frédéric, Trosa Sylvie, Voisin Arnaud, *Les partenariats public-privé*, Paris, La Découverte, coll. Repères, 2006, 122 p.

Massot Jean, Girardot Thierry, *Conseil d'Etat*, La documentation française, 1999

Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie, Paris, Montchrestien, 2002, 341 p.

Mélanges Maurice Hauriou, Paris, Sirey, 1929, 832 p.

Mélanges offerts à Monsieur le Doyen Louis Troabas, Paris, LGDJ, 1970, 572 p.

Mestre Jacques, Pancrazi Mari-Eve, *Droit commercial. Droit interne et aspects de droit international*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 26^{ème} édition, 2003, 1056 p.

Mockle Daniel, *La gouvernance, le droit et l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 2007

Moderniser l'Etat : la route à suivre, Paris, OCDE, 2005

Montigny Philippe, *L'entreprise face à la corruption internationale*, Paris, Ellipses, 2006, 771 p.

Moreau Defarges Philippe, *La mondialisation*, Paris, PUF, coll. Que sais-je ?, 2005, 6^{ème} édition, 127 p.

Moulin Olivier, *Les contrats de plan Etat-Région*, Paris, La documentation Française, 2002, 101p.

Mouvement du droit public. Du droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2004, 1264 p.

Nemo Philippe, *La société de droit selon F.A.Hayek*, Paris, PUF, coll. Libre échange, 1988

Ogus Anthony, Faure Michael, *Economie du droit : le cas français*, Paris, éditions Panthéon-Assac, coll. Droit comparé, 2002, 176 p.

Osman Filali (dir.), *L'organisation mondiale du commerce: vers un droit mondial du commerce?* Actes et débats de colloque, Lyon, 2 mars 2001, Bruxelles, Bruylant, 2001, 291 p.

Partenariat public-privé et collectivités territoriales, Les séminaires de la Caisse des Dépôts, Paris, La Documentation française, 2002, 295 p.

Performances des services publics locaux. Analyse comparée des modes de gestion, GREP-UNSPIC, Paris, Litec, 1990, 432 p.

Plantey Alain, *Prospective de l'Etat*, Paris, éditions CNRS, 1975, 306 p.

Plessix Benoît, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, LGDJ, éditions Panthéon – Assas, coll. Droit public, 2003, 878 p.

Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999, 587 p.

Prevedourou Eugénie, *Le principe de confiance légitime en droit public français*, Athènes, Law and Economy, 1998

Prospectives du droit économique. Dialogues avec Michel Jeantin, Paris, Dalloz, 1999, 502 p.

Putman Emmanuel, *Contentieux économique*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit privé, 1998

Ripert Georges, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, Paris, LGDJ, 1951, 354 p.

Quermonne Jean-Louis, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, coll. Clefs, 6^{ème} édition, 2005, 158 p.

Savy Robert (dir.), *L'intervention des pouvoirs publics dans la vie économique. Etude de droit comparé*. Tome 1 « Institutions et politiques », Limoges, PUF, 1978, 518 p.

Sedjari Ali, *Etat et administration. Tradition ou modernité*, Rabat, les éditions Guessous, coll. Recherches administratives, 2^{ème} édition, 1995, 192 p.

Sedjari Ali (dir.), *Etat-nation et prospective des territoires*, Paris, L'Harmattan – GRET, 1996, 350 p.

Spiliotopoulos Epamihondas P., *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en droit français*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ), coll. Bibliothèque de droit public, 1958, 165 p.

Stirn Bernard, *Les sources constitutionnelles du droit administratif*, L.G.D.J, coll. Systèmes Droit, 6^{ème} édition, 2008, 180 p.

Timsit Gérard (dir.), *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté européenne*. Actes du colloque tenu à l'Université de Paris les 9 et 10 mai 1985, Bruxelles, Institut européen d'administration publique, Bruylant, 1987, 595 p.

Thirion Nicolas, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, Bruxelles, Bruylant et Paris, LGDJ, 2002, 790 p.

Thomas Yves, *Histoire de l'administration*, éditions La Découverte, 1995, 123 p.

Troper Michel (dir.), à l'initiative de Dexia Crédit Local de France, *Interventionnisme économique et pouvoir local en Europe*, Séminaire constitutionnel tenu à Paris en 1998. Paris, Economica, coll. Droit public positif, 2000, 301 p.

Valentin Vincent, *Les conceptions néo-libérales du droit*, Paris, Economica, coll. Corpus Essais, 2002, 385 p.

Valette Jean-Paul, *Le service public à la française*, Paris, Ellipses Edition Marketing S.A., coll. Le droit en questions, 2000, 175 p.

Villain-Courrier Anne-Elisabeth, *Contribution générale à l'étude de l'éthique du service public en droit anglais et français comparé*, Paris, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2004, 723 p.

Yolka Philippe, *La propriété publique. Eléments pour une théorie*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, tome 191, 1997, 649 p.

Sources en langue russe

Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции (Москва, 28 ноября 2001 г.). М.: ИЗиСП, ГУ - ВШЭ, 2002

Административно-правовое регулирование экономических отношений. М., Академ. правовой ун-т при ИГП РАН. 2001

Веленто И.И., Елисеев В.С. Теория экономического права. Минск, Книжный дом, 2006.

Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность. М.-Л., 1948

- Гаджиев Г.А. Конституционные принципы рыночной экономики (Развитие основ гражданского права в решениях Конституционного Суда Российской Федерации). М., Юрист, 2002
- Гинцбург Л. О хозяйственном кодексе СССР (доклад, прения и заключительное слово). М.: Советское законодательство, 1933
- Договорные формы управления: постановка проблемы и пути решения. М., 1981.
- Еллинек Г. Борьба старого права с новым. Пер. с нем. М., Заратустра, 1908
- Каменский А.Б. От Петра I до Павла I: реформы в России XVIII века. М., 2001
- Каминка А.И. Очерки торгового права. М., 2002
- Комментарий к Конституции Российской Федерации. Под ред. В.Д.Зорькина, Л.В.Лазарева. М., 2009
- Комментарий к Федеральному закону «О третейских судах в Российской Федерации». Отв. ред. А.Л.Маковский, Е.А.Суханов. М.: Статут, 2003
- Комментарий части первой Гражданского кодекса Российской Федерации. М.: Редакция журнала "Хозяйство и право", фирма "СПАРК", 1995
- Концепции развития российского законодательства. М., 1998
- Курочкин С.А. Третейское разбирательство гражданских дел в Российской Федерации: теория и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007
- Кутафин О.Е. Субъекты конституционного права российской Федерации как юридические и приравненные к ним лица. М.: Проспект, 2007
- Лаптев В.В. Предмет и система хозяйственного права. М.: Юридическая литература, 1969
- Летенко А.В. Российские хозяйственные реформы. История и уроки. М., Наука, 2004
- Мартемьянов В.С. Хозяйственное право. Том 1. Курс лекций. М.: БЕК, 1994
- Мозолин В.П. Право США и экспансия американских корпораций. М., 1997
- Одинцова М.И. Экономика права. М., 2007
- Осакве К. Сравнительное правоведение в схемах: Общая и Особенная части. М.: Дело, 2002
- Осинцев Д.В. Разрешительная система в Российской Федерации. Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1995
- Публичные услуги и функции государственного управления. Под ред. А.Е.Шаститко. М.: ТЕИС, 2002
- Ру С., Повседневная жизнь Парижа в Средние века. М., 2008
- Скворцов О.Ю. Третейское разбирательство предпринимательских споров в России: Проблемы. Тенденции. Перспективы. М.: Волтерс Клувер, 2005
- Стучка П.И. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964

- Талапина Э.В. Управление государственной собственностью. СПб.: Издательство «Юридический центр Пресс», 2002
- Таль Л.С. Очерки промышленного рабочего права. М.: Московское научное издательство, 1918
- Тамбовцев В.Л. Право и экономическая теория. М., 2005
- Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2001
- Хозяйственное законодательство. Учебник. Под ред. Н.И.Клейн. М.: Юридическая литература, 1990
- Цитович П.П. Труды по торговому и вексельному праву. Т. 1: Учебник торгового права. К вопросу о слиянии торгового права с гражданским/ Электронное издание «Классика российской цивилистики» СПС Консультант плюс, 2005
- Чиркин В.Е. Юридическое лицо публичного права. М., 2007
- Шумилов В.М. Международное экономическое право. М.: Издательство НИМП, 2001
- Яковлев В.Ф. Экономика. Право. Суд. М.: МАИК «Наука/ Интерпериодика», 2003

3. CONTRIBUTIONS AUX MELANGES, COLLOQUES ET OUVRAGES COLLECTIFS

Sources en langue française

- Armand-Prevost Michel, *Quel profil pour un juge économique en France ?* in *Mélanges en l'honneur de Pierre Bézard, Le juge et le droit de l'économie*, Montchrestien, 2002
- Auberger Philippe, *La démocratie déléguée* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006
- Auby Jean-Bernard, *La distinction du droit public et du droit privé* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Auby Jean-Bernard, *Le rôle de la distinction du droit public et du droit privé dans le droit français* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, pp.19-27
- Auby Jean-Bernard, *Régulations et droit administratif* in *Etudes en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.209-234

- Auby Jean-Bernard, Dero-Bugny Delphine, *Les principes de sécurité juridique et de confiance légitime* in *Droit administratif européen*, sous la dir. de J.B.Auby et J.Dutheil de la Rochere, Bruylant, 2007
- Auby Jean-Bernard, Dutheil de la Rochère Jacqueline, *Introduction générale* in *Droit administratif européen*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp.1-22
- Auby Jean-Bernard, Freedland Mark, *Introduction générale* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, pp.9-11
- Audit Mathias, *Les autorités de régulation : la confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés* in *Conflits des lois et régulation économique*, sous la dir. de Mathias Audit, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut, LGDJ, 2008
- Azoulai Loïc, *La valeur normative de la sécurité juridique* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008
- Azoulai Loïc, *L'Etat* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Beaud Olivier, *La distinction entre droit public et droit privé : un dualisme qui résiste aux critiques* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, pp.29-46
- Burdeau François, *La complexité n'est-elle pas inhérente au droit administratif ?* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000
- Calves Gwénaëlle, *L'égalité. Le cas du droit de la non-discrimination* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Cassese Sabino, *Le droit administratif européen présent-t-il des caractères originaux?* in *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, 2004, pp.1183-1199
- Chaltiel Florence, *La sécurité juridique* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Charles Hubert, *Peut-on parler d'une conception républicaine du droit économique français ?* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999
- Chérot Jean-Yves, *Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'Etat de la concurrence entre personnes publiques et personnes privées* in *Mouvement du droit public. Du*

droit administratif au droit constitutionnel. Du droit français aux autres droits. Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Paris, Dalloz, 2004, pp.87-102

Chevalier Jacques, *L'Etat régulateur* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006

Chevalier Jacques, *Synthèse. Droit économique : insécurité juridique ou nouvelle sécurité juridique ?* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008

Cohen-Tanugi Laurent, *Le droit sans les Etats ?* in *Archives de philosophie du droit*, tome 47, 2003, pp.285-289

Coppens Philippe, *Théorie de la norme et régulation* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1

Delion André, *Notion de régulation et droit de l'économie* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1

Delvolvé Pierre, *Introduction* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Drago Roland, *Peut-il y avoir des privatisations implicites ?* in *Etudes offertes à Jean-Marie Auby*, Paris, Dalloz, 1992

du Marais Bertrand, *Régulation, service public et démocratie : une décennie de mutations* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006

Duong Lémy, *La sécurité juridique et les standards du droit économique : la notion de raisonnable* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008

Fabius Laurent, *Sur la régulation économique indépendante* in *Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006

Farjat Gérard, *Observations sur la sécurité juridique, le lien social et le droit économique* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008

Frison-Roche Marie-Anne, *Le droit des deux mondialisations* in *La mondialisation entre illusion et utopie*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 47, 2003, pp.17-23

Fromont Michel, *Introduction* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Gazier Anne, *Les méandres de la réforme administrative* in *La Russie contemporaine*, sous la dir. de Gilles Favarel-Garrigues, Kathy Rousselet, Fayard, 2010, pp.168-169

Genevois Bruno, *Une catégorie de principes de valeur constitutionnelle : les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000

Gouttefarde Fabien, Ahipeaud Evelyne, *Les politiques de l'Union européenne en matière de lutte contre la corruption* in *La corruption et le droit international*, sous la dir. de Daniel Dormoy, Bruxelles, Bruylant, 2010

Guettier Christophe, *Le principe de précaution* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Kirat Thierry, Vidal Laurent, *Le droit et l'économie : étude critique des relations entre les deux disciplines et ébauches de perspectives renouvelées* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1, pp.49-61

Lafay Gérard, *L'économie mondiale à l'aube du troisième millénaire* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000

Lebel Georges A., *La mondialisation: une hypothèse économique galvaudée aux effets dramatiques* in Crépeau François (dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'Etat*, Bruxelles, Bruylant, 1997

Lévêque François, *Concepts économiques et conceptions juridiques de la notion de service public* in *Le droit dans l'action économique*, sous la dir. de Thierry Kirat, Evelyne Serverin, Paris, CNRS éditions, 2000

Lombard Martine, *La régulation et la distinction du droit public et du droit privé en droit français* in *La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/ private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, pp.89-98

Malvasio Florence, *Les catégories du droit administratif économique et du service public* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Marcou Gérard, *L'arbitrage des contrats de l'administration. Les enseignements du droit comparé et de l'arbitrage commercial international pour la réforme du droit français* in *Le contrôle des marchés publics. Perspectives internationales et européennes*, sous la dir. de G.Marcou, L. Folliot-Lalliot, Paris, Bibliothèque de l'Institut Tunc, 2009

Marcou Gérard, *Régulation et service public. Les enseignements du droit comparé* in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, sous la dir. Gérard Marcou, Franck Moderne, Tome 1 «Comparaisons et commentaires», Paris, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2005, pp.11-63

Moderne Franck, *Actualité des principes généraux du droit* in *Les règles et principes non écrits en droit public*, sous la dir. de Pierre Avril et Michel Verpeaux, éditions Panthéon-Assas, 2000

Moderne Franck, *Les transcriptions doctrinales de l'idée de service public* in *L'idée de service public dans le droit des Etats de l'Union européenne*, Moderne Franck, Marcou Gérard (éds), L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2001, pp.9-81

Noguellou Rozen, *Les catégories du droit des contrats administratifs* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Pelkmans Jacques, *Les fonctions des entreprises du secteur public dans les communautés européennes* in *Les entreprises du secteur public dans les pays de la Communauté européenne*, sous la dir. de Gérard Timsit, Actes du colloque tenu à l'Université de Paris les 9 et 10 mai 1985, Bruxelles, Institut européen d'administration publique, Bruylant, 1987, pp.504-510

Pérès Cécile, *Rapport introductif* in *L'efficacité économique en droit*, sous la dir. de Sylvain Bollée, Yves-Marie Laithier, Cécile Pérès, Economica, 2010, pp.1-22

Perrot Anne, *Commentaires d'une économiste* in *Conflits des lois et régulation économique*, sous la dir. de Mathias Audit, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut, LGDJ, 2008

Pondaven Claude, *Fondements économiques de l'intervention publique* in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000

Pontier Jean-Marie, *Considérations générales sur les principes en droit* in *Les principes et le droit*, sous la dir. de Jean-Marie Pontier, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007

Rainelli Michel, *Vers un ordre concurrentiel mondial ?* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999

Racine Jean-Baptiste, Siriainen Fabrice, *Sécurité juridique et droit économique. Propos introductifs* in *Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriainen, Bruxelles, Larcier, 2008

Raynouard Arnaud, *La concurrence normative dans l'Union européenne* in *Libre droit. Mélanges en l'honneur de Philippe le Tourneau*, Dalloz, 2008

Remiche Bernard, *Droit économique, marché et intérêt général* in *Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue?* Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Paris, éditions Frison-Roche, 1999

Renaudineau Guillaume, *L'intérêt général* in *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Richer Laurent, *Le contrat de partenariat, le droit et l'économie* in *Annales de la régulation*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de l'Institut André Tunc, tome 9, 2006, volume 1

- Ritleng Dominique, *La loi in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Sève René, *La mondialisation entre illusion et utopie in La mondialisation entre illusion et utopie*, Paris, Dalloz, coll. Archives de philosophie du droit, tome 47, 2003, pp.3-16
- Silicani Jean-Ludovic, *L'Etat régulateur : la vision prospective d'un praticien in Régulation économique et démocratie*, sous la dir. de Lombard Martine, Paris, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2006
- Sivieude Guy, *La simplification de la réglementation in Séminaire franco-russe «La qualité de la réglementation»*, Moscou, 2002
- Tournepiche Anne-Marie, *La gouvernance in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010
- Truchet Didier, *La distinction du droit public et du droit privé dans le droit économique in La distinction du droit public et du droit privé: regards français et britanniques. The public law/private law Divide: une entente assez cordiale?*, sous la direction de Jean-Bernard Auby et Mark Freedland, Paris, éditions Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2004, pp.57-67
- Ullrich Hanns, *La sécurité juridique en droit économique allemand : observations d'un privatiste in Sécurité juridique et droit économique*, sous la coordination de Laurence Boy, Jean-Baptiste Racine, Fabrice Siriaïnen, Bruxelles, Larcier, 2008
- Van Themaat Pieter Ver Loren, *Quelques réflexions sur les implications de la chute du mur de Berlin, deux siècles après la Déclaration sur les droits de l'Homme et du citoyen de 1789, pour le système du droit économique in Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue? Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*, Paris, éditions Frison-Roche, 1999
- Vidal-Naquet Ariane, *La transparence in L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, sous la dir. de Jean-Bernard Auby, Dalloz, 2010

Sources en langue russe

- Ануфриева Л.П. Иммунитет государства в частноправовых отношениях / в кн.: Иммунитет государства и защита культурных ценностей. М.: Издательский дом «Парад», 2009
- Брагинский М.И. О месте гражданского права в системе «право публичное – право частное»/ в сб.: Проблемы современного гражданского права. М.: Городец, 2000
- Видяпин В.И., Данько Т.П., Серегин В.П. Формирование новой модели правового обучения экономистов/ в сб.: Правовая реформа, судебная реформа и конституционная экономика. Сост. П.Д.Баренбойм. М., 2004

- Дозорцев В.А. Один кодекс или два? (Нужен ли Хозяйственный кодекс наряду с Гражданским?)/ в сб.: Правовые проблемы рыночной экономики в Российской Федерации. Труды ИЗиСП, выпуск 57. М., 1994
- Дозорцев В.А. Принципиальные черты права собственности в Гражданском кодексе / в кн.: Гражданский кодекс России. Проблемы Теория.
- Кирсанов С.А., Ощурков А.Т., Сергиенко А.М. Муниципальные услуги: некоторые аспекты правового регулирования и способы предоставления/ в кн.: Публичные услуги: правовое регулирование (российский и зарубежный опыт). М.: Волтерс Клувер, 2007
- Клейн Н.И. Государственный орган или орган местного самоуправления, не являющийся юридическим лицом, может быть ответчиком по делу, возбужденному на основании заявления о признании недействительным акта, принятого им в пределах своей компетенции/ в кн.: Комментарий судебно-арбитражной практики. М.: Юридическая литература, 1995. Выпуск 2.
- Орлов В.И. Стимулирование как метод повышения эффективности государственного управления в сфере экономики / в сб.: Административное право: теория и практика. Укрепление государства и динамика социально-экономического развития. Материалы научной конференции (Москва, 28 ноября 2001 г.). М.: ИЗиСП, ГУ - ВШЭ, 2002
- Попондопуло В.Ф. Природа коммерческого (предпринимательского) права/ в кн.: Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права. Вып.5. М.: Волтерс Клувер, 2005
- Старилов Ю.Н. История развития административно-правовой науки/ в кн. Российское полицейское (административное) право. Конец XIX – начало XX века. Хрестоматия. Воронеж, Изд-во Воронежского ун-та, 1999

4. ARTICLES DE PERIODIQUES

Sources en langue française

- Aguila Yann, Droit public et droit privé : la nécessité de regards croisés, *AJDA*, 2009, 21 mai
- Auby Jean-Bernard, La bataille de San Romano, Réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif, *AJDA*, 20 novembre 2001, pp. 912-926
- Auby Jean-Bernard, Les zones grises de l'aide d'Etat, *Droit administratif*, 2005, n°5
- Auby Jean-François, Une directive communautaire sur les services d'intérêt général. Etat et perspectives, *RFDA*, 2006, n°4, juillet-août

Béroujon François, Evolution du droit administratif : avancée vers la modernité ou retour aux Temps modernes ? *RFDA*, 2008, n°3

Bizaguet Armand, Les entreprises à participation publique en France et dans l'Europe des Quinze dans les premières années du troisième millénaire, *La revue du Trésor*, 2005, n°1

Boiteau Claude, Vers une définition du service public ? *RFDA*, 2007, n°4

Bovaird Tony, Les partenariats public-privé : des notions contestées à une pratique observée, *Revue internationale des sciences administratives*, 2004, n°2

Cassia Paul, Droit administratif français et droit de l'Union européenne, *RFDA*, 2009, n°2

Cassia Paul, Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française, *RFDA*, 2005, n°3, pp.465-472

Castaing Cécile, Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice, *AJDA*, 2009, 11 mai, n°17, pp.913-920

Chaltiel Florence, Le principe de sécurité juridique et le principe de légalité, *AJDA*, 2009, n°30

Chahid-Nourai Noël, Lawerges Romaric, La résolution des litiges dans les contrats de partenariat, *AJDA*, 2009, n°35, pp.1924-1931

Champaud Claude, Rapport de synthèse, *Revue internationale de droit économique*, 1997, numéro spécial « Les magistratures économiques », pp.278-285

Chevalier Jacques, La gestion publique à l'heure de la banalisation, *Revue française de gestion*, 1997, n°115

Cormier Maxence, Fondements de la patrimonialité des actes administratifs, *RFDA*, 2009, n°1

Courrèges Anne, Verot Célia, L'arbitrage des litiges intéressant les personnes publiques : quelques éclairages sur un rapport récemment remis au garde des Sceaux, *RFDA*, 2007, n°3

Coutinho de Abreu J.-M., L'eupéanisation du concept d'entreprise, *Revue internationale de droit économique*, 1995, n°1, pp.9-16

D'Alberti Marco, La régulation économique en mutation, *Revue du droit public*, 2006, n°1

de Arango Christophe, Les principes fondamentaux et règles jurisprudentielles de la procédure de délégation d'un service public local, *AJDA*, 2009, n°13

Delion André G., Durupt Michel, Chronique du secteur public économique, *Revue française d'administration publique*, 2006, n°118

Delmas-Marty Mireille, La mondialisation du droit : chances et risques, *Recueil Dalloz*, 1999, Chronique, pp.43-48

Delmas-Marty Mireille, L'espace judiciaire européen, laboratoire de la mondialisation, *Recueil Dalloz*, 2000, n°27, pp.421-426

Delvolvé Pierre, L'utilisation privative des biens publics, *RFDA*, 2009, n°2

Delvolvé Pierre, Regard extérieur sur le code, *RFDA*, 2006, n°5, septembre-octobre

Donier Virginie, Les lois du service public : entre tradition et modernité, *RFDA*, 2006, n°6

Douence Maylis, L'inaliénabilité du domaine public. De la nécessité de revoir la règle de l'indisponibilité des dépendances domaniales entre personnes publiques, *AJDA*, 2006, n°5

Dreyfus Jean-David, Externalisation et liberté d'organisation du service, *AJDA*, 2009, n°28, pp.1529-1534

Dubois David, Raux Cédric, Quelle publicité pour les délégations de service public d'importance transnationale ? *RFDA*, 2009, n°5

Duprat Jean-Pierre, La soumission des régulateurs à régulation, *AJDA*, 2006, n°22, pp.1203-1209

Dutheil de la Rochère Jacqueline, Le principe de légalité, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996

Eckert Gabriel, Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics, *RFDA*, n°2, mars-avril

Fatôme Etienne, Le régime juridique des biens affectés au service public, A propos de la décision du Conseil constitutionnel du 14 avril 2005, *AJDA*, 2006, n°4

Fatôme Etienne, Ménéménis Alain, Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques : éléments d'analyse, *AJDA*, 2006, 16 janvier, pp.67-73

Faure Bertrand, Remarques sur les mutations du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, *RFDA*, 2004, n°2, mars-avril, pp.299-305

Ferrari Brigitte, Le déclin du droit administratif français : entre chimère et réalité, *AJDA*, 2006, n°19, 22 mai, pp.1021-1027

Freedland Mark, Le financement privé des activités publiques. Problématique générale du droit anglais, *Revue internationale de droit comparé*, 2002, n°1

Fournier Jacques, Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union Européenne, *Revue juridique de l'entreprises publique*, 2005, avril, n°619

Frison-Roche Marie-Anne, Brèves observations comparatives sur la considération des situations économiques dans la jurisprudence administrative, mise en regard de la jurisprudence judiciaire, *Revue internationale de droit économique*, 2001, n°4, pp.395-410

Fromont Michel, Le principe de sécurité juridique, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996

Gartner Fabrice, Des rapports entre contrats administratifs et intérêt général, *RFDA*, n°1, janvier-février

Gaudemet Yves, La loi administrative, *Revue du droit public*, 2006, n°1

Gaudemet Yves, Les droits réels sur le domaine public, *AJDA*, 2006, n°20, pp.1094-1106

Gazier Anne, La reforme de l'administration fédérale en Russie. Simple réaménagement ou transformation en profondeur ? *Revue française d'administration publique*, 2005, n°115, pp.421-434

Gazier Anne, Vingt ans de reforme des systèmes juridique et judiciaire en Russie : quelques éléments pour un premier bilan, *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, 2007, n°2

- Genevois Bruno, L'application du droit communautaire par le Conseil d'Etat, *RFDA*, 2009, n°2, pp.201-213
- Genevois Bruno, Le Conseil constitutionnel et le droit communautaire dérivé, *RFDA*, 2004, n°4, pp.651-661
- Janicot Laetitia, L'identification du service public géré par une personne privée, *RFDA*, 2008, n°1
- Jennequin Anne, L'intelligibilité de la norme dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat, *RFDA*, 2009, n°5
- Jorda Julien, La modernisation du droit communautaire des concentrations, *AJDA*, 2005, 31 janvier, pp.179-185
- Kesler Jean-François, Pour une renaissance administrative de la France, *La revue administrative*, 2006, n°353, septembre
- Labayle Henri, Sauron Jean-Luc, La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe, *RFDA*, 2005, n°1, pp.1-29
- Lachaume Jean-François, Brèves remarques sur les services publics à double visage, *RFDA*, 2003, mars-avril, pp.362-364
- Lagarde Xavier, Propos pragmatiques sur la dispersion du contentieux économiques, *Recueil Dalloz*, 2005, n°1, pp.2745-2747
- Landais Claire, Lenica Frédéric, Chronique générale de jurisprudence administrative française, *AJDA*, 2006, n°37
- Latournerie Marie-Aimée, Le rôle des acteurs publics et privés dans la coopération administrative internationale, *Revue française d'administration publique*, 2001, octobre-décembre, n°100, pp.643-649
- Latournerie Marie Aimée, Pour un nouveau concept du domaine public, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2005, №617, février, p.49
- Le Berre Christophe, La logique économique dans la définition du service public, *RFDA*, 2008, n°1
- Le droit économique aujourd'hui, par le Centre de recherche en droit économique de l'Université de Nice-Sophia Antipolis, *Recueil Dalloz*, 2010, 17 juin, n°23
- Lemaire Christophe, Les avantages concurrentiels des personnes publiques, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2004, n°613, octobre
- Lemaire Elina, Actualité du principe de prohibition de la privatisation de la police, *RFDA*, 2009, n°4
- Leroy Christophe, Réflexions sur l'autonomie et la suprématie du droit économique, *Revue internationale de droit économique*, 2000, n°3, pp.377-403

Linotte Didier, Existe-t-il un principe général du droit de la libre concurrence ?, *AJDA*, 2005, 1 août, pp.1549-1553

Lombard Martine, Brèves remarques sur la personnalité morale des institutions de régulation, *Revue juridique de l'entreprise publique/ Cahiers juridiques de l'Electricité et du Gaz*, 2005, n°619, avril

Marcou Gérard, La notion juridique de régulation, *AJDA*, 2006, n°7, pp.347-353

Marcou Gérard, Les contrats entre l'Etat et les collectivités territoriales, réflexions sur quelques problèmes juridiques et administratifs, *AJDA*, 2003, n°19, pp.982-985

Marcou Gérard, Les réformes possibles : de la déconcentration accrue au pouvoir d'agglomération, *Pouvoirs*, 2004, n°110, pp.81-99

Marcou Gérard, Les relations budgétaires entre les collectivités locales et les sujets de la Fédération de Russie dans une perspective européenne, *Revue française de finances publiques*, 2001, septembre, n°75, pp.135-176

Marson Grégory, La neutralisation des décisions de concurrence devant le juge fiscal : l'analyse économique, facteur de modernisation du contrôle juridictionnel, *RFDA*, 2008, n°4

Maugué Christine, Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe et les juridictions constitutionnelles, *RFDA*, 2005, n°1

Maugué Christine, Bachelier Gilles, Genèse et présentation du code général de la propriété des personnes publiques, *AJDA*, 2006, n°20, pp.1073-1086

Melleray Fabrice, La qualification juridique des contrats conclus à l'étranger par des personnes publiques françaises, *RFDA*, 2008, n°6

Melleray Fabrice, L'imitation de modèles étrangers en droit administratif français, *AJDA*, 2004, n°23, pp.1224-1229

Nicinski Sophie, La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés, *RFDA*, 2008, n°1

Nicinski Sophie, L'Autorité de la concurrence, *RFDA*, 2009, n°6, pp.1237-1247

Nicinski Sophie, Le plan de relance de l'économie, *RFDA*, 2009, n°2, pp.273-283

Nicinski Sophie, Les évolutions du droit administratif de la concurrence, *AJDA*, 2004, n°14, 12 avril, pp.751-760

Peyrical Jean-Marc, L'évolution du droit de la commande publique, quelques commentaires et réflexions, *AJDA*, 2009, n°18

Poésy René, La nature juridique de l'Autorité de la concurrence, *AJDA*, 2009, n°7

Pontier Jean-Marie, La personnalité publique, notion anisotrope, *RFDA*, 2007, n°5

Roblot-Troizier, Agnès, Le pouvoir de contrôle de l'administration à l'égard de son cocontractant, *RFDA*, 2007, n°5

- Ruelle Eric, Mondialisation et droit pénal économique, *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°2-3
- Sablière Pierre, Une nouvelle source du droit ? *AJDA*, 2007, n°2, pp.66-73
- Sadran Pierre, Le partenariat public-privé en France, catégorie polymorphe et inavouée de l'action publique, *Revue internationale des sciences administratives*, 2004, n°2
- Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif, *RFDA*, 2008, n°3, pp.427-455
- Schmidt-Assmann Eberhard, Principes de base d'une réforme du droit administratif (parties 2 et 3), *RFDA*, 2008, n°4, pp.667-683
- Siirainen Fabrice, « Droit d'auteur » contra « droit de la concurrence » : versus « droit de la régulation », *Revue internationale de droit économique*, 2001, n°4, pp.431-436
- Stefanick Lorna, L'externalisation et la circulation transfrontalière des données : la protection des renseignements personnels. Un défi dans le cadre du *USA Patriot Act*, *Revue internationale des sciences administratives*, 2008, n°4
- Stirn Bernard, Lois et règlements : le paradoxe du désordre, *Revue du droit public*, 2006, n°1
- Tchakaloff Marie-France Christophe, Le principe d'égalité, *AJDA*, numéro spécial, 20 juin 1996
- Thirion Nicolas, Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques?, *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°4, pp.630-653
- Timsit Gérard, La régulation. La notion et le phénomène, *Revue française d'administration publique*, 2004, n°109, pp.5-11
- Tosi Gilbert, Evolution du service public et principe de subsidiarité, *Revue française d'économie*, 2006, juillet, volume XXI, pp.4-31
- Tshibwabwa Kudithini Jacques, Gouvernance globale et administrations publiques locales congolaises : le rôle du FMI, de la Banque Mondiale, des multinationales et des élites politiques, *Revue internationale des sciences administratives*, 2008, n°2
- Ullrich Hanns, Des échanges internationaux à la globalisation de la production et la concurrence des systèmes, *Revue internationale de droit économique*, 2002, n°2-3
- Verpeaux Michel, La loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la République : libres propos, *RFDA*, 2003, n°4
- Waline Jean, Les contrats entre personnes publiques, *RFDA*, n°2, mars-avril

Sources en langue russe

Андреева Ю.А. К вопросу о соотношении понятий "контроль" и "надзор"//
Административное право и процесс. 2009. №2

- Болдырев В.А. О «юридических лицах» публичного права // Журнал российского права. 2008. №11
- Винник В. Справедливость – спасительный для мира круг// Неман. Минск, 2004. №8
- Ведяхин В.М. Принципы правового регулирования рыночной экономики// Правоведение. 1995. №6
- Витрук Н.В. Система российского права (современные подходы)// Российское правосудие. 2006. №6
- Воробьев М. Сказано - не сделано// Время новостей. 2004. 29 сентября
- Газье А., Талапина Э.В. Публичное право Франции и России: пересечения и параллели// Правоведение. 2003. №3
- Головизнин А. Некоторые вопросы участия в гражданском обороте органов государственной власти (местного самоуправления)// Хозяйство и право. 1999. №5
- Голубцов В.Г. Гражданско-правовой статус государственных и муниципальных органов // Журнал российского права. 2006. №6
- Гущин А.В. Лицензирование как институт административного права // Административное право и процесс. 2006. №1
- Дождев Д.В. Сравнительное право: состояние и перспективы // Российский ежегодник сравнительного права. 2007. №1
- Женетль С.З. Некоторые теоретические вопросы административной процедуры регистрации юридических лиц // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. №12
- Залесский В.В. Постатейный комментарий к закону о государственной регистрации юридических лиц// Право и экономика. 2002. №2
- Злотник П., Злотник Г. Проблемы правового регулирования лицензирования // Хозяйство и право. 2000. №2
- Зыкова И.В. Правовое регулирование государственной регистрации юридических лиц: современное состояние и перспективы развития // Адвокат. 2004. №1
- Иоффе О.С. Право частное и право публичное// Юрист. Казахстан, 2005. №5
- К 10-летию кафедры коммерческого права Санкт-Петербургского государственного университета// Правоведение. 1995. №4-5
- Коннов А.Ю. Понятие, классификация и основные виды альтернативных способов разрешения споров // Журнал российского права. 2004. №12
- Лаптев В.В. Некоторые проблемы предпринимательского (хозяйственного) права// Государство и право. 2005. №5
- Мартынов А.В. Виды государственного надзора в современной России: система и правовое установление // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2009. №9

- Мишустина Е. К вопросу о соотношении государственного и частного права// ЭЖ-Юрист. 1999. №9
- Мусин В.А. Арбитражная оговорка во внешнеторговом контракте и проблема правопреемства // Третейский суд. 2000. №4. С.32
- Мытарев В., Конищева Т. Вот такой Рюль. Всемирный банк предупреждает российских олигархов// Российская газета. 2004. 8 апреля
- Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В. Третейские и государственные суды. Проблема прав на правосудие // Вестник ВАС РФ. 2000. №10
- Новоселов В.И. К вопросу об административных договорах// Правоведение. 1969. №3
- Олигархи сидят// Российская газета. 1999. 8 апреля
- Павлодский Е.А. Публично-правовые образования как субъекты гражданского права // Цивилист. 2006. №1
- Погорелец О.О. История участия субъектов государственных образований в отношениях, регулируемых гражданским законодательством// История государства и права. 2007. №20
- Поленина С.В. Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России// Государство и право. 1999. №9
- Пэйсли Б., Назаргалина Д. Иностранные инвестиции: международная перспектива // Советник (Казахстан), 2009. №1
- Рачков И., Сорокина А. Белые пятна в Федеральном законе «О концессионных соглашениях»// Закон. 2007. №4
- Рачков И.В., Сорокина А.А. Новое в правовом регулировании концессий в транспортном секторе// Закон. 2008. №7
- Скворцов О.Ю. Шаг вперед, два шага назад?// Третейский суд. 2006. №5. С.22
- Сперанская К. Об административном договоре// Вестник Верховного суда СССР. 1928. №3(12)
- Сосна С.А. Концессии в России: между прошлым и будущим/ Право и политика. 2004. №1
- Талапина Э.В. Государство и третейский суд // Третейский суд. Санкт-Петербург. 2004. №4 (34)
- Талапина Э.В. Новые институты административного права// Государство и право. 2006. №5
- Талапина Э., Тихомиров Ю. Публичные функции в экономике// Право и экономика. 2002. №6
- Толстой Ю.К. Гражданское право и гражданское законодательство// Правоведение. 1998. №2

- Усков О.Ю. Проблемы гражданской правосубъектности государственных органов и органов местного самоуправления// Журнал российского права. 2003. №5
- Хаустов Д.В. Публично-правовые договоры в сфере использования и охраны лесов// Экологическое право. 2005. №5.
- Чумакова О.В. Регистрация юридических лиц: проблемы и пути их разрешения // Законы России. Опыт. Анализ. Практика. 2008. №8
- Шальман О.В. Актуальные проблемы антимонопольного регулирования государственной и муниципальной помощи// Спорт: экономика, право, управление. 2008. № 2
- Шайо Андраш. Коррупция, клиентелизм и будущее конституционного государства в Восточной Европе// Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 1999. №1
- Щелчков О. Приватизация предприятий: законодательство и проблемы судебно-арбитражной практики// Хозяйство и право. 1995. №11
- Юрьева Ю.С. О правовой природе института лицензирования // Административное право и процесс. 2008. №1
- Ягудина Е.А. Сравнение критериев допустимости передачи споров на рассмотрение международных коммерческих арбитражей в отечественном и зарубежном законодательстве и правоприменительной практике// Журнал российского права. 2007. №10
- Ямпольская Ц.А. О теории административного договора// Советское государство и право. 1966. №10

Sources en langue anglaise

- Battini Stefano, The Globalisation of Public Law, *Revue européenne de droit public*, 2006, vol.18, n°1, pp.27-49
- Goudappel Flora, Making Sense of Internationalization – General Conclusions, *Revue européenne de droit public*, 2006, vol.18, n°1

5. RAPPORTS ET DOCUMENTATION INTERNES

- Conseil d'Etat, *De la sécurité juridique*, Rapport public 1991, EDCE, La Documentation française, 1992, 416 p.
- Conseil d'Etat, *La transparence et le secret*, Rapport public 1995, EDCE, La Documentation française, 1996, 617 p.

Conseil d'Etat, *Sur le principe d'égalité*, Rapport public 1996, EDCE, La Documentation française, 1997, 507 p.

Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, Rapport public 1999, EDCE, La Documentation française, 2000, 449 p.

Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, Rapport public 2001, La documentation française, 2002

Conseil d'Etat, *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public 2002, La documentation française, 2003

Conseil d'Etat, *Sécurité juridique et complexité du droit*, Rapport public 2006, La documentation française, 2006

Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique*, Rapport public 2008, La documentation française, 2009

Les établissements publics: transformation et suppression. Etude du Conseil d'Etat, Paris, La Documentation française, coll. Notes et études documentaires, 1989

Mandelkern Dieudonné, *Rapport du groupe de travail interministériel sur la qualité de la réglementation* in Séminaire franco-russe «La qualité de la réglementation», Moscou, 2002

6. INTERVENTIONS A LA TABLE RONDE

Sources en langue française

Auby Jean-Bernard, Intervention à la table ronde « *La régulation des services publics locaux* », Paris, Institut de la Gestion Déléguée, 2000

Gaudemet Yves, Introduction à la table ronde « La concurrence des modes et des niveaux de régulation », *Revue française d'administration publique*, 2004, n° 109, pp.13-22

Marcou Gérard, *La procédure de normalisation et l'innovation*, Intervention à la table ronde « Aspects juridiques du soutien à l'innovation dans le développement économique », Forum économique France-Russie, 1^{er} mars 2010

Sources en langue russe

Бландиньер Жан-Поль. Изменение основополагающих производственных и общественных парадигм. Трансформация общественного сектора в Европе (опыт стран ЕС). Disponible

sur internet: <http://www.recep.ru/files/documents/04_10_10_Blandinieres_paradigms_Ru.pdf>
[consulté le 26/06/2011]

Фурнье Жак. Юридический аспект государственного вмешательства в рыночную экономику. Заключительный доклад по проекту ТАСИС «Укрепление правового государства и юридическая подготовка в новых рыночных условиях». Москва, июль 2000.

7. RECUEILS

Favoreu Louis, Philip Loïc, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Dalloz, 13^{ème} édition, 2005, 1065 p.

Long Marceau, Weil Prosper, Braibant Guy, Delvolvé Pierre, Genevois Bruno, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 14^{ème} édition, 2003, 962 p.

Contribution à la théorie du droit public économique par l'analyse comparative du droit français et du droit russe

L'analyse comparative permet de mieux comprendre l'évolution du droit public économique en France, en Russie et dans l'Union européenne. La Première partie de l'étude est consacrée au droit public économique en France avec ses principes de base et concepts, sources et catégories principaux en tant qu'éléments caractérisant l'autonomie du droit public économique.

La Deuxième partie contient l'analyse du droit public russe dans le domaine économique, puisque en Russie «le droit public économique» comme discipline académique est absent. Ni le mélange complexe des conceptions prérévolutionnaires et soviétiques dans le droit de la nouvelle Russie, ni l'influence de la mondialisation et du droit européen n'ont pas amené à l'affirmation du droit public économique en Russie. Les questions de la réglementation publique des relations économiques sont dispersées entre les différentes branches du droit russe.

La Troisième partie concerne l'appréciation des tendances générales dans le droit public économique sous l'influence des facteurs intérieurs et extérieurs. La politique de l'Union européenne de réforme de l'administration d'État a conditionné le passage à la gouvernance et à la régulation. Actuellement, c'est la concurrence qui commence à jouer un rôle principal dans l'économie, les conceptions du service public et des contrats publics ont radicalement changé. De nouvelles approches de la réforme de l'administration économique pénètrent en Russie par le biais du Conseil de l'Europe. Toutes ces nouvelles tendances changent le contenu du droit administratif et du droit public économique, ce qui conditionne leur développement ultérieur.

Contribution in the theory of Public Economic Law with a comparative analysis of French and Russian Law

The comparative analysis allows a better understanding of the evolution of Public Economic Law in France, Russia and in the European Union. The First Part of the study is devoted to Public Economic Law in France with its base principles and main concepts, sources and categories as the elements characterizing independence of Public Economic Law.

The Second Part contains the analysis of Russian Public law in the economic sphere, because in Russia the academic discipline "Public Economic Law" is absent. A complex mix of concepts before Revolution and Soviet concepts in new Russia has influenced the globalization and European Law, however, has not led to the maintenance of Public Economic Law in Russia. Questions of a public regulation of economic relations are disseminated between various branches of Russian law.

The Third Part focuses on estimations of the general tendencies in Public Economic Law under the influence of internal and external factors (the globalization, the European integration, economic policy, etc.). The policy of the European Union of reforms of the State administration has caused the moving to governance and regulation. Now that the competition is visible in the economy, concepts of public services and public contracts have seriously changed. Some new approaches of reforming the economic administration enter Russia with the Council of Europe. All these new tendencies change the maintenance of Administrative Law and Public Economic Law, which results in their further development.