

Fondée par
Marcel Waline
Professeur honoraire
à l'Université de droit,
d'économie et des sciences
sociales de Paris,
membre de l'Institut

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PUBLIC
TOME 264

Dirigée par
Yves Gaudemet
Professeur
à l'Université
Paris II (Panthéon-Assas)

L'ÉTAT ACTIONNAIRE

Anémone Cartier-Bresson

Maître de conférences à l'Université Paris Descartes

Préface de
Didier Truchet

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Ouvrage honoré d'un prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

L.G.D.J
textenso éditions

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE	V
ABRÉVIATIONS	IX
SOMMAIRE	XI
INTRODUCTION	I

PREMIÈRE PARTIE L'APPROPRIATION DES TECHNIQUES DE LA SOCIÉTÉ ANONYME

TITRE PREMIER. LES PARTICIPATIONS ÉTATIQUES.....	43
Chapitre 1. Acquisition et cession des participations étatiques	45
Section 1. Nationalisations et prises de participations.....	46
<i>Sous-section 1. Des procédés distincts plus qu'opposés</i>	<i>47</i>
§ 1. La distinction des procédés.....	47
§ 2. La relativisation de l'opposition entre nationalisation et prise de participation	50
<i>Sous-section 2. La dualité des effets de la nationalisation</i>	<i>53</i>
§ 1. Une prérogative de puissance publique soumise à un régime spécifique	53
§ 2. Les effets de droit privé des nationalisations.....	55
Section 2. Privatisations et ouverture du capital des entreprises publiques	58
<i>Sous-section 1. La décision de privatiser</i>	<i>60</i>
§ 1. L'affirmation de la compétence du législateur en matière de privatisations	61
A. La délimitation de la privatisation par une approche capitalistique du contrôle.....	61
B. La singularité du statut des participations majoritaires au regard du droit administratif des biens.....	64

§ 2. Le recul des contraintes pesant sur la cession de participations étatiques	67
A. L'extension de la compétence du gouvernement dans la procédure de transfert d'entreprises au secteur privé	67
B. La relativisation de l'interdiction de privatiser les entreprises revêtant le caractère de « service public national » ou de « monopole de fait »	71
<i>Sous-section 2. Les techniques de la privatisation</i>	77
§ 1. Le choix des techniques de cession	77
§ 2. Le maintien d'un contrôle de l'État sur les sociétés privatisées	83
A. Techniques de droit commun et mécanismes exorbitants	83
B. L'encadrement du droit communautaire des libertés de circulation	89
Chapitre 2. L'État et le capital social	97
Section 1. La constitution de sociétés anonymes	98
<i>Sous-section 1. L'effacement de la dimension contractuelle de la société</i>	98
§ 1. L'État unique actionnaire	99
A. La fondation de sociétés unipersonnelles	100
B. La transformation d'établissements publics en sociétés anonymes	103
§ 2. L'État et le contrat de société	106
A. L'occultation de la nature contractuelle des statuts	106
B. L'évaporation des composantes intentionnelles du contrat de société	108
<i>Sous-section 2. La participation au capital social, critère de l'État actionnaire</i>	110
§ 1. État actionnaire et État créancier ou garant	111
§ 2. État actionnaire et État tuteur d'établissements publics	115
Section 2. L'exploitation des possibilités d'aménagement de la société de capitaux	122
<i>Sous-section 1. L'aménagement du lien entre capital et pouvoir</i>	123
§ 1. L'octroi de privilèges de gestion à l'État	125
A. Les privilèges de vote à l'assemblée générale	126
B. Les privilèges de représentation au conseil d'administration	129
§ 2. L'utilisation de techniques de dissociation du risque financier et du pouvoir	132
A. Les certificats pétroliers, première consécration de la dichotomie actionnariale	132
B. La banalisation du capital non votant pour les besoins de l'État actionnaire	134
<i>Sous-section 2. Le recours aux techniques de restructuration du droit des sociétés</i>	138
§ 1. Les techniques du droit des groupes sociétés	139
§ 1. Les techniques de restructuration du capital	141

TITRE SECOND. LE GOUVERNEMENT DES ENTREPRISES PUBLIQUES

OU À PARTICIPATION ÉTATIQUE.....	147
Chapitre 1. La concentration du pouvoir	151
Section 1. L'adoption des schémas institutionnels de la société anonyme	152
<i>Sous-section 1. La concentration du pouvoir de direction</i>	<i>152</i>
§ 1. La longue réticence de l'État envers les systèmes de direction collégiale	153
§ 2. La concentration des pouvoirs d'administration et de direction.....	157
<i>Sous-section 2. L'attachement aux cadres formels du contrôle interne</i>	<i>160</i>
§ 1. La préservation des organes de contrôle.....	161
A. L'assemblée générale.....	161
B. Les commissaires aux comptes	164
§ 2. L'observation des règles procédurales.....	165
A. Le rite des réunions.....	166
B. Le caractère collectif des délibérations	168
Section 2. L'exacerbation des difficultés du gouvernement de la société anonyme	169
<i>Sous-section 1. L'affaiblissement des organes de contrôle par le transfert de leurs attributions à l'État.....</i>	<i>170</i>
§ 1. La remise en cause de la souveraineté de l'assemblée	171
§ 2. L'autonomisation des dirigeants vis-à-vis des organes de contrôle.....	174
§ 3. L'effacement des conseils d'administration des entreprises publiques	175
<i>Sous-section 2. L'acuité des conflits d'intérêts dans les entreprises publiques ou à participation étatique</i>	<i>177</i>
§ 1. La transposition au secteur public des principes du « gouvernement d'entreprise »	178
§ 2. Les difficultés de la protection de l'intérêt social face à l'État actionnaire.....	185
Chapitre 2. L'hétérogénéité des organes sociaux	195
Section 1. La représentation d'intérêts extérieurs au capital dans les conseils d'administration des entreprises publiques	196
<i>Sous-section 1. L'extension de la représentation des intérêts</i>	<i>197</i>
§ 1. Une formule née de l'anti-étatisme des nationalisations de 1945.....	197
§ 2. Une formule banalisée par la loi de démocratisation du 26 juillet 1983	201

<i>Sous-section 2. La résistance du lien entre capital et pouvoir dans les entreprises publiques</i>	206
§ 1. Le maintien de l'emprise étatique sur les conseils d'administration ...	206
§ 2. La promotion de l'actionnariat salarié.....	210
 Section 2. La dualité du statut des administrateurs d'État et dirigeants d'entreprises publiques	214
 <i>Sous-section 1. Le double mandat des administrateurs d'État et dirigeants d'entreprises publiques</i>	215
§ 1. Le mandat d'intérêt général de l'État	216
A. La nomination et la révocation par l'État.....	216
B. L'application d'un régime de droit public aux administrateurs et dirigeants.....	224
§ 2. La fonction de mandataire social.....	232
 <i>Sous-section 2. La responsabilité des dirigeants d'entreprises publiques et administrateurs d'État</i>	236
§ 1. La responsabilité de droit commun	236
A. La responsabilité civile	237
B. Les responsabilités du droit pénal des affaires	242
§ 2. Les responsabilités propres aux agents publics et dirigeants du secteur public	245
A. La responsabilité disciplinaire des agents publics.....	245
B. La responsabilité devant la Cour de discipline budgétaire et financière	247
C. La responsabilité pénale des agents investis de l'autorité publique	251
 CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	253

SECONDE PARTIE

LA RÉSIGNATION AU RÔLE D'ACTIONNAIRE

TITRE PREMIER. L'INSTITUTIONNALISATION DE LA FONCTION D'ÉTAT ACTIONNAIRE	257
 Chapitre 1. L'affirmation partielle de l'État actionnaire face à l'État tuteur	259
 Section 1. La difficulté à réformer les modalités du contrôle de l'État sur les entreprises dont il est actionnaire	260
 <i>Sous-section 1. L'imbrication traditionnelle de l'actionnariat étatique et de la tutelle</i>	261
§ 1. La réticence de l'État à se reposer sur les mécanismes du droit des sociétés.....	262
A. Tutelle sur les personnes et tutelle sur les actes dans les sociétés dont l'État est actionnaire.....	263

TABLE DES MATIÈRES

487

B. Commissaires du gouvernement et contrôleurs d'État	264
§ 2. La contradiction entre les mécanismes de l'actionnariat et de la tutelle	267
A. L'actionnariat affaibli par la tutelle	267
B. L'inadéquation de la tutelle au contrôle de la gestion d'entreprises	270
<i>Sous-section 2. La recherche d'une rationalisation des rapports entre l'État actionnaire et les entreprises publiques</i>	272
§ 1. L'affirmation de l'autonomie de gestion des entreprises publiques	273
A. La contractualisation de la tutelle	274
B. L'allègement ponctuel des contrôles <i>a priori</i>	276
§ 2. Les limites de la réforme du contrôle des entreprises publiques	278
A. Les mirages du « principe » de l'autonomie de gestion	278
B. La difficulté à dissocier l'actionnariat de la tutelle	282
Section 2. L'individualisation tardive de la fonction d'État d'actionnaire	287
<i>Sous-section 1. La longue réticence à identifier organiquement l'État actionnaire</i>	288
§ 1. L'éclatement du contrôle des entreprises publiques entre diverses autorités de l'État	288
§ 2. La dispersion des contrôles au sein du ministère de l'économie	293
<i>Sous-section 2. L'autonomisation de la fonction d'actionnaire au sein de la direction du Trésor</i>	295
§ 1. Le service des participations, première incarnation officielle de la fonction d'État actionnaire	295
§ 2. Le renforcement de la fonction d'État actionnaire à travers l'Agence des participations de l'État	297
Chapitre 2. La progression de la logique patrimoniale dans la gestion des participations étatiques	303
Section 1. L'encadrement de la fonction patrimoniale de l'État actionnaire	304
<i>Sous-section 1. L'encadrement renforcé de la gestion des participations étatiques</i>	305
§ 1. La protection des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire	305
A. La Commission des participations et des transferts, gardienne des intérêts patrimoniaux de l'État	306
B. L'encadrement des modalités d'évaluation des actifs publics	309
§ 2. L'institutionnalisation de la fonction de gestion de portefeuille de l'État	312
<i>Sous-section 2. L'intégration de la fonction patrimoniale de l'État actionnaire par le droit budgétaire et comptable</i>	315
§ 1. La promotion de la fonction patrimoniale de l'État actionnaire par le droit budgétaire	316

A. L'encadrement croissant de l'affectation des recettes de l'État actionnaire	317
B. Les limites au caractère contraignant de l'autorisation des dépenses par le Parlement.....	323
§ 2. La comptabilité publique face à la fonction patrimoniale de l'État actionnaire.....	326
A. L'inadaptation des cadres classiques de la comptabilité publique aux activités patrimoniales de l'État	326
B. L'émergence d'une comptabilité patrimoniale de l'État	327
Section 2. Le renforcement des contrôles <i>a posteriori</i> sur la gestion des entreprises publiques ou à participation étatique.....	330
<i>Sous-section 1. La progression de l'exigence d'efficacité dans les contrôles financiers</i>	330
§ 1. Le renforcement du contrôle de la Cour des Comptes.....	331
§ 2. La progression de la faute de gestion devant la Cour de discipline budgétaire et financière	336
<i>Sous-section 2. Le resserrement du contrôle du Parlement sur la gestion des entreprises publiques ou à participation étatique.....</i>	340
§ 1. Déclin et renouveau du contrôle parlementaire sur les entreprises publiques ou à participation étatique	341
§ 2. L'amélioration de l'information du Parlement	345
TITRE SECOND. L'ENCERCLEMENT DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE PAR LE DROIT DE LA CONCURRENCE.....	351
Chapitre 1. L'actionnariat, facteur de soumission de l'État au droit de la concurrence	355
Section 1. L'État actionnaire face au risque de qualification d'aide d'État.....	356
<i>Sous-section 1. L'identification d'avantages dans les interventions de l'État actionnaire.....</i>	358
§ 1. La soumission au test de « l'investisseur privé en économie de marché »	359
A. Une conception rigoureuse du standard de l'investisseur privé..	360
B. La soumission des interventions de l'État actionnaire à une logique de rentabilité.....	361
§ 2. Les limites du critère de l'investisseur privé	366
A. Un critère dépourvu de pertinence pour les interventions de l'État puissance publique.....	367
B. Les limites de la comparabilité entre opérateurs publics et opérateurs privés	371

<i>Sous-section 2. Le rattachement à l'État actionnaire d'avantages octroyés par des entreprises publiques</i>	374
§ 1. L'affirmation de caractère cumulatif des conditions d'imputabilité à l'État et d'octroi au moyen de ressources d'État.....	374
§ 2. L'explicitation des conditions d'imputabilité à l'État et d'octroi au moyen de ressources d'État.....	376
 Section 2. L'actionnariat, facteur de confrontation de l'État aux règles de « concurrence privée »	378
 <i>Sous-section 1. Les modalités de la confrontation</i>	379
§ 1. La soumission des entreprises publiques au droit de la concurrence...	380
§ 2. L'interdiction de faire échapper les entreprises publiques aux règles de concurrence	386
A. La responsabilité spécifique des États membres relativement aux entreprises publiques	386
B. L'affirmation d'un contrôle de la « concurrentialité » des interventions publiques par le juge administratif.....	390
 <i>Sous-section 2. La progression du principe de l'égalité entre opérateurs publics et privés</i>	393
§ 1. La remise en cause des avantages des opérateurs publics	394
A. La réduction du pouvoir de monopole des entreprises publiques	394
B. Le risque d'atteinte à la concurrence lié à la diversification des activités des entreprises publiques	398
§ 2. L'émergence de la liberté d'accès au marché des personnes publiques	400
 Chapitre 2. La clarification forcée des interventions de l'État actionnaire	407
 Section 1. L'obligation de justifier les atteintes à de la concurrence au regard de l'intérêt général.....	407
 <i>Sous-section 1. La nécessité de concilier la logique du service public avec les règles communautaires de concurrence</i>	409
§ 1. La progression de la dérogation de l'article 86 § 2 relative aux services d'intérêt économique général	410
§ 2. La remise en cause de l'approche française du service public	413
 <i>Sous-section 2. Le renforcement de l'obligation de justification dans le cadre du droit des aides d'État</i>	419
§ 1. Le contrôle de la compatibilité des aides de l'État actionnaire avec le marché commun	420
A. Le pouvoir discrétionnaire de la Commission pour autoriser des aides	421
B. L'encadrement <i>a priori</i> des finalités de l'État actionnaire	423
§ 2. La stricte compensation d'obligations de service public, obstacle à la qualification d'aide d'État.....	429

Section 2. La clarification forcée des modalités d'intervention de l'État actionnaire	434
<i>Sous-section 1. Le développement des règles de transparence propres au secteur public</i>	<i>435</i>
§ 1. La marque d'une suspicion envers les relations entre États et entreprises publiques	435
§ 2. L'élargissement du principe de transparence.....	437
A. L'extension du principe de transparence des flux financiers entre l'État et les entreprises publiques	438
B. Les obligations de séparation comptable des entreprises publiques ou chargées de missions de service d'intérêt économique général ..	439
<i>Sous-section 2. L'actionnariat étatique à l'épreuve du principe de séparation entre opérateurs et régulateurs</i>	<i>442</i>
§ 1. L'expansion de la théorie jurisprudentielle du conflit d'intérêts	443
§ 2. La mise en cause du conflit entre État actionnaire et État régulateur ..	446
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE	453
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	455
BIBLIOGRAPHIE	459
INDEX	477
TABLE DES MATIÈRES.....	483