Tous droits réservés

DROIT PUBLIC DES AFFAIRES

Séance 6 - Contrôle et privatisation des entreprises publiques

I. Le contrôle des entreprises publiques 2

A) Le contrôle de droit commun des sociétés intégralement publiques et des SEM à capitaux publics majoritaires 2

B) Le contrôle des entreprises publiques nationales 3

1) Les contrôles classiques : la tutelle de l'Etat 3

2) Le rôle de l'Agence des participations de l'Etat (APE) 5

C) Le contrôle des entreprises publiques locales 6

II. La privatisation des entreprises publiques 7

A) Généralités 7

1) Définition de la privatisation 7

2) Les impacts du recours à la privatisation 8

3) L'expérience française de la privatisation 10

B) Le champ des privatisations 11

1) L'exclusion des services publics nationaux 12

2) L'exclusion des monopoles de fait 13

C) Les modalités de la privatisation 13

1) Les opérations préalables au transfert dans le secteur privé 13

2) Les opérations procédant au transfert dans le secteur privé 14

Une fois avoir définie le concept d'entreprise publique (cf. séance 5), il nous faut maintenant s'attarder sur le contrôle de ces entreprises publiques **(I)** puis sur leur éventuelle privatisation **(II)**.

I. Le contrôle des entreprises publiques

La notion de contrôle demande en réalité une double étude :

- Le contrôle de droit commun des sociétés intégralement publiques et des SEM à capitaux publics majoritaires, qu'elles soient nationales ou locales **(A)** ;
- Le contrôle spécifique des entreprises publiques nationales **(B)**.
- Le contrôle spécifique des entreprises publiques locales **(C)**.

A) Le contrôle de droit commun des sociétés intégralement publiques et des SEM à capitaux publics majoritaires

> À retenir : **L'entreprise publique (nationale ou locale) sous forme de société, c'est-à-dire une société intégralement publique ou une SEM à capitaux publics majoritaires, est soumise logiquement aux diverses formes de contrôle prévues par le droit des sociétés.**

Les actionnaires disposent donc du même **droit à l'information** que tout actionnaire d'une société anonyme.

Ils ont également un **droit d'alerte** leur permettant d'adresser des questions écrites aux dirigeants de l'entreprise sur des faits de nature à compromettre l'exploitation et peuvent demander des expertises de gestion. Le président du tribunal de commerce peut alors décider de nommer un expert indépendant.

Enfin, **les comptes de l'entreprise sont examinés** par des commissaires aux comptes, qui vérifient la régularité et la sincérité des comptes annuels afin de certifier qu'ils donnent une image fidèle du résultat des opérations de l'exercice ainsi que du patrimoine et de la situation financière à la fin de l'exercice.

Aux contrôles de droit commun, il faut ajouter des dispositifs propres au secteur public et qui varient si l'entreprise publique est nationale ou locale.

B) Le contrôle des entreprises publiques nationales

1) Les contrôles classiques : la tutelle de l'État

Par des procédés de tutelle, l'État s'assure que la gestion des entreprises publiques nationales est bien **conforme à l'intérêt général qui guide sa politique économique et sociale**. La tutelle, et donc le contrôle de l'État, peut être ***a priori* ou *a posteriori***. Il peut prendre diverses formes : **contrôle financier, technique, politique, etc**.

a) Les contrôles *a priori*

Une double tutelle est exercée par l'État sur les entreprises publiques nationales quel que soit leur statut juridique (EPIC, sociétés nationales et SEM) :

- Une tutelle par le **ministère de l'Économie et des finances**.
- Une tutelle par le **ministère technique** correspondant.

> **Exemple :** Pour le contrôle de la SNCF, entreprise publique nationale, c'est le ministère des Transports qui exerce sa tutelle.

(i) Contrôle financier

En vertu du **décret du 9 août 1953 relatif au contrôle financier de l'Etat sur les entreprises publiques nationales**, **certains actes doivent être autorisés préalablement par l'Etat avant leur réalisation :**

- Les budgets.
- L'état prévisionnel des dépenses et recettes.
- Les bilans et comptes de résultats.

- La fixation des tarifs.
- Le recours à l'emprunt.

La responsabilité de l'Etat dans l'exercice de son pouvoir de **contrôle financier *a priori*** peut être engagée sur le fondement de la faute lourde : **TA Orléans, 5 octobre 2006, *Mr Joel Plisson***.

(ii) Contrôle technique

De plus, le ministère technique de tutelle exerce un **contrôle technique** : ses services adressent régulièrement aux entreprises publiques nationales des directives afin qu'elles inscrivent leurs actions dans le cadre de la politique gouvernementale. Les dirigeants des entreprises peuvent également **demander de l'aide** aux mêmes services de tutelle.

> **Pour aller plus loin :** En pratique, le contrôle *a priori* n'est pas toujours très efficace comme en témoigne la célèbre affaire (fiasco politico-financier) dans les années 90 du Crédit Lyonnais (privatisation en 1999).

b) <u>Les contrôles *a posteriori*</u>

(i) Contrôle financier

La **Cour des comptes** assure depuis la **loi du 22 juin 1976** le **contrôle financier *a posteriori*** c'est-à-dire le contrôle des comptes des entreprises publiques en vertu **des articles L133-1 et -2 du code des juridictions financières**.

Elle apprécie l'activité et la gestion des entreprises **au regard des règles de la comptabilité publique mais aussi des objectifs économiques de la politique gouvernementale.** La Cour des comptes peut accéder à tous les documents utilisés par les entreprises et entendre tout dirigeant. Elle envoie au ministre concerné un avis sur les vérifications opérées et adresse **tous les deux ans un rapport d'ensemble au chef de l'Etat et au Parlement.**

(ii) Contrôle politique

Le **Parlement** assure quant à lui un **contrôle politique *a posteriori***. L'Assemblée nationale et le Sénat peuvent mener des commissions d'enquête en vertu de **l'article 51-2 de la Constitution** depuis la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008.

A ce titre, **l'article 146 du règlement de l'Assemblée nationale** prévoit pour les sociétés nationales et les SEM que :

> « *Les documents et les renseignements destinés à permettre (…) la vérification des comptes des sociétés nationales et des SEM sont communiqués par les autorités compétentes au rapporteur spécial de la Commission des finances, de l'économie générale et du contrôle budgétaire, chargé du budget du département ministériel auquel se rattachent les sociétés nationales et les SEM* ».

2) Le rôle de l'Agence des participations de l'Etat (APE)

a) Les origines de création de l'APE

Malgré les contrôles classiques habituellement exercés sur les entreprises publiques, il existait de nombreux écueils :

- L'inertie des conseils d'administration.
- L'empiétement des contrôles les uns sur les autres.
- Les relations parfois tendues entre les dirigeants des entreprises publiques et le ministère de l'Economie et des Finances.

En 2002, le ministre de l'Economie et des Finances commande **un rapport sur « l'Etat actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques »**. A sa suite, le **décret du 9 septembre 2004** institue l'Agence des participations de l'Etat, un service à compétence nationale rattaché au ministère de l'Economie et des Finances.

b) Les missions de l'APE

L'APE s'est vue assigner différentes missions pour aider l'Etat actionnaire (société nationale et SEM à capitaux publics majoritaires) :

- Garantir la rentabilité des entreprises publiques nationales.
- Contrôler les risques.
- Veiller au développement industriel et commercial des entreprises.
- S'occuper des éventuelles cessions ou acquisitions d'actions, des accords commerciaux.
- Examiner les principaux programmes d'investissement.
- Représenter l'Etat dans les assemblées des actionnaires et s'assurer de la cohérence de la position des autres représentants de l'Etat participants aux organes délibérants des entreprises.

C) Le contrôle des entreprises publiques locales

Aux contrôles de droit commun relatifs au droit des sociétés, les sociétés publiques locales et les SEM subissent des contrôles spécifiques prévus par le CGCT.

Tout d'abord, un contrôle **permanent** est assuré par des administrateurs (fonctionnaires catégorie A+) qui représentent les collectivités territoriales.

De plus, il existe des contrôles **périodiques**. Chaque année, les sociétés publiques locales et les SEM à capitaux publics majoritaires incluant des collectivités territoriales doivent soumettre un **rapport écrit à l'organe délibérant** de la collectivité ou des collectivités concernées. Elles y exposent leurs activités économiques (**art. 1524-5 CGCT**).

Un **bilan certifié conforme du dernier exercice** doit également être annexé aux documents budgétaires aux documents budgétaires des communes intéressés et comprenant plus de 3500 habitants.

La transmission des projets de modification portant sur l'objet social, la composition du capital, la structure des organes dirigeants des sociétés publiques locales et des

SEM est également obligatoire. Ils sont transmis au préfet en tant que représentant de l'Etat.

Attention : **S'il estime qu'il existe un risque financier, le préfet peut saisir la chambre régionale des comptes pour avis.**

II. La privatisation des entreprises publiques

La privatisation est la forme la plus courante de disparation d'une entreprise publique **(A)**. Elle répond à des champs précis **(B)** et à des modalités particulières **(C)**.

A) Généralités

1) Définition de la privatisation

La notion de privatisation est parfois mal employée. En effet, il est juridiquement faux de penser que la privatisation signifie l'ouverture de capital d'une entreprise publique à des actionnaires privés **qui restent minoritaires**.

Il est également erroné de penser que la privatisation signifie **l'augmentation des règles de droit privé applicables** à une entreprise publique.

Enfin, privatiser une entreprise ne signifie pas non plus **privatiser son statut juridique**.

Exemple : En effet, ce n'est pas parce qu'une entreprise publique passe du statut d'EPIC au statut de société nationale (société anonyme à capital public) que son capital est privatisé.

a) Les critères de la privatisation

Pour rappel, pour qu'une entreprise devienne une entreprise publique, son capital doit être détenu à plus de 50% par une ou plusieurs personnes publiques.

Définition : **Logiquement, une entreprise publique est privatisée lorsque son capital public devient minoritaire c'est-à-dire lorsque son capital est détenu à plus de 50% par une ou plusieurs personnes privées. Elle passe donc du secteur public au secteur privé.**

La privatisation est dite **partielle** lorsque la part du capital public est inférieur à 50% mais qu'elle n'est pas nulle. Les actionnaires publics deviennent alors simplement minoritaires. La privatisation est dite **complète** lorsque la part du capital public devient nul.

b) L'ouverture à des capitaux privés minoritaires

Au regard de la définition juridique de la privatisation, lorsque la part du capital détenu par des actionnaires publics diminue mais reste au-dessus du seuil de 50% du capital, le transfert de l'entreprise vers le secteur privé n'est pas acquis. **L'entreprise n'est pas privatisée.**

Il s'agit simplement d'une ouverture à des capitaux privés minoritaires au sein de l'entreprise publique. C'est pourquoi certains auteurs parlent dans ce cas « **d'une respiration du secteur public** » (et non d'un transfert vers le secteur privé).

2) Les impacts du recours à la privatisation

a) Les impacts pour les personnes publiques actionnaires

D'un point de vue macro-économique la privatisation d'une entreprise publique accroisse les recettes de l'actionnaire public (Etat, collectivité territoriale ou groupement intercommunal), grâce au produit de la vente des actions antérieurement détenues. Ces recettes peuvent être très importantes.

Exemple : Entre 1986 et 2006 les privatisations ont apporté d'environ 100 milliards d'euros pour l'Etat selon l'Agence des participations de l'Etat. Sur ces 100 milliards, 23 milliards ont été affectés au désendettement de l'Etat le reste servant essentiellement à recapitaliser des entreprises publiques ayant besoin de fonds propres ou à faire des investissements (pour financer la retraite, la lutte contre le chômage). De 2006 à 2021, les privatisations ont rapporté 25 milliards supplémentaires ce qui prouve que les recettes des privatisations ont diminué en pratique.

b) Les impacts pour l'entreprise publique privatisée

La privatisation des entreprises publiques s'inscrit dans le cadre d'une politique libérale de remise en cause du rôle des personnes publiques et en particulier de l'Etat dans l'économie. **D'un point de vue micro-économique** le fait qu'une entreprise publique soit transférée dans le secteur privé doit en principe lui apporter un meilleur rendement financier. Cela sert à son développement économique.

Pour aller plus loin : Les répercussions économiques sont cependant assez contrastées d'une entreprise privatisée à une autre. Changer des actionnaires ne suffit pas à améliorer la situation d'une entreprise si rien d'autre n'est fait. Les entreprises privatisées doivent s'interroger sur leur structure, raisonner en termes de prix, se fixer de nouvelles perspectives d'évolution, tenter de résoudre des dysfonctionnements antérieurs, etc.

c) Les impacts pour les clients de l'entreprise publique privatisée

Pour les clients, l'impact d'une privatisation se ressent généralement **au niveau des tarifs des services proposés**. L'entreprise publique devient logiquement une société privée. Or, les sociétés privées ont besoin de davantage de fonds pour fonctionner correctement, ce qui implique l'augmentation des prix proposés. Les clients peuvent quand même s'attendre à un prix acceptable si l'entreprise fait face à des concurrents capables de l'obliger à réduire ses propres tarifs sur le marché.

3) L'expérience française de la privatisation

a) La première vague de privatisation 1986-1987

En 1986, les élections législatives font connaitre la première période de cohabitation en France sous la Ve République. **Mitterrand** alors au pouvoir depuis 1981 nomme **Jacques Chirac** comme Premier ministre. La nouvelle majorité prend le contrepied de la politique menée depuis 1981 notamment des nationalisations de 1982. La **loi du 2 juillet 1986** autorise le gouvernement à privatiser 65 entreprises publiques en 5 ans. L'Etat attend de cette vague de privatisations près de 300 milliards de francs de recettes. Parallèlement, la privatisation de TF1 fait l'objet de dispositions particulières dans la **loi du 30 septembre 1986**.

Toutefois, après le **krach boursier de 1987** et la **victoire de la gauche aux élections présidentielles et législatives de 1988**, seules 13 entreprises sur les 65 prévues par la loi de juillet 1986 sont privatisées. De **1988 à 1993**, Mitterrand défend alors une **politique du « ni-ni »**, c'est-à-dire une exclusion de la reprise des nationalisations et de la poursuite des privatisations.

b) La deuxième vague de privatisations 1993-1997

La loi de privatisation de 1986 donnait **jusqu'en 1991** pour réaliser des privatisations. Une nouvelle **loi de privatisation du 19 juillet 1993** est donc adoptée au début de la deuxième cohabitation entre Mitterrand et Balladur. Elle autorise le gouvernement à

la privatisation de 21 entreprises publiques. Parmi ces entreprises, 12 figuraient déjà dans la loi de 1986 mais n'avaient pas été privatisées à l'époque et 9 entreprises sont ajoutées **comme Renault**. La loi ne prévoit aucun délai fixe pour réaliser ces nouvelles privatisations (contrairement à la loi de 1986).

Au total, 228 000 salariés sont concernés et 106 milliards de francs de recettes devraient être apportées à l'Etat.

c) La poursuite des privatisations à partir de juillet 1997

Lorsque Jospin devient Premier ministre, le gouvernement privilégie au départ des ouvertures minoritaires aux actionnaires privés au sein des entreprises publiques : il n'y donc pas de privatisation. Par la suite, le gouvernement utilise la loi de 1993 pour poursuivre de vraies privatisations **comme celle du Crédit Lyonnais**.

En 2002, le gouvernement Raffarin veut continuer les privatisations mais la conjoncture boursière défavorable retarde ces opérations même si **par exemple Air France est privatisée**.

En 2005, le gouvernement Villepin privatise **par exemple la SCNM et trois sociétés d'autoroutes**. Il commence également la privatisation de GDF (fusion avec Suez) qui sera finalisée en 2008 avec le gouvernement Fillon.

Depuis 2008, peu de privatisations sont intervenues. On note **par exemple la privatisation de la Française des Jeux** en 2019.

B) Le champ des privatisations

Les privatisations s'inscrivent dans un contexte constitutionnel dont sont exclus les services publics nationaux et les monopoles de fait. En effet, en vertu de **l'alinéa 9 du préambule de la constitution de 1946** : « Tout bien, toute entreprise, dont

l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ».

Par conséquent, le Conseil constitutionnel dans sa **décision du 25 juin 1986, *Privatisations*** en déduit que « serait contraire à la Constitution le transfert du secteur public au secteur privé de certaines entreprises (...) dont l'exploitation revêt les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait ». Cette disposition a été évoquée avec succès pour s'opposer aux privatisations.

1) L'exclusion des services publics nationaux

Le Conseil constitutionnel distingue dans sa décision du 25 juin 1986 deux catégories de services publics nationaux :

- **Les services publics nationaux exigés par la Constitution ou trouvant leur fondement dans des dispositions de nature constitutionnelle** : on parle alors de services publics constitutionnels (impôt, défense, justice, police, etc.). Ils sont essentiels à la Nation.
- **Les services publics nationaux créés par le législateur ou l'autorité réglementaire**, du simple fait de leur volonté. Ces services publics nationaux ne font pas apparaitre des critères d'identification précis. **Deux critères se dégagent néanmoins selon le CE dans sa décision CE, 27 septembre 2006, *Bayrou* :** l'activité doit être qualifiable de service public et l'activité doit être exercée à l'échelon national (position territoriale). Le Conseil constitutionnel, dans sa **décision du 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie***, est venu confirmer ces critères mais précise que l'activité ne doit être exercée que par une seule entreprise publique (critère organique, monopole de droit).

> **Attention : Seuls sont alors interdits de privatisation les entreprises assurant des services publics constitutionnels. En revanche, pour les entreprises assurant des services publics nationaux créés par le législateur ou l'autorité réglementaire, la privatisation peut intervenir. Toutefois, il faut que le législateur ou l'autorité réglementaire créatrice, selon le cas, prive ces services publics de leur caractère national avant la privatisation des entreprises les assurant.**

2) L'exclusion des monopoles de fait

Le monopole de fait se distingue d'un monopole de droit qui lui est prévu par la loi. Pour le Conseil constitutionnel dans sa **décision du 25 juin 1986**, le monopole de fait « *doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises* ».

De plus, le Conseil ajoute dans cette même décision qu'on ne doit pas prendre en compte « *les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément* » pour retenir le monopole de fait. Enfin, le Conseil d'Etat est venu préciser que le monopole de fait s'apprécie **à l'échelon national** : **CE, 27 septembre 2006, *Bayrou***.

C) Les modalités de la privatisation

1) Les opérations préalables au transfert dans le secteur privé

a) L'autorisation de privatiser une entreprise détenue par l'Etat

Toute opération de privatisation réalisée sans l'autorisation adéquate est réputée **nulle**. **L'article 34 de la Constitution** dispose que le législateur « *fixe les règles des transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé* ».

> **Attention :** **Toutefois, cette compétence légale n'implique pas que seul le législateur soit habilité à intervenir en cas de privatisation.**

En effet, le Conseil constitutionnel dans sa **décision du 25 juin 1986, *Privatisations***, précise que l'habilitation donnée par l'article 34 doit être entendue comme une

compétence du législateur pour déterminer les régimes des diverses opérations de privatisation et pour désigner les autorités ou organes compétents pour les appliquer.

b) L'autorisation de privatiser une entreprise détenue localement

Les opérations par lesquelles une collectivité territoriale ou un groupe intercommunal transfert au secteur privé la majorité du capital d'un entreprise publique sont décidées par **l'organe délibérant de cette collectivité ou de ce groupement**.

Attention : si l'entreprise à privatiser représente un effectif de plus de 500 personnes employées au 31 décembre de l'année précédant le transfert OU qu'elle présente un chiffre d'affaires supérieur à 75 millions d'euros à la date de clôture de l'exercice précédant le transfert, l'avis conforme de la commission des participations et des transferts est nécessaire avant la décision de l'organe délibérant. Cette nouveauté a été ajoutée par la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dite loi Macron.

c) L'évaluation de l'entreprise à privatiser

Le Conseil constitutionnel impose à ce que les actions d'une entreprise publique ne soient **pas cédées à un prix inférieur à celui correspondant à la valeur réelle de l'entreprise privatisée**.

Pour évaluer l'entreprise à privatiser, il est réalisé une **expertise indépendante** de l'autorité qui procède au transfert dans le secteur privé. L'évaluation est menée en tenant compte des conditions du marché à la date du transfert, et selon une pondération appropriée à chaque cas, de la valeur des actifs, des bénéfices réalisés, de l'existence de filiales et des perspectives de l'entreprise. L'évaluation est **motivée et publique**. Le législateur ou l'autorité réglementaire fixe ensuite un prix **qui ne peut être inférieur à celui retenu dans l'expertise**.

2) Les opérations procédant au transfert dans le secteur privé

a) La procédure de cession sur le marché financier

Deux procédures peuvent être utilisées pour la vente des actions :

- **L'offre publique de vente** : l'opération consiste à proposer un certain nombre d'actions au public, à un prix définitif et à des conditions prédéfinies (nombre d'actions, durée de l'offre). Un avis est publié sous le contrôle de l'Autorité des marchés financiers. Les investisseurs, qui peuvent être des particuliers ou des personnes morales, se portent acquéreurs par l'intermédiaire des banques, agents de change, trésor public, etc.
- **L'offre publique d'échange** : variante de l'offre publique de vente et très rarement utilisée, l'opération consiste à échanger des certificats d'investissement émis par l'entreprise publique avant son transfert dans le secteur privé. Ces certificats correspondent à des titres de propriété dépourvus de droit de vote (moyen de financement de l'entreprise publique). Si c'est l'entreprise publique qui a émis ces certificats, elle doit ensuite proposer à ses titulaires de les échanger contre de véritables actions à l'occasion de sa privatisation.

b) Les procédures de cession de gré à gré (à la place ou en plus d'une offre publique)

La privatisation se fait grâce à une cession de gré à gré lorsque la totalité ou une partie des actions mises en vente est proposée à **des actionnaires privés choisis par le ministre de l'Economie** après avis conforme de la commission des participations et des transferts.

Le but de vente de gré à gré est d'éviter l'éparpillement du capital en vendant à de multiples actionnaires. Elle permet alors de constituer un groupe d'actionnaires stables et susceptible de guider le développement de l'entreprise privatisée. En contrepartie du pouvoir qu'ils obtiennent, ces actionnaires stables doivent rester certaines contraintes. **Par exemple** : une clause d'inaliénabilité temporaire.

c) Les mesures favorables à certains acquéreurs

Tout d'abord, lors d'une privatisation des actions peuvent être réservées à la vente pour les **salariés** de l'entreprise privatisée. Des actions peuvent être également réservées à la vente pour les **particuliers.**

Exemple : Lors de la privatisation de la Française des Jeux en 2019, le gouvernement a réservé 40% des actions vendues aux particuliers.

d) Les mesures de protection des intérêts nationaux

Enfin, pour ne pas céder le patrimoine public français trop largement à l'étranger et donc faire passer les entreprises publiques français sous contrôle privé étranger, le gouvernement peut utiliser des dispositions législatives.

Il peut **limiter à 20% les acquisitions d'actions par des investisseurs étrangers lors de la privatisation d'une entreprise publique** (avant **la loi du 12 avril 1996** c'était une obligation).