

précis  
**DOMAT**

DROIT PUBLIC

Sophie NICINSKI

# DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

9<sup>e</sup> édition

**LGDJ** un savoir-faire de  
**lextenso**



# DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

9<sup>e</sup> édition

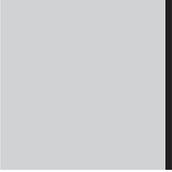
**SOPHIE NICINSKI**

Professeur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne



© 2023, LGDJ, Lextenso  
1, Parvis de La Défense  
92044 Paris La Défense Cedex  
[www.lgdj-editions.fr](http://www.lgdj-editions.fr)  
EAN : 9782275130668  
ISSN : 2968-7454  
Collection : Précis Domat

---



# 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
<b>PREMIÈRE PARTIE. RÉGULATION DE L'ÉCONOMIE</b> .....	25
<b>Titre 1. Le cadre de la régulation</b> .....	27
<b>Chapitre 1. Histoire du rôle de l'État dans l'économie</b> .....	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
<b>Chapitre 2. Les libertés économiques</b> .....	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

<b>Chapitre 3. Les institutions</b> .....	81
<b>Section 1. Les administrations de direction de l'économie et de contrôle des opérateurs</b> .....	82
§ 1. Les institutions nationales .....	82
§ 2. Les institutions locales .....	87
<b>Section 2. Les institutions d'organisation et d'accompagnement</b> .....	95
§ 1. Organismes ayant une mission d'organisation des professions ...	96
§ 2. Organismes ayant une mission d'accompagnement des professions .....	98
<b>Titre 2. L'expression de la régulation</b> .....	101
<b>Chapitre 1. Le contrôle de l'accès au marché</b> .....	103
<b>Section 1. Les restrictions à l'accès aux activités économiques en droit français</b> .....	105
§ 1. L'institution de régimes restrictifs .....	105
§ 2. L'exécution des régimes restrictifs .....	115
<b>Section 2. La liberté d'établissement et la libre prestation de services en droit communautaire</b> .....	122
§ 1. Champ d'application .....	123
§ 2. Régime .....	126
§ 3. Les directives d'harmonisation et les directives-cadres .....	133
<b>Section 3. La restriction de l'accès au marché par le contrôle des investissements étrangers</b> .....	139
<b>Chapitre 2. Le contrôle de la structure du marché</b> .....	143
<b>Section 1. L'institution de droits exclusifs et la création de monopoles</b> .....	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 .....	159
<b>Section 2. Le contrôle des concentrations en droit français</b> .....	163
§ 1. Le champ d'application .....	164
§ 2. La procédure .....	170
§ 3. L'appréciation de l'opération de concentration .....	183
§ 4. Le contrôle opéré par le juge administratif .....	191
<b>Chapitre 3. Le contrôle du fonctionnement du marché</b> .....	197
<b>Section 1. La direction de l'économie par le contrôle des prix</b> .....	198
§ 1. Le principe de libre détermination des prix .....	198
§ 2. La subsistance de prix réglementés .....	199

---

<i>Section 2. L'orientation du marché par la contractualisation d'objectifs économiques</i> .....	206
§ 1. L'abandon de la planification nationale .....	206
§ 2. La persistance des contrats de plan .....	207
<i>Section 3. L'organisation et l'encadrement de certains marchés</i> .....	210
§ 1. L'encadrement de marchés concurrentiels sensibles .....	211
§ 2. L'encadrement des réseaux ouverts à la concurrence .....	217
<b>Chapitre 4. Le soutien du marché</b> .....	253
<i>Section 1. Le régime général des aides publiques issu du droit administratif</i> .....	255
§ 1. La décision d'octroi .....	255
§ 2. La régularité de l'aide au regard des grands principes du droit public .....	259
§ 3. Le régime du retrait et du reversement des aides .....	260
<i>Section 2. Le contrôle communautaire des aides publiques</i> .....	265
§ 1. La notion d'aide d'État .....	265
§ 2. Les dérogations .....	292
§ 3. La procédure de contrôle .....	297
<i>Section 3. Le régime des aides consenties par les collectivités territoriales</i> .....	302
§ 1. Le dispositif général .....	303
§ 2. Les dispositifs particuliers .....	307
<b>Chapitre 5. La protection du caractère concurrentiel du marché</b> .....	315
<i>Section 1. La sanction des pratiques anticoncurrentielles commises par les opérateurs</i> .....	316
§ 1. Les autorités chargées de réprimer les pratiques anticoncurrentielles .....	317
§ 2. Les pratiques anticoncurrentielles .....	320
<i>Section 2. La sanction des effets anticoncurrentiels des décisions de l'autorité publique</i> .....	322
§ 1. La répartition des compétences entre l'autorité de la concurrence et le juge administratif .....	322
§ 2. L'application du droit de la concurrence aux principales missions de l'administration .....	325
§ 3. Les particularités du droit public de la concurrence .....	344

DEUXIÈME PARTIE. PARTICIPATION AU MARCHÉ.....	351
<b>Titre 1. Les opérateurs publics : identification et fonctionnement</b> .....	353
<b>Chapitre 1. Le secteur public</b> .....	355
<i>Section 1. Historique</i> .....	355
§ 1. La construction d'un secteur public.....	356
§ 2. L'expansion du secteur public.....	358
§ 3. La contraction du secteur public.....	358
§ 4. Le juste périmètre du secteur public ou la légitimité de l'opérateur public.....	361
<i>Section 2. Notion</i> .....	366
§ 1. L'autonomie.....	367
§ 2. L'activité économique.....	368
§ 3. L'influence publique.....	378
<i>Section 3. Nationalisations</i> .....	381
<i>Section 4. Privatisations</i> .....	385
§ 1. Notion.....	387
§ 2. Champ d'application.....	389
§ 3. Procédure.....	393
§ 4. Protection des entreprises privatisées.....	401
§ 5. Protection des missions de service public et des infrastructures stratégiques.....	405
§ 6. Privatisations et droit européen.....	406
<i>Section 5. La gestion des participations publiques</i> .....	408
§ 1. Les opérations de cessions de participations publiques.....	409
§ 2. Les prises de participation publique dans des entreprises du secteur privé.....	410
§ 3. La politique de filialisation.....	412
<i>Section 6. Les prérogatives exorbitantes de l'État actionnaire</i> .....	412
<b>Chapitre 2. Les opérateurs publics nationaux</b> .....	417
<i>Section 1. L'État actionnaire : état des réflexions</i> .....	418
§ 1. Séparer les différentes fonctions de l'État.....	418
§ 2. Améliorer la gouvernance des entreprises publiques.....	422
§ 3. Subir la pression du droit communautaire.....	424
<i>Section 2. Création et formes juridiques</i> .....	426
§ 1. La typologie des entreprises publiques nationales.....	426
§ 2. La création des entreprises publiques.....	428

§ 3. La tendance actuelle à la sociétisation des établissements publics nationaux .....	429
<b>Section 3. Gouvernance</b> .....	442
§ 1. Droit commun et règles exorbitantes .....	444
§ 2. Le président du conseil d'administration .....	450
§ 3. Les actionnaires .....	450
<b>Section 4. Contrôles</b> .....	452
§ 1. Les contrôles opérés au titre de la fonction de l'État actionnaire .....	453
§ 2. Les autres contrôles .....	459
<b>Section 5. Gestion</b> .....	461
§ 1. Les biens .....	461
§ 2. La comptabilité et les financements .....	462
§ 3. Les contrats .....	465
<b>Chapitre 3. Les opérateurs publics locaux</b> .....	469
<b>Section 1. Les sociétés d'économie mixte locales</b> .....	469
§ 1. Objet .....	472
§ 2. Capital et forme juridique .....	474
§ 3. Concours financiers des collectivités territoriales .....	477
§ 4. Interventions .....	480
§ 5. Administration et contrôle .....	487
§ 6. Disparition .....	492
<b>Section 2. Les sociétés publiques locales</b> .....	494
§ 1. Un actionnariat public .....	494
§ 2. L'application du régime des SEML .....	495
§ 3. L'intervention des sociétés publiques locales .....	496
§ 4. La diversification des sociétés publiques locales .....	499
<b>Section 3. Les sociétés d'économie mixte à opération unique</b> .....	500
<b>Titre 2. L'intervention sur le marché</b> .....	505
<b>Chapitre 1. Le principe de l'intervention</b> .....	507
<b>Section 1. Le cadre général</b> .....	508
§ 1. L'intérêt public .....	508
§ 2. L'habilitation normative .....	522
<b>Section 2. Les domaines d'intervention</b> .....	524
§ 1. Le domaine réservé .....	525
§ 2. Le domaine naturel .....	525

§ 3. Le domaine partagé .....	529
<b>Chapitre 2. Les modalités de l'intervention</b> .....	533
<b><i>Section 1. Le statut des opérateurs publics et le droit de la concurrence</i></b> .....	536
§ 1. L'identification des facteurs statutaires .....	536
§ 2. L'appréciation des facteurs statutaires .....	542
<b><i>Section 2. Le comportement des opérateurs publics et le droit de la concurrence</i></b> .....	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
<b>Titre 1. Présentation synthétique – Étude transversale des méthodes de collaboration</b> .....	571
<b><i>Section 1. Le champ de la collaboration économique</i></b> .....	571
§ 1. La collaboration par la commande publique .....	573
§ 2. La collaboration par l'habilitation à exercer une activité économique .....	576
<b><i>Section 2. Le fondement</i></b> .....	580
<b><i>Section 3. L'externalisation</i></b> .....	583
<b><i>Section 4. L'objet</i></b> .....	589
<b><i>Section 5. Le régime de la collaboration économique</i></b> .....	590
§ 1. Les grands principes commandant le choix de l'opérateur .....	591
§ 2. Le régime des actes de collaboration économique .....	600
<b>Titre 2. Étude analytique</b> .....	605
<b>Chapitre 1. Les marchés publics</b> .....	607
<b><i>Section 1. Le champ d'application du droit des marchés publics</i></b> .....	610
§ 1. Les activités « hors champ » .....	610
§ 2. La notion de marché public .....	612
§ 3. Les « autres marchés » (anciens marchés exclus) .....	649
<b><i>Section 2. La passation des marchés publics</i></b> .....	674
§ 1. Les dispositions générales communes à tous les marchés publics .....	674
§ 2. Les procédures de passation .....	691

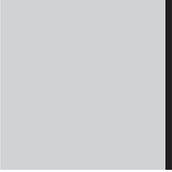
---

<b>Section 3. L'exécution des marchés publics</b> .....	733
§ 1. L'exécution financière .....	733
§ 2. La sous-traitance .....	735
§ 3. La modification des marchés publics .....	736
§ 4. La résiliation des marchés publics .....	740
<b>Chapitre 2. Les marchés de partenariat</b> .....	743
<b>Section 1. Identification</b> .....	745
§ 1. Les partenariats en droit communautaire .....	745
§ 2. Le marché de partenariat en droit français .....	746
<b>Section 2. Régime</b> .....	756
§ 1. La passation .....	756
§ 2. Dispositions particulières relatives à l'exécution du marché de partenariat .....	759
<b>Chapitre 3. Les concessions</b> .....	763
<b>Section 1. Notion</b> .....	765
§ 1. Les critères du contrat de concession .....	766
§ 2. Les exclusions et les concessions soumises à un régime hyper allégé .....	785
<b>Section 2. La procédure de passation</b> .....	787
§ 1. Les règles générales .....	788
§ 2. La mise en concurrence .....	805
§ 3. L'exécution .....	818
<b>Section 3. Les concessions particulières</b> .....	829
§ 1. Les concessions locales .....	829
§ 2. Les autres concessions particulières .....	830
<b>Chapitre 4. Les contrats domaniaux</b> .....	833
<b>Section 1. Les autorisations accordées en vue d'une exploitation         économique</b> .....	835
§ 1. L'institution d'une procédure de sélection .....	835
§ 2. L'encadrement de la durée des titres d'occupation .....	842
<b>Section 2. Les autorisations supports d'opérations de la commande         publique</b> .....	842
§ 1. Les baux emphytéotiques administratifs .....	843
§ 2. Les conventions d'occupation constitutives de droits réels .....	851
§ 3. Les cessions d'immeubles avec charges .....	857

---

<b>Chapitre 5. La vente en l'état futur d'achèvement</b> .....	861
<i>Section 1. Origine et définition</i> .....	861
<i>Section 2. Conditions de recours à la VEFA</i> .....	862
<i>Section 3. Qualification</i> .....	863
§ 1. Qualification de marché public et irrégularité .....	864
§ 2. Qualification de marché public et régularité .....	865
<b>Chapitre 6. Les concessions d'aménagement</b> .....	869
<i>Section 1. Identification</i> .....	869
<i>Section 2. Qualification</i> .....	871
§ 1. La concession d'aménagement en droit français : un contrat particulier .....	872
§ 2. La concession d'aménagement en droit communautaire : une requalification éventuelle en marché de travaux .....	872
<i>Section 3. Procédure</i> .....	874
§ 1. La procédure de passation des concessions d'aménagement .....	874
§ 2. La procédure de passation des contrats de l'aménageur .....	875
<b>Chapitre 7. Le crédit-bail</b> .....	877
<i>Section 1. Le crédit-bail immobilier</i> .....	877
§ 1. L'utilisation du crédit-bail immobilier par des personnes publiques .....	878
§ 2. Les risques de requalification .....	880
<i>Section 2. Le crédit-bail mobilier</i> .....	881
Index analytique .....	883

---



# PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

## 1) Juridictions

CAA	Cour administrative d'appel
Cons. const.	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

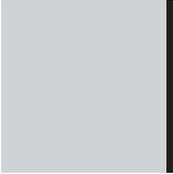
### 3) Périodiques et ouvrages

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

---

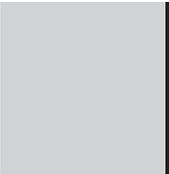


## BIBLIOGRAPHIE

- 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<sup>e</sup> éd., 2021
- Conseil d'État, *L'action économique des personnes publiques*, Rapp. Doc. fr. 2015
- J.-Y. CHÉROT, *Droit public économique*, Economica, 2<sup>e</sup> éd., 2007
- F. COLIN, *Droit public économique*, Gualino, 6<sup>e</sup> éd., 2017
- J.-P. COLSON et P. IDOUX, *Droit public économique*, LGDJ, 10<sup>e</sup> éd., 2022
- P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 2<sup>e</sup> éd., 2021
- G. ECKERT, *Droit public des affaires*, Montchrestien, coll. Focus droit, 2<sup>e</sup> éd., 2013
- Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. IV, LGDJ
- H.-G. HUBRECHT, *Droit public économique*, Cours, Dalloz, 1997
- D. LINOtte, D. PIETTE et R. ROMI, *Droit public économique*, Litec, 9<sup>e</sup> éd., 2022
- 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<sup>e</sup> 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<sup>e</sup> éd., 2013
- N. SYMCHOWICZ, L. RAPP et Ph. TERNEYRE (dir.), *Lamy Droit public des affaires*
- J.-P. VALETTE, *Droit public de l'économie*, Hachette, coll. Les Fondamentaux, 6<sup>e</sup> éd., 2021
- G. VLACHOS, *Droit public économique français et européen*, Armand Colin, 2<sup>e</sup> 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'État<sup>1</sup> 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