



LES EPIC : BILAN ET PERSPECTIVES

par Maxime VERGNAULT, analyste au Millénaire



Le droit français distingue classiquement trois catégories de personnes morales de droit public, c'est-à-dire des personnes morales principalement soumises aux règles de droit public : l'État, les collectivités territoriales et les établissements publics. Ces-derniers sont des structures autonomes, dotées de la personnalité juridique donc, mais placées sous le contrôle de l'État ou de collectivités territoriales.

Les établissements publics (EP) structurent en partie la vie politique, économique, sociale et culturelle de notre pays. Les communautés de communes, les universités, les hôpitaux publics, mais aussi certains grands musées ou certaines sociétés d'aménagement, sont organisés sous ce statut. Les catégories d'EP sont créées par la loi [1]. Au sein de chaque catégorie, les EP nationaux sont créés par décret, les EP locaux par délibération de la collectivité territoriale compétente [2].

Une famille particulière d'EP, celle des établissements publics à caractère industriel et commercial (EPIC) sera étudiée dans cette note. Ce statut, quasiment unique au monde [3], bénéficie aux établissements dont l'objet principal est une mission de service public mais exercée « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire » [4]. Dès lors qu'un EP exerce une mission qui s'apparente à une activité commerciale et/ou industrielle, il doit être qualifié d'EPIC, avec comme principale conséquence, que lesdites activités sont soumises aux règles de droit privé.

Vue à l'origine comme un « sanction » par le juge, car les EPIC perdaient le régime exorbitant (et réputé plus avantageux) de droit public, cette subordination au droit privé est devenu dans les faits une souplesse de gestion salubre que les pouvoirs publics n'ont pas manqué de consacrer et d'étendre. Par ailleurs, l'ensemble de l'activité d'un EPIC n'est pas soumis au droit privé, les activités administratives, la direction générale et la comptabilité restent soumises au droit administratif. Par ailleurs, avec le lien de tutelle, les pouvoirs publics gardent le contrôle des leurs EPIC.

[1] Article 34 de la Constitution. [2] Article L.2221-10 du code général des collectivités territoriales. [3] Au sens strict du terme, seuls les droits algérien et le sénégalais prévoient un statut semblable. [4] Tribunal des conflits, 22 janvier 1921, Société commerciale de l'Ouest africain.

Cela fait 100 ans que les EPIC ont fait leur entrée dans l'ordre juridique français. Un siècle de succès incontestables mais aussi de remises en question. Malmené par les évolutions juridiques, économiques et politiques, le statut d'EPIC paraît plus que jamais remis en cause, tout particulièrement dans les secteurs soumis à la concurrence.

Quel bilan pouvons-nous tirer de ces décennies d'expérience ? Quelle est la pertinence de ce statut aujourd'hui ? Devons-nous envisager une réforme, voire sa disparition ?

Nous verrons que les EPIC ont été un outil de l'État-stratège et de l'interventionnisme étatique, notamment jusqu'à la fin des années 1970 (I), avant que la libéralisation de l'économie ne les remette en cause sur les domaines concurrentiels (II). Finalement, nous pensons que les EPIC gardent leur pertinence sur certains secteurs à condition d'être réformés (III).

LES EPIC, OUTIL DE L'ÉTAT-STRATÈGE ET DE L'INTERVENTIONNISME ÉCONOMIQUE (1945-1980)

La spécificité des EPIC ne peut se comprendre que dans un contexte d'interventionnisme économique. L'idée même qu'une administration puisse prendre en charge un secteur économique, potentiellement concurrentiel, est inenvisageable dans la pure doctrine libérale. C'est d'ailleurs ce qui sera à l'origine de la crise des EPIC, que nous traiterons dans un second temps. Nous pouvons identifier un âge d'or des EPIC, entre l'immédiate après-guerre et la fin des années 70.

A partir de 1944, le Gouvernement provisoire de la République française (GPRF) lance la reconstruction politique, économique et sociale de l'État, dévasté par la guerre, avec en ligne de fond le traumatisme de 1940 et ses causes. Il faut reconstruire vite et ne pas reproduire les errements de la fin de la III^{ème} République. Gaullistes et communistes s'accordent sur un point : l'État doit intervenir dans tous les secteurs où cela s'avère nécessaire et une liste des secteurs stratégiques est dressée.

Les chemins de fer, l'énergie, les transports, l'aménagement du territoire, les communications, la culture sont autant de secteurs qui passent ou restent sous le contrôle de l'État. La création du Commissariat général au Plan dès 1946, administration directement rattachée au chef du gouvernement, accompagne ce mouvement d'étatisation [5].

Les EPIC se multiplient à la fin des années 1940. Parmi le plus importants, on peut noter le Commissariat à l'énergie atomique et Aéroport de Paris en 1945, Electricité / Gaz de France et Charbonnage de France en 1946 ou encore la RATP en 1949. A partir de 1958, le général de Gaulle reprend ce mouvement de création avec par exemple le Centre national d'études spatiales en 1961 ; l'Agence foncière et technique de la région parisienne en 1962 ou l'Office national des Forêts en 1964. Plus surprenant, dans cette liste des nouveaux EPIC, on retrouve la Seita en 1959, propriétaire de plusieurs marques françaises de cigarettes, à une époque où la production de tabac est un monopole d'État. Le caractère industriel et commercial peut résulter du décret de création lui-même, c'est le cas des exemples pris ci-dessus. Cependant, il arrive que ce soit la jurisprudence qui le détermine dès lors que l'objet est assimilable à celui d'une entreprise privée, que le financement est principalement tiré de l'activité et que les modalités d'organisation se distinguent de celles de l'administration.

Si le régime juridique de l'EPIC est prisé, c'est qu'il présente pour l'État deux avantages : d'une part la souplesse et l'autonomie dans la gestion des activités commerciales, d'autre part le lien de tutelle qui fait de ces établissements l'outil parfait de l'État-stratège. L'État n'est pas seulement un régulateur des secteurs d'activités visés, il en est un acteur avec son corolaire : le monopole. Lorsqu'il y a un EPIC, la loi ne laisse, à cette époque, généralement pas la concurrence s'installer.

Les EPIC ont-ils favorisé le redressement rapide de l'économie durant les Trente-Glorieuses et l'avance technologique prise par la France dans certains domaines à la fin des années 1970 ? Difficile de répondre à cette question avec assurance mais force est de constater que ces établissements ont accompagné toutes les réussites françaises de l'époque, de la reconstruction rapide d'après-guerre aux grandes réussites industrielles (TGV, nucléaire, etc.). Les secteurs régis par des EPIC ont bénéficié d'un environnement stable et sécurisant, forcément favorable à leur développement.

[5] Administration composée à l'origine de 160 agents, le premier commissaire du plan fût Jean Monnet.

Il faut également remettre cette époque dans son contexte global. Le libre-échange n'est pas encore la norme, le contrôle des frontières et les monnaies nationales limitaient très fortement la concurrence internationale et l'existence du Bloc de l'Est réduisait les concurrents potentiels sur le marché mondial. Tout cet environnement est progressivement balayé à partir des années 1980, provoquant une crise des EPIC.

LA LIBÉRALISATION DE L'ÉCONOMIE OU LA CRISE DE LA CATÉGORIE DES EPIC

A compter des années 1980, le modèle des EPIC va connaître une crise profonde à laquelle on peut trouver deux causes majeures. La première est une cause interne : de graves dérives de gestion inhérentes à l'aspect administratif des EPIC et aux situations de quasi-monopole. La deuxième est une cause externe : la création du marché unique et les exigences du droit de l'Union européenne en matière de concurrence.

LES DÉRIVES DE GESTION DES EPIC

Les EPIC sont essentiellement soumis aux règles de droit privé mais une difficulté tient justement dans ce « essentiellement ». En effet les EPIC sont en réalité soumis par une complexe combinaison d'éléments de droit public et de droit privé. Si l'activité commerciale est soumise au droit commun du commerce, l'activité administrative reste en principe soumise au droit administratif. Quant à la gestion du personnel, il est par principe soumis au droit du travail mais avec des éléments de droit de la fonction publique, sans parler des régimes spéciaux. Enfin le directeur général et l'agent comptable sont aussi soumis au droit administratif, un moyen d'assurer le contrôle par la puissance publique [6].

[6] Conseil d'État, sect., 8 mars 1957, Jalenques de Labeau.

Il est difficile dans ces conditions de mettre en place des stratégies à long terme dans un EPIC. Les titulaires des principaux postes de direction se succèdent au gré des alternances au sein de l'autorité de tutelle. Plus contraignant, la gestion de la masse salariale, principal poste de dépenses d'une administration ou d'une entreprise [7], doit s'accommoder des nombreuses exceptions au droit du travail dont bénéficient les salariés. Nous n'entrerons pas ici dans le débat sur les régimes spéciaux de certains corps de métiers, cela pourrait faire l'objet d'un exposé à part entière. Il est néanmoins inévitable de signaler ce point qui a perturbé la compétitivité des EPIC à partir des années 1980.

Les difficultés rencontrées à la SNCF [8] en sont, à elles seules, un exemple édifiant : dette exponentielle, dégradation de la qualité du service, incapacité à développer l'activité de fret, etc. Empêtrée dans ses conflits sociaux, la SNCF a touché les limites du modèle des EPIC de manière flagrante. Les créations de La Poste et de France Télécom lors de la scission des PTT [9] en sont d'autres mauvais exemples. Censées accompagner la modernisation des réseaux de communications, ces « entreprises publiques autonomes », un régime assimilé à celui des EPIC, n'ont que très partiellement atteint leur objectif. France Télécom sera finalement progressivement privatisé à partir de 2004 et La Poste transformée en société anonyme à capitaux publics en 2010.

[7] En 2014, la masse salariale des sociétés non financières représente en moyenne 67% de leur valeur ajoutée d'après Harvard Business Review France et l'État fixe le seuil d'alerte pour ses EP à 85%. [8] La SNCF est devenue un EPIC le 1er janvier 1983 suite à la loi du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs. [9] Loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications.

UN RÉGIME DÉFICIENT FACE AUX EXIGENCES DU MARCHÉ UNIQUE ET DE LA CONCURRENCE

Le fait nouveau majeur qui précipite la crise des EPIC est le contexte juridico-économique de l'intégration européenne, avec la création du marché unique et la volonté d'assurer l'égalité des opérateurs économiques du point de vue de la concurrence. La concurrence libre et non-faussée devient une composante indispensable du marché unique.

Les jalons sont posés par l'Acte Unique de 1986 puis par le Traité instituant l'Union européenne (Traité de Maastricht) en 1993. Ces règles sont confortées par le Traité de Lisbonne [10].

Autrefois soumis à un monopole d'État, plusieurs secteurs sont désormais ouverts à la concurrence : énergie, transports, postes notamment. Les EPIC en situation de monopole doivent donc lutter contre des opérateurs privés, supportant moins de contraintes et par conséquent bien mieux préparés pour affronter un marché concurrentiel. Dans ce contexte, les limites des EPIC sont mises en lumière. La révolution interne, nécessaire pour faire face à des concurrents, n'a pas eu lieu dans un grand nombre de cas. Plusieurs causes peuvent être évoquées : lourdeurs administratives, implication trop forte d'élus pas assez au fait des enjeux économiques, mais aussi le difficile changement des mentalités. Cette révolution économique a conduit l'État à faire le choix de couper les liens entre lui-même et certains EPIC, soit par la transformation en société anonyme à capitaux public (La Poste, SNCF, Aéroports de Paris, etc.), soit par la privatisation pure et simple (SEITA, France Télécom, etc.).

Les Institutions européennes ont été amenées à critiquer le régime des EPIC en tant que tel, notamment sur la question des aides d'État. En effet, les EPIC bénéficient de plusieurs avantages concurrentiels condamnés par la Cour de justice de l'UE car qualifiés d'aide d'État : l'insaisissabilité de ses biens ; les prérogatives de puissance publique, c'est-à-dire des droits exorbitants du droit communs ; la garantie illimitée de l'État qui évite tout risque de cessation de paiement.

La pression de l'Union européenne a sans aucun doute compté mais eu égard à ce que nous avons exposé précédemment, le système des EPIC était de toute manière dépassé dans les secteurs concurrentiels. La libéralisation de l'économie et son besoin de rendement et d'efficacité ne peuvent pas pleinement s'exprimer dans le cadre des établissements publics tels qu'ils existent aujourd'hui. La France, en acceptant les règles du marché unique et les principes économiques de l'UE, ne pouvait qu'en tirer toutes les conséquences et séparer les activités concurrentielles des pouvoirs publics, chaque fois que cela était nécessaire.

Néanmoins, loin de disparaître, les EPIC continuent de se développer dans des secteurs où le contrôle de l'État et des collectivités territoriales reste pertinent : les politiques d'aménagement du territoire, le développement économique et la formation ou encore la politique culturelle.

[10] Articles 101 à 109 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

LES EPIC, UNE CATÉGORIE EN RENOUVELLEMENT

Ce que nous venons d'exposer pourrait conduire à en finir avec un régime vieux d'un siècle et arrivé bien souvent à ses limites. Les pouvoirs publics feraient alors un choix binaire : maintenir en régie ou en EP administratifs les secteurs régaliens et confier toutes les autres activités soit au secteur privé, soit à des sociétés anonymes à capitaux publics. Cette dualité aurait l'avantage de la simplicité et permettrait d'écarter tout risque de contrariété au droit de la concurrence. En revanche cela réduirait au minimum l'interventionnisme économique, priverait l'État et les collectivités territoriales de leviers de développement et réduirait les possibilités d'assouplir la gestion des activités administratives.

Nous ne pensons pas que ce choix soit pertinent. Si une réforme des EPIC est engagée, ceux-ci peuvent continuer de constituer un point d'entrée des pouvoirs publics sur le secteur économique et assurer un interventionnisme léger et efficace. Par ailleurs, on voit depuis quelques années un certain nombre d'EPIC créées sur des secteurs non-concurrentiels, ils permettent dans ce cas une gestion souple des missions de service public.

DES EPIC RENOUVELÉS POUR MAINTENIR UN LEVIER ÉCONOMIQUE DES POUVOIRS PUBLICS

Plusieurs EPIC ont été transformés en SA à capitaux publics (cf. supra). C'est évidemment le régime qui permet le strict respect des directives européennes. Il est probable que d'autres activités concurrentielles de l'État seront régies ainsi à l'avenir. Cependant cela ne doit pas condamner définitivement les EPIC. La culture économique des Français ne s'accommodera pas de sitôt au laisser-aller économique, si tant est que cela soit d'ailleurs souhaitable. Dès lors les EPIC peuvent garder leur pertinence mais à la condition d'être réformés de manière à se conformer aux obligations européennes d'une part, et à lever les dernières difficultés de gestion interne, d'autre part.

Les propos de cette partie ne concernent que les EPIC agissant sur un secteur concurrentiel. Nous traiterons par la suite la question des EPIC agissant dans les secteurs non-concurrentiels.

Du point de vue du droit de l'Union, le statut même d'EPIC est présumé constituer une garantie illimitée implicite de l'État [11], ce qui montre l'extrême fragilité de ce statut. Néanmoins la Cour de justice de l'UE prend soin de rappeler que cette présomption peut être levée, si la puissance publique apporte la preuve du contraire. Ainsi, les EPIC ne sont pas totalement condamnés, même s'ils doivent être réformés. Les suppressions de l'insaisissabilité des biens, des prérogatives de puissance publique (telles le droit d'exproprier) et du bénéfice de la prescription quadriennale, seraient autant de mesures qui seraient vues d'un bon œil à la Commission européenne et à la Cour de Luxembourg.

D'un point de vue interne, le problème majeur reste la gestion des personnels. Pour être compétitifs, il ne faut le moins de freins possible à une bonne gestion financière et il n'y a pas de bonne gestion financière sans des latitudes pour gérer la masse salariale. Certains EPIC recrutent déjà majoritairement par voie de contrats de droit privé [12], il serait nécessaire d'élargir cela à l'ensemble de EPIC existants et futurs. Parallèlement, une réflexion devra être menée dans les EPIC bénéficiant déjà du recrutement selon le droit du travail mais pour lesquels des conventions collectives restrictives rapprochent, de fait, leur situation de celle d'une administration. Bien entendu, ces assouplissements ne doivent pas être perçus comme une précarisation de l'emploi et ne doivent pas être incompatibles avec une politique sociale motivante, gage de productivité. D'autres aspects doivent aussi être revus, la comptabilité doit répondre aux exigences du droit privé et les postes de direction doivent pouvoir sortir du cadre administratif afin d'attirer les meilleurs managers. Il faut aussi envisager une révolution des mentalités au sein des autorités de tutelles. Le pouvoir politique doit encourager des démarches de performance et ne plus considérer les EPIC comme une administration lambda.

Le thème de la souveraineté économique est revenu en force avec la crise du coronavirus qui a montré à quel point les gouvernements français ont négligé certains intérêts stratégiques [13].

[11] CJUE, 3 avril 2014, France c/ Commission, C-559/12 P. [12] A l'instar du Commissariat pour l'énergie atomique. [13] « Notre objectif est la souveraineté économique de la France », Bruno Le Maire, Le Figaro, 21 mai 2020.

En tenant compte des propositions émises précédemment, le régime des EPIC peut justement permettre à la France de réenclencher une dynamique de souveraineté économique.

LES EPIC POUR AMÉLIORER L'EFFICACITÉ DES MISSIONS DE SERVICES PUBLICS

Les EPIC tels qu'ils existent trouvent une seconde vie dans des domaines où, autrefois, la norme était les EP administratifs ou les régies [14]. Ils sont notamment privilégiés dans les missions d'aménagement du territoire ou la politique de développement économique. C'est bien sûr le cas pour l'État mais aussi de plus en plus, au sein des collectivités territoriales.

Le développement des établissements publics fonciers (EPF) est un bel exemple en ce sens [15]. Ils permettent une gestion rationalisée des réserves foncières et facilitent la mise en place de politiques d'aménagement à long terme avec toutes les contraintes actuelles du droit de l'urbanisme (lutte contre l'étalement urbain, développement durable, quotas de logements sociaux, etc.). Egalement dans le domaine de l'aménagement, des EPIC sont créés pour mener les grands projets structurants. Le principal est la Société du Grand Paris (SGP) créée en 2010 pour conduire la construction du Grand Paris Express. Dans ce cas, l'EPIC SGP peut user de ses prérogatives de puissance publique pour exproprier et protéger les énormes réserves foncières et financières nécessaires au projet, tout en évitant les lourdeurs administratives.

Les EPIC trouvent aussi un nouvel élan dans le domaine de la culture. L'Opéra de Paris depuis 1978, la Comédie-Française depuis 1995, le Théâtre National de l'Opéra-Comique depuis 2005, l'Institut français créé en 2010, jouissent de l'autonomie offerte par le statut d'EPIC. Ces changements accompagnent l'évolution du monde de la culture qui devient un objet de développement économique tout en gardant ses spécificités. La défense de « l'exception culturelle française », que les gouvernements successifs tentent de promouvoir au sein de l'Union européenne, est en jeu. Comme pour l'aménagement, les pouvoirs publics ont compris tout l'intérêt du statut d'EPIC pour gagner en efficacité et offrir de nouvelles perspectives de développement.

[14] Les services constitués en régie disposent de l'autonomie financière mais pas de la personnalité juridique. [15] Les EPF locaux sont une création de la « Loi pour l'orientation de la ville » du 13 juillet 1991. Il en existe aujourd'hui 24, auxquels s'ajoutent 10 EPF d'État.

Ces exemples offrent des perspectives de modernisation des services publics et permettent d'envisager des moyens de lutte contre la suradministration. La crise sanitaire actuelle, comme la crise économique de 2008 avant elle, montre que l'implication des pouvoirs publics est attendue par nos concitoyens. De même que l'accès à un grand nombre de services publics est un motif de satisfaction pour tous. Les EPIC, ont un rôle à jouer pour conjuguer nos besoins en services publics avec l'innovation administrative et la rigueur budgétaire.

Note rédigée par **Maxime VERGNAULT**, analyste du think-tank Le Millénaire



Le Millénaire est un groupe de réflexion spécialisé sur les questions de politiques publiques. Il porte un projet gaulliste, réformateur, disruptif et guidé par l'intérêt national. Il est composé d'une cinquantaine de contributeurs de divers horizons - cadres du privé, du public, chercheurs, chefs d'entreprises - et chacun expert dans son domaine.

Président : William THAY

Vice-Président : Gilles BÖSINGER

Secrétaire générale : Marion PARISSET

Directeur des études : Jean-Claude BERNARDON

Directeur des affaires publiques : Emeric GUISET

Directrice de la communication : Alexandra MONET

Communication : communication@lemillenaire.org

Presse : presse@lemillenaire.org

Et pour suivre toutes les actualités du Millénaire :

<http://lemillenaire.org>



***Mentions légales :** L'ensemble de ce rapport relève de la législation française et internationale sur le droit d'auteur et de la propriété intellectuelle. Tous les droits de la reproduction sont réservés à l'association « Le Millénaire », la reproduction de tout ou partie de ce rapport sur quelque support que ce soit est formellement interdite sauf autorisation expresse du Président de l'association.*