

Droits et Débats

Les entreprises publiques

**Un colloque organisé par le Conseil d'État
le 10 juin 2016**

Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et Documents du Conseil d'État », EDCE)

- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.

Collection « Les études du Conseil d'État »

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

Collection « Droits et Débats »

- La décentralisation des politiques sociales, n° 10, 2014.
- 1952-2012 : le juge français de l'asile, n° 11, 2013.
- Corriger, équilibrer, orienter : une vision renouvelée de la régulation économique – Hommage à Marie-Dominique Hagelsteen, n° 12, 2014.
- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État ? – Tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25 (à paraître).

Collection « Histoire et mémoire »

- Conférences Vincent Wright – volume 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX^e siècle, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, 2014.
- Conférences Vincent Wright – volume 2, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.

Collection « Jurisprudences »

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.

Sommaire

Avant-propos.....	5
Programme du colloque	7
Séance d’ouverture.....	9
Première table ronde - Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? »	17
Sommaire de la table ronde	17
Biographie des intervenants	19
Actes	21
Échanges avec la salle	41
Deuxième table ronde - La dualité de statut de l’entreprise publique nationale en question	43
Sommaire de la table ronde	43
Biographie des intervenants	45
Actes	49
Échanges avec la salle	71
Troisième table ronde - Entreprises publiques nationales et entreprises publiques locales : convergences et divergences.....	75
Sommaire de la table ronde	75
Introduction de M. Alain Lambert	77
Biographie des intervenants	83
Actes	85
Échanges avec la salle	99
Quatrième table ronde - L’entreprise publique à la croisée des intérêts publics : clarifier et concilier	101
Sommaire de la table ronde	101
Biographie des intervenants	103
Actes	105
Échanges avec la salle	127
Conclusion du colloque.....	129

Annexes	135
Éléments de réflexion	137
Bibliographie indicative	227



Avant-propos

Maryvonne de Saint Pulgent

présidente adjointe de la section de l'intérieur du Conseil d'État

Le douzième colloque du cycle d'Entretiens en droit public économique organisé par le Conseil d'État s'est tenu le 10 juin 2016, sur le thème des entreprises publiques, ces « *commerçants publics* »¹ qui remettent en cause l'idée d'une frontière étanche et nette entre les sphères privée et publique dans l'économie française. La catégorie d'entreprise publique est hétérogène : elle regroupe des personnes publiques, mais régies par le droit privé, comme des établissements publics industriels et commerciaux, et des personnes privées, organisées sous forme de sociétés ; elle se partage par ailleurs entre entreprises nationales et entreprises contrôlées par des collectivités territoriales. Enfin, la notion est instable et floue, la doctrine et les textes hésitant sur le critère qu'il convient de retenir : celui du droit interne, la participation majoritaire du capital public², ou celui du droit de l'Union européenne, le degré de l'influence publique sur la vie de l'entreprise³ ?

La détention publique d'entreprises est un instrument parmi d'autres de l'intervention de l'État dans l'économie, lequel a de plus en plus recours à d'autres formes que sont la réglementation, la régulation et la contractualisation⁴. La question de la légitimité de l'entrepreneuriat public reste posée, en termes certes moins passionnés et politisés qu'à l'époque des nationalisations successives dans les années 1940 et 1980 à laquelle elle s'est trouvée, dans notre pays, au cœur d'un affrontement idéologique⁵ : aujourd'hui, les privatisations répondent plutôt à des objectifs de gestion plus efficiente des actifs publics ; les prises de participation publique, à celui de portage provisoire d'entreprises stratégiques en grande difficultés. Par ailleurs, le recours à la participation publique au capital est enserré dans de nouvelles contraintes, telles le droit européen des aides d'État⁶ ou encore la rareté des deniers publics.

La bonne gouvernance des entreprises publiques reste en tout état de cause une question d'actualité ; si la personne publique ne sera jamais tout à fait un actionnaire comme les autres – c'est d'ailleurs la justification de son intervention –, elle doit toutefois ne pas oublier, dans la conciliation entre les divers intérêts qu'elle

1 Selon l'expression du doyen Vedel, cité par R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, éd. Montchrestien (15^{ème} éd.), Paris, 2001, n° 527.

2 L'ordonnance du 20 août 2014, ratifiée par la loi dite « Macron » du 6 août 2015.

3 Directive 2006/111/CE de la Commission du 16 novembre 2006 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, remplaçant la directive 80/723/CEE de la Commission, du 25 juin 1980, relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

4 *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, rapport remis par M. R. Barbier de la Serre au ministre de l'économie, éd. La documentation Française, Paris, 2003, p. 3.

5 Loi n° 82-155 du 11 février 1982 de nationalisation ; loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

6 CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c. Commission* (la garantie implicite illimitée accordée par l'État français en faveur de La Poste constitue une aide d'État illicite).

poursuit, la performance économique optimum des entreprises publiques. Le colloque a permis d'illustrer combien étaient cruciales la distinction, l'articulation et la mise en cohérence des actions que l'État mène en tant que capitaliste, en tant que tutelle, en tant que porteur de politique publique et de politique budgétaire, en tant qu'acheteur et en tant que régulateur⁷. Le dilemme qui surgit de la question de la bonne gouvernance est ancien, comme l'illustre le fait que le projet de loi portant statut général des entreprises publiques, déposé par le Gouvernement le 31 décembre 1948⁸, qui devait « porter remède aux erreurs reprochées à la gestion économique des entreprises nationalisées »⁹, n'a jamais abouti.

Aujourd'hui encore de fortes critiques se font jour, comme par exemple dans *Journal d'un sauvetage* de Jean Peyrelevade (éd. Albin Michel, 2016). La volonté d'assurer un meilleur exercice, par l'État-actionnaire, de sa fonction¹⁰, a pourtant présidé à la création, en 2004, de l'Agence des participations de l'État¹¹. Elle a aussi inspiré l'ordonnance du 20 août 2014 qui réforme les sociétés commerciales à participation publique pour accroître l'influence réelle de l'État en rapprochant la gouvernance de ces entreprises de celle des entreprises privées, tout en dérogeant au droit commun des sociétés afin de prendre en compte la spécificité de son intervention¹². La question donne enfin lieu à d'importants travaux d'élaboration de standards internationaux, notamment au sein de l'Organisation pour la coopération et le développement économiques.

Les débats de ce colloque montrent que les entreprises publiques soulèvent en définitive plus d'interrogations qu'elles ne produisent de consensus. Espérons toutefois qu'il aura, par un effort de réflexion systématique s'appuyant sur l'expérience, notamment celle des nombreux praticiens du secteur auxquels il a donné la parole, contribué à faire progresser la compréhension des enjeux et problématiques de ce mode particulier d'intervention publique dans l'économie.

7 Rapport dit « Barbier de la Serre », *précité*, p. 7.

8 Documents parlementaires, Assemblée nationale, n° 6027.

9 M. Virally, « Remarques sur le projet de loi portant statut général des entreprises publiques : Entreprises publiques et Établissements publics », in *La Revue administrative*, 3^{ème} année, n° 16 (juillet-août 1950), pp. 355-366.

10 Rapport dit « Barbier de la Serre », *précité*.

11 Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale « Agence des participations de l'État ».

12 Communiqué de presse du Conseil des ministres du 20 août 2014.



Programme du colloque

9h30 – Séance d'ouverture

- **Jean-Marc Sauvé**, vice-président du Conseil d'État

9h45-11h15 – Table ronde n° 1 : Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? »

Président

- **Jean Gaeremynck**, président adjoint de la section des finances du Conseil d'État

Intervenants

- **Anémone Cartier-Bresson**, professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes
- **Marc Schwartz**, conseiller maître à la première chambre de la Cour des comptes
- **Martin Vial**, commissaire aux participations de l'État

11h15-12h45 – Table ronde n° 2 : La dualité de statut de l'entreprise publique nationale en question

Président

- **Philippe Martin**, président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Intervenants

- **Sandra Lagumina**, directrice générale adjointe d'Engie
- **Jacques Rapoport**, inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF, ancien président-directeur général de SNCF Réseau
- **Paolo Stancanelli**, directeur responsable de l'équipe « Aides d'État » au service juridique de la Commission européenne
- **Charles Touboul**, rapporteur général adjoint à la section du rapport et des études

14h30-16h00 – Table ronde n° 3 : Entreprises publiques nationales et entreprises publiques locales : convergences et divergences

Introduction

- **Alain Lambert**, ancien ministre, président du Conseil départemental de l'Orne

Président

- **Patrick Gérard**, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études au Conseil d'État

Intervenants

- **Jacques Chiron**, sénateur de l'Isère, président de la Fédération des entreprises publiques locales
- **Catherine Delort**, adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers
- **Gabrielle Gauthey**, directrice des investissements et du développement local de Caisse des dépôts et consignations

16h00-17h30 – Table ronde n° 4 : L'entreprise publique à la croisée des intérêts publics : clarifier et concilier

Présidente

- **Martine Lombard**, professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Intervenants

- **David Azéma**, président Global infrastructure group chez Bank of America Merrill Lynch, ancien commissaire aux participations de l'État
- **Thierry Dahan**, vice-président de l'Autorité de la concurrence
- **Jean-Ludovic Silicani**, président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État
- **Sara Sultan**, analyste politique à la direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE

17h30 – Séance de clôture

- **Louis Schweitzer**, commissaire général à l'investissement



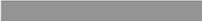
Séance d'ouverture



Jean-Marc Sauvé

Vice-président du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration, Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives. En 2012, il a été élu président de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne.



Mesdames et Messieurs¹³,
Chers collègues,

Je vous remercie de votre présence à ces douzièmes *Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*, dont l'objectif est, depuis maintenant presque neuf ans, d'être un lieu d'échange avec tous les acteurs de l'évolution du droit et de la vie publique, dans laquelle le Conseil d'État joue un rôle aussi bien par ses fonctions juridictionnelles que consultatives.

Le sujet de nos travaux aujourd'hui – les entreprises publiques – aurait pu susciter, il y a quelques années, l'étonnement, voire une certaine nostalgie, tant cette forme d'intervention publique paraissait vouée à un irrémédiable déclin. Or l'avenir a détrompé les prophètes ou les Cassandre de la privatisation inéluctable de ces entreprises. Le poids du secteur public dans l'économie française, en valeur ajoutée, est stable depuis dix ans autour d'une valeur de 5 %. De même, depuis 2005, les effectifs salariés des entreprises publiques sont stables à un peu moins de 800 000 personnes et le nombre des entreprises publiques a même constamment augmenté. Selon l'INSEE, fin 2014, la France comptait 1 632 sociétés dont le capital est détenu majoritairement par l'État, directement ou indirectement par

¹³ Texte écrit en collaboration avec Nicolas Chavet, Stéphane Eustache, Caroline Grossholz et Sarah Houllier, magistrats administratifs.

les filiales de groupes publics. Cette stabilité ne saurait toutefois dissimuler une diversification croissante de leur régime juridique et une plus forte convergence avec les structures de droit privé. L'entreprise publique est un protégé juridique sans définition unique. En cela, nous n'avons pas beaucoup progressé depuis la période qui précéda les vagues de privatisation. Le professeur Pierre Delvolvé écrivait en 1984 : « *Il n'y a pas de catégorie juridique qui constitue l'entreprise publique ; il y a des entreprises publiques, il n'y a pas l'entreprise publique* »¹⁴. Dans ses fonctions juridictionnelles et consultatives, le Conseil d'État utilise quant à lui depuis longtemps¹⁵ un critère d'appartenance au secteur public simple, souple – car prenant en compte les cas de cession d'actifs¹⁶ – et largement partagé, en particulier par le Conseil constitutionnel¹⁷, pour l'interprétation de l'article 34 de la Constitution : une entreprise, qui n'est pas une personne publique, appartient au secteur public, si la majorité au moins de son capital est détenue, directement ou indirectement, par des personnes publiques.

Nous commencerons donc par rendre compte de la diversité croissante des formes d'entreprises publiques, en particulier des formes capitalistiques de droit privé (1). Cette diversité, si elle est ordonnée à une stratégie globale et réglée d'une manière efficace, reste un atout pour l'action économique des personnes publiques (2).

Cette action n'a pas vocation à disparaître ou à se réduire à une peau de chagrin. Dans un monde globalisé, traversé par d'importantes transformations technologiques et industrielles, elle conserve son irréductible spécificité et toute sa légitimité. L'entreprise publique reste un de ses instruments d'avenir. Car, par la diversité de ses formes, elle défend des intérêts qui transcendent les besoins d'une seule entreprise, d'une seule filière, d'un seul secteur. Elle porte l'ambition d'une vision globale, cohérente et stratégique de notre économie, dans laquelle l'État n'est certes plus le principal producteur de biens et de services, mais dans laquelle il doit intervenir pour préserver les fondements de notre souveraineté économique, actionner de nouveaux leviers de croissance et d'innovation et promouvoir la compétitivité de nos entreprises.

1. Depuis trente ans, le régime juridique des entreprises publiques s'est nettement diversifié et il a davantage emprunté les structures de droit privé.

1.1. Ce double mouvement de diversification et de privatisation est le fruit d'une lente sédimentation historique, qui a débuté à la fin des années 1980.

Pendant longtemps, l'État n'avait le choix, pour la mise en œuvre de ses activités économiques, qu'entre trois principales formes d'intervention : l'exploitation par ses propres services avec la régie ; l'exploitation confiée à l'un de ses démembrements

14 P. Delvolvé, *Les entreprises publiques*, éd. Fondation nationale des sciences politiques, service de polycopie, coll. Cours IEP, Paris, 1985.

15 CE, Ass., 24 novembre 1978, *Schwartz, Defferre et autres*, n^{os} 04546 et 04565 ; CE, 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n^o 34252 ; CE, Ass., 6 décembre 1996, *Société Lambda*, n^o 167502 ; Avis d'Assemblée générale du Conseil d'État du 17 septembre 1998, n^o 362610.

16 CE, 4 mars 1996, *Fédération nationale CGT des personnels des secteurs financiers FNST-CGT et Mme Diard*, n^o 117884.

17 CC, n^o 83-162 DC du 19 et 20 juillet 1983, *Loi relative à la démocratisation du secteur public* et CC n^o 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France Télécom*, cons. 4.

avec les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ; l'exploitation déléguée à un partenaire privé avec les délégations de service public. Ces formes d'intervention se sont diversifiées avec la montée en puissance de l'actionnariat public, c'est-à-dire la création de sociétés commerciales régies par le livre II du code de commerce et dotées d'un capital détenu au moins partiellement par des personnes publiques.

Corrélativement, il faut distinguer trois formes de « privatisation »¹⁸ – terme dont la technicité est au moins aussi forte que la charge idéologique : la privatisation de la *propriété* d'une entreprise publique – comme cela a été le cas à partir de 1986 et tout au long des années 1990 et 2000, notamment pour de grands groupes industriels et bancaires¹⁹ – ; la privatisation du *statut* d'une entreprise publique avec la transformation d'EPIC historiques en sociétés anonymes, comme par exemple, dans la période récente, France Telecom en 1996²⁰, Électricité de France (EDF)-Gaz de France (GDF) en 2004²¹, Aéroports de Paris en 2005²² et La Poste en 2010²³ ; enfin, la privatisation du *capital* de sociétés publiques qui, sans opérer un transfert du secteur public vers le secteur privé, se traduit par une ouverture minoritaire à l'actionnariat privé – comme cela a été le cas à EDF, dont le capital a été ouvert à hauteur de 15,5 %. Cette ouverture est dans certains cas encadrée par un seuil minimal de détention publique fixé par la loi – ce seuil est par exemple de 70 % pour EDF, de 50 % pour ADP et 33 % pour GDF-Suez. Il en résulte une grande diversité de sociétés à participation publique. Cette diversité se retrouve aussi au niveau local avec différentes formes de sociétés commerciales. Elles sont soit intégralement contrôlées par des personnes publiques – c'est le cas des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) créées en 2010²⁴ –, soit ouvertes aux capitaux privés avec une participation publique majoritaire obligatoire – c'est le cas des sociétés d'économie mixte locale (SEML) créées en 1983²⁵ et rénovées en 2002²⁶ –, ou avec une participation publique qui peut être minoritaire : c'est le cas des sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP) créées en 2014²⁷.

18 Voir sur ce point : S. Nicinski, « La transformation des établissements publics industriels et commerciaux en sociétés », *RFDA*, 2008, p. 35.

19 En 1986, ont été privatisés Saint-Gobain, Alcatel-Alsthom, Matra, la CGCT, la Compagnie générale d'électricité, Elf-Aquitaine, mais aussi six banques (la CCF, la Société générale, la Caisse nationale de crédit agricole, la Sogénal, la BBTP et la BIMP), deux groupes financiers (Suez et Paribas), une mutuelle d'assurances (la MGF) et deux groupes de communication (Havas et TF1) ; au cours des années 1990, ont été privatisés la BNP et Rhône Poulenc en 1993 ; Elf-Aquitaine et l'UAP en 1994 ; la SEITA, Usinor Sacilor et Péchiney en 1995 ; les AGF, Renault, la Compagnie générale maritime et la banque Hervet en 1996 ; Bull en 1997 ; le CIC, Thomson, la Gan et la SMC en 1998 ; le Crédit lyonnais, le Crédit foncier de France, Eramet et l'Aérospatiale-Matra en 1999 ; Thomson Multimédia en 2000 ; Air France, la SNECMA et France Télécom en 2004 ; Gaz de France en 2008.

20 Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom.

21 Loi n° 2004-803 du 9 août 2004 relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières.

22 Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.

23 Loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales.

24 Loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales.

25 Loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales.

26 Loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002 tendant à moderniser le statut des sociétés d'économie mixte locales.

27 Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique ; la participation publique au sein d'une SEMOP ne peut être inférieure à 34 %, soit le minimum requis pour détenir une minorité de blocage, ni supérieure à 85 %.



1.2. Cette hétérogénéité du régime juridique des entreprises publiques résulte de la conjonction de plusieurs facteurs juridiques, économiques et financiers.

Les facteurs juridiques tiennent à l'affirmation des exigences du droit de la concurrence. Les institutions de l'Union européenne, attentives à ce que ni la propriété des entreprises²⁸, ni les droits qui leur sont accordés, ne faussent la concurrence, ont soumis les entreprises publiques au droit des pratiques anticoncurrentielles, au contrôle des concentrations et au droit des aides d'État. Le droit de l'Union européenne a ainsi conduit à une banalisation du régime juridique des entreprises publiques et à leur soumission à des contraintes particulièrement strictes. L'une des plus récentes illustrations de ce mouvement réside dans l'arrêt du 3 avril 2014²⁹ par lequel la Cour de justice de l'Union européenne a estimé que le statut d'EPIC dont bénéficiait La Poste lui assurait une garantie implicite et illimitée de l'État assimilable à une aide d'État au sens de l'article 107 TFUE.

Cette jurisprudence intervient, alors que le législateur a retenu un schéma original pour le groupe SNCF, qui a choisi de filialiser un établissement public³⁰. L'influence du droit de la concurrence n'est toutefois ni univoque, ni par principe hostile à l'entreprise publique. Les principes d'autonomie institutionnelle et de neutralité à l'égard du régime de propriété publique ne sauraient être vidés de leur substance en droit de l'Union par les principes d'égalité de traitement et de libre concurrence.

Par ailleurs, le droit de la concurrence admet depuis longtemps des aménagements justifiés par des motifs d'intérêt économique général, qu'il s'agisse de droits exclusifs³¹ ou de compensations liées à des charges de service public³². Il reconnaît aussi aux États la possibilité de protéger certains intérêts stratégiques et d'adopter des mesures restrictives pour des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique, par exemple en soumettant à un régime d'autorisation certains investissements étrangers³³ ou certaines exportations sensibles³⁴, ou encore en permettant à l'État

28 Dans son principe même, la faculté, pour les personnes publiques, d'exercer une activité industrielle et commerciale n'est pas remise en cause puisque l'article 345 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) pose la règle de la neutralité des traités vis-à-vis du régime de la propriété.

29 CJCE, aff. C-559/12, 3 avril 2014, *France c. Commission*.

30 Loi n° 2014-272 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.

31 CJCE, aff. C-320/91, 19 mai 1993, *Paul Corbeau* ; et CJCE, aff. C-393/92, 27 avril 1994, *Commune d'Almelo et autres c. NV Energiebedrijf Ijsselmij*.

32 CJCE, aff. C-280/00, 24 juillet 2003, *Altmark*.

33 Régime modifié en dernier lieu par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, sur lequel le Conseil d'État a rendu un avis le 13 mai 2014, n° 388752.

34 Voir pour l'exportation de matériels de guerre : ordonnance n° 2004-1374 du 20 décembre 2004 relative à la partie législative du code de la défense et décret, le décret n° 2011-1467 du 9 novembre 2011 relatif aux importations et aux exportations hors du territoire de l'Union européenne de matériels de guerre, armes et munitions et de matériels assimilés et aux transferts intracommunautaires de produits liés à la défense, ainsi que l'arrêt du 27 juin 2012 relatif à la liste des matériels de guerre et matériels assimilés soumis à une autorisation préalable d'exportation et des produits liés à la défense soumis à une autorisation préalable de transfert.

de détenir – il est vrai sous des conditions particulièrement strictes³⁵ – des actions spécifiques au sein d'entreprises du secteur privé³⁶ ou encore de disposer d'un commissaire du Gouvernement dans l'organe de gouvernance des établissements publics ou des entreprises à capitaux publics³⁷. Il existe donc des marges nationales d'appréciation, d'intervention et d'action, dont il faut avoir conscience et qu'il convient de pleinement utiliser et, au besoin, défendre d'une manière constructive.

En dehors de ces facteurs juridiques, d'autres éléments ont joué en faveur d'une plus grande diversité des formes d'entreprise publique. D'une part, le facteur financier, car les sociétés commerciales sont ouvertes, à la différence des EPIC, aux capitaux privés et elles disposent ainsi de plus grandes marges de manœuvre, de la possibilité de lever des capitaux sur les marchés financiers et, par conséquent, de plus grandes capacités d'investissement et d'expansion. D'autre part, des facteurs économiques, car l'ouverture au secteur privé permet de nouer des partenariats utiles à l'acquisition de nouvelles technologies, au rachat d'entreprises et au développement de gisements de croissance. Par ailleurs, des facteurs institutionnels et administratifs, car les formes traditionnelles de contrôle et de tutelle publics restent lourdes et contraignantes, même si elles ont été rénovées depuis quelques années.

D'une manière générale, la transformation des entreprises publiques reflète la redéfinition des missions confiées à l'État au sein d'une économie de marché³⁸. L'État intervient directement sur les marchés pour acquérir des biens et services en tant que commanditaire ou pour en proposer en tant qu'opérateur économique. Il lui revient alors de réaliser l'égalité de traitement dans la conduite des procédures de commande publique ou de se comporter en égal concurrent dans la compétition économique. Mais, en sus, l'État agit, en tant que régulateur, sur le fonctionnement des marchés, qu'il fixe leurs règles générales de fonctionnement ou qu'il assure au jour le jour leur application en délivrant des autorisations ou en prenant des injonctions, des directives ou des mesures d'orientation relevant du droit souple. Enfin, l'État agit de plus en plus comme un actionnaire³⁹, gérant d'une manière active un large portefeuille de participations majoritaires, mais aussi minoritaires.

35 Voir sur ce point la jurisprudence très restrictive de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de « golden shares » : CJCE, aff. C-58/99, 23 mai 2000, *Commission des Communautés européennes c. République italienne* ; CJCE, aff. C-367/98, 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes c. République portugaise* ; CJCE, aff. C-483/99, 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes c. République française* ; CJCE, aff. C-503/99, 4 juin 2002, *Commission des Communautés européennes c. Royaume de Belgique* ; CJCE, aff. C-463/00, 23 mai 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume d'Espagne* ; CJCE, aff. C-98/01, 23 mai 2003, *Commission des Communautés européennes c. Royaume Uni* ; CJCE, Gde ch., aff. C-112/05, 23 octobre 2007, *Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne* ; et plus récemment : CJUE, aff. C-171/08, 8 juillet 2010, *Commission européenne c. République portugaise* ; CJUE, aff. C-543/08, 11 novembre 2010, *Commission européenne c. République portugaise* ; CJUE, aff. C-244/11, 8 novembre 2012, *Commission européenne c. République hellénique*.

36 Dispositif introduit par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ; voir, sur ce point, l'avis du Conseil d'État du 8 décembre 2014 rendu sur le projet de modification de cet article par le projet de loi pour la croissance et l'activité, n° 389494.

37 Voir, sur ce point, l'étude réalisée par le Conseil d'État à la demande du Premier ministre : *Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises*, éd. La Documentation française, Paris, 2015.

38 Voir sur ce point : J. Caillosse, « Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ? », *AJDA*, 2016, p. 761.

39 Voir sur ce point : A. Cartier-Bresson, *L'État actionnaire*, thèse, éd. LGDJ, Paris, 2010.



Par conséquent, nos analyses doivent s'inscrire dans le cadre d'une réflexion générale sur la nature, le périmètre et les instruments de l'action économique de l'État ainsi que sur la séparation, l'articulation et la mise en cohérence de ses différentes missions de prestation et de régulation.

2. Notre conviction est que l'État a vocation à rester, grâce à une stratégie et des structures renouvelées, un acteur économique de premier rang avec les entreprises publiques.

2.1. L'avenir de l'entreprise publique dépend de notre capacité à concevoir et mettre en œuvre une stratégie de promotion de nos intérêts nationaux.

Dans un contexte marqué par d'importantes transitions économiques, technologiques et industrielles, l'État doit disposer d'une ligne de conduite claire, structurée et ambitieuse, au sein de laquelle l'entreprise publique a toute sa place. Dans ce cadre qu'ont explicité en 2014 les lignes directrices de l'État actionnaire, plusieurs objectifs sont poursuivis.

Le premier est d'assurer un haut niveau de contrôle des entreprises et des secteurs stratégiques, particulièrement sensibles du point de vue de la souveraineté. L'État a ainsi récemment pesé dans la restructuration de la filière nucléaire française en lien étroit avec les sociétés Areva, EDF et Engie et il a aussi consolidé les industries du secteur de la défense en permettant le rapprochement des sociétés Nexter et KMW.

Le deuxième objectif consiste à garantir la satisfaction des besoins fondamentaux du pays, qu'il s'agisse des infrastructures de base et des services publics essentiels dans les domaines des transports, de l'éducation, de la santé ou de la solidarité.

Le troisième objectif est d'accompagner la création, la consolidation et l'expansion internationale des entreprises relevant des filières déterminantes pour la croissance économique nationale, grâce à des prêts ou des prises de participation publics. Au sein des entreprises publiques, l'État ne doit pas agir passivement, en se bornant à exercer ses pouvoirs de nomination, d'approbation des comptes ou de suivi financier ; il doit jouer un rôle actif d'animation, de modernisation et de pilotage prospectif au service des intérêts sociaux de l'entreprise, mais aussi des intérêts nationaux. Il concourt à cet égard à l'élaboration, à la mise en œuvre et au suivi de plans d'investissement et de transformation des modèles économiques de long terme – L'État a ainsi accompagné en 2014 La Poste dans la conception de son plan « La Poste 2020 ». Lorsque le capital des sociétés publiques a été ouvert, l'État associe les actionnaires privés minoritaires à la vie de l'entreprise. Il doit respecter les droits de ces minoritaires, prendre en compte leurs points de vue et leurs intérêts, les associer autant que possible aux grandes décisions stratégiques et leur rendre des comptes sur les résultats obtenus. L'exemplarité de l'État actionnaire tient ainsi à sa capacité de rassemblement et de gestion collégiale et dynamique de ses entreprises.



Enfin, en quatrième objectif, l'État intervient ponctuellement dans des opérations de sauvetage d'entreprises dont la défaillance présenterait des conséquences systémiques sur l'économie nationale ou européenne.

La diversité de ces objectifs marque la spécificité irréductible de l'entrepreneur et de l'actionnaire publics. Leurs interventions ne sauraient être déterminées selon la seule logique de rentabilité économique ou financière ; celle-ci ne doit pas être ignorée, car, dans ces temps de disette budgétaire, le bon usage des derniers publics est devenu impérieux. Mais la performance, c'est aussi et surtout viser et satisfaire des objectifs de souveraineté, de compétitivité et d'attractivité économiques.

L'État est ainsi à la fois garant de la souveraineté, responsable de politiques macro- et micro-économiques, régulateur, actionnaire, client, fournisseur et garant de l'équilibre des comptes publics.

Le grand défi de l'État est, par conséquent, d'assurer à tout moment la conciliation entre des objectifs divers et variés, parfois totalement incompatibles entre eux ou, à tout le moins, souvent non convergents ou contradictoires. Les risques de conflits entre les multiples intérêts publics en présence ou entre intérêts publics et privés ne sont donc pas minces et ils impliquent des arbitrages délicats.

2.2. Pour y parvenir, l'État dispose de structures dédiées à la gestion de ses participations ainsi que de règles rénovées de gouvernance et d'opération sur le capital des entreprises publiques.

L'État actionnaire dispose en effet de deux outils complémentaires avec l'Agence des participations de l'État (APE) créée en 2004⁴⁰ et la Banque publique d'investissement (BPI) instituée en 2012⁴¹ - cette dernière privilégiant les prises de participations minoritaires, spécialement dans les PME, avec une perspective de sortie après une étape de leur développement, de leur croissance internationale ou de leur consolidation. Par ailleurs, l'ordonnance du 20 août 2014⁴² ratifiée et partiellement modifiée par la loi du 6 août 2015 dite « loi Macron »⁴³, a rénové les règles de gouvernance des sociétés à participation publique et le régime des opérations sur leur capital. Il a en effet été mis fin aux règles spéciales relatives à la taille de leur conseil d'administration et les conditions de nomination des membres désignés ou proposés par l'État ont été clarifiées, en recherchant un équilibre entre la souplesse des règles de droit commun et les spécificités découlant de leur contrôle public, comme par exemple la « règle du tiers » pour la représentation des salariés. La même réforme a permis de sécuriser et d'assouplir, dans le respect des principes constitutionnels, les opérations de cession de participations publiques, selon le rang des sociétés et les procédures de cession.

40 Décret n°2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État.

41 Loi n° 2012-1559 du 31 décembre 2012 relative à la création de la Banque publique d'investissement.

42 Ordonnance n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

43 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



Le présent colloque sera l'occasion de revenir en détail sur les apports et la mise en œuvre de cette réforme⁴⁴, comme sur l'application des dispositions de la loi dite « Florange »⁴⁵ relatives à l'attribution de droits de vote doubles en faveur de l'actionnariat de longue durée dans les entreprises françaises.

Conclusion

L'entreprise publique est aujourd'hui entrée dans une période qui n'est plus celle d'une critique radicale de l'intervention économique de l'État mais, au contraire, celle de la révélation, notamment après la crise de 2008, de l'impérieuse nécessité de son rôle de stratège.

Ce nouveau contexte nous invite à réexaminer les objectifs qui sont assignés à l'entreprise publique, la pertinence, la soutenabilité et l'efficacité de son régime juridique, l'articulation des actions locales et nationales ainsi que la conciliation entre les intérêts publics et les intérêts publics et privés qui sont en jeu au sein des entreprises publiques et dans le rapport de celles-ci à leurs concurrentes opérant sur les mêmes marchés.

Tel est l'objet du présent colloque que je remercie les sections du rapport et des études, des finances et des travaux publics d'avoir organisé dans le cadre des *Entretiens du Conseil d'État en droit public économique*. Je remercie aussi vivement les intervenants, les présidents des quatre tables rondes : MM. Jean Gaeremynck, Philippe Martin, Patrick Gérard et Martine Lombard, ainsi que le commissaire général à l'investissement, M. Louis Schweitzer, qui nous font l'honneur de partager avec nous les fruits de leurs expériences et de leurs réflexions.

44 Voir notamment M. Lordonnois, « L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron », *RFDA*, 2016, p. 94.

45 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.



Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? »

Les fondements des participations publiques sont de plus en plus divers (Constitution, lois ou décisions d'opportunité) ; elles sont le fait d'organismes multiples dotés chacun d'une doctrine propre (APE, BPI, fonds) et couvrant des périmètres dont la cohérence n'est pas toujours assurée. Les objectifs poursuivis sont eux-mêmes variés (recherche de rendement, soutien d'une activité privée, continuité d'un service public ou sécurisation d'un approvisionnement).

Les modalités mêmes de cet entreprenariat public évoluent : les niveaux des participations deviennent très variables, les participations minoritaires sont courantes et il n'est plus rare qu'elles se présentent comme transitoires, au point de prêter le flanc aux critiques d'opportunisme.

Les détenteurs de participation ont élaboré et rendu publiques des *doctrines* fixant des lignes directrices de leurs interventions destinées à renforcer la cohérence, la prévisibilité et la transparence de celles-ci, sans toutefois parvenir à dissiper toutes les incertitudes et interrogations à ce sujet.

Sommaire de la table ronde

Biographie des intervenants	19
Actes	21
Échanges avec la salle	41



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Jean Gaeremynck

Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État

Diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Voltaire », Jean Gaeremynck a débuté sa carrière au Conseil d'État en 1980. Il a occupé des fonctions à la section du contentieux, où il a notamment été commissaire du Gouvernement (rapporteur public) puis assesseur, mais aussi à la section sociale et au centre de documentation. Conseiller juridique du Président de la République du Sénégal de 1985 à 1989, il a également exercé des responsabilités au sein de l'administration française : directeur-adjoint puis directeur du cabinet du garde des Sceaux (1993-1995), directeur de la population et des migrations au sein du ministère de l'emploi, du travail et de la cohésion sociale (1997-2005), délégué général à l'emploi et à la formation professionnelle au ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi (2005 à 2008). Par ailleurs, il a été administrateur provisoire de l'Institut d'études politiques de Paris en 2012-2013. M. Gaeremynck est membre de l'Autorité de la statistique publique, président du conseil d'administration de l'Office français de protection des réfugiés et apatrides, et président du conseil d'administration de l'Agence nationale du contrôle du logement social. Il a été nommé président adjoint de la section des finances du Conseil d'État en 2011. Il est également membre de la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers (AMF).

Intervenants

Anémone Cartier-Bresson

Professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes

Anémone Cartier-Bresson est diplômée de Sciences Po et professeure agrégée des facultés de droit. Elle enseigne le droit public des affaires et le droit de l'Union européenne à l'université Paris Descartes depuis 2014. Elle a été doyenne de la faculté de droit de l'université du Littoral et consultante en droit européen à la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie de 2003 à 2006. Ses publications portent sur le droit public des affaires, en particulier sur le droit des aides d'État et sur l'actionnariat public. Elle est l'auteur d'une thèse sur « L'État actionnaire », publiée en 2010 aux éditions LGDJ.

Marc Schwartz

Conseiller maître à la 1^{ère} chambre de la Cour des comptes

Marc Schwartz est diplômé de Sciences Po, ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Michel de Montaigne », et titulaire d'un master de finance d'entreprise et d'un *Executive MBA*. Conseiller maître à la Cour des comptes, il enseigne l'économie des médias à l'École des affaires publiques de Sciences Po. Il a exercé des responsabilités dans l'administration (Cour des comptes, direction générale du Trésor, cabinet du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie), dans une entreprise publique (France Télévisions) et dans le secteur privé, comme consultant en stratégie et en organisation (responsable mondial du secteur public du cabinet Mazars).

Martin Vial

Commissaire aux participations de l'État

Martin Vial est diplômé de l'École supérieure des sciences économiques et commerciales (ESSEC) et de l'École nationale supérieure des postes et télécommunications (ENSPTT). Nommé administrateur des Postes, télégraphes et téléphones (PTT) en 1982 à la direction générale des Postes, il rejoint, en 1986, la direction du Trésor au ministère de l'économie et des finances. De 1988 à 1993, il est successivement conseiller technique, directeur-adjoint puis directeur des cabinets du ministre des postes et télécommunications et de l'espace, du ministre de l'équipement, du logement, des transports et de l'espace, et enfin du ministre des PTT. En 1993, Martin Vial est nommé président-directeur général de l'Aéropostale, compagnie aérienne filiale commune d'Air France, de La Poste et de TAT ; en 1996, il est élu président de la chambre syndicale du transport aérien et de la Fédération nationale de l'aviation marchande. Fin 1997, il devient directeur général du groupe La Poste, avec la création des trois branches d'activité : courrier, colis et express, et services bancaires et financiers. En décembre 2000, il est nommé président du groupe La Poste et parallèlement vice-président de la Caisse nationale de prévoyance (CNP). En septembre 2002, Martin Vial rejoint la Cour des comptes en qualité de conseiller-maître. De 2003 à 2014, il assure les responsabilités de directeur général du groupe *Europ assistance*, et administrateur-directeur général de *Europ Assistance Holding*. Il assure également la présidence de plusieurs conseils d'administration des sociétés du groupe. En janvier 2015, il fonde la société *Premium Care*, société d'assistance aux personnes âgées. Le 24 août 2015, il est nommé commissaire aux participations de l'État.



Actes – Des entreprises et participations publiques : « pour quoi faire ? »

Jean Gaeremynck

Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Cette première table ronde s'intitule « des entreprises et des participations publiques : pour quoi faire ? ». Cette question générale ouvre, en réalité, trois groupes de questions qui seront abordées par nos intervenants.

Chaque citoyen a une certaine idée de ce que sont les entreprises publiques. Cette représentation prend sa source dans une période de notre histoire récente, qui débute après la seconde guerre mondiale et qui prend fin dans les années 1980. Au cours de cette période, de grands opérateurs publics s'inscrivent dans le paysage national et assurent des services essentiels, notamment dans les transports et l'énergie, exerçant, par là, des effets structurants aussi bien en matière industrielle que sociale.

Ces grands opérateurs étaient alors considérés comme des services publics – un ancien Premier ministre a ainsi pu dire que les trains qui arrivent à l'heure, c'est cela, aussi, le service public. En tant qu'entreprises, ils étaient également des leviers de l'innovation technologique et de l'expérimentation, servant de vitrine au savoir-faire français et participant au rayonnement international du pays.

Mais, les effets conjugués de la fin des Trente Glorieuses, des difficultés économiques, de la construction européenne, et de l'avènement de la mondialisation, conduisent à brouiller, morceler et affaiblir cette représentation des entreprises publiques. On assiste alors à un retournement complet des valeurs : le caractère « public » des entreprises se mue de force en handicap, sur des plans aussi essentiels que la gouvernance, le financement, le social et le positionnement dans l'économie nationale.

- *La gouvernance de l'État* est désormais considérée, par nature, comme peu efficace, peu apte à dégager une vraie capacité stratégique, et culturellement éloignée du risque et même de l'innovation.

- *Le financement* : là où la solidité des finances de l'État était porteuse d'engagement puissant et à long terme, s'est substituée une fragilité structurelle qui met à l'épreuve leur capacité à faire face aux considérables recapitalisations qui s'imposent, dans les transports et l'énergie par exemple. De ce point de vue, le marché paraît beaucoup plus agile, réactif et efficace.

- *Le social* : de laboratoire du progrès social, les entreprises publiques ne sont-elles pas devenues des conservatoires d'acquis historiques, injustifiés au regard des

évolutions démographiques et sociales, et en décalage complet avec la situation des entreprises privées ?

- *Le positionnement*, puisque l'une des spécificités des entreprises publiques a longtemps été leur situation de monopole, assumé, revendiqué, et même naturel au regard des missions de service public qui leur étaient confiées. Or, les exigences européennes en matière de concurrence ont progressivement mises « hors la loi » ces situations de monopoles.

Ces questions sont volontairement schématiques, voire provocantes : elles n'ont pour finalité que d'introduire le débat, et ne demandent qu'à être nuancées, voire démenties, dans la mesure où elles ignorent peut-être que le secteur public est entré dans un autre monde. Dorénavant, l'État ne s'efforce-t-il pas, à la manière d'un fonds souverain, de gérer au mieux tout un ensemble de participations qu'il détient dans des entreprises les plus diverses ?

Ainsi, il semblerait que ce soit à travers cette gestion au jour le jour – moins connue du grand public – des entreprises publiques, et par la poursuite des intérêts financiers de l'État actionnaire, que s'exerce désormais l'influence de l'État sur l'économie toute entière.

Pour examiner ce sujet et l'approfondir, trois personnalités particulièrement éclairées livreront leurs analyses personnelles sur trois ensembles de questions.

Anémone Cartier-Bresson est professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes où elle enseigne le droit public des affaires et le droit de l'Union européenne. Ancienne doyenne de la faculté de droit de l'université du Littoral, elle a été consultante en droit de l'Union européenne à la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie. Elle est aussi l'auteur de nombreuses publications qui portent sur le droit public des affaires, les aides d'État et l'actionnariat public – ainsi que l'auteur d'une thèse « L'État actionnaire ».

Marc Schwartz, conseiller maître à la première chambre de la Cour des comptes, est riche de multiples expériences : celle de l'enseignant, celle du haut responsable au sein d'administrations et en cabinet ministériel, mais également celle du dirigeant de l'entreprise publique France Télévision et du consultant en stratégie et en organisation dans le secteur privé.

Martin Vial, commissaire aux participations de l'État, a également une expérience approfondie des secteurs public et privé : il a été membre de plusieurs cabinets ministériels et il a dirigé de grandes entreprises dans le secteur public et privé, comme lorsqu'il fut président-directeur général de l'Aéropostale ou encore président-directeur général du groupe La Poste. Il a également fondé sa société dans le domaine de l'assistance aux personnes âgées – ce qui témoigne de la diversité de ses centres d'intérêt.

Selon l'usage, nos trois intervenants approfondiront chacun une question principale, chacun étant également invité à réagir à l'exposé des deux autres. Je leur propose ainsi trois groupes de questions.



1 - Une interprétation de l'histoire : comment en est-on arrivé à la situation actuelle ? Quelles logiques ont été à l'œuvre ces dernières décennies ? Comment interpréter les vagues de nationalisation et de privatisation, et comment caractériser les dimensions politiques, juridiques et économiques de ces évolutions ? Comment mettre en relation ces évolutions avec le contexte : les changements affectant l'État lui-même, la montée en force du droit européen, etc. Mme Cartier-Bresson nous livrera ses analyses.

2 - A-t-on basculé aujourd'hui dans un autre monde avec l'avènement de l'État gestionnaire de participations ? Ce nouveau rôle de l'État est moins connu que celui de l'État industriel de naguère. Comment le caractériser au mieux ? Quels sont les objectifs principaux de l'État dans la gestion de ses participations : quelles sont les parts respectives des objectifs financiers (dominants aujourd'hui), et des objectifs économiques, industriels, voire sociaux (hérités de la tradition historique du secteur public) ? Comment l'État s'organise-t-il pour assurer au mieux la gestion de ses participations ? L'État gestionnaire d'actifs se distingue-t-il de l'État exerçant la tutelle ? M. Schwartz nous fera part de son expérience en la matière.

3 - Dans ce paysage renouvelé, comment exprimer la problématique du secteur public ? À travers les entreprises publiques héritées de l'histoire, l'État est-il toujours en mesure de faire face aux défis d'aujourd'hui, en matière de gouvernance, de financement, de gestion sociale ? Les virages nécessaires ont-ils été pris ? Ces entreprises étant situées dans le champ concurrentiel, peut-on dire que leur caractère public leur assure une spécificité qui continue de justifier leur existence dans le champ des services publics ? Que reste-t-il des ambitions initiales en ce qui concerne les effets d'entraînement économiques, voire industriels et sociaux ? L'affirmation des exigences de l'État actionnaire permet-elle aujourd'hui de faire coexister harmonieusement la gestion des entreprises publiques « traditionnelles » et celle des participations publiques ? M. Vial apportera son témoignage sur ces questions.

Anémone Cartier-Bresson

Professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes

Est-ce qu'une perspective historique peut nous éclairer sur la raison d'être des entreprises et des participations publiques ? De prime abord, l'on pourrait en douter car c'est une histoire bien tumultueuse si l'on observe l'évolution des finalités qui leur ont été assignées depuis l'entre-deux guerres.

C'est à ce moment qu'émerge la problématique des entreprises et des participations publiques dont les finalités n'ont pas cessé d'évoluer depuis. Dans les années 1920, on voit ainsi apparaître des offices industriels et commerciaux visant à externaliser certaines activités en régies, préfiguration des établissements publics industriels et commerciaux (EPIC).

C'est à ce moment aussi que sont votées les premières lois autorisant des personnes publiques, l'État ou les collectivités territoriales, à prendre des participations dans le capital de sociétés.

Cette évolution est plus tardive que chez nos voisins allemands, belges ou italiens, en raison de la réticence française à admettre que des personnes publiques puissent prendre des participations dans le capital de sociétés, et qu'elles détiennent des prérogatives de gestion en qualité qu'actionnaire. Ainsi, il a longtemps été préféré des procédés moins intrusifs pour orienter l'activité d'entreprises vers des finalités d'intérêt général, notamment par le biais de concessions, ou de régies pour la gestion des activités plus régaliennes. Néanmoins, l'évolution des idéologies et l'épreuve des faits ont permis de franchir le pas, afin de répondre aux situations pour lesquelles ni la concession, ni la régie, n'apportaient de réponses satisfaisantes.

À partir des années 1920, l'approche des entreprises et des participations publiques a connu des fluctuations très importantes, à tel point qu'il convient de se demander si leurs finalités ne sont pas fondamentalement instables. Cependant, au-delà de ces fluctuations, des tendances plus structurelles peuvent être dégagées.

La fluctuation des approches

Ces approches des entreprises et participations publiques ont fluctué en fonction du contexte économique, politique, juridique, etc. Schématiquement, trois temps forts de ces évolutions peuvent être identifiés.

Des années 1920 à la seconde guerre mondiale, l'utilisation des participations publiques est faite de façon très pragmatique. On ne raisonne alors pas en termes d'entreprises publiques, mais de participations majoritaires ou minoritaires. Celles-ci sont principalement conçues comme des remèdes ponctuels à certaines défaillances de l'initiative privée. Le législateur, d'abord plutôt réticent à cette idée, n'autorise que des participations minoritaires. Mais déjà, à cette époque, une tendance visant à compenser ce retrait par des aménagements du lien entre pouvoir et capital émerge, notamment par des actions à vote plural au profit de l'État.

Au départ, ces participations minoritaires ont surtout vocation à assurer la sécurité de l'approvisionnement en énergie, à l'image de la création de la Compagnie française des pétroles créée en 1923⁴⁶. Puis, conséquence directe de la crise de 1929, les participations servent principalement à renflouer des entreprises concessionnaires de service public en difficulté. Minoritaires dans un premier temps, les participations deviennent majoritaires sous le Front populaire, permettant par exemple la création de la SNCF le 1^{er} janvier 1938⁴⁷. La menace d'une guerre se profilant, l'État souhaite alors contrôler des industries stratégiques. C'est l'objet de

46 Par un télégramme envoyé au Président Wilson le 15 décembre 1917, Clemenceau écrit que « *si les Alliés ne veulent pas perdre la guerre, il faut que la France combattante, à l'heure du suprême choc germanique, possède l'essence aussi précieuse que le sang dans les batailles de demain* », pour réclamer aux Américains d'urgence cent mille tonnes de carburant pour alimenter la machine de guerre française. L'aide américaine sera au rendez-vous. Mais cette crise du ravitaillement de décembre 1917 fait prendre conscience aux responsables politiques français de la nouvelle importance géostratégique et économique du pétrole et de l'extrême dépendance et vulnérabilité du pays dans ce domaine (G. Vindt, *Les grandes dates de l'histoire économique et sociale de la France*, éd. Alternatives Économiques, hors-série poche n° 69, Paris, septembre 2014).

47 En application du décret-loi de 1937, la SNCF est officiellement créée le 1^{er} janvier 1938. L'État détient 51 % du capital de cette nouvelle société anonyme d'économie mixte, gérée de façon industrielle et assurant des obligations de service public.



la première loi de nationalisation en 1936 qui porte uniquement sur le matériel de guerre. L'usage qui en est fait est donc assez modéré, et les participations ne sont pas conçues comme des leviers de politique économique.

L'approche des participations publiques change radicalement après la guerre. On raisonne désormais en termes d'entreprises publiques, dans le contexte des nationalisations de l'après-guerre. C'est l'inventaire Schuman⁴⁸ qui fait apparaître l'expression « entreprise publique » à laquelle on assigne, désormais, des objectifs plus ambitieux : elles sont conçues, d'une part, comme un puissant levier de politique économique et, d'autre part, comme une alternative au modèle de gestion capitaliste.

- *un levier de politique économique*, ce qui passe par une extension considérable du secteur public. Tel est le cas à partir de 1945-1946, une première extension ayant lieu, par le biais de nationalisations, dans des secteurs stratégiques pour la reconstruction, exception faite de l'industrie, où seules des opérations de nationalisation-sanction étaient engagées. La tendance se poursuit durant les Trente Glorieuses. Puis, à partir de 1982, le secteur public s'ouvre très largement sur le secteur concurrentiel, faisant de l'État un acteur de premier plan, en particulier dans l'industrie et les services financiers. Au-delà des idéaux, on constate que les nationalisations ont également été l'occasion de réaliser de vastes restructurations dans des domaines morcelés, et d'opérer des investissements dans des secteurs dans lesquels la France avait accumulé du retard.

- *une alternative à la gestion capitaliste*, même si cette évolution reste plus difficile à expliquer car aucune alternative claire ne se dessine. En effet, en dépit d'un consensus sur l'idée d'éliminer les capitalistes de la gestion des entreprises nationalisées, il n'y a pas d'accord sur les modèles de gestion alternatifs. Il en résulte des formules ambiguës comme le tripartisme au sein des entreprises nationalisées. En tout état de cause, les nationalisations permettent d'amorcer des progrès sociaux et de concevoir les entreprises publiques comme une vitrine sociale. En 1982, même si cette dimension sociale est encore valorisée, elle est plus modérée mais s'étend à l'ensemble du secteur public grâce à la loi de démocratisation de 1983⁴⁹.

Le modèle de l'entreprise publique nationale s'est progressivement fissuré en raison des difficultés structurelles de financement d'un secteur public hypertrophié qui refusait de s'ouvrir directement aux capitaux privés. Cette vision clivante des rapports entre secteur public et secteur privé a pu s'observer également en 1986, avec les premières privatisations qui ont été assez massives⁵⁰.

48 Robert Schuman, alors ministre des finances, fit établir en 1946 un recensement des entreprises publiques (offices, SEM et entreprises nationalisées de 1946) dans l'inventaire de la situation financière.
49 La loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, dont le champ d'application était initialement très vaste, ne régit désormais que les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public, ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé.

50 Loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.



Par la suite, une vision plus instrumentale et stratégique des privatisations s'est imposée. Le débat s'est progressivement dépassionné, permettant une approche plus pragmatique des participations publiques. Depuis la fin des années 1990, on assiste à un véritable renouveau de l'optique des participations publiques. Cette réhabilitation offrant d'ailleurs des similitudes avec la situation de l'entre-deux guerres, favorable aux participations publiques, marquée par une utilisation beaucoup plus diversifiée des participations minoritaires et une volonté d'exercer un pouvoir maximum avec une participation minimum. Cette diversification s'observe aussi du côté des entreprises publiques locales, puisque pour les besoins du « *in house* »⁵¹ le législateur va desserrer le carcan qui entravait leur action⁵².

Du côté de l'État, cette optique renouvelée a pu aller de pair avec une vision très patrimoniale du rôle des entreprises à participation publique, et donc des ambitions interventionnistes revues à la baisse, se révélant peut-être un peu réductrice. C'était assez clair dans les textes qui ont institué l'Agence des participations de l'État (APE)⁵³ et les premiers rapports de l'APE⁵⁴.

Puis, la crise et d'autres facteurs, ont permis à l'État d'assumer à nouveau la dimension interventionniste de l'actionnariat public. Aujourd'hui, l'État s'affirme comme un actionnaire de long terme qui doit défendre des intérêts stratégiques. Néanmoins, il convient de se demander si la volonté d'être un actionnaire de long terme est conciliable avec toutes ces fluctuations dans les approches de l'actionnariat public ?

Ces fluctuations peuvent sans doute être relativisées par certaines tendances structurelles qui portent notamment sur les finalités de l'actionnariat public.

Les tendances structurelles

- On peut constater une *continuité dans la poursuite de certains objectifs* assignés aux entreprises publiques et à participation publique. C'est notamment le cas dans les secteurs tels que l'industrie de l'armement ou le transport ferroviaire, qui connaissent une permanence des entreprises publiques. À côté de ces objectifs continus, il existe également des objectifs plus récurrents, comme en matière de politique industrielle ou de protection de la souveraineté économique.

- Depuis les années 1990, *une profonde mutation s'opère dans la manière dont les actionnaires publics définissent et envisagent leurs finalités*. Cette évolution est d'autant plus importante qu'elle a lieu dans un environnement de plus en plus contraignant pour les entreprises et actionnaires publics. En effet, pendant

51 Il s'agit de contrats conclus entre entités appartenant au secteur public qui sont exclus du champ d'application du droit de la commande publique. V. notamment CJUE, aff. C-553/15, 8 décembre 2016, *Undis Servizi Srl c. Comune di Sulmona en présence de Cogesa SpA*.

52 V. la loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement, qui permet aux sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) créées à titre expérimental de pouvoir bénéficier du « *in house* ». V. également la circulaire n° COT/B/11/08052/C du 29 avril 2011 de la direction générale des collectivités locales qui présente les dispositions applicables aux SPLA et aux SPL (loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, et loi n° 2010-559 du 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales).

53 Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État (APE).

54 APE, « L'État actionnaire », éd. ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, Paris, 2004.



longtemps, la définition des finalités n'était pas un enjeu à part entière : les personnes publiques avaient conscience, de manière plus ou moins précise, de la raison les poussant à s'intéresser à une entreprise, mais le choix du recours à l'actionnariat plutôt qu'à d'autres procédés n'était pas clairement défini. Ce flou a contribué à une difficulté récurrente, celle de concilier l'intérêt général avec l'intérêt de ces entreprises publiques ou à participation publique qui, souvent, ont été malmenées par les actionnaires publics.

- La situation a évolué car la *définition des finalités est devenue un enjeu à part entière*, et, aujourd'hui, les acteurs publics se doivent de les expliciter. Le droit de l'Union européenne fait partie des facteurs d'évolution ayant favorisé cette tendance, notamment au travers du droit des aides d'État. En effet, ce dernier a poussé l'actionnaire public à prendre davantage en compte des considérations de rentabilité, en particulier s'il veut utiliser le critère de l'investisseur privé en économie de marché. De même, lorsqu'il souhaite aider à la recapitalisation des entreprises, l'actionnaire public a tout intérêt à faire appel à des co-investisseurs privés, le conduisant ainsi à adopter une approche moins unilatérale de ses finalités. En outre, les libertés de circulation vont avoir, elles aussi, un impact sur l'approche des finalités : si les personnes publiques veulent dissocier le lien entre pouvoir et capital, elles devront le faire au regard de justifications strictement encadrées.

- Par ailleurs, des facteurs internes conduisent à ce que *la définition des finalités soit devenue un véritable enjeu pour l'État actionnaire*, à la fois en termes de légitimité et d'efficacité. À ce titre, la crise du Crédit Lyonnais a été un véritable tournant. Plus récemment, on a assisté à une évolution tout à fait révélatrice avec la formulation d'une véritable doctrine de gestion des participations publiques dans les lignes directrices de l'État actionnaire. Certes, cette doctrine peut sembler justifier la cession de participations pour n'en conserver que le strict minimum. Néanmoins, elle témoigne aussi d'un mouvement plus global d'explicitation des finalités des actionnaires publics. Ce faisant, elle fait écho aux lignes directrices de l'OCDE refondues en 2015⁵⁵ et selon lesquelles l'État doit définir une stratégie actionnariale, préciser les objectifs de politiques publiques assignés à chaque entreprise, et réactualiser périodiquement ceux-ci.

Pour terminer sur une note plus optimiste, il convient de noter que ces changements en cours dans la formulation des finalités pourraient ouvrir de nouvelles perspectives, comme celle d'une meilleure articulation et d'un traitement plus pertinent des conflits d'objectifs ; ce qui reste, aujourd'hui encore, un enjeu majeur pour les actionnaires publics.

Jean Gaeremynck

Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État
modérateur de la table ronde

Je laisse à nos deux autres intervenants la possibilité de réagir à cette intervention.

⁵⁵ OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, éd. OECD Publishing, Paris, 2015.

Je partage cette fresque synthétique et brillante de l'évolution de l'approche des entreprises publiques et à participation publique.

Si l'on élargit cette vision à l'international, l'on observe un certain parallélisme dans ces évolutions. Le rapport de la Banque mondiale, « *Bureaucrats in business* »⁵⁶, paru en 1995, présente une vision apocalyptique des « *fonctionnaires égarés dans le monde des affaires* » qui laisse à penser, en forçant certes le trait, que les entreprises publiques, par nature, perdent de l'argent, grèvent le budget de l'État, sont dirigées par des personnes corrompues, et que les hommes politiques qui les utilisent ne servent que leurs propres intérêts. La tonalité de la littérature économique de l'époque est semblable.

Vingt ans après, le changement est assez saisissant. Un article, publié par la Harvard Business School, « *Leviathan in business* »⁵⁷, est porteur d'une approche radicalement différente, qui reconnaît l'existence d'un capitalisme d'État au XXI^{ème} siècle, présent dans le monde entier, dans des pays développés comme émergents – à titre d'exemple, force est de reconnaître le poids essentiel du secteur public en Chine. Ce capitalisme d'État s'est diversifié et a permis le développement simultané de participations publiques majoritaires et de participations minoritaires, lesquelles sont devenues un élément essentiel de détention d'actifs publics.

Dès lors, l'attention s'est déplacée vers d'autres sujets : la finalité, les motifs – Martin Vial y reviendra –, mais également la gouvernance. Dès lors que l'on reconnaît une légitimité pour l'État d'intervenir dans la vie économique par la détention d'actifs majoritaires ou minoritaires, la gouvernance devient une question majeure. De ce point de vue, les lignes directrices de l'OCDE, déjà évoquées, paraissent essentielles, précisant : « *Les pouvoirs publics doivent accorder aux entreprises publiques une complète autonomie sur le plan opérationnel pour atteindre les objectifs qui leur ont été assignés, notamment en s'abstenant d'intervenir dans la conduite de leurs affaires* »⁵⁸.

Sur cette base, on ne peut pas imaginer qu'en France un ministre des transports intervienne dans des négociations sociales un peu sensibles concernant, par exemple, un grand opérateur ferroviaire. Cette intervention serait également contraire à la jurisprudence du Conseil d'État. Comme l'a rappelé le vice-président du Conseil d'État en introduction à ce colloque, il existe une différence entre les sociétés anonymes et les établissements publics. Dès l'instant où l'on se trouve dans un régime de droit des sociétés, il y a obligatoirement un conseil d'administration doté de compétences conférées par la loi. Dans le cadre d'un établissement public, on peut néanmoins avoir le sentiment que la situation est différente, car

56 M. Shirley, *Bureaucrats in business : the economics and politics of government ownership*, coll. World Bank Policy Research Report, éd. OUP, Oxford, 1996.

57 A. Musacchio, S. G. Lazzarini, *Leviathan in Business : Varieties of State Capitalism and Their Implications for Economic Performance*, Harvard Business School Working Paper n° 12-101, 30 mai 2012 ; disponible sur Internet : <https://ssrn.com/abstract=2070942>

58 OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, précité, p. 19.



l'établissement étant placé sous la tutelle de l'État, on peut imaginer que celui-ci peut mener certaines actions impraticables au sein d'une société anonyme (S.A.). Néanmoins, la jurisprudence du Conseil d'État rappelle clairement le principe selon lequel « *si les dispositions précitées du quatrième alinéa de l'article 22 de la loi du 31 décembre 1970 modifiée⁵⁹ donnent au représentant de l'État, en se fondant sur les motifs énoncés audit alinéa, le pouvoir de diminuer les prévisions de dépenses, y compris en ce qui concerne les autorisations de dépenses de la section d'exploitation du budget relatives aux charges de personnels, elles ne permettent pas à l'autorité de tutelle de s'immiscer dans la gestion de l'établissement* »⁶⁰.

Il est indéniable que le regard sur les entreprises publiques et à participation publique a évolué. L'on est actuellement sur une forme de légitimation de l'intervention de la puissance publique en fonds propres dans l'économie. Celle-ci peut être opérée de différentes manières, mais elle doit respecter un certain nombre de contraintes, de conditions, relatives au respect des organes de gouvernance de ses participations.

Martin Vial

Commissaire aux participations de l'État

Je suis très honoré de participer à ce colloque et réagirai, pour ma part, au panorama brillant de Mme Cartier Bresson sur l'histoire de l'intervention de l'État actionnaire dans la vie économique, en livrant une vision très « schumpétérienne » du rôle de l'État et, plus largement, du service public. Il y a une alternance perpétuelle entre des phases de décrues du rôle de l'État et des moments de recréation ou de rénovation. Ce que vous avez décrit, dans une perspective historique et au regard des évolutions internationales, plaide pour cette vision. Car nous n'observons pas de *continuum*, et je suis convaincu que l'État verra son rôle, en tant qu'actionnaire, évoluer.

Au plan international, l'on s'aperçoit que, si dans les pays européens et d'Amérique du Nord, l'État s'est largement retiré de l'intervention économique en tant qu'actionnaire, la puissance des fonds souverains, dorénavant portée par les pays en développement, est sans aucun rapport avec celle des États actionnaires précédents. La taille de ces fonds souverains – singapourien, moyen-oriental ou chinois –, leur rôle en tant qu'actionnaire, et leur intervention en fonds propres dans l'économie sont considérables. Ainsi, l'évolution schumpétérienne, c'est-à-dire les effets de flux et de reflux de la puissance publique dans l'économie, est indéniable. Mon pronostic est que ce phénomène ne va pas s'arrêter de sitôt.

59 Il s'agit de la loi n° 70-1318 du 31 décembre 1970 portant réforme hospitalière.

60 CE, 4 mai 1988, *Ministre des affaires sociales et de l'emploi c. centre hospitalier de Lannion*, n° 84551.

Jean Gaeremynck

*Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Dans la continuité des propos que vous venez tous trois de tenir, le nouveau rôle de l'État gestionnaire de participations, même s'il renoue avec un historique ancien, est cependant moins connu, moins lisible, que celui de l'État stratège, industriel influençant très visiblement et fortement la politique économique, notamment industrielle.

Dès lors, comment caractériser ce nouveau rôle de l'État, quels sont ses objectifs ? Comment intervient-il dans le domaine financier ? Comment l'État s'organise-t-il pour gérer au mieux ses participations ? Comment l'État, gestionnaire d'actifs, articule-t-il son rôle avec celui de l'État tutelle ?

Et enfin, quel sens donner à l'essor des participations minoritaires ?

Martin Vial

Commissaire aux participations de l'État

Ce colloque, d'une grande importance, aurait pu être appelé : « Est-ce que ceux qui sont à la tête des entreprises publiques et à participation publique sont recrutés sur un critère de masochisme extrême ? ». Car, à la lecture de la presse et à l'écoute des interrogations portant sur le secteur public, on peut aisément penser qu'il faut sans doute beaucoup d'inconscience – ou de capacité d'auto-flagellation – pour y occuper des fonctions.

Aujourd'hui, le rôle de l'État actionnaire est en effet sans cesse mis en cause. Dans le même temps, l'État s'immisce dans la gestion des entreprises, ce qui est perçu par certains comme critiquable. Je me permettrais néanmoins de plaider pour le rôle de l'État actionnaire et de vous présenter trois convictions :

- d'une part, la création de l'APE et d'autres entités qui interviennent en fonds propres représente un progrès considérable. La dynamique à l'œuvre depuis dix ans a permis de clarifier les interventions de l'État : celles de l'État actionnaire ayant une fonction patrimoniale, et celles de l'État régulateur, tuteur, collecteur d'impôt, client, etc. ;
- d'autre part, notre rôle doit être celui d'un actionnaire décomplexé, responsable et exemplaire ;
- enfin, j'estime que l'État actionnaire doit passer d'une conception « d'État propriétaire », à une conception « d'État partenaire ». Cette évolution change le rôle et les missions que nous pouvons exercer en tant qu'intervenants dans les entreprises et, plus généralement, dans l'économie nationale.

Une clarification des interventions de l'État

Depuis la création de l'APE en 2004⁶¹, le rôle de l'État actionnaire a été clarifié. Par cette *première étape*, le législateur a clairement exprimé sa volonté de distinguer le rôle de l'État actionnaire de ses autres fonctions.

En 2010, une *deuxième étape* consiste à rendre l'APE autonome vis-à-vis de la direction générale du Trésor, direction ayant une influence majeure dans la conduite des politiques sectorielles. En effet, au sein de la direction générale du Trésor, l'autonomie de décision de l'Agence, en tant que gestionnaire du patrimoine des entreprises publiques ou des participations publiques, était insuffisante. À partir de 2010, l'APE rend compte directement au ministère de l'économie et de l'industrie, ce qui renforce son autonomie et son influence, non seulement au sein du ministère de l'économie et des finances, mais également au niveau interministériel. Dès lors, son poids va aller croissant dans le fonctionnement et dans les choix des pouvoirs publics relatifs aux interventions publiques.

La *troisième étape* est franchie en 2014, avec la définition de la doctrine d'investissement de l'État actionnaire validée par le Gouvernement en conseil des ministres⁶², et qui comporte quatre lignes directrices relatives aux justifications de l'investissement public :

- i) en matière de souveraineté, comme la défense ou le nucléaire ;
- ii) en direction des entreprises publiques et des anciens services publics ayant un rôle majeur dans l'économie nationale ;
- iii) en vue d'accompagner les entreprises dans leur consolidation et leur développement à l'international ; et
- iv) pour renforcer la capacité d'intervention de l'État contre des risques systémiques (comme ce fut le cas avec Dexia afin d'éviter une nouvelle crise économique, bancaire et financière majeure).

La *quatrième étape* est la ratification de l'ordonnance relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique au cours de l'été 2014⁶³. Cette ordonnance a davantage clarifié les modalités de gouvernance de l'État dans les entreprises publiques. Cela s'illustre notamment dans la désignation et dans la qualification de ses représentants dans les conseils d'administration, mais également dans les règles en matière d'opérations de cession.

Ce corpus d'évolutions fait, aujourd'hui, de l'État un actionnaire disposant de leviers plus puissants pour une intervention clarifiée au regard des différents rôles qu'il exerce. Par exemple, dans les conseils d'administrations, les ministères de tutelle ne sont désormais plus membres-administrateurs, mais peuvent être désignés commissaires du Gouvernement. Cela met formellement fin à la confusion des rôles au sein de la gouvernance des entreprises publiques.

61 Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État.

62 L'intervention de l'État se fera directement par l'Agence des participations de l'État, et indirectement par la Banque publique d'investissement dont la doctrine est complémentaire.

63 Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.



L'État comme actionnaire décomplexé, responsable et exemplaire

Cette perspective pour l'État renvoie à la question de ses performances en matière d'intervention publique. Actuellement, le portefeuille de l'APE contient soixante dix-sept entreprises, dont treize sociétés cotées. Afin de mesurer la performance, un taux de retour sur investissement est calculé en fonction de l'évolution de la valeur de l'entreprise et des dividendes versés à l'actionnaire. Lorsque l'on regarde ce taux de retour, secteur de l'énergie mis à part, il se situe deux fois et demie au dessus de la performance du CAC 40⁶⁴. De plus, les trois sociétés du CAC qui ont réalisé les meilleures performances de l'année dernière sont toutes dans le portefeuille de l'APE. Parallèlement, nous avons des entreprises qui traversent une crise majeure, en particulier dans le domaine de l'énergie, comme c'est le cas pour Areva, mais aussi pour beaucoup des entreprises de ce secteur dans le monde. Je rappelle à ce titre que la performance de l'État ne se limite pas à l'évaluation de la performance boursière, mais aussi à sa capacité d'accompagner le développement industriel des entreprises.

L'État doit aussi être décomplexé. Ce n'est pas parce qu'il n'est qu'un actionnaire minoritaire dans une entreprise que l'on ne doit pas lui reconnaître tous les droits qui en découlent. Si l'on se réfère au secteur privé, le premier actionnaire, même minoritaire, est celui qui guide la stratégie sur le long terme et qui fait entendre sa voix. C'est le sens de ce qui a été fait en 2015, lors de l'intervention dans le capital de Renault et d'Air-France-KLM, avec la mise en œuvre des droits de vote double⁶⁵ pour que le poids de l'actionnaire stratégique, l'État, soit reconnu, et que le conseil d'administration ne prenne pas de décisions radicalement contraires à son intérêt.

Décomplexé, mais aussi responsable car nous devons nous fonder dans le fonctionnement de la gouvernance lorsque l'État est minoritaire – et même quand il est majoritaire –, et respecter pleinement les autres actionnaires. Il faut respecter les règles du code de commerce et les règles de gouvernance. C'est un changement culturel qui doit s'opérer pour l'État régalien, et il est déjà en cours. En effet, si l'État véhicule l'idée de puissance, il ne peut néanmoins pas imposer toutes ses vues et ses règles propres : l'État responsable est celui qui respecte le droit, et se fonde dans un corpus réglementaire et de gouvernance.

Exemplaire, car l'État n'est pas un actionnaire banal. Il a un devoir d'exemplarité dans le domaine fiscal, dans le domaine de l'éthique, et dans le domaine de la responsabilité sociale et sociétale. Sur le long terme, j'estime que la création de richesse doit également s'accompagner d'une empreinte sociale et sociétale positive. Les entreprises les plus performantes sont précisément celles qui sont le mieux intégrées dans leur environnement et qui ont abandonné l'idée de délaissier les externalités négatives autour d'elles.

64 Le CAC 40 (cotation assistée en continu) est le principal indice boursier de la Bourse de Paris. Il se compose de quarante valeurs parmi les cent premières capitalisations françaises.

65 La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite loi « Florange », a entraîné une refonte de l'article L. 225-123 du code de commerce relatif aux actions de préférence qui confèrent à leurs titulaires des droits de vote double. Cette réforme a été adoptée afin de surmonter l'hostilité de certains investisseurs qui empêchaient l'adoption statutaire du principe des droits de vote double au profit des actionnaires « historiques », et de permettre à l'État de renforcer son influence dans les sociétés dans lesquelles il détient une participation.



Le passage d'un État propriétaire à un « État partenaire »

La réalité est néanmoins plus complexe : une projection historique permet de constater une attrition du poids de l'État actionnaire en comparaison à la situation de 1982, même si, comme l'a souligné le vice-président Sauvé, cette tendance est moins visible depuis une dizaine d'année. Elle existe néanmoins : elle est liée à la vague de déréglementation venue des États-Unis dans les années 1980, et à la crise récente des finances publiques. Désormais, tout euro investi par la puissance publique doit avoir une justification de priorité. Cependant, ce n'est pas parce que nous sommes dans une phase d'attrition que le rôle de l'État actionnaire ne va pas se poursuivre.

Ma conviction est la suivante : à l'exception du domaine de la souveraineté (défense, nucléaire, opérations de sauvetage), nous allons passer d'un État propriétaire et dominant, vers un État partenaire. Cela a déjà commencé. La création du Commissariat général à l'investissement (CGI), ainsi que la création de la Banque publique d'investissement (BPI) participent à cette tendance. Dorénavant, l'État intervient en tant qu'amorceur, et donc partenaire, pour aider, accompagner, des entreprises et des secteurs innovants, et agir – même s'il est minoritaire – aux côtés d'autres investisseurs. Lorsque, par exemple, l'État fait en sorte que les centres de décision ou de recherche restent en France et en Europe, cela s'inscrit dans son rôle de partenaire et d'accompagnateur de la compétitivité et de l'attractivité de l'économie nationale.

C'est tout le défi de l'évolution que nous aurons à vivre dans les prochaines années. L'APE, le CGI, la BPI, la Caisse des dépôts et consignations (CDC) participent à ce rôle de partenaire en faveur de la compétitivité.

Jean Gaeremynck

Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Je propose à nos intervenants de réagir à cette intervention substantielle.

Anémone Cartier-Bresson

Professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes

Suite aux réformes de la gouvernance menées en 2014⁶⁶, les ministères de tutelle ne participent plus aux conseils d'administration des entreprises visées par ces réformes. Quels sont dorénavant leurs moyens d'influer sur la formulation des objectifs de politique publique ? Quels sont les circuits d'arbitrages efficaces au sein de l'État ? Le projet de création d'un « comité stratégique de l'État actionnaire » est-il toujours d'actualité ?

⁶⁶ V. notamment l'ordonnance relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, précitée.

Martin Vial

Commissaire aux participations de l'État

Les ministères de tutelle sont autour de la table en tant que commissaires du Gouvernement, et interviennent à ce titre. Dans le secteur de l'énergie, par exemple, le ministère de l'énergie et de l'environnement intervient sur beaucoup de sujets en raison de son pouvoir de régulation car, malgré la présence du régulateur, c'est-à-dire de La Commission de régulation de l'énergie (CRE), il maintient un pouvoir d'intervention sur les entreprises du secteur. Dans la construction de la décision publique, il y a des décisions qui relèvent exclusivement du ministère de l'environnement, et des décisions dans lesquelles l'État actionnaire et le ministère de tutelle interagissent. C'est la raison pour laquelle, avant tous les conseils d'administration, nous nous concertons avec le ministère de l'environnement, notamment avec la Direction générale de l'énergie et du climat (DGEC), sur des sujets qui concernent par exemple le patrimoine de l'entreprise. En revanche, lorsqu'il s'agit de débats sur la programmation pluriannuelle de l'énergie qui pèseront sur l'entreprise EDF, nous sommes bien dans un cadre de débats interministériels classiques.

Jean Gaeremynck

Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Par-delà l'image positive que vous nous présentez, on perçoit néanmoins la pesanteur du processus interministériel et des arbitrages. Dans la réalité, quand il y a un ou une ministre puissant(e) à la tête d'un ministère sectoriel qui veut peser, comment le rapport de force s'établit-il ?

Martin Vial

Commissaire aux participations de l'État

Prenons l'exemple des décisions relatives à l'évolution du parc nucléaire : les premières considérations sont celles que le législateur a définies, c'est-à-dire l'arsenal juridique applicable en la matière, en l'occurrence la loi de transition énergétique de 2015⁶⁷. Le rôle de l'APE, de l'État actionnaire, est de mesurer l'impact de ces décisions sur le patrimoine et donc, sur la valeur de l'entreprise. Les arbitrages ont ensuite lieu au plus haut niveau de l'État et prennent en compte à la fois les enjeux de politiques publiques conduites en matière environnementale, de production ou de sécurité énergétique, et l'impact sur le patrimoine de l'État.

Marc Schwartz

Conseiller maître à la 1^e chambre de la Cour des comptes

Sur la question de la gouvernance, des textes ont été mis en place par l'Agence des participations de l'État (APE) ces dernières années, de manière très professionnelle.

67 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.



C'est ici l'occasion de distinguer l'APE et l'État actionnaire. L'APE est l'incarnation de l'État actionnaire, mais les décisions essentielles de l'État actionnaire ne sont pas toutes prises au sein de l'APE – ce qui se conçoit parfaitement dans un État démocratique où le politique joue tout son rôle. Dès lors, même si l'APE reste le bras armé de l'État actionnaire, et constitue un outil qui fonctionne bien et dont le professionnalisme est reconnu, il n'en existe pas moins des dysfonctionnements au niveau de l'État actionnaire. Ceux-ci sont issus, nous l'avons déjà évoqué, de la difficulté pour l'État, dans son ensemble, à articuler ses différents rôles : État actionnaire, politique publique, régulateur.

Par ailleurs, il existe toute une gradation de situations qui empêche d'apporter une réponse univoque pour l'ensemble du secteur public. Il existe, en effet, des secteurs dans lesquels la situation économique est plutôt favorable – comme le secteur de la défense –, sans doute grâce à la bonne articulation des différents rôles de l'État et à ses achats de plus de dix milliards d'euros par an. Quand on a de tels leviers sur les entreprises, il y a sans doute moins besoin d'influence en tant qu'actionnaire. Mais il en existe également d'autres où la situation est plus délicate, et dans lesquels les différents rôles de l'État sont mal articulés – comme dans les secteurs de l'énergie, de l'audiovisuel public, ou des transports dans lequel l'État souhaite à la fois que la SNCF ouvre des lignes à grandes vitesses et achète des rames Alstom tout en diminuant sa dette et en préservant la paix sociale. Les conflits d'objectifs sont ici évidents.

Sur la question de la performance, on notera que les entreprises compétitives précédemment citées, dans la défense ou l'automobile, sont détenues en minorité par l'État. Celles détenues à majorité par l'État connaissent des résultats moins bons. En conclusion pour autant que, dès l'instant où l'État est majoritaire, la situation est moins bien gérée, constitue un pas que je ne franchirai pas...

Sur la question de l'État stratège, cette notion d'actualité est cependant très ambiguë et soulève deux interrogations.

Tout d'abord, l'État, quand il est actionnaire, a-t-il une vision du long terme, c'est-à-dire est-il là pour durer, comme un « *partenaire patient* » ? Avec cette expression, utilisée par BPI France⁶⁸, on se rapproche d'une démarche d'actionnariat familial. En effet, une des raisons pour lesquelles l'État et les actionnaires publics sont très présents dans le capital des entreprises est peut-être qu'il manque en France un actionnariat familial industriel puissant et structuré, tel qu'il peut exister en Allemagne par exemple. De même, en France, le financement du régime des retraites se fait par répartition et non par capitalisation : nous n'avons pas de gros actionnaires institutionnels pour y subvenir. La puissance publique endosse donc, un peu par défaut, le rôle de l'actionnaire patient.

L'autre dimension, plus critique, met l'accent sur le fait qu'un État stratège doit prendre des décisions défendant l'intérêt à long terme des entreprises. Or, il arrive que la décision étatique soit dictée par des intérêts de très court terme, de nature politique ou pour préserver des équilibres sociaux dont il se considère le garant.

68 Voir le site Internet : <http://www.gouvernement.fr/du-concret-pour-vous-bpifrance> (contenu publié sous le gouvernement « Valls 2 » : 26 août 2014 - 10 février 2016).



Cette approche peut s'avérer bloquante pour un certain nombre d'évolutions. Ainsi, l'État se vit comme stratège alors qu'en réalité, il prend des décisions au regard de considérations de court terme.

Jean Gaeremynck

*Président adjoint de la section des finances du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup de ces témoignages. En dernier temps de cette table ronde, après ce tableau historique intéressant et les précisions apportées sur les modalités de gestion par l'État de ses participations dans des entreprises très diverses, il nous faut revenir sur la problématique fondamentale des entreprises publiques.

Nous pourrions développer les questions de financement dans les entreprises où la participation de l'État est très largement majoritaire et dans lesquelles les besoins de financement sont colossaux.

Par ailleurs, jusqu'où va l'exemplarité ? Le maintien des acquis historiques ne se heurte-t-il pas aux réalités économiques, techniques, démographiques, et aux nouvelles formes du travail ? Quelle capacité d'évolution pour le pays et pour ses entreprises ? Enfin, que reste-t-il des ambitions initiales d'entraînement de l'économie dans son ensemble ?

Marc Schwartz

Conseiller maître à la 1^e chambre de la Cour des comptes

Les réponses à ces questions ne sont pas simples. Que recouvre le terme de « *participation publique dans les entreprises* » ? En valeur d'actif, cela représente cent milliards d'euros en additionnant les participations de l'APE, de la Caisse des dépôts et consignations (CDC), et de BPI France, nouvel acteur qui marque le renouvellement des modalités d'intervention de l'État dans l'économie avec un actionnaire plus agile, plus mobile et plus offensif dans un certain nombre de domaines.

Le service public, pour quoi faire ? D'un point de vue financier, on peut se demander pourquoi l'État immobilise à son bilan cent milliards d'euros et quels sont ses objectifs. Pourquoi ne pas investir cette somme dans d'autres domaines ? Pourquoi, par exemple, ne pas utiliser ces milliards à réduire la dette publique – sachant toutefois qu'elle s'élève à... deux mille milliards d'euros, et qu'en outre, malgré des taux d'intérêt bas, la charge des intérêts de la dette s'élève à quarante-cinq milliards d'euros par an, soit un montant proche du budget alloué à l'Éducation nationale. Plus globalement, cela nous renvoie à la question fondamentale que vous avez posé M. le président : le service public, pour quoi faire ?

La situation est claire quand les missions de service public sont définies par la loi, comme pour l'audiovisuel public. Mais cette lisibilité ne vaut pas dans tous les domaines.



Reprenons l'exemple de la défense : protéger les intérêts essentiels de la nation est un motif clair et peu contestable, et cette justification de détention d'entreprises publiques n'est d'ailleurs contestée par personne. Ainsi, l'État est actionnaire d'Airbus, Safran, Thalès, tous les trois acteurs stratégiques de la force de frappe française et qu'il convient donc, à ce titre, de protéger d'un potentiel rachat d'investisseurs étrangers. En revanche, les avions « Rafales » sont construits par Dassault, entreprise dont l'État n'est pas actionnaire⁶⁹. De même pour MBDA missile systems, qui construit les missiles placés sous les rafales qui portent la force nucléaire, dont l'État n'est actionnaire que de manière très indirecte, à hauteur de 3 %, ce qui pose la question des modalités d'intervention et du rôle de l'État.

Par contraste, l'État américain n'est actionnaire d'aucune entreprise dans le domaine de la défense, mais il dispose d'un « arsenal » juridique qui est d'une protection absolue. En particulier, l'amendement Exon-Florio⁷⁰ permet au président des États-Unis d'interdire tout achat d'une entreprise américaine par des sociétés étrangères, à partir du moment où elle est définie comme stratégique. Le président des États-Unis peut également conditionner l'achat de l'entreprise sous réserve qu'il en nomme le dirigeant.

Ainsi, il devient apparent que nous commençons à atteindre les limites de la justification : ce que l'on fait en France en tant qu'État actionnaire, en immobilisant du capital public, pourrait être fait de façon efficace en mobilisant d'autres outils. Cette critique n'est pas absolue : l'outil d'influence essentiel du ministère de la défense est l'actionnariat, mais réside aussi dans sa capacité d'acheteur, ainsi que dans sa capacité de financement des études en amont qui orientent l'industrie dans son développement.

Comment articuler harmonieusement les différents rôles de l'État sans nuire aux entreprises détenues par celui-ci ?

Nous arrivons là au cœur du débat soulevé dès l'introduction, à savoir la multiplicité des rôles de l'État : l'État est à la fois actionnaire, porteur de politique publique et de politique budgétaire, acheteur, et régulateur *via* les autorités administratives indépendantes (AAI). Aussi, si l'on travaille sur cette notion d'État actionnaire, le point central est de comprendre comment articuler harmonieusement les différents rôles de l'État sans nuire aux entreprises détenues par l'État.

En France, pays de la rationalité administrative et étatique, l'on pense pouvoir articuler cette multiplicité des rôles de manière rationnelle avec des outils d'intervention différents pour chacun des rôles. La réalité est plus pessimiste dans la mesure où l'on utilise ces différents outils de manière redondante. Dans le domaine des plateformes aéroportuaires, par exemple, l'État est actionnaire majoritaire d'ADP (comme le prévoit la loi de 2005⁷¹), actionnaire minoritaire

69 Il a cependant acquis, le 21 juin 2013, une action de Dassault Aviation pour peser plus directement sur les décisions stratégiques de l'avionneur et protéger ainsi l'actif essentiel qui est la fabrication des Rafales.

70 L'« Exon-Florio National Security Test for Foreign » est un amendement américain au *Defense Production Act* de 1950 (Section 721) adopté en 1988, et visant à bloquer l'acquisition éventuelle d'une entreprise stratégique par des intérêts étrangers.

71 Loi n° 2005-357 du 20 avril 2005 relative aux aéroports.



d’Air France – premier client d’ADP –, ainsi qu’actionnaire minoritaire d’Airbus – l’un des principaux fournisseurs de toutes les compagnies aériennes. L’État fixe également le cahier des charges du service public aéroportuaire (il y a un service public aéroportuaire qui s’incarne dans des monopoles locaux), et décide de l’utilisation du patrimoine foncier d’ADP selon la loi de 2005 et selon le code des transports⁷². En effet, dès lors que l’on a transféré le domaine public à une entreprise qui n’est pas l’État, l’utilisation du foncier de cette entreprise est contrôlée. Enfin, l’État fixe le montant des redevances aéroportuaires – que doivent payer Air France et ADP. Ainsi, tous les outils d’intervention de la puissance publique sont utilisés simultanément en raison d’un biais réglementaire qui incite à cette confusion.

L’utilisation simultanée de ces outils risque de nous confronter à des conflits d’objectifs. Dans le cas de l’audiovisuel public, l’État est actionnaire à 100 % des sociétés nationales de programmes. La loi de 1986⁷³ précise que « *L’État détient directement la totalité du capital des sociétés France Télévisions et Radio France et de la société en charge de l’audiovisuel extérieur de la France. Ces sociétés sont soumises à la législation sur les sociétés anonymes, sauf dispositions contraires de la loi. Leurs statuts sont approuvés par décret* ». Dès lors, l’État étant l’actionnaire unique de ces sociétés, il est seul au conseil d’administration. Dans une société soumise au droit des sociétés anonymes, c’est l’assemblée générale des actionnaires qui fixe les statuts. Or, ici, c’est un décret qui détermine les statuts. Quels risques cherche-t-on à couvrir par cette mesure supplémentaire, alors que l’État est le seul décisionnaire à l’assemblée générale ? Il pourrait s’agir du risque – minime – de désobéissance du directeur général de l’APE.

En conclusion, l’État est très présent dans l’économie *via* ses participations publiques. En outre, un biais colbertiste nous amène à penser qu’il faut être actionnaire pour peser sur l’entreprise. Or, cet attachement presque fétichiste à un seuil de détention du capital conduit à se priver d’une mobilisation plus souple de différents instruments. Il convient néanmoins de relever que dans certains secteurs, comme la défense, l’État a orchestré son retrait du capital de manière progressive et en mobilisant dès lors d’autres outils.

Martin Vial

Commissaire aux participations de l’État

En réalité, dans le secteur de la défense, il est important de ne pas être dans l’écueil américain. Je le constate en tant qu’administrateur de Thalès, mais cela vaut aussi pour Safran et Airbus. Lorsqu’une entreprise procède à des opérations de partenariat et de croissance externe, elle peut faire évoluer son centre de gravité vers d’autres types d’activités. Dans ce cas-là, si vous n’êtes pas actionnaire, une prise de contrôle par des personnes non désirées peut avoir lieu dans un moment de crise – même si cela constitue un évènement tout à fait exceptionnel. Or, l’objectif étant d’éviter ces moments de crise, l’actionariat dans une entreprise de défense peut permettre de prévenir ces situations.

⁷² Article L. 6323-1 du code des transports.

⁷³ Article 47 de la Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dite loi « Léotard ».

L'État a de nombreuses cordes de rappel dans le secteur de la défense. Tout d'abord en tant qu'acheteur. Ensuite, le ministère des finances est également un contributeur important au financement à l'exportation et au financement de ces grands programmes. À l'inverse, la doctrine américaine masque, en réalité, une consanguinité totale entre le ministère de la défense et les entreprises privées américaines, qui n'ont pas toutes une éthique irréprochable, à l'image de ce qui se passa durant la guerre du Golfe. Dans ce cas-là, l'absence de l'État actionnaire, et donc de surveillance, a sûrement été un facteur facilitant.

Anémone Cartier-Bresson

Professeure agrégée des facultés de droit à l'université Paris Descartes

Cette idée d'excès de précaution est intéressante, bien qu'il ne soit peut être pas possible de mobiliser les mêmes instruments que les États-Unis en raison des règles européennes qui, par exemple, imposent une limite sur le contrôle des investissements étrangers.

L'excès de précaution est très frappant dans les rapports qu'entretient la puissance publique à l'actionnariat. Historiquement, elle n'a jamais réussi à se contenter des instruments de l'actionnariat, et a toujours court-circuité ces outils en rajoutant de la tutelle ou d'autres procédés. Ainsi, la réforme de 2014⁷⁴, en dépit d'un certain alignement sur le droit des sociétés, voit persister des excès de précautions. On laisse, par exemple, l'assemblée générale élire les représentants, tout en maintenant la possibilité d'imposer des représentants en cas de désaccord. Cet excès de précaution semble donc toujours présent, et peut nuire à l'efficacité des actionnaires publics.

Ne pourrait-on pas arbitrer en amont, et utiliser par la suite les instruments du droit des sociétés ?

Marc Schwartz

Conseiller maître à la 1^e chambre de la Cour des comptes

Il y a des cultures différentes selon les secteurs. Dans le secteur de l'audiovisuel, dans lequel j'ai travaillé, on retrouve l'idée que les entreprises de l'audiovisuel public restent sous tutelle, et sont presque des bureaux du ministère de la culture ! À tel point que l'un des textes d'organisation du ministère la culture – un arrêté d'organisation de la direction générale des médias –, indique que « *la sous-direction des affaires audiovisuelles est chargée de faire la réglementation sur le secteur et d'assurer la tutelle sur les entreprises du secteur audiovisuel public* »⁷⁵. Ceci est d'autant plus étrange qu'il s'agit de sociétés anonymes et que leurs missions sont fixées par la loi : il n'y a donc pas de tutelle en tant que telle. Aussi, il n'est pas surprenant que nous n'ayons pas trouvé de texte sur lequel cet arrêté

⁷⁴ Ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (ratifiée par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron »).

⁷⁵ Arrêté du 17 novembre 2009 relatif aux missions et à l'organisation de la direction générale des médias et des industries culturelles.

d'organisation interne s'appuyait. En outre, le secteur de l'audiovisuel public est exclu par principe de l'ordonnance de 2014, alors même qu'il serait très opportun d'engager un mouvement vers davantage de normalisation dans les relations entretenues avec les entreprises publiques.

Globalement, la situation est très variable selon les secteurs : dans certains d'entre eux, il est utile d'être actionnaire et membre du conseil d'administration afin de peser sur la stratégie d'entreprise, tandis que dans d'autres secteurs, une confusion entre le rôle d'actionnaire et le rôle de tutelle persiste, alors que ce dernier appartient davantage au passé et à « l'âge d'or » des entreprises publiques.



Échanges avec la salle

Question du public

Les participations de l'État interviennent parfois dans des marchés de taille européenne ou mondiale. L'État français est-il de taille financière à investir dans de tels groupes ? Faut-il une Agence européenne des participations pour mettre nos forces en commun ?

Marc Schwartz

Selon l'acte de certification des comptes de l'État, celui-ci détient à son bilan mille milliards d'euros d'actif et deux mille milliards d'euros de passif. Il est donc en situation nette négative de mille milliards d'euros, et doit supporter mille six cents milliards d'euros de dettes financières.

J'ai tendance à penser que l'État, d'un point de vue financier, a plutôt comme priorité de trouver des solutions à ses propres problèmes – qui sont aussi ceux des Français, comme la dette ou la fiscalité – que d'investir dans des entreprises européennes.

Martin Vial

J'évoquais précédemment les fonds souverains dans d'autres pays, souvent nés de rentes dans le secteur de l'énergie, comme c'est le cas en Norvège ou au Moyen-Orient. Cependant, aujourd'hui, nous n'avons pas de tels moyens. Ainsi, créer un fonds souverain semble compliqué quand nous connaissons certaines difficultés à investir à hauteur de sept ou huit milliards dans le secteur de l'énergie comme nous avons vocation à le faire d'ici un an. Néanmoins, d'autres outils ont été créés avec le Commissariat général à l'investissement (CGI) et avec la Banque publique d'investissement (BPI), permettant à cette dernière d'intervenir dans les participations à l'étranger⁷⁶.

⁷⁶ V. notamment : J. Munch, A. Pointier, J. Fournel, *Étude d'un dispositif d'appui au financement de projet à l'international*, IGF, rapport n° 2015-M-072, ministère des finances et des comptes publics et ministère de l'économie, de l'industrie et du numérique, février 2016.



La dualité de statut de l'entreprise publique nationale en question

Les deux statuts juridiques traditionnels de l'entreprise publique nationale – les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) et les sociétés à capitaux publics – connaissent aujourd'hui de profondes mutations.

Le droit des sociétés à participation publique a été largement refondu par l'ordonnance du 20 août 2014. Après dix-huit mois d'application, il est temps d'en dresser le premier bilan, y compris à travers les modifications dont ce texte a fait l'objet lors de sa ratification en août 2015. Le devenir de l'EPIC est, quant à lui, plus incertain. Le maintien de règles d'organisation très différentes des sociétés ne s'impose pas d'évidence sur la durée. La jurisprudence de la CJUE relative à la garantie implicite qui découlerait du statut même d'établissement public (arrêt dit « *La Poste* » de 2014)⁷⁷ conduit en tout état de cause à s'interroger sur d'éventuelles évolutions du régime de l'EPIC. Le choix de constituer récemment un « groupe d'EPIC » dans le domaine ferroviaire illustre d'ailleurs les multiples possibilités qui s'offrent au législateur pour faire évoluer leur cadre juridique en fonction des besoins.

Les termes de la comparaison entre l'EPIC et la S.A. comme formes d'entreprises publiques s'en trouvent changés, et les perspectives d'avenir de chacune de ces deux modèles sont aujourd'hui à reconsidérer.

Sommaire de la table ronde

Biographie des intervenants	45
Actes	49
Échanges avec la salle	71

77 CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c. Commission*.



Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) de droit des affaires (université Panthéon-Assas), Philippe Martin est ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Droits de l'homme ». Il commence sa carrière au Conseil d'État en 1981, à la section du contentieux et à la section sociale. Commissaire du Gouvernement, puis assesseur à la section du contentieux entre 1985 et 1999, il a également été affecté à la section des finances. Il a présidé la neuvième sous-section du contentieux de 1999 à 2004, avant d'être nommé président adjoint de la section du contentieux. Il a également été vice-président du Tribunal des conflits de 2008 à 2010. Il a, par ailleurs, exercé à l'extérieur du Conseil d'État les fonctions de conseiller technique auprès du secrétaire général du Gouvernement de 1989 à 1992. Il a été membre du Conseil des prélèvements obligatoires (2010-2014) et il est membre de la Commission des participations et des transferts depuis 2008. Il préside la section des travaux publics du Conseil d'État depuis 2012.

Intervenants

Sandra Lagumina

Directrice générale adjointe d'Engie

Sandra Lagumina est, depuis janvier 2016, directeur général adjoint d'Engie. Diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris, ancienne élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « René Char », elle est également titulaire d'un diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) de droit du marché commun et d'un DESS de droit public. Sandra Lagumina a commencé sa carrière au Conseil d'État en 1995. Conseiller technique et juridique du président de l'Assemblée nationale de 1998 à 2000, elle rejoint ensuite le ministère de l'économie, des finances et de l'industrie comme conseiller technique au cabinet du ministre, en charge des questions juridiques, de la commande publique et du droit de la concurrence. En 2002, elle est nommée sous-directeur du droit public et international au sein de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie et agent judiciaire du Trésor. Elle rejoint le groupe GDF en 2005, en qualité de directeur adjoint de la stratégie en charge des relations institutionnelles. Elle occupe ensuite les fonctions de directeur juridique de GDF, puis de GDF Suez. De 2013 à 2016, elle est directeur général de GRDF.

Sandra Lagumina est également membre du collège de l’Autorité de la concurrence et du Conseil économique, social et environnemental (CESE), et administrateur de DCNS.

Jacques Rapoport

Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF, ancien président-directeur général de SNCF Réseau

Titulaire d’une maîtrise d’histoire et d’un diplôme d’études approfondies (DEA) de droit fiscal, Jacques Rapoport devient inspecteur général des finances à sa sortie de l’École nationale d’administration (ENA), promotion « Léonard de Vinci ». Il continue sa carrière dans les transports publics, en 1989, à la Régie autonome des transports parisiens (RATP) au poste de chargé de mission auprès du président Christian Blanc, avant de devenir contrôleur central de la gestion de la RATP de 1990 à 1991, puis directeur financier de 1991 à 1995. Il devient directeur du métro en 1995, sous la présidence de Jean-Paul Bailly, puis directeur général adjoint en charge du pôle industriel de 1999 à 2001, avant de devenir directeur général en charge du pôle opérations de 2002 à 2004. Après quinze années passées à la RATP, il est nommé secrétaire général des ministères chargés des affaires sociales. En 2006, Jacques Rapoport est nommé directeur général de Kéolis Lyon, opérateur du réseau des transports publics de l’agglomération lyonnaise (TCL). En 2007, il intègre le poste de directeur général adjoint du groupe La Poste et de directeur général de l’enseigne La Poste. Jacques Rapoport est nommé, fin 2012, président-directeur général de Réseau ferré de France (RFF) devenu le 1^{er} janvier 2015 SNCF Réseau, puis, en décembre 2014, président délégué du directoire de SNCF.

Paolo Stancanelli

Directeur responsable de l’équipe « Aides d’État » au service juridique de la consommation européenne

Paolo Stancanelli a étudié le droit à l’université de Messine (Italie) et s’est spécialisé en droit de l’Union européenne à l’université de Perouse (Italie) et en relations internationales à l’université libre de Bruxelles (ULB). Après avoir travaillé dans un cabinet d’avocats établi à Bruxelles, notamment dans le domaine du droit de la concurrence, il a rejoint la Commission européenne et, plus précisément, la direction générale du marché intérieur, où il a été en charge du suivi des directives en matière de marchés publics. Ensuite, il a été nommé au service juridique de la Commission, en charge de dossiers dans les domaines du marché intérieur, de l’environnement et de la protection des consommateurs. En 2002, il a intégré la *task-force* chargée de préparer les travaux de la convention sur le futur de l’Union européenne, présidée par M. Giscard d’Estaing, et de la conférence intergouvernementale, qui a approuvé le traité sur la Constitution de l’Union. De retour au service juridique de la Commission, en 2006, il a été conseiller juridique des trois directeurs généraux qui se sont succédé à la tête de ce service. Depuis le 1^{er} septembre 2016, il est conseiller juridique principal à la Commission européenne et directeur de l’équipe « Aides d’État et Antidumping » au sein de son service juridique.



Charles Touboul

Rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État

Titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) de droit public interne et d'un diplôme d'études supérieures spécialisées (DESS) en droit bancaire et financier, Charles Touboul a débuté sa carrière comme chargé d'enseignement à l'université Panthéon-Assas avant d'intégrer, en 2003, la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers où il devient chef du bureau de la coordination et de la synthèse en 2006. Responsable juridique de l'Agence des participations de l'État en 2008, il rejoint ensuite le Secrétariat général du Gouvernement comme chargé de mission pour la réforme de l'État, la fonction publique et l'éducation, puis comme chargé de mission pour les affaires sociales. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 2012, il est depuis lors rapporteur à la 5^e chambre de la section du contentieux ainsi que, depuis 2014, rapporteur général adjoint à la section du rapport et des études.





Actes - La dualité de statut de l'entreprise publique nationale en question

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Cette deuxième table ronde est consacrée à une question plus pointue que la question fondamentale du bien-fondé des entreprises publiques : la dualité des statuts entre société commerciale et établissement public industriel et commercial (EPIC). En effet, depuis fort longtemps, les entreprises publiques sont partagées, en France, entre le statut de société commerciale et le statut d'EPIC.

À cet égard, je signale que nous utilisons dans ce colloque une définition relativement large de la notion d'*entreprise publique*. On pourrait, en effet, limiter ce concept aux sociétés dans lesquelles l'État détient la majorité du capital, mais nous préférons retenir l'ensemble des sociétés à participation publique.

La première raison de ce choix est qu'il n'y a plus beaucoup de sociétés majoritairement détenues par l'État (comme EDF ou Aéroport de Paris), et encore moins de sociétés détenues à 100 % par l'État. La seconde raison tient à la finalité de la participation publique. Le rôle de l'État actionnaire reste, en effet, le même selon qu'il détient légèrement plus, ou légèrement moins de 50 % du capital d'une entreprise. Dans les deux cas, l'on peut se demander ce qui justifie la participation publique, et quel est le bon réglage du rôle de l'État actionnaire. Ce choix nous vaut d'ailleurs la présence, parmi les intervenants à cette table ronde, d'une représentante d'Engie, qui est dans une situation un peu particulière puisque, dans cette entreprise, la participation de l'État est garantie par la loi, mais seulement à hauteur d'un tiers.

Il y a des différences radicales *de jure* et *de facto* entre un EPIC et une société commerciale. Dans le premier cas, l'on a affaire à une personne morale de droit public, avec les avantages et les prérogatives qui lui reviennent. Dans le second cas, l'on se trouve face à une personne morale de droit privé. Contrairement à la société commerciale, l'EPIC ne dispose pas de capital et ne peut donc pas réaliser d'augmentation de capital, ou d'ouverture à des partenaires extérieurs. Et si nous avons pu entendre parler d'« EPIC à parts sociales », lors d'une récente réforme ferroviaire, cette idée n'a pas été menée à son terme.

Il convient, par ailleurs, de souligner que s'il existe des EPIC célèbres, comme SNCF Réseau, SNCF Mobilités, la RATP, ou BpiFrance dans le secteur financier, il y a globalement très peu d'EPIC. Existe-t-il une raison à ce faible recours aux EPIC ? La question ne va-t-elle pas se résoudre d'elle-même par l'extinction progressive de l'une des deux catégories ? La catégorie des EPIC a-t-elle encore un sens ?

La coexistence de ces deux formes d'entreprises publiques soulève plusieurs questions : quelles sont leurs différences opérationnelles majeures ? Quels sont leurs avantages et leurs inconvénients respectifs sur le plan opérationnel ? Certaines situations se prêtent-elles davantage à l'utilisation des EPIC, tandis que d'autres se prêteraient plus à l'utilisation des sociétés anonymes ? Les EPIC sont-ils condamnés à être balayés par les sociétés anonymes ? On peut, en outre, se demander s'il existe des caractéristiques communes, malgré les différences apparentes.

Pour nous aider à approfondir ces questions, quatre personnalités vont intervenir à cette séance.

Tout d'abord, Charles Touboul, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études du Conseil d'État qui a, en outre, travaillé à la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers, ainsi qu'à l'Agence des participations de l'État. Son parcours expliquera la tonalité de son intervention. Il nous donnera le cadre général juridique et organisationnel de la dualité entre les deux formes d'entreprises publiques.

Ensuite, Jacques Rapoport interviendra pour présenter le point de vue des EPIC. Il a été président-directeur général de SNCF Réseau, et président délégué du directoire de la SNCF. Il a donc vécu de l'intérieur une importante réforme dans l'utilisation des EPIC, puisque le groupe d'EPIC a été inventé à cette occasion.

Puis, Sandra Lagumina, directrice générale d'Engie, nous présentera l'expérience des sociétés anonymes. Elle nous racontera, de l'intérieur, comment fonctionne une société anonyme dont un tiers du capital est détenu par l'État.

Enfin, nous aborderons les questions transversales avec Paolo Stancanelli, directeur de l'équipe des aides d'État au service juridique de la Commission européenne, qui a des raisons de s'intéresser aux EPIC depuis la parution de l'arrêt « *La Poste* »⁷⁸, mais qui s'intéresse également aux sociétés anonymes. Il nous montera les points communs qui existent entre les deux formes d'entreprises publiques, et nous indiquera que le regard de la Commission européenne n'est pas braqué sur les EPIC et sur les sociétés anonymes.

Je donne la parole à M. Touboul.

Charles Touboul

Rapporteur général adjoint à la section du rapport et des études du Conseil d'État

Merci M. le président. En remarque liminaire, je précise que cette table ronde, ciblée sur les deux formes principales d'entreprises publiques que nous connaissons (la SA à participation publique et l'EPIC), a été inspirée par les mutations récentes de ces deux formes d'entreprises publiques, et plus particulièrement par l'ordonnance

78 CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c. Commission*. Dans cet arrêt, la CJUE confirme le raisonnement de la Commission européenne consistant à assimiler la garantie implicite de l'État attachée au statut d'établissement public à une aide d'État.



du 20 août 2014⁷⁹ – déjà évoquée lors de la première table ronde – à l'élaboration de laquelle j'ai modestement contribué⁸⁰.

C'est donc à une vision personnelle de cette réforme que je souhaiterais me livrer, en évoquant cinq questions qui montrent comment cette histoire s'est entrecroisée avec la grande histoire des entreprises et des participations publiques.

La première de ces questions trouve son origine dans un « pied de nez » de l'histoire : le droit des entreprises publiques a été refondu par ordonnance. L'idée de refondre le droit des entreprises publiques par ordonnance n'allait pas de soi. L'on se souvient, en effet, du refus du Président de la République de signer, en 1986, des ordonnances en matière de privatisation. Ce qui posait problème, à l'époque, était sans doute d'abord la privatisation dans son principe, mais ces textes étaient également porteurs de règles générales. Comme on le sait, ces dispositions ont ensuite été reprises en catastrophe dans un texte législatif. La matière étant très sensible, on n'a jamais osé refondre le régime des entreprises publiques par la suite et, lorsque l'on est exceptionnellement intervenu de nouveau sur la question, en 1993, on a privilégié la loi. Depuis lors, jamais la voie de l'ordonnance n'a été envisagée.

Cet épisode – qui n'est pas simplement un clin d'œil de ma part – est, de mon point de vue, en partie responsable de l'éclatement de la matière. En effet, on ne peut pas comprendre le désordre du droit des entreprises publiques auquel les juristes ont été confrontés pendant des années sans avoir en tête l'épisode de 1986. La refonte du droit des entreprises publiques par ordonnance est donc un véritable « pied de nez » de l'histoire. Malgré tout, je crois pouvoir dire que ce traumatisme n'a pas totalement disparu. Du moins, je n'aurais certainement pas recommandé la voie de l'ordonnance en 2013 au moment où j'ai commencé à travailler sur ces questions. Mais, n'ayant pas été sollicité à ce sujet, une habilitation a pu se glisser *in extremis* dans un projet de loi comportant déjà beaucoup d'habilitations. Il a donc été possible d'intervenir par voie d'ordonnance au tout début de l'année 2014.

La discussion de la loi d'habilitation à l'Assemblée nationale s'est bien passée, même si, lorsque l'on relit les travaux préparatoires, on s'aperçoit qu'il a fallu donner des gages. On voit, en effet, le Gouvernement promettre que l'habilitation ne servira pas à déréguler massivement certains secteurs. La crainte du blanc-seing ressort ainsi à chaque habilitation, particulièrement quand il s'agit de sujets sensibles. La discussion au Sénat, qui s'est également plutôt bien passée, a toutefois été plus compliquée. Les sénateurs ont été extrêmement vigilants au fait de bien cadrer l'habilitation, et cette dernière est sortie enrichie du Parlement⁸¹. Le Gouvernement a donc été obligé de préciser ses intentions, en indiquant notamment qu'il n'envisageait pas de modifier les seuils légaux minimums de participation. Les

79 Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.

80 Les travaux ont été conduits par David Azéma, Astrid Milsan et Juliette d'Aboville au sein de l'Agence des participations de l'État.

81 Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le Gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.



prérogatives des salariés ont également été sanctuarisées, en particulier la présence des représentants des salariés dans les conseils d'administration.

La restriction du champ de la loi d'habilitation ne mettait toutefois pas le Gouvernement face à une impossibilité technique de prendre l'ordonnance. Les travaux ont ainsi pu cheminer sans encombre au cours de l'année 2014, et le texte, qui n'a pas rencontré de difficulté lors de son examen par le Conseil d'État, a pu être ensuite délibéré en Conseil des ministres. Personne n'a refusé de signer l'ordonnance, et le texte a été publié au Journal officiel⁸².

Abordons maintenant une deuxième question, un peu moins légère, toujours au sujet des relations entre la petite et la grande histoire. Il s'agit de se demander si cette réforme change le cours de l'histoire des entreprises publiques. Il serait sans doute exagéré de répondre par l'affirmative. Même s'il y avait eu des intentions politiques fortes, il était nécessaire de connaître au préalable l'état de la matière. Le premier objectif de cette réforme était donc de clarifier le droit des entreprises publiques. C'était aussi la principale difficulté au regard de l'éclatement des textes.

La première épreuve consistait à identifier puis à regrouper de manière rationnelle les dispositions applicables. Il ne s'agissait pas de réaliser une ordonnance de codification, mais plutôt un texte unificateur. Bien que très satisfaisant, cet exercice ne change évidemment pas le cours de l'histoire des entreprises publiques. Si, toutefois, l'habilitation et l'ordonnance devaient être regardées comme de la codification, il ne s'agirait pas d'une codification à droit constant. Il était en effet possible pour le Gouvernement de modifier la matière. Comme il s'agissait d'une ordonnance, les intentions du Gouvernement n'apparaissent pas toujours clairement *a posteriori*. Cependant, nous disposons d'un rapport au Président de la République publié avec l'ordonnance au Journal officiel⁸³, mais celui-ci ne permet pas de faire ressortir toutes les lignes de force.

Par ailleurs, il est intéressant de relever la réaction de la doctrine qui a eu à commenter l'ordonnance avant qu'elle ne trouve à s'appliquer. La doctrine a bien identifié la nature codificatrice de l'ordonnance, mais elle a été partagée dans son jugement. Certains commentateurs ont été bienveillants, d'autres plutôt sévères. La plupart des commentateurs, même s'ils étaient peu nombreux in fine, ont cru déceler le bras rampant de l'État derrière cet exercice de codification, en particulier en ce qui concerne les entreprises minoritaires. Peut-être Mme Lagumina nous en dira-t-elle un mot lors de son intervention.

Pour en rester à la doctrine, il semble que son appréciation est excessive. On a pu entendre parler de l'intrusion de l'État dans les conseils d'administration des sociétés à participation publique minoritaire, ou encore de l'extension du contrôle de l'État là où il ne s'était jamais aventuré auparavant. Or, je ne suis pas certain que ce soit le cas, notamment en ce qui concerne la représentation de l'État dans les conseils d'administration des entreprises minoritaires.

⁸² Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, précitée (JORF n° 0194 du 23 août 2014, p. 14009, texte n° 22).

⁸³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (JORF n° 0194 du 23 août 2014, p. 14007, texte n° 21).



Il est du reste frappant que personne ne parle d'un décret-loi bien connu de ceux qui subissent cette législation depuis des années : le décret-loi de 1935⁸⁴. Ce dernier prévoyait déjà toutes les difficultés que la doctrine dénonce aujourd'hui. La principale préoccupation du Conseil d'État, lorsqu'il a examiné l'ordonnance, a été de rester fidèle aux intentions des auteurs du texte, et de s'assurer que l'État puisse obtenir des représentants dans les conseils d'administration à proportion de sa participation, y compris lorsqu'il n'est pas majoritaire. Le Conseil d'État a donc fait en sorte que cet élément, qui était déjà présent dans le décret-loi de 1935, demeure dans une version du texte modernisée et acceptable au regard du droit de l'Union européenne.

Bien que la question de la présence de l'État dans les entreprises minoritaires soit antérieure à l'ordonnance de 2014, cette dernière apporte cependant des éléments nouveaux. Parmi ceux-ci, il y a, en premier lieu, le rapprochement avec le droit commun des sociétés anonymes. Même s'il ne s'agit pas d'une nouveauté absolue, la frontière entre le dérogatoire et le droit commun n'était pas aussi claire avant l'intervention de l'ordonnance de 2014. Les rédacteurs de l'ordonnance se sont donc attelés à clarifier cette frontière. Le principe est que les sociétés à participation publique sont soumises au droit commun des sociétés anonymes, sauf pour les dérogations explicitement prévues dans l'ordonnance, ou parfois hors de cette dernière.

Le deuxième apport de l'ordonnance est directement lié à cette première question : il s'agit de l'abandon d'une structuration artificielle des conseils d'administration, de l'élargissement du vivier des représentants de l'État, de la clarification des relations entre l'État actionnaire et le commissaire du Gouvernement, ainsi que de quelques éléments sur les opérations financières. Je crois donc pouvoir dire, sans trahir mon impartialité soulignée en introduction par le modérateur de la table ronde, qu'il n'y a pas eu de rupture mais bien une rénovation profonde de la matière.

La troisième question, quant à elle, concerne le croisement de la petite et de la grande histoire. N'est-on pas face à une forme de bégaiement de l'histoire lorsqu'on voit que, quelques mois après l'adoption de l'ordonnance, la loi de ratification dite loi « Macron »⁸⁵ lui a ajouté de très nombreuses dispositions ? N'a-t-on pas déconstruit ce que l'on venait de construire ? Lorsque l'on a contribué à l'élaboration d'un texte comme l'ordonnance de 2014, on ne peut qu'être chagriné d'en constater les fissures. Mais, il faut cependant relever les apports de la loi « Macron », que l'ordonnance ne pouvait pas réaliser en raison de l'étroitesse de la loi d'habilitation : notamment la modernisation de la commission des participations et des transferts, la réintroduction de l'action spécifique sous une

84 Décret-loi du 23 octobre 1935 portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

85 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.



forme modernisée (et désormais conforme au droit de l'Union européenne⁸⁶), la réintroduction du dispositif d'offre réservée aux salariés, et l'introduction d'une esquisse de droit des privatisations locales.

La quatrième question consiste à se demander s'il n'existe pas un grand oublié de l'histoire : n'a-t-on pas laissé les EPIC sur le bord du chemin ? La réponse est positive. En effet, la loi d'habilitation ne permettait pas de traiter le cas des EPIC. Pourquoi ces derniers ont-ils été exclus de la loi d'habilitation ? Parce que leur inclusion dans ladite loi aurait conduit à embrasser un continent tout entier, et probablement à condamner toute perspective de réforme à une mort certaine. La loi « Macron », qui aurait pu traiter le sujet des EPIC, ne l'a pas fait non plus. La situation actuelle est donc celle d'une scission extrêmement forte entre le droit des sociétés anonymes complètement modernisé d'un côté, et le droit des EPIC laissé à l'abandon de l'autre. Cette scission doit cependant être relativisée. Tout d'abord, comme l'a indiqué le modérateur de la table ronde, cette scission est inhérente à l'existence de deux formes d'entreprises publiques constituées par deux structures distinctes. En outre, il n'y a pas de « glaciation » du droit des EPIC. Ce n'est pas parce que ce droit n'est pas traité dans l'ordonnance qu'il n'évolue pas. La filialisation des EPIC en est un bon exemple, et M. Rapoport l'évoquera certainement.

La cinquième et dernière question, qui sera également ma conclusion, nous amène à nous interroger pour savoir si cette petite histoire peut clore la belle et grande histoire des entreprises publiques. Que doit-on faire ? Que peut-on faire ? Il me semble que nous devons laisser vivre cette réforme qui est à peine entrée en vigueur. Si la plupart des entreprises publiques ont anticipé le mouvement, certaines d'entre elles n'ont pas encore franchi le pas, et bénéficient d'un délai jusqu'à 2017 pour le faire.

Les premiers échos et épisodes contentieux ne sont pas trop préoccupants. Les problèmes posés par les aéroports de Nice et de Toulouse ne laissent pas augurer de difficultés majeures, même s'il est encore trop tôt pour en juger. Il faut laisser vivre la réforme et réfléchir à son avenir. Nous nous y sommes d'ailleurs essayés l'année dernière dans l'étude annuelle du Conseil d'État pour 2015 sur l'action économique des personnes publiques⁸⁷. Nous avons appelé à une évolution assez rapide du droit des entreprises publiques, et tout particulièrement du statut des EPIC. La question de la garantie implicite est un sujet absolument majeur, mais des personnes beaucoup plus compétentes autour de cette table pourront en parler.

86 Le régime français des actions spécifiques a été récemment amendé afin de se conformer aux exigences du droit de l'Union Européenne. Il figure désormais à l'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, qui a été modifiée par la loi « Macron ». Dans le cadre de ce nouveau dispositif, une action spécifique ne peut être instituée qu'en cas de privatisation et à condition d'être justifiée par la « *protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale* ». Une action spécifique peut également être transférée en cas de fusion ou de scission de la société dans laquelle elle a été instituée. La mise en place et le transfert d'une action spécifique requiert un décret. Les droits qui peuvent être attachés à une action spécifique, limitativement énumérés par la loi, doivent, en vertu du droit de l'Union européenne, être « *nécessaires, adéquats et proportionnés aux objectifs poursuivis* ».

87 Conseil d'État, *Étude annuelle 2015 – L'action économique des personnes publiques*, éd. La documentation Française, Paris, 2015.



Au final, il me semble que l'on a réalisé un texte fructueux, même si ce dernier aurait pu être encore plus efficace. Nous avons ainsi porté une grande loi unificatrice qui a permis une véritable et utile inflexion de fond, et dont les compléments viendront nécessairement avec le temps, notamment s'agissant des EPIC. Nous pensons ainsi avoir quelque peu fait progresser les choses, et planté des germes pour l'avenir.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

L'un des intervenants souhaite-t-il réagir au fait que seules les sociétés commerciales aient été traitées dans les grandes réformes de 2014-2015 ? Y voyez-vous un signal, un inconvénient ou quelque chose de neutre ?

Jacques Rapoport

Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF,
ancien président-directeur général de SNCF Réseau

Je vous confirme, en effet, que le régime juridique des EPIC bénéficie d'une très grande stabilité... [sourires dans la salle].

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

La raison vient du fait que le cadre juridique des EPIC était très satisfaisant depuis des décennies. M. le président, je vous propose de conserver la parole pour votre intervention.

Jacques Rapoport

Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF,
ancien président-directeur général de SNCF Réseau

Merci beaucoup de me donner l'occasion de vous livrer quelques réflexions sur le fonctionnement des entreprises publiques à l'issue d'une trentaine d'années passées dans trois grandes entreprises publiques : la RATP, La Poste, et la SNCF. Il me faut d'abord indiquer que les entreprises publiques dont je vais parler sont les entreprises gestionnaires d'un *grand service public* et entièrement détenues par l'État. Mon propos n'aura donc rien à voir avec les participations minoritaires que l'État a dans certaines grandes industries du secteur concurrentiel.

Je voudrais ensuite souligner, en contradiction avec la boutade que je viens de faire, que la segmentation essentielle qui définit la gouvernance des entreprises publiques repose sur leur mode de financement : sont-elles uniquement financées par le client, ou également par le contribuable ? C'est cette question qui crée la différence fondamentale. Une entreprise publique financée par le client fonctionne comme



une S.A., alors qu'une entreprise publique en partie financée par le contribuable se rapproche des institutions où la logique politico-administrative prime. Là est le critère essentiel. J'ai eu le privilège de vivre de grandes transformations dans chacune des trois entreprises publiques où j'ai travaillé. Il y a eu à la SNCF cette innovation de la notion de « groupe d'EPIC », dont je ne suis pas sûr que le monde entier nous l'enviera et dont la pérennité ne sera probablement pas très grande. Mais, il n'y a pas eu que cela. J'ai vécu, à La Poste, une expérience très intéressante de transformation d'un EPIC en S.A., qui devait être simple puisqu'elle s'accompagnait d'une dotation en capital de deux milliards sept cents millions d'euros, et qui a finalement été plus difficile qu'escompté. J'ai, en outre, vécu à la RATP, il y a une quinzaine d'années, la transformation d'un établissement public, à principe de *spécialité serrée*, financé par une subvention d'équilibre importante, en une entreprise à principe de *spécialité élargie*, intégralement financée par ses clients.

Je retire de ces trois expériences cette idée essentielle que, pour les entreprises publiques gestionnaires d'un grand service public et entièrement détenues par l'État, le critère décisif est de savoir si elles sont subventionnées ou non, c'est-à-dire entièrement financées par ses usagers ou partiellement aussi par le contribuable.

1) Pour les entreprises publiques *non subventionnées*, comme la RATP ou La Poste, le mode de fonctionnement est, à quelques différences près⁸⁸, le même que pour les S.A. Il y a alors deux éléments essentiels :

- La gouvernance est sous le pilotage de l'Agence des participations de l'État (APE). Le commissaire du Gouvernement ainsi que les représentants des ministères ont un rôle limité, et la direction du budget, dont on verra qu'elle est essentielle dans les entreprises subventionnées, a un rôle effacé. Nous avons bien, comme référent de l'actionnaire, une entité de l'État dont le but est de fonctionner comme un véritable actionnaire, avec la présence, dans les conseils d'administration, de personnes qualifiées indépendantes.

- Les entreprises non subventionnées et gestionnaires d'un service public bénéficient d'une définition précise de la consistance et du financement du service public. Par exemple, le service public du courrier consiste à distribuer et à relever le courrier en France à « J+1 » sur l'ensemble du territoire. Cela est prévu dans la loi, avec le niveau de qualité qu'il faut atteindre. Chaque mission de service public est précisément définie, et son financement fait l'objet d'une définition légale. L'entreprise sait donc ce qui relève du service public pour lequel elle est financée, et ce qui relève de missions purement commerciales.

Ces deux éléments sont, pour moi, caractéristiques des EPIC autofinancés par l'usager-client.

2) Pour les entreprises *subventionnées*, que j'ai connues au début de mon parcours professionnel quand la RATP était sous le régime de la subvention d'équilibre, ou quand l'entreprise Réseau ferré de France (RFF) n'était pas encore devenue SNCF Réseau, le système est quasi-administratif.

⁸⁸ Comme la présence d'un commissaire du Gouvernement, ou la nécessité de faire ratifier certaines décisions.



- Premièrement, ce système se caractérise par l'intervention intense et continue de la tutelle avec un bras de fer permanent entre le ministère technique et la direction du budget. Ce système conduit donc à des arbitrages à Matignon, y compris sur des points de détail. L'Agence des participations de l'État est peu présente, même si elle essaye de l'être sur les questions d'endettement.

- La deuxième caractéristique de ce système est qu'il ne permet guère de définir, d'adopter et de mettre en œuvre une stratégie. L'État se définit comme stratège. Dans la loi ferroviaire de 2014⁸⁹, le terme est explicitement cité. Cependant, si l'on parle autant de l'État stratège, c'est probablement parce qu'il ne l'est pas vraiment ! Une entreprise subventionnée n'est pas en mesure d'avoir une vraie vision stratégique parce que, comme l'a évoqué M. Schwartz durant la première table ronde, deux logiques assez radicalement opposées entrent en contradiction. Il y a, d'une part, la logique de l'État, qui est à la fois sous contrainte budgétaire et sous contrainte de calme social – toute relation avec l'actualité récente serait fortuite et évidemment inexacte... Cette situation, qui est également celle des grands services publics, conduit l'État à retenir une vision « court termiste ». D'autre part, il y a la logique de l'entreprise, qui a une vision stratégique et qui souhaite se développer dans le moyen terme, surtout s'agissant des entreprises industrielles lourdes qui ont besoin de visibilité.

- La troisième caractéristique de ce système est l'hypercentralisation administrative. Le fait que tout se décide par des arbitrages à Matignon conduit à ce que tous les étages de l'administration interviennent dans le fonctionnement de l'entreprise, avec des conseils d'administration aux attributions démesurées. Le conseil d'administration traduit, en effet, le pouvoir des bureaux de l'administration sur l'entreprise. Pour passer un dossier au conseil d'administration, il faut d'abord obtenir l'aval de l'administration, et donc une réunion interministérielle. Aussi, plus les attributions du conseil d'administration sont larges, et plus la centralisation dans l'administration est forte. Je rappelle que l'Agence des participations de l'État est peu présente, et que l'administration recouvre ici la direction du budget et le ministère technique.

- La quatrième caractéristique est l'importance des questions budgétaires. Tant qu'il n'y a pas de conflit social, les questions budgétaires sont déterminantes. Il s'agit principalement du niveau des effectifs et des charges, le modèle et les enjeux économiques étant peu pris en compte. Les critères d'endettement sont également moins directement sensibles, surtout s'agissant de la dette de la SNCF qui n'est pas comptabilisée comme de la dette publique. L'État a donc intérêt à faire faire une dépense par une entreprise publique, comme la SNCF, au lieu de l'assurer par un financement d'État « maastrichtien ».

- La dernière caractéristique de ce système, qui le différencie de celui des entreprises non subventionnées, est le flou qui entoure la notion de service public, à la fois dans son contenu et dans son financement.

89 Loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire.



Nous pouvons prendre deux exemples récents.

Tout d'abord, le TGV : activité commerciale sans convention ou financement public, mais dont l'État arrête les tarifs et définit le nombre de dessertes comme par exemple sur la ligne Bordeaux-Toulouse. Il ne s'agit pas ici de se livrer à une critique facile (et sans portée) de l'État, mais d'indiquer que la pression des parties prenantes et de l'environnement sur le service public appelle constamment à des interventions de l'État remettant en cause le caractère commercial du TGV.

Ensuite, les trains Intercités⁹⁰ qui bénéficient d'une convention avec une autorité organisatrice et sont donc des trains de service public. On se situe donc dans le cadre de la gestion déléguée d'un service public. Le financement public de ces trains est cependant réalisé au moyen d'une taxe acquittée par la SNCF.

Aussi, ai-je beaucoup d'admiration pour nos camarades du budget dont la créativité sans faille conduit à inventer de nouveaux systèmes de plus en plus complexes. La complexité de notre système est la traduction d'un problème plus général, qui est que les grands services publics font l'objet de l'attention, voire de l'affection, d'un nombre considérable de parties prenantes dont les intérêts sont souvent contradictoires.

La critique que je viens de livrer est toutefois assez facile. Il est en effet très compliqué de trouver un équilibre qui permette à ces grands services publics, où le prix payé par l'utilisateur ne couvre qu'une petite partie des coûts, d'avoir une vision stratégique et de la mettre en œuvre, tout en dépassant par ailleurs le cadre de l'annualité budgétaire qui ne permet pas de gérer une grande entreprise industrielle.

Pour terminer, je voudrais évoquer un point qui interpelle le système en profondeur : l'arrivée des régulateurs. Leur mise en place, provoquée par l'ouverture à la concurrence, est récente dans le système ferroviaire. Comme souvent, en France, la création d'une structure est considérée comme réglant un problème de fond, ici l'ouverture à la concurrence. Il y a donc, aujourd'hui, une autorité chargée de gérer une concurrence qui n'existe pas !

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup. Votre brillante intervention pourrait être lue comme un tableau désabusé du système de l'EPIC. Dans le cadre du groupe SNCF, y aurait-il des raisons structurelles à ce que la logique de l'EPIC soit plus pertinente que la logique de la société commerciale ? Autrement dit, la raison d'être de l'EPIC est-elle contingente – pour recevoir des subventions –, ou est-elle structurelle – liée à la nature de quasi-monopole que confère l'infrastructure du service ?

⁹⁰ Les trains Intercités sont issus d'une mission relevant de l'État (on parle aussi de « Trains équilibre territoire » ou TET) : l'État décide quels trains sont nécessaires pour assurer des liaisons en zones peu fréquentées (souvent par les TGV) ou entre grandes villes (Bordeaux-Nantes, Limoges-Paris, Lyon-Rennes, etc.).



Jacques Rapoport

*Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF,
ancien président-directeur général de SNCF Réseau*

Je voudrais d'abord corriger mon propos. Je ne suis pas désabusé au sujet des services publics non subventionnés. Je pense que, sous le pilotage de l'Agence des participations de l'État, l'on dispose d'un système satisfaisant. Le fonctionnement juridico-financier de la RATP ou de La Poste est, aujourd'hui, assez convenable. Le problème est donc déjà en partie résolu.

Il reste, cependant, à trouver un équilibre dans la façon de gérer une structure comme la SNCF qui est nécessairement subventionnée. Il n'y a pas qu'en France que le chemin de fer est subventionné. Il l'est dans le monde entier. La difficulté réside dans le choix d'un système de gestion qui permette de gérer une activité de service public, dont le prix est en partie payé par le client, mais qui reste déconnectée des coûts ; et pour laquelle la multiplicité des parties prenantes fait preuve d'une affection parfois étouffante. Il est, par exemple, impossible de faire circuler un train à grande vitesse et de permettre à chacun de disposer d'une gare TGV à proximité.

La raison de l'existence de trois EPIC au lieu de trois S.A. n'est ni structurelle ni économique, mais, à mon sens, exclusivement sociale. Nous étions partisans, avec David Azéma, également intervenant à ce colloque, de la création de trois S.A. avec une vraie *holding* à leur tête. Dans le système ferroviaire, il y a deux activités industriellement très distinctes : le transport, qui a vocation à être ouvert à la concurrence et financé par ses clients, et l'infrastructure, qui est un équipement public ayant nécessairement vocation à être massivement subventionné.

Contrairement au transport, l'infrastructure s'inscrit dans une logique de « monopole naturel ». Cela ne signifie pas qu'il faille inévitablement ouvrir le transport à la concurrence. Il n'y a même quasiment qu'en Europe que l'on ouvre le transport à la concurrence, alors que dans les autres grands pays ferroviaires du monde, de la Suisse au Japon, le transport de voyageurs est organisé en monopole (le fret est quant à lui souvent ouvert à la concurrence). Mais l'existence de ces deux activités distinctes est déterminante, car leurs modèles stratégique-économiques sont radicalement différents. Sans oublier que le train roule sur des rails, et donc que des liens très forts unissent ces deux activités.

L'intérêt d'une *holding* est ainsi de permettre à l'ensemble de faire système, ce qui est indispensable sous peine de lourdes déconvenues (comme la « crise des sillons⁹¹ » de l'été 2011). Il n'y a pas de véritable *holding* dans un réseau d'EPIC. C'est pour cette raison que l'on avait réfléchi à la création d'un « EPIC à parts sociales » ; idée que l'on a finalement abandonnée pour éviter le ridicule ! Il aurait été préférable de créer trois S.A. avec une véritable *holding* dans le cadre d'un dispositif législatif où le gestionnaire d'infrastructures, pour la partie ouverte à la concurrence, aurait présenté des garanties d'indépendance dans la gestion de l'accès au réseau.

91 Terme technique désignant les créneaux de circulation d'un train sur le réseau.

Paolo Stancanelli

*Directeur responsable de l'équipe « Aides d'État » au service juridique
de la Commission européenne*

Je pense que votre intervention met clairement en exergue la tension qui existe entre l'État entrepreneur et l'État stratège ; entité étatique que vous avez présentée comme très éloignée des considérations du marché et des entrepreneurs. Je comprends vos difficultés et votre amertume face à cette tension.

Sans anticiper sur mon intervention, j'aimerais dire un mot de la perspective de l'Union européenne, qui est toujours vécue au niveau national comme une contrainte. Cependant, si l'on se place dans la perspective du marché intérieur, qui est à la base du fonctionnement de l'Union européenne, la logique n'est pas celle de la globalisation effrénée, mais plutôt celle d'un État social qui cohabite avec le marché.

Ces deux problèmes sont à l'origine des difficultés que l'on connaît aujourd'hui.

Jacques Rapoport

*Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF,
ancien président-directeur général de SNCF Réseau*

Je comprends tout à fait vos propos. Je voudrais toutefois souligner qu'il y a, aujourd'hui, en Europe, tous les modèles d'organisation du système ferroviaire. Depuis les Anglais, qui ont totalement privatisé le transport, jusqu'aux Suisses, qui ne sont pas soumis aux règles européennes, et qui ont le meilleur système ferroviaire du monde avec le Japon, dont le système est totalement intégré. J'ai pu constater au cours de mes échanges avec mes confrères européens que personne n'est satisfait de son système : chacun pense à le réformer ! Les « intégrés » aspirent à la séparation pour stimuler la recherche de la performance, tandis que les « séparés » aspirent à l'intégration pour conforter la logique du système !

S'agissant de l'amertume, je ne crois pas que le terme soit approprié. Je préfère dire que l'on n'a pas encore vraiment trouvé le moyen de gérer une activité industrielle subventionnée. Il y a beaucoup de débats en Allemagne. Les Anglais ont de nouveau nationalisé le réseau et ont eu tendance à mettre en place des institutions pour améliorer l'indispensable coopération entre les transporteurs et le gestionnaire de l'infrastructure.

Je n'émet donc pas de critiques, mais je pense que la gestion d'un service public industriel subventionné pose de profondes difficultés, et je ne suis pas certain que la bonne formule ait déjà été trouvée.



Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Je donne maintenant la parole à Mme Lagumina qui va nous parler d'une entreprise à participation publique substantielle.

Sandra Lagumina

Directrice générale adjointe d'Engie

Merci, M. le président. En remarque liminaire, je voudrais vous faire part de mon impression : je pense que ce qui importe ne réside pas tant dans la distinction entre EPIC et S.A. que dans l'ouverture du capital.

L'ouverture du capital a constitué un véritable nœud gordien dans la vie de l'entreprise, en conduisant à ce qu'une autre voix que l'État puisse s'exprimer au conseil d'administration pour défendre l'intérêt social de l'entreprise. Le conseil d'administration est alors devenu un *forum*, où a été posée la question de la conciliation de l'intérêt général porté par l'État avec l'intérêt de l'entreprise.

Engie est une entreprise qui a fait l'objet d'un raffinement législatif assez inédit, avec l'adoption de plusieurs lois spécifiques et trois décisions du Conseil constitutionnel. Aujourd'hui, la situation est presque stabilisée, et l'État est minoritaire dans le capital. Cependant, le législateur a institué, par dérogation au droit commun des sociétés, une série de règles permettant de garantir l'exercice d'un certain nombre de missions de service public.

Aussi, à la question initiale de la dualité du statut de l'entreprise publique, je répondrais qu'il existe aujourd'hui une double indifférence, d'une part, en raison de la banalisation de la position de l'État et, d'autre part, en raison des normes qui sont venues encadrer la vie de l'entreprise et qui assurent aujourd'hui du travail quotidien aux juristes.

Avec l'ouverture du capital, on a « banalisé » la place de l'État. Cela ne signifie pas que l'État occupe une place banale, mais qu'il doit composer avec d'autres qui s'expriment au nom de l'intérêt social de l'entreprise. On voit déjà apparaître ce phénomène lorsque des actionnaires minoritaires entrent au capital d'une entreprise publique. C'est ce que j'observe actuellement en tant qu'administrateur et représentant de l'État au sein du groupe DCNS où le groupe Thales est minoritaire.

Quand l'entreprise publique est cotée, les obligations qui pèsent sur les sociétés cotées se surajoutent à celles des entreprises publiques. Ces obligations sont très importantes. Il y a d'abord des obligations d'information permanente. L'Agence des participations de l'État se demande toujours comment avoir un « coup d'avance », mais cela paraît difficile au regard de l'obligation d'égalité des administrateurs et des actionnaires. Quand on donne une information à l'Agence des participations de l'État, on doit la mettre à la disposition des autres actionnaires. Les obligations tirées du droit souple (en anglais, « *soft law* ») s'appliquent, par ailleurs, aux

entreprises cotées. Il y a notamment le code Afep-Medef⁹² en France, mais aussi la loi « Sarbanes-Oxley »⁹³ pour les contrats avec les États-Unis.

Certains observateurs se demandent donc : pourquoi une entreprise privée à minorité publique ne fonctionne-t-elle pas comme une société ordinaire ? Lorsqu'il s'agit, par exemple, d'expliquer à un fonds singapourien comment fonctionne Engie, il faut pouvoir assurer que les règles de gouvernance et de responsabilité sont clairement établies. Cela me semble être la clé.

Or, durant de nombreuses années, les analystes financiers nous ont imposé une décote en raison de l'importante participation de l'État dans l'entreprise. Cette situation s'est, depuis, retournée avec le marché, et la présence d'un actionnaire stable comme l'État est désormais regardée comme quelque chose de positif ; mais cette situation a longtemps été décriée pour son incapacité à faire fonctionner les règles de gouvernance. L'État est, en effet, soupçonné de vouloir faire pression sur le conseil d'administration pour lui faire prendre des décisions contraires à l'intérêt social de l'entreprise...

À titre d'illustration, j'aimerais évoquer un épisode connu des juges du Conseil d'État qui a donné lieu à quelques arrêts sur les tarifs de gaz⁹⁴. Le ministre de l'économie et des finances a longtemps refusé d'appliquer une augmentation des tarifs réclamée par le régulateur. La question s'est alors posée au sein du conseil d'administration de GDF Suez de savoir s'il convenait de saisir la justice contre l'État. La situation des administrateurs représentants était extrêmement compliquée. Ils ont agi de manière très concertée avec l'État, car la responsabilité des administrateurs peut être engagée à titre personnel. La décision a été prise avec des règles de gouvernance particulières puisque le vote est secret au conseil d'administration.

La contradiction apparaît alors entre, d'un côté, l'État qui réglemente dans le but de soutenir le pouvoir d'achat des Français et, de l'autre côté, l'État actionnaire qui empêche l'entreprise d'obtenir ce à quoi elle a droit au sein du conseil d'administration. Le Conseil d'État a finalement tranché le litige, mais la tension a perduré pendant plusieurs années⁹⁵. Cette tension est-elle légitime ? Il faut tout d'abord préciser que la mise en place de l'Agence des participations de l'État a permis de corriger en grande partie les comportements des administrateurs représentant l'État au conseil d'administration. Il y a désormais des règles de déontologie et une vraie attention est portée sur le choix des administrateurs. Par

92 Ensemble de recommandations élaborées par des groupes de travail de l'Association française des entreprises privées (Afep) et du Mouvement des entreprises de France (Medef) et destinées à préciser certains principes de bon fonctionnement et de transparence propres à améliorer la gestion des entreprises et à répondre à la demande des investisseurs et du public.

93 Loi fédérale américaine signée le 30 juillet 2002 visant à protéger les investisseurs en améliorant l'exactitude et la fiabilité des publications effectuées par les entreprises pour se conformer aux lois sur les valeurs mobilières et à d'autres fins (Pub. L. 107-204, 116 Stat. 745, H.R. 3763), guidée par trois grands principes : l'exactitude et l'accessibilité de l'information, la responsabilité des gestionnaires, et l'indépendance des organes vérificateurs.

94 V. notamment CJUE, aff. C-379/15, 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement c. Premier ministre et ministre de l'écologie, du développement durable et de l'énergie*, arrêt rendu sur question préjudicielle du Conseil d'État français.

95 CE, 19 juillet 2017, *Association nationale des opérateurs détaillants en énergie*, n° 370321.



exemple, l'administrateur qui siège chez EDF ne peut pas siéger en même temps chez Engie. Les administrateurs de l'Agence des participations de l'État ont, en outre, une très bonne compréhension des règles de confidentialité. Je crois donc pouvoir dire que la situation s'est vraiment améliorée.

La question se pose alors de savoir comment préserver notre mission⁹⁶. Selon cet énoncé, la première chose à faire est de garantir l'intérêt général. Il est, en effet, tout à fait normal que l'État actionnaire inscrive la garantie de l'intérêt général au titre de ses préoccupations. La question qui se pose, ensuite, est de savoir si le conseil d'administration est un lieu de décision adéquat, notamment s'il y apparaît des contradictions avec l'intérêt social. D'autant plus que l'État a réussi à mettre en place, dans nombre de sociétés dans lesquelles il détient des participations minoritaires, un cadre juridique d'un grand raffinement. Il a par, exemple, réussi à maintenir la présence d'un commissaire du Gouvernement en modifiant le code de l'énergie. Il faut désormais faire comprendre à ce commissaire du Gouvernement que la tutelle n'existe plus...

D'autres règles ont, par ailleurs, été mises en place, notamment pour organiser l'ouverture des marchés ou l'indépendance des gestionnaires de réseaux. Les gestionnaires de réseaux sont des S.A. entièrement détenues par l'entreprise privée qu'est Engie, dans laquelle l'État détient une participation minoritaire. L'État est donc indirectement propriétaire du réseau. Cette situation a donné lieu à des interprétations intéressantes du Conseil d'État.

Toutes ces normes organisent ainsi, dans des entreprises privées, une restriction des pouvoirs de l'actionnaire pour répondre aux obligations de la troisième directive énergie⁹⁷, une fois de plus avec un raffinement que je ne développerai pas ici.

Un certain nombre de questionnements sont apparus sur le maintien, par l'État, de ses obligations de service public au sein d'une entreprise importante dans le secteur de l'énergie. Le Conseil constitutionnel s'est prononcé à deux reprises, en 2006 d'abord au moment de la privatisation de GDF⁹⁸, puis en 2015 à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) introduite contre la loi dite « Florange »⁹⁹. Il était demandé au Conseil constitutionnel de déterminer si la loi de 2014 empêchait Engie et ses filiales d'accomplir ses missions de service public. Le Conseil constitutionnel a répondu qu'Engie conservait et devait accomplir ses missions de service public. Pour ce faire, il a articulé son raisonnement en trois temps, et indiqué que les règles dérogeant au droit des sociétés ne sont compatibles avec les missions de service public d'Engie qu'à la triple condition qu'il y ait des obligations de service public (comme la distribution et le transport de gaz), qu'il y ait un mécanisme de contrôle spécifique au profit de l'État (comme le mécanisme

96 La mission de l'Agence des participations de l'État est d'« incarner l'État actionnaire, investisseur en fonds propres dans des entreprises jugées stratégiques par l'État, pour stabiliser leur capital ou les accompagner dans leur développement ou leur transformation » (source : www.economie.gouv.fr/agence-participations-etat).

97 Le troisième paquet énergie, composé de cinq textes dont deux directives, a été adopté par le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne le 13 juillet 2009.

98 Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006.

99 Loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle.



d'action spécifique figurant dans le décret qui a accompagné la privatisation de GDF et qui empêche la cession d'un certain type d'actifs sans l'accord préalable de l'État), et enfin qu'il y ait la possibilité de réquisitionner des biens et des personnes pour assurer la continuité du service public.

Un autre exemple me tient, par ailleurs, à cœur. J'ai dirigé la distribution de gaz pendant plusieurs années au sein de GRDF, qui est une entreprise privée chargée d'une mission de service public. L'entreprise Enedis, qui est chargée des mêmes missions de service public, est, quant à elle, une entreprise publique avec laquelle nous partageons également un service commun datant de 1946. Le fait que l'une de ces entreprises soit privée et que l'autre soit publique n'a donc pas d'importance dans l'organisation de la distribution du gaz.

J'aimerais vous livrer, en conclusion, une impression personnelle. L'important pour moi est ce qui se passe au sein du conseil d'administration. Or, les règles du droit des sociétés qui régissent normalement le fonctionnement du conseil d'administration doivent s'appliquer. Ces règles prévoient que l'organe de gouvernance de l'entreprise est le conseil d'administration, qui contrôle notamment la direction générale. Je suis donc toujours un peu gênée de constater que l'État demande au conseil d'administration de porter, parfois en contradiction avec l'intérêt social de l'entreprise, des positions qui sont celles de l'État régulateur. Aussi, il me semble que lorsqu'il y a contradiction, cette question du forum constitue bien une ligne rouge à ne pas franchir.

Aussi les demandes de l'État qui sont contradictoires avec l'intérêt social de l'entreprise doivent donc être portées à l'extérieur du conseil d'administration, et hors de l'expression de sa gouvernance. Ce qui est en jeu est, non seulement, la responsabilité personnelle des administrateurs, mais aussi la crédibilité de l'entreprise, notamment sur les marchés internationaux et pour lever des financements. Il est extrêmement difficile pour une entreprise dont l'indépendance de la gouvernance est mise en doute de jouer pleinement son rôle dans la compétition industrielle. Nous ne sommes donc pas simplement en présence d'un débat sur la gouvernance, mais bien sur une vision industrielle du rôle des entreprises publiques.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci pour cet exposé. Y a-t-il des réactions de la part des autres intervenants ?

Charles Touboul

Rapporteur général adjoint à la section du rapport et des études du Conseil d'État

Les dernières évolutions des textes sur la gouvernance ont-elles aggravé ou un peu dissipé ce doute sur l'indépendance de la gouvernance des entreprises publiques ?

Sandra Lagumina

Directrice générale adjointe d'Engie

Quels que soient les textes, ce qui importe est la manière dont on les applique, notamment dans ce genre de circonstances. Même une entreprise totalement privée, mais qui se situe dans un secteur régulé, s'inquiète du comportement de l'État et de l'organisation du secteur. Dans l'énergie, il y a évidemment un environnement qui confère une place prépondérante à l'État dans ce secteur d'activité. Cette prépondérance ne doit cependant pas conduire à altérer les modes de fonctionnement de la gouvernance de l'entreprise.

Jacques Rapoport

Inspecteur général des finances, ancien président délégué du directoire de SNCF, ancien président-directeur général de SNCF Réseau

Je partage tout à fait ce constat. Il faut s'intéresser à la clarté des règles avant de se pencher sur leur application. À mon sens, l'ordonnance de 2014 a clarifié le fonctionnement de l'APE. La bonne application des règles est une autre question. J'ai le sentiment, par rapport à ce que j'ai connu dans les années 1980 quand j'ai commencé à m'intéresser aux entreprises publiques, que l'on a fait un saut qualitatif considérable.

Paolo Stancanelli

Directeur responsable de l'équipe « Aides d'État » au service juridique de la Commission européenne

Merci beaucoup. La question de la clarté des règles et de leur bonne application m'offre une bonne transition. Je vais introduire la dimension européenne en parlant du rôle de la Commission dans le marché européen.

J'ai noté, avec un certain plaisir, que le vice-président Sauvé indiquait, dans son discours d'ouverture, que cette dimension n'était ni univoque, ni hostile. Quand il m'arrive de me déplacer hors du cercle bruxellois, je constate que l'Union européenne est parfois perçue comme une contrainte et non comme une opportunité. Les opérateurs confrontés à la réalité du terrain, comme les interlocuteurs qui m'ont précédé, démontrent cependant que la clarté et la bonne application des règles permettent de lever certaines zones d'ombre qui entachent aujourd'hui le contrôle exercé par les autorités européennes, dont fait partie la Commission européenne.

Les règles en matière d'aide d'État, dont je m'occupe au quotidien, n'ont pas pour objectif de bloquer l'initiative commerciale ou le fonctionnement du marché. Au contraire, le principe est rigoureux car les aides d'État entraînent des distorsions du marché. Si l'on se place dans la perspective du marché intérieur, qui était celle des rédacteurs des traités en 1950, l'objectif n'est pas de contraindre l'activité sociale des États, mais de distinguer l'intervention politique, d'une part, et le fonctionnement

du marché, d'autre part. Les traités sont, en outre, porteurs de dispositions sur les services d'intérêt économique général (SIEG), qui correspondent aux services publics évoqués précédemment, et qui permettent aux États de mettre en œuvre leurs services publics.

Le traité instituant la Communauté économique européenne (TCEE)¹⁰⁰ a introduit un changement, que la pratique a ensuite élargi, permettant de déclarer certaines aides compatibles avec le droit européen¹⁰¹, alors que, dans le traité initial sur la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), les aides d'État étaient totalement proscrites, car l'on y voyait une logique purement industrielle et mercantile.

Il est essentiel de bien identifier les domaines dans lesquels la discipline des aides d'État s'exerce. Nous avons beaucoup évoqué les services publics, mais beaucoup d'activités ne relèvent pas de la notion « d'activité économique »¹⁰² et sont, dès lors, soustraites à cette discipline, comme par exemple les entités qui gèrent la sécurité sociale, la santé publique, l'éducation, la recherche fondamentale, ou la culture. Quand une entité publique poursuit une mission qui n'a rien à voir avec le marché, le problème du respect des règles sur les aides d'État ne se pose pas. En revanche, une entité publique qui se livre à une activité économique, par laquelle des biens et des services sont offerts, doit respecter les mêmes règles que les autres opérateurs économiques. Cette règle est claire dans son principe, mais son application est parfois délicate, voire complexe.

Pour ce qui concerne la forme des entreprises publiques, le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) est tout à fait clair. Le principe de neutralité entre le secteur public et le secteur privé conduit à ce que la forme de la société ou de l'établissement public soit neutre au regard des règles européennes. Cette affirmation doit, toutefois, être nuancée au regard de l'affaire « La Poste »¹⁰³ qui a entraîné la stigmatisation de l'EPIC. La Commission a développé un raisonnement qui a, ensuite, été confirmé par la Cour de justice. Elle a considéré, sur la base de considérations tirées des textes réglementaires, de la jurisprudence nationale, et des études du Conseil d'État, que le système de recouvrement des créances auprès des EPIC en situation d'insolvabilité constituait une garantie implicite et illimitée de l'État. Les autorités françaises ont contesté ce raisonnement devant les juridictions européennes, qui ont validé la position de la Commission.

La reconnaissance de cette garantie implicite a généré beaucoup de débats, mais tous les problèmes pratiques qui ont suivi n'ont pas amené le Gouvernement à adopter une ordonnance sur les EPIC. Cette stigmatisation des EPIC a conduit

100 Aussi appelé traité de Rome, signé le 25 mars 1957. Modifié à plusieurs reprises, il prendra en 1993 le nom de traité instituant la Communauté européenne (TCE), puis en 2009 le nom de traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE).

101 V. Commission européenne, *Droit de la concurrence des Communautés européennes – Règles applicables aux aides d'État*, éd. Office des publications de l'UE, Luxembourg, 2014 (disponible sur le site Internet de la DG Concurrence : http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/compilation/index_fr.html).

102 V. Commission européenne, « Communication de la Commission relative à la notion d'« aide d'État » visée à l'article 107, paragraphe 1, du TFUE », *JOUE* du 19/07/2016, C 262/01.

103 CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c. Commission*, précité.



certaines observateurs à prédire la fin de cette forme d'établissement public. L'histoire prouve cependant le contraire.

Une récente décision de la Commission européenne¹⁰⁴ concernant une garantie illimitée à l'égard de l'Institut français du pétrole (IFP) a même été invalidée par le Tribunal de l'Union européenne suite au recours introduit par la France et l'IFP¹⁰⁵. Il lui était reproché son statut d'EPIC, qui lui aurait conféré un avantage indu et aurait, ainsi, constitué une aide incompatible avec le droit européen. L'IFP était, cependant, dans une configuration particulière. Alors que La Poste bénéficiait d'un avantage auprès des banques qui constituait une présomption de garantie implicite, l'IFP avait très peu de relations financières de ce type, et la présomption a été renversée au profit des autorités nationales. La Commission n'a pas réussi à prouver que, dans ses autres relations, notamment avec les fournisseurs et la clientèle, cette garantie était de nature à affecter la concurrence et à conférer un véritable avantage à l'IFP.

Les règles en matière d'aides d'État n'interdisent donc pas, en tout état de cause, la structure et le mode de fonctionnement de l'EPIC. D'ailleurs, aucune autre décision de la Commission n'est allée dans ce sens depuis sa décision sur l'IFP. Les délais de recours contre la décision rendue par le Tribunal de l'Union européenne n'ayant pas expiré¹⁰⁶, il ne faut cependant pas exclure l'éventualité de nouvelles procédures¹⁰⁷.

Au-delà de la garantie implicite, la question des entreprises publiques qui opèrent dans le giron du marché me semble incontournable. Il y a deux éléments importants : d'une part, la notion d'« investisseur privé » qui doit être considérée de manière horizontale et qui touche aux interventions de l'État dans toutes les formes d'organisations industrielles et, d'autre part, la question des « services d'intérêt économique général » (SIEG)¹⁰⁸.

S'agissant des SIEG, il est possible de déroger aux règles du traité en raison de l'exercice d'un service public, mais aussi de compenser cette activité sans contrevenir aux règles du traité. Il convient alors de distinguer les entreprises autofinancées, et celles qui ont besoin d'une compensation. Les entreprises entièrement financées par la clientèle ne posent aucun problème. En revanche, la nécessité d'une compensation impose le respect des règles sur les aides d'État.

En 2003, la Cour de justice a rendu un arrêt fondateur sur cette question¹⁰⁹. Cet arrêt concernait les transports publics en Allemagne. La Cour de justice a saisi l'occasion

104 Décision 2012/26/UE de la Commission européenne du 29 juin 2011 concernant l'aide d'État accordée par la France à l'établissement public Institut Français du Pétrole.

105 Trib. UE, aff. jointes T-479/11 et T-157/12, 26 mai 2016, *République française et IFP Énergies nouvelles c. Commission européenne*.

106 Au moment où le colloque avait lieu (10 juin 2016).

107 Un pourvoi a été formé le 4 août 2016 par la Commission européenne. L'affaire est devant la Cour (aff. C-438/16 P, *Commission c. France et IFP Énergies nouvelles*). V. les conclusions de l'avocat général M. Wathelet présentées le 7 décembre 2017 (site : <https://curia.europa.eu>, document : ECLI:EU:C:2017:951).

108 Les services d'intérêt général (SIG) correspondent à une conception européenne des services publics comprenant les services d'intérêt économique général (SIEG) ; services publics recourant à des prestations économiques (services de réseaux de transports, d'énergie ou de communication, etc.).

109 CJCE, aff. C-280/00, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*.



pour préciser les conditions dans lesquelles la compensation d'un service public effectif (prévu par acte réglementaire et réalisé par une entité mandatée) n'était pas qualifiée d'aide d'État. Il est, tout d'abord, nécessaire que la compensation n'excède pas les coûts du service et constitue un juste retour en termes de profit. Il est, par ailleurs, indispensable que le mandataire du service public soit désigné dans le respect des règles de mise en concurrence et de transparence issues des directives sur la passation des marchés publics. Cette dernière condition est très rarement remplie, et il est donc difficile en pratique d'échapper à la qualification d'aide d'État.

D'autres règles complètent toutefois cette construction jurisprudentielle, en permettant d'écarter l'application des règles sur les aides d'État. Il s'agit notamment des compensations dites « *de minimis* », qui ne dépassent pas un demi-million d'euros sur les trois années fiscales considérées¹¹⁰. Il y a, dans certains secteurs, des mandats de services publics qui sont autorisés par catégorie, comme par exemple dans le domaine de la sécurité sociale, de l'éducation ou encore des services de santé. Il y a également un encadrement sous forme de lignes directrices adoptées par la Commission qui autorisent certaines formes de compensation, pour autant que des critères de nécessité et de proportionnalité soient respectés.

Ces règles dérogatoires démontrent qu'il existe, au-delà de la contrainte, une panoplie d'instruments qui permet aux autorités publiques d'assurer le bon fonctionnement du service public, non seulement en régie, mais également *via* des structures comme les EPIC ou comme les S.A.

Les interventions de l'État au sein d'une entreprise dans laquelle il détient des participations, que ce soit par exemple pour réaliser des injections de capital ou pour accorder des prêts, sont plus problématiques. Ces interventions ne sont pas toujours motivées par la logique de l'« actionnaire avisé » cherchant à maximiser son profit dans une perspective de long terme. Elles répondent parfois à des considérations de politique publique tout à fait légitimes, mais qui s'écartent du comportement normal de l'entrepreneur de marché. Il est alors possible de ressentir la tension entre l'État actionnaire et l'État puissance publique.

Les règles en matière d'aides d'État pour ce type d'interventions imposent de vérifier si le comportement de l'État est comparable à celui d'un « investisseur privé avisé » dans une économie de marché¹¹¹. Nous sommes face à une figure mythologique, dont les contours continuent à rester relativement vagues, non seulement, pour les autorités nationales, mais aussi, pour la Commission européenne et pour la Cour de justice.

Dans une autre affaire, où l'administration fiscale avait renoncé à près de 70 % de son dû au bénéfice d'une entreprise en difficulté, bien que l'argument du choix avisé ait émané du contribuable et non de l'État lui-même, bien que le contrôleur fiscal ait été impliqué dans un procès au pénal pour corruption, et bien que

110 Règlement (UE) n° 360/2012 de la Commission du 25 avril 2012 relatif à l'application des articles 107 et 108 du TFUE aux aides *de minimis* accordées à des entreprises fournissant des services d'intérêt économique général (SIEG).

111 CJUE, aff. C-486/15 P, 30 novembre 2016, *Commission c. France et Orange*.



l'étude produite par le bénéficiaire n'était pas très convaincante, la décision de la Commission consistant à rejeter l'hypothèse du « créancier avisé » a été annulée par le tribunal, au motif qu'elle devait quand même vérifier si un créancier avisé aurait adopté un comportement similaire¹¹².

Si la notion est difficile à appréhender, certains éléments sont toutefois limpides. L'État qui invoque cette hypothèse doit, par exemple, s'inscrire dans une logique d'investisseur et non de puissance publique. Une entreprise publique qui invoque des considérations d'ordre public en conseil d'administration ne peut donc pas se prévaloir d'une logique d'investisseur privé auprès de Bruxelles.

Je n'ai malheureusement pas la solution à ce problème, et j'espère que nous la trouverons ensemble au cours de ce colloque.

Philippe Martin

Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde

Merci beaucoup. Comme il reste deux tables rondes, la réflexion a encore le temps de progresser.

112 CJUE, Gde ch., aff. C-124/10 P, 5 juin 2012, *Commission c. EDF*.





Échanges avec la salle

Remarque et question du public (M. Schwartz)

Je souhaiterais faire une remarque concernant le statut des établissements publics. Le problème a été abordé par M. Touboul et illustré par M. Rapoport. Il est dommage que l'on n'ait pas véritablement traité cette question au fond. Il est toujours facile de dire, après coup, ce qu'il aurait fallu faire, mais à bien regarder les avantages et les inconvénients des différents statuts, on ne peut que constater un inconvénient majeur dans la formule de l'établissement public : l'intérêt social de l'entreprise n'est défendu par personne, contrairement aux entreprises soumises au droit des sociétés où le conseil d'administration est responsable collectivement, et chaque administrateur individuellement.

De plus, dans le cadre du groupe SNCF, que M. Rapoport connaît particulièrement bien, la dette accumulée au fil des années est « non maastrichtienne » pour l'essentiel¹¹³. Il y a donc un point de fuite évident. Il n'est, en effet, pas très compliqué de demander à la SNCF de poursuivre la construction de lignes à grande vitesse en étant en déficit quand l'opération n'apparaît pas dans la dette maastrichtienne de l'État. La dette de la SNCF s'élève à cinquante milliards d'euros, avec une augmentation mécanique de deux à trois milliards d'euros par an, sans qu'un conseil d'administration ne puisse s'y opposer en invoquant l'intérêt social de l'entreprise. Vous avez, à mon sens, tout à fait raison de préciser que le conseil d'administration devient le champ clos des affrontements entre les différents bureaux. Cette question de statut est complexe, mais je crois qu'elle est beaucoup plus importante qu'elle n'y paraît.

Concernant la présentation de Mme Lagumina, j'aimerais souligner combien il me semble important d'éviter que les débats légitimes de la puissance publique ne s'invitent dans les conseils d'administration pour limiter les problèmes de gouvernance. Le code Afep-Medef¹¹⁴ confirme cette position en affirmant qu'un administrateur, même lorsqu'il représente l'État, reste soumis à l'obligation légale de défendre l'intérêt social de l'entreprise. Or, l'on ne voit pas bien comment résoudre cette question tant que l'État reste actionnaire d'Engie.

La question qui se cache derrière cette contradiction est insoluble : pourquoi l'État conserve-t-il ses participations dans Engie, alors qu'il existe des mécanismes comme le cahier des charges des missions de service public ou encore les obligations spécifiques sur les actifs de service public ? Le conflit d'intérêt est nécessairement installé au cœur du conseil d'administration par le biais de la présence de l'État comme actionnaire.

113 À l'exception de dix milliards d'euros qui ont été requalifiés par l'INSEE en 2010 et réintégrés dans le calcul de la dette « maastrichtienne ».

114 Le code Afep-Medef est le code de référence des sociétés cotées en matière de gouvernance. Il définit les principes de bon fonctionnement de l'entreprise en introduisant des règles sur la rémunération des dirigeants, le contrôle, et la transparence.

Sandra Lagumina

Il faut rappeler les différentes étapes de l'évolution de l'entreprise. GDF est resté sous la forme d'un EPIC pendant près de soixante ans. Il a ensuite été transformé en S.A. avec, dès l'origine, l'idée d'ouvrir le capital pour réaliser des investissements. Sa privatisation date de la fusion avec Suez au cours de laquelle un compromis politique a été trouvé avec la fixation d'une parité autour de 30 % du capital. Pour des raisons politiques, cela a été inscrit dans la loi.

La décision d'investir dans tel ou tel secteur relève de la stratégie d'investissement de l'État, et je ne me prononcerai pas sur l'opportunité de ce genre de décision. En revanche, il apparaît tout à fait extravagant d'inscrire un compromis politique de cette nature dans la loi. Cette évolution permet de comprendre la situation dans laquelle nous sommes aujourd'hui.

Il me semble qu'un conseil d'administration dans lequel l'État est représenté à due proportion de sa part de détention permet, du fait de la personnalité des membres de ce conseil, de laisser émerger l'intérêt social de l'entreprise. Les exemples sont nombreux dans les entreprises où la part de l'État est minoritaire. C'est, en revanche, plus compliqué lorsque le cœur de l'activité de l'entreprise, qu'elle soit publique ou privée, se situe dans un giron de régulation où l'intervention de la puissance publique est structurante.

L'activité d'Engie est, certes, en partie dédiée à l'électricité, mais elle est aussi consacrée au gaz, dont le secteur est organisé en réseau avec de lourdes obligations légales. Les services d'Engie sont, par ailleurs, présents dans près de soixante-dix pays. Aussi, à part certains cas paroxystiques comme celui des tarifs du gaz, la banalisation s'opère également au sein du conseil d'administration. Si une grande crise devait survenir dans les prochaines années, par exemple autour de contrats d'approvisionnement avec un État étranger, peut-être que le poids de l'État réapparaîtrait. Nous ne pouvons cependant, aujourd'hui, que constater cette banalisation de la position de l'État, avec un travail remarquable réalisé par l'Agence des participations de l'État sur ses règles internes de comportement dans les conseils d'administration. Mais encore faut-il pouvoir tenir cette position face aux tensions internes à l'État.

Philippe Martin

*Président de la section des travaux publics du Conseil d'État,
modérateur de la table ronde*

Merci à tous. Les différents débats auxquels nous avons assisté me permettent de tirer trois conclusions à l'issue de cette table ronde, et de revenir au thème central de la dualité des formes juridiques.

Mon premier élément de conclusion consiste à relever que la jurisprudence européenne n'a pas tué les EPIC. L'arrêt « *La Poste* »¹¹⁵ a créé un nouveau problème.

115 CJUE, aff. C-559/12 P, 3 avril 2014, *France c. Commission*, précité.

Le droit commun des aides d'État touche, en effet, désormais, à la fois les sociétés commerciales et les EPIC en cas de subventions ou d'interventions de l'État. Mais les EPIC, qui ont un handicap en raison de leur statut de personne morale de droit public, ne sont pas morts, notamment parce qu'ils sont souvent éligibles à la catégorie des SIEG.

Mon deuxième élément de conclusion m'amène à me demander s'il n'existe pas un périmètre des EPIC. Cette idée a notamment été mise en lumière par M. Rapoport. Le périmètre de prédilection des EPIC couvre probablement les entreprises en situation de monopole naturel, qui ont un fort besoin de subventions, et qui répondent aux critères de la notion de SIEG au niveau européen. Il y a donc une logique à faire des EPIC dans ce périmètre, en raison de l'intervention presque inéluctable de l'État.

Mon troisième et dernier élément de conclusion concerne le mode de fonctionnement des EPIC. Il est en effet nécessaire que les entreprises publiques sous forme d'EPIC disposent d'un mode de gouvernance suffisamment autonome. Le Conseil d'État a toujours insisté sur l'autonomie des établissements publics, mais en pratique cet équilibre est difficile à trouver. Il y a donc, à mon sens, un problème de gouvernance à résoudre pour qu'un EPIC, lorsqu'il est légitime dans son périmètre, soit véritablement autonome et s'inscrive dans une logique d'entreprise. Il reste donc un dernier maillon à assembler pour que la formule de l'EPIC demeure pertinente dans le tableau des entreprises publiques.





Entreprises publiques nationales et entreprises publiques locales : convergences et divergences

Les entreprises publiques locales et les entreprises publiques nationales sont rarement étudiées ensemble. Elles reposent sur des textes différents et répondent à des logiques propres. L'entreprise publique locale est souvent conçue comme un prolongement du droit de la commande publique, notamment à travers la question du « *in house* ». Les statuts des entreprises publiques locales se sont d'ailleurs diversifiés ces dernières années dans cette perspective : société d'économie mixte locale (SEML), société publique locale (SPL), société publique locale d'aménagement (SPLA), société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), etc. Mais un certain nombre de *problématiques communes* émergent. Les collectivités territoriales peuvent être amenées à prendre des participations en dehors d'une logique de commande publique, et à s'en servir comme de véritables outils d'action économique. Les cessions d'entreprises publiques locales font, depuis août 2015¹¹⁶, l'objet d'un encadrement inspiré du droit des privatisations. Les principes qui s'imposent dans les relations de ces entreprises avec l'État et les collectivités locales sont assez proches, notamment au regard du droit des aides d'État ou de la commande publique. Elles sont, comme les entreprises publiques nationales, soumises à des règles spécifiques de gouvernance qui les distinguent des entreprises privées. Ces questions communes rendent plus utile que par le passé un regard d'ensemble sur les entreprises et les participations publiques, locales comme nationales.

Sommaire de la table ronde

Introduction de M. Alain Lambert	77
Biographie des intervenants	83
Actes	85
Échanges avec la salle	99

116 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite loi « Macron », titre II : Investir, chapitre II : Entreprises à participation publique.



Introduction de la table ronde

Alain Lambert

Ancien ministre, président du Conseil départemental de l'Orne

Notaire de formation, Alain Lambert est conseiller municipal d'Alençon (1983-1989), puis conseiller général de l'Orne (1985-1992 et 2009-2015) et vice-président du Conseil régional de Basse-Normandie de 1986 à 1989. Il est élu maire d'Alençon en 1989, en 1995 et en 2001. En 1989, il est élu président du district urbain de l'agglomération d'Alençon qu'il transforme en Communauté urbaine en 1997 et préside jusqu'en 2004, puis de septembre 2006 à mars 2008. Sénateur de l'Orne de 1992 à 2002, membre de l'Union centriste, il siège, dès 1992, à la Commission des finances du Sénat dont il devient le rapporteur général du Budget en 1995, puis le Président en octobre 1998. Il démissionne de ses fonctions de sénateur en juin 2002 à son entrée au Gouvernement en tant que ministre délégué au budget et à la réforme budgétaire (2002-2004). Il est réélu sénateur de l'Orne en 2004, et démissionne de ses fonctions en 2010 après sa nomination en tant que magistrat à la Cour des comptes. Il a été membre, à deux reprises, de la Commission de surveillance de la Caisse des dépôts et consignations (1994-1995 et 2008-2011). Alain Lambert est conseiller maître honoraire de la Cour des comptes depuis le 21 juillet 2015. Il est Président du Conseil départemental de l'Orne depuis 2007, et conseiller départemental de l'Orne (canton de Damigny) depuis 2015. Il est élu trésorier de l'Assemblée des départements de France en 2015. Il est, depuis 2014, président du Conseil national d'évaluation des normes (CNEN) et médiateur des normes applicables aux collectivités territoriales. Notaire de 1976 à juin 2002, il a présidé le Conseil supérieur du notariat (CSN) de 1996 à 1998, dont il reste président honoraire.

Monsieur le vice-président,
Mesdames, Messieurs,

Je souhaiterais d'abord remercier le Conseil d'État et ses membres éminents pour m'avoir invité à participer à ce colloque.

En remarque liminaire, je préciserai que mon approche sera nécessairement modeste, dans la mesure où ma vie professionnelle m'a rarement amené à me confronter à la thématique des entreprises publiques. Je m'exprime donc ici, certes en ancien ministre du budget toujours soucieux du bon emploi des deniers publics, mais aussi, et surtout, en tant qu'actuel président d'un département rural et, par ailleurs, président du Conseil national d'évaluation des normes.

Aussi, ce qui est frappant lorsque l'on brosse rapidement le paysage des entreprises publiques, c'est la dissymétrie entre les outils à la disposition de l'État et ceux à la

disposition des collectivités (1). Je souhaiterais également évoquer la question des participations des collectivités, dans le cas où l'outil de l'entreprise publique serait amené à se développer (2).

1. Je suis d'abord profondément convaincu que les outils à la disposition des collectivités territoriales devraient leur laisser une liberté proche de celle dont dispose l'État.

Car, au moins en ce qui concerne les grandes collectivités, elles disposent de services dont la compétence vaut largement celle des services déconcentrés de l'État.

1.1. S'agissant des entreprises publiques locales (EPL), il me semble que leur création doit relever d'une approche pragmatique et visant à répondre à un besoin en matière de biens ou services.

i) Ma conviction de praticien de la gestion locale est que, lorsque le besoin pour la production d'un bien ou d'un service est identifié, les collectivités locales devraient être libres de créer une entreprise. C'est l'approche de l'État. C'est également celle que les collectivités adoptent dans de nombreux domaines où l'intervention publique ne rentre pas nécessairement dans les cadres de l'économie libérale. Ainsi, dans l'Orne, nous favorisons notamment l'installation de médecins ; nous avons également créé une agence d'ingénierie qui répond aux besoins des collectivités non pris en charge par le privé. Et je pourrais citer d'autres exemples, nombreux.

ii) Le critère déterminant pour savoir si nous devons, en tant que collectivité, répondre au besoin identifié, est, à mon sens, celui de la carence de l'initiative privée. Tous les territoires ne sont pas égaux : bien souvent, il est nécessaire de créer une entreprise publique pour pallier la carence de l'initiative privée. C'est d'autant plus le cas dans les territoires où la dynamique démographique est défavorable. C'est d'ailleurs un critère traditionnellement utilisé par la jurisprudence en matière d'intervention économique des personnes publiques¹¹⁷.

Cette approche pragmatique, qui voit dans l'entreprise publique un outil parmi d'autres, commande un cadre juridique souple, permettant de garantir la libre administration des collectivités territoriales. Pourtant, le cadre juridique des entreprises publiques locales reste particulièrement rigide.

1.2. Les EPL constituent un outil particulièrement rigide.

i) Si l'on prend le seul exemple du stade de la création de l'entreprise, avant de savoir si une collectivité territoriale peut créer une entreprise publique locale, il faut d'abord s'interroger – et cela paraît logique – sur la question de savoir s'il existe un intérêt public local. Or, depuis la loi « NOTRe »¹¹⁸, et sa démarche de blocs de compétences, la question de savoir si l'entreprise en question entre

¹¹⁷ Indépendamment des missions qui leur sont confiées, les personnes publiques peuvent prendre en charge une activité économique, à la double condition que, d'une part, elles respectent le champ de leurs compétences et, d'autre part, qu'elles justifient d'un intérêt public, qui peut notamment – et donc pas exclusivement – résulter de la carence de l'initiative privée (CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531).

¹¹⁸ Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.



dans les compétences de la collectivité prend une autre dimension. S'agissant des départements, cela restreint très largement le champ des possibles !

Ensuite, les collectivités territoriales sont contraintes dans les formes d'entreprises publiques qu'elles peuvent créer : seules sont admises les sociétés locales à statut spécifique que sont les sociétés d'économie mixte (SEM), les sociétés publiques locales (SPL) et les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Surtout, ces formes ne permettent pas une participation publique inférieure à 50 %, à l'exception du cas très particulier des SEMOP ; et la SEM oblige, par exemple, au respect par les personnes publiques d'un seuil maximal de 85 %. On peut légitimement s'interroger sur l'utilité de ces restrictions.

En réalité, on peut dire que les exigences spécifiques du droit des EPL sont un exemple parmi d'autres de la méfiance de l'État envers les collectivités. Ainsi, comme a pu l'écrire la professeure Cartier-Bresson, qui a eu l'occasion d'intervenir lors de la première table ronde : « *Singularité française, l'encadrement de la répartition du capital des SEM locales traduit une double méfiance, envers les collectivités locales actionnaires et envers les actionnaires privés* »¹¹⁹. Pour rappel, ce sont les lois n° 82-213 du 2 mars 1982 et n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative au statut des sociétés d'économie mixte locale (SEML) qui ont encadré les participations publiques dans une SEM. Elles ont été adoptées dans un contexte particulier, qui était celui des difficultés rencontrées par de nombreuses SEML, suite à la crise des années 1970. Cette époque est révolue, et pose la question de l'évolution du cadre juridique des EPL vers plus de souplesse.

ii) Par ailleurs, lorsque l'on évoque les contraintes des collectivités territoriales s'agissant des EPL, il faut mentionner le droit de la commande publique, qui s'applique également à l'État. Mme Delort est bien plus qualifiée que moi pour en parler. Celui-ci a profondément bouleversé, ces dernières années, le paysage des entreprises publiques, lesquelles s'éloignent profondément de l'archétype de la SEM. Lorsque l'on est à la tête d'un exécutif local, et que l'on observe les développements de ces dernières années, l'on ne peut qu'avoir l'impression d'une grande complexification.

La jurisprudence de la CJUE a amené à un certain bricolage législatif pour permettre de poursuivre certaines utilisations de la SEM en créant des sociétés *sui generis* : les SPLA d'abord, les SPL ensuite, les SEMOP enfin. Pourtant, la sécurité juridique n'en est pas pour autant renforcée ! Les SPL, pour ne citer qu'elles, sont atteintes par une certaine forme d'insécurité juridique qui ne garantit en rien l'application à leurs contrats de l'exception dite « *in house* ».

Ainsi, et je le répète dès que j'en ai l'occasion, car mon expérience quotidienne m'oblige à le dire haut et fort : il faut se rendre compte qu'aujourd'hui le droit ne résout pas les problèmes, mais il les pose !

J'en viens maintenant au second point que je souhaite aborder, qui est celui de l'objectif de la création de l'entreprise ou de la prise de participation.

119 A. Cartier-Bresson, *L'État actionnaire*, thèse université Panthéon-Assas, 2005 ; éd. LGDJ, Paris, 2010.



2. L'outil de l'entreprise publique ne doit être utilisé que lorsqu'il existe un intérêt stratégique à produire tel ou tel bien ou service.

2.1. Sur le principe, et dans l'absolu, je ne suis pas certain que les collectivités publiques, quelles qu'elles soient, soient les mieux placées pour intervenir à travers l'outil de la participation publique.

i) Les personnes publiques ne doivent, à mon sens, intervenir que s'il y a un besoin clairement identifié, un intérêt stratégique pour le territoire. C'est le cas pour l'État lorsqu'il considère les entreprises énergétiques comme stratégique. C'est aussi le cas des collectivités qui équiper leur territoire, là où aucune entreprise privée ne s'y engage. C'est, encore une fois, une question de pragmatisme. Là où il existe un besoin, il s'agit d'y répondre. Après, évidemment, s'être assuré de la viabilité du projet !

C'est une conviction que j'ai toujours affirmée : lors de la création de l'Agence des participations de l'État (APE), j'étais ministre du budget. J'avais dit au ministre des finances de l'époque : « un jour, elle déposera son bilan » !

Les fins technocrates présents à ce colloque me feront remarquer qu'il s'agit d'un service à compétence nationale de l'État, dépourvu de la personnalité morale et que, par suite, elle ne peut pas faire faillite, mais ils m'auront compris...

J'ai trop connu, dans ma vie, d'exemples d'entreprises publiques acculées à la faillite pour ne pas savoir que la viabilité du projet et la solidité des équipes sont indispensables à leur réussite. C'est vrai de l'État comme des collectivités locales. On sait que la dérogation – rarissime – accordée à la région Poitou-Charentes pour entrer au capital d'une entreprise privée¹²⁰ ne s'est pas soldée par un succès¹²¹.

ii) Ce raisonnement s'applique aussi aux opérations effectuées par les entreprises publiques. C'est l'exemple d'une entreprise publique locale normande dont mon département est actionnaire. On m'avait demandé, il y a de cela quelques années, de consentir à une opération de rachat, par l'entreprise publique locale, de biens immobiliers d'entreprise. J'ai refusé, convaincu de ce que ce n'était pas notre rôle en tant que collectivité publique actionnaire. L'entreprise en question s'est retrouvée en faillite quelques années plus tard !

Nous ne devons faire que ce que nous savons faire.

2.2. À ce sujet, les dérogations au principe de participation majoritaire des collectivités dans les entreprises ne cessent de s'accroître, selon des modalités qui me paraissent dangereuses.

i) Comme je l'ai précisé, je ne suis pas convaincu par les capacités de l'État de détenir des participations dans des entreprises. Je le suis encore moins de la part des régions ! Or, les possibilités d'actionnariat des régions ont été élargies à

120 Décret du 27 novembre 2009 autorisant la région Poitou-Charentes à participer au capital de la société par actions simplifiée Heuliez véhicule électrique, *JORF*, n° 0276, 28 novembre 2009, p. 20572.

121 S'agissant du constructeur de voitures électriques Mia Electric, repreneur des activités de la filiale véhicules électriques d'Heuliez. V. également : Chambre régionale des comptes Aquitaine, Limousin, Poitou-Charentes, *Rapport d'observations définitives*, 5 décembre 2016, contrôle n° 2016-0006.



différentes sortes de sociétés, au-delà de la possibilité de participer, dans certaines conditions, au capital d'un établissement de crédit (art. L. 4253-3 du CGCT), par la loi « NOTRe », qui complète l'article L. 4211-1 du CGCT dans deux directions :

- l'alinéa 8 permet aux régions de participer au capital « *des sociétés de capital-investissement, des sociétés de financement interrégionales ou propres à chaque région, existantes ou à créer, ainsi que des sociétés d'économie mixte et des sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologies* » ;

- la loi crée un alinéa 8 bis autorisant « *la participation au capital de sociétés commerciales autres que celles mentionnées au 8°, pour la mise en œuvre du schéma régional de développement économique, d'innovation et d'internationalisation* ».

Je me pose sérieusement la question des compétences des services régionaux et de leur formation, pour passer d'une logique de subventionnement à une logique complémentaire d'investisseur.

ii) Par ailleurs, je ne peux pas m'empêcher de remarquer une contradiction majeure entre deux textes promulgués à dix jours d'intervalle : alors que la loi « NOTRe » entendait réduire les départements à un rôle purement social, la loi relative à la transition énergétique¹²² leur permet d'investir dans des entreprises d'énergies renouvelables (les départements peuvent désormais « *détenir des actions d'une SA ou d'une SAS dont l'objet social est la production d'énergies renouvelables par des installations situées sur son territoire ou sur des territoires situés à proximité et participant à l'approvisionnement énergétique de leur territoire* ») ! Or, soit l'on considère que ce n'est pas leur vocation, ou qu'ils n'ont pas les compétences d'investir, et alors on le leur interdit, soit on pense l'inverse et on autorise au-delà de ce simple item. Voici un nouvel exemple d'incohérence de notre droit.

Conclusion

Comme vous le constatez, mon appréhension du sujet est résolument pragmatique. Je vous remercie pour votre attention, et me réjouis des commentaires que les participants à la table ronde et/ou le public présent à ce colloque pourraient nous apporter.

122 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.





Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modérateur

Patrick Gérard

Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études au Conseil d'État

Diplômé de Sciences Po, docteur en droit, agrégé des facultés de droit, Patrick Gérard est conseiller d'État. Il a été assistant puis maître de conférences en droit public au Conservatoire national des arts et métiers (CNAM) de 1980 à 1992, avant d'être professeur des universités à la faculté de droit et des sciences économiques d'Orléans (1992-1994), puis au CNAM (1994-2006). En 1993, il est nommé conseiller juridique du ministre de l'éducation nationale, puis devient successivement recteur de l'académie d'Orléans-Tours (1994-1996) et directeur du Centre national des œuvres universitaires et scolaires (1996-1999). Il est nommé recteur de l'académie de Bordeaux (2002-2004), puis directeur de l'enseignement scolaire au ministère de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche (2004-2005). Il est appelé aux fonctions de directeur du cabinet du ministre de l'éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche en 2005, puis de directeur du cabinet du garde des Sceaux, ministre de la justice en 2007. Il est recteur de l'académie de Paris de 2008 à 2012. Patrick Gérard a, par ailleurs, été élu local de 1983 à 2002, et notamment maire de Vincennes. Il a rejoint le Conseil d'État en 2006 à la section du contentieux, puis en 2012 à la section de l'intérieur. Il est président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études depuis 2015. Par ailleurs, il est président du conseil d'administration de l'Institut national du patrimoine, professeur associé à l'université Paris-Descartes et enseigne à l'École d'affaires publiques de Sciences Po.

Intervenants

Jacques Chiron

Sénateur de l'Isère, président de la Fédération des entreprises publiques locales

Agent de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), Jacques Chiron entame une carrière politique à partir de 1981 en rejoignant le cabinet du conseil général de l'Isère. Élu de la ville de Grenoble en 1995, il devient président de la société d'économie mixte (SEM) Grenoble Habitat, bailleur social et promoteur. De 1997 à 2000, il a été président de la SEM des Eaux de Grenoble, puis de 2000 à 2001 de la régie des eaux. Il prend ensuite la présidence de la SEM des transports publics de l'agglomération grenobloise (SEMITAG). En mars 2008, il est élu conseiller général et adjoint au maire de Grenoble jusqu'en octobre 2011. Il est élu sénateur cette même année.

Jacques Chiron est membre de la commission des finances. Il est parallèlement membre du comité de surveillance des investissements d'avenir. Il a été élu en 2014 président de la Fédération des entreprises publiques locales.

Catherine Delort

Adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Administratrice civile hors classe, Catherine Delort est cheffe de service, adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers depuis février 2015. Elle occupait auparavant, depuis 2009, les fonctions de sous-directrice du droit de la commande publique.

Gabrielle Gauthey

Directrice des investissements et du développement local de la Caisse des dépôts et consignations, en charge des investissements dans les secteurs infrastructures, immobilier, énergie, numérique et création d'entreprises

Ancienne élève de l'École Polytechnique, ingénieure générale des Mines, titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) en analyse économique, Gabrielle Gauthey est directrice des investissements et du développement local de la Caisse des dépôts et consignations (CDC), en charge des investissements dans les secteurs infrastructures, immobilier, énergie, numérique, et création d'entreprises. Elle est également membre des comités de direction de l'établissement public et du groupe Caisse des dépôts. Elle a débuté sa carrière chez France Télécom, puis est entrée à la Délégation interministérielle à l'aménagement du territoire et à l'attractivité régionale (DATAR) en tant que directrice du département des investissements étrangers en France, où elle a créé le réseau « *Invest in France* » devenu l'Agence française des investissements internationaux (AFI). De 2003 à 2008, elle est membre de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP). En 2009, elle rejoint le comité de direction du groupe Alcatel-Lucent en qualité de directrice du secteur public et défense. En 2011, elle est nommée, avec dix-huit autres personnalités, au Conseil national du numérique. Elle est également membre de l'Académie des technologies, et membre du Conseil d'administration de DCNS et de la Société nationale immobilière (SNI).



Actes – Entreprises publiques nationales et entreprises publiques locales : convergences et divergences

Patrick Gérard

Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,
modérateur de la table ronde

Organiser un colloque sur les entreprises publiques sans évoquer les entreprises publiques locales (EPL) ne serait pas opportun.

En raison, tout d’abord, du rôle considérable qu’elles ont acquis. Mais aussi parce que les collectivités territoriales, dans leur ensemble, constituent le premier investisseur en France, et enfin parce que nous fêtons aussi le 90^e anniversaire du décret-loi de 1926¹²³.

Le décret-loi « Poincaré »¹²⁴ du 28 décembre 1926 disposait, dans son article 13, que pour la première fois, « *Les communes peuvent être admises sur délibération du conseil municipal approuvée dans les conditions prévues par l’article 3 du présent décret ; soit à acquérir des actions ou obligations des sociétés chargées d’exploiter les services communaux visés par ledit article, soit à recevoir, à titre de redevance, des actions d’apport ou parts de fondateur émises par lesdites sociétés. En aucun cas, la part de la commune ou des communes intéressées ne peut dépasser 40 % du capital social* »¹²⁵.

Dès le départ, les entreprises publiques locales françaises ont été régies par le principe de mixité des capitaux. Raymond Poincaré expliqua dans son rapport au Président de la République : « (...) *il apparut en effet qu’il serait contradictoire de donner aux communes la faculté d’exploiter en régie des services publics industriels et commerciaux d’intérêt public, en laissant peser sur elle l’incapacité dont elles sont actuellement frappées, de participer financièrement aux sociétés chargées des dites exploitation* ». Il faut dire que l’Allemagne, et à travers elle, l’Alsace-Moselle, avait connu les entreprises publiques tout comme la Belgique et la Suède.

Quatre-vingt-dix ans plus tard, les lois de décentralisations ont donné un essor nouveau aux entreprises publiques. On peut regarder les toiles de la salle

123 Décret-loi du 28 décembre 1926 relatif aux régies municipales règlementant le fonctionnement des entreprises exploitées par les communes ou dans lesquelles elles ont une participation financière.

124 Raymond Nicolas Landry Poincaré (1860-1934), homme d’État français, Président de la République française de 1913 à 1920.

125 Le premier texte autorisant la participation des communes à des sociétés est la loi « Strauss » du 12 avril 1906. Mais, après la guerre de 1914-1918, dans un contexte de reconstruction et de difficultés rencontrées par les concessionnaires de services publics locaux, ce sont les décrets-loi « Poincaré » du 26 novembre et du 28 décembre 1926 qui marquent réellement le point de départ de l’économie mixte locale en autorisant les communes à prendre des participations dans les sociétés de construction ou d’exploitation de services communaux.

d'assemblée générale où nous sommes réunis pour ce colloque, réalisées dans les années 1920 par Henri Martin, pour constater que les collectivités locales sont au cœur de l'économie : la pêche à Marseille, les travaux publics et le logement à Paris¹²⁶, mais aussi l'aménagement. Il est en effet très rare qu'une zone d'aménagement concerté (ZAC) ne soit par organisée, dirigée par une société d'économie mixte. De même, les offices de congrès, le tourisme, certains centres sportifs, les ports de plaisances, et le ramassage des ordures ménagères sont régies par des sociétés mixtes locales ou des entreprises publiques.

Nous allons donc essayer de réfléchir ensemble à la notion d'entreprise publique, en nous posant une série de questions.

Est-ce que l'intervention des collectivités territoriales ne peut avoir lieu qu'en cas de défaut du secteur privé, simplement dans le souci de participer au développement d'une commune ? Est-ce que les entreprises publiques locales (EPL) sont soumises à des règles spécifiques, plus sévères que les règles nationales ? Comment la Caisse des dépôts et consignations (CDC), bras financier de l'État, intervient-elle aussi dans l'économie locale ?

Pour nous éclairer sur tous ces points, je donne la parole au sénateur Chiron.

Jacques Chiron

Sénateur de l'Isère, président de la Fédération des entreprises publiques locales

Merci M. le président. J'aborderai ici le contexte du développement des entreprises publiques locales (EPL), un contexte particulier favorable, car la « tectonique territoriale » fait surgir des demandes de la part des collectivités territoriales pour créer de nouvelles entreprises publiques locales.

On dénombre ainsi trois types d'entreprises publiques locales :

- la société d'économie mixte (SEM), où les collectivités territoriales doivent détenir entre 50 % des actions plus une et 85 % d'actions ; elle a une vocation plutôt marchande, sans être limitée à un territoire restreint, et envisage un type de clientèle assez différent et ayant un lien fort avec la CDC ;
- la société publique locale d'aménagement (SPLA) qui a été testée en 2006, puis la société publique locale (SPL) créée en 2010 par le Sénat ; leur capital est alors exclusivement détenu par les collectivités territoriales actionnaires ;
- la société d'économie mixte à objet unique (SEMOP) créée en 2014 par le Sénat. Les SEMOP permettent à la collectivité territoriale d'être minoritaire dans la société, mais leur objet est unique et leur durée de vie limitée. La SEMOP a été mise en place par le Sénat, dès 2011, pour répondre à l'échec des partenariats publics-privés (PPP). Les PPP se sont, en effet, révélés très onéreux pour la collectivité ou pour l'État, comme l'ont vécu de nombreuses universités. Cette initiative a aussi été motivée par le travail mené en collaboration avec d'autres

¹²⁶ Si Poincaré demande la mise en place de ce décret c'est, en premier lieu, en raison d'un problème de logement.



pays européens. La Commission européenne avait fait naître des craintes relatives à l'avenir des entreprises publiques locales. L'Allemagne, la Suède, l'Italie, l'Espagne et l'Autriche ont beaucoup développé les entreprises publiques locales. En France, nous sommes en retard par rapport à eux. Aussi, savoir comment ces pays ont développé ces structures, alors que nous comptons seulement mille deux cents entreprises publiques locales pour trente-cinq mille communes, est-il particulièrement intéressant.

Cette gamme de structures est relativement complète. Celles-ci peuvent répondre à la demande des collectivités, afin de gérer un ou plusieurs services au public ayant pour mission l'intérêt général.

Nous avons mille deux cents entreprises publiques locales (EPL), neuf cents sociétés d'économie mixte (SEM), trois cents sociétés publiques locales (SPL). Concernant les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP), en raison de leur création récente, sept sont réellement en activité (SEMOP d'eau, d'assainissement, et d'environnement, et une vingtaine sont en cours de constitution dans différents secteurs demandant des investissements lourds). L'avantage de la SEMOP est, tout d'abord, que l'investisseur privé peut être majoritaire, sinon il faut créer une SEM. L'autre avantage réside dans le fait que cet investisseur apporte des capitaux à côté des collectivités territoriales, ou de la CDC, sur une durée limitée au contrat.

Ces structures représentent actuellement treize milliards d'euros, soixante mille emplois et quatre milliards de capital. Face à cet essor, d'aucuns ont rétorqué que cela traduisait une « atomisation » de l'économie locale. Or, de nombreuses études expliquent, en réalité, que cet essor favorise la modernisation de l'action publique. L'on va vers des transformations de régies en SEM, ou en SEMOP, pour répondre aux besoins d'investissement. De même, des structures gérées par des associations, notamment dans le domaine du tourisme, se transforment en SEM, en SEMOP, ou en SPL. Enfin, de nouveaux champs d'interventions inattendus apparaissent, comme les sociétés publiques locales de service à la personne. Ainsi, l'on s'est aperçu que les collectivités territoriales, pour dépasser leur structure administrative territoriale, s'associent à des communes proches d'elles, mais pas forcément membres de leur intercommunalité, pour créer des crèches, ou des structures dédiées aux personnes âgées. Ces structures sont plus souples, et permettent de mieux équilibrer les réponses aux besoins des usagers et ainsi développer une meilleure dynamique d'action.

Les entreprises publiques locales sont, avant tout, un outil de développement endogène. Elles sont toujours portées en direction d'un projet d'intérêt général, et interviennent prioritairement au service de projets économiques dont l'objectif est de créer de la valeur à l'échelon local et permettre le développement local.

Ce sont des sociétés commerciales qui produisent des biens et des services, en adéquation avec les demandes et la stratégie des collectivités locales. Pour cela, les élus sont présents au conseil d'administration et, à de rares exceptions près, le président est toujours un élu. Cela se justifie dans la mesure où les élus apportent des financements.



Les SEM et les SEMOP sont aussi de réels outils de gouvernance. Les SEM et les SEMOP possèdent, à la fois, les valeurs du service public et les atouts du privé. Ces sociétés permettent aux élus locaux de s'enraciner dans l'économie réelle, sans qu'il soit besoin de créer mécaniquement un impôt. L'atout de ce partenariat permet, ici, une gestion plus souple, plus réactive, mais aussi plus transparente.

Ainsi, nos structures sont parmi les plus contrôlées de France ; elles sont contrôlées par les collectivités territoriales qui ont développé des outils *ad hoc*, par les commissaires aux comptes – car ce sont des S.A. –, et par les services de l'État : Agence nationale de contrôle du logement social (ANCOLS) et chambres régionales des comptes (CRC). Peu de structures sont aussi contrôlées que celles-ci en raison notamment d'une exigence citoyenne accrue. Elles permettent aux élus locaux de mieux maîtriser la gouvernance, à partir du moment où les bénéficiaires sont réinvestis localement. On le voit, les élus, comme les acteurs privés, sont en permanence en recherche de la solution la plus pertinente en réponse à leurs besoins.

Pour se faire une idée de la réalité française, regardons la situation au niveau européen.

En Allemagne, il existe douze mille communes pour huit mille cinq cents entreprises publiques locales (EPL) ; en Italie, il y a huit mille communes pour trois mille cinq cents entreprises publiques locales ; en Suède, il existe deux cent quatre-vingt dix communes pour mille neuf cents entreprises publiques locales. L'on constate que ces pays ont investi massivement dans ces structures. L'on peut ainsi penser qu'avec la réorganisation régionale, les nouvelles régions seront en quête d'outils comme les EPL.

Par ailleurs, de nombreuses différences existent entre les entreprises publiques nationales et locales.

Leurs fondements juridiques sont distincts, puisque l'État peut être seul actionnaire de son entreprise, tandis que les entreprises publiques locales doivent avoir des partenaires (établissements bancaires, entreprises privées, autres collectivités territoriales). Les sociétés publiques locales sont relativement encadrées, car selon la loi, elles ne peuvent exercer leurs activités que pour le compte exclusif et sur le seul territoire de leurs collectivités territoriales actionnaires. Les directives européennes permettent de sortir du territoire en exerçant des activités à hauteur de 20 % du chiffre d'affaires pour le compte de tiers ; possibilité que nous n'avons pas adoptée en France, dans la mesure où elle fragiliserait notre système d'économie mixte.

L'État s'est aussi beaucoup servi de nos avancées au niveau parlementaire, et plus particulièrement sénatorial. On notera que l'État était très réservé sur le développement des sociétés publiques locales, ce qui ne l'a pas empêché de créer



une... société publique locale d'aménagement pour le Grand Paris¹²⁷. De même pour la société d'économie mixte à opération unique, qui a rencontré des barrages assez forts. C'est pourquoi, nous avons pris le soin, en la matière, de rédiger des lois courtes et bien écrites, afin qu'elles puissent être applicables rapidement, car l'économie locale est vouée à se développer encore davantage.

Catherine Delort

Adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Au sujet des sociétés d'économie mixte à opération unique, leur développement concerne les partenariats publics-privés (PPP) dits « institutionnels » – pour gérer un service public. Si, dès 2009, la Commission européenne a admis ce principe¹²⁸, le Conseil d'État, en revanche, a estimé qu'au regard des textes existants, il n'était pas possible de transposer à l'identique ce principe de PPP institutionnel, en raison du droit national¹²⁹. Par ailleurs, dans la loi « NOTRe »¹³⁰ il est fait mention des sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique (SEMAOU)¹³¹.

Patrick Gérard

Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études, modérateur de la table ronde

Comment caractériser la différence de régimes entre les entreprises publiques de l'État, et les entreprises publiques locales ? Y a-t-il des sujets sur lesquels le droit des entreprises publiques locales se rapproche de celui des entreprises publiques nationales ?

La parole est à Mme Delort.

Catherine Delort

Adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Merci M. le président. Je développerai mon propos en deux temps : le premier moment de mon intervention se focalisera sur les différences de régimes qui

127 Décret n° 2015-980 du 31 juillet 2015 relatif à l'établissement public Grand Paris Aménagement et abrogeant le décret n° 2002-623 du 25 avril 2002 relatif à l'Agence foncière et technique de la région parisienne. V. également : décret n° 2016-1915 du 27 décembre 2016 portant dissolution de l'Établissement public d'aménagement de la Plaine de France et transfert de ses droits et obligations à l'Établissement public Grand Paris Aménagement, décret n° 2017-777 du 5 mai 2017 relatif à l'établissement public Grand Paris Aménagement, et loi n° 2017-257 du 28 février 2017 relative au statut de Paris et à l'aménagement métropolitain.

128 Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 19 novembre 2009 concernant la mobilisation des investissements privés et publics en vue d'une relance de l'économie et d'une transformation structurelle à long terme : développement des partenariats public-privé [COM(2009) 615 final - non publié au Journal officiel].

129 Conseil d'État (section de l'administration), avis n° 383264, séance du 1^{er} décembre 2009.

130 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

131 *Ibid.*, article 62.

existent, notamment en matière juridique ; puis, dans un second temps, j'analyserai plus spécifiquement le sujet de la commande publique. À cet égard, l'on notera que la réforme qui vient d'être menée – avec des textes entrés en application dès le mois d'avril 2016 – a été l'occasion d'un mouvement d'unification des entreprises publiques nationales et locales, mais aussi des entreprises publiques industrielles et commerciales¹³².

Les différences de régimes juridiques

Si les régimes des EPIC nationaux et locaux sont proches, ce n'est pas le cas des régimes applicables aux sociétés commerciales. En effet, les participations des collectivités territoriales au capital des sociétés commerciales sont très encadrées, et il a fallu que la loi intervienne pour créer directement les sociétés publiques locales (SPL), les sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) et les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP).

Les SPL ou les SPLA sont des sociétés entièrement contrôlées par les collectivités territoriales, tandis que les SEMOP ont une durée de vie limitée et répondent à un impératif de partenariat public-privé (PPP) institutionnel. La Commission européenne a admis l'idée des SEMOP, afin de favoriser des opérations utilisant un PPP avec une présence forte de la personne publique. Néanmoins, elle veille au respect de la mise en concurrence ; d'où un certain temps pour mettre en place, de manière effective, les SEMOP. Il faut, à cet effet, définir les besoins et les missions, et concevoir un plan d'avenir concernant le partenariat en place et le rôle que chacun doit tenir. Ces structures présentent beaucoup d'intérêt ; d'où la création par l'État, dans la loi sur la transition énergétique¹³³, des sociétés d'économie mixte hydrauliques (SEMH), ainsi que des sociétés d'économie mixte d'aménagement à opération unique (SEMAOU). La SEMH est une S.A., avec un actionariat mixte partagé entre l'État et d'autres actionnaires. Notons que des collectivités territoriales peuvent aussi devenir actionnaires de la SEMH. La SEMAOU est, quant à elle, de création très récente et doit être constituée de trois actionnaires, dont l'État, un représentant territorial, et un actionnaire privé. Les règles relatives à la mise en concurrence s'y appliquent.

Enfin, l'ordonnance du 23 juillet 2015¹³⁴, qui a transposé et modifié le droit de la commande publique, a consacré la possibilité pour une personne publique, quelle qu'elle soit, de participer au capital d'une société de projet, afin d'avoir des « garde-fous » concernant des participations minoritaires. L'ordonnance précise qu'il faut que la participation de la personne publique au capital ne bouleverse pas les responsabilités, et ne fasse pas basculer l'entreprise privée dans le public¹³⁵.

Au-delà de ces différences, l'on se dirige vers un rapprochement. Ici, c'est l'État qui se rapproche du droit des collectivités territoriales.

132 V. notamment l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

133 Loi n° 2015-992 du 17 août 2015 relative à la transition énergétique pour la croissance verte.

134 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

135 *Ibid.*



La commande publique

Le droit de la commande publique est issu des directives communautaires. En 2012, le législateur européen a lancé la révision des directives européennes sur les marchés publics, puis, en 2014, une refonte des directives¹³⁶. Il doit être noté que c'est la direction des affaires juridique (DAJ) de Bercy qui a eu la charge de transposer les directives, dans le respect des recommandations du Conseil d'État.

À l'occasion de cette transposition – réalisée dans les délais par la France –, a été proposée une simplification du droit de la commande publique. Le code des marchés publics, qui n'avait pas, jusqu'alors, de base législative bien solide – car placé sous le régime des décrets-loi de 1938¹³⁷ –, posait des interrogations à la moindre modification. Ledit code s'appliquait alors à l'État, à ses établissements publics administratifs (EPA), aux collectivités territoriales et à tous les établissements publics locaux. Alors que pour les EPIC nationaux, ainsi que pour un certain nombre d'organismes privés soumis au droit de la commande publique, ceux-ci restaient soumis à l'ordonnance de 2005¹³⁸ ainsi qu'à un décret d'application¹³⁹. Cette dichotomie était compliquée, et conduisait à une différence entre le droit national et le droit local, chaque secteur ayant son propre texte, créant ainsi un droit de la commande publique spécifique.

Cette architecture a été simplifiée. Une quinzaine de textes ont été remplacés le 1^{er} avril 2016 par une ordonnance sur les marchés publics¹⁴⁰, et un décret¹⁴¹ sur le même sujet, de même qu'une ordonnance sur les concessions.

Au-delà de la simplification, le contentieux appliqué aux contrats a été unifié. Avant le 1^{er} avril 2016, tous les marchés publics passés par des personnes soumises au code des marchés publics étaient des contrats administratifs ; en revanche concernant les contrats impliquant des personnes soumises à l'ordonnance de 2005, la question se posait ; le juge devant faire un choix en fonction des règles jurisprudentielles classiques du droit administratif. Les EPIC de l'État, quant à eux, relevaient le plus souvent du juge judiciaire. Dans l'article 3 de l'ordonnance de juillet 2015, on spécifie à présent que les marchés publics passés par des personnes publiques sont des *contrats administratifs*, ce qui va changer le paysage contentieux. Dès lors, les marchés passés par les EPIC de l'État seront soumis au droit administratif. Il y a désormais une unification.

136 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

137 Décret du 12 novembre 1938 pris en application de la loi du 5 octobre 1938 et portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics.

138 Ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

139 Décret n° 2005-1742 du 30 décembre 2005 fixant les règles applicables aux marchés passés par les pouvoirs adjudicateurs mentionnés à l'article 3 de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics.

140 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

141 Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics.



Autre conséquence : les entreprises publiques, les établissements publics, sont soumis aux mêmes règles, y compris certaines dispositions non issues des directives et du droit de l'Union européenne. Par exemple, la règle de l'allotissement¹⁴² avait, depuis longtemps, été adoptée de manière obligatoire en France, avant que le droit européen n'en fasse de même, de manière également obligatoire. En outre, en termes de vocabulaire, l'ordonnance apporte aussi un certain degré de simplification, car l'on parle désormais d'« acheteur public ». Le statut privé ou public d'une entité n'a pas d'incidence sur sa qualification de pouvoir adjudicateur ou d'acheteur.

Enfin, l'ordonnance de juillet 2015 codifie l'exclusion de la quasi-régie¹⁴³ qui, jusqu'à présent, figurait dans les textes nationaux, mais pas dans les directives européennes. C'était une construction jurisprudentielle¹⁴⁴. Les États membres à quinze s'étaient opposés à codifier cette jurisprudence, car l'on pensait qu'elle allait évoluer. En 2014, l'on a eu beaucoup de jurisprudences sur la quasi-régie, d'où un besoin d'unification. La codification de la jurisprudence a ainsi donné un panorama d'outils à la disposition des pouvoirs publics.

Jacques Chiron

Sénateur de l'Isère, président de la Fédération des entreprises publiques locales

Dans d'autres États européens, des agences ont été créées au sommet des différentes entités qui portent les actions des collectivités territoriales. C'est une déclinaison de l'Agence des participations de l'État (APE) au niveau local. Cela permet de faire remonter les résultats et favorise la création d'outils nouveaux.

Gabrielle Gauthey

Directrice des investissements et du développement local de la Caisse des dépôts et consignations, en charge des investissements dans les secteurs infrastructures, immobilier, énergie, numérique et création d'entreprises

Les SEMOP ont-elles un pouvoir adjudicateur vis-à-vis de la commande publique ?

142 L'allotissement est la décomposition d'un marché en plusieurs lots pour des raisons économiques, financières ou techniques.

143 Ordonnance du 23 juillet 2015 précitée, article 17. Les contrats de quasi-régie, qualifiés également de contrats « *in house* » ou de prestations intégrées, sont des contrats conclus, sans mise en concurrence (marché public, délégation de service public ou concession d'aménagement), par une autorité adjudicatrice avec un prestataire qui réalise pour elle l'essentiel de ses activités, et sur lequel elle assure un contrôle de même nature que sur ses propres services. À ce titre, ils sont exclus du champ d'application du code des marchés publics.

144 Ces règles se fondent sur la jurisprudence dégagée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999 (aff. C-107/98), puis précisée par des arrêts postérieurs.



Catherine Delort

Adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Elles ne sont pas pouvoirs adjudicateurs, elles sont opérateurs. Dans un marché classique, elles seraient prestataires. Ici, en présence d'un partenariat entre le public et le privé, elles ne le sont pas.

Patrick Gérard

Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études, modérateur de la table ronde

Pourquoi la CDC accompagne-t-elle les collectivités territoriales dans leur œuvre économique, et comment, à partir de sa position d'observateur et de visionnaire, imagine-t-elle l'avenir des entreprises publiques locales ?

Gabrielle Gauthey

Directrice des investissements et du développement local de la Caisse des dépôts et consignations, en charge des investissements dans les secteurs infrastructures, immobilier, énergie, numérique et création d'entreprises

La Caisse des dépôts et consignations (CDC) a des liens particulièrement forts et historiques avec l'économie mixte. Les SEM ont joué, et jouent toujours, un rôle important dans la modernisation de notre pays, comme ce fut le cas après-guerre alors que le directeur de la CDC en 1955, François Bloc-Lainé, avait créé la société centrale pour l'équipement du territoire (SCET), le ministre des affaires économiques et des finances de l'époque, Pierre Pflimlin, lui demanda d'assister les collectivités locales dans la réalisation d'équipements à l'aide des SEM. Celles-ci sont intervenues dans de nombreux domaines. Historiquement, elles occupent une place importante dans les infrastructures de premier plan : autoroutes, parkings, aménagements, concessions de grands sites touristiques (balnéaires ou de montagnes), mais aussi logements ou encore transports. Aujourd'hui, elles interviennent encore majoritairement dans l'aménagement et l'immobilier et, désormais, dans l'énergie, les transports et le numérique.

Nous avons la particularité de compter dans notre groupe les deux seules SEM qui sont, à la fois, des entreprises nationales et locales : la Société nationale immobilière (SNI) et Adoma¹⁴⁵, toutes deux sociétés anonymes d'économie mixte.

En quoi ces entreprises publiques locales appartiennent-elles à un monde différent des entreprises publiques nationales, au-delà des relations normales qu'elles entretiennent et des valeurs qu'elles partagent ? Le dossier de présentation du présent colloque indique que les entreprises publiques locales et nationales reposent sur des textes différents et sur des logiques propres. De fait, les différences

¹⁴⁵ Adoma s'appelait jusqu'en 2007 : Société nationale de construction de logements pour les travailleurs (SONACOTRA). Son nouveau nom, Adoma, est formé à partir du latin *ad*, qui signifie vers, et *domus*, maison.

semblent parfois l'emporter sur les similitudes, aussi bien dans l'origine que dans l'évolution. Dans l'origine, les objets des entreprises publiques nationales sont de remplir des missions sectorielles, dans l'énergie, les transports, les postes et les télécommunications, avec un but de desserte équitable du territoire, mais sans objectif stratégique spécifiquement décentralisé ou localisé en première approche. Les établissements publics locaux, les seules SEM à l'origine, ont été créés pour mettre en œuvre la réalisation et la gestion souple de projets présentant un intérêt général pour la ou les collectivités membres, tout en gardant un certain contrôle sur les projets par la détention de la majorité du capital de ces SEM. Ces sociétés ont été développées dans un souci d'efficacité opérationnelle en ce qui concerne la commande publique. Aujourd'hui, il existe une multitude de statuts, comme l'a évoqué le sénateur Chiron.

Les entreprises publiques nationales ont beaucoup évolué, se rapprochant des logiques de la gestion privée et se développant de plus en plus à l'international. Les entreprises publiques locales ont évolué dans un sens de diversification de la forme juridique sous l'aiguillon du droit européen pour s'adapter aux opportunités pratiques du « *in house* ».

Mais, au-delà de ces différences, les entreprises publiques nationales et locales interagissent souvent entre elles, notamment dans les domaines de l'aménagement, comme les « EPIC d'aménagement » que nous appelons « villes nouvelles » et, désormais, dans des opérations décrétées d'intérêt général par l'État, ou encore avec le Grand Paris.

Il paraît fondamental de rappeler que les deux structures sont créées, à l'origine, dans un souci d'intérêt général, qu'il soit national, comme avec la compagnie nationale du Rhône (CNR) – dont la CDC détient 33 % du capital – dédiée à la maîtrise de la production d'hydroélectricité, et donc à l'indépendance de la France, ou qu'il soit local, servant de projet de développement économique aux territoires dans lesquels elles sont ancrées. Ces deux structures répondent, d'une manière ou d'une autre, à une dynamique territoriale qu'il faut mettre en œuvre en faisant appel à des acteurs publics ou privés, et aux collectivités territoriales.

Les récentes évolutions législatives favorisent le rapprochement entre les entreprises publiques nationales et locales. Ainsi, la loi sur les SEMOP¹⁴⁶, ou le décret d'avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique¹⁴⁷, viennent-ils instaurer des sociétés d'économie mixte hydroélectriques (SEMH), associant un pôle d'actionnaires publics à un opérateur industriel sélectionné après mise en concurrence. Ce type de structure permettra aux collectivités territoriales riveraines des cours d'eau de participer à l'exploitation d'une concession renouvelée en qualité d'actionnaire, sous réserve de la capacité des demandeurs d'assumer les besoins de financement projetés de la future concession. À partir du modèle de la Compagnie nationale du Rhône (CNR), la CDC pourrait être amenée à participer à ce nouveau type de SEM.

¹⁴⁶ Loi n° 2014-744 du 1^{er} juillet 2014 permettant la création de sociétés d'économie mixte à opération unique.

¹⁴⁷ Décret n° 2016-530 du 27 avril 2016 relatif aux concessions d'énergie hydraulique et approuvant le modèle de cahier des charges applicable à ces concessions.



Enfin, au congrès de la fédération des établissements publics locaux, en octobre 2015, la ministre du logement a invité les établissements publics locaux franciliens à être des moteurs dans les discussions à venir sur les contrats d'intérêt national, entre l'État et les collectivités territoriales, qui pourront prévoir des formes juridiques d'interventions dans lesquelles les établissements publics locaux auront toute leur place. Les collectivités territoriales sont, davantage que par le passé, confrontées à un défi de capacité d'investissement moindre sur les territoires, due en partie à la baisse de la dotation générale d'investissement, se traduisant par une baisse de l'investissement, alors que ces territoires demeurent, en matière économique et d'emplois, très nécessaires. De même, les différentes étapes de décentralisation ont renforcé le poids des collectivités territoriales dans les politiques publiques.

Dans ce contexte, les SEM sont invitées par les collectivités territoriales à prendre de plus en plus d'initiatives nouvelles pour se substituer, ou pour pallier le déficit de dotation de l'État, aux collectivités territoriales, et animer ou porter patrimoniallement une part croissante dans de nombreux domaines comme l'investissement public local, ou l'immobilier d'entreprises. Depuis quelques années, les SEM sont en effet porteuses d'investissements dans des domaines aussi variés que les commerces de centre-ville ou l'immobilier de bureaux, ce qui constitue pour elles de nouveaux domaines de développement.

À leurs côtés, la CDC renforce leurs capacités d'intervention. D'autant qu'elles sont historiquement sous-capitalisées et n'ont pas de structures de bilan comparables à celles des entreprises privées.

Quant au Gouvernement, il les incite à aller plus loin dans les domaines de l'énergie, de la rénovation et de l'efficacité énergétique des bâtiments, en faisant éventuellement appel à des « tiers financeurs ». De nombreuses SEM sont porteuses de ces nouvelles missions, et la CDC les appuie dans leur réalisation.

Concernant les SEMOP, la CDC a recensé entre vingt et vingt-cinq projets de créations. La CDC accompagne la création et la mise en œuvre de ces structures pour dix-huit d'entre elles. Parmi ces SEMOP, trois concernent le domaine de l'eau et de l'assainissement, trois les réseaux de chaleur, et quatre les ports. Cette dynamique participe aussi à la rénovation des infrastructures françaises. Le thermalisme, les palais des congrès, les ports sont autant d'objets touristiques qui peuvent être portés par des SEMOP.

La CDC accompagne les collectivités territoriales dans l'ingénierie juridique et financière de leurs projets en veillant à l'effet de levier entre capitaux publics et privés. La SEMOP permet de conjuguer réactivité du secteur privé et temps long. Elle concerne un champ couvert par le secteur privé, mais permet aussi aux collectivités territoriales de disposer d'outils réactifs, spécialisés, et capables de supporter un risque économique dans le temps long sans obligatoirement tolérer une rentabilité différée, ce qui est souvent une évolution de doctrine. La position de la CDC y est celle d'un « investisseur avisé », aux côtés d'investisseurs privés. En envisageant d'ailleurs des retours financiers, ces structures peuvent donc être



vues comme des sources de financement de futurs investissements grâce aux différents dividendes qu'elles peuvent percevoir. La vocation des SEM à ne pas être déficitaires est un changement de culture fort, qui commence à rentrer dans les mœurs.

Aujourd'hui, notre principale préoccupation est celle de la mise en œuvre de la loi de modernisation de l'action publique territoriale (MAPTAM)¹⁴⁸ et de la loi « NOTRe »¹⁴⁹, l'élargissement des régions et l'évolution des compétences des divers niveaux de collectivités impliquant une évolution des SEM. Par ailleurs, la nouvelle ordonnance du marché de partenariat¹⁵⁰ est un outil intéressant qui favorise les SEMOP, car les collectivités territoriales y voient un intermédiaire entre les PPP, longtemps décriés – à tort –, et la régie. Elles y cherchent un plus faible coût, une meilleure souplesse, et une diminution des contentieux futurs. Le futur est donc du côté des établissements publics locaux (EPL).

Patrick Gérard

*Président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études,
modérateur de la table ronde*

Comment réagissent les collectivités territoriales, les élus, à cette demande de rentabilité des SEM, étant entendu qu'ils ont l'habitude de gérer des services administratifs plutôt que financiers ?

Gabrielle Gauthey

Directrice des investissements et du développement local de la Caisse des dépôts et consignations, en charge des investissements dans les secteurs infrastructures, immobilier, énergie, numérique et création d'entreprises

Les collectivités territoriales sont de plus en plus confrontées au besoin de gérer leurs investissements en dépit de moyens de plus en plus réduits. Quand elles ont un projet, elles doivent concevoir de nouveaux montages. Ainsi, pouvoir bénéficier d'une structure naturellement non déficitaire appelle leur attention. Les nouvelles régions veulent investir elles-mêmes, car elles savent que le recours à l'emprunt a des limites, et elles ne veulent pas se limiter à être « subventionneuses ». Il y a toute une pédagogie à faire autour du nouveau corpus de la commande publique, pour montrer la vertu qu'il y a à créer des établissements publics locaux qui sont (éventuellement) rentables, et qui peuvent même emprunter à faible coût.

Jacques Chiron

Sénateur de l'Isère, président de la Fédération des entreprises publiques locales

Nous avons, avec la CDC, la même philosophie des SEM. Par exemple, à l'occasion de la création d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) ou de bâtiments dédiés

148 Loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles.

149 Loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République.

150 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.



à l'activité économique, la CDC a toujours été partenaire par des emprunts, des participations ou la réalisation d'un montage financier pour l'opération. Elle réussit même à trouver des partenaires étrangers qu'une collectivité territoriale n'aurait jamais trouvés par ses propres moyens, comme cela a été le cas à Grenoble – ville que je connais bien –, avec la présence d'investisseurs hollandais. Par ailleurs, la CDC nous aiguille dans nos investissements.

En matière de logement social, nos SEM immobilières couvrent aujourd'hui tout le parcours du logement de nos concitoyens, allant du logement social à l'accession sociale à la propriété, en passant par le logement intermédiaire. Ces résultats vont en direction du logement social, en permettant d'avoir plus de fonds propres et donc de construire plus de logements sociaux. Quand on regarde le bilan des SEM immobilières, le niveau d'emprunt que nous sollicitons pour celles-ci est souvent plus proche de 60 % que de 70 %, contrastant avec ce qui était alors l'usage. Cette collaboration avec le secteur privé permet un meilleur équilibre, parfois en constituant des filiales avec la CDC. Ces évolutions contribuent à donner aux collectivités territoriales le sens de la culture du résultat.

Catherine Delort

Adjointe au directeur des affaires juridiques des ministères économiques et financiers

Si une personne publique, État ou collectivité territoriale, s'adresse directement à une société publique locale (SPL), la situation de quasi-régie ne fait aucun doute ; de même lors de la création d'une société d'économie mixte à opération unique (SEMOP), car la procédure de concurrence se fait avant. Néanmoins, c'est toujours plus délicat dans les relations des collectivités territoriales avec leurs SEM car, dans la majorité des cas, la collectivité territoriale ne peut pas s'adresser à sa SEM du fait des capitaux privés qu'elle détient.

Quant à la codification de la jurisprudence sur la quasi-régie, cette dernière disait que dès lors qu'il y a une présence de capitaux privés, la quasi-régie ne peut pas fonctionner¹⁵¹.

¹⁵¹ CJCE, aff. C-26/03, 11 janvier 2005, *Stadt Halle* ; CJCE, aff. C-458/03, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*.



Échanges avec la salle

Question du public

Je souhaiterais faire une observation concernant les sociétés coopératives d'intérêt collectif (SCIC)¹⁵². Il en existe quelques centaines aujourd'hui, davantage que les SEMOP, où les collectivités territoriales peuvent être minoritaires. Ces sociétés coopératives d'intérêt collectif peuvent accueillir jusqu'à 50 % de capital des collectivités territoriales depuis la loi de l'économie sociale et solidaire de juillet 2014¹⁵³, contre 20 % avant. Cela n'a-t-il pas à voir avec la participation de l'État de manière minoritaire au sein d'un certain nombre d'entités d'intérêts collectifs ? Ces sociétés occupant une place importante dans le monde de la culture, de la réinsertion par le travail, ou des services à la personne, cela ne peut-il pas faire partie de votre champ d'action ? Quid également de l'importance du capital majoritaire ou minoritaire ? N'a-t-on pas un poids avec 49,9 % du capital dans une structure, fut-elle coopérative ?

Jacques Chiron

On s'est posé la question de savoir s'il fallait les intégrer dans notre fédération. La SEM logement que je préside est rentrée dans le capital d'une SCIC. Celle-ci fait de l'accession à la propriété sociale, ce qui pose un vrai sujet. En capital, cette société possède huit cent mille euros, mais elle ne sait pas les redistribuer, car tous les associés doivent être coopérateurs. Donc, soit elle les redistribue à ses coopérateurs, soit elle les garde. Que faire des résultats ? Ne peut-on pas aller vers du logement intermédiaire pour redonner des résultats ? Leur développement est bénéfique, car la forme coopérative implique plus les partenaires, et donc plus de futurs propriétaires et de primo-accédants ; mais cette question des résultats pose problème. Dès lors, ne pourrait-on pas inciter ces coopératives à aller dans du logement intermédiaire ?

Gabrielle Gauthey

Les coopératives sont, au titre de l'économie sociale et solidaire, dans notre périmètre. On envisage des intérêts et on lève un fonds, le fonds NovESS¹⁵⁴, pour les aider, malgré les limites pointées précédemment.

152 Selon la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001 qui a institué les SCIC, leur objet est « la production ou la fourniture de biens et de services d'intérêt collectif qui présentent un caractère d'utilité sociale ».

153 Loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire.

154 Fonds d'investissement lancé en juin 2016 par la Caisse des dépôts en partenariat avec des acteurs privés et publics (BNP Paribas, BNP Paribas Cardif, CNP Assurances, Crédit coopératif, Ircantec et Mutuelle nationale territoriale).



L'entreprise publique à la croisée des intérêts publics : clarifier et concilier

Les entreprises et participations publiques mettent en jeu de multiples intérêts publics. Ceux-ci ont longtemps été assumés, défendus et conciliés simultanément. Depuis plus de dix ans, sous l'influence du droit de l'Union européenne et des textes destinés à prévenir ou à réprimer les conflits d'intérêts, un effort de clarification a été entrepris.

Il reste néanmoins difficile de distinguer entre ce qui relève, d'une part, des intérêts de l'État actionnaire (ou plus largement de l'État propriétaire de l'entreprise) et, d'autre part, des attributs de la puissance publique (définissant la politique de la nation dans ce secteur, veillant à la protection d'intérêts stratégiques, y exerçant la police ou diverses formes de régulation, assurant le bon usage des deniers publics, etc.). Les contradictions restent fortes en ce domaine, et les solutions pour les surmonter difficiles à pratiquer, même si elles ont fait l'objet de réflexions approfondies au niveau international. Il est, en outre, souvent délicat de faire coexister opérationnellement les différents mécanismes et représentations à l'œuvre (notamment au sein des organes de gouvernance), de même que les remontées d'informations auxquelles ils peuvent donner lieu. Toutes les réponses n'ont pas été apportées sur ce point.

Sommaire de la table ronde

Biographie des intervenants	103
Actes	105
Échanges avec la salle	127





Biographie des intervenants

Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence

Modératrice

Martine Lombard

Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes

Martine Lombard est professeure agrégée des facultés de droit. Elle a exercé ses fonctions dans les universités de Lyon puis de Strasbourg, avant d'être détachée en 1986 à Air France où elle a occupé les fonctions de directeur des affaires juridiques jusqu'en 1993. Professeure à l'université de Paris Dauphine puis de Panthéon-Assas à partir de 1997, avocate au barreau de Paris jusqu'en 2003, elle s'est spécialisée dans le droit public économique. Elle a exercé les fonctions de membre du Conseil supérieur de la magistrature de janvier 2011 à janvier 2015. Depuis janvier 2015, elle a été désignée membre du collège de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) pour une durée de six ans.

Intervenants

David Azéma

Président de Global Infrastructure Group chez Bank of America Merrill Lynch, ancien commissaire aux participations de l'État

David Azéma est diplômé de Sciences Po et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Fernand Braudel ». Il débute sa carrière en tant qu'auditeur à la Cour des comptes, puis occupe diverses fonctions aux cabinets du directeur général de la police nationale, puis du ministre du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (1991-1993). Il rejoint le groupe SNCF en 1993, où il occupera des fonctions stratégiques et financières avant d'être nommé président-directeur général d'Eurostar Group en 1999. Directeur général délégué et directeur général de VINCI Concessions de 2002 à 2008, David Azéma revient au sein du groupe SNCF comme directeur général délégué. Il a ensuite occupé le poste de directeur général de l'Agence des participations de l'État (2012-2014). Il est aujourd'hui *chairman* du groupe Infrastructures et *vice-chairman* de l'activité *Global Corporate et Investment Banking* pour l'Europe, le Moyen-Orient et l'Afrique au sein de *Bank of America Merrill Lynch*.

Thierry Dahan

Vice-président de l'Autorité de la concurrence

Agrégé de physique, licencié de philosophie et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Victor Hugo », Thierry Dahan a été auditeur, puis conseiller référendaire à la Cour des comptes (1991-1996). Il a été directeur



général des affaires culturelles et des sports de la Ville de Lyon (1996-1999), avant de devenir conseiller technique au cabinet de la garde des Sceaux Elisabeth Guigou (1992-2000) et Marylise Lebranchu (2000-2002). Il devient ensuite rapporteur général auprès du Conseil de la concurrence (2002-2009), puis conseiller maître à la Cour des comptes en 2009, avant d'exercer comme avocat en droit de la concurrence et de la régulation (2010-2012). Il a été conseiller pour les affaires économiques au cabinet du ministre des outre-mer, Victorin Lurel (2012-2014). Depuis 2014, Thierry Dahan est vice-président de l'Autorité de la concurrence.

Jean-Ludovic Silicani

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Ingénieur civil des mines, titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) de sciences économiques, ancien élève de l'Institut d'Études Politiques de Paris et de l'École nationale d'administration (ENA), Jean-Ludovic Silicani commence sa carrière au Conseil d'État en 1980. Il est directeur à l'agence nationale de valorisation de la recherche de 1984 à 1986, avant de rejoindre le ministère de la culture et de la communication comme directeur de l'administration générale de 1986 à 1992. Il est alors nommé directeur général de la bibliothèque de France. En 1993, il devient directeur du cabinet de Simone Veil, ministre d'État, ministre des affaires sociales, de la santé et de la ville. En 1994, il est rapporteur général de la mission sur les responsabilités et l'organisation de l'État, puis, de 1995 à 1998, commissaire à la réforme de l'État. Réintégré au Conseil d'État en 1998, il préside la quatrième sous-section du contentieux de 2003 à 2009. En avril 2004, il rédige pour le Premier ministre un rapport sur la rémunération des directeurs d'administration centrale. D'octobre 2007 à avril 2008, il est chargé de la rédaction du *Livre blanc sur l'avenir de la fonction publique*. En 2009, Jean-Ludovic Silicani devient membre de la commission présidée par Édouard Balladur sur la réforme des collectivités locales. Il préside l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) de 2009 à 2015. Depuis janvier 2015, il a réintégré le Conseil d'État et est président adjoint de la section des travaux publics.

Sara Sultan

Analyste politique à la direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE

Originaire de San Francisco, Sara Sultan est titulaire d'une licence de l'université de Californie à Berkeley (UCB) et d'un master en affaires publiques de l'Institut d'Études Politiques de Paris. Elle est analyste des politiques au sein de la direction des affaires financières et des entreprises de l'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE), où elle travaille depuis 2007 sur la gouvernance des entreprises publiques et du développement du secteur privé. Elle a rédigé de nombreux travaux publiés par l'OCDE traitant de la gouvernance des entreprises publiques, notamment sur leur internationalisation, la neutralité concurrentielle et les bonnes pratiques dans les conseils d'administration.



Actes – L’entreprise publique à la croisée des intérêts publics : clarifier et concilier

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l’ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Le thème de cette quatrième table ronde est d’une grande actualité et acuité. Ce thème est d’une grande actualité car il est l’objet, depuis une quinzaine d’années, de nombreuses avancées théoriques et pratiques. Tout le monde connaît les deux rapports rendus publics en 2003 par le groupe de travail présidé par M. Barbier de La Serre¹⁵⁵, d’une part, et la commission d’enquête sur l’État actionnaire créée à l’Assemblée nationale sous la présidence de M. Douste-Blazy¹⁵⁶, d’autre part.

Ces deux rapports soulignaient, de la même façon, la nécessité de bien distinguer le rôle de l’État stratège, protecteur de certains intérêts dans des secteurs stratégiques, le rôle de l’État client, notamment en matière d’armement, le rôle de l’État organisateur de services publics, notamment en matière de transports, le rôle de l’État régulateur, et puis l’État actionnaire qui doit se préoccuper de sauvegarder ses intérêts patrimoniaux, même si cela s’inscrit dans une perspective de long terme.

Cette prise de conscience a eu des effets concrets avec la création, en 2004, de l’Agence des participations de l’État (APE) qui a acquis, depuis, une vraie réputation de professionnalisme, puis avec l’ordonnance du 20 août 2014 relative à la gouvernance des sociétés à participation publique¹⁵⁷, qui a aménagé les modalités de représentation de l’État. L’ordonnance a voulu répondre à un certain paradoxe tenant à ce que l’État était parfois moins puissant que les autres actionnaires dans les entreprises où il détient des participations. Ses représentants siégeaient, en effet, à côté de personnalités qualifiées, de salariés, ou encore, le cas échéant, à côté de représentants d’autres actionnaires. L’ordonnance a cherché à simplifier les choses en remplaçant les personnalités qualifiées par des administrateurs désignés par les organes de la société sur proposition de l’État.

L’ordonnance de 2014 soulignait cependant, par ailleurs, l’acuité persistante du thème de notre table ronde en raison des difficultés qui demeurent dans la clarification et la conciliation des différents intérêts publics. En écho aux rapports précités de 2003, le rapport de présentation au Président de la République de

155 R. Barbier de La Serre, J.-H. David, A. Joly, Ph. Rouvillois, *L’État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, éd. ministère de l’économie, des finances et de l’industrie, Paris, mars 2003, et éd. La documentation Française, Paris, 2003.

156 Ph. Douste-Blazy, M. Diefenbacher, *Rapport n° 1004 fait au nom de la commission d’enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d’améliorer le système de prise de décision* (tome I, rapport ; tome II, auditions), éd. Assemblée nationale, Paris, 2003.

157 Ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique.



l'ordonnance¹⁵⁸ relevait en effet à nouveau l'ambiguïté des différents rôles de l'État à l'égard des entreprises publiques. Quelque quinze ans plus tard, cette question nous habite toujours.

Il semble, en effet, que la difficulté soit si fondamentale qu'y remédier ne relève pas d'un simple exercice de rédaction des textes juridiques. N'y a-t-il pas parfois, dans les faits, une vraie contradiction entre les différents intérêts publics ? Les intervenants précédents ont cité l'exemple des tarifs du gaz. L'État se préoccupe légitimement de protéger le pouvoir d'achat des consommateurs. Mais, en limitant l'évolution des tarifs du gaz, il a hypothéqué les revenus d'une entreprise dans laquelle il a pourtant une participation importante. C'est là un exemple parmi bien d'autres des difficultés pratiques qui apparaissent de façon récurrente.

Comment mieux faire ? Des solutions concrètes permettraient-elles de remédier à ces difficultés ?

Je suis très heureuse d'avoir à mes côtés quatre experts, qui vont nous faire partager leurs expériences dans ces domaines : David Azéma, ancien commissaire aux participations de l'État, ancien directeur général délégué de la SNCF à la stratégie et aux finances, occupe aujourd'hui d'importantes responsabilités au sein de *Bank of America Merrill Lynch* ; Thierry Dahan, ancien rapporteur général du Conseil de la concurrence, aujourd'hui vice-président de l'Autorité de la concurrence ; Jean-Ludovic Silicani, ancien commissaire à la réforme de l'État, ancien président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), aujourd'hui président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État ; et Sara Sultan, analyste politique à la direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE, spécialiste de la gouvernance des entreprises publiques.

Je donne tout de suite la parole à M. Azéma.

David Azéma

*Président de Global infrastructure group chez Bank of America Merrill Lynch,
ancien commissaire aux participations de l'État*

Merci Mme la présidente. Ma réponse spontanée au thème de notre table ronde est que la clarification imposerait de refuser la conciliation. Je baigne sans doute un peu trop dans la culture britannique, mais le pragmatisme vu par les Britanniques consiste à considérer que seul est vrai ce qui a un impact sur le réel. J'ai entendu précédemment beaucoup de choses qui m'ont parues très souvent contradictoires, mais le génie français parvient à en faire la synthèse et à les présenter de telle manière qu'on gomme leur caractère inconciliable.

Pour les entreprises (notamment celles confrontées au marché international), leurs clients, et les pourvoyeurs de capitaux (qu'il s'agisse de dette ou de capital au sens d'« *equity* »), cette subtilité française consistant à dire une chose et son contraire est totalement incompréhensible. Or un actionnaire ou un prêteur qui

158 Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, *JORF*, n° 0194, 23 août 2014.



demeurent dans l'incompréhension ont tendance à fuir, ou à réclamer une prime de risque qui a pour effet de renchérir le coût des financements...

Il me semble que l'on sous-estime fortement le fait que les grandes entreprises¹⁵⁹, dont on voudrait en France qu'elles se développent, ou à tout le moins qu'elles demeurent parmi les champions nationaux, ne peuvent pas vivre dans un univers à ce point différent de celui de la plupart de leurs interlocuteurs.

Quand je travaillais à l'Agence des participations de l'État (APE), je pensais pouvoir concilier l'inconciliable. Je crois cependant, aujourd'hui, que la notion d'État actionnaire est un oxymore. J'ai eu cette intuition lorsque l'on m'a demandé de réaliser un article dans la revue de la direction juridique du ministère. Je ne pense pas pour autant que ce soit toute notre culture colbertiste, ou notre foi dans le rôle stratégique de l'État et sa capacité à conduire la politique industrielle du pays, qui s'effondre.

M. Schwartz l'a très bien expliqué lors de la première table ronde : l'actionnariat public est redondant. Il existe de multiples autres instruments qui relèvent du privilège de l'État. Beaucoup d'acteurs ont les moyens d'acheter une entreprise. En revanche, seul l'État peut prendre une loi ou un décret pour interdire, par exemple, à un grand fonds chinois de prendre le contrôle d'une entreprise française. L'État dispose de beaucoup d'outils pour atteindre ses objectifs, et l'actionnariat est sans doute le moins efficace.

Avant d'expliquer mon point de vue, j'aimerais préciser qu'il ne s'agit pas d'une position idéologique ou technique. Ma position n'est pas idéologique parce qu'il n'y a pas de raison philosophique à interdire à l'État de prendre en charge une activité. Je diffère d'ailleurs en ce sens de certaines positions européennes, et suis tout à fait à l'aise avec l'idée que les chemins de fer français doivent être gérés en régie et en monopole absolu. Je n'adopte donc pas systématiquement une posture libérale.

En revanche, je pense que la logique capitaliste – qui est celle de l'actionnaire souhaitant réaliser du profit – et la logique de l'État sont totalement irréductibles, et ne peuvent pas cohabiter. La mésaventure de la SNCF, dont nous avons beaucoup parlé précédemment, en est un bon exemple. Le Gouvernement a fait ce qu'il avait à faire en décidant de sauver un article de loi¹⁶⁰ et en sacrifiant peut-être quelques centaines de millions d'euros dans une entreprise qui lui appartient intégralement¹⁶¹. La décision du Gouvernement me choque moins que l'entretien de cette fiction de l'entreprise publique autonome. Il aurait cependant été choquant d'attirer des investisseurs privés dans cette entreprise.

159 Seulement cent vingt des cent soixante-dix entreprises du portefeuille de l'Agence des participations de l'État sont confrontées à ce type de problème.

160 Il s'agissait de l'article 2 du projet de loi « Travail » qui prévoyait que dans le domaine de la durée du travail (nombre maximum d'heures quotidiennes et hebdomadaires, temps de repos, congés payés), l'accord d'entreprise peut prévaloir sur l'accord de branche.

161 Le 8 juin 2016, le Premier ministre Manuel Valls annonçait une reprise partielle de la dette de la SNCF par l'État, et une aide supplémentaire de l'ordre de trois cents millions d'euros par an au secteur ferroviaire.



Pour reprendre les propos de M. Vial, je crois véritablement que l'État n'est pas un partenaire banal. Ne cherchons donc pas à « banaliser » le fonctionnement de l'État actionnaire pour résoudre cette contradiction. Mais, après avoir dit cela, que peut-on faire ?

Je crois qu'il n'existe que deux modèles. Dans le premier modèle, l'État renonce à ses participations et utilise tous ses autres moyens d'action (réglementation, régulation, partenariats). Dans le second, il prend intégralement le pouvoir dans l'entreprise. Mais il ne faut pas croire à l'autonomie des entreprises publiques. Il serait donc intéressant de passer au système de la régie, qui aurait en outre l'avantage d'empêcher l'utilisation des entreprises publiques pour dissimuler de la dette publique.

S'il existait en France une régie des transports ferroviaires nationaux, qui serait en même temps un secrétariat d'État aux chemins de fer comme c'est le cas en Inde, il serait impossible de dissimuler près de cinquante milliards d'euros de dette publique. Les Français seraient alors mieux informés sur l'état des finances publiques. L'enjeu n'est donc pas seulement technique, il est aussi fondamentalement républicain et démocratique.

Comme l'a dit M. Rapoport, on ne peut pas prétendre intervenir dans les mêmes conditions que les entreprises privées quand l'essentiel des contributions sont publiques. Il faut donc clairement assumer ce mode de gestion, qui est très proche de la régie, ou recourir sans ambiguïté à une délégation de service public auprès d'un acteur privé.

Précisons, toutefois, qu'il existe des formes d'organisation intermédiaires qui obligent une prise en compte des conséquences financières et comptables. Le partenariat, que M. Vial évoquait, présente notamment ces caractéristiques. C'est ce que fait, par exemple, un organisme comme BpiFrance. Cependant, cet organisme ne détient pas de participations majoritaires dans des entreprises, et ne répond pas, à la différence d'une entité comme l'APE, aux instructions d'un ministre. BpiFrance dispose, en effet, d'une distance par rapport au pouvoir politique qui lui permet, le cas échéant, de mettre en balance son intérêt social et les participations qu'elle doit gérer, avec certes une pression politique, mais pas d'instructions politiques. Cet organisme semble donc gérable en termes de conciliation des contraires.

Toute gestion directe, majoritaire, et sous l'autorité du politique, conduit à une contradiction insoluble entre l'intérêt social de l'entreprise, la responsabilité de l'administrateur, et les différentes instructions politiques. En tant que démocrate, je considère que les instructions politiques doivent primer, mais comme ces dernières sont incompatibles avec les intérêts de l'entreprise, mieux vaut renoncer à ce mode de gestion.



Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Merci pour la tonicité de votre présentation. J'aimerais demander aux autres intervenants si, compte tenu des propos de M. Azéma, qui montrent la contradiction qu'il y a, selon lui, à tenter tout à la fois de « clarifier » et de « concilier » les différents intérêts publics, il faut renoncer à poursuivre nos travaux sur le thème, qui se veut fédérateur mais serait chimérique, tendant à « clarifier et concilier » les intérêts publics à la croisée desquels se trouvent les entreprises publiques ?

Sara Sultan

*Analyste politique à la direction des affaires financières et des entreprises de
l'OCDE*

Nous avons entendu tout au long de ces séances de très intéressantes remarques. L'actionnariat public a raison de se professionnaliser, depuis la mise en place des lignes directrices sur la gouvernance des entreprises – que je vais présenter tout à l'heure. Nous constatons d'ailleurs sur cet aspect une vraie progression partout dans le monde. Il faut cependant se tenir à trois principes : une vision à long terme non influencée par les cycles politiques, de la discipline, et de la cohérence politique. Le travail ne s'arrête pas avec la centralisation de l'État actionnaire, même si c'est déjà un pas vers de bonnes pratiques.

Jean-Ludovic Silicani

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Il restera de toute façon beaucoup d'éléments à explorer, même en appliquant les propositions de M. Azéma. Nous avons vu précédemment qu'il existe bien d'autres manières de mettre en place des entreprises publiques. La notion d'entreprise publique n'a aucune connotation juridique en droit français, et il peut autant s'agir d'une société, d'un établissement public, que d'une régie. La Poste et les télécoms étaient d'ailleurs, jusqu'au début des années 1990, des administrations gérées en régie directe avec un budget annexe. J'ai par ailleurs toujours dit, tout en prônant la libre concurrence, que France Télécom, alors en situation de monopole, avait fait preuve d'un dynamisme extraordinaire, entre le milieu des années 1970 et le milieu des années 1980, en transformant entièrement le réseau français de télécommunications. Il existe donc un grand nombre de modes d'action publique en matière économique qui ne correspondent pas à une société dont l'État serait actionnaire.

Thierry Dahan

vice-président de l'Autorité de la concurrence

Les échanges précédents ont montré qu'il y a, en réalité, deux débats emboîtés, que nous avons tendance à confondre : d'une part, le fait de savoir si une



entreprise est publique ou non en fonction de son niveau de contrôle par l'État et, d'autre part, le fait de savoir si elle agit sur un marché comme une entreprise privée ou non. Or, nous avons tendance à confondre la question de l'existence d'un service économique avec celle de l'existence d'un service économique rendu sur un marché.

Les remarques de M. Azéma sont, à mon sens, particulièrement pertinentes quand on est sur un marché. En revanche, quand on est hors marché, le service économique demeure (le transport ferroviaire constitue un véritable service économique, qu'il soit rendu en situation de monopole ou sur un marché concurrentiel), et la question se pose de savoir si l'on peut faire la même chose que lorsqu'on est sur un marché.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Je voudrais ajouter un élément au débat. L'une des raisons de continuer nos travaux est que nous sommes, aujourd'hui, dans l'Union européenne. Or, le modèle préconisé par M. Azéma pour le ferroviaire n'est pas vraiment pensable, en tout cas sur une échelle plus large, dans le cadre de l'Union européenne. Il nous faut donc sans doute tenter de trouver des solutions s'inscrivant dans ce cadre européen.

David Azéma

*Président de Global infrastructure group chez Bank of America Merrill Lynch,
ancien commissaire aux participations de l'État*

Le propre des idéologies est de ne pouvoir être contredites que par amplification. L'Europe se fourvoie, depuis une dizaine d'années, en pensant qu'il existe un marché dans le domaine du ferroviaire, et continue de se fourvoyer un peu plus chaque année malgré l'échec de ce système dans tous les pays qui l'ont expérimenté. Si nous voulons que l'Europe soit soutenue par les citoyens, celle-ci doit changer certaines de ses positions qui paraissent aujourd'hui ridicules.

Je crois que nous avons atteint les limites de l'exercice. C'est pour cette raison que la gestion en régie des transports ferroviaires français me semble la plus appropriée. Il faudrait, en contrepartie, interdire à cette régie d'aller sur les marchés internationaux et d'entrer en concurrence avec les acteurs étrangers. Mais cela se justifie-t-il aujourd'hui pour la SNCF ? Nous devons donc être pragmatiques au sens britannique du terme, et regarder les faits tels qu'ils sont. Ce qui est vrai pour les télécoms ne l'est pas forcément pour le ferroviaire.

Je voudrais, par ailleurs, revenir sur le commentaire de Mme Sultan concernant la professionnalisation de l'actionnariat public. J'ai fait ce pari quand je travaillais à l'APE, et force est de constater que celle-ci a fait beaucoup pour améliorer le comportement de l'État dans sa fonction d'actionnaire. Je suis néanmoins



suffisamment lucide pour reconnaître, comme mes prédécesseurs, que nous avons échoué à ce niveau. En effet, l'APE est aujourd'hui composée d'amateurs de très haut niveau.

Dans tous les domaines, y compris en ce qui concerne le respect du droit, le niveau d'exigence des acteurs de la finance est sans commune mesure avec celui de l'État. Il me semble que cet élément devrait plaider pour une réflexion très approfondie sur le maintien de la détention directe de titres par l'État. Par exemple, compte tenu de la réglementation européenne sur la possession d'informations privilégiées, l'État ne devrait jamais vendre ou acheter aucun titre. Toute décision de vendre ou d'acheter remonte en effet automatiquement au sommet de l'État, et se cumule forcément avec la possession d'informations privilégiées. L'État est donc toujours en possession d'informations privilégiées. Cette donnée technique devrait suffire à imposer à l'État la création d'un espace étanche entre le lieu de la décision politique et le lieu de la gestion des titres. Les enjeux et les risques juridiques, y compris pour les personnes, sont tellement élevés que l'on ne peut plus continuer à concilier l'inconciliable.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Je vous remercie beaucoup pour cette réponse tout aussi tonique que vos premiers propos. Comme nous nous situons bien dans le cadre de l'Union européenne, avec des aspects de concurrence très prononcés, je donne la parole au vice-président Dahan.

Thierry Dahan

Vice-président de l'Autorité de la concurrence

Je vous remercie. Le piège se referme naturellement sur moi, car nous arrivons comme toujours à l'idée que nous avons un problème avec l'Union européenne et l'ouverture à la concurrence de certains secteurs, qui étaient auparavant en monopole ! Bien que je m'exprime en fin de colloque, je ne vais pas faire de révélation fracassante sur le sujet, car les autorités de concurrence n'ont quasiment rien à dire sur la question des participations de l'État. Comme l'a expliqué précédemment M. Stancanelli, le droit européen et le droit national, que ce soit dans les textes ou dans la jurisprudence, sont totalement neutres sur cette question de la détention publique ou privée du capital des entreprises.

Il y a beaucoup de décisions et de réflexions sur la question de savoir si une activité est de nature économique, si l'on a bien affaire à une entreprise, ou si l'on est bien face à un marché, mais la nature publique ou privée d'une entreprise est un élément totalement accessoire. Cela est naturellement vrai pour le droit des concentrations. C'est vrai aussi pour les ententes et pour les abus de position dominante, même si ces abus sont surtout le fait d'entreprises publiques ou anciennement publiques en raison de leur histoire.



À l'écoute des propos de M. Stancanelli sur la figure mythologique de l'« actionnaire avisé » qui s'impose à l'État, j'ai remarqué que l'on ne parlait plus, dans les cahiers de l'OCDE, d'actionnaire avisé mais d'« actionnaire éclairé ». Cette notion ne me semble pas beaucoup plus facile à utiliser en pratique.

Comme j'utilise souvent l'anecdote, j'aimerais vous raconter une histoire pour illustrer ce problème. C'est celle d'un père qui convoque son fils en passe de faire ses débuts dans la vie, pour le mettre en garde contre les difficultés qu'il pourrait avoir pour comprendre les femmes. Il lui dit de bien se rappeler que ce qui est très troublant, c'est que les femmes font parfois les choses exactement comme les hommes, et d'autres fois agissent de façon complètement différente. Le fils, un peu perplexe, remercie son père, et lui demande de préciser dans quels cas les femmes agissent différemment. Le père répond alors : « *Hélas, c'est justement ce que l'on n'a jamais su* » !

Il me semble que l'on pourrait dire la même chose de l'actionnaire public, et de l'actionnaire privé réputé par nature avisé. Le juge demande à l'État de se comporter comme un actionnaire privé avisé, mais personne ne sait ce que doit faire un actionnaire avisé, et en quoi l'État agirait différemment ! Par exemple, l'on dit, à la fois, que l'actionnaire privé est trop avide de profit à court terme et que l'actionnaire public est « court-termiste », ou l'inverse d'ailleurs.

La difficulté provient, en partie, du fait que nous avons tendance à confondre des situations assez différentes : le cas où l'État intervient comme bailleur de fonds pour sauver une entreprise, le cas où l'État détient des participations minoritaires pour des raisons historiques et, enfin, le cas où l'État contrôle véritablement une entreprise.

Le premier cas intéresse le droit de la concurrence, et notamment l'article 107 du TFUE sur les aides d'État. Les sauvetages d'entreprises sont assez fréquents, y compris dans des pays qui n'ont ni Commission européenne, ni traité sur les aides d'État. Après la crise financière de 2008, l'argent public a coulé à flot, et de nombreux sauvetages ont été organisés, comme celui de l'assureur *AIG* aux États-Unis qui a coûté près de deux cents milliards de dollars à l'État fédéral. Le juge américain a finalement déclaré cette opération illégale¹⁶², ce qui n'a eu aucune conséquence sur le fait que l'État a fait son devoir. Le cas de *General Motors* est encore plus intéressant, car il s'agit d'un constructeur automobile, et non d'une entreprise financière présentant un risque systémique. L'État fédéral a investi cinquante milliards de dollars, en 2009, pour sauver cette entreprise, et a finalement perdu près de dix milliards dans la cession des titres. Était-ce un comportement d'actionnaire avisé ? Les actionnaires avisés avaient quitté le navire...

On se préoccupe beaucoup de la dette d'EDF, mais l'on oublie que l'entreprise *British Energy* au Royaume-Uni s'est trouvée en situation de faillite, il y a exactement douze ans. Les actifs de *British Energy* étaient composés à 95 % de centrales nucléaires, avec un coût de production d'équilibre autour de quarante euros du mégawattheure. L'ouverture à la concurrence et la mauvaise régulation

¹⁶² *United States Court of Federal Claims*, 15 juin 2015, case n° 11-779C (décision du juge Thomas C. Wheeler).



de l'État ont conduit les prix à s'établir brusquement autour de vingt-trois euros du mégawattheure, ce qui n'est pas sans rappeler la situation du marché de gros de l'électricité en France. L'action *British Energy*, qui valait initialement soixante livres sterling, a chuté à moins d'une livre. Le Gouvernement britannique s'est quasiment trouvé dans l'obligation de nationaliser *British Energy*. Bruxelles, qui a été saisi de cette question, a applaudi en expliquant que *British Energy* ne pouvait pas faire faillite pour diverses raisons d'intérêt général, et a validé la solution consistant à nationaliser temporairement l'entreprise¹⁶³. Cette dernière a finalement été rachetée par EDF. Qui a été avisé dans cette affaire ?

Ces exemples démontrent que le rôle de l'État n'est pas fondé sur une théorie de l'actionnaire avisé, mais sur le pragmatisme face à des crises : certaines situations peuvent être réglées par le marché, d'autres non.

Concernant le deuxième cas, celui de la participation minoritaire, l'on doit s'attendre à ce que ces actifs soient gérés à la manière d'un fonds souverain, avec un portefeuille de titres, des entrées et des sorties fluides, et une certaine autonomie des gestionnaires. En effet, pourquoi pas une telle gestion ? Quand les entreprises restituent sous forme de dividendes un rendement du capital investi de 2 à 4 %, l'État qui emprunte à 1 % dispose d'un fort effet de levier. Mais avec deux mille milliards d'euros de dette publique, la privatisation de cent milliards d'actifs nous ramène seulement à un total de... mille neuf cents milliards de dette. Est-ce bien utile de faire ce choix ? N'est-il pas préférable de laisser l'État gérer son portefeuille en « bon père de famille » pour avoir des revenus réguliers ? Cela nous mène très vite à des questions idéologiques ou à des controverses.

S'agissant des entreprises entièrement publiques, comme la SNCF ou EDF, la difficulté vient du marché et non de la détention publique. Ces activités s'accommodent-elles d'une régulation par le seul marché ? Si je peux m'exprimer à titre personnel, je dirais que mon point de vue est assez peu idéologique, et finalement en ligne avec celui de M. Azéma en ce qui concerne la SNCF.

La SNCF intervient dans quatre grandes activités : le fret ferroviaire, les trains de banlieue, les trains Intercités, et les trains internationaux.

Concernant le fret ferroviaire, l'on voit mal où est l'intérêt public particulier même s'il est vrai qu'il y a, sans doute, un intérêt collectif à faire du transport ferroviaire plutôt que du transport routier, mais il existe d'autres moyens que la propriété publique ou le service public pour y parvenir, comme par exemple une taxe carbone sur les camions. En plus c'est un marché interentreprises. Il n'y donc pas de service public du fret ferroviaire. Les trains de banlieue, et notamment les trains d'Île-de-France, constituent à l'évidence un service public. Ils sont subventionnés et déficitaires, et le mieux que l'on puisse faire est de mettre en concurrence l'attribution de leur gestion déléguée. Cela consisterait à les traiter comme des cantines ou des transports scolaires en recourant à un appel d'offres. Le problème résiderait alors dans la gestion du personnel, qui ne serait pas

163 Décision 2005/407/CE de la Commission du 22 septembre 2004 relative à l'aide d'État que le Royaume-Uni envisage d'instituer en faveur de *British Energy plc* [notifiée sous le numéro C(2004) 3474].



aisément transférable. Il ne s'agit pas là d'un fonctionnement de marché, mais de la privatisation d'un monopole local.

S'agissant des trains Intercités, c'est-à-dire le TGV, l'ouverture à la concurrence semble difficile ou réduite en volume. Je donne un exemple d'actualité : sur la ligne Paris-Bordeaux, qui ouvre à peine, le président de la région Aquitaine a réclamé dix-neuf allers-retours quotidiens, en contrepartie de ses financements. Or, la SNCF soutient que la ligne, bien qu'exploitée en situation de monopole, devient déficitaire au-delà de treize allers-retours... Il paraît donc impossible de faire circuler les trains Intercités avec, non seulement, un minimum de dix-neuf allers-retours quotidiens, mais en plus une ouverture à la concurrence qui obligerait à partager le chiffre d'affaires entre plusieurs opérateurs.

Enfin, pour ce qui concerne les trains internationaux, c'est-à-dire le segment déjà ouvert à la concurrence depuis 2009, il ne faut pas croire que les longues distances constituent une opportunité. Nous ne sommes plus à l'époque de l'Orient-Express ! Le problème se limite donc à la plaque nord-est, c'est-à-dire à Londres, Amsterdam, Bruxelles, Paris, Frankfurt, ou encore Cologne. Le transport se fait sur des trains *Thalys* ou *Eurostar*. Cependant, ces trains qui sont déjà ouverts à la concurrence ne se livrent pas une grande concurrence. La raison tient au fait que l'économie du train est une économie de coûts fixes. L'exploitation d'une ligne nécessite au moins dix ou quinze TGV, ainsi que de la maintenance. Les coûts d'entrée sur le marché sont donc très élevés, et les bénéfices attendus très maigres en raison de la concurrence indirecte du transport aérien. Sept ans après l'ouverture, il n'y a que deux liaisons privées actives au départ de la France vers l'étranger, et elles sont déficitaires.

Tout cela peut sembler irréal. En fait, l'on parle du train en mélangeant bien souvent des choses différentes. Par exemple, qu'est-ce qu'une liaison « Intercités » ? Ce n'est pas la même chose en Chine ou à Chypre. Aux Pays-Bas, pays relativement petit, la principale ligne de chemins de fer est Rotterdam - La Haye - Amsterdam ; ligne qui a une longueur équivalente à la distance parcourue par le RER B.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Je vous remercie pour cette intervention passionnante. Je saisis cette occasion de rendre hommage à l'Autorité de la concurrence pour sa capacité à se prononcer sur les questions dont elle est saisie en toute indépendance, indépendamment de l'existence d'éventuelles participations publiques, alors même que beaucoup d'entreprises publiques sont les héritières de monopoles, ce qui les place parfois en situation délicate vis-à-vis du droit de la concurrence. Vous avez affirmé que les participations circonstancielles ne posent pas de problème, que les participations minoritaires en posent davantage, et que le plein contrôle de l'État en génère abondamment. J'aimerais faire réagir les autres intervenants sur ce point, en leur précisant qu'ils pourront aussi répondre à travers leurs interventions ultérieures.



David Azéma

*Président de Global infrastructure group chez Bank of America Merrill Lynch,
ancien commissaire aux participations de l'État*

L'intervention du vice-président Dahan était très intéressante. L'idée que l'État ne réduirait pas son portefeuille de participations pour se désendetter s'il se comportait comme un véritable investisseur patrimonial me semble très juste. L'État a, en outre, beaucoup de mal à vendre ou à acheter, et peine donc à exercer le métier de base de l'actionnaire. Il redoute, en effet, à la moindre décision d'achat ou de vente, de s'exposer à de vives critiques de la part de la presse cherchant à dénigrer sa capacité à gérer ses participations. Or, un fonds d'investissement ne peut pas travailler dans ces conditions. Un fonds d'investissement est jugé sur la valeur créée à la fin de sa gestion, et non à chacune des étapes pour essayer de déterminer s'il s'agit ou non d'une bonne décision de vente ou d'achat.

Si l'État était, toutefois, un véritable actionnaire patrimonial, son accès illimité à la liquidité aux conditions d'emprunt qui sont les siennes constituerait une distorsion de concurrence majeure. Je ne comprends donc pas la fiction européenne consistant à rester indifférent à la nature publique ou privée du capital. Cela m'amène à une question d'ordre philosophique. Hormis l'intervention conjoncturelle des États-Unis pour sauver AIG, ou de la France pour essayer de sauver Dexia, pourquoi l'État ne décide-t-il pas d'investir de manière infinie pour acquérir des participations dans toutes les entreprises ? Notre bon sens nous indique que c'est parce que ce n'est pas sa finalité.

Nous devons, en réalité, composer avec un héritage historique pesant. Le tout, dans un monde en pleine évolution. La doctrine de l'État actionnaire était une piste pour donner du sens et apporter une clarification à cette situation, mais cela relevait d'une logique de rationalisation *ex post*. Nous pouvons faire le choix de confier à l'État la gestion de son patrimoine pour les générations futures, mais cela semble plus légitime quand on dispose des surplus du gaz de la Norvège ou du Qatar, et plus délicat dans la situation déficitaire de la France.

Il me semble ainsi, pour répondre au commentaire du vice-président Dahan sur l'opportunité de conserver le portefeuille de l'État dans l'optique d'une gestion patrimoniale, que le niveau des participations publiques n'augmente pas, car nous sentons bien que la logique de l'État n'est pas proprement financière.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Merci. Je constate, en vous écoutant, à quel point il serait intéressant d'organiser un colloque sur le thème du « transport ferroviaire » tant il y a de choses à dire sur cette question. Je donne maintenant la parole au président Silicani, qui va pouvoir développer l'exemple du domaine des télécommunications, notamment à travers son expérience de président d'une autorité de régulation sectorielle.

En me demandant d'intervenir sur le sujet de l'entreprise publique, les organisateurs du colloque ont invité un régulateur à la fois récent et ancien, car cela fait un an et demi que j'ai quitté mes fonctions de président de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP).

La première question qui se pose consiste à se demander si la nature publique ou privée des entreprises intervenant sur les marchés régulés est réellement importante. Pour bien comprendre cette question, je vais rappeler en deux mots le rôle d'une autorité de régulation sectorielle, par complémentarité avec ce que fait l'Autorité de la concurrence.

Le rôle d'une autorité de régulation sectorielle est de transformer, quand cela est possible, un monopole en un marché concurrentiel. Les outils confiés par la loi (transposant généralement des directives européennes) au régulateur pour réaliser cette tâche consistent à édicter des règles d'organisation et de fonctionnement des marchés. Ces règles sont fixées *ex ante*, contrairement à l'Autorité de la concurrence qui prend quant à elle des décisions *ex post*. Pour simplifier, disons que l'Autorité de la concurrence constate et remédie aux pathologies du marché, tandis que les autorités de régulation sectorielles anticipent les pathologies au moyen de règles qui s'imposent aux acteurs économiques.

Ces règles facilitent l'accès au marché des nouveaux acteurs, et conduisent à la création progressive d'une économie de marché à la place des anciens monopoles. L'un des principaux vecteurs consiste à favoriser l'innovation. Nous constatons que l'innovation est considérable dans le secteur du numérique et des télécoms, et faible dans le domaine de l'énergie ou des transports terrestres. Cela peut fournir une explication à la réussite de l'ouverture à la concurrence dans le secteur des télécoms, mais aussi expliquer son échec relatif dans le domaine de l'énergie ou du ferroviaire.

Le régulateur et le Gouvernement ont chacun des missions bien spécifiques dans ce travail de transformation d'un monopole en marché. Précisons que si ces deux entités sont distinctes, elles restent néanmoins des autorités exécutives de l'État placées sous le contrôle du Parlement et du juge. Les autorités de régulations font, en effet, partie de l'État et ne disposent pas, sauf exception, de la personnalité morale. S'agissant de la transformation d'un monopole historique détenu par une entreprise publique, le Gouvernement peut tout à fait décider de maintenir l'entreprise sous un statut public. C'est notamment le cas de La Poste qui était initialement un EPIC et qui est devenue une société publique, de la SNCF qui a conservé son statut d'EPIC depuis 1980, ou encore d'EDF qui a été maintenue comme société publique. Il n'y a que France Télécom qui a été transformée en société, puis rapidement privatisée.

Le rôle du régulateur est donc neutre par rapport au choix politique consistant à déterminer le statut de l'ancien monopole. Il lui revient, en revanche, de fixer



les règles assurant le bon fonctionnement du marché et permettant l'arrivée de nouveaux entrants. Ces règles peuvent être identiques pour tous les acteurs (il s'agit alors de régulation *symétrique*) ou être spécifiques et ne s'appliquer qu'à l'ancien monopole (on parle dans ce cas de régulation *asymétrique*). Dans ce dernier cas, les règles applicables à l'ancien monopole ont vocation à l'affaiblir pour permettre à des concurrents d'entrer sur le marché. La régulation asymétrique était importante au début, mais elle se réduit aujourd'hui au profit d'une régulation qui devient de plus en plus symétrique.

Dans ce contexte, comment arriver à concilier les différents objectifs assignés, d'une part, par la loi, au régulateur et, d'autre part, au Gouvernement ainsi qu'aux autres acteurs publics ? Il convient, tout d'abord, de constater que ces objectifs sont assez souvent convergents. La mise en place du crédit d'impôt recherche (CIR) par le Gouvernement et le Parlement constitue, par exemple, un élément positif, non seulement pour l'économie de manière générale, mais également pour la régulation, en favorisant la recherche et l'innovation, qui sont deux éléments déterminants dans la construction d'un marché concurrentiel. Autre exemple : dans bien des cas, l'amélioration de la formation professionnelle – politique qui relève de l'État et des régions – des personnels des secteurs régulés est un bon point pour la régulation. En effet, des techniciens plus compétents pourront accélérer le déploiement de la fibre optique, et permettre ainsi le développement des investissements dans le domaine des télécoms.

Mais, il y a des cas où les points de vue du régulateur et du Gouvernement sont divergents, du moins au début ; puis les échanges entre les services des ministères et ceux du régulateur permettent très souvent de rapprocher les positions.

Il existe, cependant, des cas où la convergence est difficile. Je vais citer deux exemples majeurs liés au déploiement du très haut débit. Le premier concerne le déploiement du très haut débit fixe avec la fibre optique, et le second concerne le déploiement du très haut débit mobile avec l'attribution des fréquences de la 4G. J'ai eu le privilège de vivre ces deux épisodes comme président de l'ARCEP entre 2009 et 2014. Quand je suis devenu président de l'ARCEP, en 2009, il y avait une vraie situation de blocage avec France Télécom. La loi demandant à l'ARCEP de fixer les règles du déploiement de la fibre optique sur l'ensemble du territoire, et notamment dans les zones très denses, donnait des pouvoirs importants au régulateur en ce sens, et le projet élaboré après de nombreuses consultations publiques ne convenait pas à France Télécom qui l'estimait trop favorable à ses concurrents. Le Gouvernement est d'abord resté neutre, puis a finalement été convaincu par les arguments de l'ARCEP. Le changement du président de France Télécom, début 2010, a sans doute facilité cette évolution ; mais surtout un consensus s'est toutefois progressivement dégagé en faveur des propositions de l'ARCEP. Le mécanisme de codécision ARCEP/Gouvernement prévu par la loi s'est donc bien déroulé.

Le deuxième cas de figure a été plus difficile. L'ARCEP a travaillé sur les conditions d'attribution des fréquences 4G durant toute l'année 2010, en réalisant de nombreuses consultations auprès du public et des opérateurs. Ces consultations



avaient pour but de comprendre l'état du marché et des technologies, et de déterminer les obligations à mettre en place pour les opérateurs faisant acte de candidature pour acheter des fréquences¹⁶⁴.

Le problème était intéressant car il mêlait, non seulement, le Gouvernement et le régulateur, mais aussi le Parlement. Ce dernier avait décidé, dans la loi de 2009 sur la lutte contre la fracture numérique¹⁶⁵, que l'objectif d'aménagement numérique du territoire était prioritaire pour l'attribution des fréquences 4G. L'ARCEP a donc prévu, dans le cadre de l'attribution des fréquences, des obligations de déploiement en termes de calendrier et de couverture du territoire beaucoup plus élevées qu'elles ne l'avaient été pour la 3G. Cela a conduit à une situation de blocage avec le Gouvernement au cours des années 2010 et 2011, celui-ci estimant que les obligations prévues par l'ARCEP étaient excessives et préjudiciables à la bonne valorisation des fréquences. Maignon a finalement saisi le Conseil d'État d'une demande d'avis en interprétation de la loi, avis qui s'est avéré très proche de la position de l'ARCEP. Le Premier ministre a donc décidé de suivre l'essentiel des propositions du régulateur, là encore selon un processus de codécision.

Cette situation était étrange car le régulateur suivait des préconisations du Parlement présentant une forte dimension politique, en privilégiant notamment l'aménagement numérique du territoire à la recette de l'État. Le Gouvernement avait initialement une position plus économique et moins politique que le régulateur. Il n'y a pas eu de contentieux, mais il est clair que le Gouvernement défendait les intérêts de France Télécom (dont il était actionnaire) qui ne souhaitait pas avoir des obligations aussi importantes dans l'attribution des fréquences.

Nous pouvons donc conclure que, le plus souvent, les différents intérêts publics sont conciliables. Les rares conflits finissent par se régler, parfois après des périodes de crispation. Les mécanismes de codécision ne se sont toutefois jamais enrayés dans les deux cas évoqués.

Les rôles respectifs du régulateur et de l'exécutif gouvernemental sont, en réalité, complémentaires. Le rôle du régulateur consiste à agir dans le long terme en fixant des règles stables favorables à l'investissement, tandis que le rôle du Gouvernement consiste à prendre en considération des éléments plus conjoncturels et de court terme. Dans les cas évoqués, le dialogue entre le régulateur et le Gouvernement a consisté, sous le contrôle vigilant du Parlement, et du juge le cas échéant, à trouver un équilibre entre des objectifs de court terme et de long terme.

Dans la plupart des domaines, la puissance publique doit concilier de multiples intérêts publics, parfois, en apparence au moins, discordants. L'existence d'un régulateur permet de rationaliser, de dépassionner et donc de faciliter cet exercice souvent difficile. Dans les années 1990, la terrible affaire du Crédit Lyonnais en a fait la démonstration : l'existence d'un vrai régulateur indépendant aurait évité au Gouvernement, actionnaire de cette grande banque, placé en situation de conflit d'intérêts, de prendre de mauvaises décisions avec les résultats que l'on connaît.

164 Les fréquences se sont finalement vendues fort cher, à près de quatre milliards d'euros récupérés dans le budget de l'État.

165 Loi n° 2009-1572 du 17 décembre 2009 relative à la lutte contre la fracture numérique.



Pourtant, l'on sait depuis le XIV^e siècle, c'est-à-dire bien avant l'arrivée du droit européen, que « nul ne peut être, à la fois, juge et partie ».

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Merci beaucoup. Vous venez de soutenir une idée un peu paradoxale selon laquelle le Gouvernement aurait une vision de court terme, contrairement au régulateur qui aurait une vision de long terme. Or, il a été souvent souligné que l'intérêt des participations publiques résiderait, justement, dans le fait que l'État disposerait d'une vision de long terme qu'il ne sacrifie pas, quant à lui, à des intérêts conjoncturels.

J'aimerais faire réagir les autres intervenants sur ce propos peut-être en apparence un peu provocateur, mais en vous demandant d'abord si je ne l'ai pas légèrement caricaturé.

Jean-Ludovic Silicani

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Vous ne trahissez pas mes propos. Au cours des années 2009-2014, les gouvernements successifs ont eu des visions beaucoup plus « court-termistes » que le régulateur, dont la mission consiste à fixer des règles de long terme.

Concernant, par exemple, la fibre optique, si nous avons dû changer à plusieurs reprises les règles du jeu du déploiement de la fibre optique au cours des années 2009-2014, nous n'aurions pas réussi à ce qu'en cinq ans seulement, plus de la moitié des ménages aient accès au très haut débit fixe, grâce à un niveau élevé d'investissement qui ne s'est pas démenti. Les opérateurs ont, en effet, besoin de savoir que les règles du jeu ne seront pas modifiées chaque année en fonction de choix « court-termistes » et que, par exemple, ils n'auront pas, alternativement et suivant les modes, un opérateur unique, ou plusieurs opérateurs, ou un partage public-privé.

David Azéma

*Président de Global infrastructure group chez Bank of America Merrill Lynch,
ancien commissaire aux participations de l'État*

Nous savons tous que certains secteurs appellent une continuité de l'État, avec des éléments de politique étrangère, de stratégie ou de défense, qui évoluent lentement et permettent une constance dans l'action de l'État. En revanche, en matière de pilotage des entreprises, un certain nombre d'actes de gestion sensibles ou particulièrement visibles obligent le politique, sans qu'on puisse l'en blâmer, à agir comme un pompier. Lorsqu'un scandale retentit au sujet d'une rémunération ou d'un montage d'optimisation fiscale, la logique des médias ne donne pas le



temps au politique de réfléchir et lui impose une réponse rapide. Cette dictature du court terme, qui s'accroît avec les médias sociaux et l'immédiateté de l'information, conduit à une incompatibilité entre le monde du politique et celui de l'entreprise. Nous pourrions en dire autant des contraintes budgétaires.

Les entreprises en arrivent, paradoxalement, sans être particulièrement convaincues des bénéfices de la concurrence, à souhaiter la création d'un régulateur pour que celui-ci arbitre de façon objective entre tarifs à l'usager et investissements. Cela traduit le fait que, dans son dialogue singulier avec le Gouvernement, l'entreprise en est incapable. Le régulateur apparaît alors comme une entité indépendante s'inscrivant dans le long terme et en mesure de trouver un certain équilibre.

C'est, à mon sens, l'une des raisons pour lesquelles la SNCF a accueilli avec joie la création de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires (ARAF), et celle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER).

Thierry Dahan

Vice-président de l'Autorité de la concurrence

La gestion du personnel est une activité particulièrement délicate, et il faut se garder de donner des leçons à ceux qui sont confrontés aux problèmes les plus durs. Le travail de l'ARAFER apparaît beaucoup moins difficile que celui de la SNCF.

Quand on invoque le précédent de France Télécom, on s'aperçoit, d'une part, que le personnel n'était pas sous un statut aussi rigide que celui des cheminots et, d'autre part, qu'il a beaucoup changé avec le temps. Le droit d'option accordé aux fonctionnaires en 1991¹⁶⁶, ainsi que leur non-renouvellement pendant une vingtaine d'années ont conduit à la banalisation du personnel. Tout ce qu'a dit, par ailleurs, le président Silicani sur l'ouverture du marché est parfaitement exact.

Quand on regarde le secteur du gaz ou de l'électricité, les choses sont déjà plus compliquées. Le statut est plus rigide et le personnel plus difficile à déplacer. En outre, les fondamentaux du marché sont moins clairs, en particulier pour la production d'électricité.

Quand on se penche, enfin, sur le secteur ferroviaire, les choses deviennent très compliquées. Comme tout le monde, je préfère critiquer les acteurs ferroviaires à distance plutôt que d'être confronté à leurs problèmes. Mais, avant d'affirmer que ces derniers sont dans une logique « court-termiste », il faut bien réfléchir à ce que l'on serait capable de faire soi-même à leur place. Tout le monde aimerait faire du long terme, mais c'est parfois difficile.

166 Loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et à France Télécom, article 44. En 1992, les agents contractuels de droit public ont eu la possibilité d'opter pour la convention commune de La Poste et France Télécom.



Jean-Ludovic Silicani

Président adjoint de la section des travaux publics du Conseil d'État

Je crois que ni M. Azéma ni moi-même n'avons critiqué ceux qui sont contraints de s'occuper du court terme. C'est bien sûr nécessaire, mais les enjeux de long terme doivent également être pris en considération.

Le régulateur est aujourd'hui l'entité la mieux placée pour prendre en charge le long terme dans les secteurs régulés. D'abord, parce que le cadre européen et national le lui demande, mais surtout parce que c'est son métier.

J'aimerais ajouter un mot sur l'importance de la qualification des personnels dont disposent les régulateurs par rapport aux organes gouvernementaux. Pour devenir plus efficaces dans les domaines régulés, et être en mesure de faire valoir les objectifs de l'exécutif gouvernemental, les administrations gouvernementales doivent mieux s'équiper sur le plan qualitatif et humain.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Merci à vous tous. Les aspects de droit comparé étant essentiels, je me réjouis beaucoup de la présence de Mme Sultan et de sa présentation des lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques. Madame, vous avez la parole.

Sara Sultan

Analyste politique à la direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE

Merci, Mme la présidente. L'OCDE est en permanence interrogée par des pays membres, mais aussi par des pays non membres, sur des problèmes proches du thème de ce colloque.

Nous offrons un forum spécialisé sur la gouvernance des entreprises publiques où les représentants de l'actionariat public peuvent conjuguer leurs efforts, partager leurs expériences et chercher des solutions à leurs problèmes communs. C'est d'ailleurs le seul forum au monde qui propose des lignes directrices sur la gouvernance des entreprises¹⁶⁷.

Les recommandations que nous formulons visent à s'assurer que les entreprises publiques exercent leurs activités de manière efficace, transparente et responsable. Elles sont faites, du moins en théorie, pour assurer la bonne gestion des entreprises et la professionnalisation de l'actionariat public.

¹⁶⁷ OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques*, éd. OECD Publishing, Paris, 2015.

Nos recommandations sont destinées aux représentants de l'État en charge de l'actionnariat, mais elles s'adressent aussi aux conseils d'administration, aux dirigeants des entreprises, ainsi qu'aux régulateurs. Elles ont fait l'objet d'une mise à jour en 2015 destinée à prendre en compte les enseignements tirés de leur application pendant une décennie. Lors de cette mise à jour, les pays de l'OCDE, en coopération avec un large éventail de partenaires et de parties prenantes, ont pris part au processus de révision, ce qui a donné lieu à un consensus sur la notion de « bonne gouvernance ».

En ce qui concerne le champ d'application des recommandations, je vous invite à consulter sur notre site Internet la nouvelle section consacrée à cette question, qui apporte une plus grande clarté sur le champ d'application des lignes directrices. Les recommandations concernent les entreprises publiques dès que leur activité, ou certains segments de leur activité, présente un caractère économique. Nous excluons donc les entreprises sous forme de sociétés qui n'exercent pas d'activité économique, même si certaines recommandations peuvent s'appliquer à ce genre d'entités.

Les lignes directrices ne concernent pas la motivation des participations de l'État. Cela varie en effet beaucoup selon les pays et selon les secteurs d'activité. Nous pouvons cependant dire que la participation de l'État est le produit d'un croisement entre des intérêts sociaux, économiques et stratégiques, qu'il s'agisse de politique industrielle, de développement régional, d'offre de service public, de correction des défaillances du marché, ou encore de l'existence de monopoles naturels à des endroits où la concurrence n'a pas lieu d'être.

Nous l'avons beaucoup répété aujourd'hui, les entreprises publiques font face à des défis importants sur le plan de la gouvernance. Cela tient au fait que les entreprises publiques peuvent souffrir de trop grandes interférences politiques, mais également d'une absence de surveillance en raison de la passivité totale de l'État actionnaire. Les lignes directrices essaient donc de trouver le bon équilibre pour éviter soit une intervention excessive, soit une absence totale d'intervention.

D'autres problèmes peuvent survenir quand les entreprises publiques exercent, en même temps, des activités économiques et une mission de politique publique. C'est souvent le cas des entreprises qui agissent sur les marchés. Il peut y avoir des conflits d'intérêts, mais aussi des conflits entre les objectifs de l'État dans ses rôles divers d'actionnaire, de puissance publique, ou de régulateur. Il y a, certes, toujours un dialogue qui mène à un arbitrage, mais cela est révélateur du lieu où se situent les conflits.

En définitive, les problèmes de gouvernance sont le fruit d'une chaîne de délégation de pouvoirs complexe, dans laquelle les mandataires réels sont difficilement identifiables. Des conflits d'intérêts se jouent parfois entre les parties prenantes que sont les dirigeants, le conseil d'administration, les actionnaires publics ou privés, les ministères, le Parlement, les employés, ou encore les citoyens. Ces conflits peuvent conduire à des décisions fondées non pas sur les intérêts de l'entreprise et du grand public, mais sur d'autres critères.



Les lignes directrices de l'OCDE mettent, en outre, l'accent sur la transparence, l'évaluation, et la cohérence des politiques. Cela assure, du moins en théorie, que les organes de gouvernance soient protégés, mais cela permet aussi de clarifier et de concilier les objectifs poursuivis par les entreprises publiques. Les lignes directrices soulignent à ce titre plusieurs priorités.

- La première priorité consiste à créer un environnement fondé sur le respect des règles. Les entreprises publiques doivent être soumises aux mêmes règles que leurs homologues privés. Le but est de préserver l'équité entre les entreprises publiques et privées sur les marchés mixtes.

- La deuxième priorité porte sur le rôle de l'actionnaire. L'État actionnaire doit avoir pour mission d'harmoniser et de coordonner les actions et les stratégies des différents acteurs gouvernementaux. Il doit, en outre, veiller à ce que l'administration soit entièrement associée aux décisions concernant les participations dans les entreprises. Une séparation administrative et juridique totale entre les fonctions actionnariales et réglementaires est considérée comme impérative pour éviter des conflits d'intérêts entre les différentes compétences de l'État. La centralisation de l'actionnariat public a souvent aidé à séparer les fonctions d'actionnaire et les fonctions de régulateur de l'État, en les retirant des ministères de tutelle qui ont parfois un double rôle de régulateur des marchés et d'entité exerçant une tutelle sur les entreprises.

- La troisième priorité est le traitement équitable de tous les actionnaires, qu'ils soient publics ou privés. Il est très important de montrer à l'ensemble des actionnaires qu'ils ont les mêmes droits que l'État dans ses fonctions actionnariales. La protection des actionnaires minoritaires dans une entreprise où l'État est majoritaire est un point déterminant.

- La quatrième priorité consiste à favoriser la transparence des objectifs et de la performance, lesquels doivent être divulgués, contrôlés et évalués.

- La cinquième priorité concerne la relation entre l'entreprise et les parties prenantes. Les entreprises publiques et leurs actionnaires doivent traiter leurs parties prenantes d'une façon juste et équitable.

- La sixième et dernière priorité concerne le conseil d'administration. Ce dernier est primordial et doit pouvoir exercer son rôle sans interférence causée par des intérêts de nature politique. L'État ne doit donc pas interférer dans les décisions du conseil d'administration, mais il ne doit pas non plus le contourner et tenter d'interagir directement avec les dirigeants des entreprises publiques.

La mise en œuvre de ces recommandations peut s'avérer difficile en pratique. Aucun pays n'a actuellement appliqué ces recommandations de façon complète. Quelques bonnes pratiques ont néanmoins été mises en œuvre dans certains pays.

Parmi ces pratiques, l'on trouve tout d'abord l'élaboration ou le renforcement des politiques actionnariales. C'est notamment le cas en Norvège, où est élaboré un document qui clarifie, rationalise et justifie le rôle de l'État actionnaire. Ce



document précise également les objectifs pour chacune des entreprises dans lesquelles l'État détient des participations.

Il y a, par ailleurs, des mesures en lien avec la professionnalisation de l'État dans son rôle d'actionnaire. Un certain nombre de mesures consistent à renforcer l'indépendance et la transparence du conseil d'administration, dont la nomination relève bien souvent de la compétence de l'État. Certains pays disposent cependant de processus rigoureux qui s'appliquent, à la fois, aux représentants de l'État et aux représentants indépendants. Selon les meilleures pratiques, l'État ne devrait pas pouvoir nommer directement les directeurs généraux, et cette compétence devrait être réservée au conseil d'administration.

La troisième bonne pratique concerne la mise en place de *reportings agrégés* sur la performance des entreprises publiques. Cela consiste en un rapport annuel publié par l'État sur les résultats financiers et sur la valeur des entreprises publiques, mais également sur la performance au regard d'indicateurs non financiers. L'Agence pour les participations de l'État (APE) publie en France quelque chose de similaire. Ce rapport peut également donner un éclairage sur les objectifs non commerciaux des entreprises publiques, et parfois être publié dans plusieurs langues.

Certaines mesures consistent, enfin, à s'assurer que les entreprises publiques ne compromettent pas le paysage concurrentiel. En pratique, cela signifie une séparation des comptes entre les activités économiques et les objectifs de politique publique, et plus de transparence sur l'aide financière accordée par l'État.

Nous espérons, en conclusion, que ces lignes directrices auront éclairé la position du consensus international sur ce sujet, et nous espérons qu'elles constitueront pour vous et votre Gouvernement une référence en termes de bonnes pratiques.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

La parole est au vice-président Dahan qui souhaite réagir aux propos de Mme Sultan.

Thierry Dahan

Vice-président de l'Autorité de la concurrence

Je souhaitais simplement indiquer que les recommandations formulées risquent de buter contre une difficulté. S'il y a une chose que le droit de la concurrence permet d'apprendre, c'est bien que chaque secteur est différent, et qu'aucune doctrine n'est valable pour tous les marchés. Nous devrions donc arrêter de chercher une doctrine unique sur la notion d'actionnaire public et nous concentrer davantage sur la bonne utilisation des instruments. Il est inutile de disposer d'un régulateur si ses décisions ne sont pas suivies. De même, il est problématique, quand on est actionnaire, de ne pas défendre l'intérêt social de l'entreprise.



Il faut donc renoncer à disposer d'une doctrine économique contraignante, mais être en revanche plus rigoureux dans l'utilisation des instruments. Les décisions du régulateur doivent être respectées, et un actionnaire doit se comporter comme un véritable actionnaire. Le périmètre du service public doit, par ailleurs, être clairement défini. La jurisprudence *Altmark*¹⁶⁸ nous aide en ce sens.

Nous devrions donc être moins ambitieux sur les objectifs de ce qu'est un État actionnaire, et plus rigoureux dans l'utilisation des instruments.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Les préconisations de l'OCDE développées par Mme Sultan sont excellentes au point que je regrette que, par manque de temps, je ne puisse pas lui demander de préciser les points sur lesquels la France pourrait progresser dans leur respect. Le débat a été cependant si animé qu'il a sans doute d'ores et déjà apporté quelques éléments de réponse sur ce point, ce dont je remercie à nouveau vivement les intervenants.

168 CJCE, aff. C-280/00, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg*.





Échanges avec la salle

Question du public

Pour M. Azéma, les notions d'État et d'actionnaire semblent inconciliables. N'est-il pas possible d'envisager le cas où l'État investit dans une entreprise publique, qu'elle soit nationale ou locale, dans le seul but de se comporter comme un actionnaire ? Est-ce que cela n'a pas de sens ? La décision de l'État s'apparente au choix d'un outil : mieux vaut investir dans le capital d'entreprises, qui en restitueront une partie sous forme de dividendes, que de verser une somme équivalente sous forme de subvention.

David Azéma

Une participation en capital, qui suppose un rendement, ne pourra jamais se substituer à une subvention, qui intervient précisément parce que l'activité n'est pas intrinsèquement rentable.

Mon propos était, par ailleurs, volontairement simplificateur et radicalisé. Je pense évidemment que des modalités intermédiaires sont possibles. En revanche, il me semble impossible, dans notre culture française où la légitimité de l'intervention politique est particulièrement forte, de trouver la modalité de gouvernance permettant d'éviter une interférence du politique.

Si une véritable étanchéité était possible, nous pourrions créer un fonds souverain à la française prenant des participations selon des lignes directrices politiques larges. Cela pourrait fonctionner comme le fonds souverain norvégien qui a imposé une pression à la baisse sur les rémunérations.

Cette pression à la baisse s'est toutefois étalée sur une dizaine d'années, et je ne crois pas que l'État français puisse se résoudre à se comporter seulement en actionnaire et à renoncer à des résultats immédiats.

Il y aura donc toujours une contradiction entre le rythme, les modalités et les règles du secteur des entreprises, d'une part, et les prérogatives de l'État, d'autre part. Comme nous n'avons pas l'intention de mettre en œuvre les précautions nécessaires pour résoudre cette contradiction, mieux vaut abandonner la fonction actionnariale de l'État.

Martine Lombard

*Professeure agrégée des facultés de droit, membre du collège de l'ARCEP,
modératrice de la table ronde*

Compte tenu des contraintes horaires, je vais conclure très brièvement en relevant que nous avons sans doute apporté plus de questions que de réponses.

Le débat sur le point de savoir s'il est possible, à la fois, de clarifier et de concilier les différents intérêts publics reste largement ouvert. Reste en outre, subsidiairement, la question des modalités de leur éventuelle conciliation, si elle est du moins possible.

Une tentation constante est, à cet égard, de juxtaposer les acteurs représentatifs de ces différents intérêts publics dans les instances de décision. Il faut pourtant éviter le danger, déjà relevé il y a près de cinquante ans dans le rapport « Nora »¹⁶⁹, d'une situation dans laquelle chacun serait présent dans les lieux de décision, mais où personne n'assumerait véritablement la responsabilité des choix lorsqu'ils sont difficiles.

L'acuité du thème évoqué dans cette séance était manifestement déjà vive il y a un demi-siècle. Son actualité reste hélas entière.

¹⁶⁹ Groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, *Rapport sur les entreprises publiques*, avril 1967, également appelé *rapport « Nora »*.



Conclusion du colloque

Louis Schweitzer

Commissaire général à l'investissement

Ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), promotion « Robespierre », Louis Schweitzer choisit, en 1970, le poste d'inspecteur des finances et rejoint la direction du budget en 1974. En 1981, il devient directeur de cabinet de Laurent Fabius, alors ministre délégué chargé du budget au sein du gouvernement de Pierre Mauroy. Il suivra Laurent Fabius au ministère de l'industrie en 1983, puis à Matignon de 1984 à 1986. En 1986, Louis Schweitzer entre chez Renault ; il est nommé, en 1987, directeur de contrôle de gestion, puis directeur financier, avant de devenir, en 1992, président-directeur général du groupe automobile, poste qu'il occupera jusqu'en 2005. De 2005 à 2012, il préside le conseil d'administration d'Astra Zeneca, l'une des dix premières sociétés pharmaceutiques mondiales. De 2005 à 2010, il préside la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE). Depuis 2011, Louis Schweitzer est président d'Initiative France et, depuis 2015, président du Conseil des affaires étrangères. En 2014, succédant à Louis Gallois, Louis Schweitzer est nommé en conseil des ministres commissaire général à l'investissement.

Monsieur le vice-président,
Mesdames, Messieurs,

C'est pour moi un grand honneur que de conclure un colloque aussi intéressant. Le vice-président Sauvé a ouvert cette série d'échanges par une synthèse lumineuse sur les dimensions juridiques liées aux entreprises publiques, et il serait incongru de ma part d'essayer de résumer toutes les interventions remarquables, quelques fois contradictoires, qui ont été faites au cours des quatre tables rondes. Aussi, mon propos et mes réflexions seront-ils entièrement fondés sur mon expérience personnelle.

De quelle expérience s'agit-il ?

Cela fait un peu plus de quarante ans que je m'occupe d'entreprises publiques. J'ai commencé, de 1974 à 1979, à exercer au budget la tutelle des entreprises de transport. C'était une période faste pour le budget, car les ministères techniques avaient un rôle extrêmement réduit. Il n'y avait aucune autorité de régulation, quelle qu'elle soit, de sorte que le pouvoir de cette tutelle était assez grand. Cependant, nous étions dans l'esprit du rapport « Nora », et le souci était de permettre aux entreprises de se gérer de la façon la plus efficace possible.

La procédure retenue était celle du « contrat de plan », avec un effort particulier pour clarifier les missions et les libertés des entreprises, afin d'arriver à une forme de pilotage par objectifs. Était-ce parfait ? Certes, non. Mais il y avait une réelle autonomie de gestion, une co-construction de la stratégie avec l'État (administration et pouvoirs publics réunis), et une codécision sur des grands éléments ponctuels (grands investissements, décisions tarifaires, et même politique sociale et de rémunération). Au final, était-ce entièrement satisfaisant ? Certes, non. Néanmoins, je pense que le bilan a été globalement positif.

De 1981 à 1986, j'ai été directeur de cabinet de Laurent Fabius qui a été successivement ministre du budget, de l'industrie, puis Premier ministre. Dans ce contexte, j'ai participé, en 1982, à une politique de nationalisation extrêmement large, puis, de 1983 à 1986, à l'accompagnement des entreprises nationalisées.

Si je fais le bilan de ces actions, je m'aperçois que l'on a nationalisé presque toutes les banques, et que cette nationalisation à été un échec évident. Certes, l'on a sauvé certaines d'entre elles, mais pourquoi cela a-t-il été un échec ? Parce qu'il n'y avait pas de vision commune de l'État : le Gouvernement avait décidé de nationaliser des banques, alors même que le ministre de l'économie était contre car ces nationalisations lui paraissaient injustifiées. On a donc eu une situation étonnante, où il n'y avait aucun projet politique associé à ces nationalisations, si ce n'est de les mettre en place... De plus, le choix des dirigeants a été extrêmement politisé. Dans un tel contexte, l'échec fut au rendez-vous.

Les nationalisations industrielles, quant à elles, ont été faites de façon très différente par un ministre de l'industrie qui avait géré des entreprises industrielles nationalisées avec un projet politique (restructurer et revitaliser les entreprises en déclin), et une politique de nomination des dirigeants totalement dépolitisée. L'on a donc essayé de choisir des gens de qualité : ceux qui étaient en place et compétents sont restés, et ceux qui n'étaient pas à la hauteur sont partis. À mes yeux, le succès a été au rendez-vous après le passage par différentes phases¹⁷⁰. Il y a eu d'abord, Pierre Dreyfus, qui était partisan d'une autonomie de gestion absolue. Son successeur, Jean-Pierre Chevènement, voulait faire des « contrats de programme » où ces entreprises du monde concurrentiel devenaient des instruments à la main de l'État pour faire des politiques sectorielles. Il y a eu mésentente entre Jean-Pierre Chevènement et les présidents d'entreprises, et Jean-Pierre Chevènement est parti. Ensuite, Laurent Fabius est revenu à la « doctrine Pierre Dreyfus ». Au final, je pense que ces nationalisations industrielles furent une réussite ; et que l'on a eu raison, par la suite, de privatiser ces entreprises parce que cette nationalisation était une étape utile, mais temporaire, de leur vie.

Ensuite, de 1986 à 2009, j'ai dirigé une entreprise qui était une « régie » appartenant, à l'origine, à l'État à 100 %, jusqu'à ce qu'à la fin l'État ne détienne plus que 15 % du capital. C'est une entreprise concurrentielle qui a été sauvée deux fois par l'État, et qui aurait fait faillite si elle n'avait pas été nationalisée en 1945, et s'il n'y avait pas eu la nomination d'un nouveau dirigeant et l'injection de vingt milliards de francs en

170 Entre juin 1981 et juillet 1984, trois ministres de l'industrie se succédèrent : Pierre Dreyfus, Jean-Pierre Chevènement et Laurent Fabius.



1985-1987. Je reste convaincu qu'il fallait la privatiser, parce que j'ai constaté que *nationalisation* et *action internationale* ne sont pas compatibles – la nationalisation créant un préjugé aux yeux de tous les interlocuteurs de l'entreprise – et, surtout, que les rythmes et les finalités de l'État ne sont pas les mêmes que ceux d'une entreprise. Dans ce contexte, j'ai donc plaidé pour la privatisation de Renault, qui a été ensuite décidée à juste titre.

Enfin, de 1976 à aujourd'hui j'ai été, et suis encore, administrateur d'entreprises publiques. Je dois avouer que, sur ce plan-là, mon expérience est peu pertinente. Lorsque l'on est dans un conseil d'administration d'entreprise publique, l'on sait pertinemment que ce n'est pas là que se passent les choses, ce qui bien sûr démotive quelque peu par rapport au rôle d'administrateur.

Que conclure de telles expériences ?

La première conclusion est que la propriété d'une entreprise détenue à 100 % par l'État est justifiée dans un nombre limité de cas, qui se définissent par le fait qu'il s'agit d'entreprises dont l'objectif n'est pas de maximiser le bénéfice. Autrement dit, si une entreprise fonctionne bien avec comme but de maximiser son profit, ce qui est le cas d'une entreprise privée comme Renault, la nationalisation ne se justifie pas.

En revanche, si j'observe la Caisse des dépôts, la BPI, le Commissariat à l'énergie atomique, la SNCF, ou la RATP, je m'aperçois que leur objectif principal n'est pas de maximiser le bénéfice. Dans ce contexte, l'actionnariat public est le seul compatible avec un objectif d'intérêt général. Cela implique, pour réussir, quelques règles : d'abord, que l'État développe un projet politique clair ; ensuite, qu'il dépolitise le choix du dirigeant en le fondant sur la compétence – deux conditions qui ne sont pas faciles à réunir – ; enfin, que l'État laisse l'entreprise développer une autonomie de gestion, mais qu'il l'assortisse de vraies exigences et d'une capacité de contrôle qu'il aura su mettre en place. Or l'État a beaucoup de mal à déléguer de l'autonomie et à laisser l'entreprise prendre la mesure de son environnement. Certains d'entre vous ont sans doute lu le dernier livre de Jean Peyrelevade¹⁷¹ qui illustre bien ce conflit permanent vécu par l'État, tiraillé entre la volonté d'accorder de l'autonomie et la nécessité d'exercer un contrôle.

Deux remarques complémentaires : les entreprises publiques ont une culture qui ne les prépare pas, voire qui les rend assez inaptés, à se développer à l'international. On l'a vu lorsqu'EDF, GDF, ou France Télécom ont voulu aller à l'international : ils ne savaient tout simplement pas comment faire. Ma seconde remarque est qu'il existe des cas où il y a eu des sauvetages d'entreprises, c'est-à-dire où l'État, intervenant de façon massive, a joué un rôle utile. Mais, aujourd'hui, ces interventions seraient juridiquement impossibles à reproduire en raison du droit européen de la concurrence. Ainsi, ma première conclusion est qu'il existe bel et bien une place pour l'État actionnaire à 100 %, mais qu'il s'agit d'une place limitée dans un cadre national.

171 J. Peyrelevade, *Journal d'un sauvetage – Crédit Lyonnais : chronique d'un désastre*, éd. Albin Michel, Paris, 2016.



La deuxième conclusion, est que les participations majoritaires de l'État, dans une société cotée, sont des situations « bâtarde » qui ne sont justifiées que comme une transition vers la privatisation, c'est-à-dire comme une sorte de stage d'apprentissage ou de décompression qui permet de préparer les entreprises à la privatisation. Cela ne peut pas, en effet, être une situation stable, car il existe une contradiction absolue entre la finalité des actionnaires privés – qui est la maximisation de la valeur marchande – et les finalités de l'État – qui sont par définition d'intérêt général. En second lieu, il faut noter que ces sociétés, même si leur liberté d'action est réelle, n'auront jamais l'image et la crédibilité de cette liberté en dehors de la France. J'en ai fait l'expérience quand l'État était l'actionnaire majoritaire de Renault et que nous avons voulu faire une alliance avec Volvo.

Troisième conclusion – qui marque mon désaccord avec M. Azéma : je pense que la participation minoritaire de l'État est un mode d'intervention légitime et pertinent dès lors qu'il accepte d'être un actionnaire stable ordinaire, et qu'il promeut la priorité de l'intérêt de l'entreprise concernée par rapport à ses objectifs propres. Le code de l'OCDE¹⁷² illustre un certain nombre d'éléments qui permettent d'arriver à cela. L'on a souligné qu'il n'y avait pas de cas où il était entièrement et parfaitement appliqué, pourtant je pense qu'il y a de nombreux cas où cela se justifie.

J'en citerai quelques uns :

- L'État peut souhaiter que des entreprises soient ancrées sur le territoire national. Ce fut mon choix lorsque j'ai souhaité que l'État reste actionnaire à 15 % de Renault. De plus, l'État a parfois la capacité d'avoir plus d'audace, de prendre plus de risque par rapport aux évolutions du cours de l'action qu'un actionnaire privé. J'en prendrai deux exemples. Le premier exemple concerne une grande entreprise, Renault, où l'État a accepté l'alliance avec Nissan que deux entreprises privées étrangères avaient refusé, parce que leurs actionnaires avaient peur de ce projet jugé trop risqué et dont on savait qu'il aurait un effet négatif à court terme sur le cours de l'action. Le second exemple concerne mon métier actuel qui promeut l'intervention de l'État comme actionnaire minoritaire dans des *startups*, ou des sociétés qui veulent grandir. Et je constate que l'État accepte, du fait de sa surface financière, une prise de risque que des actionnaires privés n'accepteraient pas de la même façon ou pour le même volume. C'est là une différence fondamentale avec les États-Unis, où l'on a un marché financier qui fait qu'il y a toujours des gens capables de prendre un risque, tandis qu'en France il y a des failles de marché sur le soutien du risque.

- L'autre élément que je livre à votre réflexion est qu'il existe des cas, comme par exemple celui de PSA, où le soutien financier de l'État est nécessaire – et opportun – pour accompagner la politique de redressement de l'entreprise. Dans ce cas-là, il se fait aux côtés d'investisseurs privés entrés aux mêmes conditions que l'État. Pour que tout ceci fonctionne de façon optimale, il est souhaitable qu'il y ait une unité de l'État, ou plus exactement que chaque entreprise ait un interlocuteur unique. Cet interlocuteur peut être l'Agence des participations de l'État, la Banque publique d'investissement, ou la Caisse des dépôts et consignations, avec

172 Lignes directrices précitées.



la difficulté toutefois de devoir aller par-delà son conseil d'administration vers ses actionnaires. Notons qu'une entreprise britannique, quand elle veut fixer la rémunération de son « *chief executive officer* » (CEO), ne s'arrête pas à son conseil d'administration, elle consulte un à un ses quinze principaux actionnaires.

Dans ce contexte, il y a donc bien, selon moi, une place pour un actionnariat public minoritaire si l'État se discipline.

Avant de clore définitivement ce colloque, je voudrais redire combien j'ai trouvé ces échanges de savoir et d'expérience absolument passionnants et éclairants sur un sujet dont, même si le champ se restreint, l'intérêt intellectuel et collectif reste majeur.

Enfin, je voudrais remercier, au nom de tous les intervenants à ce colloque, les sections du rapport et des études, des finances, et des travaux publics, ainsi que toutes les personnes du Conseil d'État qui ont travaillé pour le succès de cette journée, qui a permis de mettre en valeur un enjeu national français de premier ordre.





Annexes





Éléments de réflexion

1. Secteur public, entreprises publiques, participations publiques : précision des notions, différenciation des approches

1.1. L'approche du droit interne

1.1.1. Le critère de la détention de la majorité du capital social – Conseil d'État - Avis n° 360 991. 26 août 1997 (extraits)

I. Compte tenu de ce que le capital de la société ISIS est majoritairement détenu par l'IFP, il convient d'examiner au préalable si l'IFP constitue ou non une entreprise du secteur public au sens de l'article 34 de la Constitution.

a) En premier lieu, FIFP qui a conservé le statut d'établissement professionnel prévu par un acte dit loi du 17 novembre 1943, loin de présenter le caractère d'un établissement public, constitue au contraire une personne morale de droit privé ainsi qu'il résulte d'une décision du Conseil d'État statuant au contentieux en date du 7 décembre 1984. En second lieu, le statut d'établissement professionnel qui est celui de FIFP exclut que ce dernier dispose d'un capital sur lequel quiconque puisse exercer les droits d'un propriétaire ; or, la détention majoritaire du capital par l'État, les collectivités locales, leurs établissements publics et les entreprises publiques constitue le critère de l'appartenance d'une société au secteur public au sens de l'article 34 de la Constitution, et la condition de l'application des règles de transfert de propriété au secteur privé édictées par les lois des 2 juillet et 6 août 1986 modifiées.

b) Compte tenu de ce qui précède, on ne saurait déduire l'appartenance de FIFP au secteur public ni de ce que la majorité de ses ressources lui est procurée par une taxe parafiscale, de telles taxes pouvant être perçues au profit de personnes morales de droit privé aux termes de l'ordonnance du 2 janvier 1959 susvisée, ni de ce que FIFP est soumis au contrôle économique et financier de l'État, à celui de la Cour des comptes ou de l'Inspection générale des finances, ces différents contrôles trouvant leur cause dans l'affectation à FIFP d'une taxe parafiscale.

S'il est vrai que la directive 80/723/CEE du 25 juin 1980 donne des entreprises publiques une définition susceptible de couvrir un organisme tel que FIFP, cette circonstance est sans incidence en l'espèce, eu égard à la question posée qui porte sur l'applicabilité des lois relatives, soit aux transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé, soit à la démocratisation du secteur public et par conséquent est étrangère à l'application de l'article 90 du Traité de Rome qui concerne l'application des règles de concurrence.

II. Dans ces conditions, la société ISIS, bien que son capital soit détenu majoritairement par FIFP, n'appartient en aucune façon au secteur public et ne relève donc ni des lois des 2 juillet et 6 août 1986 mentionnées ci-dessus ni de la loi du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.



1.1.2. *La neutralité du critère de la détention des droits de vote – Conseil d’État - Avis n° 362 610. 17 septembre 1998 (extraits)*

II-1) La question de savoir si une société dans laquelle la majorité des droits de vote aux assemblées d’actionnaires est détenue, directement ou indirectement, par des personnes morales de droit public doit, de ce seul fait, être qualifiée d’entreprise du secteur public n’est pas réglée par les termes mêmes de l’article 34 de la Constitution.

Elle n’a pas été tranchée par le II de l’article 7 de la loi susvisée du 2 juillet 1986 qui ne contient pas de critère de l’entreprise publique, fût-ce par référence à l’article 1^{er} de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, ni par la loi susvisée du 6 août 1986 modifiée relative aux modalités des privatisations, encore que, dans l’article 10 de cette loi, dans sa rédaction actuellement en vigueur résultant de l’article 7 de la loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation qui définit le régime de l’action spécifique, le législateur se réfère à un « *pourcentage du capital social ou des droits de vote* » pour la détermination des seuils dont le franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, exige l’agrément préalable du ministre de l’Économie.

Cette question ne peut davantage être regardée comme implicitement mais nécessairement tranchée, à propos de la loi relative à l’entreprise nationale France Télécom, par la décision rendue par le Conseil Constitutionnel le 23 juillet 1996 qui juge que le maintien de l’entreprise nationale dans le secteur public est garanti par la participation majoritaire de l’État à son capital. En effet, les statuts de France Télécom ne font pas application de l’article 175 de la loi susvisée du 24 juillet 1966. Elle ne l’est pas nécessairement non plus par le Conseil d’État statuant au contentieux ou par la Cour de cassation, les cas d’espèce tranchés jusqu’ici ne permettant pas de déterminer avec certitude si ces juridictions ont entendu juger que, dans tous les cas, la détention directe ou indirecte par une personne morale de droit public de plus de la moitié du capital d’une entreprise était la condition à la fois nécessaire et suffisante de l’appartenance de cette entreprise au secteur public. L’article 2 de la directive susvisée de la Commission des communautés européennes en date du 25 juin 1980 prise pour l’application de l’article 90 du Traité de Rome qui retient comme suffisant à lui seul le critère tiré de la majorité des droits de vote n’oblige pas le juge français à adopter la même solution pour l’application de lois qui n’ont pas le même objet que l’article 90 de ce traité et concernent, au surplus, une matière qui n’entre pas dans les compétences de la Communauté européenne.

Enfin, non seulement en termes de droits patrimoniaux mais même en termes de pouvoirs, la détention de la majorité des droits de vote aux assemblées d’actionnaires n’est pas rigoureusement équivalente à la détention de la majorité du capital. Dans le droit commun des sociétés, l’État propriétaire directement ou indirectement de la majorité du capital d’une entreprise ne peut jamais la perdre par le fait d’autrui, tandis que la majorité des droits de vote sans majorité du capital peut être perdue, même sans cession du capital, du seul fait de l’accroissement du nombre d’actions statutairement attributaires du droit de vote double appartenant à d’autres actionnaires.



Cette considération de droit, jointe au fait qu'en pratique le critère de la majorité du capital garantit vraisemblablement plus de stabilité et de transparence, conduit à admettre qu'il n'y a pas lieu de considérer que la détention par le secteur public de la majorité des droits de vote aux assemblées d'actionnaires suffit à qualifier l'entreprise en cause d'entreprise du secteur public pour l'application des lois susvisées des 2 juillet et 6 août 1986.

*1.1.3. Les limites hautes du secteur public au regard des exigences constitutionnelles :
Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 – Loi de nationalisation*

Sur le principe des nationalisations :

« 13. Considérant que l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 proclame : *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression* ; que l'article 17 de la même Déclaration proclame également : *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment et sous la condition d'une juste et préalable indemnité* ;

« 14. Considérant que le peuple français, par le référendum du 5 mai 1946, a rejeté un projet de Constitution qui faisait précéder les dispositions relatives aux institutions de la République d'une nouvelle Déclaration des droits de l'homme comportant notamment l'énoncé de principes différant de ceux proclamés en 1789 par les articles 2 et 17 précités.

« 15. Considérant qu'au contraire, par les référendums du 13 octobre 1946 et du 28 septembre 1958, le peuple français a approuvé des textes conférant valeur constitutionnelle aux principes et aux droits proclamés en 1789 ; qu'en effet, le préambule de la Constitution de 1946 réaffirme solennellement les droits et les libertés de l'homme et du citoyen consacrés par la Déclaration des droits de 1789 et tend seulement à compléter ceux-ci par la formulation des principes politiques, économiques et sociaux particulièrement nécessaires à notre temps ; que, aux termes du préambule de la Constitution de 1958, le peuple français proclame solennellement son attachement aux droits de l'homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la déclaration de 1789, confirmée et complétée par le Préambule de la Constitution de 1946.

« 16. Considérant que, si postérieurement à 1789 et jusqu'à nos jours, les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée à la fois par une notable extension de son champ d'application à des domaines individuels nouveaux et par des limitations exigées par l'intérêt général, les principes mêmes énoncés par la Déclaration des droits de l'homme ont pleine valeur constitutionnelle tant en ce qui concerne le caractère fondamental du droit de propriété dont la conservation constitue l'un des buts de la société politique et qui est mis au même rang que la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression, qu'en ce qui concerne les garanties données aux titulaires de ce droit et les prérogatives de la puissance publique ; que la liberté qui, aux termes de l'article 4



de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ;

« 17. Considérant que l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946 dispose : *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* ; que cette disposition n'a ni pour objet ni pour effet de rendre inapplicables aux opérations de nationalisation les principes sus rappelés de la Déclaration de 1789 ;

« 18. Considérant que, si l'article 34 de la Constitution place dans le domaine de la loi les nationalisations d'entreprises et les transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé, cette disposition, tout comme celle qui confie à la loi la détermination des principes fondamentaux du régime de la propriété, ne saurait dispenser le législateur, dans l'exercice de sa compétence, du respect des principes et des règles de valeur constitutionnelle qui s'imposent à tous les organes de l'État.

« 19. Considérant qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel que le législateur a entendu fonder les nationalisations opérées par ladite loi sur le fait que ces nationalisations seraient nécessaires pour donner aux pouvoirs publics les moyens de faire face à la crise économique, de promouvoir la croissance et de combattre le chômage et procéderaient donc de la nécessité publique au sens de l'article 17 de la Déclaration de 1789 ;

« 20. Considérant que l'appréciation portée par le législateur sur la nécessité des nationalisations décidées par la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel ne saurait, en l'absence d'erreur manifeste, être récusée par celui-ci dès lors qu'il n'est pas établi que les transferts de biens et d'entreprises présentement opérés restreindraient le champ de la propriété privée et de la liberté d'entreprendre au point de méconnaître les dispositions précitées de la Déclaration de 1789 » ;

1.1.4. Les limites basses du secteur public au regard des exigences constitutionnelles – Service public national et monopole de fait - Décision du Conseil constitutionnel n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, loi relative au secteur de l'énergie

En ce qui concerne le grief tiré de la méconnaissance du neuvième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 :

« 12. Considérant que, selon les requérants, le neuvième alinéa du Préambule de 1946 fait obstacle au transfert de la société Gaz de France au secteur privé ; qu'ils font valoir, d'une part, que cette société conserve les caractéristiques d'un service public national en raison des missions qui lui sont confiées et notamment de l'obligation permanente qui lui est faite de fournir du gaz naturel à un tarif réglementé ; qu'ils estiment, d'autre part, que Gaz de France continue à bénéficier d'un monopole de fait tant en matière de transport que de distribution ; qu'ils soutiennent, à titre subsidiaire, que son transfert au secteur privé ne saurait en tout état de cause intervenir avant le 1^{er} juillet 2007, date de l'ouverture à la concurrence du marché de la fourniture de gaz naturel aux clients domestiques ;



« 13. Considérant qu'aux termes du neuvième alinéa du Préambule 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* ; que l'article 34 de la Constitution confère au législateur compétence pour fixer « les règles concernant (...) les transferts de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé » (...)

- Quant à l'existence d'un service public national :

« 14. Considérant que, si la nécessité de certains services publics nationaux découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle, il appartient au législateur ou à l'autorité réglementaire, selon les cas, de déterminer les autres activités qui doivent être ainsi qualifiées, en fixant leur organisation au niveau national et en les confiant à une seule entreprise ; que le fait qu'une activité ait été érigée en service public national sans que la Constitution l'ait exigé ne fait pas obstacle au transfert au secteur privé de l'entreprise qui en est chargée ; que, toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national ;

« 15. Considérant que, par sa décision du 5 août 2004 susvisée, le Conseil constitutionnel a constaté que Gaz de France conservait la qualité d'un service public national par détermination de la loi ; qu'en effet, le législateur avait maintenu à cette seule entreprise les missions de service public qui lui étaient antérieurement dévolues en ce qui concerne la fourniture de gaz naturel aux particuliers ; que le neuvième alinéa du Préambule de 1946 était respecté dès lors que la participation de l'État ou d'autres entreprises ou organismes appartenant au secteur public restait majoritaire dans le capital de cette société ; que l'abandon de cette participation majoritaire ne pouvait résulter que d'une loi ultérieure privant Gaz de France de son caractère de service public national ;

« 16. Considérant, en premier lieu, que l'article 3 de la loi déferée, combiné avec son article 44, met fin, à compter du 1^{er} juillet 2007, à l'exclusivité dont bénéficiait Gaz de France pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers ;

« 17. Considérant, en deuxième lieu, que les obligations de service public définies par l'article 16 de la loi du 3 janvier 2003 susvisée s'imposent non seulement à Gaz de France, mais encore à l'ensemble des entreprises concurrentes intervenant dans le secteur du gaz naturel ; qu'il en est ainsi en ce qui concerne les obligations de service public fixées par la loi, au niveau national, sur chacun des segments de ce secteur d'activité ;

« 18. Considérant que, si l'article 29 de la loi déferée impose à Gaz de France des sujétions en termes de péréquation, en ce qui concerne les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution, l'activité de distribution du gaz naturel constitue un service public local et non national ; qu'en outre, en vertu du même article, l'obligation de péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution « à l'intérieur de la zone de desserte de chaque gestionnaire » s'impose non seulement à Gaz de France, mais aussi aux distributeurs non nationalisés ;



« 19. Considérant, enfin, que le grief tiré de ce que le législateur aurait conservé à Gaz de France son caractère de service public national en obligeant cette société à proposer à titre permanent un tarif réglementé de vente doit être écarté compte tenu de la censure des dispositions précitées de l'article 66-1 inséré dans la loi du 13 juillet 2005 susvisée par l'article 17 de la loi déferée ;

« 20. Considérant qu'il ressort de ce qui précède que la loi déferée fait perdre à Gaz de France, à compter du 1^{er} juillet 2007, son caractère de service public national » ;

- Quant à l'existence d'un monopole de fait :

« 21. Considérant que la notion de monopole de fait mentionnée au neuvième alinéa du Préambule de 1946 doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que de la concurrence qu'elles affrontent sur ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises ; qu'on ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités ;

« 22. Considérant que les activités de transport de gaz naturel ont été exclues de la nationalisation et ouvertes à tout opérateur par la loi du 2 août 1949 portant modification de la loi du 8 avril 1946 susvisée ;

« 23. Considérant que les activités de distribution ont été confiées non seulement à Gaz de France, mais aussi à des distributeurs non nationalisés par la loi du 8 avril 1946 ; que, depuis la loi du 13 juillet 2005 susvisée, ces activités sont ouvertes, en dehors des zones de desserte historique de ces opérateurs, à la concurrence de l'ensemble des entreprises agréées ;

« 24. Considérant, par ailleurs, qu'ont également été exclues de la nationalisation en 1949 les activités de production de gaz naturel ainsi que celles de stockage et d'exploitation d'installations de gaz naturel liquéfié ; que les monopoles d'importation et d'exportation du gaz naturel ont été supprimés par la loi du 3 janvier 2003 susvisée ; que, depuis le 1^{er} juillet 2004, les utilisateurs de gaz autres que les clients domestiques peuvent s'adresser au fournisseur de leur choix ; que la loi déferée met fin, à compter du 1^{er} juillet 2007, à tout monopole de fourniture de gaz, y compris pour les clients domestiques ; qu'enfin, le gaz naturel constitue une énergie substituable ;

« 25. Considérant, dans ces conditions, que la société Gaz de France ne peut être regardée comme une entreprise dont l'exploitation constitue un monopole de fait au sens du neuvième alinéa du Préambule de 1946 (...) » ;

1.2. L'approche du droit de l'Union européenne

1.2.1. Entreprises publiques et aides d'État – Vade-mecum des aides d'État de la direction des affaires juridiques des ministères économiques et financiers – Fiche 2 L'intervention de l'État comme opérateur privé en économie de marché



L'article 345 TFUE prévoit que le traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres. Il reconnaît donc la liberté des entités publiques de détenir des participations, même majoritaires, dans les entreprises. Ainsi, les États membres restent libres d'entreprendre, directement ou indirectement, des activités économiques au même titre que des entreprises privées (Trib. UE, 3 juillet 2014, *Royaume d'Espagne contre Commission*, aff. T-319/12 et T-321/12, point n° 79).

Toutefois, ces interventions ne doivent pas favoriser les entreprises qui en bénéficient, au détriment de leurs concurrentes. Les dispositions du traité en matière d'aides d'État sont, par conséquent, applicables. Ainsi, si le rôle de l'État investisseur public ne peut être remis en cause sur le fondement du traité, encore faut-il que ce rôle ne dissimule pas une opération d'intervention de l'État pouvoir public, susceptible de fausser la concurrence et d'affecter les échanges entre États membres.

Les autorités communautaires sont donc assez méfiantes envers les participations publiques. Elles présument, le plus souvent, que les apports de capitaux publics constituent une aide publique.

Le critère de référence pour repérer l'existence d'une aide d'État est celui de « l'investisseur privé, agissant dans les conditions normales d'une économie de marché » – ce critère n'est pas spécifique aux prises de participations, on le retrouve dans des affaires d'entreprises publiques en difficulté ou de privatisations (cf. fiches 12 et 16). Autrement dit, il s'agit « *d'apprécier si, dans le cadre d'une opération donnée, l'État a accordé un avantage à une entreprise en ne se comportant pas comme un opérateur en économie de marché* » (projet de communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État au sens de l'article 107, paragr. 1 du TFUE, point 79). Son application impose de vérifier si, placé dans une situation analogue, un investisseur privé aurait agi de la même façon que l'actionnaire public intervenant au profit de l'entreprise, ou encore de s'interroger sur les possibilités qu'aurait eues l'entreprise de trouver des capitaux sur le marché privé dans les mêmes conditions.

Il s'applique également en « temps de crise », mais dans des conditions très contraintes.

La difficulté de contrôler les investissements publics a conduit la Commission à clarifier la façon dont peut s'analyser une opération d'apport en capital effectuée par une entité publique, au regard des dispositions relatives aux aides d'État.

La Commission a ainsi adopté, en 1984, une communication sur les participations des autorités publiques dans les capitaux des entreprises, reprise en 1993 dans une communication sur les entreprises publiques du secteur manufacturier.

Étant donné sa complexité, ce critère a également fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Il est à analyser selon la nature de l'opération réalisée par l'État investisseur.



Ainsi, le critère du créancier privé est le pendant du critère de l'investisseur avisé lorsque l'État se trouve en situation de créancier à l'égard d'une entreprise. Ce critère a été dégagé par le juge communautaire pour les cas de facilités de paiement et de remises de dettes accordées par un créancier public. Dans cette hypothèse, les créanciers publics qui octroient des remises ou des échelonnements de dettes doivent être comparés à des créanciers privés cherchant à obtenir le paiement des sommes qui leur sont dues par un débiteur en difficultés financières.

De même, le critère du vendeur privé est le pendant du critère de l'investisseur avisé lorsque l'État souhaite, par exemple, céder une participation ou une activité (...).

Les obligations procédurales de l'État membre dépendent de l'analyse de l'opération en capital envisagée.

Les obligations de l'État membre issues de l'article 107 § 3 du TFUE sont les suivantes :

- aucune obligation de notification préalable ne s'impose, s'il n'y a pas d'apport de capital neuf ;
- si l'État membre considère qu'il s'agit d'une aide d'État, il doit la notifier avant sa mise en vigueur, conformément aux dispositions générales applicables aux aides d'État (art. 108 § 3 du TFUE) ;
- en cas de doute, s'il y a présomption d'aide, la Commission doit être informée préalablement. Dans la majorité des cas, la Commission conseille aux États de notifier, dès qu'il y a doute.

Cette appréciation se fait sous la responsabilité de l'État membre. Si celui-ci décide de ne pas notifier l'opération et de ne pas en informer préalablement la Commission, il accepte un certain degré d'insécurité juridique. Il en est, d'ailleurs, de même pour l'entreprise bénéficiaire, qui ne peut arguer de la confiance légitime, pour échapper ensuite à une éventuelle obligation de remboursement que dans des cas extrêmement limités.

La Commission, notamment en cas de plainte, pourra se saisir du dossier et remettre en question l'opération a posteriori. Pour mémoire, une aide d'État non notifiée est illégale, ce qui ne préjuge pas de son éventuelle compatibilité avec le traité, mais permet à un éventuel plaignant de la contester directement devant un juge national, afin d'en obtenir la cessation et le remboursement par le bénéficiaire, sans possibilité pour le juge national de statuer sur son éventuelle compatibilité.

(...) Le droit communautaire impose la transparence des relations financières entre l'État et les entreprises publiques.

Au-delà des obligations de notification au titre de l'article 108 § 3 du TFUE et afin d'assurer l'effectivité de son contrôle sur les aides d'État, la Commission a adopté une directive sur la transparence des relations financières entre l'État et les entreprises publiques.

Cette directive impose la communication systématique de certaines informations, la conservation de diverses données et des rapports annuels.



Elle impose également des obligations particulières aux entreprises, privées ou publiques, titulaires de droits exclusifs ou spéciaux au sens de l'article 106 § 1 du TFUE ou chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général (SIEG) au sens de l'article 106 § 2 du TFUE.

La directive impose une comptabilité séparée pour ces entreprises, lorsqu'elles reçoivent une aide en relation avec ce service et qu'elles exercent, par ailleurs, d'autres activités que celles liées à la mission d'intérêt économique général.

1.2.2. Entreprises publiques, libre circulation des capitaux et liberté d'établissement : Commission européenne - Sélection d'actes de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne portant sur la libre circulation des capitaux

Dans des secteurs stratégiques ou pour des entreprises nationales importantes et/ou de grande taille, certains pays de l'Union européenne ont estimé nécessaire de garder le contrôle après privatisation au moyen de droits spéciaux qui vont plus loin que les droits normalement conférés aux actionnaires.

Les actions privilégiées (en anglais, « *golden shares* »), qui confèrent des droits préférentiels à certains actionnaires, en constituent un exemple. Aujourd'hui, le terme « *golden share* » recouvre toutes les formes de droits spéciaux de ce type. Pour en savoir plus : pour une vue d'ensemble des considérations juridiques relatives aux droits spéciaux, consulter l'annexe 1 du rapport intitulé « *Special rights in privatised companies in the enlarged Union – a decade full of developments* » (Droits spéciaux dans les sociétés privatisées dans l'Union élargie : dix ans d'évolution).

Le premier arrêt portant sur des actions privilégiées a été prononcé le 23 mai 2000 dans une affaire contre l'Italie (aff. C-58/99). Celle-ci concerne une loi-cadre sur la privatisation et les décrets correspondants, qui assurent au gouvernement italien le contrôle d'entreprises du secteur de l'énergie et des télécommunications.

Le 4 juin 2002, la Cour de justice de l'Union européenne s'est prononcée dans des affaires impliquant le Portugal, la France et la Belgique. Dans le cas du Portugal (aff. C-367/98), les dispositions en cause concernaient des lois-cadres et des règlements relatifs à la privatisation d'entreprises dans les secteurs de la banque, des assurances, de l'énergie et des transports. L'affaire concernant la France (aff. C-483/99) portait sur un décret accordant à l'État une action privilégiée dans la Société nationale Elf-Aquitaine, qui fournit des produits pétroliers. L'affaire concernant la Belgique (aff. C-503/99) portait sur deux arrêtés royaux accordant à l'État des actions privilégiées dans Distrigaz et dans la Société nationale de transport par canalisations. Cet arrêt donne d'utiles indications sur le principe de proportionnalité appliqué aux droits spéciaux.

Le 23 mai 2003, la Cour a statué dans des affaires concernant l'Espagne et le Royaume-Uni. Le dossier espagnol (aff. C-463/00) concernait les dispositions d'une loi et de décrets royaux sur les privatisations conférant à l'État le contrôle de Repsol et d'Endesa (énergie), de Telefónica (télécommunications), d'Argentaria (banque) et de Tabacalera (tabac). Dans le dossier britannique (aff. C-98/01), la



disposition en cause avait trait aux statuts du plus grand exploitant aéroportuaire du pays, British Airport Authorities (BAA), propriétaire entre autres des aéroports de Heathrow et Stansted.

La Cour de justice de l'Union européenne a conclu, par exemple dans l'affaire C-98/01, que les droits spéciaux :

- affectent la position de l'acquéreur d'une participation ;
- sont de nature à dissuader les investissements directs et à conditionner l'accès au marché ;
- restreignent la libre circulation des capitaux (article 63) et la liberté d'établissement (article 49).

En 2005, la Cour a statué dans une affaire contre l'Italie (aff. C-174/04) relative à la suspension des droits de vote liés à des participations représentant plus de 2 % du capital social d'entreprises publiques investissant dans des compagnies de gaz et d'électricité.

Dans une affaire concernant l'Allemagne (aff. C-112/05), la Cour a statué en 2007 sur une mesure étatique (la loi « Volkswagen ») spécialement conçue pour octroyer aux pouvoirs publics des droits spéciaux dans Volkswagen AG, que le droit des sociétés allemand ne leur aurait normalement pas accordés. À la suite de cet arrêt, l'Allemagne a abrogé les dispositions de la loi « Volkswagen » qui donnaient aux autorités allemandes le droit spécial de nommer des représentants au conseil de surveillance et limitaient à 20 % les droits de vote des actionnaires. En 2013, la Cour a conclu que ces aménagements étaient suffisants pour être conformes à l'arrêt précédent (aff. C-95/12).

En 2008, la Cour a statué sur des affaires contre l'Italie et l'Espagne. Dans l'affaire C-326/07, la Cour a conclu à l'illégalité d'une dérogation au droit ordinaire des sociétés, qui garantissait aux pouvoirs publics une participation allant au-delà de ce que leur statut d'actionnaires leur aurait normalement conféré. Dans les deux affaires contre l'Espagne (aff. C-274/06 et C-207/07), qui concernaient le contrôle des investissements dans le secteur de l'énergie, la Cour a estimé qu'un système d'autorisation préalable ne pouvait pas toujours garantir la sécurité d'approvisionnement énergétique, et que l'imposition d'obligations spécifiques aux entreprises du secteur de l'énergie pouvait constituer un moyen plus adapté qu'une restriction des droits de vote.

En 2010, la Cour a estimé que les droits spéciaux du gouvernement portugais dans les entreprises *Portugal Telecom* (aff. C-171/08) et *Energias de Portugal* (aff. C-543/08) étaient contraires à la libre circulation des capitaux. Dans la première affaire, la Cour a conclu à l'illégalité de droits spéciaux, dont le droit de veto sur les décisions des administrateurs de Portugal Telecom conféré à l'État portugais et à d'autres entités du secteur public, en tant que détenteurs d'actions privilégiées depuis la privatisation de la société. Dans la seconde affaire, la Cour a conclu que plusieurs dispositions n'étaient pas justifiées : le droit de veto de l'État



portugais sur de nombreuses décisions de l'entreprise, le droit de refuser l'élection d'administrateurs, le droit de nommer un directeur, ainsi que le plafond de vote de 5 % lors de l'assemblée générale, appliqué à tous les actionnaires à l'exception de l'État ou des entités publiques. Dans les deux affaires, la Cour a estimé que les droits spéciaux incriminés étaient de nature à décourager les opérateurs d'autres États membres d'effectuer des investissements directs et à avoir un effet dissuasif sur les investissements de portefeuille.

En 2011, dans l'affaire C-212/069, la Cour a estimé qu'en conservant des droits spéciaux de l'État et d'autres entités publiques au sein de la société GALP, le Portugal avait dérogé aux dispositions du traité. Ces droits spéciaux comprenaient notamment un droit de veto portant sur de nombreuses décisions de la société. Il est à noter que la Cour a non seulement confirmé que des statuts incorporant des dispositions juridiques relatives à des droits spéciaux constituent une mesure étatique, mais elle a également conclu que le pacte d'actionnaires permettant à l'État d'exercer ses droits spéciaux est lui aussi une mesure étatique.

En 2012, la Cour a estimé que la disposition grecque soumettant à une autorisation préalable l'acquisition de droits de vote représentant plus de 20 % du capital social de certaines « sociétés anonymes stratégiques » n'était pas conforme à la liberté d'établissement prévue par le traité. Elle a également conclu que soumettre certaines décisions de ces sociétés à l'autorisation du ministre des finances était contraire à la législation de l'Union européenne.

1.3. L'approche de l'OCDE - Lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques - Édition 2015 - Champ d'application et définitions (extrait), par ailleurs accessibles sur Internet : <http://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/ocde-lignes-directrices-gouvernement-entreprises-publiques.htm>

Les Lignes directrices ont été élaborées à l'intention des représentants de l'État en charge de l'actionariat public et contiennent en outre des conseils à l'intention des conseils d'administration et des dirigeants d'entreprises publiques. On y trouve des recommandations relatives à la gouvernance de chaque entreprise publique, mais aussi aux pratiques de l'État actionnaire et au cadre juridique et réglementaire dans lequel les entreprises publiques exercent leur activité. Les Lignes directrices s'appliquent généralement aux entreprises publiques, que celles-ci exercent leur activité au niveau national ou international.

Il convient d'admettre qu'il n'existe pas de modèle universellement applicable et que, parce que les traditions juridiques et administratives diffèrent selon les contextes, les systèmes qu'il convient de mettre en place doivent également être différents. Les Lignes directrices sont axées sur les résultats, ce qui signifie qu'il est du ressort de l'administration de décider comment obtenir les résultats préconisés. La présente section vise à passer en revue un certain nombre de questions que les actionnaires d'entreprises doivent se poser et de difficultés qu'ils doivent résoudre pour déterminer si les Lignes directrices sont applicables.

Définition d'une entreprise publique : les pays n'ont pas tous la même conception de la palette des établissements devant être considérés comme des entreprises



publiques. Aux fins des Lignes directrices, toute entité juridique reconnue comme entreprise en vertu de la législation nationale et dans laquelle l'État exerce des droits d'actionnaire devrait être considérée comme une entreprise publique. Sont donc incluses dans cette catégorie les sociétés par actions, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions. Par ailleurs, les sociétés de service public dotées de la personnalité juridique en vertu d'une législation spécifique devraient être considérées comme des entreprises publiques dès lors que leur objet et leurs activités, ou certains segments de leurs activités, présentent un caractère économique.

Participation et contrôle. Les Lignes directrices s'appliquent aux entreprises qui sont effectivement sous le contrôle de l'État, soit parce qu'il est le bénéficiaire effectif de la majorité des actions assorties d'un droit de vote, soit parce qu'il exerce un contrôle équivalent par d'autres voies. Les exemples de cas dans lesquels l'État exerce un contrôle équivalent sont notamment ceux où les dispositions légales ou les statuts de la société prévoient que l'État exerce un contrôle permanent sur la société dans laquelle il détient une participation minoritaire ou sur son conseil d'administration. Certaines situations limites doivent être examinées au cas par cas, notamment lorsque le montant des actions spécifiques à détenir pour exercer le contrôle est fonction des pouvoirs que celles-ci confèrent à l'État. On peut également considérer que les Lignes directrices s'appliquent à des entreprises dans lesquelles l'État détient une participation minoritaire si la structure de ces entreprises ou leur actionariat fait qu'elles sont effectivement sous le contrôle de l'État. À l'inverse, l'influence que l'État exerce sur les décisions des entreprises en vertu d'une réglementation en bonne et due forme n'est généralement pas considérée comme une forme de contrôle. Les entités dans lesquelles l'État détient une participation inférieure à 10 % ne lui conférant pas le contrôle sur l'entreprise et n'impliquant pas nécessairement qu'il a un intérêt à long terme dans la société, et qui sont détenues indirectement par des gestionnaires d'actifs indépendants, comme des fonds de pension, ne sont pas non plus considérées comme des entreprises publiques. Aux fins des présentes Lignes directrices, les entités qui sont détenues ou contrôlées par l'État pour une durée limitée à la suite d'une faillite, d'une liquidation, d'une administration judiciaire provisoire ou d'une cessation de paiements ne sont généralement pas considérées comme des entreprises publiques. Les différents modes d'exercice du contrôle des entreprises par l'État qui existent soulèveront également des questions de gouvernance différentes. Dans les Lignes directrices, le terme « participation » renvoie à l'exercice d'un contrôle effectif.

Activités économiques. Aux fins des Lignes directrices, une activité économique est une activité supposant l'offre de biens ou de services sur un marché donné et pouvant, du moins en principe, être exercée par un acteur privé aux fins de réaliser des bénéfices. La structure du marché (notamment le fait qu'il s'agisse d'un marché ouvert à la concurrence, d'un oligopole ou d'un monopole) n'est pas déterminante pour décider si une activité doit être considérée comme une activité économique. Les redevances d'utilisation obligatoires imposées par l'État doivent normalement être assimilées à une vente de biens ou de services sur le marché. Les



activités économiques se déroulent le plus souvent sur des marchés sur lesquels concurrence avec d'autres entreprises existe déjà ou sur lesquels la concurrence pourrait apparaître compte tenu des lois et réglementations en vigueur.

Objectifs de politique publique. Aux fins du présent document, les objectifs de politique publique sont des objectifs servant l'intérêt général sur le territoire où l'entreprise publique est implantée. Concrètement, ils prennent la forme d'exigences de performance spécifiques imposées aux entreprises publiques et/ou entreprises privées autres que la maximisation des bénéfices et de la valeur actionnariale. Il peut s'agir par exemple de la fourniture de services publics, notamment de services postaux, mais aussi d'autres obligations spéciales répondant au souci de servir l'intérêt général. Dans de nombreux cas, des objectifs de politique publique qui auraient pu être atteints par des organismes publics, ont été assignés à une entreprise publique pour des raisons d'efficacité ou pour d'autres motifs. L'exercice, à titre ponctuel, du pouvoir exécutif au moyen d'actions conduites par des entreprises publiques devrait normalement être considéré comme relevant des objectifs de politique publique de ces entreprises. Les objectifs de politique publique peuvent être poursuivis soit séparément des activités économiques, soit en lien avec les activités économiques.

Organes de direction des entreprises publiques. Certaines entreprises publiques ont un système dualiste dans lequel les fonctions de direction et de surveillance sont confiées à deux organes différents. D'autres ont un système ne comportant qu'un seul organe dans lequel des administrateurs (dirigeants) exerçant des fonctions de direction sont, ou non, autorisés à siéger. Aux fins du présent document, le terme « conseil d'administration » désigne l'organe exerçant les fonctions de direction de l'entreprise et de surveillance des dirigeants. Dans beaucoup de pays, des administrateurs « indépendants » siègent aux conseils d'administration des entreprises publiques, mais la portée et la définition de la notion d'indépendance varie considérablement selon le contexte juridique et les codes de gouvernance d'entreprise prévalant au niveau national. Le directeur général est le plus haut dirigeant de l'entreprise, responsable de la gestion de ses activités et de la mise en œuvre de sa stratégie. Il rend compte au conseil d'administration.

Entreprises publiques cotées. Certaines sections des Lignes directrices sont spécialement consacrées aux « entreprises publiques cotées ». Aux fins du présent document, cette expression renvoie aux entreprises publiques dont les actions sont cotées en bourse. Dans certains pays, les entreprises publiques ayant émis des actions préférentielles et/ou des titres de créance négociables en bourse peuvent être considérées comme cotées.

Entité actionnaire. L'entité actionnaire est l'organe de l'État chargé d'exercer la fonction actionnariale ou d'exercer les droits d'actionnaire de l'État au sein des entreprises publiques. L'« entité actionnaire » peut désigner un organisme unique, un organisme de coordination ou un ministère chargé d'exercer la fonction actionnariale de l'État. Dans les Lignes directrices et dans les notes y afférentes, l'expression « entité actionnaire » est employée sans préjudice du choix du mode d'exercice de la fonction actionnariale. Tous les pays adhérant aux Lignes



directrices n'ont pas nécessairement confié pour mission principale à une instance publique d'endosser le rôle de l'État actionnaire, et ceci ne doit en rien interférer avec l'application des autres recommandations.

Champ d'application. Les Lignes directrices sont applicables à l'ensemble des entreprises publiques exerçant des activités économiques que ce soit exclusivement ou concomitamment à la poursuite d'objectifs de politique publique ou à l'exercice de pouvoirs ou de missions qui sont de ressort de l'État. Quant à savoir si d'autres services de l'administration devraient être appelés à se conformer aux Lignes directrices, cela dépend en partie de la mesure dans laquelle ils se livrent à des activités économiques. Les Lignes directrices n'ont généralement pas vocation à s'appliquer aux entités ou aux activités dont le but premier est d'exercer une fonction relevant des politiques publiques, même si les entités concernées ont la forme juridique d'une entreprise. Le principe qui doit prévaloir est que les entités chargées d'exercer la fonction d'actionnaire au sein d'entreprises détenues par des niveaux d'administration infranationaux devraient s'employer à mettre en œuvre toutes les recommandations énoncées dans les Lignes directrices qui sont applicables.

2. L'ampleur du secteur public et des participations publiques : perspectives historiques, état des lieux et résultats

2.1. Aperçu historique

2.1.1. « Les entreprises publiques, une espèce en voie de disparition ? » (site du ministère de l'économie, 2005)

Au nom de la reconstruction économique du pays, de nombreuses entreprises ont été nationalisées après 1945 dans des secteurs clés : transports, énergie, banques, etc. Une deuxième vague de nationalisation s'est produite avec l'alternance politique de 1981. À cette même date, un mouvement inverse de privatisations s'engageait à travers l'Europe, au nom des règles de concurrence. Depuis les années 1980, le nombre d'entreprises publiques en France et leurs effectifs ont diminué de moitié.

Une première vague de nationalisations au nom de la reconstruction : la première vague de nationalisations visait des entreprises privées dans des secteurs clés de l'économie : l'énergie, les transports, avec EDF et la SNCF, mais aussi le secteur des banques, des assurances etc. Les capitaux publics remplacent les capitaux privés ; l'État devient alors l'actionnaire unique ou majoritaire de ces entreprises nationalisées qu'il dirige. D'autres entreprises ont été nationalisées à la Libération pour « collaboration économique », l'exemple le plus connu est celui de Renault devenue alors une « Régie nationale ».

Une deuxième vague de nationalisations après 1981 : la deuxième vague a eu lieu avec l'alternance politique de 1981. Le gouvernement de Pierre Mauroy a procédé à de nouvelles nationalisations : cinq groupes industriels, trente-neuf banques et deux compagnies financières qui passent alors du secteur privé au secteur public.



Années 1980, mouvement inverse à travers l'Europe : par la suite, l'on a assisté à un mouvement inverse. Les privatisations, initiées en Grande-Bretagne au début des années 1980 par Margaret Thatcher, se sont généralisées en Europe. Elles s'inscrivent dans l'ouverture du marché européen et les règles de concurrence qui en découlent : un secteur industriel ou commercial ne saurait être l'objet d'un monopole, même public. En France, à partir de 1986 sous le gouvernement de Jacques Chirac, s'engagent des privatisations de sociétés récemment nationalisées, comme Paribas ou Saint-Gobain. Dernièrement, certains États, en recapitalisant massivement des banques menacées de faillite par la crise financière internationale, ont pris une part plus ou moins importante dans leur capital.

Nationalisations versus privatisations : pour les partisans des nationalisations, l'État, en devenant entrepreneur, peut mieux réguler l'activité économique, devenant ainsi un acteur essentiel dans des secteurs jugés stratégiques (banques, industrie de l'armement, nucléaire, etc.). Cela lui permet notamment de contrôler certaines restructurations industrielles et de garantir des services de qualité à des prix identiques pour tous les usagers (électricité, gaz, téléphone, etc.).

Mais le rôle des entreprises publiques dans l'économie est souvent contesté. Leur capital étant garanti par l'État-actionnaire, elles n'ont pas toujours le même souci de rentabilité que les entreprises privées. Elles bénéficient parfois d'une position dominante ou même d'une situation de monopole dans leur secteur, ce qui peut fausser la libre-concurrence.

La concurrence favorise en général une baisse des prix. L'ouverture à la concurrence des lignes aériennes a ainsi permis des baisses importantes des tarifs, de même pour le secteur des télécommunications. En revanche, la privatisation du transport ferroviaire s'est accompagnée au Royaume-Uni d'une hausse importante du prix des billets.

D'un point de vue budgétaire, les privatisations d'entreprise engendrent des ressources exceptionnelles pour l'État et peuvent contribuer à réduire la dette publique.

État actionnaire *versus* État régulateur ? Privatisations d'EDF, des sociétés d'autoroute, de Gaz de France etc. L'État continue à se retirer de l'activité économique au profit du marché comme en témoigne notamment le rythme soutenu de privatisations en 2005. Mais en même temps, le Gouvernement multiplie ses interventions dans les affaires économiques au nom d'un « patriotisme économique ». Comment expliquer ce mouvement contradictoire ?

Un regain de privatisations : le rapport annuel de l'Agence des participations de l'État, publié en 2005, fait apparaître un regain de privatisations depuis 2002, avec une pause en 2003. Les recettes nettes de l'État résultant de cessions de titres ou d'ouverture de capital d'entreprises publiques se sont ainsi élevées sur l'exercice 2004 à 5,6 Md€ (contre 2,5 Md€ en 2003 ; 6,1 Md€ en 2002). Au 1^{er} septembre 2005 le montant des recettes brutes s'établissait à 5,6 Md€ (auxquels s'ajoutent comme en 2004 les produits de cession de titres France Télécom détenues par l'établissement Erap pour le compte de l'État 2,2 Md€ en 2005 et 3,2 Md€ en 2004).



L'année 2005 illustre bien ce regain de privatisations. Le début d'année a été ainsi marqué par : l'ouverture du capital de Gaz de France, la vente de participations détenues par l'État dans les sociétés d'autoroutes (Autoroutes du Sud de la France, Autoroutes Paris Rhin Rhône et Sanef) et dans France Télécom ainsi que l'autorisation du transfert au secteur privé d'une part du capital d'Électricité de France au plus égale à 30 % (décret de juillet 2005). L'année 2005 s'est ensuite poursuivie par une privatisation partielle de la SNCM¹⁷³ et d'EDF ainsi que par la préparation de l'ouverture du capital des aéroports de France (loi sur les aéroports d'avril 2005). Toute une palette de secteurs est concernée par une privatisation : télécommunications, électricité et plus largement énergie, transport routier.

À quoi ont servi les recettes issues des privatisations d'entreprises publiques ? Selon le rapport de l'Agence des participations de l'État, depuis 1986 le total des recettes de cession d'actifs s'élève, en euros courants, à 77 Md€. Entre 1986 et 2004, les recettes ont financé le désendettement de l'État à hauteur de 9 Md€ (principalement de 1986 à 1988), 1,6 Md€ a été versé au Fonds de Réserve des Retraites et 57 Md€ ont été utilisés pour recapitaliser les entreprises publiques.

Un État qui multiplie ses interventions dans les affaires économiques : alors que l'État cède au marché la gestion de plusieurs de ses entreprises publiques, il multiplie de manière simultanée ses interventions dans la sphère économique pour défendre l'identité française de certaines entreprises d'envergure internationale.

Outre le mécanisme mis en place par l'État français, en 2004, pour éviter que la société Alstom soit démantelée et partiellement reprise par l'allemand Siemens, le Gouvernement a apporté son soutien à l'offre publique d'achat (OPA) lancée par le groupe français Sanofi-Synthelabo sur le laboratoire franco-allemand Aventis (au détriment du groupe suisse Novartis). Autre intervention du politique dans les affaires économiques : en juillet dernier, suite à la rumeur d'OPA du groupe français Danone par l'américain Pepsi, avant qu'elle ne soit démentie, le Premier ministre Dominique de Villepin déclare vouloir défendre Danone, un des « fleurons » de l'industrie. Depuis l'État a mis en place un ensemble d'outils pour défendre les intérêts de la France dans l'économie mondialisée : transposition de la directive sur les OPA pour que les entreprises disposent de moyens de défense renforcés, projet de décret protégeant des secteurs économiques français.

Paradoxalement, le fait que le capital soit libre de tout mouvement a refait surgir la question de la nationalité de l'entreprise en raison des enjeux d'emploi sous-jacents. Les multinationales gardent en effet souvent leur siège social et les services à haute valeur ajoutée tels que la recherche, le marketing, etc., dans leur pays d'origine, d'où l'intérêt pour les États de garder des grandes sociétés dans leur giron. Cependant une fois privatisée une entreprise peut être rachetée par des capitaux étrangers. Les risques de délocalisation et de destruction d'emplois expliquent alors l'interventionnisme de l'État constaté au cours de ces dernières semaines.

L'actionnariat salarié, un moyen de réconcilier capital et travail ?

173 La Société nationale Corse Méditerranée (SNCM) a cessé son activité depuis le 5 janvier 2016.



La voie de l'actionnariat salarié serait-il un moyen pour le Gouvernement d'éviter de nouvelles entorses au libéralisme ? Le Président de la République, Jacques Chirac a demandé en conseil des ministres du 13 septembre 2005 de « proposer des mesures fortes de développement de l'actionnariat salarié d'ici la fin de l'année », selon les mots du porte-parole du Gouvernement Jean-François Copé. Ce souhait de développer l'actionnariat fait écho à l'obligation de détention minimale du capital par les salariés recommandée par la mission parlementaire sur la participation dans le rapport « Une ambition : la participation pour tous » (2005). Les auteurs prônent que 5 % du capital social soit obligatoirement détenu par les salariés. Ceux-ci seraient assurés d'être représentés en conseils d'administration et de surveillance car la loi du 17 janvier 2002 de modernisation sociale pose ce principe à partir de 3 % du capital social détenu par les salariés.

Selon la mission parlementaire sur la participation, l'actionnariat salarié se révèle « indispensable » pour préserver les emplois afin de faire contrepoids aux investisseurs étrangers. C'est un « véritable enjeu » pour les entreprises internationales, affirme-t-elle encore car les investisseurs étrangers donnent la primauté à la prise rapide de bénéfices sur le développement industriel. Mais si l'entreprise fait faillite, les auteurs du rapport ne cachent pas que dans un contexte économique incertain, il existe alors un risque pour le salarié de perdre à la fois son épargne et son emploi.

2.1.2. Vers de nouvelles formes d'intervention de l'État (site du ministère de l'économie, 2012)

Si le nombre d'entreprises publiques ne cesse de diminuer dans tous les secteurs concurrentiels, remplacées par de nouveaux groupes privés qui peuvent se développer par des alliances stratégiques, l'État ne se désintéresse pas pour autant de l'entreprise.

De moins en moins d'entreprises publiques : depuis le milieu des années 1980, le nombre d'entreprises contrôlées majoritairement par l'État, de même que leurs effectifs salariés, ont été réduits de plus de la moitié. Derniers exemples de privatisation totale ou partielle : Renault, Air France, France Telecom, EDF, diverses Sociétés d'autoroutes, GDF, etc.

Privatisations : une nécessité économique, non sans risque :

En 1985, un salarié sur cinq travaillait dans une entreprise publique, contre moins d'un dixième aujourd'hui. Le désengagement partiel ou total de l'État a concerné tous les secteurs concurrentiels (banque, industrie, assurance). Il a souvent été nécessaire de privatiser des entreprises pour leur permettre de se développer par fusions ou acquisitions avec d'autres entreprises européennes également privées. L'ouverture du capital permet des alliances stratégiques, mais expose aussi à des prises de contrôle inamicales. Ainsi Arcelor, né de la fusion de plusieurs groupes sidérurgiques européens, dont Usinor privatisé en 1995, a fait l'objet d'une OPA hostile et réussie de l'Indien *Mittal Steel*.



Plus récemment, l'État a accompagné la constitution de groupes et des partenariats stratégiques, notamment : la transformation de La Poste en société anonyme ; la signature d'un accord de coopération entre Renault et Daimler et le projet de rapprochement de GDF Suez avec *International Power*, afin de créer le deuxième producteur mondial d'électricité.

Intervention ciblée de l'État : pour tenter de préserver le caractère national de certaines grandes entreprises industrielles privatisées, l'État a mis en œuvre une politique de protection des entreprises jugées stratégiques pour l'économie française (« décret anti-OPA » de 2005). En juin 2008, l'État a ainsi annoncé sa prise de participation de 9 % dans les Chantiers de l'Atlantique à Saint-Nazaire, afin d'influencer la stratégie des Chantiers et de pouvoir exercer son droit de veto, conformément aux dispositifs de ce décret anti-OPA du 30 décembre 2005.

2.1.3. « 90 ans d'histoire au rythme de la décentralisation »

(source : site de la Fédération des entreprises publiques locales - EPL)

Tourner les pages de l'histoire des Entreprises publiques locales, c'est faire défiler les grands enjeux auxquels elles ont répondu depuis près d'un siècle : reconstruction après les deux premiers conflits mondiaux, besoins d'aménagement et d'équipements suscités par la croissance économique, montée en puissance de l'urbanisation, nécessaire transition énergétique etc. Dans la France du XX^e et XXI^e siècle, l'évolution de l'économie mixte témoigne de l'émancipation des collectivités locales et de leur souhait de plus en plus marqué de bénéficier d'une gamme d'opérateurs performants et protéiformes.

Ainsi, il faudra attendre cette dernière décennie pour que les Sociétés publiques locales puis les Sociétés d'économie mixte à opération Unique (SEMOP) rejoignent les Sociétés d'économie mixte (SEM) dans l'arsenal des solutions opérationnelles à la disposition des collectivités et des élus locaux.

De la naissance aux premiers pas de la décentralisation, les EPL trouvent leur place (1926-1992) :

Un début prometteur : en Alsace, en 1912 et 1914, les premières sociétés communales à prendre le nom de SEM, en s'appuyant sur le droit allemand, voient le jour à Strasbourg. Mais ce n'est qu'en 1926, dans le contexte de l'après-guerre, que les décrets-lois Poincaré autorisent les communes françaises à souscrire au capital de sociétés d'économie mixte pour bâtir des logements sociaux et exploiter des services publics. La deuxième vague de création de SEM aura lieu après la seconde guerre mondiale avec le plan « Monnet » (1947-1953) et surtout le décret « Bloch-Lainé » (1955) qui ouvre aux SEM le champ de l'aménagement.

Les grands travaux freinés par la crise pétrolière : les besoins en termes de reconstruction, d'aménagement du territoire et de politique urbaine sont si conséquents que l'État demande du renfort aux collectivités et à leurs SEM, tout en continuant à contrôler étroitement ces dernières. L'économie mixte vit des heures de prospérité bientôt stoppées par le choc pétrolier de 1973. Dans cette période difficile durant laquelle les grands projets marquent le pas et l'État se désengage



de manière sensible, c'est avec l'exploitation des services urbains, notamment les transports, que les SEM trouvent une nouvelle légitimité.

L'impulsion des lois de décentralisation : les lois de décentralisation (lois « Deferre » et loi du 7 juillet 1983) vont donner aux collectivités l'essentiel des pouvoirs en matière de construction, d'urbanisme et d'action économique. Les SEM se voient consacrées « outils privilégiés des collectivités locales ». En dix ans, plus de neuf cents SEM sont créées. Aucun champ de compétences des collectivités ne leur est étranger : culture, transports, environnement, communication, eau, etc., en métropole comme dans les Outre-mer. Le mouvement devient incontournable en France comme, sous d'autres formes, partout ailleurs en Europe.

Entre crise et nouveaux défis, la gamme des EPL prend forme (de 1992 à 2015) :

De la récession à un nouvel élan : au début des années 1990, les disparitions de SEM se font plus nombreuses et les créations stagnent sur fond de crise immobilière. La loi « Sapin » de 1993 fait rentrer les SEM de gestion dans le champ concurrentiel. Cependant l'économie mixte saura entrer avec confiance et croissance dans le XXI^e siècle, notamment en investissant, comme sept SEM sur dix qui se créent, le vaste secteur de la gestion de services publics locaux. La relance de la décentralisation et la mise en place de l'intercommunalité favoriseront l'émergence de nombreux projets.

De nouveaux statuts pour des réponses adaptées : à l'initiative de la Fédération des EPL (à l'époque encore Fédération des SEM), un nouveau statut voit le jour en 2006 avec les Sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA). Il préfigura celui des sociétés publiques locales (SPL) consacrées quatre ans plus tard avec un champ d'action identique à celui des SEM. Ces sociétés à capitaux exclusivement publics sont assimilées à des opérateurs internes aux collectivités et peuvent se voir confier des missions en direct, sans mise en concurrence. Répondant à une attente forte des élus locaux, on en dénombre déjà 240 en 2015.

La gamme de solutions s'enrichit encore en 2014 avec les SEM à opération unique. Ces SEMOP permettent d'offrir une relation pérenne et équilibrée entre collectivités locales et opérateurs privés via un unique appel public à la concurrence pour choisir le ou les actionnaires opérateurs économiques et attribuer le contrat de mission. Les trois premières SEMOP voient le jour un an plus tard.

2.2. État des lieux aujourd'hui

2.2.1. « 1 632 sociétés contrôlées par l'État fin 2014 », Nicole Schoen, Pôle national Liaisons financières, (Insee, Résultats n° 83, Économie, février 2016)

Fin 2014, l'État contrôle directement 89 sociétés françaises. Par le biais de ces dernières et de leurs filiales, il contrôle au total 1 632 sociétés françaises, qui emploient 795 000 salariés. Par rapport à 2013, le nombre de ces sociétés augmente de 191 unités. Par contre, l'emploi salarié total reste stable. Le secteur d'activité prédominant demeure le secteur tertiaire et notamment le « transport et entreposage » qui représente 60 % des salariés des unités sous contrôle de l'État.



Cent quatre-vingt-onze sociétés de plus contrôlées par l'État : au cours de l'année 2014, le nombre de sociétés contrôlées par l'État (sociétés dites « publiques ») passe de 1 441 à 1 632, soit 191 sociétés de plus (figure 1). D'un côté, il intègre 287 nouvelles sociétés et, de l'autre, il en perd 96. Le nombre important de nouvelles sociétés provient pour l'essentiel de l'entrée de Dalkia et de ses filiales, qui représentent à elles seules près de 200 sociétés, dans le groupe Électricité de France (EDF).

À l'inverse, 96 sociétés sortent du périmètre, en raison de fusions ou de ventes. Les fusions les plus importantes se produisent chez Areva, filiale du Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA) : la Compagnie européenne du zirconium (Cezus) fusionne avec Areva NP et Mécachimie avec Areva Temis. Concernant les ventes de participations, Euriware et ses filiales quittent Areva, reprises par un groupe privé, tandis que Géodis, filiale de SNCF Mobilités, cède Ciblex.

	<i>Nombre de sociétés</i>	<i>Variation du nombre de sociétés</i>	<i>Effectifs salariés</i>	<i>Variation des effectifs salariés</i>
<i>Sociétés présentes au 31 décembre 2013</i>	1 441		797 156	
<i>Sociétés pérennes (présentes en 2013 et 2014)</i>	1 345			-9 942
<i>Sociétés entrantes au cours de l'année 2014</i>		287		13 760
<i>Sociétés sortantes au cours de l'année 2014</i>		-96		-5 520
<i>Sociétés présentes au 31 décembre 2014</i>	1 632		795 454	

Figure 1 - Les sociétés publiques entre 2013 et 2014* (hors filiales et participations à l'étranger)
(source : Insee, répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État).

* Les chiffres de 2013 ont été révisés par rapport à la précédente publication et ceux de 2014 sont provisoires. Champ : France

Quatre-vingt-neuf sociétés sont sous contrôle direct de l'État :

En 2014, l'État entre au capital de la Société de financement local (SFIL) et à celui de l'aéroport de Marseille Provence. Inversement, la société Voies navigables de France sort du périmètre des entreprises contrôlées par l'État en devenant un établissement public à caractère administratif. À la suite de ces mouvements, quatre-vingt-neuf sociétés sont contrôlées directement par l'État (figure 2), de tailles très diverses. Ainsi, onze sociétés sont à la tête de groupes rassemblant chacun plus d'une dizaine d'unités, dont EDF et la SNCF, qui en contrôlent chacune cinq cents ou plus, et La Poste, qui en contrôle plus d'une centaine. En revanche une quarantaine d'entre elles, sous contrôle direct de l'État, ne contrôlent aucune filiale.

Malgré l'augmentation du nombre de sociétés contrôlées directement ou indirectement par l'État, l'emploi salarié dans le périmètre est stable en 2014 (environ 795 000 personnes en fin d'année). En effet, l'augmentation des effectifs salariés liée à l'entrée de nouvelles unités est compensée par de légères réductions



dans les unités pérennes. La plupart des grands groupes sont touchés par ces baisses d'effectifs, notamment la SNCF, La Poste et EDF.

Parmi les 1 632 sociétés publiques, celles au rang de contrôle égal à cinq sont les plus nombreuses (609). Suivent celles de rang trois : leur nombre passe de 245, fin 2013, à 431 fin 2014, suite à la prise de contrôle de Dalkia par EDF. Toutefois, les trois quarts des effectifs salariés sont rassemblés dans les sociétés de rang un, et plus particulièrement dans les douze premières. Les effectifs des sociétés publiques se concentrent ainsi dans les plus grosses : La Poste, la SNCF, EDF, la RATP, etc.

Rang de contrôle	Nombre de sociétés		Effectifs	
	Fin 2013	Fin 2014	Fin 2013	Fin 2014
1	88	89	616 981	606 689
2	153	151	51 723	62 112
3	245	431	38 522	41 295
4	237	249	31 902	30 255
5	598	609	52 455	49 814
6	111	89	5 509	5 209
7 ou plus	9	14	64	80
Total	1 441	1 632	797 156	795 454

Figure 2 - Le contrôle des sociétés publiques (hors filiales et participations à l'étranger) entre 2013 et 2014*

(source : Insee, répertoire des entreprises contrôlées majoritairement par l'État).

* Les chiffres de 2013 ont été révisés par rapport à la précédente publication et ceux de 2014 sont provisoires. Champ : France

Lecture : le rang de contrôle est le nombre de maillons entre l'État (actionnaire final) et la société. Il est de un pour les sociétés contrôlées directement par l'État, de deux pour les filiales de ces sociétés et ainsi de suite.

Les trois quarts des salariés travaillent dans le tertiaire : entre fin 2013 et fin 2014, la répartition des sociétés publiques par grand secteur d'activité reste très stable. Le secteur tertiaire concentre encore plus des trois quarts des effectifs salariés de l'ensemble de ces unités en 2014, malgré la légère baisse de l'emploi par rapport à 2013. La présence de l'État est prépondérante dans le secteur des transports et de l'entreposage, avec 481 500 salariés (soit plus de 60 % de l'ensemble des salariés des sociétés sous contrôle de l'État). Parmi ces salariés, neuf sur dix sont employés par les trois groupes La Poste, la SNCF et, pour une part plus faible, la RATP.

Les sociétés publiques des secteurs des activités scientifiques et techniques et des services administratifs et de soutien emploient 60 500 salariés ; près de la moitié d'entre eux travaillent dans le secteur de la recherche et du développement, principalement au sein du CEA.

Le contrôle de l'État est plus rare dans l'industrie. Cependant, l'État conserve une part notable dans le secteur de l'énergie, en lien avec la prédominance du groupe EDF dans la production et la distribution d'électricité. Celui-ci prend même de l'ampleur en 2014 avec la prise de contrôle de Dalkia et ses filiales, en faisant entrer environ 9 000 salariés dans la sphère publique.



Les sociétés publiques du secteur de la fabrication de matériel de transport, représentées principalement par DCNS Group, regroupent près de 15 000 emplois salariés. Pour les autres secteurs de l'industrie, les effectifs se répartissent entre les principaux groupes suivants : le CEA, le Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies (LFB), Giat Industries, l'Imprimerie Nationale et la Monnaie de Paris.

Seul l'ONF est contrôlé par l'État dans l'agriculture ; l'emploi y est très faible.

2.2.2. Les entreprises publiques locales aujourd'hui en France

(source : site de la Fédération des EPL)

Une dynamique affichée et structurée :

Depuis près d'un siècle, le mouvement des entreprises publiques locales (EPL) a évolué au gré de la mutation de l'action publique et de la montée en charge des collectivités. Faisant preuve d'adaptabilité, elles en ont accompagné toutes les étapes. Ces dernières années, les EPL ont confirmé la pertinence de leurs modèles, dans un contexte marqué par de multiples transitions et la réforme territoriale. Et si au quotidien l'on ne remarque pas nécessairement leur existence, leurs contributions en faveur de l'amélioration de notre cadre de vie sont bien réelles !

Des chiffres évocateurs (publiés en 2015) :



Près de quarante métiers au cœur de nos vi(II)es :

Si les premières EPL se sont principalement consacrées à la reconstruction d'après-guerre et à répondre aux besoins en termes de logements, elles ont su diversifier leurs champs d'intervention au fil des décennies. Il reste qu'aujourd'hui, les EPL sont des acteurs-clé du logement et de l'habitat. Elles sont même le seul type d'organisme de logement permettant de conjuguer un management d'entreprise, une réelle maîtrise politique et une proximité de gestion. Côté chiffres, les EPL gèrent près de 535 000 logements et assurent chaque année 17 000 mises en chantier.

Avec 5 000 salariés et un investissement de 4,9 milliards d'euros, l'aménagement représente l'un des fers de lance de l'activité des EPL depuis les années 1960. Au fil du temps, les EPL sont devenues les leaders de l'aménagement public en France. Elles sont passées de l'urbanisation périphérique (ZUP, ZAC puis zones d'activités) à la mise en œuvre de projets de territoire plus ambitieux. Elles déploient leur savoir-faire principalement dans le renouvellement urbain, la restauration immobilière, la réalisation d'équipements en montage complexe et l'immobilier d'entreprise.

Tourisme, culture, loisirs, énergies, eau, déchets, mobilité, développement économique, services à la personne, etc., les EPL ont de nombreuses cordes à leur arc et concrétisent sur le terrain la plupart des politiques publiques portées par les collectivités locales. À l'instar de l'environnement et du tourisme, certains secteurs d'intervention des EPL, au cœur d'enjeux de plus en plus prégnants dans les territoires, sont en forte progression.

Autre tendance du moment : la diversification du mouvement EPL. La multi-activité devient en effet l'une des voies de développement les plus empruntées par les EPL, seule ou via des alliances, mutualisations ou en se constituant en groupe.

2.3. Les résultats du secteur public

2.3.1. Les résultats financiers de la gestion : le compte d'affectation spéciale « participations financières de l'État » de l'article 48 de la loi n° 2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006

Article 48

I. - Le compte d'affectation spéciale prévu au deuxième alinéa du I de l'article 21 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances est intitulé : « Participations financières de l'État ».

Ce compte, dont le ministre chargé de l'économie est l'ordonnateur principal, retrace :

1° En recettes :

- a) Tout produit des cessions par l'État de titres, parts ou droits de sociétés qu'il détient directement ;
- b) Les produits des cessions de titres, parts ou droits de sociétés détenus



indirectement par l'État qui lui sont reversés ;

c) Les versements de dotations en capital, produits de réduction de capital ou de liquidation ;

d) Les remboursements des avances d'actionnaires et créances assimilées ;

e) Les remboursements de créances résultant d'autres interventions financières de nature patrimoniale de l'État ;

f) Des versements du budget général ;

2° En dépenses :

a) Les dotations à la Caisse de la dette publique et celles contribuant au désendettement d'établissements publics de l'État ;

b) Les dotations au Fonds de réserve pour les retraites ;

c) Les augmentations de capital, les avances d'actionnaire et prêts assimilés, ainsi que les autres investissements financiers de nature patrimoniale de l'État ;

d) Les achats et souscriptions de titres, parts ou droits de société ;

e) Les commissions bancaires, frais juridiques et autres frais qui sont directement liés aux opérations mentionnées au a du 1°, ainsi qu'aux c et d du présent 2°.

II. - Le solde du compte d'affectation spéciale n° 902-24 Compte d'affectation des produits de cessions de titres, parts et droits de sociétés est affecté au compte d'affectation spéciale Participations financières de l'État. Sont également portés en recettes de ce dernier les remboursements effectués au titre de versements du compte n° 902-24.

2.3.2. Principales observations de M. Vincent, rapporteur spécial sur le compte d'affectation spéciale « participations financières de l'État », annexe 21 au rapport général sur le projet de loi de finances pour 2016, Sénat, n° 164, 19 novembre 2015

1) Le compte d'affectation spéciale « Participations financières de l'État » est le support budgétaire des opérations conduites par l'État actionnaire (cession ou acquisition d'une participation, par exemple). Le compte n'est, en principe, pas alimenté par le budget général de l'État : le mode normal de financement d'une prise de participation est la cession d'une autre participation.

2) Des versements à la Caisse de la dette publique, financés par des cessions de participation, peuvent également être effectués à partir du compte afin de participer au désendettement de l'État.

3) Chaque année, le projet de loi de finances inscrit, de manière conventionnelle, cinq milliards d'euros de recettes résultant de cessions, le Gouvernement refusant de s'engager *a priori* sur un montant ou un rythme de cession pour l'année suivante, notamment pour des raisons de confidentialité.

L'exercice 2015 : la poursuite de la « gestion active » du portefeuille

4) Alors que le Gouvernement avait annoncé, en octobre 2014, qu'il réaliserait des cessions pour un montant minimal de cinq milliards d'euros, le montant des cessions effectuées entre le 1^{er} janvier et le 31 août 2015 ne s'élève qu'à 1,69 milliard d'euros.



5) Les trois principales recettes enregistrées en 2015 sont :

- la cession de titres Safran, pour un total de 1,033 milliard d'euros ;
- l'ouverture du capital de l'aéroport de Toulouse-Blagnac pour 308 millions d'euros ;
- la cession de titres GDF-Suez, pour un total de 206 millions d'euros.

6) La mise en place du droit de vote double prévu par la loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 s'est généralement déroulée sans difficulté même si l'État a été conduit à monter au capital de Air France (de 15,88 % à 17,58 % pour 42 millions d'euros) et de Renault (de 15,01 % à 19,74 % pour 1,258 milliard d'euros) afin de s'opposer à l'adoption de résolutions visant à maintenir le droit de vote simple.

7) La contribution du compte d'affectation spéciale au désendettement de l'État devrait être de l'ordre de deux milliards en 2015, alors qu'un versement de 4 milliards d'euros était prévu en loi de finances initiale.

8) Pour l'année 2015, les dividendes de sociétés non financières perçus par le budget général de l'État devraient s'établir à environ 3,2 milliards d'euros, en retrait de 0,5 milliard d'euros par rapport à la prévision.

9) La valeur du portefeuille coté de l'État s'établit à 83,1 milliards d'euros au 30 avril 2015, soit une baisse de 2,73 % sur un an (contre +41 % sur la période précédente), en grande partie liée aux difficultés rencontrées par le secteur de l'énergie.

10) La participation de l'État dans EDF comptait au 30 avril 2015 pour près de 43 % de valeur du patrimoine coté de l'État. Le secteur énergétique (EDF, GDF-Suez, Areva) représentait à la même date 61,7 % du portefeuille coté de l'État, qui est donc particulièrement sensible aux difficultés que peut rencontrer ce secteur. Entre le 30 avril 2015 et le 30 septembre 2015, le cours de l'action EDF a perdu environ 30 % de sa valeur.

L'exercice 2016 : un important besoin de financement et la perspective de nouvelles cessions

11) Seulement 626 millions d'euros sont inscrits de manière certaine dans le budget pour 2016. Il s'agit de dépenses obligatoires au titre de divers engagements pris par l'État (par exemple, la participation à la recapitalisation des banques multilatérales de développement est un engagement pris par la France dans le cadre du G 20). Ce montant a été réduit de 321 millions d'euros par un amendement adopté par l'Assemblée nationale visant à ce que la mission « Recherche et enseignement supérieur » porte désormais la totalité des coûts de démantèlement et d'assainissement des installations nucléaires du Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA).

12) Pour autant le besoin de financement sera particulièrement important, notamment afin de satisfaire la nécessaire augmentation de capital d'Areva, dans le cadre de la refondation de la filière nucléaire. L'État reste en outre susceptible d'acquérir jusqu'à 20 % du capital d'Alstom en 2016.



13) Un versement à la Caisse de la dette publique de deux milliards d'euros est prévu en 2016.

14) Même si le compte d'affectation spéciale dispose d'un solde cumulé encore largement positif, de nouvelles cessions de participation devront être réalisées pour couvrir ces dépenses.

15) Si votre rapporteur spécial ne souhaite pas préjuger des participations qui pourraient ou devraient être cédées, l'ouverture du capital des aéroports de Nice et de Lyon a été autorisée et le produit de cette opération pourrait être enregistré sur le compte d'affectation spéciale dès 2016.

16) Pour l'année 2016, les dividendes de sociétés non financières inscrits sur le budget général de l'État sont estimés à 3,289 milliards d'euros.

3. La détention des participations publiques : missions, doctrines et articulations des holdings publics

3.1. Les textes d'organisation des holdings

3.1.1. Organisation de l'APE – Décret n° 2004-963 du 9 septembre 2004 portant création du service à compétence nationale Agence des participations de l'État (version consolidée)

Article 1^{er}

I. - Il est créé, sous le nom d'Agence des participations de l'État, un service à compétence nationale rattaché directement au ministre chargé de l'économie.

II. - L'agence exerce, en veillant aux intérêts patrimoniaux de l'État, la mission de l'État actionnaire dans les entreprises et organismes contrôlés ou détenus, majoritairement ou non, directement ou indirectement, par l'État qui figurent sur la liste annexée au présent décret.

Elle exerce cette mission en liaison avec l'ensemble des ministères chargés de définir et de mettre en œuvre les autres responsabilités de l'État.

III. - Le commissaire aux participations de l'État, sous l'autorité du ministre chargé de l'économie, anime la politique actionnariale de l'État, sous ses aspects économiques, industriels et sociaux.

À ce titre, il assure la direction générale de l'Agence des participations de l'État.

IV. - Un directeur général adjoint assiste le commissaire aux participations de l'État.

V. - L'agence comprend, outre des services communs, des unités de travail sectorielles et d'expertise.

Article 2

I. - L'agence propose au ministre chargé de l'économie la position de l'État actionnaire en ce qui concerne la stratégie des entreprises et organismes figurant



sur la liste annexée au présent décret, dans le respect des attributions des autres administrations intéressées. À ce titre, elle analyse la situation économique et financière de ces entreprises et organismes et sollicite les compétences des administrations intéressées.

Elle met en œuvre les décisions et orientations de l'État actionnaire.

En tant que de besoin, l'agence participe, en liaison avec les administrations compétentes, à l'élaboration des contrats qui lient ces entreprises et organismes à l'État.

II. - L'agence examine, en liaison avec les ministères intéressés, les principaux programmes d'investissement et de financement des entreprises et organismes susmentionnés ainsi que les projets d'acquisition ou de cession, d'accord commercial ou de coopération et de recherche et développement. Elle propose au ministre chargé de l'économie la position de l'État actionnaire sur ces sujets et la met en œuvre.

III. - L'agence :

- s'assure, le cas échéant avec le commissaire du Gouvernement, de la cohérence des positions des représentants de l'État participant aux organes délibérants de ces entreprises et organismes. Elle représente l'État aux assemblées d'actionnaires ;

- peut être consultée pour les nominations et révocations des membres des organes délibérants nommés par décret, autres que les représentants de l'État, dans les entreprises et organismes susmentionnés ;

- évalue régulièrement la gestion mise en œuvre par les dirigeants des entreprises et organismes susmentionnés, en liaison avec les autres administrations concernées ;

- contrôle l'activité des personnes de droit public figurant sur la liste annexée au présent décret et la gestion financière des personnes contrôlées et propose, après avis du ministre chargé du budget, les évolutions relatives aux modalités d'exercice de ce contrôle. Elle recourt à cet effet, en tant que de besoin, aux services de l'inspection générale des finances et du contrôle d'État. L'entreprise ou l'organisme contrôlé est tenu de lui communiquer toutes les informations nécessaires à l'exécution de sa mission ;

- propose, après avis des ministères concernés, les évolutions statutaires des entreprises et organismes susmentionnés. Elle assure la préparation et la mise en œuvre des décisions prises en ces matières en liaison avec les administrations concernées ;

- met en œuvre les opérations en capital concernant les organismes susmentionnés.

IV. - L'agence établit le rapport relatif à l'État actionnaire prévu par l'article 142 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. Elle participe au suivi des questions relatives à la comptabilité patrimoniale de l'État (...).



Article 4

Les conditions d'exercice par ses personnels des missions assurées par l'agence des participations de l'État font l'objet d'un règlement intérieur et d'une charte de déontologie arrêtés par le directeur général de l'agence.

Article 5

L'Agence des participations de l'État dispose, sur les crédits gérés par le ministère chargé de l'économie, des moyens nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les modalités de l'unité de gestion des moyens et des personnels de l'Agence des participations de l'État avec ceux de la direction générale du Trésor sont fixées par une convention conclue entre le directeur général de l'agence et le directeur général du Trésor (...).

Annexes – Entités relevant du périmètre de l'agence des participations de l'État ainsi que leurs filiales et participations :

Agence pour la diffusion de l'information technologique (ADIT).

Aéroport de Bâle-Mulhouse.

Aéroports de Paris (ADP).

Aéroports de province demeurant de la responsabilité de l'État.

Air France-KLM.

AREVA.

Arte France.

BPI-Groupe.

Caisse nationale des autoroutes.

Casino d'Aix-les-Bains.

Charbonnages de France (CDF).

Civi.pol conseil.

CNP-Assurances.

Compagnie générale maritime et financière (CGMF).

DCNS.

Défense conseil international (DCI).

Dexia.

Électricité de France (EDF).

Eramet.

Établissement public de financement et de restructuration (EPFR).

European Aeronautic Defence and Space Company (EADS NV).

Fonds pour le développement d'une politique intermodale des transports dans le massif alpin (FDPITMA).

France Médias Monde.

France Télévisions.

GDF Suez.

GIAT Industries.

Imprimerie nationale.

Laboratoire français du fractionnement et des biotechnologies (LFB).

La Française des jeux.



La Monnaie de Paris.
La Poste.
ODAS.
Orange.
Ports autonomes et grands ports maritimes.
Radio France.
Régie autonome des transports parisiens (RATP).
Renault SA.
Réseau ferré de France (RFF).
Safran.
SEMMARIS.
Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc (ATMB-Autoroutes et tunnel du Mont-Blanc).
Société de financement local (SFIL)
Société de gestion de garanties et de participations (SGGP).
Société de gestion et participations aéronautiques (SOGEPA).
Société des chemins de fer luxembourgeois.
Société financière de radiodiffusion (SOFIRAD).
Société française d'exportation de systèmes avancés (SOFRESA).
Société française du tunnel routier du Fréjus (SFTRF).
Société internationale de la Moselle.
Société nationale des chemins de fer français (SNCF).
SNPE.
Société nationale maritime Corse Méditerranée (SNCM).
Société de prise de participation de l'État (SPPE).
Société de valorisation foncière et immobilière (SOVAFIM).
Thales.
TSA.

Et, par ailleurs, les participations dans les entreprises dont l'État détient moins de 1 % du capital.

3.1.2. L'organisation de la BPI - BPI SA - Ordonnance n° 2005-722 du 29 juin 2005 relative à la Banque publique d'investissement (version consolidée - extraits)

Article 1 A

La Banque publique d'investissement est un groupe public au service du financement et du développement des entreprises, agissant en appui des politiques publiques conduites par l'État et conduites par les régions.

En vue de soutenir la croissance durable, l'emploi et la compétitivité de l'économie, elle favorise l'innovation, l'amorçage, le développement, l'internationalisation, la mutation et la transmission des entreprises, en contribuant à leur financement en prêts et en fonds propres.

Elle oriente en priorité son action vers l'entrepreneuriat féminin, les très petites entreprises, les petites et moyennes entreprises et les entreprises de taille intermédiaire, en particulier celles du secteur industriel.



Elle investit de manière avisée pour financer des projets de long terme.

Elle accompagne la politique industrielle nationale, notamment pour soutenir les stratégies de développement de filières. Elle participe au développement des secteurs d'avenir, de la conversion numérique et de l'économie sociale et solidaire.

Elle apporte son soutien à la mise en œuvre de la transition écologique et énergétique.

Elle favorise une mobilisation de l'ensemble du système bancaire sur les projets qu'elle soutient.

Elle mène son action en coopération, en tant que de besoin, avec la Banque européenne d'investissement.

Elle développe une offre de service et d'accompagnement des entreprises tout au long de leur développement.

Elle peut stabiliser l'actionnariat de grandes entreprises porteuses de croissance et de compétitivité pour l'économie française.

Chapitre I : Organisation de l'établissement public BpiFrance

Article 1

L'établissement public BpiFrance agit directement ou, dans le cadre de conventions passées à cet effet, par l'intermédiaire de ses filiales, de sociétés dans lesquelles il détient une participation ou de toute société dont l'État détient, directement ou indirectement, au moins 50 % du capital.

Il a pour objet de :

1° Promouvoir et soutenir l'innovation, notamment technologique, ainsi que de contribuer au transfert de technologies ;

2° Favoriser le développement et le financement des petites et moyennes entreprises.

L'État, par acte unilatéral ou par convention, les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, par convention, peuvent confier à l'établissement des missions d'intérêt général compatibles avec son objet. L'établissement public BpiFrance est habilité à réaliser ses missions en Nouvelle-Calédonie et dans ses provinces, en Polynésie française et dans les îles Wallis et Futuna, à la demande de ces collectivités. Le choix, l'organisation et la mise en œuvre de ces missions ainsi que celle des instruments correspondants sont prévus par convention entre les parties. Ces conventions peuvent prévoir la création d'un comité local d'orientation remplissant les missions prévues à l'article 7-3.

Par dérogation aux dispositions des articles 5 et 10 de la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public, l'établissement public BpiFrance est administré par un conseil d'administration ainsi composé :



1° Un président nommé par décret ;

2° Cinq représentants de l'État nommés par décret.

Un décret en Conseil d'État fixe les statuts de l'établissement public BpiFrance.

Chapitre II : Organisation de la société anonyme BpiFrance

Article 6

I. - La société anonyme BpiFrance a notamment pour objet d'exercer, directement ou par l'intermédiaire de ses filiales, les missions d'intérêt général suivantes :

1° Promouvoir la croissance par l'innovation et le transfert de technologies, dans les conditions mentionnées à l'article 9 ;

2° Contribuer au développement économique en prenant en charge une partie du risque résultant des crédits accordés aux petites et moyennes entreprises ;

3° Contribuer aux besoins spécifiques de financement des investissements et des créances d'exploitation des petites et moyennes entreprises.

La société anonyme BpiFrance est habilitée à exercer en France et à l'étranger, elle-même ou par l'intermédiaire de ses filiales ou des sociétés dans lesquelles elle détient une participation, toutes activités qui se rattachent directement ou indirectement à son objet tel que défini par la loi, ainsi que toute autre activité prévue par ses statuts. Elle participe notamment au suivi statistique de l'activité économique et des modalités de financement des entreprises de l'économie sociale et solidaire.

L'État, par acte unilatéral ou par convention, et les collectivités territoriales ainsi que leurs établissements publics, par convention, peuvent confier à la société anonyme BpiFrance d'autres missions d'intérêt général compatibles avec son objet.

II. - L'État et l'établissement public BpiFrance détiennent au moins 50 % et, conjointement avec d'autres personnes morales de droit public, plus de 50 % du capital de la société anonyme BpiFrance.

III. - Les modalités d'exercice par la société anonyme BpiFrance et ses filiales de leurs missions d'intérêt général sont fixées par un contrat d'entreprise pluriannuel conclu, par dérogation à l'article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, entre l'État, l'établissement public BpiFrance et la société anonyme BpiFrance.

IV. - Pour la mise en œuvre des missions mentionnées aux 1° à 3° du I, la société anonyme BpiFrance recourt à une filiale agréée en tant qu'établissement de crédit dont elle détient, directement ou indirectement, la majorité du capital. Une fraction du capital de cette filiale doit être détenue par des personnes morales de droit privé, sans que celles-ci disposent d'une capacité de contrôle ou de blocage, ni exercent une influence décisive sur la personne morale contrôlée. La fraction du capital ainsi détenue ne doit pas conférer aux actionnaires concernés un pouvoir de contrôle au sens de l'article L. 233-3 du code de commerce (...).



Article 7-1

Sans préjudice des dispositions de l'article 1^{er} A, la Banque publique d'investissement prend en compte les enjeux environnementaux, sociaux, d'égalité professionnelle, d'équilibre dans l'aménagement économique des territoires, notamment des zones urbaines défavorisées, des zones rurales et des outre-mer, et de gouvernance dans ses pratiques ainsi que dans la constitution et la gestion de son portefeuille d'engagements.

Elle intègre les risques sociaux et environnementaux dans sa gestion des risques.

Elle tient compte des intérêts des parties prenantes, entendues comme l'ensemble de ceux qui participent à sa vie économique et des acteurs de la société civile influencés, directement ou indirectement, par les activités de la banque.

Elle assure l'accès des personnes du sexe le moins représenté aux actions mises en œuvre dans le cadre de ses missions et peut instaurer à cette fin des dispositifs de nature à favoriser l'un des deux sexes dans la création et l'accompagnement des entreprises.

Conformément à l'article L. 225-35 du code de commerce, le conseil d'administration mentionné à l'article 7 de la présente ordonnance veille à la mise en œuvre effective de ces enjeux par la société anonyme BpiFrance. À cette fin, il établit notamment une charte de responsabilité sociale et environnementale, précisant les modalités d'application des principes édictés aux quatre premiers alinéas du présent article.

Article 7-2

Un comité national d'orientation de la société anonyme BpiFrance est chargé d'exprimer un avis sur les orientations stratégiques, la doctrine d'intervention et les modalités d'exercice par la société et ses filiales de leurs missions d'intérêt général et sur la mise en œuvre de la transition écologique et énergétique (...).

*3.1.3. BpiFrance participations dans le groupe BPI
(source : rapport d'activité de BpiFrance participations pour 2015)*

Cf. Organigramme ci-dessous.



5. ORGANIGRAMMES DE BPIFRANCE

5.1. Structure simplifiée de l'actionariat du groupe Bpifrance



3.2. Les portefeuilles des holdings

3.2.1. Le portefeuille de l'APE – rapport sur l'État actionnaire, 2015

Les participations publiques :

Produit d'une stratification historique, le portefeuille détenu directement ou non par l'État est aujourd'hui à la fois étendu et très divers, tant au regard des secteurs d'activité concernés que du poids de l'État au sein des entreprises ou des formes juridiques existantes.

Avec soixante-dix-sept entreprises relevant de son périmètre, l'APE est présente dans quatre secteurs d'activité : transports, énergie, services et finance, et enfin industrie.

L'État actionnaire est également en charge de plusieurs défaisances ou entités en extinction. Constitué au fil du temps, ce portefeuille évolue régulièrement, au rythme des cessions ou des prises de participations. Depuis juin 2014, le portefeuille de l'État compte trois entreprises supplémentaires : Aéroport Marseille-Provence, Société aéroportuaire de Guadeloupe Pôle Caraïbe, et STX France.

Quatre secteurs d'activité :

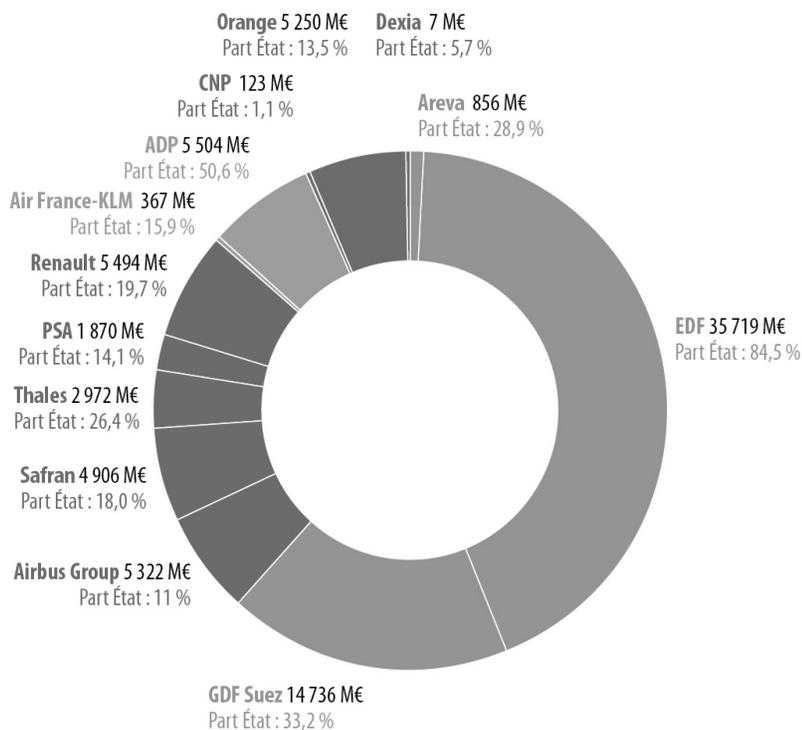
Parmi les treize entreprises cotées, les niveaux de détention sont extrêmement variables, de 1,1 % pour CNP Assurances à 84,5 % pour EDF, comme la liberté laissée, ou non, pour les faire varier : le législateur a fixé un seuil de détention publique de 50 % pour ADP et de 100 % pour RTE. De même, la loi prévoit un seuil minimum de 70 % pour EDF et d'un tiers pour GDF Suez. La valorisation boursière du portefeuille de l'État s'établit à 83,1 Md€ au 30 avril 2015. En termes de valorisation, la prédominance du secteur de l'énergie, qui représente 61,7 % de la capitalisation boursière, est particulièrement marquée loin devant le secteur industrie (18,3 %).

Les sociétés anonymes sont très largement majoritaires au sein du portefeuille de l'État actionnaire (près de 70 %).

D'autres formes de statuts juridiques existent avec six établissements publics à caractère industriel et commercial (BPI Groupe, SNCF Mobilités, RATP, SNCF Réseau, La Monnaie de Paris et Charbonnage de France), trois établissements publics à caractère administratif, quatorze établissements publics (principalement des grands ports maritimes et un établissement publique international, l'aéroport de Bâle Mulhouse) et trois sociétés anonymes d'économie mixte (Semmaris, ATMB et SFTRF).



Participation de l'État dans des entreprises cotées au 30 avril 2015



Source : APE



3.2.2. Portefeuille de Bpifrance participations - Liste des filiales et participations au 31 décembre 2015 – annexe au rapport annuel pour 2015 (extrait)

Informations financières		Capital
Filiales et participations		(en k€)
A - RENSEIGNEMENTS DÉTAILLÉS CONCERNANT LES PARTICIPATIONS DONT LA VALEUR D'INVENTAIRE EXCÈDE 1% DU CAPITAL DE BPIFRANCE PARTICIPATIONS LORS DE LA CLÔTURE DU DERNIER EXERCICE CLOS		
Filiales françaises (plus de 50% du capital détenu)		
FSI PME Portefeuille	(1)	2 550 000
Fonds ETI 2020	(1)	527 530
FT1CI	(1)	68 163
FSI Equation	(1)	76 400
Fonds FFIV	(1)	15 198
Participations dans des sociétés françaises (10 à 50% du capital détenu)		
FAA	(1)	231 815
Eutelsat Communications	(2)	227 000
Eiffage	(2)	381 740
Soprol - Sté de part pour les oléagineux	(2)	102 576
Orange	(2)	10 596 000
Vallourec	(2) (3)	267 377
CGG Veritas	(2) (3) (5)	92 800
Technip	(2)	90 756
Gemalto	(2) (3)	89 008
Ingenico Group	(2) (3)	61 000

3.3. Les doctrines et leurs articulations

3.3.1. La doctrine de l'APE – Lignes directrices et objectifs de l'État actionnaire (source : ministère de l'économie)

Des lignes directrices au service de l'État actionnaire :

Nota : ces lignes directrices ne sauraient être interprétées comme devant conduire l'État à ajuster mécaniquement et dans de brefs délais le niveau de ses participations.

1. Dans un contexte de grands enjeux de transitions économiques, technologiques et industrielles, l'État souhaite réaffirmer que son intervention en fonds propres est justifiée et nécessaire.

Parmi ses multiples instruments au service de sa politique économique et de sa stratégie industrielle, l'État doit pouvoir disposer de la capacité à intervenir en fonds propres, à titre majoritaire ou minoritaire, dans des sociétés commerciales, cotées ou non : l'État se comporte en investisseur avisé avec une vision stratégique, une appréciation des risques, une capacité d'intervention ou d'anticipation qui lui



sont propres ; par ailleurs, il ne saurait être assimilé à un investisseur pour compte de tiers (fonds de pension, *hedge funds*, ou fonds de *private equity*) car son intervention doit pouvoir s'inscrire dans la durée, en faveur notamment de projets qui peuvent supposer un retour différé.

Conformément à la loi organique relative aux lois de finances précisée à l'article 48 de la loi de finances pour 2006, les recettes retracées sur le compte d'affectation spéciale « Participations financières de l'État » restent affectées soit à des opérations de nature patrimoniale conformément à ces lignes directrices, soit au désendettement de l'État.

2. Cette intervention en fonds propres de l'État doit être mise au service d'objectifs clairs et explicites.

L'État entend intervenir en fonds propres avec, principalement, quatre objectifs :

- S'assurer d'un niveau de contrôle suffisant dans des entreprises à capitaux publics stratégiques intervenant dans des secteurs particulièrement sensibles en matière de souveraineté ;
- S'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays ;
- Accompagner le développement et la consolidation d'entreprises, en particulier dans des secteurs et des filières déterminantes pour la croissance économique nationale et européenne ;
- Intervenir ponctuellement, dans le respect des règles européennes, dans des opérations de sauvetage d'entreprises dont la défaillance présenterait des conséquences systémiques.

Cette intervention doit être dimensionnée, en cible, de telle manière que le « rendement stratégique » de l'euro public investi soit le plus élevé possible, grâce à une adéquation entre le niveau de participation au capital, les droits de gouvernance et les objectifs poursuivis, dans le respect des seuils de détention fixés par la loi.

3. L'État actionnaire interviendra directement par le biais de l'APE et indirectement via BpiFrance dont il est actionnaire à 50 % avec la Caisse des dépôts et consignations. L'intervention de l'État actionnaire et de BpiFrance est encadrée par des doctrines d'investissement complémentaires l'une de l'autre. BpiFrance privilégie des prises de participations minoritaires dans des petites et moyennes entreprises et des entreprises de taille intermédiaire avec une perspective de sortie au terme d'une étape de leur développement, de leur croissance internationale ou de leur consolidation qu'il est venu accompagner. L'État actionnaire peut, et doit dans certains secteurs ou certaines situations, considérer aussi bien une participation majoritaire qu'une participation d'horizon potentiellement très long dans les entreprises dans lesquelles il est présent.



Les objectifs de l'État actionnaire

Nota : ces objectifs ne sauraient être interprétés comme devant conduire l'État à ajuster mécaniquement et dans de brefs délais le niveau de ses participations.

-- S'assurer d'un niveau de contrôle suffisant dans des entreprises à capitaux publics stratégiques intervenant dans des secteurs particulièrement sensibles en matière de souveraineté.

Deux principaux domaines au moins imposent une présence de l'État au capital afin de préserver des intérêts stratégiques non seulement industriels mais aussi relevant de la souveraineté.

. Les activités nucléaires pour lesquelles l'État doit, du fait d'une combinaison particulière d'enjeux économiques, industriels, de sécurité, de souveraineté ou de transition énergétique exercer, directement ou indirectement, un contrôle majoritaire sur les grands opérateurs de la filière en France ;

. Les activités liées à la défense nationale pour lesquelles l'État doit veiller à la protection des composantes les plus stratégiques de notre arsenal. Dans ce domaine, l'État juge que la combinaison d'une participation de référence et d'autres dispositions (statuts de la société, pactes d'actionnaire, etc.) est de nature à protéger ses intérêts.

-- S'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays.

Plusieurs entreprises publiques ont historiquement assuré, seules, des missions fondamentales de service public nécessaires au pays. Désormais, selon les secteurs, et du fait parfois de l'évolution de la réglementation européenne, plusieurs de ces entreprises exercent leur activité en concurrence et des opérateurs privés sont à même de pourvoir aux mêmes services, voire de prendre en charge des missions de service public dans un cadre contractualisé avec les autorités publiques.

Dans le même temps de nouveaux besoins collectifs apparaissent, qui ne pourraient être durablement satisfaits que par une logique de co-investissement et non de subventions.

Au titre de cet objectif, on peut ainsi distinguer :

. Les infrastructures publiques pour lesquelles le niveau de participation de l'État ou des personnes publiques devrait être déterminé en fonction des objectifs de l'État, notamment en matière de niveau d'investissement et de la nécessité ou non d'intervenir comme actionnaire pour les atteindre ;

. Les grands opérateurs de service public « historiques » pour lesquels le niveau cible de participation de l'État dépendra du poids de l'opérateur considéré dans la fourniture d'un service jugé essentiel ;

. Les nouveaux réseaux ou services à déployer pour lesquels le niveau de participation publique peut prendre une consistance très variable.



-- Accompagner le développement et la consolidation d'entreprises nationales, en particulier dans des secteurs et des filières stratégiquement déterminantes pour la croissance économique nationale.

Aussi bien pour de très grandes entreprises, que pour des petites et moyennes entreprises ou des entreprises de taille intermédiaire, la présence au capital de l'État, actionnaire stable, en direct ou *via* BpiFrance, peut constituer un élément particulièrement utile dans des phases où le management est confronté à des défis importants.

Pour autant, l'atteinte de cet objectif ne suppose pas des niveaux de détention nécessairement élevés. Ceux-ci peuvent par exemple se situer dans une fourchette de 5 % à 30 %, selon la physionomie des autres actionnaires et les enjeux stratégiques de l'entreprise.

Cette position peut conduire à investir dans de nouvelles entreprises ou à conserver des participations dans des entreprises ne relevant pas des catégories mentionnées, mais étant jugées comme étant à un moment critique de leur développement ou n'ayant pas encore atteint un stade de développement les rendant suffisamment résilientes. Elle doit notamment s'exercer en cohérence avec les grands axes de stratégie industrielle adoptés par le Gouvernement, sachant que les thématiques prioritaires sont périodiquement réactualisées dans le cadre du futur comité stratégique de l'État actionnaire comme du comité national d'orientation de BpiFrance.

-- Intervenir ponctuellement en sauvetage lorsque la disparition d'une entreprise présenterait un risque systémique avéré pour l'économie nationale ou européenne.

Très encadré par les règles communautaires, ce type d'intervention en fonds propres doit permettre à l'État d'éviter une faillite dont les conséquences pour l'économie nationale ou européenne seraient sans commune mesure avec le coût du sauvetage.

Ces interventions se traduisent en général par un niveau de détention élevé et l'organisation soit d'une restructuration forte, soit d'une résolution ordonnée des activités antérieures.

3.3.2. La doctrine d'investissement de BpiFrance

(source : rapport annuel 2015)

La doctrine d'investissement de BpiFrance, adoptée par le Conseil d'administration de BPI-Groupe SA (aujourd'hui BpiFrance SA) en date du 25 juin 2013, qui s'applique à l'ensemble du pôle Investissement de BpiFrance (et donc à BpiFrance Participations), se résume comme suit :

Par ses interventions en fonds propres, le pôle Investissement de BpiFrance finance le développement et la croissance des TPE, des PME, dans la continuité du programme FSI France Investissement 2020 et vise à l'émergence, la consolidation et la multiplication des ETI, maillon essentiel à la compétitivité de l'économie française et au développement des exportations.



Les investissements de BpiFrance, dans les fonds comme dans les entreprises, s'effectuent de façon sélective, conformément aux bonnes pratiques professionnelles, en fonction du potentiel de création de valeur (pour l'investisseur et pour l'économie nationale) des entreprises ou des fonds financés. Toutefois, BpiFrance n'est pas un investisseur comme un autre. Son caractère d'investisseur avisé opérant aux conditions de marché au service de l'intérêt collectif l'amène à compléter l'offre d'investissement des segments de marché caractérisés par une insuffisance de fonds privés. De ce fait, BpiFrance consacre une part significative de ses interventions en fonds propres, sur ses ressources et sur celles d'investisseurs tiers dont elle assure la gestion, aux segments de l'amorçage, du capital-risque, du capital développement et du capital transmission, ou encore dans des fonds orientés vers les entreprises rentables de l'économie sociale et solidaire mais qui, du fait notamment de leur statut, attirent spontanément peu d'investisseurs classiques. BpiFrance s'attache également à développer sur le marché une offre de fonds mezzanine en complément ou en substitut à des investissements en fonds propres pour les entreprises dont les actionnaires ne souhaiteraient pas ouvrir le capital à des investisseurs tiers.

Dans ce cadre, l'ensemble des opérations dans lesquelles est amené à intervenir BpiFrance sont guidées par les principes directeurs suivants :

-- BpiFrance intervient en vue de créer, via des prises de participations minoritaires, un effet d'entraînement de l'investissement privé par l'investissement public. Qu'elle investisse ses ressources propres ou celles d'autres souscripteurs – publics ou privés – dont elle a la gestion, BpiFrance recherche systématiquement des co-investisseurs privés auxquels elle laisse la majorité des parts, afin de stimuler le marché de l'investissement ;

-- BpiFrance est un investisseur avisé opérant aux conditions de marché. Lorsqu'elle co-investit, BpiFrance intervient selon les mêmes dispositions financières et juridiques que les co-investisseurs (pari passu). Dans la mesure du possible, elle siège aux conseils d'administration des sociétés dans lesquelles elle a investi et aux comités consultatifs et stratégiques des fonds partenaires ;

-- BpiFrance est un investisseur patient. Elle adapte son horizon d'investissement, notamment au contexte technologique de l'entreprise et peut accepter que la rentabilité de ses investissements se matérialise sur un horizon de temps plus long que la plupart des investisseurs privés. C'est notamment le cas sur les segments de marchés très risqués (amorçage, capital-risque, forte intensité en R&D). Elle accompagne sur le long terme les entreprises dans lesquelles elle investit, ce qui n'exclut pas une rotation du portefeuille d'actifs en synergie avec les co-investisseurs privés, dans un souci de bonne gestion des risques, de libération de marges de manœuvre pour financer de nouveaux investissements et de valorisation de son patrimoine ;

-- BpiFrance est au service de l'intérêt collectif. En plus de la nécessaire appréciation de la performance financière des entreprises (profitabilité, soutenabilité, liquidité), ses décisions d'investissement sont prises au regard de l'impact des



projets sur la compétitivité de l'économie française évalué à l'aune d'une grille d'analyse multicritères, intégrant des critères extra-financiers tels que le potentiel de développement à l'export et à l'international, la contribution à l'innovation, les pratiques ESG (environnementales, sociales et de gouvernance d'entreprise), les effets sur l'emploi et le développement du territoire, le rôle dans la filière, le développement des entreprises familiales, etc. ;

-- Afin de s'assurer que ses investissements contribuent effectivement à la croissance et au développement des entreprises, BpiFrance privilégie l'apport d'argent frais (en anglais, « *new money* ») aux entreprises dans lesquelles elle investit, aux côtés d'autres investisseurs. Pour autant, BpiFrance envisage de prendre le relais du capital-investissement privé ou de procéder à la sortie de cote d'une cible par un rachat de titres, notamment dans les trois cas de figure suivants :

- . la transmission générationnelle d'une PME ;
- . la sortie d'une partie des investisseurs historiques dans des entreprises à fort potentiel de croissance, notamment innovantes ;
- . le rachat de participations pour maintenir une présence significative d'investisseurs français au capital, d'entreprises considérées comme sensibles ou stratégiques.

-- BpiFrance n'investit pas au capital de certaines catégories d'entreprises :

- . les sociétés dédiées au financement des projets de construction des infrastructures. En revanche, BpiFrance peut investir dans les entreprises qui interviennent dans la construction ou l'exploitation d'infrastructures ;
- . les entreprises ayant une activité principale de promotion ou de foncière immobilière ;
- . les banques et compagnies d'assurance ;
- . les organes de presse d'opinion et les instituts de sondage pour prévenir tout conflit d'intérêt et préserver sa neutralité ;
- . les sociétés d'économie mixte (SEM) qui peuvent par ailleurs faire l'objet d'investissement de la Caisse des Dépôts.

Toute décision d'investissement susceptible d'induire une concurrence avec les autres entités du groupe Caisse des Dépôts fera l'objet d'une coordination spécifique.

-- BpiFrance peut intervenir exceptionnellement sur le segment du capital retournement qui vise au redressement des entreprises en difficulté, en particulier pour les PME et les plus petites des ETI, en s'entourant de précautions particulières. En effet, ce type d'investissement contrevient par nature aux principes directeurs de BpiFrance pour trois raisons :

- . ils supposent généralement un investissement majoritaire afin de disposer de l'ensemble des leviers d'action ;
- . les investissements publics dans les entreprises en difficulté font l'objet d'une présomption d'aide d'État et doivent, de ce fait, être systématiquement notifiés



aux autorités de la concurrence, induisant des délais plus longs, voire un risque de non réalisation de l'opération d'investissement ;

. la restructuration des entreprises en difficulté soumettrait BpiFrance, investisseur public, à de forts risques d'image.

Compte tenu de ces éléments, BpiFrance privilégiera des investissements en capital retournement en investissant en minoritaire, aux côtés d'investisseurs privés, dans des fonds gérés par des équipes indépendantes spécialisées.

Dans son application, cette doctrine tient également compte de la logique d'investisseur socialement responsable et la promeut auprès de ses fonds partenaires et des entreprises financées dans un cadre déontologique clair.

3.3.3. Les relations entre l'Agence des participations de l'État et la Banque publique d'investissement : Audition de R. Turrini du 19 mars 2015 par la mission commune de l'Assemblée nationale sur la Banque publique d'investissement BpiFrance, rapport d'information n° 3097 du 30 septembre 2015

Mme la présidente Véronique Louwagie : « Nous accueillons M. Régis Turrini, sur la question de l'articulation de l'action de BpiFrance et de l'Agence des participations de l'État (APE) dans la gestion des investissements dans les grandes entreprises, et sur le regard qu'il porte sur l'action de BpiFrance dans ce secteur ».

M. Régis Turrini, commissaire à l'Agence des participations de l'État : « Lors de la mise en place du Fonds stratégique d'investissement (FSI) en 2009, une stratégie d'investissement avait été définie dont je rappelle les principales thèses : apport de fonds propres permettant aux entreprises de dynamiser leur croissance, souscription au capital d'entreprises en mutation pour accompagner leur transformation ou la consolidation du secteur, stabilisation de l'actionnariat des entreprises disposant de positions concurrentielles solides, et dont les compétences et les technologies sont importantes pour le tissu industriel du pays.

« À sa création, l'Agence des participations de l'État (APE) a été conçue non comme une entité pouvant légitimement prendre de manière souple des participations dans le capital des entreprises, mais comme la gestionnaire d'un stock d'actifs issus pour l'essentiel des anciens monopoles. Le FSI, par sa doctrine, avait donc vocation à assurer une intervention plus flexible de l'État auprès des entreprises, en particulier en période de crise.

« La formalisation d'une stratégie de l'État actionnaire, sous la forme d'une doctrine, a été une démarche importante réalisée par mon prédécesseur en 2014. Cette doctrine, qui a fait l'objet d'une communication en Conseil des ministres le 15 janvier 2014, a partiellement estompé les différences qui pouvaient exister entre l'APE et les modalités d'intervention de l'ancien FSI, incorporé depuis lors au sein de BpiFrance.

« Selon cette doctrine, l'État doit posséder la capacité d'intervenir en fonds propres, à titre majoritaire ou minoritaire, dans des sociétés commerciales, cotées ou non. Il se comporte en investisseur avisé avec une vision stratégique, une appréciation



des risques, une capacité d'intervention ou d'anticipation qui lui sont propres. Son intervention doit pouvoir s'inscrire dans la durée, notamment afin de soutenir des projets qui supposent un retour sur investissement différé.

« Une réflexion menée en 2013 a permis d'identifier quatre objectifs clairs et explicites qui doivent guider l'intervention de l'État en fonds propres. L'APE doit s'assurer d'un niveau de contrôle suffisant dans des entreprises à capitaux publics stratégiques intervenant dans des secteurs particulièrement sensibles en matière de souveraineté. Elle doit s'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays. Elle doit accompagner le développement et la consolidation d'entreprises, en particulier dans des secteurs et des filières déterminantes pour la croissance économique. Enfin, elle doit intervenir ponctuellement, dans le respect des règles européennes, dans des opérations de sauvetage d'entreprises dont la défaillance présenterait des risques systémiques. La doctrine de l'État actionnaire prévoit explicitement que celui-ci puisse intervenir aussi bien directement par l'intermédiaire de l'APE qu'indirectement, via BpiFrance.

« Dans ce cadre, BpiFrance s'est dotée d'une doctrine d'investissement complémentaire à celle de l'APE. Pour simplifier, quatre grandes complémentarités peuvent être identifiées.

« BpiFrance a un rôle de financement de l'économie, au sens où son action doit contribuer à augmenter le volume de financements apportés aux entreprises françaises, tant par l'effet direct de ses interventions que par leur effet d'entraînement lié à la recherche de cofinancement.

« Pour satisfaire ce premier objectif, BpiFrance concentre prioritairement son action sur les TPE, PME et ETI, alors que celle de l'APE porte sur un nombre limité de grandes entreprises, les unes cotées, les autres issues des anciens monopoles.

« Dans la mesure où BpiFrance intervient en vue de créer un effet d'entraînement, elle recherche systématiquement des co-investisseurs auxquels elle laisse la majorité des parts. À l'inverse, l'APE peut conserver une position d'actionnaire majoritaire, voire unique dans de nombreuses entreprises.

« Enfin, BpiFrance poursuit un objectif de rotation du portefeuille d'actifs en synergie avec les co-investisseurs, dans un souci de bonne gestion des risques, de libération de marges de manœuvre pour financer de nouveaux investissements et de valorisation de son patrimoine. Par conséquent, son horizon de détention est fini, de l'ordre de cinq à sept ans. L'APE intervient dans des entreprises pour lesquelles l'horizon de détention peut être beaucoup plus long, par exemple lorsque l'intervention est guidée par des enjeux de souveraineté.

« La complémentarité des deux types d'action mérite cependant d'être nuancée. La question du bon véhicule d'intervention de la sphère publique s'est posée dans certains cas, comme dans celui d'Alstom. Néanmoins, ces hésitations traduisent plus souvent une incertitude sur les raisons de l'investissement – entreprise stratégique, consolidation d'une position, durée de détention – que sur l'outil à utiliser.



« Cette complémentarité et ces divergences dans les objectifs ont une traduction concrète en termes d'effectifs. Alors que l'APE dispose d'une cinquantaine de collaborateurs dont un peu moins de quarante cadres opérationnels, BpiFrance Participations possède un personnel plus important avec près de deux cents personnes affectées aux questions de participation et d'investissement.

« Enfin, au-delà des relations entre l'APE et BpiFrance, l'APE dispose, lors des prises de participations, d'autres interlocuteurs dans la sphère publique, notamment la Caisse des dépôts et consignations (CDC). Néanmoins, l'APE étant actionnaire de BpiFrance, leur dialogue est intense et fluide.

« BpiFrance entretient des relations étroites avec d'autres services de l'État comme la direction générale du Trésor et la direction générale des entreprises, notamment dans le cadre de son suivi, mais le positionnement de l'APE demeure particulier, compte tenu de la proximité de l'action des deux véhicules.

« J'en viens aux questions que vous m'avez posées par écrit.

« Les grandes entreprises occupent une place à part au sein du portefeuille hérité de la CDC et du FSI que BpiFrance a reçu lors de sa création. En cédant ces participations, BpiFrance opère un mouvement de bascule par lequel elle se dégage des grandes entreprises pour accompagner les PME et les ETI.

« L'action de BpiFrance auprès des grandes entreprises se fait principalement au travers de la filiale BpiFrance Participations et du métier fonds propres ETIGE (ETI/grandes entreprises). Au-delà du suivi du portefeuille hérité du FSI, qu'elle assure avec grand professionnalisme – comme le prouvent les résultats pour l'exercice de 2014 –, BpiFrance permet des échanges entre les grandes entreprises et développe des interactions au sein du secteur industriel français, que ces entreprises continuent à marquer de leur présence. Elle s'acquitte ainsi de sa mission de financement de l'économie.

« Les échanges entre les services de l'APE et ceux de BpiFrance concernant ces grandes entreprises sont nombreux, afin de rendre l'action publique le plus efficace possible. Le portefeuille de BpiFrance Participations est marqué par une forte présence des entreprises du secteur des télécommunications, via Orange, qui constitue plus de 30 % de la valeur nette comptable du portefeuille des grandes entreprises cotées, mais aussi par le biais d'entreprises connexes à ce secteur, comme Technicolor ou Eutelsat.

« Parmi les participations directes héritées du FSI, certaines ont été vendues ; les autres appartiennent encore au portefeuille de BpiFrance, pour des montants relativement importants. Les actifs de l'APE, très différents de ceux de la BPI, composent un inventaire à la Prévert. Ce sont des d'entreprises très diverses, dans lesquelles notre niveau de participation varie considérablement. L'APE est présente dans soixante-quatorze entreprises pour une valeur nette comptable de 110 à 120 milliards, dont 80 dans des entreprises cotées, alors que BpiFrance dispose directement d'environ soixante-dix participations ETIGE pour une valeur nette comptable d'un peu plus de 10 milliards ».



Mme la présidente Véronique Louwagie : « Un rapprochement entre l'APE et BpiFrance, qui exercent le même métier, est-il envisageable, voire souhaitable ? »

M. le rapporteur : « Les doctrines de gestion de l'APE et de BpiFrance s'opposent-elles parfois ? Le cas échéant, comment réglez-vous les divergences de points de vue ? Comment coordonnez-vous la gestion des investissements ? Quand l'APE et BpiFrance détiennent des participations dans les mêmes entreprises, comment accordez-vous vos décisions d'investissement et de cession de parts ? Existe-t-il des synergies d'expertise entre les deux instances ? ».

M. Régis Turrini : « L'APE et BpiFrance ne sont pas les seules instances publiques qui détiennent des participations dans les entreprises françaises, et dont les relations pourraient d'être clarifiées. C'est aussi le cas du Commissariat à l'énergie atomique (CEA) ou de l'IFP Énergies nouvelles (IFPEN). Si l'on veut examiner la cohérence de l'action de l'État, on devrait, sans doute, le faire dans un cadre plus vaste.

« L'État, actionnaire à 50 % de la holding de tête BpiFrance SA, est présent au sein de tous les organes de gouvernance de BpiFrance et de ses différentes structures. Des membres de l'APE sont plus particulièrement présents, en tant que représentants de l'État, dans les instances de gouvernance de la holding de tête et dans les sociétés du pôle investissement BpiFrance Participations et BpiFrance Investissement. Les échanges entre les services de l'APE et ceux de BpiFrance sont donc nombreux et approfondis. D'autres représentants de l'État, avec qui nous échangeons sur une base régulière, sont présents au sein du pôle financement. L'APE possède à tout instant une vue de l'ensemble de l'entreprise, qu'elle partage avec les autres services de l'État, ainsi qu'avec la CDC, coactionnaire à 50 % de BpiFrance SA.

« Par ailleurs, l'APE partage avec BpiFrance des participations au sein de certaines entreprises, notamment Orange. Elle a mené avec BpiFrance des opérations conjointes de prise de participation. Une opération de ce type concernant Alstom pourrait se concrétiser. Nous menons également des échanges afin d'optimiser la détention des participations au sein de la sphère publique, en fonction de la doctrine de chacune des entités. Je puis citer, à titre d'exemple, le transfert de la BPI vers l'APE de la participation dans STX, ou la réflexion que nous menons sur Eramet.

« Orange est la principale participation de la BPI et c'est aussi celle que nous partageons. Son poids est important dans le bilan de BpiFrance. Elle représente 22 % de la valeur nette comptable de son portefeuille, ce qui constitue 11,6 % du capital d'Orange. Un pacte d'actionnaires entre l'État et BpiFrance concernant cette participation nous engage à tout mettre en œuvre pour trouver des positions communes sur les sujets qui ont trait à la vie de la société.

« La monétisation intervenue en octobre 2014, qui s'est traduite par la cession de 1,9 % du capital d'Orange, a souligné les interactions existant entre les équipes de BpiFrance et celles de l'APE. Ce sujet, qui a fait l'objet de consultations au sein des organes de gouvernance où l'APE est présente avec la CDC, a donné lieu à des échanges techniques entre les services, notamment en vue de l'examen par la Commission des participations et des transferts. Nous travaillons ainsi avec la BPI et la CDC, avec lesquelles nos relations sont simples, fluides et informelles.



« Dès lors que les doctrines d'intervention de l'APE et de BpiFrance, quoique différentes sur certains points, peuvent s'avérer complémentaires, il est légitime d'envisager des actions conjointes, chaque fois que cela s'avère pertinent. S'agissant de l'opération Alstom, l'État a noué avec Bouygues un accord qui lui offrira la possibilité d'entrer au capital d'Alstom à hauteur de 20 %, une fois que l'opération entre GE et Alstom sera finalisée. Cet accord laisse ouverte la manière dont l'État pourra entrer au capital. Il prévoit notamment que l'option d'achat dont il dispose pourra être exercée par toute entité contrôlée par l'État, donc par BpiFrance. Aucune décision n'a encore été prise – nous en sommes toujours à la phase de l'instruction –, mais il est certain que nous poursuivrons une étroite collaboration avec BpiFrance sur ce dossier, dès lors que son association à cette acquisition pourrait être une option à considérer sérieusement.

« Le reclassement des titres STX de BpiFrance vers l'État en juin 2014 a permis de rationaliser l'actionnariat de la sphère publique dans STX France en confiant à l'APE tant la propriété des titres que le suivi de la cession engagée par les créanciers de STX. L'APE est ainsi devenue le seul interlocuteur du groupe, comme actionnaire minoritaire, et son seul interlocuteur pour la cession de la participation majoritaire de STX dans STX France. Le reclassement a permis une mise en conformité avec la doctrine de l'État actionnaire définie par le Gouvernement, qui attribue à l'APE la responsabilité d'investir dans des entreprises liées à la défense nationale. On connaît les capacités de construction de navires militaires de STX.

« Au même titre que pour d'autres participations, on pourrait se poser la question de l'intérêt, pour la cohérence de l'action de la sphère publique, du transfert d'Eramet du portefeuille de BpiFrance Participations vers l'APE – ou du transfert inverse (...) ».

4. Des formes d'entreprises publiques en mutation : EPIC, S.A., sociétés à statut spécifique

4.1. Les deux principales formes d'entreprises publiques nationales : EPIC et S.A.

4.1.1. Les sociétés anonymes à capitaux publics - Guide des outils d'action économique du Conseil d'État – Fiche 15 (version de décembre 2015 – extraits)

Les entreprises publiques sont principalement constituées sous la forme : soit d'établissements publics industriels et commerciaux (cf. la fiche sur ces établissements) ; soit de sociétés commerciales régies en principe par le livre II du code de commerce.

Pour déterminer si une société commerciale appartient au secteur public et constitue ainsi une entreprise publique, il y a lieu de retenir le critère de la détention majoritaire de son capital (CE, 24 novembre 1978, *Schwartz, Defferre et autres*, n°s 04546 et 04565 ; CE, 22 décembre 1982, *Comité central d'entreprise de la société française d'équipement pour la navigation aérienne*, n°s 34252 et 34758 ; CE, ass., avis du 17 septembre 1998, *Entreprises du secteur public*, n° 362610 ; CC, décisions n° 83-162 DC des 19 et 20 juillet 1983 et n° 96-380 DC du 23 juillet 1996).



La participation majoritaire s'apprécie en tenant compte à la fois des participations détenues directement par les personnes publiques mais aussi par des participations indirectes, c'est-à-dire généralement celles détenues par des sociétés à participation publique dans une même chaîne ininterrompue de participations majoritaires. Même lorsqu'elle est minoritaire, la participation de la personne publique lui conférera des droits dans la gestion de l'entreprise.

La présente note traite à la fois des sociétés du secteur public (participation majoritaire) et des participations publiques (minoritaires) dans les sociétés commerciales ordinaires. Les participations des collectivités locales intervenant en principe dans des sociétés à statut spécifique (cf. fiche dédiée), la présente note n'aborde que les sociétés et participations de l'État et de ses établissements publics.

Leur régime a été largement refondu par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique ratifiée et modifiée par les articles 178 et suivants de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Les modalités d'application en ont été précisées par le décret n° 2014-949 du 20 août 2014.

L'usage économique des sociétés et participations publiques :

Les entreprises et participations publiques peuvent permettre à la personne publique d'influer sur la conduite de l'activité de la société concernée dans le respect de son intérêt social, sans s'impliquer directement dans la gestion de celle-ci. Les objectifs poursuivis constituent une question d'opportunité. Ils ont été précisés, pour ce qui concerne l'État, dans « les lignes directrices pour l'État actionnaire » définies en 2014.

Le choix de la société anonyme à participation publique peut permettre des ouvertures de capital et ainsi de nouer des partenariats avec d'autres entreprises, contrairement à la forme de l'établissement public. Elle peut aussi permettre de disposer de ressources supplémentaires, notamment en procédant à des augmentations de capital, et ainsi de favoriser le développement de l'entreprise (cf. exposé des motifs du projet de loi transformant La Poste en société anonyme ; loi n° 2010-123 du 9 février 2010 relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales).

Le recours aux participations publiques suppose la mobilisation d'une ressource en capital. En cas de difficultés rencontrées par l'entreprise, la personne publique peut, comme les autres actionnaires, être sollicitée pour venir à son soutien, sans y être obligée. Si les difficultés conduisent à la liquidation de l'entreprise, la personne publique peut perdre le capital investi. En contrepartie, en cas de réalisation d'un bénéfice, la personne publique peut bénéficier de dividendes et obtenir ainsi une forme de rémunération du capital investi.

L'admission des titres de l'entreprise sur un marché réglementé présente des enjeux spécifiques au plan financier (fluctuation de la valorisation du titre et donc du patrimoine de la personne publique), mais aussi au plan juridique (application du droit des marchés financiers).



4.1.2. Les établissements publics industriels et commerciaux – Guide des outils d’action économique du Conseil d’État – Fiche 14 (version de décembre 2015 – extraits)

4.1.2.1. Notion d’EPIC

Les établissements publics industriels et commerciaux (ci-après, EPIC) constituent, avec les sociétés commerciales dont plus de la moitié du capital appartient à des entités du secteur public, les deux grandes catégories d’entreprises publiques. La présente note se concentre sur les règles propres aux EPIC. On se référera pour les règles communes aux différents établissements publics au Guide de légistique (fiche n° 5.2.3 ; version novembre 2007). Il est également possible de se référer à l’étude du Conseil d’État sur les établissements publics (EDCE 2010).

4.1.2.1.1. La nature d’établissement public

Les EPIC constituent d’abord des établissements publics, c’est-à-dire des personnes morales de droit public à vocation spéciale créées par une autre personne publique, en principe, l’État (établissement public national) ou une collectivité locale (établissement public local). Ils doivent être distingués des personnes morales de droit public *sui generis*, que sont les GIP (cf. fiche « groupements »), la Banque de France et les autorités publiques indépendantes dotées de la personnalité morale.

4.1.2.1.2. Le caractère industriel et commercial

Ce caractère peut résulter de leur texte institutif. Cette qualification ne s’impose toutefois que s’il s’agit d’une loi. Les requalifications sont au contraire possibles en présence d’une qualification résultant d’un décret. De plus, il arrive fréquemment qu’un établissement public gère plusieurs services de nature différente. Dans ce cas, le juge ne s’attache pas à la qualification de l’établissement, pour déterminer le régime applicable, mais à la nature du service géré.

Le caractère global, administratif ou industriel et commercial de l’établissement, qui est à prendre en considération pour l’application de certains textes, est déterminé à partir de l’activité principale. Conformément à la jurisprudence du Conseil d’État (16 novembre 1956, *Union syndicale des industries aéronautiques*, n° 26549), le caractère industriel et commercial sera retenu seulement si l’objet est assimilable à celui d’une entreprise privée, si le financement est principalement tiré de l’activité en cause et si ses modalités d’organisation et de fonctionnement se distinguent de celles de l’administration.

4.1.2.2. L’usage économique de l’EPIC

4.1.2.2.1. Aspects généraux

Par nature, l’EPIC a vocation à prendre en charge une activité assimilable à celle d’une entreprise privée, donc à assurer une activité économique. Le recours à l’EPIC par l’État ou une collectivité territoriale lui permet de prendre en charge une activité économique sans en assurer directement la gestion. L’EPIC peut recevoir selon les cas, soit une activité entièrement nouvelle, soit une activité qui



était jusqu'alors exercée en régie directe (*cf.* fiche « gestion en régie directe »). Il s'agit dans ce second cas d'une externalisation de cette mission.

L'EPIC présente certains avantages par rapport au recours à une société anonyme, liés aux prérogatives des personnes publiques dont disposent ces établissements. En effet, les biens des EPIC sont insaisissables (s'appliquent à eux les procédures d'exécution prévues à l'article 1^{er} de la loi n° 80-539 du 16 juillet 1980) ; ils peuvent posséder un domaine public et procéder à des expropriations ; ils peuvent également bénéficier de la prescription quadriennale ; ils peuvent émettre des titres exécutoires et enfin, les procédures de redressement et de liquidation judiciaire leur sont inapplicables (*cf. infra*).

Cependant, le statut de l'EPIC présente aussi d'importantes contraintes. Si les EPIC sont soumis à des règles de fonctionnement proches de celles qui s'imposent aux personnes privées, leur régime juridique est souvent complexe du fait de la combinaison d'éléments de droit public et de droit privé. Leurs personnels, à l'exception du chef de l'établissement et de l'agent comptable, sont soumis au droit du travail (CE, sect., 8 mars 1957, *Jalenques de Labeau*, n° 15219) mais avec des éléments relevant du droit public. Ils demeurent également soumis à des règles spécifiques telles que l'interdiction de recourir à des clauses compromissaires, sauf autorisation par décret (art. 2060 du code civil), le droit de la commande publique ou le principe de spécialité.

4.1.2.2.2. Conséquences de l'absence de capital

L'absence de capital de l'établissement public fait obstacle en principe :

- à un financement externe autrement que par l'endettement (impossibilité d'une augmentation de capital) et à des partenariats capitalistiques (*cf.* fiche « sociétés et participations publiques ») ;
- à sa filialisation par un autre établissement public ou une société anonyme, à la manière d'une filiale ;
- à ce qu'un dividende soit versé à la personne publique qui a créé l'établissement, cette rémunération étant attachée à l'existence d'actions.

Le législateur est néanmoins venu, par des règles de portée générale ou particulière, rapprocher le régime de l'EPIC de celui de la société anonyme. S'agissant par exemple des dividendes, l'article 79 de la loi n° 2001-1276 du 28 décembre 2001 de finances rectificative prévoit la possibilité pour l'État de percevoir un dividende sur le résultat des établissements publics placés sous sa tutelle. De même, le législateur a récemment placé un EPIC dans une situation analogue à celle d'une filiale dans un groupe public (art. L. 2102-4 du code des transports, introduit par l'article 1^{er} de la loi n° 2014-872 du 4 août 2014 portant réforme ferroviaire) ; ce dernier schéma, qui est très spécifique, a vocation à demeurer exceptionnel.



4.2. Les mutations du droit des sociétés à capitaux publics

4.2.1. La refonte du droit des sociétés à capitaux publics - Rapport au Président de la République sur l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique

L'article 10 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 relative à la simplification et à la sécurisation de la vie des entreprises autorise le Gouvernement à prendre par ordonnance diverses mesures visant à moderniser les règles applicables aux sociétés dans lesquelles l'État ou ses établissements publics détiennent seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation, majoritaire ou minoritaire.

Ces mesures visent à doter l'État actionnaire des outils qui lui permettront de rapprocher son cadre juridique de celui des actionnaires de droit commun, notamment dans les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé qui sont soumises à des principes spécifiques de gouvernement d'entreprises, tout en rendant plus efficace la gestion de ses participations. Elles visent aussi et surtout à simplifier et à moderniser tant les règles de gouvernance que les règles relatives aux opérations sur le capital des entreprises à participation publique, aujourd'hui trop complexes et parfois peu intelligibles.

Le titre I^{er} définit le champ d'application de l'ordonnance.

L'article 1^{er} circonscrit le champ de l'ordonnance aux sociétés commerciales dans lesquelles l'État ou les établissements publics nationaux détiennent, seuls ou conjointement, directement ou indirectement, une participation au capital. Les entreprises ayant le statut d'établissement public de l'État n'entrent pas dans ce champ et les règles de gouvernance en vigueur leur demeurent applicables, en particulier la loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public.

Cet article rappelle aussi l'application de principe aux sociétés relevant de la présente ordonnance des règles issues du code de commerce. Il est notamment mis fin aux règles spéciales concernant la taille des conseils et à la durée des mandats issus de la loi du 26 juillet 1983 précitée, dont la rigidité a pu nuire au rôle premier du conseil, qui est d'être un organe de décision.

L'article 2 précise les définitions. S'agissant de la détermination du caractère public d'une entreprise, il reprend le critère actuel de la chaîne ininterrompue de participations publiques majoritaires et est ainsi sans incidence sur le périmètre du secteur public.

Les dispositions particulières imposant un seuil minimum de détention de capital de certaines de ces sociétés par l'État ou ses établissements publics ne sont pas non plus affectées par la présente ordonnance.

Le titre II est relatif à la gouvernance.

Le chapitre I^{er} porte sur les conseils d'administration et de surveillance.



La section 1 fixe, à l'article 3, le cadre général de la composition de ces conseils en prévoyant que sont susceptibles d'en être membres l'État, des membres désignés par l'organe compétent de la société, le cas échéant proposés par l'État, ainsi que des représentants des salariés.

La section 2 est relative au représentant désigné par l'État.

L'article 4 prévoit que l'État désigne un représentant dans toutes les sociétés dans lesquelles il détient directement, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de 50 % du capital. Il s'agit d'une simple faculté pour l'État dans les autres sociétés dont il détient plus de 10 % du capital. Il peut en outre être nommé membre du conseil par les organes compétents des autres sociétés où il détient une participation, ce qui pourrait lui permettre, le cas échéant, d'être présent au sein des filiales de sociétés du secteur public jugées stratégiques. Lorsque les participations de l'État sont détenues par des sociétés holding, ces participations sont assimilées à des participations directes de l'État pour l'application de ces règles.

L'article 5 dispose que le représentant de l'État siège avec les mêmes droits et pouvoirs que les autres membres des conseils et que toute rémunération qu'il perçoit à raison de l'exercice de son mandat est versée au budget de l'État.

La section 3 porte sur les membres désignés par l'organe compétent de la société et vise notamment à élargir le vivier des administrateurs, afin de pouvoir bénéficier de l'expérience de personnes issues tant du secteur public que du secteur privé.

L'article 6 est relatif à ceux des membres désignés par l'organe compétent qui ont été proposés par l'État et renforce le rôle de l'assemblée générale des actionnaires. Il prévoit que l'État actionnaire peut faire une telle proposition dans les sociétés dans lesquelles lui-même ou ses établissements publics détiennent, directement ou indirectement, une participation. En outre, dans les sociétés dans lesquelles il détient directement de 10 % à 50 % du capital, un ou plusieurs sièges lui sont réservés, dans la limite d'un nombre proportionnel à sa participation.

Les membres proposés peuvent ou non avoir la qualité de d'agents publics de l'État, qu'ils soient dirigeants d'établissements publics, militaires, fonctionnaires ou agents non titulaires de l'État, en activité ou non. Ils sont soumis aux mêmes règles que les autres administrateurs, notamment aux dispositions des articles L. 225-18-1 et L. 225-69-1 du code de commerce.

La rémunération qu'ils perçoivent pour l'exercice de leur mandat dépassant un plafond fixé par voie réglementaire est versée au budget de l'État. Toutefois, cette rémunération est intégralement versée au budget général de l'État pour les membres ayant la qualité d'agent public.

La section 4 est relative aux représentants des salariés et reprend en grande partie les dispositions de la loi de démocratisation du secteur public.

L'article 7 confirme la règle du tiers de représentants des salariés au sein des conseils des entreprises du secteur public.



L'article 8 précise le mode d'élection et le statut des représentants des salariés en renvoyant à la loi de démocratisation du secteur public.

L'article 9 rappelle que les représentants des salariés ne sont pas soumis aux règles du code de commerce relatives à la parité dans les conseils, une disposition spécifique étant prévue par la loi de démocratisation du secteur public, et renvoi aux statuts pour déterminer la durée de leur mandat afin de bénéficier d'une règle harmonisée entre les différents membres des conseils.

La section 5 concerne le fonctionnement des conseils.

L'article 10 prévoit que les articles 11 à 13 sont applicables sauf disposition statutaire les excluant explicitement.

L'article 11 permet, comme dans la loi de démocratisation du secteur public, aux conseils de ces sociétés de siéger valablement alors que certains membres n'auraient pas été désignés et précise que l'irrégularité de la désignation de représentants des salariés n'entraîne pas celle des délibérations en conseil auxquelles ils auraient pu prendre part.

L'article 12 prévoit que le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant en tenant lieu se réunit en séance ordinaire sur convocation du président. Il examine toute question inscrite à l'ordre du jour par le président ou le conseil statuant à la majorité simple. Il prévoit également que le conseil se réunit sur convocation de plus d'un tiers de ses membres ou sur demande du directeur général au président sur un ordre du jour déterminé.

L'article 13 ajoute la faculté pour le conseil de coopter un de ses membres en cas de vacance, décès ou démission, comme cela est prévu par le code de commerce.

L'article 14 dispose que l'assemblée générale peut révoquer, à tout moment, les membres des conseils.

La section 6 porte sur les autres dispositions.

L'article 15 prévoit qu'un commissaire du Gouvernement peut être institué auprès des sociétés dont l'État est membre du conseil d'administration, de surveillance ou de l'organe en tenant lieu. L'article précise les pouvoirs du commissaire du Gouvernement, sans préjudice des dispositions particulières le régissant. Par la création légale d'un statut *ad hoc*, le Gouvernement entend mieux distinguer le rôle de l'État actionnaire de ses autres fonctions, telles que l'État client ou régulateur.

L'article 16 reprend les dispositions existantes relatives aux conditions dans lesquelles les institutions représentatives du personnel sont consultées sur les contrats de plan de la loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification et les contrats d'entreprise de la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Le chapitre II porte sur la présidence et la direction générale.



L'article 17 ouvre la faculté de choisir parmi les agents publics de l'État le président en cas de vacance ou dans les sociétés dont l'État détient la totalité du capital. Il permet également de désigner l'État comme président ou dirigeant des sociétés ayant la forme de sociétés par actions simplifiées, comme le permet le code de commerce pour les personnes morales.

L'article 18 ouvre par ailleurs la faculté de dissocier les fonctions de président et de directeur général, dans les sociétés anonymes à conseil d'administration dont plus de la moitié du capital est détenu par l'État et ses établissements publics, comme en droit commun.

L'article 19 précise les règles de nomination des dirigeants des sociétés dont plus de 50 % du capital est détenu directement par l'État et tient compte de la faculté nouvelle de dissocier les fonctions de président et de directeur général et du cas des sociétés commerciales n'ayant pas la forme de société anonyme, notamment les sociétés par action simplifiées.

L'article 20 reprend les dispositions de la loi de démocratisation du secteur public qui prévoient que les dirigeants des sociétés dans lesquelles l'État détient directement plus de la moitié du capital sont révoqués par décret.

L'article 21 comble une lacune des règles existantes en termes d'intérim des dirigeants d'entreprises publiques en ouvrant la faculté pour l'État de désigner toute personne pour assurer la continuité de la direction de l'entreprise.

Le titre III de l'ordonnance porte sur les règles applicables aux opérations en capital.

Il simplifie, clarifie et modernise les règles applicables aux opérations en capital de l'État qui figurent à l'heure actuelle dans différents textes dont l'articulation est souvent malaisée : loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social ; loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations ; loi n° 93-923 du 19 juillet 1993 de privatisation.

Le chapitre I^{er} concerne les règles d'autorisation des opérations. La section 1 porte sur les opérations de cession et la section 2 sur les opérations d'acquisition.

Le I de l'article 22 prévoit que ne peuvent être décidées par décret qu'après avoir été autorisées par la loi les opérations par lesquelles l'État transfère au secteur privé la propriété des sociétés : (i) dont il détient directement plus de la moitié du capital depuis plus de cinq ans et dont les effectifs ou le chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à mille personnes ou 150 M€, et (ii) qui sont entrées dans le secteur public en vertu d'une disposition législative.

Le II de l'article 22 prévoit que les autres opérations de privatisation par l'État sont décidées par décret, de même que les opérations de cession, lorsqu'elles ont pour effet de réduire la participation de l'État à moins de 66,67 % ou de 33,33 %. L'introduction de cette règle vise à renforcer les règles d'autorisation de cession pour le franchissement de seuils stratégiques de contrôle des entreprises. Les



autres opérations de cession par l'État sont décidées par le ministre chargé de l'économie.

Le IV de l'article 22 concerne les opérations de transfert au secteur privé des sociétés dites « de second rang », c'est-à-dire les filiales d'établissements publics de l'État et de sociétés elles-mêmes détenues par l'État. Les cessions décidées par ces entreprises sont soumises à l'autorisation préalable du ministre en charge de l'économie lorsque leurs effectifs ou chiffre d'affaires, appréciés au niveau consolidé des groupes, sont respectivement supérieurs à mille personnes et 150 M€.

Le V de l'article 22 vise à donner une réponse et un cadre juridique précis à la question de la cession des actifs dits « essentiels ». Il dispose que la cession d'un actif susceptible d'une exploitation autonome représentant plus de 50 % de l'actif net comptable ou du chiffre d'affaires ou des effectifs d'une société est assimilée à la cession de cette société. De même, les participations détenues par toutes sociétés ayant pour objet principal la détention de titres et dont la totalité du capital appartient à l'État sont assimilées à des participations directes. Ces mesures visent à neutraliser l'effet de sociétés quasi transparentes.

L'article 23 reprend pour l'essentiel les exceptions actuelles aux règles d'autorisation, en les clarifiant.

La section 2 du chapitre Ier concerne les opérations d'acquisition effectuées par l'État (hors cas de nationalisations) et crée un cadre général qui n'est qu'esquissé par les textes actuels.

L'article 24 prévoit ainsi que de telles opérations sont décidées par décret lorsqu'elles entraînent le transfert de la majorité du capital d'une société au secteur public et par le ministre en charge de l'économie dans les autres cas.

Le chapitre II du titre III est relatif au contrôle patrimonial, entendu comme l'ensemble des règles d'évaluation de la valeur des sociétés concernées.

Sa section 1 est consacrée à la Commission des participations et des transferts (CPT).

L'article 25 rappelle les règles de composition de la commission. Il prévoit les règles d'incompatibilité afférentes aux fonctions de membre de la commission.

L'article 26 est relatif au champ de compétence de la commission. En ce qui concerne les opérations réalisées selon les procédures des marchés financiers, la commission est saisie lorsque l'opération entraîne le transfert au secteur privé de la majorité du capital des sociétés ainsi que des autres opérations de cession de participations directes représentant au moins 0,5 % du capital des sociétés dont l'effectif dépasse mille personnes ou le chiffre d'affaires consolidé 150 M€. Elle est également saisie des opérations entraînant le transfert au secteur privé des participations des sociétés de second rang dont l'effectif dépasse mille personnes ou le chiffre d'affaires consolidé 150 M€. En ce qui concerne les opérations réalisées hors marché, la commission est saisie de toutes les opérations de cession au



secteur privé. La commission peut enfin être saisie à titre facultatif par le ministre chargé de l'économie de toute autre opération de cession ou d'acquisition.

Ces mesures visent à renforcer le contrôle des opérations de cession significative, inexistant aujourd'hui pour les participations minoritaires de l'État ou pour celles dans les entreprises dans lesquelles l'État détient aujourd'hui moins de 20 % du capital. Elles introduisent, dans le même esprit, la faculté de saisine de la commission pour les opérations d'acquisitions de l'État.

La section 2 concerne les procédures d'évaluation.

L'article 27 précise l'office et les prérogatives de la Commission des participations et des transferts dans chaque cas de figure. S'agissant des opérations réalisées en dehors des procédures des marchés financiers, la commission émet un avis conforme sur les modalités de la procédure puis sur le choix du ou des acquéreurs et enfin sur les conditions de la cession. Les évaluations et avis de la commission sont rendus publics à l'issue de l'opération.

L'article 28 fixe un cadre minimal pour l'évaluation des opérations qui n'ont pas été soumises à une procédure d'évaluation par la Commission des participations et des transferts.

Le chapitre III porte sur la réalisation des opérations.

L'article 29 prévoit que le prix des opérations décidées ou autorisées par l'État est fixé par arrêté du ministre en charge de l'économie. Il réaffirme le principe selon lequel la propriété des participations ne peut être cédée à des personnes du secteur privé pour des prix inférieurs à leur valeur. Lorsque la commission a été saisie, les prix ou parités fixés par l'autorité compétente ne peuvent être inférieurs à son évaluation.

L'article 30 prévoit que la réalisation des cessions ou acquisitions peut intervenir dès la date de la signature de l'acte qui en fixe les conditions. Toute opération de transfert au secteur privé réalisée sans avoir fait l'objet de l'autorisation prévue à l'article 22 est réputée nulle.

L'article 31 prévoit que les statuts de toute société dont le transfert au secteur privé ou au secteur public a été décidé sont modifiés par une assemblée générale extraordinaire tenue dans les six mois suivant le transfert afin de, le cas échéant, les rendre conformes au droit commun des sociétés ou à la présente ordonnance. À défaut, toute clause statutaire contraire est réputée non écrite.

Le titre IV de l'ordonnance rassemble, aux articles 32 à 42 des dispositions diverses, en particulier des dispositions d'entrée en vigueur et transitoires. Les dispositions relatives aux opérations sur le capital et aux articles 17 et 21 entrent en vigueur immédiatement alors que les dispositions relatives à la gouvernance n'entrent en vigueur qu'à la date fixée par l'organe compétent de chaque société et, en tout état de cause, avant la date de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1^{er} janvier 2017. Les sociétés resteront donc soumises aux anciens textes relatifs à la gouvernance jusqu'à cette date au plus tard.



4.2.2. Les suites de cette refonte - Principales dispositions, en matière d'entreprises et de participations publiques, de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Chapitre II : Entreprises à participation publique

Section 1 : Ratification et modification de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique

Article 178

(...) Avant la section 1 du chapitre I^{er} du titre III de la même ordonnance, il est inséré un article 21-1 ainsi rédigé :

« Art. 21-1. - Sans préjudice des dispositions particulières de l'article 31-1, toute opération de cession par l'État au secteur privé conduisant à transférer la majorité du capital d'une société s'accompagne des garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation dans les domaines concernés. Le cas échéant, le cahier des charges de l'appel d'offres portant cession du capital intègre cette exigence (...) ».

Article 181

I. - Le II de l'article 41 de la même ordonnance est abrogé.

II. - Les opérations par lesquelles une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales transfère au secteur privé la majorité du capital d'une société réalisant un chiffre d'affaires supérieur à soixante-quinze millions d'euros ou employant plus de cinq cents personnes, appréciés sur une base consolidée, sont décidées par l'organe délibérant de cette collectivité territoriale ou de ce groupement sur avis conforme de la Commission des participations et des transferts.

Article 182

I. - L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique est ratifiée. (...)

Article 183

Le 1° du I de l'article 22 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 précitée est ainsi modifié :

1° Au a, le mot : « mille » est remplacé par les mots : « cinq cents » ;

2° Au b, le montant : « 150 millions d'euros » est remplacé par le montant : « 75 millions d'euros ».

Article 184

Le 2° du I de l'article 26 de la même ordonnance est ainsi modifié :

1° Le mot : « mille » est remplacé par les mots : « cinq cents » ;



2° Le montant : « 150 millions d'euros » est remplacé par le montant : « 75 millions d'euros » (...)

Article 186

I.- Le chapitre III du titre III de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 précitée est complété par un article 31-1 ainsi rédigé :

« Art. 31-1.-I.- Après la publication du décret mentionné aux I et II de l'article 22 ou de l'arrêté mentionné au IV du même article 22 et préalablement à la réalisation de l'opération, si la protection des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis aux 1° à 3° du présent I, un décret prononce cette transformation et en précise les effets.

« Les droits pouvant être attachés à une action spécifique, définis dans chaque cas de façon à être nécessaires, adéquats et proportionnés aux objectifs poursuivis, sont les suivants :

« 1° La soumission à un agrément préalable du ministre chargé de l'économie du franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, d'un ou de plusieurs des seuils prévus au I de l'article L. 233-7 du code de commerce, précisés dans le décret qui institue l'action spécifique. Un seuil particulier peut être fixé pour les participations prises par des personnes étrangères ou sous contrôle étranger, au sens de l'article L. 233-3 du même code, agissant seules ou de concert. Cet agrément ne peut être refusé que si l'opération en cause est de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays qui ont justifié la création de l'action spécifique ;

« 2° La nomination au conseil d'administration, au conseil de surveillance ou au sein de l'organe délibérant en tenant lieu, selon le cas, d'un représentant de l'État sans voix délibérative, désigné dans les conditions fixées par le décret qui institue l'action spécifique ;

« 3° Le pouvoir de s'opposer, dans des conditions fixées par voie réglementaire, aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays.

« L'institution d'une action spécifique produit ses effets de plein droit. Hormis les cas où l'indépendance nationale est en cause, l'action spécifique peut à tout moment être définitivement transformée en action ordinaire par décret.

« II.-Lorsque des prises de participation ont été effectuées en méconnaissance du 1° du I, les détenteurs des participations acquises irrégulièrement ne peuvent exercer les droits de vote correspondants tant que la prise de participation n'a pas fait l'objet d'un agrément par le ministre chargé de l'économie.

« Le ministre chargé de l'économie informe de l'irrégularité de ces prises de participation le président du conseil d'administration ou le président du directoire



de l'entreprise ou l'organe délibérant en tenant lieu, selon le cas, qui en informe la prochaine assemblée générale des actionnaires.

« En outre, s'agissant des entreprises dont l'activité relève des intérêts essentiels de la défense nationale ou de ceux mentionnés à l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, les détenteurs de participations acquises irrégulièrement doivent céder ces titres dans un délai de trois mois à compter de la privation de leurs droits de vote.

« À l'expiration de ce délai, s'il est constaté que les titres acquis irrégulièrement n'ont pas été cédés, le ministre chargé de l'économie fait procéder à la vente forcée de ces titres, selon des modalités prévues par décret en Conseil d'État. Il en informe le président du conseil d'administration, le président du conseil de surveillance ou le président de l'organe délibérant en tenant lieu.

« Le produit net de la vente des titres est tenu à la disposition de leurs anciens détenteurs.

« III.-Les I et II s'appliquent également aux entreprises du secteur public mentionnées au IV de l'article 22 lors du transfert de la majorité de leur capital au secteur privé, si les conditions prévues au I du présent article sont remplies.

« IV.-Lorsqu'une société dans laquelle a été instituée une action spécifique fait l'objet d'une scission ou d'une fusion, un décret procède à la transformation de cette action spécifique en une action ordinaire et, le cas échéant, institue, dans les dix jours suivant la réalisation de la scission ou de la fusion, une nouvelle action spécifique dans la société issue de l'opération qui exerce l'activité ou détient les actifs au titre desquels la protection a été prévue. Les droits attachés à cette action spécifique ne peuvent excéder ceux attachés à celle qu'elle remplace ».

II.- Les actions spécifiques instituées en application des dispositions législatives applicables à la date de publication de la présente loi restent en vigueur (...)

Section 2 : Simplification du cadre juridique de l'intervention de l'État actionnaire

Article 187

L'article 25 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique est ainsi modifié :

1° Le I est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, les mots : « cinq ans » sont remplacés par les mots : « six ans non renouvelables » ;

b) Après la première phrase du second alinéa, est insérée une phrase ainsi rédigée : « Un mandat exercé depuis moins de deux ans n'est pas pris en compte pour la règle de non-renouvellement fixée au premier alinéa » ;

c) Il est ajouté un alinéa ainsi rédigé : « La commission comporte autant de femmes que d'hommes parmi les membres autres que le président » ;



2° Il est ajouté un IV ainsi rédigé : « IV. - Le régime indemnitaire des membres de la commission est fixé par décret ».

II. – Les mandats des membres de la Commission des participations et des transferts nommés en application de l'article 3 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, prennent fin à la date de la nomination des membres de cette même commission en application de l'article 25 de la même ordonnance, dans sa rédaction résultant de la présente loi, et au plus tard six mois à compter de la promulgation de la même loi.

III. – À l'occasion de la première constitution de la Commission des participations et des transferts en application du présent article, sont désignés par tirage au sort, à l'exception du président, trois membres dont les mandats prendront fin à l'issue d'un délai de trois ans. Les membres de la commission en fonction à la date de cette première constitution peuvent être désignés à nouveau.

Article 188

Après l'article 32 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 précitée, il est inséré un article 32-1 ainsi rédigé : « Art. 32-1. – Les participations détenues par toute société ayant pour objet principal la détention de titres et dont la totalité du capital appartient à l'État sont assimilées, pour l'application des dispositions législatives prévoyant que la participation de l'État au capital d'une société est supérieure à un seuil, à des participations détenues directement par l'État (...) ».

Section 4 : Dispositions diverses

Article 192

Le chapitre III du titre III de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique est complété par un article 31-2 ainsi rédigé :

« Art. 31-2. – En cas de cession d'une participation de l'État, réalisée selon les procédures des marchés financiers, entraînant le transfert d'une partie du capital au secteur privé, 10 % des titres cédés par l'État sont proposés aux salariés de l'entreprise, à ceux des filiales dans lesquelles elle détient, directement ou indirectement, la majorité du capital, ainsi qu'aux anciens salariés s'ils justifient d'un contrat ou d'une activité rémunérée d'une durée accomplie d'au moins cinq ans avec l'entreprise ou ses filiales, qui sont adhérents d'un plan d'épargne d'entreprise.

« Ces titres peuvent également être cédés à l'entreprise avec l'accord de celle-ci, à charge pour elle de les rétrocéder dans un délai d'un an aux mêmes personnes. Durant ce délai, ces titres ne sont pas pris en compte pour déterminer le plafond de 10 % prévu à l'article L. 225-210 du code de commerce et les droits de vote ainsi détenus par la société sont suspendus. À l'issue de ce délai, les titres non souscrits sont vendus sur le marché.



« Un arrêté du ministre chargé de l'économie précise la fraction des titres proposée aux salariés ou aux anciens salariés, la durée de l'offre, l'identité du cessionnaire, le plafond individuel de souscription et les modalités d'ajustement de l'offre si la demande est supérieure à l'offre.

« L'entreprise peut prendre à sa charge une part du prix de cession, dans la limite de 20 %, ou des délais de paiement, qui ne peuvent excéder trois ans. Si un tel rabais a été consenti, les titres acquis ne peuvent être cédés avant deux ans, ni avant paiement intégral. Les avantages ainsi consentis sont fixés par le conseil d'administration, le directoire ou l'organe délibérant en tenant lieu ».

4.3. Les questions actuelles sur les établissements publics industriels et commerciaux

4.3.1. Les questions de gouvernance – La loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 relative à la démocratisation du secteur public (version consolidée – extraits)

Titre I^{er} : Champ d'application

Article 1

Sont régis par les dispositions de la présente loi les établissements publics industriels et commerciaux de l'État autres que ceux dont le personnel est soumis à un régime de droit public ainsi que les autres établissements publics de l'État qui assurent tout à la fois une mission de service public à caractère administratif et à caractère industriel et commercial lorsque la majorité de leur personnel est soumise aux règles du droit privé.

Article 2 (abrogé)

Article 3 (abrogé)

Article 4

Les établissements publics dont le nombre de salariés employés en moyenne au cours des vingt-quatre derniers mois est inférieur à deux cents et qui ne détiennent aucune filiale comprenant des représentants des salariés relevant du I de l'article 8 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique, ainsi que les établissements publics énumérés à l'annexe II de la présente loi, sont exclus du champ d'application des dispositions du chapitre premier du titre II.

Toutefois, les conseils d'administration ou de surveillance de ces établissements publics comprennent des représentants des salariés, élus dans les conditions prévues au chapitre II. En dehors des cas où leur nombre est fixé par une disposition législative, celui-ci est fixé par décret en Conseil d'État. Ce nombre est au moins égal à deux et au plus au tiers du nombre des membres du conseil d'administration ou de surveillance. Ce même décret pourra, si les spécificités de l'entreprise le justifient, organiser la représentation de catégories particulières de salariés au moyen de collèges électoraux distincts. Les dispositions du chapitre III sont applicables à tous les représentants des salariés.



En outre, les établissements et entreprises publics énumérés à l'annexe III de la présente loi sont exclus du champ d'application de l'ensemble des dispositions du titre II.

Les dispositions des articles 6-2, 7, 8 et 9 sont applicables aux établissements publics mentionnés au présent article.

Titre II : Démocratisation des conseils d'administration ou de surveillance

Chapitre I^{er} : Composition et fonctionnement des conseils

Article 5

Le conseil d'administration ou de surveillance comprend :

1° des représentants de l'État nommés par décret ;

2° des personnalités choisies, soit en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique, soit en raison de leur connaissance des aspects régionaux, départementaux ou locaux des activités en cause, soit en raison de leur connaissance des activités publiques et privées concernées par l'activité de l'entreprise, soit en raison de leur connaissance des problématiques liées à l'innovation et au développement d'entreprises innovantes, soit en raison de leur qualité de représentants des consommateurs ou des usagers, nommées par décret pris, le cas échéant, après consultation d'organismes représentatifs desdites activités ;

3° des représentants des salariés, élus dans les conditions prévues au chapitre II.

Le nombre des représentants de chacune de ces catégories est déterminé par décret, le nombre de représentants des salariés devant être égal au moins au tiers du nombre des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance.

Dans les conseils d'administration ou de surveillance des entreprises publiques mentionnées au présent article et qui sont chargés d'une mission de service public, au moins une des personnalités désignées en application du 2° du présent article doit être choisie parmi les représentants des consommateurs ou des usagers.

Article 6 (abrogé)

Article 6-1

L'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes membres du conseil d'administration ou de surveillance nommés par décret en application des 1° et 2° de l'article 5 ne peut être supérieur à un.

Toute nomination intervenue en violation du premier alinéa et n'ayant pas pour effet de remédier à l'irrégularité de la composition du conseil est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur ou le membre du conseil irrégulièrement nommé.

Conformément à l'article 34 I de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant en



tenant lieu des sociétés mentionnées à l'article 1^{er} fixe la date d'application des dispositions du titre II de la présente ordonnance, à l'exception de celles des articles 17 et 21. Cette date ne peut être postérieure au lendemain de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1^{er} janvier 2017. Jusqu'à cette date, les présentes dispositions restent applicables dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Article 6-2

L'écart entre le nombre de femmes et le nombre d'hommes parmi les personnalités qualifiées et les représentants de l'État nommés, en raison de leurs compétences, de leurs expériences ou de leurs connaissances, administrateurs dans les conseils d'administration, les conseils de surveillance ou les organes équivalents des établissements publics mentionnés aux premier et avant-dernier alinéas de l'article 4 ne peut être supérieur à un.

Les nominations intervenues en violation du premier alinéa du présent article sont nulles, à l'exception des nominations d'administrateurs appartenant au sexe sous-représenté au sein du conseil. Cette nullité n'entraîne pas la nullité des délibérations du conseil d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe équivalent.

Article 7

Sans préjudice des dispositions législatives ou réglementaires, qui lui sont applicables, le conseil d'administration ou de surveillance délibère sur les grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'activité de l'entreprise, notamment, le cas échéant, sur le contrat de plan ou d'entreprise, avant l'intervention des décisions qui y sont relatives.

Le conseil d'administration ou le directoire, après avis du conseil de surveillance, fixe les modalités de consultation des institutions représentatives du personnel sur les plans établis par l'entreprise en vue de la conclusion d'un contrat de plan élaboré en application de la loi n° 82-653 du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification ou d'un contrat d'entreprise élaboré en application de l'article 140 de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques.

Article 8

Le conseil d'administration ou de surveillance se réunit en séance ordinaire sur convocation du président et examine toute question inscrite à l'ordre du jour par le président ou le conseil statuant à la majorité simple. Toutefois, le tiers au moins des membres du conseil d'administration ou de surveillance peut, en indiquant l'ordre du jour de la séance, convoquer le conseil si celui-ci ne s'est pas réuni depuis plus de deux mois.

Article 9

Les membres du conseil d'administration ou de surveillance disposent des moyens nécessaires à l'exercice de leur mandat et, notamment, de locaux dotés du matériel nécessaire à leur fonctionnement ainsi que des moyens de secrétariat.



Le conseil d'administration ou de surveillance définit ces moyens et fixe les conditions d'accès de ses membres dans les établissements de l'entreprise.

Article 10

Le président du conseil d'administration est nommé, parmi les membres du conseil et sur proposition de celui-ci, par décret.

Le président du conseil d'administration ou les membres du directoire peuvent être révoqués par décret.

Conformément à l'article 34 I de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant en tenant lieu des sociétés mentionnées à l'article 1^{er} fixe la date d'application des dispositions du titre II de la présente ordonnance, à l'exception de celles des articles 17 et 21. Cette date ne peut être postérieure au lendemain de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1^{er} janvier 2017. Jusqu'à cette date, les présentes dispositions restent applicables dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

Article 11

La durée du mandat des membres des conseils d'administration ou de surveillance est de cinq ans.

En cas de vacance pour quelque cause que ce soit du siège d'un membre de conseil d'administration ou de surveillance, son remplaçant n'exerce ses fonctions que pour la durée restant à courir jusqu'au renouvellement de la totalité dudit conseil.

Le mandat de membre du conseil d'administration ou de surveillance représentant l'État est gratuit, sans préjudice du remboursement par l'entreprise des frais exposés pour l'exercice dudit mandat.

Un membre de conseil d'administration ou de surveillance ne peut appartenir simultanément à plus de quatre conseils dans les entreprises visées à l'article 1^{er}. Tout membre de conseil d'administration ou de surveillance qui, lorsqu'il accède à un nouveau mandat, se trouve en infraction avec les dispositions du présent alinéa, doit, dans les trois mois, se démettre de l'un de ses mandats. À défaut et à l'expiration de ce délai, il est réputé s'être démis de son nouveau mandat.

Article 12

Il peut être mis fin, à tout moment, par décret, au mandat des membres des conseils d'administration ou de surveillance des entreprises mentionnées à l'article 1^{er}, nommés par décret.

Les représentants des salariés peuvent être révoqués individuellement pour faute grave dans les conditions prévues à l'article 25.

Nota : Conformément à l'article 34 I de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014, le conseil d'administration, le conseil de surveillance ou l'organe délibérant



en tenant lieu des sociétés mentionnées à l'article 1^{er} fixe la date d'application des dispositions du titre II de la présente ordonnance, à l'exception de celles des articles 17 et 21. Cette date ne peut être postérieure au lendemain de la première assemblée générale ordinaire qui suit le 1^{er} janvier 2017. Jusqu'à cette date, les présentes dispositions restent applicables dans leur rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la présente ordonnance.

4.3.3. Les questions d'organisation et de filialisation – l'originalité du groupe SNCF : article L 2102-4 du code des transports

« Art. L. 2102-4.-Les attributions dévolues à la SNCF par le présent code à l'égard de SNCF Réseau et de SNCF Mobilités sont identiques à celles qu'une société exerce sur ses filiales, au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce. Ces attributions s'exercent dans le respect des exigences d'indépendance, au plan décisionnel et organisationnel, des fonctions de SNCF Réseau mentionnées au 1^o de l'article L. 2111-9 du présent code, en vue de garantir en toute transparence un accès équitable et non discriminatoire à l'infrastructure du réseau ferré national.

« La SNCF peut créer des filiales ou prendre des participations dans des sociétés, groupements ou organismes en vue de réaliser toute opération utile à ses missions. Elle détient pour le compte du groupe public ferroviaire, directement ou indirectement, les participations des filiales de conseil ou d'ingénierie ferroviaire à vocation transversale ».

4.3.4. La question de la « garantie implicite » de l'État aux EPIC - CJUE, communiqué de presse n° 48/14 Luxembourg, le 3 avril 2014, arrêt dans l'affaire C-559/12 P, France contre Commission

La Cour confirme que la garantie implicite illimitée accordée par l'État français en faveur de La Poste constitue une aide d'État illicite.

Il existe une présomption selon laquelle l'octroi d'une telle garantie implique une amélioration de la position financière de l'entreprise par un allègement des charges qui grèvent son budget

Jusqu'à sa transformation le 1^{er} mars 2010 en société anonyme à capitaux publics, La Poste française était assimilée à un établissement public à caractère industriel et commercial (EPIC), c'est-à-dire à une personne morale de droit public qui disposait d'une personnalité juridique distincte de l'État, de l'autonomie financière et de compétences d'attribution spéciales sans toutefois relever des procédures d'insolvabilité et de faillite de droit commun.

Par décision du 26 janvier 2010 [décision 2010/605/UE de la Commission, du 26 janvier 2010, concernant l'aide d'État C 56/07 (ex E 15/05) accordée par la France en faveur de La Poste (JO L 274, p. 1)], la Commission a constaté l'existence d'une garantie illimitée de l'État français en faveur de La Poste du fait de certaines particularités intrinsèquement liées à son statut d'établissement public. Elle relevait que La Poste n'était pas soumise au droit commun relatif au redressement et à la liquidation d'entreprises en difficultés et qu'un créancier de La Poste était



toujours assuré de voir sa créance remboursée. La Commission concluait que la garantie illimitée octroyée par la France à La Poste constituait une aide d'État incompatible avec le marché intérieur.

Le recours en annulation introduit par la France a été rejeté par arrêt du 20 septembre 2012 [arrêt du Tribunal du 20 septembre 2012, *France contre Commission* (affaire T-154/10)], le Tribunal considérant, pour l'essentiel, qu'une telle garantie illimitée constitue un avantage au profit de La Poste. La France a alors introduit un pourvoi devant la Cour de justice.

Dans le cadre de ce pourvoi, la France reproche notamment au Tribunal d'avoir, d'une part, considéré que la Commission pouvait renverser la charge de la preuve de l'existence de la garantie et, d'autre part, méconnu les règles relatives au niveau de preuve nécessaire à ces fins. Toutefois, la Cour relève que le Tribunal n'a validé aucun usage de présomptions négatives ni aucun renversement de la charge de la preuve de la part de la Commission. En effet, à l'instar du Tribunal, la Cour estime que la Commission a examiné positivement l'existence d'une garantie illimitée de l'État en faveur de La Poste en prenant en compte plusieurs éléments concordants permettant d'établir l'octroi d'une telle garantie. De même, la Cour confirme que, comme l'a reconnu à bon droit le Tribunal, la Commission peut, en vue de prouver l'existence d'une garantie implicite, se fonder sur la méthode du faisceau d'indices sérieux, précis et concordants pour vérifier si l'État est tenu par le droit interne d'engager ses propres ressources afin de couvrir les pertes d'un EPIC défaillant et, partant, un risque économique suffisamment concret de charges grevant le budget étatique.

La France reproche également au Tribunal d'avoir commis une erreur de droit en jugeant que la Commission a établi à suffisance de droit l'existence d'un avantage découlant de la prétendue garantie d'État. À cet égard, la Cour déclare qu'il existe une présomption simple selon laquelle l'octroi d'une garantie implicite et illimitée de l'État en faveur d'une entreprise qui n'est pas soumise aux procédures ordinaires de redressement et de liquidation a pour conséquence une amélioration de sa position financière par un allègement des charges qui, normalement, grèvent son budget. En effet, une telle garantie de l'État procure un avantage immédiat à cette entreprise et constitue une aide d'État, dans la mesure où elle est octroyée sans contrepartie et permet d'obtenir un prêt à des conditions financières plus avantageuses que celles qui sont normalement consenties sur les marchés financiers. Ainsi, pour prouver l'avantage procuré par une telle garantie à l'entreprise bénéficiaire, il suffit à la Commission d'établir l'existence même de cette garantie, sans devoir démontrer les effets réels produits par celle-ci à partir du moment de son octroi.

C'est donc à bon droit que le Tribunal a considéré que la Commission a respecté la charge et le niveau de preuve nécessaire pour démontrer l'avantage conféré par la garantie implicite et illimitée de l'État, précisant qu'une telle garantie offre à l'emprunteur la possibilité « *de bénéficier de taux d'intérêt plus bas ou de fournir une sûreté moins élevée* ».



4.4. Les formes d'entreprises et de participations publiques locales

4.4.1. Les sociétés locales à statut spécifique – Guide des outils d'action économique du Conseil d'État - fiche n° 16 (version - décembre 2015 - extraits)

4.4.1.1. La notion de société locale à statut spécifique

La notion de société locale à statut spécifique recoupe la notion fonctionnelle d'entreprises publiques locales. Elle désigne les sociétés d'économie mixte locales (SEML), les sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), ainsi que les sociétés d'économie mixte à opération unique (SEMOP). Il s'agit de sociétés commerciales : elles sont donc, sauf dérogations, soumises au livre II du code de commerce.

Les SPL, SPLA et SEMOP relèvent, sauf règles contraires détaillées pour l'essentiel dans cette note, du régime juridique de la SEML.

4.4.1.2. L'usage économique d'une société locale à statut spécifique

4.4.1.2.1. Intérêt du recours à une société locale à statut spécifique pour les personnes publiques

Les motivations des personnes publiques qui décident de créer une société locale à statut spécifique sont notamment les suivantes :

- un mode de financement d'une opération ne reposant pas uniquement sur les ressources des collectivités territoriales ou de leurs groupements ;
- la présence garantie de la collectivité territoriale au capital de la société et les exceptions de gouvernance qui y sont liées ;
- la société locale à statut spécifique dispose d'un objet plus large que celui d'un GIE, ce qui permet une plus grande diversification de ses activités ;
- le recours à une société locale à statut spécifique permet l'utilisation d'une structure de droit privé et évite certains inconvénients de l'établissement public ;
- cette structure de droit privé demeure contrôlée, tant par la collectivité elle-même que par le représentant de l'État.

4.4.1.2.2. Brève analyse comparative des avantages et inconvénients des différentes catégories de sociétés locales

La SEML permet aux collectivités territoriales de faire appel à des capitaux privés par le biais de la constitution d'une société anonyme, afin de réaliser une mission locale d'intérêt général. La collectivité actionnaire est soumise en tant que pouvoir adjudicateur aux exigences de transparence, mise en concurrence et non-discrimination dans ses relations avec la SEML.

La SPL constitue une structure entièrement contrôlée par les collectivités territoriales, ces dernières étant les seules actionnaires de la société. Considérée en principe comme une structure « *in house* » au sens du droit de l'Union (...) ses



relations contractuelles avec ses actionnaires ne sont pas, en principe, soumises au respect d'une procédure de mise en concurrence.

La SEMOP est une société créée pour une durée limitée afin de fournir un cadre de coopération entre une ou plusieurs collectivités territoriales et un ou plusieurs opérateurs économiques, en vue de la réalisation d'une opération d'intérêt général – y compris la gestion d'un service public. Le recours à la SEMOP est plus simple que l'utilisation d'un contrat de partenariat, appelé à devenir un « marché de partenariat » avec l'entrée en vigueur au plus tard le 1^{er} avril 2016 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, et qui sera précédé d'une évaluation préalable comportant une étude de soutenabilité budgétaire. La SEMOP peut s'avérer utile dans certains secteurs concurrentiels où l'utilisation d'une SEM paraît moins adaptée. La SEMOP permet en outre d'anticiper les procédures de publicité et de mise en concurrence : la mise en concurrence a lieu pour le choix de l'actionnaire, mais elle n'est plus nécessaire, ensuite, pour la passation du contrat conclu avec l'entité. Il est à noter que cette souplesse n'est pas sans présenter des risques juridiques, qui restent encore à identifier, eu égard au caractère récent de la création de ce type de société.

4.4.2. Les prises de participations dans les autres sociétés commerciales – nouveau 8° de l'article L. 4211-1 du CGCT - Rapport n° 174 (2014-2015) de MM. Jean-Jacques Hyest et René Vandierendonck, fait au nom de la commission des lois, déposé le 10 décembre 2014 (1^{ère} lecture du projet de loi « NOTRe »)

Au sein de l'article L. 4211-1 également, dont la rédaction actuelle permet aux régions de participer au capital des sociétés de développement régional, des sociétés de financement régionales et interrégionales et des sociétés d'économie mixte, le projet de loi prévoit d'autoriser également les régions à participer au capital de sociétés de capital investissement, alors qu'elles peuvent actuellement simplement leur attribuer des dotations pour abonder un fonds d'investissement créé par une telle société pour l'exercice de ses activités, et de sociétés ayant pour objet l'accélération du transfert de technologie.

Sur ce point, le projet de loi veut autoriser les autres collectivités à intervenir, par convention, en complément de la région, ce qui n'est pas prévu actuellement par le code, sauf autorisation spéciale. Conformément à l'objectif de clarification des compétences et d'attribution à la seule région de la compétence en matière d'aides aux entreprises, votre commission a adopté un amendement de ses rapporteurs visant à limiter aux régions la possibilité de participer au capital de ces sociétés, sous réserve des compétences déjà reconnues aux métropoles en la matière. À l'initiative de nos collègues Louis Nègre et Claude Raynal, votre commission a aussi adopté un amendement pour permettre aux métropoles de droit commun, à l'instar de la métropole de Lyon, de participer au capital des mêmes sociétés que les régions, par un même mécanisme de renvoi à l'article L. 4211-1 concernant les compétences économiques des régions. Le projet de loi complète l'article L. 4211-1 pour autoriser les régions à participer au capital de sociétés commerciales, dans la mesure où une telle participation contribuerait à la mise en œuvre du SRDEII. Cette faculté n'est pas prévue aujourd'hui par le code : sauf exceptions



prévues par la loi, une région ne peut pas participer librement au capital d'une société commerciale. Cette restriction vise à protéger les deniers publics. Dans ces conditions, la possibilité ainsi reconnue par le projet de loi constitue pour vos rapporteurs une réelle novation. Elle doit donc s'accompagner de garanties fortes pour encadrer strictement une telle compétence, de façon à ne pas mettre en péril les finances régionales.

Le projet de loi dispose que la participation régionale ne peut excéder 33 % du capital et qu'un décret en Conseil d'État devra préciser les modalités dans lesquelles cette participation peut s'exercer, afin de protéger les intérêts patrimoniaux de la région et de prévoir l'intervention de la commission des participations et des transferts, chargée de contrôler les opérations de transfert au secteur privé des participations de l'État. Sans doute cette disposition mérite-t-elle, selon vos rapporteurs, d'être davantage approfondie quant à ses modalités et à ses conséquences. En tout état de cause, à leur initiative, votre commission a adopté un amendement de clarification rédactionnelle et d'actualisation d'une référence, mentionnant en outre expressément que le décret en Conseil d'État devait préciser les limites de cette faculté nouvelle qui serait accordée aux régions. Le projet de loi actualise également les conditions de souscription, par les régions, de parts de fonds commun de placement à risque à vocation régionale ou interrégionale, là encore pour encourager le développement des entreprises locales, en l'espèce par l'apport de fonds propres. En l'état du droit, la souscription ne peut conduire la région à apporter un montant qui excéderait 50 % du montant total du fonds.

Le projet de loi propose aussi que les autres collectivités territoriales et leurs groupements puissent souscrire des parts de tels fonds, faculté que votre commission a supprimée par l'adoption d'un amendement de ses rapporteurs, conformément à la logique du texte consistant à confier à la seule région la compétence en matière d'aides aux entreprises, et pour éviter tout enchevêtrement des compétences et des financements. Par ce même amendement, par dérogation au plafonnement à 50 %, votre commission a limité à 75 % le montant total des parts souscrites par les régions en cas de fonds à vocation interrégionale, pour tenir compte de la possibilité pour plusieurs régions de souscrire en pareil cas de figure, ou en cas d'appel à manifestation d'intérêt pour inciter des investisseurs privés à souscrire, situation qui suppose transitoirement un montant plus important souscrit par les régions. Le projet de loi prévoyait que le plafond de 50 % pouvait être dépassé « si nécessaire », sans fixer aucune limitation.

4.4.3. L'encadrement des privatisations des entreprises publiques locales - Extrait du rapport n° 370 (2014-2015) de Mmes Catherine Deroche et Dominique Estrosi Sassone, et M. François Pillet, fait au nom de la commission spéciale du Sénat, déposé le 25 mars 2015 sur le projet de loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

Article 43 C (art. 41 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique)
- Encadrement des opérations de privatisation réalisées par les collectivités territoriales et leurs groupements.



Objet : cet article encadre les modalités de cession au secteur privé de la majorité d'une entreprise détenue par une collectivité territoriale.

I - Le dispositif proposé

Dans sa version initiale, l'article 43 du présent projet de loi prévoyait une habilitation du Gouvernement à procéder par ordonnance à diverses corrections et modifications de l'ordonnance n° 2014-948.

À l'initiative de notre collègue députée Clotilde Valter, rapporteure thématique, et avec l'avis favorable du Gouvernement, l'habilitation prévue à l'article 43 a été supprimée. Les modifications envisagées ont été introduites dans le présent projet de loi aux articles 43 A, 43 B et 43 C.

Le présent article porte sur l'encadrement des cessions des participations détenues par des collectivités territoriales.

En l'état actuel, le II de l'article 7 de la loi n° 86-793 du 2 juillet 1986 autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social prévoit que ces cessions « *sont soumises à l'approbation de l'autorité administrative, dans des conditions fixées par les ordonnances mentionnées à l'article 5* ».

Les ordonnances mentionnées n'ont finalement pas été prises. Les conditions de l'approbation de l'autorité administrative ont été définies par les articles 20 à 22 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

Ainsi, les opérations de cession portant sur des entreprises majoritairement détenues par une collectivité territoriale et dont les effectifs sont supérieurs à 1 000 ou dont le chiffre d'affaires est supérieur à 150 millions d'euros doivent faire l'objet d'une autorisation préalable par décret.

L'article 20 de la loi n° 86-912 précitée dispose que « *l'autorisation ne peut être donnée qu'au vu d'un dossier comprenant l'évaluation de la valeur de l'entreprise (...) par des experts indépendants désignés dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État (...). L'autorisation ne peut être accordée si le prix d'offre ou le prix de cession est inférieur à la valeur fixée par les experts ou si les intérêts nationaux ne sont pas préservés* ».

Un avis conforme de la Commission des participations et des transferts – qui fixe alors le prix de cession – est prévu pour les entreprises dont l'effectif dépasse 2 500 personnes ou le chiffre d'affaires 375 millions d'euros.

Les autres opérations font l'objet d'une déclaration préalable au ministre chargé de l'économie, qui peut s'y opposer dans les dix jours.

En l'état actuel, le II de l'article 41 de l'ordonnance n° 2014-948 prévoit le maintien du droit en vigueur – celui issu de la deuxième loi de privatisation de 1986 – pour les opérations de cession des collectivités territoriales.

Le présent article supprime ce II et établit la disposition suivante : « *les opérations par lesquelles une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités*



territoriales transfère au secteur privé la majorité du capital d'une société réalisant un chiffre d'affaire supérieur à soixante-quinze millions d'euros ou employant plus de cinq cents personnes, appréciés sur une base consolidée, font l'objet d'une autorisation préalable de l'État, dans des conditions déterminées par décret en Conseil d'État ».

II - La position de votre commission

Il faut d'abord souligner que, d'après les informations transmises à votre rapporteur, ce régime d'autorisation préalable n'a jamais été mis en œuvre depuis sa création. Il soulève cependant une question au regard de sa constitutionnalité.

En 1986, dans sa décision sur la première loi de privatisation (loi n° 86-793 du 2 juillet 1986), le Conseil constitutionnel avait explicitement jugé que les dispositions encadrant la cession de sociétés par les collectivités territoriales et devant être prises par ordonnance « *devront respecter le principe de libre administration de ces collectivités posé par l'article 72 de la Constitution* ».

Finalement, le Gouvernement fit le choix ne pas prendre d'ordonnance et d'inscrire ces dispositions dans la seconde loi de privatisation (loi n° 86-912 du 6 août 1986). Or cette dernière n'a pas été déférée devant le Conseil constitutionnel. La conformité du régime en vigueur avec le principe de libre administration des collectivités territoriales n'a donc pas été examinée.

Le régime d'autorisation préalable de 1986 avait pour objet d'empêcher une collectivité territoriale de céder une participation à vil prix, d'où le dispositif très circonstancié prévu par la loi. À l'inverse, le droit proposé par le présent article renvoie toutes les modalités de cette autorisation à un décret en Conseil d'État. En tout état de cause, le régime de l'autorisation préalable – qu'il s'agisse du droit de 1986 ou du droit proposé – laisse subsister un doute sur le degré d'appréciation en opportunité conféré à l'État et donc sur sa conformité avec le principe de la libre administration des collectivités territoriales. Afin de lever toute ambiguïté tout en contribuant à protéger le patrimoine des collectivités territoriales, votre rapporteur propose de substituer au régime de l'autorisation préalable un avis conforme de la Commission des participations et des transferts, à l'instar de la pratique suivie pour l'État.

En effet, la Commission a pour seule mission de déterminer la valeur de l'actif cédé et n'émet pas d'avis en opportunité. Votre commission spéciale a adopté cet article ainsi modifié.

5. Les entreprises et participations publiques : questions de substituabilité et d'externalités

5.1. La séparation des intérêts et des fonctions

5.1.1. Chez les détenteurs de participation : « L'État actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'État », Cour des comptes, rapport public 2008 (extraits)



PRESENTATION

La Cour s'est attachée à dresser un premier bilan de la réforme de l'État actionnaire, dont la création, en 2004, de l'Agence des participations de l'État (APE) a été la pièce maîtresse.

Distingué de l'« État régulateur » (des marchés, en particulier) ou de l'« État acheteur » (surtout quand il est un client dominant, comme pour les matériels de défense), l'« État actionnaire » est l'expression d'un choix politique, visant, dans un souci d'amélioration de l'efficacité de l'État, à mieux reconnaître et à professionnaliser l'exercice de sa fonction d'actionnaire à l'égard des entreprises qu'il contrôle ou dont il détient une participation.

Des enquêtes conduites par la Cour sur l'Agence des participations de l'État, mais aussi sur les entreprises publiques, il ressort que, malgré les privatisations successives, l'État reste un actionnaire fondamentalement atypique, par le nombre et le poids de ses participations, mais surtout par la multitude des intérêts, souvent contradictoires, qu'il est amené à prendre en compte. Dans son organisation et ses processus de réflexion stratégique, de préparation des décisions et d'arbitrage, il peine à maîtriser les contradictions qui l'enserrent.

Tout comme a été bienvenue, antérieurement, la dissociation des fonctions de régulation des marchés au sein des administrations centrales ou par l'institution d'autorités indépendantes (le Conseil de la concurrence, l'Autorité de régulation des communications électriques et des postes, la Commission de régulation de l'énergie, etc.), la réforme de 2004 a constitué un progrès, en facilitant, par la création de l'Agence des participations de l'État, l'identification et la prise en charge de la dimension patrimoniale du rôle d'actionnaire revenant à l'État.

Pour autant, la stratégie, avant tout financière, suivie par l'Agence n'a guère été transparente, ni suffisamment justifiée, notamment auprès du Parlement. En réalité, elle a été essentiellement axée sur le désengagement et les cessions. Malgré un indéniable savoir-faire, ses performances patrimoniales n'ont pas toujours été convaincantes. Par ailleurs, dans ses positions d'actionnaire, l'État ne peut s'en tenir à des considérations strictement patrimoniales. Il lui faut aussi, à des degrés divers selon les secteurs de l'économie, englober d'autres considérations stratégiques, participant notamment des politiques de défense ou industrielles et plus généralement de la valorisation d'intérêts nationaux ou européens. Or, volontairement centrée sur la défense des intérêts patrimoniaux, l'Agence ne joue pas ce rôle de synthèse. Pour cette raison aussi, de nouvelles évolutions de la gouvernance de l'État actionnaire paraissent nécessaires (...).

CONCLUSION ET RECOMMANDATIONS

La Cour identifie aujourd'hui plusieurs axes de progrès pour la gestion de l'État actionnaire :

1. progresser dans le sens d'une consolidation des comptes de l'État, étendue aux participations de l'État actionnaire ;



2. améliorer la gouvernance des entreprises dont l'État est actionnaire, en généralisant les comités d'audit, de stratégie et de rémunération, et en formalisant la procédure de sélection des dirigeants ;
3. expliciter davantage dans les documents budgétaires les objectifs poursuivis par l'État actionnaire ;
4. éviter que le recours aux structures de financement intermédiaire n'opacifie la gestion des participations de l'État, en supprimant ADF, et en rendant plus transparentes les relations entre le compte d'affectation spéciale et l'ERAP ;
5. favoriser la prise en compte des considérations actif/passif, et apprécier les cessions de titres en fonction des bénéfices attendus du passage à une gestion privée, et non en fonction du seul critère de la réduction de l'endettement brut de l'État ;
6. pour les monopoles naturels, limiter la privatisation à l'usufruit ;
7. renforcer les diligences de la Commission des participations et des transferts dans le cas des opérations complexes telles que les fusions débouchant sur des privatisations, et la doter de moyens d'étude propres ;
8. supprimer les commissaires du Gouvernement siégeant actuellement au conseil d'administration des entreprises publiques, hors le cas des entreprises concernées par les marchés de matériel militaire ou en voie de privatisation ;
9. mettre en place les moyens permettant un pilotage global des participations de l'État, de faire la synthèse des considérations patrimoniales et des intérêts sectoriels défendus par les ministères et les directions techniques, et de préparer dans les meilleures conditions les arbitrages politiques ;
10. engager une réflexion sur les objectifs, la gestion et le contrôle des participations minoritaires de l'État dans les secteurs considérés comme stratégiques.

5.1.2. *Au sein de l'entreprise – le cas d'une personne publique exerçant une activité économique - Autorité de la Concurrence, guide d'évaluation de l'impact concurrentiel de projets de textes normatifs (extraits)*

(...) 2.1.1.1. APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE AUX PERSONNES PUBLIQUES LORSQU'ELLES EXERCENT DES ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES

57. Le droit de la concurrence, qu'il soit de source européenne ou nationale, est neutre à l'égard de la propriété publique ou privée des entreprises.

58. L'article 345 du TFUE stipule « *que le présent traité ne préjuge en rien le régime de la propriété dans les États membres* ». Les articles 101, 102 et 106 du TFUE s'appliquent aux activités des « entreprises », telles que définies par la Cour de justice de l'Union européenne, c'est-à-dire à toute entité exerçant une activité économique, consistant à « *offrir des biens ou des services sur un marché donné* »¹⁷⁴,

174 CJCE, aff. C-35/96, 18 juin 1998, *Commission c. Italie*.



indépendamment de son « statut juridique et de son mode de financement »¹⁷⁵, ainsi que de son but lucratif ou non¹⁷⁶, dès lors que cette activité est susceptible d'affecter de façon significative le commerce entre États membres.

59. L'article L. 410-1 du code de commerce, qui introduit le livre IV relatif à la liberté des prix et de la concurrence, dispose : « *Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et des services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public* ». Toutes les personnes exerçant des activités économiques, qu'elles soient de droit public ou de droit privé, sont donc susceptibles d'entrer dans ces prévisions¹⁷⁷.

60. L'application du droit de la concurrence tient compte des missions de service public dont sont susceptibles d'être chargées des personnes publiques exerçant des activités économiques.

61. La jurisprudence administrative autorise ainsi l'intervention des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel en la conciliant avec les principes de liberté du commerce et de l'industrie et de libre concurrence¹⁷⁸. Elle a posé trois conditions à cet égard. En premier lieu, l'intervention doit être justifiée par un intérêt public en raison de circonstances particulières de temps ou de lieu, qui peut résulter, notamment, de l'absence ou de l'insuffisance de l'initiative des entreprises détenues majoritairement ou exclusivement par des personnes privées. En deuxième lieu, l'acte juridique de dévolution de l'exécution d'un service public

175 CJCE, aff. 118/85, 16 juin 1987, *Commission c. Italie* ; CJCE, aff. C-41/90, 13 décembre 1991, *Höfner et Elser* ; CJCE, aff. C-82/01, 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris c. Commission*.

176 CJCE, aff. C-49/07, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID*, dit « *Motoe* ». Cependant les activités telles que l'octroi de prestations sociales obligatoires reposant sur le principe de la solidarité nationale (CJCE, aff. 159/91 et 160/91, 17 février 1993, *Poucet et Pistre* ; CJCE, aff. 244/94, 16 novembre 1995, *Fédération française des sociétés d'assurance* ; CJCE, aff. C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355-01, 16 mars 2004, *AOK Bundesverband*), l'enseignement scolaire public (CJCE, aff. 263/86, 27 septembre 1988, *État belge c. Humbel et Edel* ; CJCE, aff. C-109/92, 7 décembre 1993, *Wirth c. Landeshauptstadt Hannover*), l'exercice de prérogatives de puissance publique (CJCE, aff. C-343/95, 18 mars 1997, *Diego Cali & Figli* ; CJCE, aff. C-364/92, 19 janvier 1994, *SAT Fluggesellschaft c. Eurocontrol* ; CJCE, aff. C-113/07 P, 26 mars 2009, *Selex Sistemi Integrati c. Commission*, dit « *Eurocontrol II* ») ainsi que la recherche-développement ne débouchant pas sur l'offre de biens et services (CJCE, 26 mars 2009, précité) échappent à la qualification d'activité économique au sens des articles 101, 102 et 106 du TFUE.

177 V. par exemple : décision n° 10-D-23 du 23 juillet 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par la caisse de la mutualité sociale agricole de la Gironde, et relevant de sa compétence, ainsi que l'avait jugé le Conseil d'État (CE, 28 mai 2010, *Société ENFenCONFIANCE*, n° 328731). En revanche, l'Autorité a estimé que la juridiction administrative était compétente en matière de contrôle de la légalité des actes d'organisation du transport médical d'urgence (décision n° 09-D-35 du 25 novembre 2009 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport médical d'urgence) et d'information des collectivités territoriales aux personnes âgées susceptibles de recourir à la téléassistance afin d'assurer la continuité de l'exécution de la mission de service public lors d'un changement de délégataire (décision n° 11-D-16 du 25 novembre 2011 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la téléassistance aux personnes âgées).

178 CE, sec., 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* ; CE, sec., 20 novembre 1964, *Ville de Nanterre* ; Tribunal des conflits, 6 juin 1986, *Ville de Pamiers*, in *RFDA*, 1989, p. 465 ; CE, sec., 3 novembre 1997, *Société Million et Marais* ; CE, ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats au Barreau de Paris*, n° 275531 ; CE, 5 juillet 2010, *Syndicat national des agences de voyages*, n° 308564. La jurisprudence antérieure à 2002 est exposée en détail dans les considérations générales du rapport public du Conseil d'État de cette même année, intitulées « *Réflexions sur les collectivités publiques et le droit de la concurrence* », pp. 215 à 457.



ne doit pas, par lui-même, être susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. En troisième lieu, l'administration ne doit pas placer son co-contractant dans une situation contraire au droit de la concurrence, notamment en le conduisant à exploiter nécessairement de façon abusive sa position dominante, par exemple en tirant des avantages particuliers de son statut, de sa position particulière ou de ses modalités de fonctionnement ou qui découleraient des ressources et moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public. Ces principes s'appliquent en l'absence de disposition législative particulière.

62. Le contrôle de ces conditions est effectué par le juge administratif¹⁷⁹ dans le cadre de ses fonctions contentieuses, mais l'Autorité peut également en connaître dans le cadre de ses fonctions consultatives. Un syndicat professionnel l'a ainsi saisie pour avis afin qu'elle définisse les conditions et modalités d'intervention des collectivités publiques en matière d'exploitation de salles de projection cinématographiques¹⁸⁰. L'Autorité a recommandé de clarifier les relations entre les collectivités territoriales et les salles existantes, en prévoyant un cahier des charges détaillé et en assurant l'autonomie juridique et financière de l'exploitant, et a proposé des solutions moins perturbatrices du jeu concurrentiel du marché que la création de nouvelles salles. Elle a ainsi proposé des transferts à la personne, qui évitent le maintien durable de prix déconnectés des coûts, ou la conclusion d'une convention prévoyant une rémunération adéquate avec le ou les cinémas privés existants qui accepteraient de modifier leur programmation dans le sens voulu par la collectivité.

63. Le législateur peut également aménager les conditions d'exercice de missions de service public par une personne publique ou privée. Lorsque l'exercice de telles missions est susceptible d'affecter sensiblement le commerce entre États membres, les stipulations de l'article 106 paragraphe 2 TFUE, qui prévoit : « *Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* » doivent être respectées.

179 Deux arrêts du Tribunal des conflits : *Aéroports de Paris* (18 octobre 199, n° 3174), et *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris et société édition Jean-Paul Gisserot c. Centre des monuments nationaux* (4 mai 2009, n° 3714) ont déterminé dans quelles hypothèses le juge administratif était compétent pour appliquer les règles de concurrence. Dans le premier arrêt, le Tribunal a jugé que le juge administratif était seul compétent pour connaître des litiges relatifs à l'organisation du service public et aux contrats de droit public passés pour l'exécution de ces services, lorsque les personnes publiques font usage des prérogatives de puissance publique dont elles disposent pour l'accomplissement de leurs missions de service public. Dans le second arrêt, le Tribunal a précisé que « *dans la mesure où elles exercent des activités de production, de distribution et de services, et sauf en ce qui concerne les décisions ou actes portant sur l'organisation du service public ou mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique, ces personnes publiques peuvent être sanctionnées par le Conseil de la concurrence agissant sous le contrôle de l'autorité judiciaire* » ; « *en matière de marchés publics, lesquels ne traduisent pas la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la compétence du juge administratif en qualité de juge du contrat (...) ne fait pas obstacle à la compétence du Conseil de la concurrence, sous le contrôle de la Cour d'appel de Paris, pour statuer sur les litiges fondés sur l'invocation des pratiques anticoncurrentielles* ».

180 Avis n° 08-A-13, précité.



64. Au regard du droit européen, ce sont les États membres qui sont tenus de définir ce qui relève ou non d'un SIEG. La Commission européenne peut le cas échéant, dans l'exercice de ses fonctions, contester cette qualification, sous le contrôle des juridictions de l'Union européenne¹⁸¹.

65. La jurisprudence européenne a distingué la notion d'intérêt public d'un service de celle de l'intérêt général qui fonde un texte normatif : « *La prestation d'un service d'intérêt économique général doit, par définition, revêtir un intérêt général ou public. À ce titre, les services d'intérêt économique général se distinguent notamment des services servant un intérêt privé, quand bien même ce dernier peut être plus ou moins collectif ou être reconnu par l'État comme étant légitime ou bénéfique. En outre, l'intérêt général ou public ne doit pas se résumer au besoin de soumettre le marché considéré à certaines règles ou l'activité commerciale des opérateurs concernés à une autorisation de l'État. En effet, le seul fait que le législateur national impose, dans l'intérêt général au sens large, certaines règles d'autorisation, de fonctionnement ou de contrôle à l'ensemble des opérateurs d'un secteur n'est, en principe, pas constitutif d'une mission de service d'intérêt économique général* »¹⁸².

2.1.1.2. CONDITIONS DE L'INTERVENTION DES PERSONNES PUBLIQUES SUR UN MARCHÉ CONCURRENTIEL

66. Les conditions de l'exercice d'activités économiques par les pouvoirs publics ont été précisées par la jurisprudence européenne ainsi que par la pratique consultative de l'Autorité, indifférentes à la forme juridique de l'intervention publique (2.1.1.2.1.). Quelle que soit la forme retenue pour cette intervention, l'exigence d'une comptabilité analytique peut être requise (2.1.1.2.2.). Une séparation complète des activités de régulation et des activités économiques sur un marché concurrentiel est fortement recommandée en cas de cumul de ces deux fonctions par une personne publique (2.1.1.2.3.).

2.1.1.2.1. Neutralité quant à la forme juridique de l'intervention des pouvoirs publics

67. L'intervention des pouvoirs publics sur un marché concurrentiel est susceptible de revêtir diverses formes : l'autorisation du cumul d'activités de service public et d'activités commerciales par une personne publique ou privée, la création d'un établissement public industriel ou commercial ou l'élargissement de sa spécialité, ou le passage d'une gestion déléguée au secteur privé à une gestion en régie à laquelle a été conférée une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre.

68. Si les conditions rappelées aux points 61 à 65 (*cf. supra*) sont respectées, l'intervention des pouvoirs publics sous cette dernière forme est susceptible de contribuer à l'animation du marché, ou d'apporter un élément de souplesse dans son organisation et de servir de référence lors de la mise en concurrence pour

181 Tribunal de Première instance des Communautés européennes, aff. T-442/03, 26 juin 2008, *SIC c. Commission* ; TPICE, aff. T-289/03, 12 février 2008, *BUPA et autres c. Commission* ; TPICE, aff. T-309/04, 22 octobre 2008, *TV2 Danmark c. Commission* ; TPICE, aff. T-17/02, 15 juin 2005, *Fred Olsen*.

182 TPICE, 12 février 2008, *BUPA e. a.*, précité.



l'attribution de certains éléments de ce service, ainsi que l'a indiqué le Conseil de la concurrence dans deux avis¹⁸³.

69. Dans le cadre de ses activités économiques, une personne morale de droit public est également susceptible de se porter candidate à un marché public ou à un contrat de délégation de service public organisé par l'État, une collectivité territoriale ou un autre adjudicataire public. Le Conseil d'État a précisé, dans cette hypothèse, que les personnes concernées devaient respecter deux conditions : d'une part, le prix proposé doit être déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, la personne publique ne doit pas avoir bénéficié, pour déterminer le prix qu'elle a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public¹⁸⁴.

70. La Cour de justice de l'Union européenne a, pour sa part, réservé dans les motifs d'un arrêt la possibilité d'exclure un soumissionnaire public au cours d'une procédure de sélection par appel d'offres s'il s'avère que celui-ci bénéficie d'une aide d'État incompatible avec le traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale est susceptible de mettre en danger sa situation financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises¹⁸⁵.

2.1.1.2.2. Exigence d'une séparation comptable de l'exercice des missions de service public ou sous monopole et des activités commerciales sur un marché concurrentiel

71. L'Autorité de la concurrence a recommandé de façon constante aux personnes publiques intervenant sur un marché concurrentiel de produire une comptabilité analytique fiable et transparente¹⁸⁶.

72. Une obligation en ce sens a été instituée par l'article 2 de l'ordonnance n° 2004-503 du 7 juin 2004 portant transposition de la directive n° 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques. Elle s'applique aux entreprises publiques dont les prestations de services sont susceptibles d'affecter sensiblement les échanges au sein de l'Union européenne. Elles doivent tenir des comptes séparés pour, d'une part, leurs activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et, d'autre part, leurs activités de service public pour lesquelles elles reçoivent une compensation.

183 Avis n° 00-A-30 du 4 décembre 2000 relatif à une demande d'avis de la Fédération nationale des collectivités concédantes et régies sur la convention collective des entreprises des services d'eau et d'assainissement et n° 99-A-11 du 9 juin 1999 relatif à une demande d'avis de la Chambre professionnelle des transporteurs routiers de l'Isère sur la situation créée par l'octroi d'une aide financière à une régie départementale de transport par un Conseil général.

184 CE, avis du 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, précité ; CE, 10 juillet 2009, *Département de l'Aisne*, n° 324156.

185 CJCE, aff. C 94/99, 7 décembre 2000, *Arge*.

186 Avis n° 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif à une demande d'avis de l'Association française des banques concernant le fonctionnement des services financiers de La Poste au regard du droit de la concurrence ; avis précité n° 99-A-11 ; v. également la décision validant des engagements de mise en place d'une comptabilité analytique et de rapport régulier à l'Autorité de la concurrence (décision n° 12-D-04 du 23 janvier 2012 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la fourniture d'informations météorologiques aux professionnels).



73. La comptabilité analytique permet de vérifier que ces personnes ne disposent pas d'avantages autres que ceux nécessaires à la réalisation de la mission de service public et proportionnés à cette réalisation¹⁸⁷. Elle est également nécessaire afin de faciliter le respect des stipulations du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne en matière d'aides d'État, telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne¹⁸⁸ et la Commission européenne¹⁸⁹, cette dernière disposant d'une compétence exclusive pour l'examen des régimes et projets qui lui sont notifiés par les États membres. Lorsque ces obligations ne sont pas applicables, en raison, par exemple, de l'application des seuils de minimis¹⁹⁰ ou de l'absence d'affectation des échanges au sein de l'Union européenne, le maintien de conditions de concurrence par les mérites avec les entreprises privées est également à rechercher dans le respect des conditions légales d'intervention fixées par la loi. Les articles L. 2224-1 et -2 du code général des collectivités territoriales imposent à ces collectivités d'équilibrer leurs comptes et les articles L. 2251-4 ou L. 3232-4 encadrent l'octroi des subventions.

74. Par ailleurs, la transparence comptable favorise l'élaboration de propositions tarifaires orientées vers les coûts, susceptibles de protéger une régie contre le risque de pratiquer des prix prédateurs, dans le cas où elle occuperait une position dominante sur un marché pertinent, et/ou de pratiquer des prix abusivement bas, dans les cas où elle entrerait en relation contractuelle directe avec des consommateurs¹⁹¹.

75. De façon plus générale, la comptabilité analytique permet de vérifier que les tarifs pratiqués par les personnes publiques ne perturbent pas le jeu de la concurrence. Ainsi, le Conseil de la concurrence, a estimé, au sujet de la tarification de la cession de droits de reproduction de données publiques officielles, que, s'il était démontré qu'un service public en cause établissait des prix de cession des droits de reproduction des données dans des conditions discriminatoires ou imputait, dans le prix de revient de ses propres ouvrages, un coût correspondant inférieur à la redevance perçue auprès des opérateurs privés avec lesquels il est

187 Avis n° 08-A-13 du 10 juillet 2008 relatif à une saisine du syndicat professionnel UniCiné portant sur l'intervention des collectivités locales dans le domaine des salles de cinéma.

188 CJCE, aff. C-280/00, 24 juillet 2003, *Altmark Trans GmbH*.

189 Décisions de la Commission 2005/842/CE du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86 parag. 2 TCE aux aides d'État sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, JOUE L 312 du 29 novembre 2005, article 5, parag. 5, et 2012/21/UE du 20 décembre 2011, JOUE L 7 du 11 janvier 2012 ; Communication de la Commission européenne, concernant l'application des dispositions de l'article 106 parag. 2 TFUE aux aides d'État sous forme de compensation de services publics octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général ; encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public du 28 novembre 2005, 2005/C 297/04, JOUE C297/4, point 19, et encadrement communautaire des aides d'État sous forme de compensations de service public du 20 décembre 2011, 2012/C 8/03, JOUE C8 du 11 janvier 2012 ; v. également le « Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de marchés publics et de marché intérieur ».

190 Lorsque les aides sont octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes, toutes activités confondues, n'a pas atteint cent millions d'euros au cours des deux exercices précédant celui de l'octroi du service d'intérêt économique général et dont le montant annuel de compensation pour le service en cause est inférieur à trente millions d'euros.

191 CE, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, précité ; Conseil de la concurrence, avis n° 99-A-11 précité.



en concurrence, il pourrait être conclu à l'existence d'une entrave au jeu de la concurrence¹⁹². Dans un autre avis, le Conseil de la concurrence, saisi par le Conseil d'État par une décision avant dire droit, a procédé à un examen des tarifs pratiqués par l'INSEE dans le cadre de la tenue du répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements, dit « SIRENE »¹⁹³ afin de vérifier l'existence d'un effet de ciseau tarifaire¹⁹⁴. À la suite de cet avis, le Conseil d'État a jugé que, par leur caractère excessif, les redevances liées à l'utilisation des données nuisaient à l'activité concurrentielle d'autres opérateurs économiques, pour lesquels ces données constituaient une ressource essentielle pour élaborer un produit ou assurer une prestation qui diffèrent de ceux fournis par l'État. Il a annulé, pour ce motif, l'arrêté instituant la redevance¹⁹⁵.

76. La transparence comptable évite également qu'une subvention ne conditionne la réalisation d'une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, entraîne une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle¹⁹⁶.

2.1.1.2.3. Exigence d'une séparation complète des activités de régulation et des activités commerciales

77. La tenue d'une comptabilité analytique n'est toutefois, dans certaines circonstances, pas suffisante pour prévenir les atteintes au jeu de la concurrence. Si la diversification des activités des opérateurs historiques disposant de droits exclusifs peut avoir des effets positifs en favorisant des économies d'échelle susceptibles d'être répercutées aux consommateurs, elle peut en effet soulever des difficultés très importantes au regard du droit de la concurrence lorsqu'une personne est autorisée par les pouvoirs publics à cumuler des activités de régulation et des activités commerciales. Ces dernières ne peuvent être résolues que par une séparation plus poussée des activités de service public et des autres activités. La Cour de justice a ainsi jugé contraire à l'article 106 TFUE le fait de « confier à une entreprise qui commercialise des appareils terminaux la tâche de formaliser des spécifications auxquelles devront répondre les appareils terminaux, de contrôler leur application et d'agréer ces appareils », car cela « revient à lui conférer le pouvoir de déterminer, à son gré, quels sont les appareils terminaux susceptibles d'être raccordés au réseau public et à lui octroyer ainsi un avantage évident sur ses concurrents »¹⁹⁷. Elle a confirmé cette jurisprudence relative aux

192 Avis n° 97-A-10 du 25 février 1997 relatif à une demande d'avis présentée par le groupement des éditions et de la presse nautiques portant sur des questions de concurrence soulevées par la politique éditoriale du service hydrographique et océanographique de la Marine.

193 Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE.

194 Le Tribunal de première instance des Communautés européennes a jugé que « les pratiques poursuivies désignées par les termes de ciseau tarifaire consistent, pour un opérateur généralement verticalement intégré, fixent à la fois les tarifs de détail sur un marché et le tarif d'une prestation nécessaire pour l'accès au marché de détail, à ne pas laisser entre les deux un espace suffisant pour la couverture des autres coûts encourus pour la fourniture de la prestation de détail » (TPICE, aff. T-271/03, *Deutsche Telekom c. Commission*). La Cour de justice a confirmé cet arrêt (CJUE, aff. C-208/08 P, 15 octobre 2010).

195 CE, 29 juillet 2002, *Société Cegedim*, n° 200886.

196 Décision n° 00-D-50 du 5 mars 2001 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Française des Jeux dans les secteurs de la maintenance informatique et du mobilier de comptoir, confirmée par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ; avis n° 08-A-13, précité.

197 CJCE, aff. C-18/88, 13 décembre 1991, *RTT c. GB-Inno-BM SA*.



conflits d'intérêts entre les activités d'exploitation commerciale et de régulation à propos d'un mécanisme d'avis conforme d'une personne morale sur les demandes d'autorisation présentées par les concurrents en vue de l'organisation de compétitions de motocycles. Ce mécanisme revient de fait à lui conférer le pouvoir de désigner ses concurrents et à fixer les conditions dans lesquelles les compétitions sont organisées¹⁹⁸. Pour sa part, le Conseil d'État vérifie notamment, afin d'apprécier les atteintes éventuelles au principe de libre concurrence, que des activités économiques ne sont pas cumulées avec des fonctions de régulation¹⁹⁹.

78. L'Autorité a appelé à réviser trois projets de textes qui lui étaient soumis lorsque sont cumulées des activités de régulation et d'exploitation commerciale.

79. Dans les secteurs des transports aérien et ferroviaire, l'Autorité a estimé dans deux avis que seule la mise en place d'une autorité de régulation indépendante permettrait de mettre fin aux situations de conflit d'intérêts qui peuvent résulter du cumul par l'État des rôles de régulateur et d'actionnaire des opérateurs historiques²⁰⁰. Elle a notamment mis en évidence les risques de pratiques anticoncurrentielles pouvant découler du cumul d'activités par la Société nationale des chemins de fer français d'une part, d'exploitation des trains, et, d'autre part, d'attribution des sillons dits « de dernière minute », cette seconde fonction lui étant déléguée par Réseaux ferrés de France²⁰¹. L'Autorité a relevé que ce cumul était lié à des facteurs historiques, techniques et sociaux, mais a recommandé la mise en place de modes d'organisation alternatifs afin de mettre fin à cette situation. Ces modes d'organisation sont également pertinents en matière de gestion des gares, qui paraissent constituer des « infrastructures essentielles » dont l'accès détermine notamment l'entrée de nouveaux opérateurs ferroviaires et le développement de prestations de transport intermodales²⁰² et n'est pas soumis au contrôle d'une autorité indépendante.

80. Ces situations de cumul d'activités de régulation et d'exploitation commerciale peuvent également survenir dans d'autres secteurs que les industries de réseau. L'Autorité a ainsi émis un avis négatif à l'encontre d'un dispositif envisagé par le ministère de la Culture qui prévoyait de confier au Centre national de la cinématographie et de l'image animée (CNC), un régulateur sectoriel disposant de pouvoirs réglementaires qui est également chargé de collecter des taxes et de distribuer des aides au financement de l'industrie du cinéma, la gestion d'un fonds de mutualisation proposé aux salles cinématographiques en concurrence avec l'offre d'opérateurs privés²⁰³. L'intervention du CNC sur un marché concurrentiel aurait, de ce fait, été de nature à créer d'importantes distorsions de concurrence,
198 CJCE, 1^{er} juillet 2008, *Motosykletistiki Omospondia Ellados NPID (MOTOE) c. Elliniko Dimosio*, précité.

199 CE, 5 juillet 2010, Syndicat national des agences de voyage, précité.

200 Avis n° 10-A-04 précité, dans le secteur aéroportuaire ; avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports.

201 Avis n° 08-A-17 du 3 septembre 2008 sur le projet de loi relatif à l'organisation et à la régulation des transports ferroviaires et collectifs ainsi qu'à la sécurité des transports.

202 Avis n° 09-A-55 du 4 novembre 2009 sur le secteur du transport public terrestre de voyageurs ; avis n° 11-A-15 du 29 septembre 2011 sur un projet de décret relatif aux gares de voyageurs et autres infrastructures de services du réseau ferroviaire.

203 Avis n° 10-A-02 du 1^{er} février 2010 relatif à l'équipement numérique des salles de cinéma.



voire à éliminer toute concurrence sur le marché du financement de l'équipement numérique des salles, quelles que soient les précautions prises. Le fonds géré par le CNC aurait conservé en effet un avantage déterminant sur ses concurrents découlant de ses liens avec le régulateur sectoriel et de la garantie de l'État attachée au fonds de mutualisation.

En outre, les modalités initialement envisagées de gestion du fonds, en concertation avec l'ensemble de la profession, auraient créé le risque d'imposer à l'ensemble des acteurs un montant de frais de copie virtuelle déconnecté du marché, induisant de ce fait un montant d'aides d'État supérieur à ce qui était prévu au moment de la saisine. Sans remettre en cause la légitimité d'un dispositif assurant un large accès aux solutions de numérisation, l'Autorité a suggéré d'autres solutions introduisant des distorsions moins importantes de la concurrence, s'accordant mieux au mode traditionnel d'intervention du CNC et permettant de préserver le principe de solidarité auquel le CNC est attaché.

À la suite de cet avis, un dispositif de contribution au financement des investissements nécessaires à l'installation initiale des équipements de projection numérique a été mis en place par la loi n° 2010-1149 du 30 septembre 2010 relative à l'équipement numérique des établissements de spectacles cinématographiques en remplacement de celui qui était initialement envisagé. Elle prévoit que la contribution due par les salles de spectacles qui ont accès aux films dès la sortie nationale ou qui programment un grand nombre de films nouveaux différents est négociée entre les parties sur la base de critères équitables, transparents et objectifs.

5.2. Entreprises publiques et protection des intérêts stratégiques – Guide des outils d'action économique du Conseil d'État, Fiche 20 (extraits)

5.2.1. Notion de protection des intérêts stratégiques dans les entreprises

L'activité économique, et notamment celle de certaines entreprises, peut mettre en cause des intérêts publics allant au-delà des motifs d'intérêt général poursuivis par les lois et règlements encadrant l'activité ordinaire de ces entreprises. Ces intérêts supérieurs, parfois dits « stratégiques », sont susceptibles d'être préservés par deux types d'outils distincts.

Les personnes publiques, et en particulier l'État auquel la défense de ces intérêts stratégiques incombe le plus souvent, peuvent faire le choix d'assurer la préservation de ces intérêts : soit en acquérant tout ou partie de la propriété des entreprises concernées, c'est-à-dire en recourant aux outils du droit des entreprises et participations publiques ; soit en recourant à des procédés de puissance publique, en prévoyant dans des lois et règlements les droits qu'elles se reconnaissent pour assurer la préservation de ces intérêts.

Cette seconde approche, seule traitée ici, se traduit principalement par quatre législations. Trois ont un caractère transversal : l'action spécifique, les commissaires du Gouvernement, les investissements étrangers en France. La quatrième est plus sectorielle : les exportations sensibles.



5.2.2. L'action spécifique

5.2.2.1. Notion d'action spécifique

Inspirées du mécanisme des « *golden shares* », les actions spécifiques ont été introduites en droit français par l'article 10 de la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations. Elles figurent désormais à l'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique introduit par l'article 186 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015. Bien qu'il s'appuie sur une action détenue par l'État, l'outil que constitue l'action spécifique est sans rapport avec les prérogatives qu'un actionnaire pourrait exercer du seul fait de la détention de ce titre. Indépendamment du mécanisme de l'action spécifique, toute opération de cession par l'État au secteur privé conduisant à transférer la majorité du capital d'une société doit s'accompagner des garanties nécessaires à la préservation des intérêts essentiels de la Nation dans les domaines concernés. Le cas échéant, le cahier des charges de l'appel d'offres portant cession du capital intègre cette exigence (art. 21-1 de l'ordonnance du 20 août 2014).

5.2.2.2. Recours à l'action spécifique

L'action spécifique ne peut être instituée dans n'importe quelle entreprise. Ce mécanisme est réservé aux entreprises dans lesquelles l'État cède une participation majoritaire au secteur privé, c'est-à-dire privatise l'entreprise. Aux termes de l'article 31-1 de l'ordonnance précitée, c'est en effet postérieurement au décret ou à l'arrêté décidant de la cession de cette participation et préalablement à la réalisation de l'opération, qu'un décret distinct détermine, pour chacune des entreprises concernées, si la protection d'intérêts essentiels du pays exige qu'une action ordinaire de l'État soit transformée en une action spécifique assortie de tout ou partie des droits définis ci-dessous. Dans l'affirmative, ce dernier décret prononce également cette transformation. Les intérêts en cause ont été précisés par ces dispositions : il s'agit des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de santé publique, de sécurité publique ou de défense nationale.

5.2.2.3. Prérogatives attachées à l'action spécifique

Ce décret prévoit alors les droits attachés à une action spécifique parmi les prérogatives suivantes :

- l'agrément préalable par le ministre chargé de l'économie pour le franchissement, par une personne agissant seule ou de concert, d'un ou plusieurs des seuils fixés dans le décret qui institue l'action spécifique ; un seuil particulier peut être fixé pour les participations prises par des personnes étrangères ou sous contrôle étranger ;

- la nomination au conseil d'administration ou de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu d'un ou deux représentants de l'État sans voix délibérative désigné dans les conditions prévues par le décret instituant l'action spécifique ;



- le pouvoir de s'opposer aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie, qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays ; les conditions de ce droit d'opposition ont été fixées par le décret n° 2015-1482 du 16 novembre 2015.

L'institution de cette action produit ses effets de plein droit. Hormis les cas où l'indépendance nationale est en cause, l'action spécifique peut à tout moment être définitivement transformée en action ordinaire par décret (ex. le décret n° 2002-1231 du 3 octobre 2002 abrogeant le décret n° 93-1298 du 13 décembre 1993 instituant une action spécifique de l'État dans la Société nationale Elf-Aquitaine).

5.2.2.4. Méconnaissance des prérogatives de l'État

Lorsque des prises de participation sont soumises à agrément préalable en raison d'une action spécifique et tant que cette obligation est méconnue, les détenteurs des participations irrégulièrement acquises sont privés des droits de vote correspondants. S'agissant des entreprises dont l'activité relève des intérêts essentiels de la défense nationale ou de ceux mentionnés à l'article 346 TFUE, les détenteurs de participations acquises irrégulièrement doivent céder leurs titres dans un délai de trois mois, faute de quoi, il est procédé à leur vente forcée. Le produit de la vente est tenu à la disposition des anciens détenteurs (II de l'article 31-1 de l'ordonnance du 20 août 2014, précitée).

5.2.2.5. Compatibilité avec le droit de l'Union

Le recours à une action spécifique doit être examiné au regard de la liberté de circulation des capitaux établie par l'article 63 TFUE et de la liberté d'établissement établie par l'article 49 de ce même traité. Le droit de l'Union ne s'oppose pas, par principe à l'établissement d'une telle mesure, en reconnaissant que selon les circonstances, il peut être justifié « *que les États membres gardent une certaine influence dans les entreprises initialement publiques et ultérieurement privatisées, lorsque ces entreprises agissent dans le domaine des services d'intérêt général ou stratégiques* » (CJCE, aff. C- 483-99, 4 juin 2002, *Commission c. France*, pt 43).

Toutefois, l'entrave à la liberté de circulation des capitaux et à la liberté d'établissement que constitue l'institution d'une action spécifique doit être justifiée, à la double condition d'être motivée par « *des raisons visées à l'article [65] paragraphe 1 du traité ou des raisons impérieuses d'intérêt général s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil* » et d'être proportionnée au but poursuivi (CJCE, aff. C-367-98, 4 juin 2002, *Commission c. Portugal*, pts 49 à 50). L'existence de cette double condition a conduit la Cour de justice à rejeter les mesures ayant un caractère trop général et conférant à l'État des pouvoirs discrétionnaires (CJCE, *Commission c. France*, préc.). En conséquence, lors de l'examen du projet de loi pour la croissance et l'activité, le Conseil d'État (avis du 8 décembre 2014, n° 389394) a circonscrit le champ du dispositif à la préservation des intérêts essentiels du pays en matière d'ordre public, de sécurité publique ou de



défense nationale au sens du droit de l'Union, soit un champ analogue à celui de la législation sur les investissements étrangers.

La compatibilité d'une action spécifique avec le droit de l'Union doit ainsi donner lieu à un examen approfondi préalablement à l'intervention du décret l'instituant pour définir s'il peut être recouru à cet outil et, dans l'affirmative, quelles sont les prérogatives susceptibles de lui être attachées.

5.2.3. Les commissaires du Gouvernement

5.2.3.1. Notion de commissaires du Gouvernement

Aucun texte général ne définit le statut des commissaires du Gouvernement, le droit positif reconnaissant l'existence de nombreux commissaires du Gouvernement aux attributions variées. Le commissaire du Gouvernement a pour rôle, au sein d'un établissement public ou d'une société commerciale, de veiller à la cohérence et à la compatibilité des orientations retenues par l'entreprise avec la politique menée, dans ce secteur, par le Gouvernement. Sa présence doit permettre de « *restituer l'action de l'entreprise dans le contexte plus général des orientations retenues par l'État pour ce secteur d'activité* » (EDCE, 2015, Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises).

L'institution d'un commissaire du Gouvernement, généralement nommé par le ministre assurant la tutelle technique sur ce secteur, au sein d'un établissement public ou d'une entreprise assure un certain degré de contrôle du Gouvernement sur les décisions stratégiques prises par l'entreprise. Les missions confiées au commissaire du Gouvernement, représentant de l'État comme « puissance publique » doivent être clairement distinguées des missions exercées au nom de l'État comme « actionnaire ». Les missions du commissaire du Gouvernement se distinguent également du contrôle économique et financier qu'exerce l'État sur l'activité économique et la gestion financière des entreprises et organismes qui en relèvent, en vertu du décret n° 55-733 du 26 mai 1955.

5.2.3.2. Recours au commissaire du Gouvernement

5.2.3.2.1. Niveau de norme

L'institution d'un commissaire du Gouvernement dans un établissement public n'affecte pas les règles constitutives de cet établissement. Son institution relève donc en principe du pouvoir réglementaire. Au contraire, en ce qui concerne les sociétés commerciales, l'institution d'un commissaire relève des obligations civiles et commerciales dont il appartient à la loi de fixer les règles en vertu de l'article 34 de la Constitution. L'article 15 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 prévoit que l'État peut, dans des conditions fixées par voie réglementaire, désigner un commissaire du Gouvernement au sein des entreprises où il dispose d'un représentant au sens de l'article 4 de cette ordonnance. Il s'agit des sociétés dont il détient, seul ou conjointement avec ses établissements publics, plus de la moitié du capital ainsi que celles dans lesquelles il détient à lui seul plus de 10 % du capital. Ce commissaire « *assiste, avec voix consultative, aux séances du conseil*



d'administration, du conseil de surveillance ou de l'organe délibérant en tenant lieu de la société. Le cas échéant, il expose la politique du Gouvernement dans le secteur d'activité de celle-ci ».

5.2.3.2.2. Justification

L'institution d'un commissaire du Gouvernement est une pratique dérogatoire du droit commun ; il convient donc de s'interroger sur l'intérêt réel d'une telle mesure et, en particulier, sur sa pertinence vis-à-vis des autres moyens de contrôle dont dispose l'État sur l'action de l'entreprise ou de l'établissement public :

- dans le cas d'un établissement public : si la question de l'existence d'un contrôle ne se pose pas, il convient de mesurer la pertinence de l'institution d'un commissaire du Gouvernement vis-à-vis des autres leviers de contrôle (nomination du dirigeant, désignation d'administrateurs, approbation par le ministre de tutelle des délibérations du conseil d'administration, etc.) ;

- dans le cas d'une société commerciale : la question de la nécessité d'un contrôle se pose avec plus d'acuité ; la gestion d'une mission de service public entraînant nécessairement un contrôle de son accomplissement par l'État, le recours à l'institution d'un commissaire du Gouvernement n'est pas systématiquement justifié (EDCE 2015, précité).

5.2.3.3. Compatibilité avec le droit de l'Union

La CJUE ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si la fonction de commissaire du Gouvernement, en ce qu'elle consiste à veiller à la conformité de la politique générale de l'entreprise avec les orientations gouvernementales, constitue une entrave à la liberté d'établissement et à la libre circulation des capitaux. Toutefois, la jurisprudence de la Cour de justice sur les actions spécifiques énonce les conditions de compatibilité de l'intervention de l'État dans la gestion d'une entreprise avec le droit de l'Union largement transposable au cas du commissaire du Gouvernement (*cf. supra*).

5.2.4. Le contrôle des investissements étrangers

5.2.4.1. Objet du contrôle des investissements étrangers

L'accueil et la réglementation d'un investissement étranger s'articule, suivant la nationalité des parties, autour de normes internationales (des traités bilatéraux d'investissement, voir par exemple le traité entre la France et le Kazakhstan), de normes européennes (la liberté de circulation des capitaux) et de normes internes (en France, le code monétaire et financier). Sur ces dernières, en vertu de l'article L. 151-1 du code monétaire et financier, les relations financières entre la France et l'étranger sont libres. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article L. 151-3 du même code, certains investissements étrangers en France, concernant des secteurs stratégiques, sont soumis à autorisation préalable du ministre chargé de l'économie.



Le ministre dispose de deux mois pour se prononcer sur la demande d'autorisation qui lui est soumise, à l'issue de ce délai son silence vaut autorisation implicite (art. R. 153-8 du code précité). Le ministre peut soit autoriser purement et simplement l'opération, soit l'assortir de conditions visant à assurer que l'investissement projeté ne portera pas atteinte aux intérêts nationaux tels que définis au I de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier (conditions précisées à l'art. R. 153-9) soit la refuser par décision motivée (pour des motifs précisés à l'art. R. 153-10).

S'il constate qu'un investissement étranger est ou a été réalisé en méconnaissance des prescriptions du I ou du II de l'article L. 151-3, le ministre peut enjoindre à l'investisseur de ne pas donner suite à l'opération, de la modifier ou de faire rétablir à ses frais la situation antérieure. En cas de non-respect de l'injonction, le ministre peut infliger à l'investisseur une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève au double du montant de l'investissement irrégulier (III du même article).

Enfin, est frappé de nullité l'engagement, la convention ou la clause contractuelle qui réalise directement ou indirectement un investissement étranger dans un domaine stratégique sans avoir fait l'objet d'une autorisation préalable (article L. 151-4).

5.2.4.2. Champ du contrôle des investissements étrangers

Ce régime d'autorisation concerne les investissements étrangers dans une activité en France qui, même à titre occasionnel, participe à l'exercice de l'autorité publique ou relève de l'un des domaines suivants :

- activités de nature à porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique ou aux intérêts de la défense nationale ;
- activités de recherche, de production ou de commercialisation d'armes, de munitions, de poudres et substances explosives.

Un décret en Conseil d'État définit la nature des activités ci-dessus. Ces dispositions ont été codifiées aux articles R. 153-1 et suivants du code monétaire et financier, modifiés en dernier lieu par le décret n° 2014-479 du 14 mai 2014. Douze secteurs d'activités y sont énumérés.

Certains investissements en provenance des États membres de l'Union européenne sont également soumis à la procédure d'autorisation préalable (art. R.153-3 à R. 153-5 du même code) de même que les investissements effectués par des entreprises de droit français contrôlées par des personnes physiques ou morales étrangères ou des français résidant hors de France dans l'une des activités énumérées aux 8° à 12° de l'article R. 153-2 et à l'article R. 153-5 (art. R. 153-5-2). Certaines autorisations peuvent être réputées acquises, notamment dans le cadre d'opérations intragroupes (art. R. 153-6), sauf si l'opération a pour objet de transférer à l'étranger tout ou partie d'une branche de l'une des activités énumérées aux articles R. 153-2 et R. 153-4.



5.2.4.3. Compatibilité avec le droit de l'Union.

Les régimes de contrôle des investissements étrangers sont une restriction à la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, qui ne peut être justifiée que par les objectifs poursuivis au sens des articles 52, 65 et 346 TFUE.

L'application de ce dispositif doit être proportionnée au regard des objectifs poursuivis, et ne pas être motivée, en fait, par des fins purement économiques comme l'a rappelé la Cour de Justice dans son arrêt *Église de Scientologie* du 14 mars 2000. La Cour de justice avait en effet estimé que le régime français imposant une autorisation préalable pour tout investissement direct étranger « *de nature à mettre en cause l'ordre public et la sécurité publique* », sans autre précision constituait une restriction aux mouvements de capitaux. Le décret n° 89-938 réglementant les relations financières avec l'étranger n'indiquait en effet aucunement aux investisseurs concernés les circonstances spécifiques dans lesquelles une autorisation préalable était nécessaire (CJCE, aff. C-54/99, 14 mars 2000, *Association Église de scientologie de Paris*, pts 17 à 21). Comme en matière d'action spécifique et de commissaire du Gouvernement, la compatibilité du recours au contrôle des investissements étrangers dépend donc de l'utilisation qui en sera faite dans chaque cas de figure.

5.3. Participations publiques et État législateur : l'exemple de Renault

5.3.1. *Les droits de vote double - Rapport n° 164 (2015-2016) du 19 novembre 2015 de M. Maurice Vincent, fait au nom de la commission des finances du Sénat sur le Projet de loi de finances pour 2016*

UNE MISE EN PLACE DES DROITS DE VOTE DOUBLES GÉNÉRALEMENT PEU CONFLICTUELLE

La loi n° 2014-384 du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle, dite loi « Florange », a prévu que, pour les sociétés cotées sur un marché réglementé, un droit de vote double est attribué de droit, sauf clause contraire des statuts, à toutes les actions entièrement libérées et inscrites au nominatif depuis au moins deux ans. L'octroi d'un droit de vote double vise à récompenser l'investissement de long terme et ainsi favoriser l'émergence d'un bloc stable d'actionnaires de référence au sein des entreprises concernées, dont il accompagnera le développement. Cette mesure correspond à une préconisation du « rapport Gallois » : « *pour investir, les entreprises ont également besoin de visibilité sur l'avenir ; elles ne peuvent être exclusivement soumises aux impératifs – souvent de court terme – des marchés financiers ; en premier lieu, le poids des actionnaires dans les entreprises doit être équilibré, en privilégiant ceux qui jouent le long terme et en donnant la parole aux autres parties prenantes de l'entreprise. Ceci nous conduit à faire les propositions suivantes : le droit de vote double serait automatiquement acquis après deux ans de détention des actions, l'Assemblée générale ne pouvant le remettre en cause qu'à la majorité des deux tiers (...)* ». L'État, dont l'horizon d'investissement est rarement inférieur à deux ans, est susceptible de profiter à plein de cette disposition, pour autant que les assemblées générales des actionnaires ne se soient pas opposées pas à la mise en œuvre de celle-ci.



Dans certains cas, l'application de la loi « Florange » n'a pas posé problème, soit parce que les statuts de l'entreprise prévoyaient déjà le droit de vote double pour les actions détenues au nominatif depuis plus de deux ans, comme c'était le cas pour Safran, soit parce que aucune résolution n'a été soumise à l'assemblée générale des actionnaires pour écarter ce dispositif. Cette dernière situation s'est rencontrée pour EDF ainsi que pour ADP, dont le conseil d'administration a indiqué dans son rapport à l'assemblée générale ordinaire du 18 mai 2015 : « *Compte tenu des spécificités d'Aéroports de Paris et du rôle spécifique qu'est en conséquence celui de l'État pour Aéroport de Paris, il est estimé que le fait que les actions d'Aéroports de Paris puissent disposer d'un droit de vote double lorsqu'elles satisfont aux exigences de l'article L. 225-123 du code de commerce est de nature à préserver et renforcer l'implication indispensable de l'État et à favoriser l'implication des actionnaires dans la vie de la société. Par conséquent, il a été décidé de ne pas proposer de modification des statuts visant à faire obstacle à l'application du droit de vote double prévu à l'article L. 225-123 du code de commerce* ».

De même, le rapport du conseil d'administration d'Areva à l'assemblée générale mixte du 21 mai 2015 explique que « *compte tenu de la particularité de l'actionnariat de la Société et dans la mesure où cette disposition permet de privilégier et de conforter un actionnariat stable avec une vision long terme, la décision a été prise par le Conseil d'Administration de ne pas écarter les dispositions de l'article L. 225-123 du code de commerce et de ne pas modifier les statuts* ». Chez Orange, un actionnaire minoritaire – la société de gestion Phitrust – a choisi de présenter une résolution visant à empêcher l'instauration du droit de vote double, alors que la direction n'en avait pas pris l'initiative. La résolution n'a recueilli que 43,3 % des voix. Dans d'autres sociétés, c'est la direction elle-même qui a soumis aux actionnaires une proposition de résolution.

Cette démarche a pu être motivée par le souhait de donner le choix aux actionnaires, des agences de conseil de vote ayant fait savoir qu'elles noteraient négativement les sociétés qui n'auraient pas au moins proposé à leurs actionnaires une résolution visant à maintenir les droits de vote simples. C'est ainsi que le conseil d'administration de GDF Suez a déposé une telle résolution « *afin de permettre, en bonne gouvernance, aux actionnaires de se prononcer sur ce sujet* ».

Le conseil d'administration d'Air France a quant à lui pris parti en indiquant dans son rapport à l'assemblée générale du 21 mai 2015 : « *Afin de maintenir l'égalité de traitement entre les actionnaires détenant leurs actions au nominatif et ceux les détenant au porteur, il vous est proposé de décider d'utiliser la faculté conférée par l'article L. 225-123 alinéa 3 du code de commerce de ne pas conférer de droit de vote double, de conserver les droits de vote simples et de modifier en conséquence les statuts* ».

Dans ce contexte, l'État a souhaité se donner les moyens de soutenir l'adoption des droits de vote doubles. Entre le 8 et le 13 mai, 5,1 millions de titres Air France ont ainsi été acquis sur le marché pour 42 millions d'euros, portant la participation de l'État de 15,88 % à 17,58 %.



Toutefois, la situation la plus conflictuelle s'est rencontrée chez Renault, dont le conseil d'administration a soumis à l'assemblée générale du 30 avril 2015 une résolution visant à l'instauration statutaire du principe « *une action, une voix* ». (...)

LA POSSIBILITÉ DE DÉGAGER DES RESSOURCES SANS PERTE D'INFLUENCE

Si l'État souhaite désormais conduire une politique de gestion active de son portefeuille de valeurs cotées, il reste contraint par les seuils minimum de détention publique fixés par la loi pour certaines entreprises. Le législateur a ainsi fixé un seuil de détention publique de 50 % pour ADP et de 100 % pour RTE. De même, la loi prévoit un seuil minimum de 70 % pour EDF et d'un tiers pour GDF Suez.

Dans ce dernier cas, la contrainte a été allégée par la loi « Florange » dont le VI de l'article 7 dispose que « *dans les sociétés anonymes dans lesquelles la loi prévoit que l'État doit atteindre un seuil minimal de participation en capital, inférieur à 50 %, cette obligation est remplie si ce seuil de participation est atteint en capital ou en droits de vote. La participation de l'État peut être temporairement inférieure à ce seuil à condition qu'elle atteigne le seuil de détention du capital ou des droits de vote requis dans un délai de deux ans* ». Cette disposition, qui ne s'applique en pratique qu'à GDF Suez, permet de tirer profit de la mise en place de droits de vote doubles pour réaliser des cessions d'actions sans perte d'influence et dans le respect des seuils de participation publique fixés par la loi (...)

5.3.2. L'encadrement de la rémunération des dirigeants – Amendement n° AS9 (adopté) de M. Charroux sur sa proposition de loi n° 3680 visant à encadrer les rémunérations dans les entreprises (adoptée en 1^{ère} lecture à l'Assemblée nationale le 26 mai 2016)

ARTICLE ADDITIONNEL

APRÈS L'ARTICLE 2, insérer l'article suivant :

Le code du commerce est ainsi modifié :

1° Après la seconde occurrence du mot : « est », la fin de l'article L. 225-45 est ainsi rédigée : « *proposée par le conseil d'administration et approuvée par l'assemblée générale.* » ;

2° La seconde phrase du premier alinéa de l'article L. 225-47 est ainsi rédigée :

« *Le conseil d'administration définit les éléments, dus ou susceptibles d'être dus, constituant la rémunération ou l'indemnisation du président et les soumet à l'approbation de l'assemblée générale* » ;

3° Le dernier alinéa de l'article L. 225-53 est ainsi rédigé :

« *Le conseil d'administration définit les éléments, dus ou susceptibles d'être dus, constituant la rémunération ou l'indemnisation du directeur général et des directeurs généraux délégués et les soumet à l'approbation de l'assemblée générale* » ;



4° L'article L. 225-63 est ainsi rédigé :

« Le conseil de surveillance définit les éléments, dus ou susceptibles d'être dus, constituant la rémunération ou l'indemnisation des membres du directoire et les soumet à l'approbation de l'assemblée générale. » ;

5° Après la seconde occurrence du mot : « est », la fin de l'article L. 225-83 est ainsi rédigée : « *proposée par ce dernier et approuvée par l'assemblée générale* » ;

6° Avant le dernier alinéa de l'article L. 227-6, il est inséré un alinéa ainsi rédigé :

« Les associés approuvent les éléments, dus ou susceptibles d'être dus, constituant la rémunération ou l'indemnisation du président, des directeurs généraux et des directeurs généraux délégués ».

EXPOSÉ SOMMAIRE

Le présent amendement propose de rendre décisionnel le vote de l'assemblée générale sur les rémunérations des mandataires sociaux.

On rappellera que le code de commerce prévoit actuellement que si l'assemblée générale d'une société anonyme vote le montant global des jetons de présence que le conseil d'administration répartit entre ses membres, la rémunération des mandataires sociaux (président, directeur général et directeurs généraux délégués) est déterminée librement par le conseil d'administration.

Suivant les exemples anglo-saxons, le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées élaboré par l'AFEP et le MEDEF a intégré le principe du « *say on pay* » et prévoit à son paragraphe 23.4 que :

Le conseil doit présenter à l'assemblée générale ordinaire annuelle la rémunération des dirigeants mandataires sociaux. Cette présentation porte sur les éléments de la rémunération due ou attribuée au titre de l'exercice clos à chaque dirigeant mandataire social :

- la part fixe ;
- la part variable annuelle et, le cas échéant, la partie variable pluriannuelle avec les objectifs contribuant à la détermination de cette part variable ;
- les rémunérations exceptionnelles ;
- les options d'actions, les actions de performance et tout autre élément de rémunération de long terme ;
- les indemnités liées à la prise ou à la cessation des fonctions ;
- le régime de retraite supplémentaire ;
- les avantages de toute nature.

Cette présentation est suivie d'un vote consultatif des actionnaires. Il est recommandé de présenter au vote des actionnaires une résolution pour le



directeur général ou le président du directoire et une résolution pour le ou les directeurs généraux délégués ou les autres membres du directoire.

Lorsque l'assemblée générale ordinaire émet un avis négatif, le conseil, sur avis du comité des rémunérations, délibère sur ce sujet lors d'une prochaine séance et publie immédiatement sur le site internet de la société un communiqué mentionnant les suites qu'il entend donner aux attentes exprimées par les actionnaires lors de l'assemblée générale.

Dans le cas récent de Renault, ce système « consultatif » a montré ses limites : le 29 avril 2016, quelques heures après le vote de l'assemblée générale ayant rejeté à 54,12 % les éléments de rémunérations dus ou attribués à M. Carlos Ghosn, président-directeur général, « *Le Comité des rémunérations et le Conseil d'administration de Renault se sont réunis, hors la présence du président-directeur général, afin de prendre connaissance du détail du vote exprimé et de délibérer définitivement sur cette question, conformément au code AFEP/MEDEF. Sur proposition de son Comité des rémunérations, le Conseil d'administration de Renault a approuvé le maintien de la rémunération décidée pour le président-directeur général pour l'année 2015* ».

Devant cette attitude pourtant conforme à la lettre du code AFEP-MEDEF, le président du MEDEF s'est déclaré quelque peu « choqué » et le Haut Comité de gouvernement d'entreprise, chargé du suivi de l'application du code AFEP-MEDEF, s'est saisi de cette situation. Le 3 mai dernier, devant l'Assemblée nationale, le ministre de l'Économie a menacé de légiférer si le conseil d'administration de Renault, qui a maintenu la rémunération du PDG du groupe, malgré l'opposition de la majorité des actionnaires, dont l'État, ne « tirait pas les conséquences » de cette décision.

À ce jour, aucune réaction n'a eu lieu : aussi le présent amendement tire-t-il les conséquences de cette épisode, en mettant fin à l'hypocrisie d'un vote consultatif et en donnant à l'assemblée générale des actionnaires un vote d'approbation de l'ensemble des éléments de rémunération ou d'indemnisation des mandataires sociaux, ainsi que sur les indemnités des membres du conseil d'administration.

Ce dispositif modifiant les règles de détermination des rémunérations des mandataires sociaux des sociétés anonymes est ainsi tout à fait complémentaire de l'encadrement légal du montant de celles-ci proposé par l'article 1^{er} de la proposition de loi.



Bibliographie indicative

Ouvrages

S. Albert, Cl. Buisson, *Entreprises publiques : le rôle de l'État actionnaire*, éd. La documentation Française, Paris, 2002.

J.-F. Bizet, *Les entreprises publiques locales : SEM, SPLA, SPL*, éd. Lamy axe droit, Paris, 2012.

A. Cartier-Bresson, *L'État actionnaire*, éd. LGDJ, Paris, 2010.

A. Delion, *Le droit des entreprises et participations publiques*, éd. LGDJ, Paris, 2003.

J. Marchand, *Recherche sur le régime des actions et participations financières publiques*, éd. LGDJ, Paris, 2014.

Encyclopédies

E. Breen, Cl. Bolla, « Entreprises publiques », in *JCl. Adm.*, Fasc. 158-159.

A. Cartier-Bresson, « Actionnariat », in *JCl. Adm.*, Fasc. 161.

Ph. Chrestia, « Sociétés d'économie mixte locales (SEML) », in *JCl. Adm.*, Fasc. 162.

Cl. Devès, « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA) », in *JCl. Adm.*, Fasc. 163.

Articles

F. Advielle, P. Van Herzele, « Les chambre régionales et territoriales des comptes et le contrôle des entreprises publiques locales », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 10, 23 mars 2015, pp. 568-574.

J-B. Auby, « La doctrine de l'État actionnaire », in *Droit Administratif*, n° 11, novembre 2014.

S. Bernard, « L'actionnariat public et la crise », in *RFDA*, 2010, p. 756

P. Bourdon, « La garantie de l'État en faveur des établissements publics industriels et commerciaux : une aide d'État illicite, mais pas rédhitoire », in *Rev. UE*, 2015, p. 523.

S. Brameret « SPL : actionnariat public ne rime pas avec in house automatique », in *Revue Lamy de la Concurrence*, n° 38, 1^{er} janvier 2014, pp. 97-98.

E. Broussy, H. Cassagnabère, G. Gänser, « Entreprise publique-Imputabilité à l'État de l'octroi d'une aide », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 40, 1^{er} décembre 2014, pp. 2302-2303.

A. Cartier-Bresson, « Marché, concurrence, État actionnaire. Dits, non-dits et clairs-obscurs constitutionnels », in *Petites affiches*, n° 16, 22 janvier 2009, p. 33.



A. Cartier-Bresson, « Les collectivités territoriales peuvent-elles être des actionnaires ordinaires ? », in *BJCL*, mai 2013, pp. 316-323.

A. Cartier-Bresson, « Applicabilité à une mesure fiscale du critère de l'investisseur privé en économie de marché », in *RFDA*, novembre 2012, pp. 1188-1195.

P. Chatelet, « Les dotations aux établissements publics », in *Petites affiches*, n° 15, 21 janvier 2016, p. 6.

J-P. Chazal, « Propriété et entreprise : le Conseil constitutionnel, le droit et la démocratie », in *Recueil Dalloz*, 2014, p. 1101.

G. Clamour, « L'actionnaire public minoritaire sous le joug du pluri-contrôle analogue », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 1, 13 janvier 2014, pp. 60-65.

P. Combeau, « De l'art du trompe-l'oeil juridique : la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques », in *Petites affiches*, n° 20, 26 janvier 2007, p. 6.

A. Couret, B. Dondero, « L'État qui emprunte des actions est-il réellement actionnaire ? », in *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 26, 25 juin 2015.

J. Dabreteau, « Réflexions sur la prétendue garantie implicite de l'État au profit de ses EPIC », in *AJDA*, 2010, p. 2346.

B. Dacosta, « À quelles conditions l'actionnaire public minoritaire d'une société publique locale peut-il être réputé exercer sur elle un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ? », in *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 92, 1^{er} janvier 2014, pp. 3-14.

R. Deau, « Note sous Cour de Justice de l'Union Européenne, 26 novembre 2015, affaire C-509/14, Aira Pascual, ADIF », in *Le Moniteur - Contrats publics*, n° 161, 1^{er} janvier 2016, p. 8.

A. Delion, « Les pouvoirs de l'AMF, les offres publiques de retrait et les participations publiques », in *Bulletin Joly Bourse et produits financiers*, n° 4, 1^{er} avril 2014, pp. 229-230.

D. Berlin, « La Poste bénéficiait bien d'une garantie illimitée de l'État constitutive d'une aide d'État », in *La Semaine Juridique, édition générale*, n° 41, 8 octobre 2012, p. 1086.

N. Dondero, « Les dirigeants de sociétés publiques locales », in *RFDA*, 2012, p. 1116.

G. Eckert, « La SEMOP, instrument du renouveau de l'action publique locale ? », in *Actualité Juridique Droit Administratif*, n° 34, 13 octobre 2014, pp. 1941-1948.

L. Fournoux (de), « La Banque publique d'investissement : le nouveau visage de l'intervention publique », in *Droit administratif*, n° 7, 1^{er} juillet 2014, pp. 11-16.

F. Hoffmann, « Les personnes publiques actionnaires », *Droit des sociétés*, n° 3, mars 2016.



L. Idot, « Abus de position dominante et entreprise publique », *in Europe*, n° 10, 1^{er} octobre 2014, p. 40.

L. Idot, « Notion d'aide et imputabilité des garanties à l'État », *in Europe*, n° 11, 1^{er} novembre 2014, pp. 40-41.

P. Idoux, « Les spécificités de l'actionariat public », *in RFDA*, 2012, p. 1101.

G. Jazottes, « Les prérogatives des États membres liées aux actions spécifiques (« *golden share* ») doivent respecter les règles fondamentales du traité », *in Revue Trimestrielle de Droit Commercial (RTD Com)*, 2003, p. 598.

L. Jobert, « L'intrusion de l'État dans les conseils d'administration des sociétés à participation publique minoritaire », *in Revue de Droit Bancaire et Financier*, n° 6, 1^{er} novembre 2014, pp. 49-50.

G. Kalfèche, « Les sociétés à participation publique et l'État actionnaire après la loi Macron », *in Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° 6, 1^{er} novembre 2015, pp. 706-714.

J-F. Kerléo, « L'autonomie des établissements publics », *in AJDA*, 2011, p. 716.

P. Lignières, « État actionnaire. Une boîte à outils juridique enrichie pour compenser une capacité financière réduite », *in La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 50, 8 décembre 2014.

M. Lombard, « Les limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises dont l'activité a le caractère de monopole », *in Mélanges Moderne*, Dalloz, 2004, p. 673.

M. Lombard, « Les conséquences du passage de l'État propriétaire à l'État actionnaire : les contraintes du droit de la concurrence » ; *in RFAP*, 2007, p. 573.

M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser, « Fin de partie pour le statut d'EPIC appliqué aux entreprises ? », *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, *in AJDA*, 2014, pp. 1242-1244.

M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser « Bilan d'étape sur les sociétés publiques locales », *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, *in AJDA*, 2013, pp. 2537-2539.

M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser, « L'affaire SNCM/Corsica Ferries devant la Commission européenne », *Actualités du droit de la concurrence et de la régulation*, *in AJDA*, 2013, pp. 1262-1263.

M. Lombard, S. Nicinski, E. Glaser, « Les prérogatives exorbitantes de l'État sur des entreprises stratégiques », *in AJDA*, 2013, pp. 1260-1262.

M. Lordonnois, « L'ordonnance du 20 août 2014 sur les sociétés à participation publique : état des lieux après la loi Macron », *in RFDA*, n° 1, 1^{er} janvier 2016, p. 94-104.

Cl-A. Maetz, « Contrôle renforcé des cessions, actionariat salarié et *golden shares* (articles 178 à 199) », *in La Semaine juridique, édition entreprises et affaires*, n° 37, 10 septembre 2015, pp. 50-51.



- C. Malecki, « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », *in Recueil Dalloz*, 2005, p. 1028.
- J. Michon, « Refonte complète du droit de la commande publique (II) », *in Petites affiches*, n° 63, 28 mars 2014, p. 7.
- Ch. Mondou, « La SEM à opération unique, nouvelle forme de partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI) », *in Revue Lamy des collectivités territoriales*, n° 97, 1^{er} janvier 2014, pp. 37-41.
- S. Nicinski, « Le Fonds stratégique d'investissement », *in RFDA*, 2012, p. 449.
- S. Nicinski, « L'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *in Revue Française de Droit Administratif*, n° 1, 1^{er} janvier 2015, pp. 93-106.
- S. Nicinski, « Les groupes publics et le droit de la concurrence », *in AJDA*, 2016, p. 776.
- R. Noguellou, « L'État actionnaire d'entreprises de défense », *in Droit Administratif*, n° 6, juin 2013.
- G. Parleani, « Les droits accordés par les statuts à un État actionnaire peuvent-ils constituer des entraves aux libertés de circulation ? », *in Rev. Sociétés*, 2014, p. 239.
- Ch. Paulin, R. Carayol, « Le statut d'Épic et la concurrence : menace sur la SNCF ? », *in Gazette du Palais*, n° 17, 7 janvier 2013.
- P.-A. Rohan, R. Leonetti, « Quelle protection pour les actions détenues par une collectivité territoriale dans le capital d'une société cotée ? », *in AJDA*, 2011, p. 1376.
- S. Saunier, « Les entreprises publiques culturelles », *in RFDA*, n° 5, 1^{er} septembre 2014, pp. 880-885.
- L. Seurot, « Un nouveau principe général du droit applicable aux salariés des entreprises publiques à statut », *in AJDA*, n° 34, 13 octobre 2014, pp. 1963-1967.
- J.-G. Sorbara, « Les sociétés publiques locales et la propriété publique », *in RFDA*, 2012, p. 1140.
- G. Terrien, « La galaxie des entreprises publiques locales », *in Revue Lamy des Collectivités Territoriales*, n° 100, 1^{er} avril 2014, pp. 10-13.
- M. Ubaud-Bergeron, « Le champ d'application de l'ordonnance relative aux marchés publics », *in Contrats et Marchés publics*, n° 10, octobre 2015.
- M.-A. Vanneaux, « Indisponibilité et actionnariat public minoritaire », *in Revue Lamy Droit des affaires*, n° 89, 1^{er} janvier 2014, pp. 76-80.
- Ch. Vautrot-Schwarz, « La gouvernance et les opérations sur le capital des sociétés à participation publique », *in AJDA*, n° 39, 23 novembre 2015, pp. 2200-2211.



Ph. Yolka, « Principe d'insaisissabilité et banalisation » de l'actionnariat public », in *AJDA*, n° 8, 3 mars 2014, pp. 460-463.

M. Zolomian, « La gouvernance modernisée des organes collégiaux des sociétés à participation publique », in *Revue des sociétés*, n° 3, 1^{er} mars 2016, pp. 135-145.

Rapports

S. Nora, « Rapport sur les entreprises publiques », rapport au Premier ministre du groupe de travail du comité interministériel des entreprises publiques, éd. La documentation Française, Paris, 1968.

R. Barbier de La Serre, J.-H. David, A. Joly, Ph. Rouvillois, « L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques », rapport au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, 2003.

M. Diefenbacher, « Rapport de la commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision », rapport n° 1004, Assemblée nationale, 2003.

Cour des comptes, « L'État actionnaire : apports et limites de l'Agence des participations de l'État », rapport public, 2008.

EDCE, « Les établissements publics », rapport EDCE, 2009.

Cour des comptes, « Les faiblesses de l'État actionnaire d'entreprises industrielles de défense », rapport public thématique, 2012.

EDCE, « Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises », rapport EDCE, 2015.

EDCE, « L'action économique des personnes publiques », rapport EDCE, 2015.

OCDE, « Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques », rapport OCDE, 2015.

Ressources en ligne

Guide des outils d'action économique des personnes publiques (Conseil d'État) :
<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Etudes-Publications/Guide-des-outils-d-action-economique>

Vade-mecum des aides d'État (DAJ des ministères économiques et financiers) :
<http://www.economie.gouv.fr/daj/vade-mecum-des-aides-etat-edition-2015>

Guide d'évaluation de l'impact concurrentiel des projets de textes normatifs (Autorité de la concurrence) :
http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=453

Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance des entreprises publiques (OCDE) :
<http://www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/ocde-lignes-directrices-gouvernement-entreprises-publiques.htm>

Annexes préparées par la section du rapport et des études (Ch. Touboul, rapporteur général adjoint).



Comité de rédaction

Responsable de la publication :

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

Conception et réalisation :

François Seners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Secrétaire de rédaction

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études.

Ont contribué à la réalisation des actes : Damien Thomas, Cédric Soletta et Pauline Mazurier-Nolin, stagiaires à la section du rapport et des études.

Coordination du colloque

Patrick Gérard, conseiller d'État, rapporteur général, président adjoint de la section du rapport et des études,

Charles Touboul, maître des requêtes, rapporteur général adjoint de la section du rapport et des études,

Caroline de Prémonville, chargée de mission pour les relations extérieures à la section du rapport et des études.

Crédits photos, conseil graphique

Direction de la communication.

Retrouvez la vidéo du colloque à partir de www.conseil-etat.fr, rubrique « colloques ».

