



**HAL**  
open science

# La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne

Valentin Lamy

► **To cite this version:**

Valentin Lamy. La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne. Revue française de droit administratif, 2021, 2, pp.305. halshs-03376163

**HAL Id: halshs-03376163**

**<https://shs.hal.science/halshs-03376163v1>**

Submitted on 7 Jul 2023

**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.

## La quasi-domanialité publique au prisme du droit de l'Union européenne

Valentin Lamy, Docteur en droit, qualifié aux fonctions de maître de conférences, Équipe de droit public de Lyon, Université Jean Moulin Lyon III

### L'essentiel

Pour répondre aux exigences concurrentielles issues du droit du marché intérieur, les biens des entreprises publiques en la forme de sociétés privées sont essentiellement soumis au droit commun. Néanmoins, au regard de leur affectation au service public, le législateur les grève de servitudes légales qualifiées de « quasi-domanialité publique », telle qu'une insaisissabilité fonctionnelle ou un mécanisme d'opposition à cession. Conçus pour concilier les exigences européennes et la continuité du service public, certains de ces mécanismes pourraient cependant se révéler insuffisants aux yeux de la Commission européenne.

La transformation de la SNCF (société nationale des chemins de fer) en société anonyme au 1<sup>er</sup> janvier 2020<sup>(1)</sup> et les multiples épisodes de la privatisation d'Aéroports de Paris consécutifs à la loi *PACTE (loi relative à la croissance et la transformation des entreprises)*<sup>(2)</sup> ont remis sur le devant de la scène la question de la transformation des grands établissements publics industriels et commerciaux en sociétés anonymes de droit privé.

Si la question, protéiforme, des privatisations des grands services publics de l'État se pose de manière régulière au gré du passage d'anciens établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) sous statut ou pavillon privé, une précision d'importance mérite ici d'être apportée. Sous la notion floue de privatisation, il faut en effet distinguer deux étapes. D'une part, la première étape du processus consiste en une privatisation du statut de l'établissement public, parfois qualifiée de « sociétisation »<sup>(3)</sup>, et qui emporte d'emblée d'importantes conséquences juridiques. D'autre part, la seconde étape, qui peut se faire par degrés successifs, consiste en la « privatisation du capital »<sup>(4)</sup>, c'est-à-dire la cession d'une part plus ou moins importante du capital de l'entreprise au secteur privé. Le mouvement est relativement important, en particulier du fait qu'il concerne des établissements emblématiques<sup>(5)</sup>. Débuté timidement dans les années 1970, il s'est poursuivi face à l'intensification de la pression européenne<sup>(6)</sup> : Télédiffusion de France est privatisé en 1986, France Télécom passe sous statut privé en 1996 avant de voir son capital privatisé en 2003, Électricité de France et Gaz de France (GDF) deviennent en 2004 des sociétés anonymes pour lesquelles l'État ne détient plus la totalité du capital (il est même appelé à disparaître du capital d'Engie), Aéroports de Paris (ADP) est transformé en 2005, la Poste en 2010 et, enfin, la SNCF redevient une société anonyme conformément à la loi *pour un nouveau pacte ferroviaire* du 27 juin 2018.

Les causes de ce phénomène, qui rompt brutalement avec le modèle « à la française » des grands services publics nationaux, sont connues et largement documentées. Il ne s'agira pas d'y revenir en détail ici, mais simplement de dire qu'elles sont de deux ordres. D'une part, il y a la croyance que la

forme même de l'établissement public n'est pas la plus pertinente pour gérer des activités économiques<sup>(7)</sup>. D'autre part, il y a une raison de nature juridique davantage contraignante, à savoir l'achèvement du marché intérieur de l'Union européenne. Objectif fixé par l'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE), la réalisation du marché unique passe par la libéralisation au niveau européen des services en réseau, tels que les transports, les télécommunications ou encore l'énergie, ce que promeut l'article 176 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). Tout cela s'est fait par étapes successives, au moyen de paquets sectoriels, ce qui explique en partie la progressivité du phénomène.

Plus précisément, et il s'agira de l'objet de la présente étude, la question des biens de ces anciens établissements publics révèle des enjeux parfois mis au second plan alors qu'elle bouleverse en profondeur notre conception organico-fonctionnelle de la domanialité publique<sup>(8)</sup> pour faire émerger une catégorie guidée par une logique purement fonctionnelle, celle des « biens du service public »<sup>(9)</sup>. Certains de ces biens devenus privés bénéficient à ce titre de régimes « hybride[s] »<sup>(10)</sup> présentés comme « largement artificiel[s] »<sup>(11)</sup> : les régimes de quasi-domanialité publique.

La notion de « quasi-domanialité » publique peut se définir comme un ensemble hétérogène de régimes juridiques inspirés de la domanialité publique et grevant les biens de sociétés privées en charge d'une mission d'utilité publique, de servitudes légales d'affectation afin de garantir le principe constitutionnel de continuité du service public<sup>(12)</sup>. L'apparition de pareils régimes n'est pas surprenante, car s'il est acquis que le régime de la domanialité publique, marqué notamment par les principes d'inaliénabilité, d'imprescriptibilité et d'insaisissabilité, est un « droit de protection »<sup>(13)</sup> traduisant une « conception désuète de la propriété publique »<sup>(14)</sup> peu efficace lorsqu'il s'agit de gérer une activité économique<sup>(15)</sup>, il demeure impensable de conférer une totale liberté de gestion de ces biens à leurs propriétaires, puisqu'ils restent nécessaires au service public. Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel a fixé un cadre à l'intérieur duquel le législateur pouvait transférer de la sorte et à titre gratuit des biens du domaine public à ces nouvelles sociétés anonymes : - en estimant d'abord, à propos des biens de TDF, que le déclassement préalable de ces biens par la loi permettait leur cession sans entraver le principe d'inaliénabilité<sup>(16)</sup> ; - en considérant ensuite, dans un autre contexte, qu'« il incombe au législateur lorsqu'il modifie les dispositions relatives au domaine public de ne pas priver de garanties légales les exigences constitutionnelles qui résultent de l'existence et de la continuité des services publics auxquels il est affecté »<sup>(17)</sup>. Il s'ensuit que le législateur est constitutionnellement tenu de mettre en place un régime protecteur pour les biens affectés au service public, à charge ensuite aux « autorités juridictionnelles et administratives de veiller strictement au respect par l'entreprise [...] des principes constitutionnels régissant le service public notamment dans la gestion des biens transférés »<sup>(18)</sup>. Cette solution, initialement retenue pour France Télécom a par la suite été réitérée<sup>(19)</sup>.

Elle porte en elle une logique essentiellement fonctionnelle et finaliste selon laquelle c'est la seule affectation qui dicte le régime du bien, non la propriété, dans la droite ligne de l'analyse de Capitant<sup>(20)</sup>. Il en résulte deux séries de conséquences. Premièrement, lorsque l'affectation disparaît, les biens réintègrent « le commerce juridique et peuvent être vendus »<sup>(21)</sup>. Tel fut le cas des biens de France Télécom à compter de 2003. Secondement, ces régimes sont par nature disparates, « à la carte »<sup>(22)</sup>, puisque « l'intensité du régime juridique du bien »<sup>(23)</sup> est fonction de son degré d'affectation au service public.

Pourtant, il est possible de déceler des constantes. D'abord, ces régimes comportent généralement un mécanisme d'opposition ou d'autorisation à cession, à apport ou à création de sûreté<sup>(24)</sup> au bénéfice de l'État pour certains biens essentiels à l'activité de la société. Il en va ainsi de certains biens de La Poste, d'ADP ou de la SNCF - cela a aussi concerné certains biens de France Télécom entre 1996 et 2003<sup>(25)</sup> et certains biens de GDF entre 2007 et 2015<sup>(26)</sup>. Ensuite, les biens concernés peuvent être insaisissables et exclus du régime des baux commerciaux, ceci concernant uniquement ADP et la SNCF<sup>(27)</sup>.

La question à laquelle il s'agit de répondre ici est de savoir si ces régimes, dans leur diversité, sont propres à écarter tout risque de contradiction au droit de l'Union européenne. B. Plessix l'a bien senti : la quasi-domanialité publique semble être, *a priori*, un « incroyable pied-de-nez que la France fait au droit communautaire »<sup>(28)</sup>, les éléments fonctionnels de droit public maintenus en vie par ces régimes pouvant « ne pas convenir aux gardiens intransigeants du droit de l'Union européenne et de l'économie de marché »<sup>(29)</sup>. La difficulté tient ici à la diversité de ces régimes et de leurs modalités d'application, qu'il faudra passer au crible. Néanmoins, deux éléments marquants pourraient effectivement s'attirer les foudres de la Commission et seront analysés ici. D'une part, l'insaisissabilité de certains biens laisse planer le spectre de l'aide d'État, étant entendu que c'est « implicitement du régime d'insaisissabilité des biens »<sup>(30)</sup> que la Cour de justice a déduit l'existence d'une garantie implicite et illimitée au bénéfice des anciens établissements publics présumptive d'une aide d'État<sup>(31)</sup>. D'autre part, l'opposition à cession peut s'analyser comme une action spécifique au bénéfice de l'État, susceptible d'attenter à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement.

### **L'insaisissabilité fonctionnelle : un risque de qualification d'aide d'État**

Les biens des personnes publiques étant, conformément à l'article L. 2311-1 du code général de la propriété des personnes publiques, insaisissables, c'est bien à une logique organique que s'amarre le droit des propriétés publiques. Dès lors, la transformation d'un EPIC en société privée, en ce qu'elle met un terme à l'insaisissabilité de principe, écarte *a priori* la présomption de garantie implicite et illimitée présumptive d'une aide d'État<sup>(32)</sup>. Néanmoins, la substitution de mécanismes d'insaisissabilité fonctionnelle, à raison de l'utilité de certains biens au service public, pourrait potentiellement être insuffisante à prévenir toute qualification d'aide d'État.

### **Une insaisissabilité fonctionnelle nécessaire à l'exclusion de la qualification d'aide d'État**

Avant toute chose, il faut préciser que ce n'est pas l'insaisissabilité en tant que telle que le droit européen sanctionne : bien que souffrant d'une portée limitée<sup>(33)</sup>, l'article 345 du TFUE instaure un principe de neutralité de l'Union européenne sur les régimes de propriété ; ce sont les conséquences de l'insaisissabilité qui sont appréhendées en termes de perturbations de la concurrence. Selon la Commission<sup>(34)</sup> et les juridictions européennes, l'exclusion des personnes publiques des procédures de liquidation et de redressement judiciaires prévue aux articles L. 631-2 et L. 640-2 du code de commerce et, plus généralement, l'inapplicabilité de toute procédure de faillite découlant du principe d'insaisissabilité des biens publics<sup>(35)</sup>, est de nature à conférer aux établissements publics gérant une activité économique une garantie implicite et illimitée de l'État. Cette garantie serait présumptive d'une aide d'État en ce qu'elle placerait ces établissements dans une situation avantageuse vis-à-vis des autres opérateurs. En particulier, cela permettrait aux EPIC de bénéficier de « conditions de crédit plus favorables »<sup>(36)</sup> auprès des établissements bancaires puisqu'ils ne présenteraient aucun risque

d'insolvabilité.

Concernant la France, un tel raisonnement a ainsi pu être tenu par la Commission à propos d'EDF, dans une décision non contestée devant les juridictions européennes, selon laquelle la « garantie, qui est illimitée dans sa couverture, dans le temps et dans son montant, constitue une aide d'État »<sup>(37)</sup>, et à propos du Laboratoire national d'essais<sup>(38)</sup>, de la Poste<sup>(39)</sup> et de l'Institut français du pétrole<sup>(40)</sup>. Il a, par la suite, été précisé par le Tribunal de première instance et la Cour de justice dans les affaires *La Poste*<sup>(41)</sup> et *IFP*<sup>(42)</sup>. Plus encore, la présomption d'aide d'État ainsi dégagée, pour simple qu'elle soit, demeure quasiment impossible à renverser<sup>(43)</sup>. Le gouvernement français s'y était pourtant attelé en tentant de démontrer que, juridiquement du moins, nulle obligation ne pesait sur l'État de garantir de façon illimitée les dettes des EPIC. Trois arguments, tirés des « édulcorations »<sup>(44)</sup> que le droit français apporte à l'exclusion des personnes publiques du droit des entreprises en difficulté étaient avancés. D'abord, face à la défaillance d'une collectivité publique dans le paiement de ses créances, la loi du 16 juillet 1980 confère à son autorité de tutelle un pouvoir de substitution qui ne lui permet d'agir que dans le cadre des compétences de l'exécutif de la collectivité et ne saurait donc grever le budget de l'État. Ensuite, en cas de défaillance, à son tour, de l'autorité de tutelle, les créanciers ne pourraient obtenir satisfaction qu'au contentieux, en apportant la preuve d'une faute lourde et d'un préjudice anormal et spécial conformément à la jurisprudence *Campoloro*<sup>(45)</sup>. Enfin, depuis l'entrée en vigueur de la *LOLF (loi organique relative aux lois de finances)*, seule une disposition contenue dans une loi de finances peut constituer une garantie de l'État. Ces trois éléments rendent très aléatoire la mobilisation de « ressources d'État » en garantie des dettes des EPIC, condition pourtant exigée par l'article 107 du TFUE pour caractériser une aide d'État. Le raisonnement des instances européennes se fonde donc uniquement sur les conséquences déduites du privilège d'insaisissabilité, et obère les autres conditions de l'article 107 pourtant nécessaires à la qualification d'aide d'État, dans une interprétation qualifiée de « *contra legem* » par C. Roux<sup>(46)</sup>.

La solution qui a été retenue par le législateur<sup>(47)</sup> afin d'éviter une telle qualification a généralement été la transformation des EPIC en sociétés anonymes, afin de mettre un terme au privilège d'insaisissabilité inhérent à la personnalité publique, de manière à soumettre ces entreprises aux procédures de redressement et de liquidation judiciaires de droit commun. Toutefois, afin d'assurer la continuité du service public dans les cas sensibles d'ADP et de la SNCF, le législateur a prévu des aménagements de deux ordres. D'une part, certains biens de ces entreprises ont été transférés en propriété à l'État, qui leur en a conféré la pleine gestion en retour. Il s'agit, concernant ADP, des biens « nécessaires à l'exercice par l'État ou ses établissements publics de leurs missions de service public concourant à l'activité aéroportuaire »<sup>(48)</sup> et, concernant la SNCF, du réseau ferré national<sup>(49)</sup>. D'autre part, un régime d'insaisissabilité a été mis en place concernant d'autres biens. Pour ADP, il s'agit de tout bien « situé dans le domaine aéroportuaire... nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci »<sup>(50)</sup>. Pour la SNCF et SNCF Voyageurs, cela concerne tout bien « nécessaire au transport ferroviaire national »<sup>(51)</sup>. Dans ces deux cas, le régime de quasi-domanialité publique mis en place instaure une simple insaisissabilité fonctionnelle à raison de l'utilité des biens pour une mission essentielle de l'État.

Peut-on nécessairement en conclure, malgré la suppression du privilège absolu d'insaisissabilité, que cette évolution « supprime la garantie dont [l'EPIC] bénéficiait et élimine l'aide d'État qui en découlait »<sup>(52)</sup> ou évite toute « suspicion de principe »<sup>(53)</sup> de la part de la Commission ? Il est permis d'en douter : le raisonnement qui a été suivi par les instances européennes pour dégager la présomption

d'aide d'État pesant sur les EPIC jette non seulement « une ombre sur toute prise en charge directe d'activités économiques par une personne morale de droit public »<sup>(54)</sup> ; il pourrait être transposé aux personnes de droit privé bénéficiant de garanties semblables car, précisément, il se fonde exclusivement sur les effets potentiels des mécanismes analysés, en plaçant la dimension organique au second plan.

### **Une insaisissabilité fonctionnelle insuffisante à l'exclusion de la qualification d'aide d'État**

De prime abord, la privatisation apparaît, aux yeux de la Commission, comme « un élément probant d'une pleine soumission des autorités publiques aux règles du marché »<sup>(55)</sup> de nature à exclure toute qualification d'aide d'État. Cependant, si le juge européen peut faire preuve d'une certaine mansuétude vis-à-vis des services d'intérêt général - on l'a vu avec les jurisprudences *Corbeau*<sup>(56)</sup> et *Commune d'Almelo*<sup>(57)</sup> -, il tend surtout à encadrer toutes formes d'aides à destination des personnes gérant ces services, voire à les placer « sous surveillance »<sup>(58)</sup> étroite. En réalité, et il s'agit là de l'un des enseignements majeurs qu'il faut tirer des jurisprudences *Ferring*<sup>(59)</sup> et *Altmark*<sup>(60)</sup> ainsi que des paquets *Monti-Kroes* et *Almunia*<sup>(61)</sup>, c'est davantage à une intégration des services d'intérêt économique général (SIEG) au « fonctionnement normal du marché »<sup>(62)</sup>, qu'à une exclusion de celui-ci, à laquelle il est donné d'assister. On ne reviendra pas ici sur l'ensemble des conditions permettant des dérogations au régime des aides d'État en cas de compensation de service public, mais il faut bien avoir à l'esprit que celles-ci sont nécessairement limitées, encadrées et conférées à l'opérateur « qui fournit la prestation au moindre coût »<sup>(63)</sup>, conformément à la quatrième condition de la jurisprudence *Altmark*.

Cette propension à l'intégration des SIEG dans la logique de marché interroge donc nécessairement sur le maintien d'éléments de droit public pouvant procurer un avantage concurrentiel aux opérateurs historiques. Dès lors, si l'on considère les mécanismes d'insaisissabilité fonctionnelle mis en place, au moins deux éléments pourraient faire rejaillir le spectre d'une garantie potentiellement constitutive d'une aide d'État. D'abord, la question du périmètre exact de l'insaisissabilité se pose, car, si celle-ci s'étend à une fraction significative des biens de la société, elle va tendre à faire échec à l'application des procédures de faillite. Ensuite, en grossissant la loupe, il faut noter que la présence de l'État au capital de ces sociétés est aussi de nature à rendre très improbable leur faillite et donc à potentiellement caractériser une garantie implicite.

Dans les deux régimes de quasi-domanialité publique qui instaurent un mécanisme d'insaisissabilité fonctionnelle, il faut noter une divergence dans la précision du périmètre de l'insaisissabilité. Concernant ADP, les biens concernés sont clairement identifiés et énumérés par l'article 53 du cahier des charges de la société<sup>(64)</sup>. Il n'en va pas de même pour la SNCF puisque l'insaisissabilité concerne, sans précision, tout bien nécessaire au transport ferroviaire national. Or, en l'absence de liste, il est difficile sinon impossible de distinguer les biens affectés des autres et un tel manque de précision dans la définition des biens insaisissables est indéniablement source d'insécurité juridique pour les créanciers<sup>(65)</sup>. Pour que, de leur point de vue, les choses soient parfaitement claires, il faudrait, à l'image d'ADP ou encore du droit belge<sup>(66)</sup>, instaurer une liste des biens insaisissables car à défaut, l'étendue de l'insaisissabilité est laissée soit à la discrétion de l'État soit à l'appréciation du juge. En tout état de cause, cette incertitude rend aléatoire le respect de l'exigence formulée par la Commission<sup>(67)</sup> de mettre les créanciers de ces sociétés « dans la même situation que les créanciers d'une entreprise privée »<sup>(68)</sup>, c'est-à-dire de les laisser « dans une situation d'incertitude [quant au

remboursement de leurs créances], caractéristique de la liquidation de droit commun »<sup>(69)</sup>.

Par ailleurs, la présence de l'État au capital de ces deux sociétés, selon une intensité variable, rend très improbable leur faillite. À dire vrai, comme le souligne C. Roux, c'est davantage le « degré de dépendance vis-à-vis de l'État »<sup>(70)</sup> qui serait aux fondements d'une garantie implicite. Et pour cause, la position avantageuse des EPIC vis-à-vis de leurs créanciers était intimement liée à leur faible risque de défaut<sup>(71)</sup>, attesté par les notes que leur attribuaient les agences de notation. Or ces agences de notation usent d'un critère de dépendance par rapport à leur mandant public pour attribuer une note aux opérateurs, non d'un critère organique<sup>(72)</sup>. Si la dépendance d'ADP vis-à-vis de l'État a vocation à s'atténuer, celle de la SNCF demeure totale, son capital étant exclusivement détenu par l'État et le législateur ayant pris la peine de le déclarer « incessible »<sup>(73)</sup>. Dès lors, « on peut estimer que dans un cas de ce genre la disparition de l'entreprise devient quasiment impossible et que l'on se trouve dans une situation équivalant à une garantie totale »<sup>(74)</sup>. À ce stade, le spectre de la garantie présomptive d'une aide d'État n'est plus très loin.

Il l'est d'autant moins si l'on considère les raisonnements qui ont déjà fait jour dans les institutions européennes, en particulier dans le jugement du Tribunal dans l'affaire *La Poste*. Au paragraphe 98 dudit jugement, le juge européen semblait davantage lier la garantie à la mission de service public exercée qu'à la forme juridique de l'établissement public : « il apparaît exclu que l'État soit amené à procéder à une vente de l'ensemble des biens de La Poste. Conformément à l'exigence de continuité du service public, qui constitue en droit français un principe à valeur constitutionnelle et qui s'impose aux autorités étatiques [...] les biens nécessaires à l'accomplissement par un EPIC d'une mission de service public ne peuvent être cédés »<sup>(75)</sup>. Parce qu'il lie la garantie à la fonction des biens, même en l'absence de régime d'insaisissabilité des biens, un tel raisonnement peut induire « une remise en cause du régime des biens nécessaires au service public »<sup>(76)</sup> et emporter avec lui les mécanismes de quasi-domanialité publique. M. Lombard ne s'y trompe d'ailleurs pas lorsqu'elle prédit qu'il « n'est même pas certain que la transformation [...] en société anonyme apporte une réelle solution, tant l'applicabilité des procédures de redressement et de liquidation judiciaires serait seconde au regard de la nécessité première, en tout état de cause, de maintenir la continuité du service public »<sup>(77)</sup>.

Il se pourrait donc bien qu'à terme, l'entreprise de déconstruction des services publics s'exerçant dans le cadre d'une activité concurrentielle lancée par l'Union européenne ait raison de cet aspect de la quasi-domanialité publique. Plus encore, il pourrait en être de même à propos des régimes d'opposition à cession.

### **L'opposition à cession : une action spécifique potentiellement contraire à la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement**

Les mécanismes d'opposition à cession, à apport ou à création de sûreté au bénéfice de l'État actionnaire, présents dans certains régimes de quasi-domanialité publique ont déjà pu être qualifiés d'« actions spécifiques » entrant dans le champ d'application de la libre circulation des capitaux et de la liberté d'établissement par la Cour de justice<sup>(78)</sup>. Or ces actions spécifiques, ou *golden shares*, d'origine anglo-saxonne<sup>(79)</sup>, sont placées sous étroite surveillance de la Commission et strictement encadrées par la jurisprudence de la Cour de justice depuis 2002<sup>(80)</sup> puisqu'elles sont susceptibles d'entraver la libre circulation des capitaux et la liberté d'établissement<sup>(81)</sup>. Elles se définissent généralement comme un « mécanisme qui confère à un État des droits sur les sociétés privatisées aux fins de protection des intérêts nationaux »<sup>(82)</sup> permettant « de concilier privatisation, d'une part,

surveillance par l'État de la conduite de la politique de l'entreprise dans un secteur particulier, d'autre part »<sup>(83)</sup>. Plus particulièrement, elles ne sont admises qu'à deux conditions « draconiennes »<sup>(84)</sup>, qu'il s'agira de vérifier en ce qui concerne la quasi-domanialité publique à la française : une justification par un motif autorisé par le droit européen et un caractère nécessaire et proportionné au regard des objectifs poursuivis.

### **Les justifications des régimes d'opposition à cession : des incertitudes potentiellement contraires à la jurisprudence européenne**

Pour qu'une action spécifique ne porte atteinte ni à la liberté d'établissement ni à la libre circulation des capitaux, encore faut-il qu'elle entre dans les formes d'entraves autorisées par le TFUE ou la jurisprudence européenne. En particulier, comme l'a rappelé la Cour dans un arrêt *Commission c/ Pays-Bas* de 2006, « la libre circulation des capitaux peut cependant être limitée par des mesures nationales justifiées par les raisons mentionnées à l'article 58 CE [actuel article 65 du TFUE] ou par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant qu'il n'existe pas de mesure communautaire d'harmonisation prévoyant des mesures nécessaires pour assurer la protection de ces intérêts »<sup>(85)</sup>.

Sur cette question des motifs de nature à justifier une action spécifique, la Cour de justice semble faire preuve d'une certaine clémence. Certes, les intérêts de « nature économique » ou tirés d'une « politique économique »<sup>(86)</sup> ou « industrielle »<sup>(87)</sup> ne sauraient être au fondement de justifications à une entrave à la libre circulation des capitaux. Mais au rang des intérêts supérieurs avancés avec succès, il faut noter que l'on trouve un spectre relativement large. Ainsi, ont pu être considérées comme des intérêts légitimes : la garantie de « la sécurité des approvisionnements en énergie en temps de crise »<sup>(88)</sup>, ou simplement des approvisionnements pétroliers<sup>(89)</sup>, la nécessité d'« assurer la disponibilité du réseau des télécommunications en cas de crise, de guerre ou de terrorisme »<sup>(90)</sup> ou, plus généralement, la « garantie d'un service d'intérêt général »<sup>(91)</sup>.

Si la France a pu, dans le passé, mettre en place des mécanismes d'opposition à cession en matière d'approvisionnements énergétiques - concernant Elf Aquitaine et GDF - et de télécommunications - concernant France Télécom -, ces régimes se retrouvent essentiellement aujourd'hui pour La Poste, ADP et la SNCF. Dans les deux premiers cas, la référence explicite au service public dans le mécanisme devrait permettre de considérer l'intérêt général poursuivi comme légitime. La question est plus délicate concernant la SNCF, pour laquelle une telle référence n'est pas mentionnée dans la loi.

Plus précisément, concernant La Poste, le mécanisme est contenu à l'article 23 de la loi du 2 juillet 1990, dans sa version modifiée par la loi du 9 février 2010. Il prévoit que « lorsque les conditions de la cession ou de l'apport d'un bien compromettent la bonne exécution par La Poste et ses filiales de leurs obligations législatives et réglementaires ou des engagements pris dans le cadre du contrat mentionné à l'article 9, en ce qui concerne, notamment, la continuité du service public et la politique d'aménagement du territoire, l'État s'oppose à la cession ou à l'apport ou subordonne leur réalisation à la condition qu'ils ne portent pas préjudice à la bonne exécution desdites obligations ». En somme, l'opposition à cession ne peut être justifiée que si la cession envisagée porte atteinte à la continuité de l'une des missions de service public dont est en charge La Poste, à savoir, conformément au contrat d'entreprise 2018-2022 conclu entre l'État et la société, « le service universel postal, le transport et la distribution de la presse, l'accessibilité bancaire et la contribution à l'aménagement du territoire ». Ces justifications semblent pouvoir entrer en conformité avec les exigences de la Cour de justice, étant

entendu qu'elle a déjà tranché en ce sens concernant le service universel postal néerlandais<sup>100</sup>(92). Le cas d'ADP est assez similaire, l'opposition à cession pouvant concerner tout « ouvrage ou terrain appartenant à Aéroports de Paris et situé dans le domaine aéroportuaire » qui serait « nécessaire à la bonne exécution par la société de ses missions de service public ou au développement de celles-ci ». Ces missions de service public, précisées à l'article L. 6323-2 du code des transports, sont l'aménagement, l'exploitation et le développement des aéroports laissés en gestion à la société. Ici encore, la justification, tirée de la continuité de missions de service public, devrait satisfaire aux exigences du droit du marché intérieur, bien que la doctrine ait pu noter, à propos d'ADP, que le régime quasi-domanial contribuait à envoyer un message dissuasif aux investisseurs<sup>100</sup>(93).

Le dernier régime en date, celui de la SNCF, est davantage sujet à controverse. De la même manière que pour l'insaisissabilité, les biens concernés par l'opposition à cession sont ceux de la SNCF ou de SNCF Mobilités qui sont nécessaires au transport ferroviaire national. La particularité, ici, est qu'il existe des mesures européennes d'harmonisation de nature à préserver les intérêts du système ferroviaire européen et, potentiellement, de faire échec à des mesures nationales plus rigoureuses. En effet, dans le cadre du quatrième paquet ferroviaire, une directive de 2016<sup>100</sup>(94) prévoit des règles d'harmonisation visant à garantir l'interopérabilité du système ferroviaire de l'Union afin de contribuer à « la réalisation progressive du marché intérieur ». Or cette même directive dispose d'une part que « les États membres n'interdisent pas, ne restreignent pas ou n'entravent pas, sur leur territoire et sur le fondement de la présente directive, la mise sur le marché des constituants d'interopérabilité pour leur utilisation dans le cadre du système ferroviaire de l'Union lorsque ces constituants satisfont à la présente directive » (art. 8), c'est-à-dire lorsque les composants disposent de la déclaration « CE » de conformité aux spécifications techniques d'interopérabilité prévues par la directive. D'autre part, « les États membres n'interdisent pas, ne restreignent pas ou n'entravent pas, sur leur territoire et pour des motifs concernant la présente directive, la construction, la mise en service et l'exploitation de sous-systèmes de nature structurelle constitutifs du système ferroviaire de l'Union qui satisfont aux exigences essentielles » (art. 18). Ainsi, bien que le transport ferroviaire soit une « mission de service public »<sup>100</sup>(95), l'existence d'une telle réglementation européenne d'harmonisation laisse à penser qu'il est fort probable que le mécanisme d'opposition à cession portant sur les biens nécessaires au transport ferroviaire national constitue une entrave à la mise sur le marché des constituants d'interopérabilité et des sous-systèmes constitutifs du système ferroviaire de l'Union.

En définitive, si les intérêts qu'entendent garantir les régimes d'opposition à cession sont, pour bonne partie, conformes à la jurisprudence de la Cour de justice, leurs modalités d'application pourraient en revanche ne pas passer le test de nécessité et de proportionnalité.

### **Les modalités de mise en oeuvre de l'opposition à cession : un risque au regard des exigences de nécessité et de proportionnalité**

Plus que de devoir être justifiées par un motif légitime, les actions spécifiques ne peuvent prévoir que des prérogatives nécessaires et proportionnées à l'objectif poursuivi. Cette exigence, présente dès les premiers arrêts de 2002, « se subdivise elle-même en deux exigences, puisqu'elle suppose que le but poursuivi par l'État membre, par hypothèse légitime, ne puisse être atteint par des mesures moins restrictives, d'une part, et que les mesures en question soient fondées sur des critères objectifs, connus des entreprises concernées, et suffisamment précis pour pouvoir faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, d'autre part »<sup>100</sup>(96). Le juge européen vérifie donc si l'action spécifique ne va pas au-delà

de ce qui est nécessaire pour garantir l'intérêt poursuivi au risque de faire prévaloir cet intérêt sur l'intérêt économique de la société, ce qui aurait logiquement un effet dissuasif chez les éventuels investisseurs. Il sanctionne également les actions spécifiques qui offrent un pouvoir discrétionnaire à l'État à raison de leur imprécision ou de leur manque de transparence.

C'est d'ailleurs sur cette exigence de nécessité et de proportionnalité que la France a été sanctionnée dans le cadre de l'affaire *Elf Aquitaine*. Conformément à l'article 10 de la loi du 6 août 1986 dans sa version modifiée par la loi du 19 juillet 1993, un décret soumettait à l'approbation préalable du ministre de l'économie toute acquisition de participations significatives dans la société afin de garantir la sécurité de l'approvisionnement en produits pétroliers. L'imprécision du dispositif contribuait à conférer au ministre de l'économie un pouvoir « discrétionnaire »<sup>(97)</sup> hors de proportion avec l'objectif poursuivi, potentiellement dissuasif pour les investisseurs. Dans ce cas, il était clair que l'action spécifique conférait à l'État des pouvoirs d'une ampleur telle qu'il était difficile de contester qu'elle ne fût attentatoire à la libre circulation des capitaux<sup>(98)</sup>. Les régimes actuels d'opposition à cession sont plus précis et moins « grossiers »<sup>(99)</sup>. Il faut cependant noter que le juge européen a déjà pu « détecter des procédés plus subtils, aux effets induits »<sup>(100)</sup> et les sanctionner.

Ici encore, les cas de La Poste et d'ADP sont assez semblables et ne devraient pas se trouver incompatibles avec les exigences de l'article 63 du TFUE. Il n'en va pas de même pour la SNCF.

Concernant La Poste et ADP, l'opposition à cession est limitée dans son champ d'application, enfermée dans un délai précis et nécessairement motivée. Dans le cas de La Poste, elle peut certes porter sur tout bien immobilier, mais ne peut intervenir que dans un délai d'un mois à compter de la transmission du projet de cession au ministre en charge des postes. Celui-ci ne peut alors s'opposer à la cession ou l'assortir de conditions de nature à garantir la continuité du service public que par une décision motivée, conformément à l'article 8 du décret du 26 février 2010. Il y a lieu, par ailleurs, de préciser qu'en pratique, le mécanisme n'est quasiment pas utilisé, la Poste conduisant une politique immobilière libérée *via* sa filiale Poste Immo<sup>(101)</sup>. Pour ADP, le périmètre des biens soumis à ce régime quasi-domanial est encore plus restreint puisqu'il n'exerce son empire que sur les biens insaisissables dont la liste est fixée par l'article 53 du cahier des charges de la société. Ce même article précise en outre que le ministre en charge de l'aviation dispose d'un délai de trois mois pour s'opposer à la cession par une décision motivée. Ces deux exemples rappellent l'arrêt *Commission c/ Belgique* de 2002 par lequel la Cour de justice avait validé un régime similaire en notant, à rebours de la position de la Commission, qu'un tel régime d'opposition portait « du principe de respect de l'autonomie de décision de l'entreprise », était « limité à certaines décisions concernant les actifs stratégiques desdites sociétés », enfermé dans « des délais stricts » et que les décisions d'opposition devaient être « formellement motivées »<sup>(102)</sup>. C'est dire si ces régimes devraient pouvoir passer sans encombre le filtre de la Cour de justice.

Rien n'est moins certain en ce qui concerne la SNCF. Sur ce point, les articles L. 2102-17 et L. 2141-13 du code des transports et leur décret d'application du 31 décembre 2019 ont introduit une « nouveauté dans le paysage de la quasi-domanialité publique »<sup>(103)</sup> en distinguant deux régimes. D'abord, un régime subsidiaire classique d'opposition à cession remplissant les critères d'un délai strict - ici de huit semaines - et d'une motivation formelle. Ensuite, un mécanisme, bien plus rigoureux, d'autorisation préalable du ministre en charge des transports grevant les gares de voyageurs et autres installations de service<sup>(104)</sup>. Bien qu'aucune liste formelle des biens nécessaires au système de transport ferroviaire

national n'ait été établie, il apparaît bien que le premier mécanisme respecte les conditions de nécessité et de proportionnalité. Le régime quasi-domanial d'autorisation préalable présente, quant à lui, davantage de risques tant on sait que de tels mécanismes laissent à l'État un pouvoir empreint d'un caractère hautement discrétionnaire et sont systématiquement censurés par la Cour de justice <sup>105</sup>, à l'image de la *golden share* d'Elf Aquitaine. La faiblesse du dispositif est renforcée du fait de l'absence, dans le texte du décret, de toute exigence de motivation.

Bien entendu, un tel régime ne peut avoir en soi d'effet dissuasif vis-à-vis d'éventuels investisseurs, étant donné que l'État détient la totalité du capital, par ailleurs « incessible », du groupe SNCF. Néanmoins, rien ne dit que cette incessibilité persistera, au moins pour deux raisons. La première, c'est que l'histoire des privatisations témoigne d'un désengagement progressif mais systématique de l'État au capital des anciens EPIC devenus sociétés anonymes. La seconde, c'est que cette incessibilité pourrait parfaitement être à son tour avalée par les exigences de l'Union européenne, en particulier celles qui découlent de la jurisprudence *Essent* <sup>106</sup>. Pour rappel, dans cet arrêt, la Cour de justice avait qualifié les interdictions de privatisation du capital de sociétés néerlandaises gestionnaires de réseaux de gaz et d'électricité d'« entraves à la libre circulation des capitaux », tant concernant les investissements directs que les investissements de portefeuille, entrave ne pouvant se justifier qu'aux mêmes conditions que concernant les actions spécifiques. Il ne serait donc pas étonnant qu'à terme, la Commission porte l'offensive sur cette incessibilité du capital de la SNCF et écorne encore plus le monument le plus emblématique du service public à la française. Dès lors, si dans un avenir plus ou moins proche, le capital de la SNCF devait être ouvert aux investissements privés, le régime d'autorisation préalable à la cession de certains biens pourrait à son tour être touché.

La confrontation de la quasi-domanialité publique et du droit du marché intérieur de l'Union européenne fait finalement état d'une tension et d'un mouvement. La tension, bien connue, agit au cœur même d'une contradiction inhérente entre les vues de l'Union sur les services d'intérêt général de nature économique et celles de la France sur la notion de service public. Le mouvement, quant à lui, n'est pas rassurant. Il semble bien en définitive que les efforts des États membres dans le sens d'une intégration des services publics économiques au marché unique soient souvent insuffisants. En obligeant « l'État actionnaire à privilégier la tendance capitaliste de ses entreprises au détriment des objectifs d'intérêt général dont elles ont la charge » <sup>107</sup> et en le contraignant à revêtir les atours de l'« investisseur avisé », du commerçant banal qui ne poursuit d'autre intérêt qu'économique, le droit européen n'a cessé de déplacer l'équilibre dans le sens d'une « banalisation » <sup>108</sup> toujours plus intense du secteur public. Dans ce contexte, les États « bricolent » des régimes sur-mesure et souvent temporaires de protection des biens aux frontières de la légalité européenne alors que, pourtant, ils sont nécessaires au service public <sup>109</sup>. Mais tout n'est pas perdu. Autant qu'une réflexion s'engage dans la doctrine sur la pérennité de l'établissement public comme gestionnaire d'activités économiques <sup>110</sup>, il serait utile de conduire des travaux visant à donner un cadre à la quasi-domanialité publique. Ceci permettrait tout à la fois de conformer tous les mécanismes au regard du droit de l'Union européenne, d'apporter une certaine sécurité juridique et, c'est bien là l'essentiel, de garantir une protection adéquate aux biens du service public.

#### Mots clés :

**DOMAINE** \* Domaine public \* Consistance du domaine public \* Quasi-domanialité publique  
**DROIT EUROPEEN** \* Droit de l'Union européenne \* Principes généraux du droit de l'Union européenne \* Libre concurrence \* Quasi-domanialité publique

**SERVICE PUBLIC** \* Définition du service public \* Critères du service public

(1) V. notamment, P. Levallois, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *Dr. adm.* 2019, n° 10, p. 16 ; J.-C. Videlin, « La loi pour un nouveau pacte ferroviaire : une vraie réforme... tout en retenue », *JCP Adm.* 2018, p. 24 ; P. Idoux, « La loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire », *Dr. adm.* 2019, n° 1, p. 15.

(2) En particulier l'échec du référendum d'initiative partagée visant à reconnaître l'existence d'un service public national au sens de l'al. 9 du Préambule de 1946 (M. Verpeaux, « Neuf mois sans accouchement », *AJDA* 2020. 1483 ) et le report *sine die* de la cession de parts de capital de l'État face à la pandémie de covid-19. V. pour une étude d'ensemble J.-C. Videlin, « Le Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises : un pacte aussi pour le secteur public », *JCP Adm.* 2019, n° 36, p. 18.

(3) S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA* 2008. 35 .

(4) *Ibid.*

(5) Dans sa thèse, P. Levallois note à juste titre que le mouvement ne concerne en réalité qu'une minorité d'établissements présentés comme des « champions nationaux », P. Levallois, *L'établissement public marchand. Recherche sur l'avenir de l'entreprise publique en forme d'établissement public*, Thèse dactyl., Université Lyon III 2019. 356.

(6) V. notamment, D. Bailleul, « Vers la fin de l'établissement public industriel et commercial ? À propos de la transformation des EPIC en sociétés », *RJEP*, 2006, n° 629, p. 105 ; M. Lombard, « L'établissement public industriel et commercial est-il condamné ? », *AJDA* 2006. 79  ; B. Plessix, « L'établissement public industriel et commercial au coeur des mutations du droit administratif », *JCP Adm.* 2007, n° 13, p. 38.

(7) Y. Gaudemet, « L'entreprise publique à l'épreuve du droit public », in *L'unité du droit. Mélanges en hommage à Roland Drago*, *Économica*, 1996, p. 259. Ceci est d'ailleurs mis en lumière dans divers rapports de la Cour des comptes : v. notamment, C. comptes, *Rapport public annuel 2003, 2004*, p. 389 s. concernant les Aéroports de Paris ; C. comptes, *L'État actionnaire*, Rapport thématique, 2017, pour des développements plus généraux.

(8) J.-P. Amadei, « Patrimoine immobilier des nouvelles entreprises publiques. Domaine ou propriété privée ? », *AJDA* 1998. 602 .

(9) C. Chamard-Heim, « Les biens du service public », in *Le service public*, Dalloz, 2014, p. 193. D'autres expressions se retrouvent en doctrine, telles que « biens affectés à l'utilité publique », C. Logéat, *Les biens privés affectés à l'utilité publique*, L'Harmattan, 2011 ou « biens affectés au service public », E. Fatôme, « Externalisation et protection des biens affectés au service public », *AJDA* 2007. 959.

(10) J. Caillosse, « Faut-il en finir avec la domanialité publique ? », in *La constitution imaginaire de l'administration*, PUF, 2008, p. 104.

(11) J.-F. Brisson, « L'incidence de la loi du 20 avril 2005 sur le régime des infrastructures aéroportuaires », *AJDA* 2005. 1835.

(12) N. Foulquier, *Droit administratif des biens*, 4<sup>e</sup> éd., LexisNexis, 2018, p. 27.

(13) É. Fatôme, « À propos des bases constitutionnelles du domaine public », *AJDA* 2003. 1192.

(14) J. Caillosse, « Le droit administratif contre la performance publique ? », *AJDA* 1999. 195.

(15) V. *Domaine public et activités économiques*, Actes du colloque des 20 et 21 sept. 1990, *CJEG*, 1991, n° HS ; P. Cuhe, « Domanialité publique, service public et partenariat public-privé », *Dr. adm.* 2003, n° 10, p. 5.

(16) Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, *Loi relative à la liberté de communication*.

(17) Cons. const., 21 juill. 1994, n° 94-346 DC, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, *AJDA* 1994. 786, note G. Gondouin ; D. 1995. 347, obs. J. Pini ; *RDI* 1994. 427, obs. J.-B. Auby et C. Maugüé ; *RFDA* 1994. 1106, étude C. Lavialle ; *RTD civ.* 1995. 656, obs. F. Zenati ; *RFDC* 1994. 814, note P. Bon.

(18) Cons. const., 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, *AJDA* 1996. 692, chron. Schrameck.

(19) V. concernant la « sociétéisation » d'ADP : Cons. const., 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC, *Loi relative aux aéroports*, *AJDA* 2006. 178, étude E. Fatôme ; *ibid.* 2005. 862, note Brondel ; *ibid.* 1835, note Brisson.

(20) R. Capitant, « Note sous CE, 17 févr. 1932, *Commune de Barran* », D. 1933. 49. V. égal. H. de

Gaudemar, « L'intrigante copie de René Capitant au concours d'agrégation 1930 », RFDA 2007. 1297 .

(21) C. Chamard-Heim, *op. cit.*

(22) *Ibid.*

(23) H. Saugez, *L'affectation des biens à l'utilité publique : Contribution à la théorie générale du domaine public*, Thèse dactyl., Université d'Orléans, 2012, p. 67.

(24) P. Yolka, « L'opposition à cession », JCP Adm. 2010, n° 23, p. 2.

(25) V. sur ce point, C. Lavialle, « L'ouverture minoritaire du capital de France Télécom au secteur privé, le domaine public et la propriété privée », RFDA 1996. 1124  ; J.-M. Peyrical, « À propos de la création de l'entreprise nationale France Télécom : réflexions sur le devenir du statut de ses biens immobiliers », RD publ. 1997. 783.

(26) Art. 2 du décret n° 2007-1790 du 20 déc. 2007 abrogé par décret n° 2015-1823 du 30 déc. 2015.

(27) Pour être exhaustif, il faut préciser que les biens d'EDF ne font pas l'objet d'un tel mécanisme : le Conseil d'État ayant précisé à l'époque où EDF était encore un EPIC qu'ils n'étaient pas des dépendances du domaine public, CE, ass., 23 oct. 1998, n° 160246 , *Électricité de France*, Lebon p. 364  ; AJDA 1998. 1017 , concl. J. Arrighi de Casanova  ; D. 1999. 484 , note J.-P. Amadei  ; RDI 1999. 75, obs. C. Lavialle  ; RFDA 1999. 578, note C. Lavialle . Du reste, la sécurité de la distribution d'énergie est assurée par d'autres biais, v. S. Nicinski, *op. cit.*

(28) B. Plessix, « L'éternelle jouvence du service public », JCP Adm. 2005, n° 43-44, p. 1614.

(29) B. Plessix, « L'EPIC de nouveau en danger », Dr. adm. 2018, n° 11, p. 1.

(30) N. Gabayet, « L'établissement public gestionnaire d'activités économiques : adaptation ou extinction ? », JCP Adm. 2016, n° 15, p. 38.

(31) CJUE, 3 avr. 2014, aff. C-559/12  P, *France c/ Commission*, AJCA 2014. 139, obs. B. Cheynel  ; AJDA 2014. 1242 , chron. Lombard, Nicinski et Glaser ; Europe, 2014, n° 6, p. 34, note Idot ; Dr. adm. 2014, n° 7, p. 25, note Bazex.

(32) Ainsi, dans une décision du 26 janv. 2010 rendue à propos de La Poste, la Commission considère que « la transformation effective de La Poste en société anonyme supprimera de ce fait la garantie illimitée dont celle-ci bénéficie », JOUE du 19 oct. 2010, L 274/1.

(33) V. notamment, B. Delaunay, « Les limites de la neutralité de l'article 295 CE à l'égard du régime de propriété dans les États membres », RJEP, 2009, n° 668, p. 3.

(34) V. pour une première occurrence : Com. européenne, *Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides d'État sous forme de garanties*, JOCE du 11 mars 2000, C 71.

(35) F. Blanc, « L'insaisissabilité des biens des établissements publics industriels et commerciaux : éléments pour une évolution », RD publ. 2009. 1553.

(36) Com. européenne, *Communication de la Commission sur l'application des articles 87 et 88 du Traité CE aux aides d'État sous forme de garanties*, JOUE du 20 juin 2008, C 155.

(37) Com. européenne, 16 déc. 2003, Décision relative aux aides d'État accordées par la France à EDF et au secteur des industries électriques et gazières, JOUE du 22 fév. 2005, L 49/9.

(38) Com. européenne, 22 nov. 2006, Décision concernant des aides d'État mises à exécution par la France en faveur du Laboratoire national de métrologie et d'essais, JOUE du 5 avril 2007, L 95/25.

(39) Com. européenne, 26 janv. 2010, Décision relative à l'aide d'État C 56/07 accordée par la France à La Poste, JOUE du 19 oct. 2010, L 274/1.

(40) Com. européenne, 29 juin 2011, Décision concernant l'aide d'État C 35/08 accordée par la France à l'établissement public « Institut français du pétrole », JOUE du 17 janv. 2012, L 14/1.

(41) Trib. UE, 20 sept. 2012, aff. T-154/10 , *Commission c/ France*, AJDA 2012. 2313, étude M. Lombard  ; *ibid.* 2013. 335, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère  ; RFDA 2013. 367, chron. C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz et F. Martucci  ; Rev. UE 2015. 523, étude P. Bourdon  ; Dr. adm. 2012, n° 11, p. 3, note Noguellou ; RLC, 2013, n° 36, p. 56, note Schrameck ; CJUE, 3 avr. 2014, *Commission c/ France*, *op. cit.*

(42) Trib. UE, 26 mai 2016, n° T-479/11  et T-157/12, *IFP Energies nouvelles, République française c/*

*Commission européenne*, AJDA 2016. 1099  ; *ibid.* 1681, chron. E. Broussy, H. Cassagnabère et C. Gänsler  ; Rev. UE 2017. 53, chron. L. Ayache et C. Michellet  ; CJUE, 19 sept. 2018, aff. C-438/16  P, *Commission c/ France et IFP Energies nouvelles*, AJDA 2018. 1751  ; *ibid.* 2484, chron. Nicinski  ; Dr. adm. 2018, n° 11, p. 1, obs. Plessix et p. 43, note Lanneau.

(43) R. Lanneau, « Le problème de la preuve », Dr. adm. 2016, n° 11, p. 35.

(44) P. Yolka, « L'insaisissabilité des biens publics à l'épreuve de l'internationalisation du droit », JCP Adm. 2012, n° 7, p. 3.

(45) CE, sect., 18 nov. 2005, n° 271898 , *Société fermière de Campoloro*, Lebon p. 515  ; AJDA 2006. 137 , chron. C. Landais et F. Lenica  ; *ibid.* 2007. 1218, étude P. Cassia  ; D. 2006. 13  ; RFDA 2006. 341, note P. Bon .

(46) C. Roux, « Propriété publique et droit de l'Union européenne », J.-Cl. Propriétés publiques, fasc. 7, LexisNexis, 2015, n° 173 ; v. égal., C. Roux, *Propriété publique et droit de l'Union européenne*, LGDJ, Bibl. de droit public, t. 290, 2015.

(47) La doctrine a pu en proposer d'autres. V. notamment N. Gabayet, *op. cit.*

(48) Art. 2 loi n° 2005-357 du 20 avr. 2005 relative aux aéroports.

(49) Art. 9 ord. n° 2019-552 du 3 juin 2019 portant diverses dispositions relatives au groupe SNCF.

(50) Art. L. 6323-6 du code des transports (C. transports).

(51) C. transports, art. L. 2102-17 et L. 2141-13.

(52) G. Eckert, « De la garantie implicite à la mise en cause explicite des EPIC », JCP Adm. 2014, n° 21, p. 23.

(53) J. Fournier, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », RJEP, 2005, n° 619, p. 135.

(54) G. Eckert, *op. cit.*

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

(56) CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91, *Paul Corbeau*, AJDA 1993. 865, note F. Hamon ; *ibid.* 1994. 286, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet ; D. 1993. 169 ; RTD eur. 1994. 39, étude A. Wachsmann et F. Berrod ; *ibid.* 1995. 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard.

(57) CJCE, 27 avr. 1994, aff. C-393/92, *Commune d'Almelo*, AJDA 1994. 637, note F. Hamon ; *ibid.* 1995. 278, chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet ; D. 1995. 17, note J. Dutheil de La Rochère ; RTD com. 1996. 403, obs. S. Retterer ; *ibid.* 589, obs. C. Bolze, S. Retterer, C. Hendericksen et F. Thibault ; RTD eur. 1995. 39, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; *ibid.* 859, chron. J.-B. Blaise et L. Idot ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard ; CJEG, 1994, n° 505, p. 623, concl. Darmon et p. 643, note Fiquet.

(58) M. Karpenschif, *op. cit.*

(59) CJCE, 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Société Ferring c/ Agence centrale des organismes de sécurité sociale*, AJDA 2002. 326, chron. C. Lambert, J.-M. Belorgey et S. Gervasoni ; D. 2002. 134 ; RTD com. 2002. 400, obs. S. Poillot-Peruzzetto ; Dr. adm. 2002, n° 5, p. 34, note Lombard.

(60) CJCE, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH, Regierungspräsidium Magdeburg, Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, AJDA 2003. 1739, note S. Rodrigues ; *ibid.* 2146, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; *ibid.* 2004. 315, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 2814, note J.-L. Clergerie ; RTD eur. 2004. 33, étude S. Bracq ; Rev. UE 2015. 396, étude C. Guillard ; *ibid.* 425, étude C. Blumann ; JCP Adm. 2003, n° 38, p. 1200, note Boudier.

(61) V. S. Nicinski, *Droit public des affaires*, 7<sup>e</sup> éd., LGDJ, 2019, p. 260 s. ; M. Karpenschif, « Du paquet Monti/Kroes au paquet *Almunia* : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ? », JCP Adm. 2012, n° 1, p. 46.

(62) A. Siffert, « Service public et intervention des personnes publiques dans une Europe libérale », Rev. UE 2012. 449.

(63) S. Nicinski, *op. cit.*, p. 261.

(64) Décret n° 2005-528 du 20 juill. 2005 relatif à la société Aéroports de Paris. La liste fixée par le cahier des charges annexé au décret est assez précise. Les biens concernés par le régime quasi-domanial sont les suivants :

« 1° Pour les aérodromes de Paris - Charles-de-Gaulle, Paris-Orly et Paris-Le Bourget, l'ensemble des terrains délimités sur les cartes jointes au présent cahier des charges, ainsi que les biens qu'ils supportent ;

2° Pour les autres aérodromes mentionnés à l'article L. 251-2 du code de l'aviation civile :

- les pistes, voies de circulation et aires de stationnement destinées aux aéronefs ;

- les aérogares destinées aux passagers ;

- les installations de stockage de carburant ;

- les réseaux destinés à l'alimentation, à la distribution et à l'évacuation, au bénéfice de l'activité aéroportuaire, d'eau, d'électricité, de télécommunications et de carburant pour aéronefs ;

- les terrains d'assiette des ouvrages qui précèdent, à l'exception de ceux des réseaux mentionnés à l'alinéa précédent ».

(65) R. Denoix de Saint Marc, « Note sous Paris, 11 juill. 1984, *SNCF c/ GARP* », D. 1985. 174.

(66) V. F. Blanc, *op. cit.*

(67) Com. européenne, 29 nov. 2007, Lettre adressée au ministre des affaires étrangères prononçant l'ouverture de la procédure formelle d'examen de l'aide d'État n° C56/2007 - Garantie illimitée de l'État en faveur de La Poste, n° C (2007) 5778.

(68) *Ibid.*, § 73.

(69) F. Blanc, *op. cit.*

(70) C. Roux, *op. cit.*

(71) R. Lanneau, « Quelques clarifications sur la présomption d'existence d'un avantage sélectif au profit des EPIC », Dr. adm. 2018, n° 11.

(72) C. Parisot, « La notation financière du secteur public », RFFP 2012, n° 117, p. 181.

(73) À noter tout de même l'abaissement de la note de SNCF Mobilité par l'agence de notation Fitch de AA à A+. Cependant, la note de SNCF Réseau demeure AA. On voit bien ici le lien d'une part entre la notation et la dépendance vis-à-vis de l'État et d'autre part entre la notation et le régime des biens, étant entendu que SNCF Réseau est le principal gestionnaire du réseau ferré qui appartient toujours au domaine public de l'État.

(74) J. Fournier, *op. cit.*

(75) Trib. UE, 20 sept. 2012, *Commission c/ France*, *op. cit.*

(76) E. Glaser, S. Nicinski et M. Lombard, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », AJDA 2014. 1242 .

(77) E. Glaser, S. Nicinski et M. Lombard, « Actualité du droit de la concurrence et de la régulation », AJDA 2012. 2313 .

(78) CJCE, 4 juin 2002, aff. C-503/99 , *Commission c/ Belgique*, RTD com. 2003. 598, obs. G. Jazottes  ; RTD eur. 2003. 489, chron. C. Prieto .

(79) C. Dureau-Hazera et P. Thomas, « Les *golden shares* dans les sociétés françaises », RD banc. et financier, 2016, n° 3, p. 15.

(80) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*, *op. cit.* ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-483/99 , *Commission des Communautés européennes c/ République française*, D. 2002. 1983, et les obs.  ; *ibid.* 2242, chron. M.-A. Frison-Roche  ; Rev. sociétés 2002. 519, note G. Parleani  ; RTD com. 2003. 598, obs. G. Jazottes  ; RTD eur. 2003. 489, chron. C. Prieto  ; CJCE, 4 juin 2002, aff. C-367/98 , *Commission c/ Portugal*, AJDA 2002. 1122, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert  ; RTD com. 2003. 598, obs. G. Jazottes  ; RTD eur. 2003. 489, chron. C. Prieto  ; Europe, 2002, n° 8, p. 19, note Idot.

(81) Simplement en dissuadant « les investisseurs étrangers d'entrer dans le capital de sociétés qu'ils ne pourront pas contrôler ou dans lesquelles leurs pouvoirs seront amoindris », R. Kovar, « Les actions spécifiques : état de la jurisprudence de la Cour de justice », Europe, 2008, n° 8, p. 5.

(82) M. Bazex et S. Blazy, « Le caractère exorbitant de l'action spécifique de l'État au regard du

principe de libre circulation des capitaux », Dr. adm. 2006, n° 11, p. 30.

(83) M.-A. Frison-Roche, « Les conditions communautaires de validité des Golden shares dans les entreprises publiques privatisées », D. 2002. 2242 .

(84) P. Levallois, Thèse préc., p. 385.

(85) CJCE, 28 sept. 2006, aff. C-282/04, *Commission c/ Pays-Bas*, RTD eur. 2007. 75, chron. C. Prieto  ; Europe, 2006, n° 11, p. 14, obs. Mariatte ; Dr. adm. 2006, n° 11, p. 32, note Bazex et Blazy.

(86) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, *op. cit.*

(87) CJCE, 23 oct. 2007, aff. C-112/05 , *Commission des Communautés européennes c/ République fédérale d'Allemagne*, AJDA 2007. 2248, chron. E. Broussy, F. Donnat et C. Lambert  ; D. 2007. 2956  ; Rev. sociétés 2007. 868, note G. Parleani  ; Dr. adm. 2008, n° 1, p. 45, note Bazex et Blazy.

(88) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*, *op. cit.*

(89) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, *op. cit.*

(90) CJUE, 8 juill. 2010, aff. C-171/08 , *Commission européenne c/ République portugaise*, D. 2010. 1784, et les obs.  ; Rev. sociétés 2010. 514, note G. Parleani .

(91) CJCE, 28 sept. 2006, *Commission c/ Pays-Bas*, *op. cit.*

(92) CJCE, 28 sept. 2006, *Commission c/ Pays-Bas*, *op. cit.*

(93) J.-F. Brisson, *op. cit.* ; S. Braconnier, « La loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports : la régulation économique a[#768] l'épreuve du service public », RJEP 2006, n° 627, p. 1. ; L. Rapp., « Vérité en deçà de la Manche, erreur au-delà », AJDA 2005. 1201 .

(94) Directive 2016/797 du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2016 relative à l'interopérabilité du système ferroviaire au sein de l'Union européenne, JOUE du 2 § mai 2016, L 138/44.

(95) J.-C. Videlin, « La loi pour un nouveau pacte ferroviaire : une vraie réforme... tout en retenue », *op. cit.*

(96) M. Lombard, « Les pouvoirs attachés aux actions spécifiques créées lors de privatisations doivent être strictement encadrés », *Dr. adm.* 2002, n° 7, p. 21.

(97) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, *op. cit.*

(98) M. Durupty, « L'apparition d'un nouveau type de société, la société à action spécifique », *AJDA* 1993. 715  ; J.-D. Dreyfus, « Une société du troisième type : la société à action spécifique », *LPA* 1994, n° 152, p. 11.

(99) A. Pietrancosta, « "Actions spécifiques" et droit communautaire », *RD banc. et financier*, 2002, n° 4, p. 208.

(100) *Ibid.*

(101) Pour P. Yolka, le régime doit davantage s'analyser comme « faux-semblant destiné à ménager l'illusion du contrôle patrimonial de l'État », P. Yolka, « Le patrimoine immobilier de la Poste », *JCP Adm.* 2005, n° 29, p. 1138. V. sur la politique immobilière de Poste Immo : H. de Gaudemar *et alii*, « L'externalisation de la propriété des biens publics », *JCP Adm.* 2012, n° 17, p. 57.

(102) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Belgique*, *op. cit.*

(103) P. Levallois, « La nouvelle SNCF : du groupe public ferroviaire au groupe public unifié », *op. cit.*

(104) V. P. Terneyre, « Les gares ferroviaires de voyageurs », *RFDA* 2018. 903 .

(105) CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ Portugal*, *op. cit.* ; CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, *op. cit.*

(106) CJUE, 22 oct. 2013, aff. C-105/12, *Essent*, *JCP* 2013, n° 44, p. 2024, note Picod.

(107) P. Levallois, *L'établissement public marchand. Recherche sur l'avenir de l'entreprise publique en forme d'établissement public*, *op. cit.*, p. 398.

(108) J. Fournier, « Les entreprises publiques dans le droit et la pratique de l'Union européenne », *op. cit.*

(109) S. Nicinski le note très justement : c'est quand on décide de sociétiser un établissement public qu'« en réalité, les vraies difficultés commencent ». Le cas des biens est parfaitement illustratif de cette affirmation. S. Nicinski, « Personne publique et droit du marché », in *La personnalité publique*, LexisNexis, 2007, p. 225.

(110) V. notamment, P. Levallois, *L'établissement public marchand. Recherche sur l'avenir de l'entreprise publique en forme d'établissement public*, *op. cit.* ; N. Gabayet, *op. cit.*