

précis
DOMAT

DROIT PUBLIC

Sophie NICINSKI

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

8^e édition

LGDJ un savoir-faire de
Lextenso

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

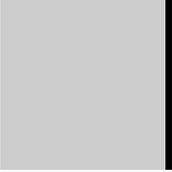
8^e édition

SOPHIE NICINSKI

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



© 2021, LGDJ, Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris La Défense Cedex
www.lgdj-editions.fr
ISBN 978-2-275-09030-6



SOMMAIRE

Introduction générale	17
<i>Section 1. Définitions et champ d'étude</i>	17
<i>Section 2. Esquisse d'une théorie générale du droit public des affaires</i>	19
<i>Section 3. Spécificités du droit public des affaires</i>	21
<i>Section 4. Plan de l'ouvrage</i>	24
PREMIÈRE PARTIE. RÉGULATION DE L'ÉCONOMIE	25
Titre 1. Le cadre de la régulation	27
Chapitre 1. Histoire du rôle de l'État dans l'économie	29
<i>Section 1. L'héritage colbertiste</i>	30
<i>Section 2. Le libéralisme économique</i>	34
<i>Section 3. L'État interventionniste</i>	36
<i>Section 4. L'État régulateur</i>	40
Chapitre 2. Les libertés économiques	49
<i>Section 1. Les libertés à vocation générale</i>	50
§ 1. La liberté d'entreprendre	51
§ 2. La liberté du commerce et de l'industrie	61
§ 3. Les principales libertés issues du droit communautaire	65
<i>Section 2. La libre concurrence</i>	67
§ 1. Les facteurs d'émergence d'une libre concurrence	67
§ 2. Le contenu et la portée de la libre concurrence	72
<i>Section 3. Les droits et libertés traditionnels au service de l'activité économique</i>	75
§ 1. Le droit de propriété	75
§ 2. Le principe d'égalité	76

Chapitre 3. Les institutions	81
<i>Section 1. Les administrations de direction de l'économie et de contrôle des opérateurs</i>	82
§ 1. Les institutions nationales	82
§ 2. Les institutions locales	87
<i>Section 2. Les institutions d'organisation et d'accompagnement</i>	95
§ 1. Organismes ayant une mission d'organisation des professions ...	96
§ 2. Organismes ayant une mission d'accompagnement des professions	98
Titre 2. L'expression de la régulation	101
Chapitre 1. Le contrôle de l'accès au marché	103
<i>Section 1. Les restrictions à l'accès aux activités économiques en droit français</i>	105
§ 1. L'institution de régimes restrictifs	105
§ 2. L'exécution des régimes restrictifs	116
<i>Section 2. La liberté d'établissement et la libre prestation de services en droit communautaire</i>	122
§ 1. Champ d'application	123
§ 2. Régime	126
§ 3. Les directives d'harmonisation et les directives-cadres	134
<i>Section 3. La restriction de l'accès au marché par le contrôle des investissements étrangers</i>	139
Chapitre 2. Le contrôle de la structure du marché	143
<i>Section 1. L'institution de droits exclusifs et la création de monopoles</i>	143
§ 1. Les notions de droit exclusif et de monopole	144
§ 2. Le contrôle de l'institution de monopoles ou de droits exclusifs en droit communautaire	145
§ 3. Le droit français	158
<i>Section 2. Le contrôle des concentrations en droit français</i>	163
§ 1. Le champ d'application	164
§ 2. La procédure	169
§ 3. L'appréciation de l'opération de concentration	181
§ 4. Le contrôle opéré par le juge administratif	189
Chapitre 3. Le contrôle du fonctionnement du marché	195
<i>Section 1. La direction de l'économie par le contrôle des prix</i>	196
§ 1. Le principe de libre détermination des prix	196
§ 2. La subsistance de prix réglementés	197

Section 2. L'orientation du marché par la contractualisation d'objectifs économiques	204
§ 1. L'abandon de la planification nationale	204
§ 2. La persistance des contrats de plan	205
Section 3. L'organisation et l'encadrement de certains marchés	208
§ 1. L'encadrement de marchés concurrentiels sensibles	209
§ 2. L'encadrement des réseaux ouverts à la concurrence	215
Chapitre 4. Le soutien du marché	251
Section 1. Le régime général des aides publiques issu du droit administratif	253
§ 1. La décision d'octroi	253
§ 2. La régularité de l'aide au regard des grands principes du droit public	257
§ 3. Le régime du retrait et du reversement des aides	258
Section 2. Le contrôle communautaire des aides publiques	262
§ 1. La notion d'aide d'État	263
§ 2. Les dérogations	290
§ 3. La procédure de contrôle	294
Section 3. Le régime des aides consenties par les collectivités territoriales	299
§ 1. Le dispositif général	300
§ 2. Les dispositifs particuliers	305
Chapitre 5. La protection du caractère concurrentiel du marché	313
Section 1. La sanction des pratiques anticoncurrentielles commises par les opérateurs	314
§ 1. Les autorités chargées de réprimer les pratiques anticoncurrentielles	315
§ 2. Les pratiques anticoncurrentielles	318
Section 2. La sanction des effets anticoncurrentiels des décisions de l'autorité publique	320
§ 1. La répartition des compétences entre l'autorité de la concurrence et le juge administratif	320
§ 2. L'application du droit de la concurrence aux principales missions de l'administration	323
§ 3. Les particularités du droit public de la concurrence	342
DEUXIÈME PARTIE. PARTICIPATION AU MARCHÉ	349
Titre 1. Les opérateurs publics : identification et fonctionnement	351

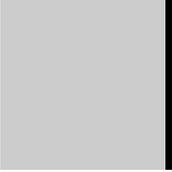
Chapitre 1. Le secteur public	353
Section 1. Historique	353
§ 1. La construction d'un secteur public.....	354
§ 2. L'expansion du secteur public.....	356
§ 3. La contraction du secteur public.....	356
§ 4. Le juste périmètre du secteur public ou la légitimité de l'opérateur public.....	358
Section 2. Notion	363
§ 1. L'autonomie.....	364
§ 2. L'activité économique	365
§ 3. L'influence publique	376
Section 3. Nationalisations	379
Section 4. Privatisations	382
§ 1. Notion.....	385
§ 2. Champ d'application	386
§ 3. Procédure	390
§ 4. Protection des entreprises privatisées	398
§ 5. Protection des missions de service public et des infrastructures stratégiques	402
§ 6. Privatisations et droit communautaire	404
Section 5. La gestion des participations publiques	405
§ 1. Les opérations de cessions de participations publiques.....	406
§ 2. Les prises de participation publique dans des entreprises du secteur privé.....	407
§ 3. La politique de filialisation.....	409
Section 6. Les prérogatives exorbitantes de l'État actionnaire	410
Chapitre 2. Les opérateurs publics nationaux	415
Section 1. L'État actionnaire : état des réflexions	416
§ 1. Séparer les différentes fonctions de l'État.....	416
§ 2. Améliorer la gouvernance des entreprises publiques	420
§ 3. Subir la pression du droit communautaire	421
Section 2. Création et formes juridiques	423
§ 1. La typologie des entreprises publiques nationales.....	423
§ 2. La création des entreprises publiques	426
§ 3. La tendance actuelle à la sociétéisation des établissements publics nationaux	427

Section 3. Gouvernance	440
§ 1. Droit commun et règles exorbitantes	442
§ 2. Le conseil d'administration ou de surveillance	443
§ 3. Le président du conseil d'administration	448
§ 4. Les actionnaires	448
Section 4. Contrôles	450
§ 1. Les contrôles opérés au titre de la fonction de l'État actionnaire	451
§ 2. Les autres contrôles	457
Section 5. Gestion	459
§ 1. Les biens	459
§ 2. La comptabilité et les financements	460
§ 3. Les contrats	463
Chapitre 3. Les opérateurs publics locaux	467
Section 1. Les sociétés d'économie mixte locales	467
§ 1. Objet	470
§ 2. Capital et forme juridique	472
§ 3. Concours financiers des collectivités territoriales	474
§ 4. Interventions	478
§ 5. Administration et contrôle	484
§ 6. Disparition	489
Section 2. Les sociétés publiques locales	491
§ 1. Un actionariat public	492
§ 2. L'application du régime des SEML	493
§ 3. L'intervention des sociétés publiques locales	494
§ 4. La diversification des sociétés publiques locales	497
Section 3. Les sociétés d'économie mixte à opération unique	498
Titre 2. L'intervention sur le marché	505
Chapitre 1. Le principe de l'intervention	507
Section 1. Le cadre général	508
§ 1. L'intérêt public	508
§ 2. L'habilitation normative	522
Section 2. Les domaines d'intervention	525
§ 1. Le domaine réservé	525
§ 2. Le domaine naturel	525
§ 3. Le domaine partagé	529

Chapitre 2. Les modalités de l'intervention	533
<i>Section 1. Le statut des opérateurs publics et le droit de la concurrence</i>	536
§ 1. L'identification des facteurs statutaires	536
§ 2. L'appréciation des facteurs statutaires	542
<i>Section 2. Le comportement des opérateurs publics et le droit de la concurrence</i>	547
§ 1. Le prix proposé par les opérateurs publics sur le marché des consommateurs finals	547
§ 2. La gestion d'une ressource essentielle par un opérateur public ...	562
 TROISIÈME PARTIE. COLLABORATION AVEC LES OPÉRATEURS ÉCONOMIQUES	569
Titre 1. Présentation synthétique – Étude transversale des méthodes de collaboration	571
<i>Section 1. Le champ de la collaboration économique</i>	571
§ 1. La collaboration par la commande publique	573
§ 2. La collaboration par l'habilitation à exercer une activité économique.....	576
<i>Section 2. Le fondement</i>	580
<i>Section 3. L'externalisation</i>	583
<i>Section 4. L'objet</i>	589
<i>Section 5. Le régime de la collaboration économique</i>	590
§ 1. Les grands principes commandant le choix de l'opérateur.....	590
§ 2. Le régime des actes de collaboration économique.....	599
Titre 2. Étude analytique	605
Chapitre 1. Les marchés publics	607
<i>Section 1. Le champ d'application du droit des marchés publics</i>	610
§ 1. Les activités « hors champ »	610
§ 2. La notion de marché public	612
§ 3. Les « autres marchés » (anciens marchés exclus)	649
<i>Section 2. La passation des marchés publics</i>	673
§ 1. Les dispositions générales communes à tous les marchés publics.....	674
§ 2. Les procédures de passation.....	690
<i>Section 3. L'exécution des marchés publics</i>	732

§ 1. L'exécution financière	733
§ 2. La sous-traitance	734
§ 3. La modification des marchés publics	736
§ 4. La résiliation des marchés publics	739
Chapitre 2. Les marchés de partenariat	741
<i>Section 1. Identification</i>	743
§ 1. Les partenariats en droit communautaire	743
§ 2. Le marché de partenariat en droit français	744
<i>Section 2. Régime</i>	754
§ 1. La passation	754
§ 2. Dispositions particulières relatives à l'exécution du marché de partenariat	757
Chapitre 3. Les concessions	761
<i>Section 1. Notion</i>	763
§ 1. Les critères du contrat de concession	764
§ 2. Les exclusions et les concessions soumises à un régime hyper allégé	782
<i>Section 2. La procédure de passation</i>	784
§ 1. Les règles générales	786
§ 2. La mise en concurrence	800
§ 3. L'exécution	813
<i>Section 3. Les concessions particulières</i>	824
§ 1. Les concessions locales	824
§ 2. Les autres concessions particulières	825
Chapitre 4. Les contrats domaniaux	829
<i>Section 1. Les autorisations accordées en vue d'une exploitation économique</i>	831
§ 1. L'institution d'une procédure de sélection	831
§ 2. L'encadrement de la durée des titres d'occupation	838
<i>Section 2. Les autorisations supports d'opérations de la commande publique</i>	838
§ 1. Les baux emphytéotiques administratifs	838
§ 2. Les conventions d'occupation constitutives de droits réels	847
§ 3. Les cessions d'immeubles avec charges	853
Chapitre 5. La vente en l'état futur d'achèvement	857

<i>Section 1. Origine et définition</i>	857
<i>Section 2. Conditions de recours à la VEFA</i>	858
<i>Section 3. Qualification</i>	859
§ 1. Qualification de marché public et irrégularité.....	860
§ 2. Qualification de marché public et régularité	861
Chapitre 6. Les concessions d'aménagement	863
<i>Section 1. Identification</i>	863
<i>Section 2. Qualification</i>	865
§ 1. La concession d'aménagement en droit français : un contrat particulier	866
§ 2. La concession d'aménagement en droit communautaire : une requalification éventuelle en marché de travaux	866
<i>Section 3. Procédure</i>	868
§ 1. La procédure de passation des concessions d'aménagement	868
§ 2. La procédure de passation des contrats de l'aménageur	870
Chapitre 7. Le crédit-bail	873
<i>Section 1. Le crédit-bail immobilier</i>	873
§ 1. L'utilisation du crédit-bail immobilier par des personnes publiques	874
§ 2. Les risques de requalification	876
<i>Section 2. Le crédit-bail mobilier</i>	876
Index analytique	879



PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

1) Juridictions

CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'État
CE, ass.	Conseil d'État, assemblée
CE, sect.	Conseil d'État, section
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Cass.	Cour de cassation
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
TPU	Tribunal de première instance de l'Union européenne

2) Codes

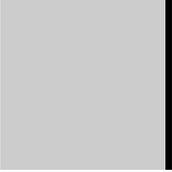
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. urb.	Code de l'urbanisme
CCP	Code de la commande publique
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CJA	Code de justice administrative
CMP	Code des marchés publics
CPCE	Code des postes et communications électroniques
CSP	Code de la santé publique

3) Périodiques et ouvrages

AJDA	L'actualité juridique – droit administratif
BJCL	Bulletin juridique des collectivités locales
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
CJEG	Cahier juridique de l'électricité et du gaz
CMP	Contrats et marchés publics
CP-ACCP	Contrats publics. L'actualité de la commande et des contrats publics
D.	Recueil Dalloz
DA	Droit administratif
Dr. Soc.	Droit social
ECDE	Études et documents du Conseil d'État
GAJA	Les grands arrêts de la jurisprudence administrative
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP A	La semaine juridique. Administration et collectivités territoriales
JCPE	La semaine juridique, édition Entreprise
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LPA	Les LPA
RA	Revue administrative
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique
Rec.	Recueil Lebon
Rec. T.	Recueil Lebon, Tables
RGCT	Revue générale des collectivités territoriales
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RPDA	Revue pratique de droit administratif
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD Comm.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
S.	Recueil Sirey

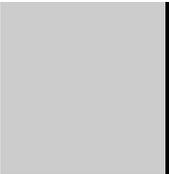
4) Textes

CEDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
DDH	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen
Traité CE ou TCE	Traité instituant la Communauté européenne
Traité UE ou TUE	Traité sur l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne



BIBLIOGRAPHIE

- M. BAZEX, G. ECKERT, R. LANNEAU, Ch. LE BERRE, B. DU MARAIS, A. SÉE (dir.), *Dictionnaire des régulations*, LexisNexis, 2016
- S. BERNARD et D. JOUVE, *Droit public des affaires*, LexisNexis, 2020
- S. BRACONNIER, *Droit public de l'économie*, Puf, coll. Thémis, 3^e éd., 2021
- Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, Rapp. Doc. fr. 2015
- J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2^e éd., 2007
- M. CLIQUENNOIS, *Droit public économique*, Ellipses, 2001
- F. COLIN, *Droit public économique*, Gualino, 6^e éd., 2017
- J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 9^e éd., 2018
- P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2^e éd., 2021
- G. ECKERT, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Focus droit, 2^e éd., 2013
- Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. IV, LGDJ
- H.-G. HUBRECHT, *Droit public économique*, Cours, Dalloz, 1997
- J. KERNINON, *Droit public économique*, Montchrestien AES, 2000
- D. LINOITE, D. PIETTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Litec, 8^e éd., 2018
- M. LOMBARD (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Dalloz, 2006
- B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Po et Dalloz, coll. Amphi, 2^e éd., 2021
- A.-S. MESCHERIAKOFF, *Droit public économique*, PUF, 1996
- R. MOULIN et P. BRUNET, *Droit public des interventions économiques*, LGDJ, 2007
- F. SERVOIN, *Droit administratif de l'économie*, PUG, 2^e éd., 2013
- N. SYMCHOWICZ, L. RAPP et Ph. TERNEYRE (dir.), *Lamy Droit public des affaires*
- G. VLACHOS, *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, 2^e éd., 2005.



INTRODUCTION GÉNÉRALE

- 1 **Lien originel et structurant entre l'État et l'économie.** – Qu'il soit libéral ou qualifié d'interventionniste, l'État s'est construit sur la maîtrise de l'économie, a assuré de tout temps un rôle de gardien du bon fonctionnement du marché et s'est parfois même octroyé des prérogatives plus dirigistes. Le monde des affaires est par nature lié à l'État, n'en déplaît aux plus libéraux d'entre nous. Le danger tient précisément à la négation de ce lien historique et structurant. Admettre le lien, quelles que soient l'époque et la doctrine économique dominante, autorise au contraire à l'encadrer juridiquement. Et de l'encadrement juridique de l'action de l'État sur l'économie procèdent à la fois la définition des principes d'action et d'abstention de l'autorité publique et la détermination précise des instruments dont il peut faire usage. C'est l'objet du droit public des affaires.

SECTION 1

DÉFINITIONS ET CHAMP D'ÉTUDE

- 2 **Définition du droit public des affaires.** – *Le droit public des affaires peut se définir comme le droit des relations entre l'administration et les opérateurs économiques.* L'intitulé volontairement large de cet ouvrage repose sur deux considérations. Un souci de modernité, tout d'abord, sur lequel on ne s'attardera pas. Une véritable préoccupation de redéfinition de l'articulation des matières impliquant les personnes publiques et les opérateurs économiques, ensuite, préoccupation qui nécessite une justification. La discipline du droit public des affaires doit être appréhendée au regard des différents types de relations qu'entretient l'État avec les opérateurs économiques. Il existe trois positions de l'administration vis-à-vis des opérateurs économiques, trois corpus de règles constituant le droit public des affaires.

- 3 Trois positions de l'administration.** – En premier lieu, l'État¹ peut intervenir comme autorité publique et réglementer, influencer, orienter, diriger ou protéger le marché et ses opérateurs économiques. L'État administre l'économie et apparaît comme une autorité publique extérieure au marché auquel il imprime sa volonté. En deuxième lieu, l'État est lui-même fournisseur de biens et de services sur le marché pour des raisons tenant à la présence d'un service public, à l'existence d'opérateurs publics historiques, ou simplement pour se procurer des ressources. C'est la situation dans laquelle l'État est offreur de biens et de services sur le marché. En troisième lieu, l'État est amené à collaborer avec les opérateurs économiques, pour satisfaire directement ses besoins ou plus indirectement un besoin d'intérêt général en faveur de sa population. Il est alors en position de demandeur sur le marché. De ces trois situations émergent trois figures de l'État : l'État régulateur de l'économie ou État prescripteur, l'État opérateur économique, l'État collaborateur avec les opérateurs économiques.
- 4 Trois corps de règles.** – À chaque position de l'État vis-à-vis du monde des affaires correspond un corps de droit, un régime juridique particulier. La régulation de l'économie renvoie aux prérogatives de l'État pour limiter, encadrer l'accès au marché, définir sa structure, réglementer son fonctionnement, préserver son caractère concurrentiel et aider les opérateurs. L'intervention publique sur le marché est réglée par le régime juridique applicable au secteur public composé d'entreprises publiques. Enfin, la collaboration économique entre les personnes publiques et les opérateurs est régie par le droit de la commande publique au sens large. Ces différents thèmes, bien que liés par certains principes communs de l'action des personnes publiques sur l'économie, sont néanmoins soumis à des problématiques juridiques distinctes.
- 5 Champ d'étude.** – Le droit public économique au sens strict, tel qu'il est enseigné dans les facultés de droit, regroupe les 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 tel que l'on vient de le définir et le droit de la commande publique. Il est le droit de l'ensemble des relations qu'entretiennent les personnes publiques avec les opérateurs économiques et traite donc de l'ensemble des situations dans lesquelles les personnes publiques peuvent se trouver : autorité extérieure au marché, offreur ou demandeur sur le marché. Le droit public des affaires regroupe les trois corps de règles précédemment décrits.

■ 1. Ou les autres autorités publiques. Voir sur ce thème E. DUBOUT, « Les formes publique et privée de l'État. Essai de modélisation à l'aune du droit européen de la concurrence », *DA* déc. 2013, étude 17, p. 10.

SECTION 2

**ESQUISSE D'UNE THÉORIE GÉNÉRALE
DU DROIT PUBLIC DES AFFAIRES**

- 6** **Problématique.** – L'objectif de cet ouvrage est de tenter, d'une part, de déterminer avec précision les grands principes guidant l'action des personnes publiques sur le marché et, d'autre part, d'identifier les différentes prérogatives des autorités publiques vis-à-vis des acteurs économiques, ainsi que leur régime.
- 7** **Deux principes antagonistes.** – Le droit administratif est bâti sur de subtils équilibres, des dialectiques mouvantes, et le droit public des affaires n'y échappe pas. En effet, on peut affirmer que les droits et obligations de l'État vis-à-vis des opérateurs économiques reposent sur la confrontation de deux principes : *un principe d'action et un principe d'abstention*. Le principe d'action est lui-même fondé sur deux objectifs. D'une part, il s'agit de diriger, d'orienter, d'inciter l'action des opérateurs économiques et, d'autre part, il s'agit de prendre toute mesure pour préserver et protéger le bon fonctionnement du marché. Le principe d'abstention est guidé par le souci de ne pas déséquilibrer les rapports de force du marché qui doivent pouvoir jouer librement, sans intervention extérieure.
- 8** **Deux idéologies conciliées.** – L'opposition de ces deux principes en droit public des affaires n'est que le *reflet de deux idéologies qui s'affrontent*, la doctrine libérale, d'une part, et la doctrine interventionniste, d'autre part. Toutefois, il faut se garder de faire coïncider strictement la doctrine libérale avec le principe d'abstention et la doctrine interventionniste avec le principe d'intervention. En effet, on a vu que le principe d'intervention se divisait lui-même en deux volets. Il apparaît que le second volet, l'action des pouvoirs publics en vue de la protection du bon fonctionnement du marché, est revendiqué par les thèses libérales, qui commandent que l'État s'abstienne de toute intervention directe sur le marché mais qui appellent tout de même les pouvoirs publics à s'assurer que les opérateurs respectent les règles du marché. Les deux idéologies semblent s'accommoder depuis quelque temps autour de l'idée que l'État doit s'abstenir d'intervenir trop directement, mais doit être présent pour inciter, orienter et préserver le marché par la conjonction et l'utilisation d'instruments multiples. On parle alors d'*État régulateur*. Il est admis que l'État mène une véritable politique économique, mais cette politique ne peut être relayée que par des instruments procédant de l'incitation plus que de la contrainte, de la surveillance et de la préservation du marché plutôt que de son strict encadrement. L'État régulateur s'exprime moins par des moyens *d'action directe* sur l'économie (dirigisme) que par l'utilisation de *leviers* efficaces.
- 9** **Droits et libertés économiques.** – Les principes d'intervention et d'abstention sont *relayés par des droits et des libertés propres au monde économique*. Les libertés telles que la liberté d'établissement, la liberté d'entreprendre, la libre concurrence ou encore la liberté du commerce et de l'industrie jouent comme une fédération de libertés économiques au service du principe d'abstention. Elles sont en effet invoquées par les opérateurs à l'encontre des contraintes directement imposées par

les pouvoirs publics à leur activité économique ou indirectement induites par les décisions administratives. La consécration du principe d'intervention est plus délicate à saisir. Peu de textes le traduisent expressément et directement. Tout au plus peut-on citer le principe des nationalisations issu de l'alinéa 9 du Préambule de 1946, ou se référer, en droit communautaire, à l'article 345 TFUE consacrant la neutralité de l'Union vis-à-vis du régime de la propriété dans les États membres, interprétée comme légitimant la présence d'opérateurs publics sur le marché. Mais le principe d'abstention peut en réalité être appréhendé en négatif à partir des limites aux libertés économiques, ou à travers l'interprétation permissive en faveur de l'autorité publique, que font les juridictions compétentes de ces mêmes libertés économiques. Le principe d'intervention trouve également une consécration dans l'obligation faite aux autorités publiques de réprimer les atteintes à la libre concurrence, et plus généralement d'assurer un rôle de gardien et de garant du bon fonctionnement du marché, obligation qui semble progressivement affirmée.

10 Moyens de l'administration. – Le principe d'intervention et le principe d'abstention trouvent également une expression concrète dans les *moyens* utilisés par les personnes publiques pour les mettre en œuvre. Ainsi, le principe d'intervention passe d'abord par la création d'institutions ayant un rôle de régulation de l'économie, que ces institutions relèvent directement du pouvoir central, des collectivités territoriales, ou qu'il s'agisse d'autorités de marché, ou encore d'organismes indépendants à statuts variables jouant un rôle de conseil, d'encadrement ou d'organisation de certaines professions. Le principe d'intervention s'exprime ensuite par l'adoption d'une réglementation économique au sens large (lois, règlements, décisions). Ces réglementations peuvent avoir directement un *objet* économique et s'inscrivent alors dans une politique de dirigisme économique. Elles peuvent aussi (et c'est de plus en plus souvent le cas) ne comporter qu'un *effet* économique, qu'une incitation aux opérateurs à orienter leur comportement. Ce sont les leviers de l'économie. Enfin, l'intervention publique peut passer par la constitution d'opérateurs du secteur public ou par une politique de prises de participation au capital d'opérateurs privés mûrement réfléchi. Les moyens de l'abstention par définition sont plus délicats à cerner. On peut néanmoins citer l'obligation faite aux autorités publiques de ne pas fausser le jeu concurrentiel par leurs actions ou décisions, ou encore la politique de désengagement de l'État dans les entreprises publiques.

11 Nécessité d'un perfectionnement du cadre juridique. – Indéniablement, *les principes d'intervention et d'abstention mériteraient d'être mieux définis et mieux encadrés par le droit*. La frontière entre ces deux principes souffre d'une véritable imprécision, laquelle constitue la principale faiblesse du droit public des affaires. Il revient souvent au juge de dire si telle ou telle réglementation ou action dépasse les limites acceptables de l'interventionnisme, en l'appréciant au regard d'une liberté économique dont l'interprétation est souvent sujette à fluctuations. Mais en même temps et très paradoxalement, ces fluctuations constituent la force du système du droit public des affaires en France, car elles sont à l'origine de la très grande longévité du mode de fonctionnement des relations entre l'administration et les opérateurs économiques, la dialectique du principe d'abstention et du principe