

Les entreprises publiques et l'Europe

par Michèle VOISSET

Y a-t-il un avenir pour les entreprises publiques en France, et, plus largement, pour les entreprises publiques en Europe ?

Si on compare le paysage du secteur public, en France, après les nationalisations de 1982 et aujourd'hui, on constate une réduction importante de son périmètre :

- la plupart des entreprises du secteur concurrentiel entrées en 1982 ou avant dans le secteur public ont été privatisées, totalement ou partiellement, et celles qui restent encore publiques ont vocation à être privatisées.
- le secteur des entreprises publiques de service public connaît des changements moins spectaculaires, mais il est l'objet, lui aussi, de transformations profondes qui laissent augurer que son périmètre n'est pas immuable.

La perspective s'est inversée : jusqu'en 1982, l'idée qui dominait dans les sphères politiques ou dans la doctrine juridique – pour s'en réjouir ou le déplorer – était que le secteur public ne pouvait que croître par création, diversification et prise de participation - on parlait de nationalisation rampante - ou pour le moins rester à l'état. C'était l'expression de l'économie mixte telle que conçue alors.

L'article 9 du Préambule de la Constitution de 1946 semblait en outre garantir l'existence d'un secteur public s'agissant de services publics nationaux ou de monopoles de fait.

Avec les nationalisations de 1981/1982, on pouvait même poser la question : les nationalisations, jusqu'où ?

Pourtant, peu de temps après, à partir de 1986, nous sommes entrés dans une période de privatisation et l'on peut poser aujourd'hui la question : les privatisations jusqu'où ? si l'on considère les changements que connaît depuis cette date le secteur public.

Tout est-il devenu privatisable ? Quels critères président aux privatisations ? Y a-t-il des biens collectifs à garder hors marché, des missions de service public qui ne peuvent être accomplies que par des personnes publiques, des intérêts stratégiques que, seules des entreprises publiques pourraient garantir ?

Les gouvernants se gardent de répondre à ces questions de façon claire. Le pragmatisme – c'est un autre fait récent dans les débats sur le secteur public – remplace l'idéologie. En 1986, on pensait encore que les entreprises publiques de service public travaillant pour la défense ne pouvaient faire l'objet de

privatisation. Aujourd'hui, tous les " tabous " sont tombés. Le Premier ministre, dans sa déclaration de politique générale de juin 1997, s'est ainsi montré très nuancé, n'excluant pas des ouvertures minoritaires de capital dans les entreprises publiques de service public, dont son gouvernement semble néanmoins vouloir garder la majorité publique et la privatisation d'entreprises publiques du secteur de la défense.

La pratique des ouvertures minoritaires de capital (à France Telecom, la part des capitaux privés est maintenant de 49 %) et la privatisation de certaines activités liées au secteur de la défense ont confirmé depuis trois ans cette déclaration.

Cette réduction, rapide et spectaculaire, du secteur public en France est-elle liée à l'Europe ? L'entreprise publique est-elle euro-compatible ou bien l'appartenance à l'Union européenne conduit-elle à devoir privatiser ?

La réponse n'est pas simple. L'arbre européen ne doit pas cacher la forêt des nombreux facteurs qui, depuis le début des années 70, ont conduit à l'affaiblissement du consensus tant au niveau mondial et européen que national, autour de l'entreprise publique, comme d'un certain nombre d'autres moyens d'intervention directe des Etats dans l'économie. Les nouvelles technologies, la libéralisation des échanges et la mondialisation, l'acceptation généralisée du marché et de la concurrence entraînent démonopolisations et déréglementations.

Les exigences de la rigueur budgétaire conduisent les Etats à privilégier l'encadrement du marché plutôt que l'intervention directe dans la gestion de l'économie.

La France après avoir voulu en 1982 ignorer ce contexte et faire des nationalisations contracycliques a dû, assez vite, puisqu'elle ne remettait pas en question l'économie ouverte et ses engagements européens et internationaux (dans le cadre du GATT notamment), s'aligner sur les autres pays et s'engager dans la voie des privatisations et de certaines déréglementations.

I – Europe et privatisation des entreprises publiques

Le rôle de l'Europe dans l'évolution que l'on vient brièvement de décrire n'est pas négligeable s'agissant de la France.

I-1 Les entreprises publiques sont juridiquement compatibles avec l'appartenance à l'Union européenne, l'ex-article 222 ne préjugeant pas du régime de propriété dans les États-membres. Mais en même temps, les entreprises publiques dans l'Union européenne sont dans une situation inconfortable. L'ex-article 90 (article 86 aujourd'hui) rappelle que les entreprises publiques et les entreprises bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs (tels les monopoles) ne doivent pas être traitées par les États " de façon à empêcher, restreindre ou fausser la loi de la concurrence. "

Certes, ce même article fait des exceptions à ce principe lorsque ces entreprises sont chargées de la gestion de “ services d'intérêt économique général ”. mais ces exceptions sont placées sous le contrôle de la Commission.

La pratique communautaire, assimilant notamment à des aides certaines dotations en capital faites aux entreprises publiques, et négociant avec les Etats l'acceptation de certaines aides contre l'engagement, pris par eux, de ne plus apporter de fonds à leurs entreprises publiques, et d'accepter ainsi “ un solde de tout compte ”, a incontestablement poussé aux privatisations et à des ouvertures de capital, prélude à de futures privatisations dans le secteur concurrentiel. Le contentieux entre la France et la Commission à propos de Renault, de 1986 à 1990, illustre cette pratique confirmée ensuite avec Air France ou le Crédit lyonnais.

La Commission étant d'abord chargée de veiller au respect des règles de concurrence entre les États-membres, un esprit suspicieux règne incontestablement à l'égard des entreprises publiques, notamment à la Direction générale de la concurrence. Une récente directive (29 juillet 2000) sur “ les relations Etat/entreprises bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux ” reconnaît très clairement que “ l'influence dominante est présumée lorsque l'entreprise est publique ”.

Par la combinaison des règles de l'ex-article 90, des règles relatives aux aides, de celles concernant les concentrations, les marchés publics, les démonopolisations, force est de constater que les entreprises publiques sont “ en liberté surveillée ” dans l'Union européenne en charge de développer le marché unique. Même leurs modalités de privatisation sont sous surveillance et ne doivent pas aboutir à fausser la concurrence entre États-membres.

Rude pédagogie pour la France depuis 1986. Rude apprentissage aussi du droit de la concurrence d'inspiration anglo-saxonne, l'Union européenne s'avérant le passeur, dans notre droit, de règles de concurrence qui vont bien au-delà de celles que le respect du principe de la liberté du commerce avait amené à forger jusque là.

I-2. La pratique communautaire, en matière d'entreprises publiques, amène aujourd'hui, alors que le soutien des entreprises publiques du secteur concurrentiel semble dans ce contexte appelé à disparaître, à se poser la question du devenir des entreprises publiques de service public au sein de l'Union européenne

À travers des démonopolisations et des déréglementations sectorielles liées à la construction du marché intérieur, mais aussi à une libéralisation mondiale, les entreprises publiques de service public voient peu à peu une grande partie (voire la totalité, cf. France Telecom) de leurs missions de service public mises en concurrence.

Après l'ouverture des secteurs des télécoms, de l'électricité (L. du 10 février 2000), du gaz (décision GDF du 10 août 2000), une nouvelle libéralisation plus drastique de La Poste fait l'objet d'un projet de directive (septembre 2000), un "paquet-rail" est en discussion.

La mise en concurrence des missions de service public ne concerne pas que les services publics nationaux. Les services publics locaux sont également concernés. Pour un pays comme la France, ces évolutions relatives au contenu et au périmètre du service public constituent non seulement une révolution juridique, mais aussi un défi économique dans la mesure où les entreprises publiques de service public sont – contrairement à ce qui se passe chez certains de nos voisins – des entreprises de pointe.

II- L'Europe et la transformation des relations entre l'Etat et les entreprises publiques

Passeur des règles de concurrence, passeur des déréglementations décidées au niveau mondial (GATT), l'Union européenne est utilisée aussi comme un levier de chargement pour faire accepter plus facilement sur le plan national des réformes bloquées jusque-là ou des décisions dont on craint l'impopularité (cf. pour Renault changement de statut, la fermeture de sites, etc.)

Cette utilisation de la "contrainte" européenne – que pratiquent tous les Etats membres – peut se faire avec l'accord plus ou moins implicite de la Commission.

On assiste aussi à l'alliance des managers d'entreprises publiques avec Bruxelles pour faire pression sur leurs Etats afin d'accélérer des changements et la libéralisation de leur secteur.

On se bornera ici à une sorte d'inventaire des transformations qui affectent les relations entre l'Etat et les entreprises publiques, puisque aussi bien certains de ces thèmes vont être approfondis au cours de ce colloque.

II-1. Les relations Etat/entreprises publiques ne se décident plus en tête-à-tête. Une sorte de co-gestion les remplace où interviennent les autorités communautaires mais aussi les autres Etats (par exemple s'il y a enquête sur des éléments d'aide que pourrait contenir une décision nationale)...

Cette co-gestion a été d'une certaine façon constitutionnalisée à la veille de la ratification du traité de Maastricht avec l'introduction dans notre constitution de l'article 88 qui reconnaît des compétences partagées avec l'Union pour tout ce qui a trait à la mise en œuvre de l'U.E.M.) et les accords de Schengen.

Sur le plan juridique, elle est lourde de contradictions, notamment s'agissant d'entreprises publiques de service public. D'une part, on note un rappel de plus en plus fréquent dans les directives de déréglementation du principe de

subsidiarité et l'art. 9 de notre constitution semble donner valeur constitutionnelle à ce que l'on a qualifiés de services publics nationaux.

D'autre part, on note à travers le droit et la pratique communautaires que la définition des missions de service public et donc du périmètre des services publics se fait en commun entre les autorités communautaires qui en ont une vision restrictive : service universel ou service de base, et l'Etat qui en France en a une approche plus extensive.

Se trouve ainsi bousculé notre droit des services publics quant aux autorités compétentes pour définir et organiser les services publics, autorités dotées d'une légitimité politique, soumises à un contrôle démocratique, ce qui n'est pas encore le cas, malgré l'existence du Parlement européen, de la Commission.

Les autorités nationales doivent apporter la preuve aux autorités communautaires de la nécessité de missions de service public, secteur par secteur, de l'utilité de maintenir un monopole ou des droits spéciaux et justifier un mode de financement qui ne distorde pas la concurrence ;

II-2. L'Europe impose une discipline nouvelle dans les relations entre l'Etat et les entreprises publiques, ainsi que dans l'organisation interne des entreprises, transformant profondément notre droit des entreprises publiques.

II.2.1. *Transparence* beaucoup plus grande des relations financières (directives sur les relations financières entre l'Etat et les entreprises publiques de 1980, de 1985, de 1993 et du 29 juillet 2000). Destinée à lutter contre des aides déguisées aux entreprises publiques, cette réglementation communautaire a affiné considérablement le contenu des relations financières Etat/entreprises publiques (exemple : la signature de l'Etat pour garantir un emprunt, l'impossibilité – pendant longtemps affirmée par notre droit – de mettre une entreprise publique en faillite, la renonciation par l'Etat au versement de dividendes ont été considérés par le droit communautaire comme pouvant être des aides déguisées) ;

Relève de cette même obligation de transparence, la dissociation comptable imposée par les directives sectorielles. Ainsi, l'article 25 de la loi du 10 février 2000 qui transpose la directive " électricité " prévoit des comptes séparés pour la production, le transport et la distribution d'électricité.

Le droit communautaire engage les Etats à aller encore plus loin et à séparer infrastructures et exploitation, à dé-intégrer les entreprises en créant des entités autonomes séparées par activités suivant le modèle américain.

La SNCF a ainsi créé en 1997, un établissement public industriel et commercial, " Réseau ferré de France (RFF) ", propriétaire et gestionnaire des infrastructures, sans désintégration, puisque le SNCF continue de gérer et entretenir le réseau pour le compte de RFF.

EDF a créé également une entité pour l'instant non autonome, le RTE (Gestionnaire de réseau de transport d'électricité qui est de fait, l'ancienne division de l'exploitation et du transport haute et très haute tension).

L'exigence de transparence conduit aussi à donner force juridique aux contrats de plan pluriannuels passés entre l'Etat et les entreprises publiques rompant ainsi avec plus de 20 ans de politique contractuelle dénuée de force juridique ;

Des textes particuliers ont d'abord reconnu force juridique à ces contrats (cf. la loi de 1990 transformant La Poste et les Telecom en exploitants publics). La loi en cours de discussion sur les régulations économiques donne force juridique à *tous* les contrats de plan entreprises publiques / Etat, comblant la lacune de la loi du 29 juillet 1982 qui les avait institués, mais n'avait pas été suivie du décret d'application nécessaire à leur effectivité. Or, les autorités communautaires, qui sont tenues au courant de la négociation de ces contrats qui comportent des engagements financiers notamment en matière d'investissements et de tarifs, y voient un bon instrument de transparence financière.

II.2.2. Le droit communautaire introduit une autre innovation dans notre droit des entreprises publiques : la régulation et l'externalisation du contrôle du respect de la mise en concurrence des activités jusque là sous monopole avec la création exigée par les directives sectorielles de régulateurs indépendants des anciens ministères de tutelle.

Ainsi avons-nous en 1996, au moment de la démonopolisation des télécoms, créé une Autorité de Régulation des Telecom (ART) et venons-nous de créer par la loi du 10 février 2000 sur l'électricité la Commission de régulation de l'électricité (CRE).

Certes, nous nous efforçons de faire entrer ces régulateurs dans la catégorie connue de notre droit les Autorités administratives indépendantes (AAI), mais cette nouvelle génération d'AAI a des pouvoirs qui les apparentent aux " Independent regulatory commissions..." américaines et pratiquent comme celles-ci la confusion des pouvoirs : fixation des tarifs, attribution des licences, droits d'accès aux réseaux, sanctions administratives et pécuniaires pouvant être très lourdes, partage de fait du pouvoir réglementaire, malgré les acrobaties juridiques visant à considérer que le pouvoir réglementaire demeure dans les mains des activités constitutionnellement désignées.

II.2.3. Introduction de règles nouvelles dans le droit des entreprises publiques, adaptation aussi des règles anciennes telles :

a) le principe de spécialité pour les entreprises publiques ayant la forme d'établissements publics. La jurisprudence du Conseil d'Etat a toujours entendu ce principe de façon extensive, notamment lorsque les entreprises publiques ont commencé à se diversifier et à s'internationaliser pour permettre les prises de participation, la création de filiales, etc.

Le droit commun de la concurrence à travers le Conseil de la Concurrence se montre plus restrictif, et depuis 1994 par exemple, s'agissant d'EDF, un Observatoire de la diversification chargé de contrôler l'application du principe de spécialité a été créé au Ministère de l'Industrie.

La loi du 10 février 2000 ne fait plus référence au principe de spécialité, bien QU'EDF demeure pour l'instant un établissement public, mais à l'objet d'EDF et il ressort des dispositions de la loi que plus l'activité d'EDF sera démonopolisée et mise en concurrence, moins le principe de spécialité au sens classique du terme aura un sens et se rapprochera de l'objet social d'une société anonyme.

b) Ceci conduit à dire quelques mots sur le changement de statut des entreprises publiques de service public, auquel l'Europe n'est pas non plus étrangère, et qui bouscule aussi les règles classiques du droit des entreprises publiques.

Classiquement, bien que de façon tacite, la gestion d'un service public par une entreprise publique conduisait à organiser celle-ci en établissement public industriel et commercial, ayant la personnalité morale de droit public.

Depuis 1996, France Telecom est passé de ce statut à celui de société anonyme publique ayant un personnel fonctionnaire (autre bousculement du droit admis par une décision du Conseil constitutionnel) et dont le capital est aujourd'hui largement ouvert, même si la majorité reste publique. EDF et GDF aspirent à la même évolution de leur statut.

On pourrait continuer cette énumération en évoquant les changements apportés en ce qui concerne la propriété et l'usage du domaine public par les entreprises publiques, l'obscurcissement grandissant des règles de compétence relatives aux juges ayant à trancher les litiges relatifs aux entreprises publiques, la complexification des sources de droit applicables, à la fois internes, de droit public et de droit privé, européennes (droit communautaire mais aussi droit de la Convention européenne des droits de l'homme), internationales, l'harmonisation à opérer avec les régulateurs de droit commun et sectoriels de la concurrence qui peuvent avoir des pouvoirs quasi-juridictionnels.

S'agissant de ce dernier exemple de bousculement du droit classique applicable aux entreprises publiques, il illustre la juridictionnalisation grandissante des rapports entre l'État et les entreprises publiques, reflet d'une société elle-même, aujourd'hui, plus contentieuse.

La discipline de la concurrence auquel l'État lui-même a à se soumettre (cf. article 53 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence) accroît - dans un souci de transparence - les textes écrits ayant force juridique et multiplie les émetteurs de droit et le nombre de ceux qui disent le droit.

*

* *

Cette transformation du paysage juridique des entreprises publiques est-elle imputable seulement à l'Union européenne, passeur des disciplines de la concurrence ?

Répondre oui, de façon simpliste, serait ignorer la combinaison subtile de plusieurs facteurs qui expliquent ce changement à l'œuvre avant que l'Europe devienne aussi présente qu'elle l'est, aujourd'hui dans notre droit.

Le rapport Nora, à la fin des années 60, a amorcé le changement et préparé le terrain à un certain nombre d'évolutions actuelles.

Mettant l'accent sur la rentabilité et la compétitivité des entreprises publiques et des rapports de partenariat entre l'État et elles, il a induit des pratiques nouvelles de la part des pouvoirs publics et des comportements managériaux chez les présidents l'entreprises publiques, amenant dès les premiers " contrats " passés entre l'État et certaines entreprises publiques - suivant les conclusions du rapport Nora - à compenser les " charges de service public ", à favoriser les diversifications et l'internationalisation des entreprises publiques, y compris de celles gérant des services publics. La modernisation du management des entreprises - également recommandée par le rapport Nora - a favorisé le glissement de la notion d'utilisateur à celle de client.

Cette évolution commencée il y a trente ans, bousculait ou écartait bien des règles du droit applicable aux entreprises publiques¹.

L'élément nouveau est que le débat porte, aujourd'hui, sur le devenir même des entreprises publiques, leur existence à terme, et qu'il y a prise de conscience - qui dépasse la question des entreprises publiques - qu'il faut refonder les bases de notre droit, notamment celles du droit administratif.

Vaste chantier - dont nous ne pouvons nous décharger sur l'Europe — lié à une véritable réforme de l'État et à l'invention de nouvelles formes de gouvernance.

¹ Voir Michèle Voisset, " L'expérience des contrats de programme dans les entreprises publiques ", *Droit Social*, 1974, et *Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan*, Mélanges Péguignot, 1984.