

ENTREPRISES PRIVEES, ENTREPRISES PUBLIQUES

PAR

Nicole DECOOPMAN

Maître-Assistante à l'Université d'Amiens

Traditionnellement, le rapport société civile/Etat renvoie à la distinction public/privé¹. Cette distinction sera envisagée ici à travers les acteurs économiques que sont les entreprises, publiques et privées. Pendant assez longtemps, on a pu penser qu'il s'agissait là de deux mondes profondément différents, à la fois en raison des objectifs visés et des méthodes utilisées. Les entreprises privées, soumises à la concurrence dans une économie de marché, doivent vivre et éventuellement survivre en dégageant des profits. Les entreprises publiques sont, en tant que publiques, soumises à des contraintes de service public et d'intérêt général définies et imposées par l'Etat.

Ces caractéristiques restent valables. Cependant, une double évolution infléchit ces données de base. D'une part, l'entreprise privée ne poursuit pas uniquement des buts d'intérêts particuliers — ceux des actionnaires, dirigeants, salariés, créanciers — mais également des buts d'intérêt général : l'existence d'entreprises privées florissantes permettant le maintien des grands équilibres économiques et sociaux. A ce titre, les pouvoirs publics ne peuvent se désintéresser du sort des entreprises privées. La question du degré et des modes d'intervention de l'Etat dans la vie de ces entreprises se pose alors, la limite de cette intervention étant une « publication » des entreprises privées. D'autre part, en ce qui concerne les entreprises publiques, on assiste à un changement de mentalités et de

1. D. Lochak, « La société civile : concept ou gadget », *supra*.

comportements, l'impératif de service public cédant le pas à celui d'efficacité et de rentabilité², au point que l'on peut se demander si l'on n'assiste pas à un phénomène de « privatisation » des entreprises publiques. En somme, la question que l'on peut se poser est celle de savoir si un rapprochement entre entreprise privée et entreprise publique n'est pas en train de s'opérer, et s'il n'y a pas accentuation de ce rapprochement depuis 1981.

Poser ainsi la question suppose qu'une frontière nette sépare l'entreprise privée et l'entreprise publique. Force est de constater qu'il n'en est pas ainsi. Depuis les nationalisations de 1945, doctrine, jurisprudence et législateur allient en vain leurs efforts pour définir l'entreprise publique. A ce jour, nulle définition générale n'existe. Selon les règles qu'il s'agit d'appliquer, le législateur et la jurisprudence définissent de manière plus ou moins large le champ du secteur public. Cependant, trois éléments de détermination émergent de façon quasi-permanente. L'entreprise publique est une personne morale, ayant une activité de production de biens ou de services contre un prix, dont le capital est détenu majoritairement — directement ou indirectement — par l'Etat ou ses démembrements³. Parmi ces caractéristiques, on voit que seule la dernière — la participation publique majoritaire — permet de distinguer l'entreprise publique de l'entreprise privée. C'est cet élément classique que nous retiendrons dans cette étude comme critère de distinction.

Plus précisément, les entreprises publiques auxquelles nous nous intéresserons sont les entreprises nationalisées depuis 1982 qui se caractérisent par leur statut de droit privé et leur appartenance au secteur concurrentiel. En effet, pour rechercher s'il existe ou non un rapprochement entre entreprise privée et entreprise publique, il nous semble préférable d'isoler la variable déterminante : l'appartenance au secteur public. En outre, les tendances actuelles peuvent mieux se dégager à partir des réformes récentes où le choix des pouvoirs publics a pu s'exercer pleinement, sans être soumis aux pesanteurs du passé. De même, en ce qui concerne les entreprises privées, ce sont les développements les plus récents qui retiendront notre attention.

Le rapport entreprise privée/entreprise publique que nous étudierons au niveau juridique, peut s'analyser de différentes manières. On pourrait comparer, confronter point à point les diverses composantes du statut juridique de ces entreprises. Une telle méthode analytique ne permettrait pas de dégager les lignes de force de l'évolution. Nous adopterons donc une démarche plus synthétique. Au lieu d'étudier pour elles-mêmes les

2. Rapport Nora, *Les entreprises publiques*, avril 1967, La Documentation française. V. également, « Entreprises publiques et efficacité », *R.F.A.P.*, n° 20, oct.-déc. 1981.

3. Cette définition s'inspire de celle donnée par A.G. Delion, « La notion d'entreprise publique », *A.J.D.A.*, avril 1979, pp. 3-19; mais elle est plus restrictive puisque l'auteur considère qu'il suffit que les autorités publiques disposent d'un « pouvoir prépondérant », la participation majoritaire dans le capital étant une condition suffisante mais pas nécessaire (art. préc., p. 18).

principales réformes opérées depuis 1981, nous essayerons de les intégrer dans une même analyse, de les mettre en perspective afin de les découvrir sous un éclairage différent. Des tendances profondes peuvent alors se dégager du foisonnement législatif actuel.

Ainsi, les entreprises privées se publicisent de plus en plus. Ce processus de publicisation se manifeste non seulement par une intervention accrue de l'Etat dans la vie économique, thème qui a déjà été largement étudié, mais aussi de façon plus précise par une ingérence des pouvoirs publics dans l'organisation interne des sociétés, immixtion que les textes récents rendent possible. En outre, il ne suffit pas de souligner la participation accrue des autorités publiques à la gestion des affaires privées pour rendre compte du phénomène de publicisation. En effet, si c'est ainsi que l'on entend habituellement le terme publicisation, on peut aussi lui donner un autre sens : le fait de rendre public un certain nombre d'informations relatives à l'entreprise, la transparence des entreprises constitue un autre versant de la publicisation. Ces deux aspects se complètent dans la mesure où les pouvoirs publics imposent cette nouvelle transparence et figurent parmi ses destinataires.

A l'inverse, les entreprises publiques tendent à se « privatiser ». Il ne s'agit pas ici de poser le problème de la dénationalisation, du retour au secteur privé des entreprises publiques, mais de rechercher de façon plus générale en quoi l'appartenance au secteur public influe sur le fonctionnement d'une entreprise, à la fois au plan économique et financier et au plan social.

Ces deux mouvements de publicisation des entreprises privées et de privatisation des entreprises publiques conduisent à s'interroger sur la pertinence de la distinction traditionnelle public/privé en matière économique.

I. — LA PUBLICISATION DES ENTREPRISES PRIVEES

La tendance à la publicisation des entreprises privées n'est pas un phénomène récent, surtout si l'on considère les grandes entreprises. Le développement et la multiplication des sociétés anonymes — et spécialement des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne — en constitue une manifestation ancienne. Cette ouverture des sociétés au public engendra une réglementation des actionnaires-épargnants de plus en plus élaborée dont le droit à l'information constitue l'un des piliers. Cette philosophie de l'information s'est ensuite appliquée aux autres partenaires de l'entreprise que sont les salariés. Le mouvement vers une plus grande transparence des entreprises s'est accentué au cours des dernières années (A).

Un autre signe de la publicisation des entreprises privées réside dans l'intervention des pouvoirs publics dans la vie des entreprises. Il ne s'agit

pas ici d'étudier les multiples formes de l'interventionnisme économique, mais, de façon plus précise, d'analyser les modalités d'intervention de l'Etat dans le fonctionnement même des sociétés, dans le jeu des organes sociaux (B).

A) *La transparence des entreprises privées*

Rendre les entreprises transparentes, c'est faire en sorte que leur situation économique, financière et sociale soit connue, que soient rendues publiques les informations relatives à ces éléments. Cette ouverture de l'entreprise pose deux questions. D'une part, il faut déterminer les informations qui doivent être publiées ; d'autre part, il faut préciser quels en sont les destinataires. Dans les deux cas, on se trouve en présence d'une sorte de conflit de logiques. Au principe d'ouverture s'oppose en effet un principe de fermeture selon lequel les entreprises auraient tendance naturellement à fonctionner en circuit fermé, à se protéger derrière le secret des affaires, opposé à tous ceux qui ne font pas partie du noyau des dirigeants de la société.

1) *Le domaine de la transparence*

Les textes récents accroissent sensiblement les obligations des entreprises en matière d'information, aussi bien du point de vue quantitatif que qualitatif.

Transformer l'entreprise en « maison de verre », tel semble être l'objet de nombre de dispositions législatives et réglementaires récentes. En réalité, il ne s'agit là que d'un moyen devant permettre soit de faciliter la participation des partenaires de l'entreprise — notamment du comité d'entreprise — au contrôle de la gestion de celle-ci, soit de prévenir les difficultés des entreprises. Cette double finalité explique l'approfondissement et la diversification des informations.

La multiplication des informations tient d'abord à l'objet des renseignements qui doivent être communiqués. Dépasant la structure juridique de la société, les renseignements doivent rendre compte de la réalité économique de l'entreprise et donc, s'il s'agit d'une société en situation de groupe, des comptes consolidés doivent être publiés⁴ et des informations relatives au groupe lui-même doivent être communiquées au comité de groupe institué par la loi du 28 octobre 1982. Cette volonté d'informer de la situation réelle de l'entreprise peut être appréciée positivement, il faut cependant souligner les inconvénients de la méthode législative utilisée. Le fait que chaque ensemble de règles présente une définition

4. Loi n° 85-11 du 3 janvier 1985 relative aux comptes consolidés de certaines sociétés commerciales et entreprises publiques, harmonisant le droit français avec la 7^e directive européenne adoptée en juin 1983.

différente du groupe ou du contrôle⁵ alors que les sociétés doivent faire une application croisée de ces règles ne permet pas d'atteindre l'objectif poursuivi : une bonne information des partenaires de l'entreprise.

Une autre orientation du droit à l'information est le développement d'une vision dynamique de celui-ci. Ainsi, l'accent a été mis sur les informations relatives aux *opérations* affectant la structure de l'entreprise ; la loi du 28 octobre 1982 explicite et allonge la liste des cas où le comité d'entreprise doit être informé et consulté préalablement à la modification envisagée (art. L. 432.1, al. 4, c. trav.) ; de même, la loi du 12 juillet 1985 organise l'information des actionnaires et du public lors de l'acquisition par un tiers d'une participation représentant le dixième, le tiers ou la moitié du capital social. Quant à la loi du 1^{er} mars 1984, elle essaie de prévenir les difficultés éventuelles de l'entreprise en imposant la diffusion d'informations *prévisionnelles* (art. 4). Mais c'est encore la loi du 28 octobre 1982 qui innove le plus dans cette approche dynamique du droit à l'information en accordant au comité d'entreprise une faculté d'initiative dans la recherche des informations qui peuvent être obtenues non seulement auprès des organes sociaux, mais également en dehors de l'entreprise, auprès des administrations publiques et organismes agissant pour leurs comptes⁶.

Accroître le volume des informations, les faire porter sur des éléments significatifs est une condition nécessaire mais non suffisante de la transparence. Une amélioration qualitative doit accompagner l'augmentation quantitative des informations. Ces dernières doivent rendre compte le plus fidèlement possible de la réalité des entreprises ; l'amélioration de la qualité passe aussi par des mesures favorisant l'analyse des informations. Les textes récents offrent des illustrations de ces deux aspects.

La loi comptable du 30 avril 1983 répond à la première exigence : aux principes de régularité et de sincérité déjà posés par le droit positif, elle ajoute le principe de fidélité (art. 9, c. com.) ; les comptes doivent donner une image non déformée de l'entreprise. Si l'application des règles comptables ne suffit pas pour aboutir à ce résultat, des informations complémentaires doivent être fournies dans l'annexe comptable : l'impératif de fidélité prime les principes de régularité et de sincérité.

Quant à l'analyse des informations, diverses techniques la rendent plus facile, notamment le recours à l'expertise. La possibilité pour le comité d'entreprise de faire appel à des experts de façon beaucoup plus large que dans le passé constitue certainement l'un des moyens essentiels mis par la loi du 28 octobre 1982 à la disposition du comité pour mieux appré-

5. Comparer la définition donnée par la loi du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel (art. L. 439-1, c. trav.) et celle donnée par la loi préc. du 3 janvier 1985 (art. 1^{er}) ; v. égal. la loi n° 85-705 du 12 juillet 1985 relative aux participations détenues dans les sociétés par actions (art. 3).

6. Art. L. 431-5, al. 3, c. trav. Cf. G. Couturier, « L'accès du comité d'entreprise à l'information économique et financière », *Dr. soc.* 1983, pp. 26-36.

hender les données économiques qui lui sont soumises (art. L. 434.6, c. trav.). L'extension de ce procédé se manifeste à plusieurs niveaux : les circonstances dans lesquelles un expert peut être nommé sont plus nombreuses⁷, la mission et les pouvoirs d'investigation de l'expert sont élargis⁸, la possibilité pour le comité d'entreprise de nommer et rémunérer un expert « pour la préparation de ses travaux » est reconnue et peut s'exercer réellement dans la mesure où le comité dispose désormais d'une subvention de fonctionnement.

Ces quelques exemples montrent l'existence d'un mouvement convergent vers une plus grande transparence des entreprises. Mais, à supposer que ce soit possible et souhaitable, ces dernières ne sont pas devenues pour autant des « maisons de verre ».

2) *Les limites de la transparence*

La transparence comporte en elle-même ses propres limites. Elle suppose en effet une représentation de la réalité : ce qui est perçu, c'est une image de la réalité, non la réalité elle-même. Quels que soient les efforts faits pour rendre l'image aussi proche que possible du modèle, elle n'en sera jamais qu'un reflet. Indépendamment de cette limite inhérente au phénomène de la transparence, d'autres obstacles existent dus à l'acteur lui-même ou à la qualité de la réception.

Les limites résultant de la qualité de la réception sont peut-être les plus faciles à réduire. Si l'on vise par-là la capacité des destinataires de l'information d'appréhender celle-ci de façon efficace, la question essentielle qui se pose est celle de l'adaptation du message au récepteur. Nous avons vu précédemment que les textes récents ont eu pour objet notamment de faciliter l'analyse des informations par le recours à l'expertise ; il faut cependant souligner que cette faculté ne concerne que l'une des catégories intéressées, le comité d'entreprise. Par ailleurs, si la multiplication des informations est théoriquement source de transparence, elle peut aussi être source d'opacité. Le risque d'une « sur-information » conduisant à une « désinformation » ne doit pas être sous-estimé. Les autorités compétentes en matière de contrôle des informations en sont parfois conscientes. Ainsi, la C.O.B., chargée de contrôler notamment les informations diffusées par les organismes collectifs de placement en valeurs mobilières — S.I.C.A.V. et fonds communs de placement — vient d'élaborer une nouvelle instruction dont l'objet est de simplifier considérable-

7. Examen des comptes annuels, licenciement pour motif économique, exercice du droit d'alerte, recours à de nouvelles technologies (art. L. 434-6, c. trav.).

8. Ainsi, la mission de l'expert comptable du comité, choisi par le comité d'entreprise, « porte sur tous les éléments d'ordre économique, financier ou social nécessaires à l'intelligence des comptes et à l'appréciation de la situation de l'entreprise... [il] a accès aux mêmes documents que le commissaire aux comptes » (art. L. 434-6, c. trav.).

ment les documents d'information diffusés auprès du public⁹ afin de les rendre plus clairs et plus accessibles¹⁰.

Les limites à la transparence tenant à l'acteur lui-même, ici l'entreprise, soulèvent des problèmes plus délicats. En effet, ce qui est en cause, c'est le phénomène de la transparence lui-même, susceptible de modifier les règles du jeu entre l'entreprise et ses concurrents d'une part, l'entreprise et ses partenaires d'autre part.

L'argument selon lequel la multiplication des informations relatives à l'entreprise peut favoriser les concurrents et nuire à l'intérêt de l'entreprise est classique. La nécessité du secret est invoqué à chaque étape vers une plus grande transparence¹¹. Le législateur s'en est préoccupé et a prévu deux parades d'importance inégale, mais de même nature. D'un côté, il prohibe la divulgation de secrets de fabrique sous peine des sanctions pénales de l'article 378 du code pénal relatif au secret professionnel (art. L. 432.6, al. 1, c. trav.). De l'autre côté, il impose une obligation de discrétion à l'égard des informations présentant un caractère confidentiel et données comme telles par le chef d'entreprise. Cette obligation assortie seulement de sanctions civiles concerne les membres du conseil d'administration (art. 100, L. 24 juillet 1966) et du comité d'entreprise (art. L. 432.6, al. 2, c. trav.)¹². Ces dispositions montrent que le secret des affaires est levé à l'égard de ces personnes¹³; mais le problème n'est que déplacé surtout en ce qui concerne le comité d'entreprise. Il paraît en effet légitime que les membres du comité rendent compte de leur mission à leurs mandants et les informent de l'avenir de leur entreprise. Peuvent-ils pour autant diffuser les informations confidentielles qu'ils détiennent à l'ensemble du personnel dont le comité a pour « objet d'assurer l'expression collective » (art. L. 431.4, c. trav.)? La réponse est délicate¹⁴. Cette difficulté illustre bien les conflits qui peuvent naître de ce droit à l'information.

En effet, si les règles relatives à l'obligation de discrétion connaissent un regain d'actualité bien qu'elles n'aient pas été modifiées par la législation récente, c'est que la détention d'informations et leur possible diffusion représente un enjeu important. Elle modifie potentiellement la répartition des pouvoirs au sein de l'entreprise en conférant au comité d'entreprise un pouvoir de contrôle qu'il a désormais les moyens d'exercer

9. Instruction du 25 juillet 1985, *Bull. mens. C.O.B.*, suppl., juillet 1985.

10. V. pour les U.S.A., M.D. Leibler, « La remise en cause de l'information du public et des actionnaires aux Etats-Unis », *Rev. int. dr. comp.* 1984, pp. 523-540.

11. C. Cavaldà, « Le secret des affaires », *Mélanges Savatier*, 1965, pp. 291-316; A. Toulemon, « L'information des actionnaires et le secret », *S.* 1964, chr. p. 35.

12. *Adde* pour les commissaires aux comptes, l'article 223 de la loi du 24 juillet 1966; pour les experts du comité d'entreprise, l'article L. 434-6, *in fine*, du code du travail.

13. R. Vatinet, *Les attributions économiques du comité d'entreprise*, Sirey, 1983, n° 190.

14. V. J. Savatier, « L'obligation de discrétion des membres du comité d'entreprise », *Dr. Soc.*, 1985, p. 114; M. Cohen, *Le droit des comités d'entreprise et des comités de groupe*, L.G.D.J., 1984.

concrètement. En outre, dans la mesure où le comité doit être informé et consulté préalablement à certaines décisions importantes, il lui est reconnu non pas certes un pouvoir de décision, mais un pouvoir de participation au processus de décision. Enfin, au niveau des faits, la détention et la divulgation prématurée d'informations constitue un moyen de pression efficace, susceptible d'influer sur la décision finale. Face à ce risque, les chefs d'entreprise seront probablement tentés de pratiquer la rétention d'informations¹⁵.

En définitive, par le phénomène de la transparence, c'est à un déplacement des pouvoirs au sein de l'entreprise que l'on assiste actuellement. Il est significatif à cet égard de constater que les principaux bénéficiaires des nouvelles obligations d'informations sont les salariés ou plus exactement les comités d'entreprise, les actionnaires faisant un peu figure d'oubliés soit que les informations qui leur sont communiquées le sont plus tardivement¹⁶, soit même qu'une telle communication ne soit pas prévue¹⁷. La fonction de contrôle exercée auparavant par les actionnaires est maintenant assurée par les comités d'entreprise promus au rang d'organe de contrôle des sociétés¹⁸. Le législateur va même plus loin. A la lecture de certaines dispositions des lois des 1^{er} mars 1984 et 25 janvier 1985, il semble que les actionnaires soient devenus incapables d'exercer leurs pouvoirs de contrôle, qu'une tutelle doive être mise en place, tutelle confiée à des autorités étatiques : ministère public et C.O.B.

B) *L'intervention de l'Etat dans le fonctionnement des entreprises privées*

L'intervention des pouvoirs publics dans la vie des entreprises se manifeste de façons très diverses, soit par l'intermédiaire de la réglementation et des contrôles subséquents, soit par le jeu des aides financières et des autorisations, agréments ... Mais l'immixtion de l'Etat dans le fonctionnement interne des sociétés, des rouages sociaux (organes dirigeants et organes de contrôle) restait extrêmement rare. Au vu de certaines dispositions législatives récentes, il semble que cet état de choses soit en train de changer ; cette évolution, pour limitée qu'elle soit, nous paraît

15. Voir pour les entreprises publiques, *infra* ; V. également les problèmes soulevés par la divulgation d'informations obtenues par la C.G.T. du fait de sa participation au conseil d'administration de Renault, *Le Monde*, 25 juillet 1985.

16. Les textes indiquent souvent « à la prochaine assemblée d'actionnaires » sans envisager une communication immédiate, ou « dans le rapport présenté aux actionnaires sur les opérations de l'exercice », v. par exemple l'article 25 de la loi du 1^{er} mars 1984 ou les articles 5 et 6 de la loi du 12 juillet 1985.

17. Par exemple renseignements relatifs à la sous-traitance, aux aides publiques perçues par l'entreprise, aux transferts de capitaux à l'intérieur du groupe ; comp. avec l'article L. 432-4 c. trav. relatif au comité d'entreprise. V. A. Brunet et M. Germain, « L'information des actionnaires et du comité d'entreprise dans les sociétés anonymes depuis les lois du 28 octobre 1982, du 1^{er} mars 1984 et du 25 janvier 1985 ». *Rev. soc.* 1985, pp. 1-54.

18. A. Viandier, « La loi du 28 octobre 1982 et le droit des sociétés », *J.C.P.*, éd. C.I., 1983.II.13993.

significative et constitue l'amorce d'un *changement qualitatif dans les modes d'intervention de l'Etat*.

1) *L'Etat et les organes de contrôle des entreprises privées*

Dans le schéma classique d'organisation des sociétés anonymes, les organes de contrôle — les commissaires aux comptes — sont nommés par les actionnaires réunis en assemblée générale ordinaire (art. 223, L. 24 juillet 1966). De même, la demande de désignation d'un expert dit « de minorité » émane des actionnaires représentant au moins le dixième du capital social (art. 226, L. 24 juillet 1966). Les pouvoirs publics n'intervenaient pas en principe dans la nomination ou la révocation des organes de contrôle. La loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises innove en accordant au ministère public et à la C.O.B., dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la possibilité de demander en justice la récusation et la révocation d'un commissaire aux comptes (nouvel art. 225 et 227, L. 24 juillet 1966) ou la nomination d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion (nouvel art. 226, L. 24 juillet 1966).

Les observateurs ont déjà souligné le phénomène de publicisation des fonctions du commissaire aux comptes¹⁹. Outre le contrôle des intérêts des actionnaires, le commissaire aux comptes s'est vu confier des missions débordant largement cette sphère originaire. Du devoir de révéler au Parquet les faits délictueux dont il a connaissance à la fonction d'auxiliaire de la C.O.B. en passant par la collaboration qui s'établit entre le commissaire aux comptes et le comité d'entreprise lors de l'examen des comptes annuels et surtout lors de l'exercice du droit d'alerte, la finalité de ces missions se modifie et leur domaine s'élargit notamment en direction de la sphère publique. On comprend dès lors l'intérêt qu'ont les pouvoirs publics à disposer d'une possibilité de choix quant à la personne du commissaire aux comptes.

L'intervention des pouvoirs publics peut se manifester d'abord lors de la candidature ou du renouvellement du mandat des commissaires aux comptes. L'article 64 du décret du 12 août 1969 relatif au statut professionnel des commissaires aux comptes prévoit que, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, la C.O.B. doit être informée de toute candidature d'un commissaire aux comptes, avant la réunion de l'assemblée générale. Par une interprétation extensive de ce texte, la C.O.B. a fait d'une simple notification une sorte de demande d'autorisation. Elle porte à cette occasion une appréciation sur la compétence et les moyens de travail du candidat, son indépendance à l'égard des dirigeants

19. A. Sayag, « Autorités publiques et contrôle du fonctionnement des entreprises privées », in *Les autorités publiques et l'entreprise privée*, Colloque de Deauville des 5 et 6 juin 1982, *Revue de jurisprudence commerciale*, numéro spécial, 1983, pp. 86 et s.; A. Viandier, « L'évolution du commissariat aux comptes », in *Aspects actuels du droit commercial, Etudes dédiées à R. Roblot*, L.G.D.J., 1984, pp. 325-334.

sociaux. Si une candidature appelle des réserves de sa part et que les dirigeants entendent passer outre, ces derniers doivent communiquer aux actionnaires, avant l'assemblée générale appelée à se prononcer sur cette candidature, l'avis motivé de la commission. C'est d'un droit de veto indirect dont dispose ainsi la C.O.B.

Ensuite, la C.O.B. peut exercer une surveillance sur l'exécution de leur mission par les commissaires aux comptes, notamment en se faisant communiquer leurs dossiers de travail (art. 66 et 67, D. 12 août 1969).

C'est cette panoplie de moyens que complète la loi du 1^{er} mars 1984 en permettant à la commission de demander en justice la récusation ou la révocation d'un commissaire aux comptes (art. 225, 227, L. 24 juillet 1966). Ce faisant, par une application inversée du principe du parallélisme des formes, la loi entérine l'interprétation extensive faite par la C.O.B. de son rôle dans la désignation des commissaires aux comptes.

Cet élargissement des pouvoirs de la C.O.B. s'inscrit donc dans un processus réglementaire visant à permettre à la commission d'exercer une tutelle sur les commissaires aux comptes des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, au risque de constituer un corps de « super-commissaires »²⁰. La justification, ou au moins l'explication, des pouvoirs ainsi attribués à la C.O.B. réside dans la proximité des missions de la C.O.B. et des commissaires aux comptes, instances chargées toutes deux du contrôle des informations, mais à une échelle différente. Les commissaires aux comptes se livrent à un contrôle interne aux sociétés, tandis que la C.O.B. opère un contrôle externe des documents d'information diffusés par les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne et surtout par les sociétés cotées (art. 3, 6 et 7 de l'ordonnance du 28 septembre 1967) ; d'où la nécessité pour elle de s'appuyer sur un contrôle effectif et suffisant des commissaires aux comptes.

Une telle explication technique ne suffit pas lorsqu'on envisage la nouvelle possibilité donnée à la C.O.B. de demander en justice la désignation d'un expert chargé de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Ce recours à l'expertise primitivement réservé aux actionnaires minoritaires constitue pour les demandeurs²¹ un moyen d'information complémentaire²². A ce titre, l'ouverture de cette action à la C.O.B. semble conforme à sa mission de contrôle des informations²³, pour l'exécution de laquelle elle dispose d'un certain nombre de pouvoirs, notamment d'enquête (art. 5, ord. 28 septembre 1967). Cependant, si l'on estime que la mission de l'expert n'est pas seulement de contrôler la régularité des opérations, mais également d'apprécier leur intérêt pour la

20. Ce qui a existé entre 1935 et 1966 puisque, au cours de cette période, les commissaires aux comptes des sociétés faisant publiquement appel à l'épargne étaient les seuls dont l'inscription sur une liste était obligatoire, v. A. Viandier, art. préc., p. 326.

21. Le comité d'entreprise dispose désormais également de ce droit.

22. V. not. Paris, 22 juin 1978, *Rev. soc.* 1979, p. 133, note Y. Chartier.

23. En ce sens, Y. Guyon, « Les nouveaux aspects de l'expertise de gestion (L. du 24 juillet 1966, art. 226) », *J.C.P.*, éd. E, 1985, I, 14593, n° 11, p. 251.

société, bref s'il s'agit d'un contrôle de gestion²⁴, la portée théorique de la réforme nous semble importante²⁵. D'un simple contrôle des informations, la mission de la C.O.B. glisse insensiblement vers un contrôle de gestion.

On pourrait aussi avancer que l'action de la C.O.B. a ici pour objet la protection des actionnaires minoritaires, des épargnants qui, dans les sociétés faisant publiquement appel à l'épargne, pourraient difficilement exercer cette action²⁶. Cette explication n'est pas à écarter dans la mesure où les textes confient désormais officiellement à la commission un rôle de protection de l'épargne²⁷; c'est alors un rôle de tuteur que joue la C.O.B., autorité administrative indépendante.

Des pouvoirs analogues ont été confiés à un autre représentant de l'Etat, le ministère public. Le rôle du ministère public dans le droit des affaires s'est accru dans la période récente, spécialement dans le droit de la faillite. La loi du 15 octobre 1981 en constitue une illustration. Le ministère public, représentant l'administration auprès des tribunaux et défenseur de l'intérêt général, peut désormais être partie principale dans les procédures collectives. La loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises a confirmé ce rôle du ministère public que les magistrats eux-mêmes approuvent dans la mesure où il unifie et clarifie les interventions de l'administration dans les entreprises en difficulté²⁸. La loi du 1^{er} mars 1984 traitant de la prévention se situe en amont et donne au ministère public les mêmes moyens d'intervention que la C.O.B. : récusation et révocation des commissaires aux comptes, demande de désignation d'un expert de gestion.

L'attribution à une autorité publique de tels pouvoirs d'immixtion dans les rouages sociaux peut surprendre et marque une fois de plus l'imbrication du public et du privé. Cette innovation mérite d'autant plus d'être notée que la finalité et le domaine d'intervention du ministère public ne sont pas précisés. Pourra-t-il agir dans tous les cas, ou seulement lorsque l'ordre public est menacé, ou que la situation de la société est préoccupante²⁹? Les textes sont muets sur ce point et leur insertion dans une loi relative à la prévention des difficultés des entreprises ne suffit pas à donner une réponse certaine³⁰.

24. Cf. Hémar, Terré et Mabilat, *Sociétés commerciales*, t. II, Dalloz, 1974, n° 1078.

25. En sens contraire, Y. Guyon, art. préc., n° 11, p. 252.

26. Même si le groupement d'actionnaires est désormais possible, art. 226, al. 1.

27. Art. 1^{er} de l'ordonnance du 28 septembre 1967, nouvelle rédaction issue de la loi n° 85-695 du 11 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 9.

28. Y. Chartier, « Les formes d'intervention des autorités publiques dans les procédures collectives », in *Les autorités publiques et l'entreprise privée*, préc., pp. 133 et s.

29. V. Y. Guyon, art. préc., n° 12.

30. Il faut d'ailleurs noter que les dispositions modifiées prévoyant l'intervention du ministère public font partie du droit des sociétés (L. 24 juillet 1966) et non du droit de la faillite.

En outre, le ministère public est habilité à agir à la fois dans les S.A.R.L. et les sociétés anonymes ; son domaine d'action est donc plus large que celui de la C.O.B., limité aux seules sociétés faisant publiquement appel à l'épargne. Mais dans ces dernières, n'y a-t-il pas risque d'interférence ou faut-il considérer que ces deux autorités publiques défendent chacune leur propre conception de l'intérêt général ? On ne serait pas loin alors du problème de la multiplicité des tutelles que connaît le secteur public³¹.

Quoi qu'il en soit, cette immixtion d'autorités administratives dans la désignation ou le relèvement des organes de contrôle des sociétés nous paraît symptomatique d'un changement qualitatif dans les modes d'intervention de l'Etat. Il faut cependant relever que les réactions face à cette ingérence ont été limitées. L'explication peut résider d'une part dans le phénomène d'accoutumance à l'intervention des pouvoirs publics dans la sphère privée, d'autre part dans la qualité des organes interventionnistes : le ministère public et la C.O.B. ne sont pas des administrations classiques, la C.O.B. en particulier est qualifiée par la loi d'autorité administrative indépendante³² et cette indépendance, quelles qu'en soient les limites, assourdit peut-être les critiques.

2) L'Etat et les organes dirigeants des sociétés

Le choix des organes dirigeants d'un organisme constitue une des formes classiques de tutelle ; il est évident que dans le secteur privé, les pouvoirs publics ne disposent en principe d'aucun moyen d'intervention à ce niveau. Certes, nombre de dossiers de restructuration se dénouent dans les cabinets ministériels et à cette occasion, l'administration peut faire prévaloir ses vues quant à la composition de l'actionnariat³³, elle peut aussi proposer avec insistance telle ou telle personnalité. Cependant, les tribunaux lorsqu'ils ont eu à connaître de telles situations ont rappelé fermement les principes et n'ont pas reconnu à l'Etat cette possibilité d'intervention directe³⁴.

Néanmoins, si l'on estime que l'autorité judiciaire est l'une des composantes des autorités publiques, le propos doit être nuancé. En effet, les tribunaux peuvent, à la demande de certains associés, nommer un administrateur provisoire chargé éventuellement de gérer les affaires sociales en remplacement des organes régulièrement investis. Cependant, il ne s'agit là généralement que d'une situation exceptionnelle dans laquelle

31. V. *infra*.

32. Loi n° 84-16 du 11 janvier 1984 relative au statut de la fonction publique de l'Etat (art. 3-3°) et décret n° 84-455 du 14 juin 1984. V. F. Gazier et Y. Cannac, « Les autorités administratives indépendantes », *E.D.C.E.*, n° 35, 1983-1984, pp. 13 et s.

33. V. l'exemple récent de Framatome, ex-filiale de Creusot-Loire, *Le Monde*, 31 août 1985.

34. V. sur ce problème, Ord. réf. trib. com. Paris, 9 mai 1969, *J.C.P.* 1969-II.16063, note Y. Guyon ; Trib. com. Rouen, 10 mars 1981, *Rev. jurisp. com.* 1982, note J. Mestre, attribuant à l'Etat la qualité de dirigeant de fait de l'entreprise.

le fonctionnement normal de la société n'est plus assuré et son avenir compromis³⁵.

Le droit de la faillite utilise largement cette institution. Ainsi l'ordonnance du 23 septembre 1967 relative à la suspension provisoire des poursuites prévoyait que le tribunal pouvait donner mission au curateur d'assurer provisoirement l'administration de l'entreprise (art. 13) ou qu'un administrateur provisoire pouvait être nommé. Ces solutions ont été étendues par la loi du 15 octobre 1981 et confirmées par la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

Désormais, pendant la période d'observation, l'administrateur désigné par le tribunal dans le jugement d'ouverture est chargé soit d'une fonction d'assistance et de surveillance, soit — ce qui nous intéresse ici — d'une fonction d'administration (art. 31)³⁶. Dans le même sens, l'article 23 dispose que « lorsque la survie de l'entreprise le requiert », le tribunal peut subordonner l'adoption du plan de redressement de l'entreprise au « remplacement d'un ou plusieurs dirigeants ». Il peut aussi prononcer l'incessibilité des actions ou parts sociales ou, au contraire, en ordonner la cession, ou encore les neutraliser en décidant que le droit de vote est exercé par un mandataire de justice. Cette « neutralisation des dirigeants sociaux »³⁷ qui illustre la distinction entre l'homme et l'entreprise³⁸ marque surtout une possibilité d'ingérence directe des pouvoirs publics dans le fonctionnement interne des sociétés.

L'intervention de l'Etat dans le fonctionnement interne des sociétés participe au mouvement de publicisation des entreprises privées, la transparence également bien que par des voies différentes. Cette convergence marque la richesse du terme « public ». En outre, l'intégration de ces deux éléments dans un même processus de publicisation neutre que celui-ci s'opère par cercles concentriques et que le passage du privé au public se réalise insensiblement par l'ouverture progressive des entreprises à d'autres intérêts que ceux initialement pris en compte. L'évolution récente du droit des sociétés comme du droit de la faillite le manifeste clairement. L'ouverture des entreprises consiste d'abord à élargir le cercle de ses partenaires : la promotion du comité d'entreprise au rang d'organe de contrôle des sociétés est de ce point de vue tout à fait significative. Mais dans ce cas, ce sont toujours des intérêts privés qui sont en jeu. Par contre, l'intervention des autorités publiques s'explique par la fonction d'intérêt général, par le rôle instrumental que jouent les entreprises dans le maintien des équilibres économiques et sociaux.

35. V. not. Cass. com. 23 mars 1981, *Rev. soc.* 1981, p. 784, note J.L. Sibon.
36. Comp. art. 26, L. 13 juillet 1967 qui prévoyait que la continuation de l'exploitation pouvait se faire ou non avec la participation du débiteur.

37. B. Soinne, « L'intervention du ministère public dans les procédures collectives de redressement et de liquidation. (Commentaire de la loi n° 81-927 du 15 octobre 1981 et du décret n° 82-327 du 9 avril 1982) », *D.* 1983, chr. III, pp. 16 et s.

38. A. Brunet, « De la distinction de l'homme et de l'entreprise », *Aspects actuels du droit commercial, Etudes dédiées à R. Roblot*, préc., pp. 471-495.

Cette reconnaissance du rôle d'intérêt général des entreprises a amené les pouvoirs publics, en 1981-82, à nationaliser cinq groupes industriels parmi les plus importants et la plus grande partie du secteur bancaire. Le processus de publicisation de ces entreprises était ainsi achevé. Mais paradoxalement, quelques années après la nationalisation, il est permis de se demander si la détention du capital par l'Etat a réellement modifié en profondeur le fonctionnement de ces entreprises ou si au contraire, une privatisation des entreprises publiques n'est pas en cours.

II. — LA PRIVATISATION DES ENTREPRISES PUBLIQUES

La question des entreprises publiques, plus spécialement des entreprises nationalisées en 1982 qui retiendront principalement notre attention, est au cœur de l'actualité. Cette présence rend difficile le recul nécessaire pour juger de l'évolution des entreprises publiques. Il ne s'agit pas pour nous de dresser un bilan plus ou moins complet des nationalisations³⁹, mais d'essayer de dégager le sens de l'évolution. Est-ce qu'une phase de privatisation, entendue au sens de banalisation, de confusion des valeurs, méthodes et objectifs ne se développe pas⁴⁰ ? Ou, des deux termes entreprise et publique, quel est celui qui prime ? Il s'agira d'étudier comment ces deux termes se concilient ou se contrarient à la fois au niveau du fonctionnement de l'entreprise et au niveau social.

A) *L'intervention de l'Etat dans le fonctionnement des entreprises publiques*

La présence de l'Etat dans les entreprises publiques va de soi. Le problème est de voir sous quelles formes et à quel degré son intervention se manifeste, de quelles façons sont combinés autonomie de gestion, rôle instrumental des entreprises publiques et financement public. L'une des difficultés du régime des entreprises publiques réside dans la confusion des rôles de l'Etat. Actionnaire unique ou majoritaire, l'Etat doit définir une politique industrielle dont les entreprises publiques sont l'un

39. *Rapport du Haut Conseil du secteur public*, 1984, 2 vol., La Documentation française ; *Rapport du Sénat sur le contrôle des entreprises publiques : secteur public industriel élargi en 1982*, n° 8, 1^{re} session ordinaire 1985-1986.

40. Nous ne nous intéresserons donc pas ici à l'application des règles du droit privé aux entreprises publiques ; sur ce problème, voir deux décisions récentes : Paris 11 juillet 1984 (*D.* 1985, p. 174, note R. Denoix de Saint Marc ; *Rev. fr. dr. adm.* 1985, p. 85, note P. Delvolvé) sur l'exercice des voies d'exécution du droit commun contre les entreprises publiques et Trib. confl. 2 juillet 1984 (*J.C.P.*, éd. E, 1985.II.14383, concl. Labetoulle, note E. Alfandari ; *Rev. fr. dr. adm.* 1985, p. 81, note P. Delvolvé) sur l'applicabilité de l'action en comblement de passif aux personnes publiques.

des instruments de mise en œuvre ; gestionnaire des finances publiques, il doit opérer un contrôle sur l'utilisation des ressources publiques par les entreprises nationalisées. Certes, dans la pratique — et certains le regrettent⁴¹ — il est difficile de distinguer à quel titre les pouvoirs publics interviennent, en tant qu'actionnaire ou en tant que tuteur ; pour les besoins de l'analyse, nous utiliserons néanmoins la distinction.

1) *L'Etat actionnaire*

La détention par l'Etat de la majorité au moins du capital social lui confère certainement la qualité d'actionnaire de contrôle⁴², avec les prérogatives et les devoirs qui lui sont attachés. Pour apprécier le comportement de l'Etat actionnaire, nous le comparerons à l'actionnaire privé.

a) *Les prérogatives de l'Etat actionnaire*

En tant qu'actionnaire de contrôle, les pouvoirs publics définissent la politique des entreprises publiques d'une part ; d'autre part, ils disposent du pouvoir de nommer les organes de direction et de contrôle des sociétés.

La définition des objectifs et de la stratégie des entreprises relève des prérogatives normales d'un actionnaire de contrôle⁴³, qu'il soit privé ou public. A ce titre, il n'y a pas lieu de s'étonner comme le fait le rapport du Sénat que tel groupe public — en l'occurrence Saint Gobain — « ne peut plus décider souverainement de ses objectifs stratégiques »⁴⁴. Cependant, il semble que la nature « publique » de l'actionnaire de contrôle doive imprimer une coloration particulière aux objectifs poursuivis.

De fait, lors de la nationalisation, on a beaucoup insisté sur le rôle instrumental des entreprises publiques qui devaient être le fer de lance du « redressement économique »⁴⁵. Une « grande politique industrielle » devait être élaborée et conduite grâce aux entreprises publiques. En réalité, ce dessein est resté dans les limbes ; une politique de restructuration sectorielle, par filières, a été menée aux lendemains de la nationalisation ; mais les objectifs d'intérêt général assignés aux entreprises publiques (relance de l'investissement, rééquilibrage de la balance commerciale, coopération avec les P.M.E.,...) sont passés au second rang, derrière l'objectif immédiat de la rentabilité⁴⁶, ce qui rapproche sensiblement les entreprises publiques des entreprises privées.

41. *Rapport du Haut Conseil du secteur public*, préc., t. 2, p. 358.

42. V. B. Oppetit, « La prise de contrôle d'une société au moyen d'une cession d'actions », *J.C.P.* 1970.I.2361, n° 3.

43. V. not. C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, Sirey, 1962, n° 184 bis ; R. Rodière, « La protection des minorités dans les groupes de sociétés », *Rev. soc.* 1970, p. 244, n° 3.

44. *Rapport du Sénat*, préc., p. 109.

45. Exposé des motifs de la loi de nationalisation du 11 février 1982.

46. « Les groupes industriels nationalisés devront au plus tard à la fin de 1985 être en équilibre financier », selon L. Fabius, ministre de l'Industrie et de la Recherche, le 11 octobre 1983 à l'Assemblée nationale. On pourrait s'interroger sur la compatibilité ou, au contraire, la contrariété entre la recherche de

La désignation des organes sociaux constitue une autre prérogative de l'actionnaire majoritaire où la distinction entre actionnaire public et actionnaire privé relève plus de la forme que du fond. Dans la mesure où les sociétés nationalisées en 1982 restent soumises à la loi du 24 juillet 1966⁴⁷, elles sont pourvues des mêmes organes que les sociétés commerciales privées : P.D.G. et conseil d'administration, ou directoire et conseil de surveillance ainsi que commissaires aux comptes. Même l'assemblée générale subsiste d'une certaine manière dans les sociétés dont l'Etat est l'unique actionnaire : la loi de nationalisation précise en effet que dans cette hypothèse les pouvoirs de l'assemblée générale sont exercés par les administrateurs représentant l'Etat⁴⁸. Cette disposition ne peut néanmoins certainement pas s'appliquer à la désignation des administrateurs. Ces derniers, lorsqu'ils représentent l'Etat, sont nommés par décret pris sur le rapport soit du ministre de l'économie, des finances et du budget⁴⁹, soit du ministre de l'industrie et de la recherche⁵⁰, selon qu'il s'agit des banques et compagnies financières ou des sociétés industrielles. Quant au président du conseil d'administration, s'il est choisi parmi les administrateurs, ceux-ci ne donnent qu'un avis préalable sur sa nomination opérée par décret en conseil des ministres⁵¹. Enfin, les commissaires aux comptes sont désignés par le ministre de l'économie et choisis parmi les commissaires aux comptes inscrits⁵². Ainsi, le mode de désignation change, il n'en reste pas moins que c'est l'actionnaire majoritaire qui désigne les organes sociaux.

Une difficulté propre aux entreprises publiques pouvait néanmoins résulter du fait que le choix des dirigeants émane des organes politiques, le risque existe en effet que leur nomination intervienne sur des critères plus politiques que professionnels. Selon le Haut conseil du secteur public, ce risque ne s'est pas réalisé, la continuité ayant été assurée dans les sociétés bien gérées⁵³, des « hommes d'expérience » ayant été appelés pour diriger les autres⁵⁴. Par ailleurs, on a déjà remarqué que les dirigeants des grandes entreprises — privées ou publiques — se recrutaient dans

la rentabilité à court terme et les objectifs d'intérêt général à long terme ; voir la réponse fournie à cette question par Thomson, *Rapport Sénat*, préc., annexe IX, p. 255.

47. Loi n° 82-155 du 11 février 1982, art. 3, 14 et 31.

48. Loi du 11 février 1982, art. 10, 25 et 38.

49. D. n° 84-329 du 3 mai 1984, art. 2.

50. D. n° 84-403 du 29 mai 1984, art. 1.

51. Loi de nationalisation du 11 février 1982, art. 9, 24 et 37 ; Décret n° 85-834 du 6 août 1985 relatif aux nominations aux emplois de direction de certains établissements publics, entreprises publiques et sociétés nationales.

52. Loi du 1^{er} mars 1984 relative à la prévention des difficultés des entreprises, art. 30.

53. Sont restés à la direction de la société : M. Fauroux à Saint-Gobain, M. Lagardère chez Matra, M. Pébereau directeur général, puis P.D.G. de la C.G.E., M. Gandois chez Rhône-Poulenc jusqu'à sa démission en juillet 1982.

54. Ainsi, M. Gomez pour Thomson, M. Besse pour Pechiney (*Rapport du Haut Conseil du secteur public*, t. 1, p. 232). On peut toutefois nuancer ce jugement si l'on considère le cas du C.C.F. qui a connu trois présidents successifs depuis sa nationalisation en 1982, *Le Monde*, 16 novembre 1985.

les mêmes cercles⁵⁵, ce qui constitue une manifestation de l'osmose existant entre les deux secteurs.

b) *Les devoirs de l'Etat actionnaire*

Les devoirs primordiaux d'un actionnaire de contrôle sont d'une part l'apport de fonds propres afin que la société puisse poursuivre son développement, d'autre part le respect de l'autonomie de gestion. La réalisation de ces impératifs pose des problèmes particuliers lorsque le capital est détenu par l'Etat.

L'apport de fonds propres aux entreprises publiques s'est réalisé en premier lieu par le moyen des dotations en capital. L'ampleur de ces dotations n'est pas contestée⁵⁶, mais le jugement porté à leur égard est contrasté. En effet, l'allocation prioritaire des dotations aux entreprises en déficit fait l'objet de critiques convergentes⁵⁷ alors qu'un désaccord se manifeste quant au concours financier de l'Etat : analysé comme une ponction des contribuables par le rapport du Sénat⁵⁸, il est au contraire apprécié positivement par le Haut conseil du secteur public⁵⁹.

Au-delà de ces appréciations subjectives, la question des aides de l'Etat pose des problèmes juridiques au regard notamment de l'article 92 du Traité de Rome relatif aux aides apportées par les Etats aux entreprises et de la directive européenne du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques. La commission européenne a ainsi décidé d'examiner en juillet 1984 si les aides reçues par Pêchiney n'ont pas représenté des subventions faussant la concurrence. Certes, l'article 92 ne concerne pas uniquement les entreprises publiques ; ainsi, les aides françaises à l'industrie textile ont été condamnées par la Cour européenne de justice⁶⁰ et les aides à la construction navale font l'objet d'une procédure devant la Commission de Bruxelles⁶¹. Cependant, s'agissant des entreprises publiques, la question est plus complexe, la qualification du concours financier de l'Etat plus délicate ; agit-il en tant qu'actionnaire, en qualité d'« investisseur privé », ou intervient-il en tant que puissance publique ? Dans ce dernier cas, les conditions restrictives de l'article 92 s'appliquent⁶². Cette question se pose pour les dotations en capital ; elle se retrouve à propos des diverses modalités d'apports de fonds propres, tels que les prêts participatifs accordés par les banques et institutions financières à la demande de l'Etat et qui complètent ou se substituent aux dotations en capital⁶³.

55. P. Birnbaum et alii, *La classe dirigeante française*, P.U.F., 1978.

56. Elles ont triplé de 1981 à 1984, *Rapport du Haut Conseil*, préc., t. 1, p. 251.

57. *Ibid.* ; *Rapport du Sénat*, préc., p. 42.

58. *Rapport du Sénat*, p. 47.

59. *Rapport du Haut Conseil*, p. 256.

60. Arrêt du 15 novembre 1983, *Le Monde*, 17 novembre 1983.

61. *Le Monde*, 23 janvier 1985.

62. D. Berlin, « L'adaptation du régime juridique des entreprises publiques aux normes internationales et européennes », *Rev. trim. dr. eur.* 1983, pp. 424-436.

63. *Rapport du Sénat*, préc., pp. 44 et s.

Ces difficultés de qualification de l'intervention de l'Etat illustrent l'imbrication des rôles et des valeurs tant publics que privés. Cette remarque prend tout son relief avec le recours accru des entreprises publiques au marché financier.

L'apport de fonds propres ou de quasi-fonds propres⁶⁴ par l'Etat et ses démembrements n'exclut pas l'accès des entreprises publiques au marché financier, symbole du capitalisme privé. La présence du secteur public y devient même prépondérante et multiforme ; aux moyens classiques ouverts aux entreprises publiques et privées s'ajoutent des techniques réservées en fait ou en droit aux entreprises du secteur public.

Le recours à l'emprunt est traditionnel de la part des entreprises du secteur public, leur présence sur le marché des actions l'est sans doute moins. La nationalisation des seules sociétés-mères par la loi du 11 février 1982 prend ici tout son intérêt. En effet, par l'intermédiaire de leurs filiales cotées ou introduites en bourse, les groupes publics peuvent se procurer des fonds propres à la seule condition que les sociétés-mères restent majoritaires dans leurs filiales. C'est ainsi que Saint-Gobain a introduit successivement deux de ses filiales : Saint-Gobain Emballages et la Société européenne de produits réfractaires (SEPR).

Outre ces procédés qui ne sont pas spécifiques au secteur public, le législateur de 1983 a mis en place des mécanismes utilisés essentiellement par les entreprises publiques. La création par la loi du 3 janvier 1983 des titres participatifs et des certificats d'investissement poursuit un mouvement déjà ancien de diversification des valeurs mobilières, depuis les certificats pétroliers jusqu'aux actions prioritaires sans droit de vote en passant par les obligations convertibles ou échangeables contre des actions. Cette diversification peut s'opérer par la création d'un titre intermédiaire entre l'action et l'obligation, les titres participatifs appartiennent à cette catégorie hybride. En effet, ils sont soumis essentiellement au régime des obligations, mais ils s'en éloignent sur deux points : leur rémunération dépend en partie des résultats de l'entreprise et ils ne sont pas en principe amortissables, ce qui permet de les assimiler à des fonds propres⁶⁵. Ce procédé permet donc de répondre au double souci de l'Etat actionnaire : se procurer des fonds propres sans modifier l'équilibre des pouvoirs au sein de la société. Cet objectif est plus sûrement atteint par l'émission de certificats d'investissement qui constituent un démembrement d'actions ; le certificat d'investissement représente les droits pécuniaires attachés à l'action alors que le certificat de vote, inaliénable, représente les autres droits⁶⁶. Les entreprises publiques utilisent largement ces techniques

64. D. Crémieux-Israël, « L'assimilation des prêts participatifs à des fonds propres », *Rev. soc.* 1983, p. 751.

65. B. Bouloc, « Les nouvelles valeurs mobilières : les certificats d'investissement et les titres participatifs (Titre I, chap. 5 et 6 de la loi 83-1 du 3 janvier 1983) », *Rev. soc.* 1983, pp. 501 et s., not. n° 38.

66. A. Viandier, « Certificats d'investissements et certificats de droits de vote (loi n° 83-1, 3 janvier 1983, art. 20 - Décret n° 83-363, 2 mai 1983, art. 10 et 11) », *J.C.P.*, éd. C.I., 1983.II.14117.

puisque le montant des émissions de titres participatifs s'est élevé à 7,8 milliards de francs alors que depuis la fin de 1984, les certificats d'investissement semblent avoir la faveur des sociétés nationalisées⁶⁷. Quel que soit le mécanisme utilisé, il permet aux entreprises publiques de recourir à l'épargne privée sans remettre en cause le principe de la nationalisation ; il leur permet aussi de renforcer leur autonomie financière à l'égard de l'Etat actionnaire.

Les pouvoirs publics ont souvent proclamé depuis 1982 le principe de l'autonomie de gestion des entreprises publiques. Dès lors que l'idée d'une étatisation des entreprises publiques était écartée⁶⁸, le principe s'imposait. Encore faut-il voir de quelle manière il s'applique.

L'autonomie de gestion doit se vérifier dans le cadre de la mise en œuvre des objectifs déterminés par les pouvoirs publics. Dans ce domaine, la transparence n'est pas la règle. Dans certains cas, il semble cependant que les autorités de tutelle se soient immiscées dans la gestion des entreprises. Il en est ainsi lorsque l'Etat a demandé aux banques nationalisées de renflouer certaines entreprises en difficulté — Creusot-Loire par exemple — ou de fournir aux sociétés nationalisées une contribution exceptionnelle sous forme de prêts participatifs et d'un apport de fonds propres, lequel s'est opéré par l'intermédiaire d'une société créée à cet effet, la Société française de participations industrielles (S.F.P.I.)⁶⁹. Ces interventions ont été critiquées par les dirigeants des établissements intéressés qui reconnaissent néanmoins qu'il s'agit là d'exceptions, l'autonomie de gestion étant habituellement respectée par l'autorité de tutelle⁷⁰.

Le respect de l'autonomie de gestion ne signifie pas pour autant que l'Etat actionnaire ne puisse intervenir dans la définition de la stratégie des groupes. Sur ce point, des différences sensibles sont perceptibles entre les différentes entreprises publiques. Ainsi, Saint-Gobain n'a pu mener la politique de diversification qu'elle souhaitait et a dû se plier aux directives des pouvoirs publics, au prix parfois de pertes financières⁷¹. En revanche, la C.G.E. semble dans certains cas être en mesure de faire prévaloir son point de vue. L'exemple de l'accord C.G.E.-Thomson conclu en septembre 1983, grâce auquel la C.G.E. détient un quasi-monopole dans le secteur des télécommunications est à cet égard significatif. L'autorité de tutelle s'est pratiquement contentée d'entériner l'accord

67. V. le rapport de la commission des lois du Sénat sur le projet relatif aux valeurs mobilières, 1^{re} session 1985-1986, n° 60, p. 10. A noter que les certificats d'investissement ne sont pas réservés par la loi aux entreprises du secteur public, v. art. 20 de la loi du 3 janvier 1983.

68. V. not. exposé des motifs de la loi de nationalisation du 11 février 1982.

69. Sur la S.F.P.I., v. *Rapport du Sénat sur le contrôle des entreprises publiques*, préc., annexe IV.

70. Cf. les auditions de M. Deguen, président du C.C.F. et de M. Peyrelevade, président de la Compagnie financière de Suez, *Rapport du Haut Conseil du secteur public*, préc., t. 2, pp. 293 et s. ; v. entretien M. Peyrelevade, *Le Monde*, 29 juin 1984 ; M. Fauroux, président de Saint-Gobain, *Le Monde*, 2 juillet 1985.

71. Not. lors de son retrait de l'informatique, *Rapport du Sénat*, préc., pp. 100 et s.

passé entre les deux groupes⁷². A tout moment cependant, un coup d'arrêt peut être donné à une direction trop indépendante. Le départ d'A. Chalandon d'Elf Aquitaine à propos de la restructuration de la chimie l'illustre bien⁷³.

Ces diverses attitudes de l'Etat actionnaire ne diffèrent pas beaucoup du comportement que peut avoir un actionnaire privé. Cependant, le statut d'entreprise publique emporte des contraintes particulières quant aux possibilités de restructuration. La nationalisation a certes facilité et accéléré l'évolution des structures de certains secteurs comme celui de la chimie, restructuration interne au secteur public. Par contre, les transferts d'un secteur à l'autre soulèvent des problèmes beaucoup plus délicats, engendrant des rigidités néfastes à la gestion des groupes. Ainsi, l'acquisition de participations privées par les sociétés nationalisées requiert l'autorisation de l'autorité de tutelle⁷⁴ qui doit veiller notamment à l'absence de nationalisation « silencieuse ». Cette raison explique que l'Etat a finalement obligé Saint-Gobain à recéder une partie des actions de la Compagnie générale des eaux qu'elle venait d'acquérir. Surtout, en l'absence de la loi dite de « respiration » du secteur public, les opérations de transfert de participations au secteur privé se font dans des conditions juridiques douteuses⁷⁵. Cette rigidité résultant de la nature publique des entreprises est renforcée par les contrôles opérés par l'Etat tuteur.

2) *L'Etat tuteur*

L'Etat ne saurait se contenter de jouer le rôle d'un actionnaire, même majoritaire ou unique. Il doit aussi conduire la politique économique du pays et gérer les finances publiques. De quelle façon remplit-il cette double fonction en ce qui concerne les entreprises nationalisées, comment la concilie-t-il avec le principe de l'autonomie de gestion ? Deux éléments permettent de définir les rapports entre les autorités de tutelle et les entreprises publiques ; le recours aux contrats de plan d'une part, l'allègement des contrôles pesant traditionnellement sur les entreprises publiques d'autre part.

a) *Les contrats de plan*

Les contrats de plan, accords signés par les dirigeants de l'entreprise publique⁷⁶ et l'Etat, doivent constituer la trame des relations entre l'entreprise et l'autorité de tutelle. La négociation et la conclusion des

72. *Le Monde*, 4 octobre 1983.

73. *Le Monde*, 13 juin 1983.

74. *V. infra*.

75. *Rapport du Haut Conseil*, p. 175 et s. ; *Rapport du Sénat*, p. 17 et s. Même si la loi de respiration était votée, il faut remarquer que la nécessité d'une approbation législative rendrait difficile de telles opérations.

76. Cette technique n'est pas réservée aux entreprises publiques, les entreprises privées peuvent également conclure des contrats de plan, v. loi du 29 juillet 1982 portant réforme de la planification, art. 11.

contrats de plan est l'occasion pour les deux parties de définir en commun les objectifs assignés à l'entreprise et la participation de l'Etat au financement de l'entreprise. Instrument privilégié de la tutelle⁷⁷, les contrats de plan permettent de concilier l'autonomie de gestion des sociétés nationalisées, leur rôle instrumental et le nécessaire contrôle des pouvoirs publics. Ils constituent aussi un instrument de gestion prévisionnelle qui peut contribuer à une meilleure efficacité de l'entreprise. En outre, une simplification des tutelles a été recherchée dans la mesure où le ministre de tutelle (ministre de l'économie, de l'industrie, de la défense, selon les cas) est l'interlocuteur unique qui intervient seul dans la conclusion du contrat.

Cependant, les résultats de cette procédure ne correspondent sans doute pas aux avantages escomptés. En effet, en tant qu'outil de gestion prévisionnelle, les contrats de plan perdent beaucoup de leur efficacité en raison d'une part du caractère vague et non contraignant de nombreuses dispositions, d'autre part du fait que les engagements financiers de l'Etat sont soumis à la règle de l'annualité budgétaire⁷⁸, même si cette contrainte peut être atténuée grâce par exemple à une planification glissante⁷⁹. En outre, des opérations importantes se déroulent hors-contrat de plan, les entreprises publiques étant aussi réticentes que les entreprises privées à divulguer leurs projets⁸⁰. Ainsi, ni le contrat de plan de la C.G.E. signé en février 1983, ni celui de Thomson signé le 1^{er} juillet 1983 n'évoquent la fusion des activités de télécommunications des deux groupes annoncée en septembre 1983. Enfin, on a pu remarquer que l'unicité de tutelle réalisée lors de la conclusion du contrat de plan n'existe plus lors du suivi du contrat⁸¹ et sans doute encore moins pour les relations hors-contrat. L'interpellation du Président de la République « rappelant fermement à l'ensemble des ministres » le 2 février 1983, « que l'exigence d'une politique industrielle cohérente doit se garder d'une bureaucratie tatillonne »⁸² en dit long sur les pratiques administratives. De façon plus générale, le recours à une tutelle négociée ne la rend pas nécessairement plus légère⁸³, elle en constitue seulement un remodelage qui rend cependant possible un allègement des contrôles classiques.

77. M. Voisset, « Un essai de renouvellement des relations entre l'Etat et les entreprises publiques : les contrats de plan », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique, Etudes en l'honneur du doyen G. Péquignot*, C.E.R.A.M., 1984, t. 2, pp. 717 et s. V. égal. *Les Cahiers Français*, « Nationalisations industrielles et bancaires », n° 214, La Documentation française, 1984, p. 47 et s.

78. Cf. *Rapport du Haut Conseil du secteur public*, préc., t. 1, p. 218 et t. 2, p. 358.

79. *Ibid.*, t. 2, pp. 410-411.

80. Alors même que les contrats de plan des entreprises publiques ne sont pas publiés. Voir sur cette question des contrats de plan et du secret des affaires, M. Bazex, « Contrats de plan entre l'Etat et les entreprises publiques », *A.J.D.A.* 1984, p. 70.

81. M. Voisset, art. préc., p. 735.

82. Conseil des ministres, 2 février 1983.

83. M. Voisset, *op. et loc. cit.*

b) *L'allègement des contrôles*

Les pouvoirs publics s'étaient engagés à assouplir les contrôles classiques⁸⁴. De fait, il n'existe auprès des entreprises nationalisées en 1982 ni contrôleur d'Etat, ni commissaire du gouvernement⁸⁵. En outre, le décret du 2 décembre 1982 a pour objet de diminuer les cas de contrôle de l'Etat. Certains actes ou opérations sont soustraits à l'approbation préalable des autorités de tutelle : les budgets ou états prévisionnels de dépenses et de recettes, bilans, comptes..., les règles relatives à la tenue des comptes⁸⁶ et les opérations immobilières. A contrario, l'approbation préalable subsiste dans les autres cas, notamment les cessions ou extensions de participations financières ; la solution s'imposait face au risque de nationalisation ou de dénationalisation rampante ou silencieuse⁸⁷.

Cette réduction des contrôles a priori laisse subsister les contrôles a posteriori qui ont même été renforcés. Ils sont le fait essentiellement d'organes externes aux entreprises : Parlement et Cour des comptes. La loi de nationalisation (art. 53) a en outre créé un Haut conseil du secteur public « chargé de suivre l'évolution du secteur public, sa gestion et ses activités ». Si l'opportunité de ces contrôles n'est pas contestée, on peut s'interroger sur leur efficacité. Ces instances servent plus de moyens d'information du public qu'elles n'exercent un contrôle véritable. Quant aux commissaires aux comptes, organes de contrôle internes aux sociétés, il est difficile de dire à l'heure actuelle de quelle façon ils exercent leur mission lorsqu'elle se déroule dans une entreprise publique et quels sont leurs rapports avec l'Etat actionnaire.

En définitive, il semble que l'intervention de l'Etat dans le fonctionnement de l'entreprise publique soit, en dehors de son rôle légitime d'actionnaire majoritaire relativement discrète. Mais deux nuances sont à apporter ; d'une part, cette présence discrète n'exclut pas forcément les interventions tatillonnes de certaines administrations ; d'autre part, le poids de l'Etat est beaucoup plus lourd sur certains dossiers⁸⁸, ce qui n'est d'ailleurs pas spécifique au secteur public. L'intervention des pouvoirs publics dans le fonctionnement des entreprises publiques est ainsi marquée du sceau de l'ambivalence, ambivalence que l'on constate également lorsqu'on examine la politique sociale des entreprises publiques.

84. Selon l'exposé des motifs de la loi de nationalisation, « les dispositions actuelles du contrôle d'Etat ne leur seront pas appliquées [aux entreprises nationalisées] ».

85. D. Dormoy et R. Machiaro, « Les nouvelles orientations du contrôle de l'Etat sur les entreprises publiques », *J.C.P.* 1984.I.3150, n° 27 et s.

86. Rappelons que les sociétés nationalisées sont soumises au droit commercial sur ces différents points.

87. V. *supra*, M. Bazex et Y. Guyon, « L'extension du secteur public (1981-1982) », *J.C.P.*, éd. C.I., 1983.II.13924, n° 134.

88. J.-P. Anastassopoulos, « Les entreprises publiques entre l'autonomie et la dépendance : une analyse des divers instruments de régulation des entreprises publiques par l'Etat », *Politiques et management public*, juin 1985, p. 91.

B) *Les entreprises publiques, « vitrines sociales » ?*

Cet objectif, après comme avant 1982, leur est généralement assigné ; l'exemple de Renault est présent dans tous les esprits. De quelle manière les entreprises publiques réalisent-elles cet objectif ? Il faut distinguer parmi les diverses missions sociales des sociétés nationalisées celles qui visent à accroître la démocratie économique dans l'entreprise d'une part et celles dont l'objet est de contribuer au maintien de l'emploi et à l'amélioration des conditions d'emploi.

1) *La participation des salariés à la gestion de l'entreprise*

Outre l'application du droit commun du travail, les salariés des entreprises publiques nationalisées en 1982 bénéficient de la loi de démocratisation du secteur public du 26 juillet 1983. Ce texte organise la représentation du personnel au sein des conseils d'administration ou de surveillance et crée des conseils d'ateliers ou de bureaux. En général, l'accueil a été favorable de la part des intéressés : la participation relativement importante aux élections des membres des conseils d'administration ou de surveillance le montre⁸⁹.

Satisfaits du principe de la participation posé par la loi, les administrateurs salariés reconnaissent néanmoins que la mise en œuvre en est délicate, que des difficultés ou des réticences existent⁹⁰. Elles concernent notamment le rôle du conseil d'administration. L'information du conseil est soit insuffisante, soit trop tardive, lorsqu'elle n'intervient pas *a posteriori* dans le cas de restructuration par exemple⁹¹. L'argument généralement invoqué est, comme dans les entreprises privées, celui du secret des affaires ou de la nécessité de saisir une opportunité. Peu ou pas informé, le conseil d'administration est dans ces hypothèses encore moins consulté. De même, il est rare que les conseils d'administration aient réellement délibéré sur les projets de contrats de plan⁹² bien que la loi de démocratisation (art. 7) dispose qu'« aucune décision relative aux grandes orientations stratégiques, économiques, financières ou technologiques de l'entreprise, notamment sur le contrat de plan, ne peut intervenir sans que le conseil d'administration ou de surveillance en ait préalablement délibéré ».

Par ces pratiques, les entreprises publiques se distinguent peu de leurs homologues privées. Cette remarque se trouve confortée si l'on

89. *Le Monde*, 13 mars 1985 ; *Rapport du Haut Conseil*, préc. t. 1, p. 108 et s.

90. V. *Le Monde*, 3 août 1985, entretien avec un administrateur-salarié d'Elf-Aquitaine.

91. Les exemples de la cession par Péchiney d'une filiale américaine, de la prise de participation de Saint-Gobain dans la Compagnie Générale des Eaux, de Thomson dans Telefunken peuvent être cités (*Rapport du Haut Conseil*, préc., t. 1, p. 122), de même que l'accord C.G.E.-Thomson (*Le Monde*, 4 octobre 1983).

92. *Rapport du Haut Conseil du secteur public*, préc., t. 1, p. 211.

envisage la contribution des entreprises publiques au maintien de l'emploi et à l'amélioration des conditions d'emploi.

2) *L'amélioration de l'emploi et des conditions d'emploi*

L'objectif du maintien, voire de l'augmentation des effectifs figure en bonne place dans nombre de contrats de plan. Cependant, si en 1982-83, ce but a pu être atteint⁹³, la tendance s'est depuis inversée. La différence qui existe avec le secteur privé concerne sans doute le pourcentage de pertes d'emploi, mais surtout les modalités des suppressions d'emploi ; ainsi le secteur public opère en principe moins de « licenciements secs », même si ceux-ci n'y sont pas inconnus comme le montre l'exemple des télécommunications en Bretagne à la suite de l'accord C.G.E.-Thomson.

Quant à l'amélioration des conditions d'emploi, et notamment à la politique salariale, l'appréciation reste aussi nuancée. Respectant les directives gouvernementales, le secteur public a donné l'exemple d'une évolution très modérée des salaires. Le rôle instrumental joué par les entreprises publiques en matière d'inflation l'explique. Un autre facteur d'explication réside sans doute dans la priorité accordée aux objectifs économiques et financiers (la rentabilité) par rapport aux objectifs sociaux. Le primat de l'économique sur le social renvoie là encore aux valeurs du secteur privé.

En définitive, il apparaît que les entreprises publiques — celles qui ont été nationalisées en 1982 — obéissent à des principes de fonctionnement très proches de ceux du secteur privé (obligation de rentabilité, moindres contrôles des autorités de tutelle...). Tout en restant publiques, une privatisation de ces entreprises est ainsi décelable. Deux types d'explication peuvent être invoquées ; les unes tiennent à la permanence des comportements indépendamment des ruptures formelles relatives à leur statut, les autres au choc en retour que provoque toute réforme juridique : à la nationalisation, les dirigeants des entreprises publiques, et même les pouvoirs publics, répondent par une plus grande recherche d'autonomie.

Quelles qu'en soient les raisons, le mouvement de privatisation des entreprises publiques combiné à la publicisation des entreprises privées tend à effacer la frontière public/privé qui reste cependant encore dominante au niveau des principes et des représentations. Cette double évolution montre aussi que le rapport public/privé est complexe ; il ne se réduit pas en tout cas aux interventions formelles de l'Etat. La richesse des termes public et privé l'explique, mais aussi le fait qu'à une publicisation des structures peut correspondre une privatisation des valeurs et des comportements.

93. *Ibid.*, p. 16.