

**Les entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique  
« Concessions et privatisations : quelle articulation ? »**

\*\*\*\*\*

**Palais-Royal  
Vendredi 15 novembre 2019**

\*\*\*\*\*

**Ouverture de Bruno Lasserre,  
Vice-président du Conseil d'Etat<sup>1</sup>**

Monsieur le député,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Chers collègues et chers amis,

Je suis très heureux de vous accueillir ce matin pour cette nouvelle édition des entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique, organisés conjointement par les sections du rapport et des études, des finances et des travaux publics. Je l'avais déjà dit l'année dernière : j'accorde une importance particulière à ces rencontres car il est essentiel pour le Conseil d'Etat, lorsqu'il juge et lorsqu'il conseille, de comprendre les enjeux économiques et concurrentiels qui sous-tendent les questions à trancher, mais aussi de mesurer la portée concrète de ses avis et de ses décisions sur tous les sujets qui irriguent le droit public économique.

Lors de la précédente édition, nous nous étions posés la question de savoir si la fiscalité internationale devait être réinventée. La question d'aujourd'hui me semble tout aussi brûlante : « concessions et privatisations : quelle articulation ? ». La sobriété de cette formulation ne fait pas longtemps illusion sur la complexité qu'elle recèle, et la tentation peut être forte de clore tout débat en se retranchant derrière le Dictionnaire des idées reçues de Flaubert où l'on peut lire, à l'entrée « concession » : « n'en faire jamais. Elles ont perdu Louis XVI. »

Cette complexité tient en premier lieu au fait que le sujet se prête particulièrement mal à la généralisation et à l'évaluation : les cas dans lesquels sont intervenues des privatisations d'entreprises concessionnaires de service public restent peu nombreux, et chacun d'eux est marqué par de fortes particularités. Particularité des secteurs et marchés concernés – quoi de commun, en effet, entre la distribution du gaz, l'exploitation d'autoroutes et celle d'aéroports ? – mais particularités aussi des concessions et des modalités de privatisation mises en œuvre dans chaque cas. La complexité tient en second lieu au fait qu'en France, la question des privatisations a toujours été idéologiquement et politiquement chargée. Cette journée présente à cet égard une occasion de réfléchir à ce sujet de manière dépassionnée et, je l'espère, fructueuse.

---

<sup>1</sup> Texte écrit en collaboration avec Guillaume Halard, magistrat administratif, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'Etat

Je ne doute pas que les intervenants de deux tables rondes s'attacheront à lever une à une ces difficultés. Je souhaiterais quant à moi, pour cette introduction, esquisser un tableau des intérêts et des risques des privatisations (I) avant d'ouvrir la réflexion sur les moyens dont peut disposer l'Etat pour préserver, le cas échéant, les intérêts publics et ceux des usagers (II). Dans cette seconde partie, je me concentrerai sur les entreprises concessionnaires d'activités adossées à de grandes infrastructures.

\*

\*

\*

## **I. On observe dans un premier temps que, depuis une trentaine d'années, de nombreuses entreprises chargées de missions de service public ont été privatisées au nom, principalement, d'objectifs économiques et financiers**

### **A. Les droits constitutionnel et administratif ont accompagné, dans la période récente, de nombreuses privatisations**

1. L'encadrement constitutionnel des privatisations dérive d'une lecture *a contrario* de l'alinéa 9 du préambule de la Constitution de 1946<sup>2</sup>, lequel pose une obligation de nationaliser les entreprises présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait. Les doutes initiaux et à vrai dire légitimes sur la portée de ces dispositions ont été levés en 1986<sup>3</sup> par le Conseil constitutionnel, qui les a érigées en limite expresse aux privatisations. Et la jurisprudence administrative, née de la reprise par le législateur du cadre constitutionnel<sup>4</sup>, en a tiré des conséquences identiques<sup>5</sup>. Il faut toutefois reconnaître que la portée de cette interdiction est restée assez faible<sup>6</sup>. Ceci tient principalement au flou des notions de service public national et de monopole de fait : s'agissant de la première, on sait qu'elle revêt un caractère évolutif et contingent et relève essentiellement d'un choix politique. C'est pourquoi hors le cas des services publics découlant de la volonté du constituant, à ce jour jamais identifiés, il suffit au législateur ou au pouvoir réglementaire de « déclasser » un service public national pour pouvoir ensuite le privatiser<sup>7</sup>. S'agissant des monopoles de fait, une conception

---

<sup>2</sup> Alinéa 9 du préambule de la Constitution du 27 octobre 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. »

<sup>3</sup> CC 25-26 juin 1986, *Loi autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social*, déc. n° 86-207

<sup>4</sup> L'article 20 de la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations, abrogé en 2014, disposait que : « Les opérations de transfert mentionnées au présent article ne peuvent concerner des entreprises dont l'exploitation présente le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait. »

<sup>5</sup> CE (Sect.) 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 209716

<sup>6</sup> N. Thérion, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques », *RIDE* 2002/4, p. 627 et s.

<sup>7</sup> Le Conseil constitutionnel juge en effet 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 ; (...) toutefois, ce transfert suppose que le législateur prive ladite entreprise des caractéristiques qui en faisaient un service public national » (CC 30 novembre 2006, *Loi relative au secteur de l'énergie*, déc. n° 2006-543 DC).

La privatisation de France Télécom fournit un parfait exemple de ce mécanisme, la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 qui a autorisé la privatisation de l'entreprise ayant elle-même précisé que les obligations de service public pesaient dorénavant sur tous les opérateurs de téléphonie fixe, ce qui revenait à dépouiller l'opérateur historique de sa qualification de service public national.

S'agissant de la privatisation de Gaz de France, le Conseil constitutionnel a précisé que l'abandon de la participation majoritaire de l'Etat ne pourrait résulter que d'une loi supprimant son caractère de service public

originale du marché pertinent<sup>8</sup> combinée à la nécessité qu'il s'exerce à l'échelon national<sup>9</sup> rend la notion peu opérante en tant qu'obstacle aux privatisations.

2. Ce cadre relativement souple a permis, à partir de 1986, la privatisation de grandes entreprises bancaires ou industrielles qui avaient en commun d'évoluer sur des marchés déjà concurrentiels et de ne pas être chargées de missions de service public. Une deuxième vague a concerné, dans un contexte de libéralisation de secteurs historiquement monopolistiques, les établissements gestionnaires de services publics en réseau : je pense en particulier à France Télécom et Gaz de France, respectivement passées sous contrôle privé en 2004 et 2008. A cet égard, il me semble qu'en dépit de l'absence de toute obligation juridique et du principe communautaire de neutralité à l'égard de la propriété des entreprises<sup>10</sup>, le droit de la concurrence a clairement joué en faveur de ces privatisations, perçues comme le gage de la pleine acceptation du marché par les autorités publiques<sup>11</sup>. Dans le même temps, après avoir été transformées en sociétés commerciales, un certain nombre d'entreprises concessionnaires de services publics ont été transférées au secteur privé : je pense là aux sociétés d'autoroutes, aux sociétés concessionnaires des aéroports de Toulouse, Lyon et Nice et à ADP, qui devrait être prochainement privatisée en vertu de la loi PACTE et passer d'un régime de droits exclusifs à un régime qui s'apparente très fortement à la concession. C'est sur ces derniers secteurs que se focalisera l'attention des deux tables rondes d'aujourd'hui.

## **B. Les privatisations peuvent présenter des avantages, mais comportent aussi des risques qu'il convient d'appréhender dans le cadre d'une réflexion sur les pouvoirs de l'Etat-régulateur**

1. Le premier intérêt d'une privatisation, c'est celui de dégager des recettes budgétaires réduisant la dette brute. Mais à moyen terme, l'Etat n'est gagnant que si la somme actualisée des dividendes abandonnés est inférieure à l'économie sur la charge d'intérêt, indépendamment de l'affectation de ces recettes – par exemple à un fonds en faveur de l'innovation – qui reste en toute rigueur sans incidence sur le bilan financier d'une privatisation<sup>12</sup>. C'est la raison pour

---

national (CC 5 août 2004, *Loi relative au secteur de l'électricité et du gaz et aux entreprises gazières*, déc. n° 2004-501 DC), ce qui fut fait par la loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie.

<sup>8</sup> Dans sa décision des 25-26 juin 1986, le Conseil constitutionnel a indiqué que la notion de « monopole de fait » doit s'entendre au regard de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises. Le juge constitutionnel refuse ainsi de prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités. En revanche, pour apprécier si une entreprise exerce ou non un monopole de fait, doivent être pris en compte tous les marchés sur lesquels elle intervient et pas seulement le marché sur lequel elle dispose d'une position privilégiée. (V° S. Braconnier, *Droit public de l'économie*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd., 2017, n° 494 et s.)

<sup>9</sup> CE (Sect.) 27 septembre 2006, *Bayrou et autres*, n° 209716. Dans son avis du 14 juin 2018 sur un projet de loi relatif à la croissance et la transformation des entreprises (n° 394.599 et 395.021), le Conseil d'Etat a ainsi considéré qu'en tant qu'ADP exploite des aéroports qui sont tous situés dans la région Ile-de-France, elle n'exerce pas, nonobstant l'importance de ces aéroports, une activité présentant le caractère d'un service public national ou d'un monopole de fait au sens et pour l'application du neuvième alinéa du préambule de la Constitution de 1946.

<sup>10</sup> Article 345 TFUE : « Les traités ne préjugent en rien de la propriété dans les Etats membres »

<sup>11</sup> M. Karpenschif, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », RFDA 2002, p. 95

<sup>12</sup> « Si les dépenses du fonds auquel seront affectées les recettes tirées de la privatisation présentent une utilité socio-économique, elles doivent en tout état de cause être financées par l'Etat, que ce soit par l'impôt ou par l'emprunt, indépendamment de tout programme de privatisation. Si elles sont inutiles, elles ne doivent pas être engagées, quand bien même des privatisations apporteraient d'importantes ressources financières. D'un point de vue économique, les deux sujets, fonds d'innovation et privatisations, doivent être traités séparément et ils ne sont réunis que dans une démarche de communication politique. » (F. Ecalle, « L'intérêt et les risques des privatisations », FIPECO le 28 mars 2018, en ligne : <https://www.fipeco.fr/pdf/0.58478900%201522218955.pdf>)

laquelle le prix auquel la puissance publique cède ses actifs est une variable déterminante dans le bilan financier d'une privatisation : les procédures de cession doivent donc être calibrées pour minimiser les asymétries d'information, et la Commission des participations et des transferts<sup>13</sup> joue ici un rôle capital. Le deuxième intérêt des privatisations est lié au postulat de la supériorité de la gestion privée : on estime généralement que la gestion publique est grevée de défaillances tenant notamment aux brouillages de objectifs fixés aux gestionnaires publics, à la lourdeur des procédures de prise de décision et à ce que les économistes appellent la « contrainte budgétaire molle<sup>14</sup> », laquelle limite les incitations à l'efficacité. Il est vrai que les sociétés privées sont généralement plus compétitives car la productivité de leurs facteurs de production est plus élevée, mais la plupart des évaluations s'accordent sur le fait qu'une privatisation produira d'autant plus d'effets bénéfiques que l'entreprise privatisée évolue dans un environnement de marché concurrentiel. En d'autres termes, « l'aiguillon de la concurrence est un bien meilleur inducteur d'efficacité que la privatisation elle-même<sup>15</sup> ».

A cet égard, il faut avoir à l'esprit que la problématique de la concurrence ne se présente pas de la même manière selon la structure des marchés en cause. Certains marchés permettent une concurrence *sur le marché*<sup>16</sup> : c'est le cas par exemple des secteurs des télécommunications ou encore du gaz et de l'électricité. Pour garantir la concurrence sur de tels marchés, il est nécessaire, d'une part qu'une autorité de régulation assure un accès égal aux infrastructures essentielles – qu'il serait très inefficace de dupliquer –, d'autre part que les pratiques anticoncurrentielles soient ensuite efficacement sanctionnées. Dans d'autres secteurs, les caractéristiques techniques d'une activité justifient sa gestion par un monopole provisoire, seule viable économiquement : c'est le cas, par exemple, des autoroutes et de nombreux aéroports. La concurrence *pour le marché*, c'est-à-dire pour l'attribution du droit d'exploiter cette activité, apparaît alors comme un substitut à la concurrence sur le marché et peut accompagner ou remplacer la régulation administrative. Afin de garantir une telle concurrence, il est nécessaire de définir des procédures efficaces de mise en concurrence pour l'attribution des droits d'exploitation – qui pourront prendre la forme de contrats de concession –, de limiter la durée de ces droits afin de réintroduire périodiquement de la concurrence, et d'assurer une gouvernance contractuelle effective faisant intervenir, le cas échéant, une autorité de régulation indépendante.

2. C'est en effet la concurrence qui permet en principe de protéger les usagers des services publics privatisés contre les hausses de prix que sont tentées d'imposer les sociétés privées, qui intègrent généralement une rémunération du capital plus forte que ceux d'une entreprise publique. La question des tarifs est ainsi d'autant plus prégnante que les privatisations concernent des sociétés en situation de quasi-monopole, naturel ou réglementaire, comme c'est

---

<sup>13</sup> La Commission des participations et des transferts (CPT) a été créé sous le nom de Commission de la privatisation par la loi du 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations qui a fixé le cadre légal des transferts au secteur privé de participations détenues par l'Etat dans des entreprises à participation publique. Depuis sa création, les missions de la CPT n'ont cessé d'être étendues, notamment par la loi du 19 juillet 1993.

L'ordonnance du 20 août 2014 a abrogé ces textes et a refondu en un texte unique l'ensemble des dispositions applicables aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique en renforçant les compétences de la CPT concernant les cessions de participations par l'Etat ou le secteur public et en ouvrant la possibilité au ministre chargé de l'économie de saisir la Commission pour toute opération d'acquisitions par l'Etat.

<sup>14</sup> J. Kornai, « The Soft Budget Constraint », *Kyklos* 1986, vol. 39, n° 1, p. 3 et s.

<sup>15</sup> F. Marty, « La privatisation des services publics : fondements et enjeux », *Regards croisés sur l'économie*, La Découverte, 2007/2, n° 2, p. 90 et s.

<sup>16</sup> La distinction entre concurrence *sur* (ou « dans ») le marché et concurrence *pour* le marché a été mise à jour par E. Chadwick, dans son essai de 1859 intitulé *Effets de quelques principes de législation et d'administration en Europe : de la concurrence pour le marché, comparée à la concurrence dans le marché* (V° L. Richer (dir.), *Concurrence pour le marché et concurrence dans le marché*, LGDJ, Bibliothèque de l'Institut André Tunc, 2007)

le cas dans les domaines des autoroutes et des aéroports mais aussi pour la Française des Jeux qui demeurera titulaire, une fois privatisée, de droits exclusifs sur certains secteurs. Par ailleurs, au-delà des tarifs, privatiser des entreprises investies de missions de service public crée des risques en termes d'égalité, de qualité et de continuité du service : comment concilier, par exemple, ce dernier principe au risque de faillite auquel font face les opérateurs privés, ou à leurs droits de propriété sur les biens et infrastructures essentiels au service ? On l'a compris : la propriété du capital d'opérateurs de service public est un outil de régulation dont se prive l'Etat en cas de privatisation. Mais c'est *un outil parmi d'autres*, et la véritable question est donc de savoir si d'autres formes de régulation sont possibles qui protègent *au moins aussi efficacement* les intérêts publics et ceux des usagers tout en engrangeant les bénéfices des privatisations<sup>17</sup> ?

## **II. La privatisation d'entreprises chargées de missions de service publics rend nécessaire le développement d'outils propres à préserver les intérêts publics et ceux des usagers**

### **A. Le premier outil de contrôle auquel je pense, c'est le contrat**

1. Deux points me paraissent importants s'agissant de la place du contrat dans les cas de privatisations d'entreprises exploitant des activités adossées à de grandes infrastructures, comme dans les domaines autoroutiers et aéroportuaires. En premier lieu, dans ces secteurs où la concurrence sur le marché n'est pas faisable ou a peu de chance de se développer, la concurrence pour le marché revêt une importance capitale afin de garantir les intérêts des usagers. C'est pourquoi, nous l'avons dit, d'une part, les procédures de mise en concurrence doivent être définies de manière à favoriser, au stade de la privatisation elle-même comme ensuite à celui du renouvellement des concessions, la multiplicité des candidatures et l'identification de l'offre la plus avantageuse pour l'Etat. La durée des concessions doit d'autre part être suffisamment longue pour inciter les concessionnaires à investir et suffisamment courte pour réintroduire périodiquement de la concurrence et éviter la capture du concédant. A cet égard, si la loi PACTE a mis un terme à l'exploitation illimitée dans le temps des aérodromes parisiens au profit d'ADP, la fixation à soixante-dix ans de la mission dont elle est chargée est d'une longueur inédite.

2. En second lieu, le contrat doit être appréhendé comme un moyen de compenser l'accroissement de l'asymétrie d'information résultant de la privatisation du concessionnaire. Cela pose le problème de l'infériorité du cocontractant public lors de la négociation des contrats, mis en exergue par la Cour des comptes au sujet des concessions autoroutières, qui déplorait en 2013 le cadre trop peu formalisé des négociations et le fait que le ministère de l'économie et des finances n'y soit généralement pas associé<sup>18</sup>. C'est la raison pour laquelle la loi du 6 août 2015<sup>19</sup> a appelé l'ARAFER au chevet de l'Etat en lui confiant notamment la mission de formuler des avis sur les projets de contrats de concession et leurs avenants. Pendant l'exécution des contrats, l'Etat doit non seulement disposer de moyens suffisants pour recueillir les informations nécessaires à l'exercice de son contrôle, mais aussi les mettre en œuvre et, le cas échéant, faire usage des pouvoirs de coercition et de sanction dont il dispose. A cet égard, la loi PACTE a certainement tenté de tirer les leçons des insuffisances de la gouvernance contractuelle des concessions autoroutières en dotant l'Etat d'importantes prérogatives à l'égard d'ADP : il pourra par exemple exiger qu'il soit mis fin à toute décision conclue en

---

<sup>17</sup> V° S. Nicinski, « Les privatisations dans la loi PACTE », AJDA 2019, p. 1261

<sup>18</sup> Cour des comptes, *Les relations entre l'Etat et les sociétés concessionnaires d'autoroutes*, juillet 2013, p. 8

<sup>19</sup> Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques



Vous le voyez, Mesdames et Messieurs, le sujet qui va nous occuper aujourd'hui est complexe et foisonnant. Une journée entière ne sera pas de trop pour déblayer ce terrain chargé de passion et d'idéologie, et la réunion de praticiens et de théoriciens, de juristes et d'économistes, de fonctionnaires et de politiques s'imposait, je le crois, pour y voir clair sur une question qui se trouve à la confluence de tant de champs différents.

Je tiens ainsi à remercier chaleureusement l'ensemble des intervenants qui s'apprêtent à partager leurs points de vue sous les auspices des présidents Gaeremynck et Martin. Je remercie également la Section du rapport et des études et sa présidente, Martine de Boisdeffre, les sections des finances et des travaux publics ainsi que tous les agents du Conseil d'Etat qui ont rendu possible ces entretiens du Conseil d'Etat en droit public économique qui s'annoncent, une nouvelle fois, particulièrement stimulants.