

L'Etat actionnaire

Thèse soutenue le 28 septembre 2005 à l'Université Paris II par Anémone CARTIER-BRESSON, sous la direction du Professeur Didier TRUCHET

Il peut sembler surprenant de consacrer une thèse à l'Etat actionnaire dans un contexte de réduction constante du secteur public. Pourtant, ce sujet n'a pas seulement un intérêt historique. Paradoxalement, le recul de l'Etat entrepreneur s'est accompagné d'une progression de la problématique de l'Etat actionnaire. L'actionnariat, défini au sens strict comme la détentions de participation dans des sociétés, est devenu prédominant au sein des techniques dont dispose l'Etat pour contrôler des entreprises, du fait du recul de la formule de l'établissement public industriel et commercial. A l'issue des privatisations, la figure de l'Etat actionnaire minoritaire a progressé. Parallèlement, on a assisté à une véritable émergence de la question de l'Etat actionnaire sur le plan juridique, au delà du fait que l'Etat recourt aux techniques de la sociétés anonyme. Depuis le milieu des années 1990, les textes, rapports, ou décisions de justice ayant pour objet l'Etat en tant qu'actionnaire se sont multipliés.

Ces évolutions ne font que renforcer l'intérêt d'une étude juridique portant sur la rencontre des qualités d'Etat et d'actionnaire. Cette rencontre n'a rien d'évident : d'un côté, l'Etat une personne morale de droit public souveraine supposée poursuivre des finalités d'intérêt général ; de l'autre, un membre d'une société anonyme censé poursuivre la rentabilisation de son investissement. C'est en grande partie parce que ces deux qualités semblaient antinomiques que le terme « Etat actionnaire » a longtemps été quasiment absent du vocabulaire juridique. Il est apparu en France dans les années vingt, en même temps que les premières participations étatiques, puis il a été rapidement éclipsé dans les ouvrages juridiques par d'autres thématiques traduisant davantage une logique de puissance publique(les entreprises nationalisées, les entreprises publiques...).

Au milieu des années 1990, l'expression d'Etat actionnaire est réapparue, pour connaître un succès fulgurant, à tel point que l'on n'emploie plus qu'elle, y compris à propos des rapports entre l'Etat et ses EPIC...Est-ce à dire que l'Etat a su dépasser cette contradiction apparente, que l'Etat actionnaire est devenu un visage moderne de l'Etat, acteur du marché ? Ce discours tend aujourd'hui à devenir dominant. Deux discours radicalement opposés se sont ainsi succédé sur la question de l'Etat actionnaire : longtemps niée, elle semblerait désormais relever de l'évidence. Cela reflète d'indéniables évolutions, notamment dans la perception de la perception du phénomène, mais ces discours ne traduisent qu'imparfaitement la réalité.

Au delà de ces fluctuations, cette thèse a pour but de dégager, les traits caractéristiques de l'Etat actionnaire, à partir de l'analyse juridique des différentes manifestations de son existence, en cherchant notamment à apprécier en quoi l'Etat se distingue des actionnaires privés « ordinaires ». Je suis partie de la définition de l'actionnaire, au sens du droit des sociétés, et cette approche occupe une place centrale dans ma thèse. Mais je prends également en compte évolution de la signification de l'expression Etat actionnaire : de plus en plus les textes l'emploient comme synonyme d'Etat propriétaire d'entreprise (y compris pour les EPIC), d'Etat investisseur...

Ma recherche m'a permis de dégager deux grandes tendances, qui traduisent la singularité de l'Etat actionnaire : d'une part il s'approprie assez naturellement, les mécanismes de la société de capitaux, en les adaptant à ses besoins ; d'autre part il joue plus difficilement le rôle d'un actionnaire, qui de son point de vue, se traduit par de nombreuses contraintes juridiques

L'Etat est un actionnaire qui s'approprie les techniques de la société anonyme. Il a le pouvoir de les adapter largement à ses besoins spécifiques sans nécessairement les dénaturer.

Dès ses premières prises de participations, dans les années 20, l'Etat a manifesté son besoin aménager des cadres habituels de la société anonyme. Ces aménagements ont été perçus par la doctrine comme une méconnaissance de la logique profonde de la société anonyme. D'où l'idée que l'Etat actionnaire serait une fiction, un masque de l'Etat puissance publique. Mais en réalité la plupart de ces aménagements traduisent des phénomènes de pouvoir économique observables dans les grandes sociétés de capitaux. Parce qu'il bénéficié de l'appui du législateur, l'Etat a joué un rôle précurseur, anticipant bon nombre d'évolutions du droit des sociétés.

Ainsi, l'Etat a souvent envisagé la société anonyme comme une technique d'affectation de biens à des entreprises et non comme un contrat entre associés égaux. Cette conception s'est traduite par la constitution de sociétés unipersonnelles, contrôlées à 100% par l'Etat, dès 1945, alors que celle ci n'a commencé à être autorisé en droit des sociétés qu'au milieu des années 1980.

L'Etat a très tôt su exploiter les techniques du capital social, (qui distinguent l'actionnariat étatique au sens strict d'établissement public industriel et commercial). Il a procédé à divers types d'aménagements du lien entre capital et pouvoir. Son incapacité à satisfaire les besoins en fonds propres des entreprises publiques l'a conduit à faire appel à des capitaux privés sans pour autant diluer ses prérogatives politiques. Il a ainsi inauguré la dissociation entre droit de vote et détention du capital dès 1957, avec les certificats pétroliers, puis dans années 1980 avec les actions à dividende prioritaire sans droit de vote et les certificats d'investissement. Ces techniques se sont par la suite banalisées, à travers le phénomène bien connu de diversification des valeurs mobilières

Pour autant l'on ne saurait nier que certains aménagements vont si loin qu'ils rompent avec la logique de la société de capitaux, et notamment l'idée que le pouvoir repose sur le capital investi. On l'a vu avec l'introduction, à partir des nationalisations de 1945, de la représentation d'intérêts extérieurs au capital dans les conseils d'administration des entreprises publiques (aujourd'hui prévue par la loi de démocratisation du secteur public). La rupture est toutefois plus théorique qu'effective, car cette démocratisation n'a pas véritablement remis en cause les fondements patrimoniaux du pouvoir dans les entreprises publiques. Très vite l'Etat a d'ailleurs cherché à contrebalancer les effets de cette démocratisation, par exemple en introduisant l'actionnariat salarié en France dès 1970, dans certaines entreprises publiques.

En revanche, ces fondements patrimoniaux sont anéantis avec la technique de l'action spécifique, que des spécialistes du droit des sociétés n'hésitent pas à qualifier de « monstruosité juridique », et qui lui permet de conserver des pouvoirs exorbitants à travers seule action dans les sociétés privatisée. Ce procédé est toutefois devenu très encadré par la jurisprudence de la CJCE relative à la libre circulation des capitaux, qui prohibe désormais son usage discrétionnaire.

Alors que les cadres de la société anonyme se révèlent largement adaptables à cet actionnaire particulier qu'est l'Etat, la confrontation de ce dernier au rôle d'actionnaire s'avère plus délicate.

L'Etat a en effet des difficultés se comporter pleinement en actionnaire entendu comme un propriétaire soucieux son patrimoine, et qui à cette fin entend exercer un contrôle efficace sur la stratégie de l'entreprises. Cette difficulté s'est traduite successivement de deux manières : pendant longtemps il a largement négligé ce rôle. Ce n'est plus le cas aujourd'hui, on assiste multiplication de réformes, de textes juridiques qui visent à inciter l'Etat voire à le contraindre à se comporter en actionnaire, cet encadrement croissant le singularise par rapport à un actionnaire privé « ordinaire ».

La poursuite de finalités extra-patrimoniales d'intérêt général à travers les entreprises publiques a longtemps conduit l'Etat à reléguer au second plan les considérations de rentabilité, pour cette raison il ne s'est pas vraiment préoccupé de l'efficacité de son contrôle sur la gestion des entreprises publiques. Même lorsqu'il était actionnaire majoritaire, voire exclusif, l'Etat a toujours refusé de se reposer sur les seules prérogatives politiques que lui offre le droit des sociétés pour contrôler les sociétés du secteur public. Les « exigences de l'intérêt général » l'ont conduit à y ajouter de nombreux contrôles empruntés aux techniques classiques du droit administratif (tutelle sur les personnes et sur les actes des organes sociaux, commissaires du gouvernement et contrôleurs d'Etat). Cette superposition de contrôles aboutit à des contradictions. D'un côté, l'Etat intervient en tant qu'actionnaire, au titre de ses participations, qui lui permettent de prendre part à l'exercice du pouvoir décisionnel des organes sociaux. De l'autre, il intervient en tant que tuteur, en exerçant des contrôles exorbitants du droit commun qui tendent à limiter le pouvoir décisionnel de ces organes. En outre, pendant longtemps la fonction d'Etat actionnaire n'a pas été vraiment identifiée au sein de l'Etat, mais dispersée entre de multiples directions (du ministère de l'économie, des ministères de tutelle...). Tout cela a nui à l'efficacité de son contrôle.

Ce n'est qu'au milieu des années 1990 que la question du rôle d'actionnaire de l'Etat s'est véritablement posée, de façon brutale. Le scandale Crédit Lyonnais a engendré une profonde crise de légitimité de l'Etat actionnaire, à laquelle on a répondu par des réformes (dont les grandes lignes étaient déjà préconisées par le rapport Nora de 1968 sur les entreprises publiques). La volonté de mieux affirmer la fonction d'Etat actionnaire, afin d'accroître son efficacité, s'est traduite par son individualisation sur un plan organique, à travers notamment service des participations de l'Etat (1998) devenu en 2003 l'Agence des participations de l'Etat (APE). Il ressort de ses textes constitutifs qu'elle incarne l'Etat actionnaire, et qu'à ce titre elle défend principalement la logique patrimoniale. Parallèlement, on a assisté à une

progression de la logique patrimoniales dans des règles de droit public qui affectent directement la gestion des participations étatiques (notamment le droit budgétaire et la comptabilité publique). Tout cela contribue à une véritable institutionnalisation de la fonction d'Etat actionnaire, en tant que fonction patrimoniale.

Cependant, il ne faudrait pas ignorer les limites de ces réformes. L'Etat est toujours porteur d'intérêts variés et parfois contradictoires, cela continue à se traduire dans les institutions de l'actionnariat étatique. En même temps que la création de l'agence des participations de l'Etat, on avait annoncé une profonde réforme des modalités du contrôle des entreprises publiques, l'idée étant de supprimer les contrôles administratifs pour assurer l'efficacité des mécanismes du droit des sociétés. On attend toujours cette réforme. L'APE reste sous l'autorité du ministre l'économie, elle doit toujours avec compter les ministères techniques qui sont également représentés dans les conseils d'administration des entreprises dont l'Etat est actionnaire. Le discours selon lequel l'Etat actionnaire ne poursuivrait plus que des finalités patrimoniales est sans doute valable pour des entreprises concurrentielles, il l'est beaucoup moins pour des entreprises à fortes contraintes de service public. L'Etat actionnaire reste ponctuellement animé par d'autres finalités qui peuvent entrer en contradiction avec l'idée d'une gestion patrimoniale.

Les évolutions qui participent d'une vraie réforme de l'Etat actionnaire, sont relayées par d'autres facteurs juridiques d'évolutions, exogènes à l'Etat, plus puissants, car plus contraignants. C'est le cas du droit de la concurrence, en particulier le droit communautaire. Le droit des aides d'Etat et les règles de concurrence « privée » apparaissent comme un important facteur d'émergence juridique de la notion d'Etat actionnaire. L'Etat est de plus confronté de par ces règles à une obligation de délimiter son rôle d'actionnaire (propriétaire soucieux de rentabilité) par rapport à ses autres fonctions (de puissance publique, de régulateur, d'organisateur du service public). D'une manière générale le droit communautaire de la concurrence reconnaît à l'Etat la possibilité de poursuivre, à travers ses entreprises, des finalités d'intérêt général, à condition de le justifier au regard des règles du Traité. L'Etat s'aventure dans la sphère du marché, endossant les habits de l'actionnaire, et se trouve de ce fait confronté à des règles qui rejaillissent sur ses fonctions traditionnelles de puissance publique, dont il est contraint de mieux définir les contours, et les finalités d'intérêt général qu'il y poursuit.

Cet encadrement juridique est certes de nature à améliorer l'efficacité de l'Etat actionnaire, en rapprochant son comportement de celui d'un actionnaire privé. Mais il réduit en même temps la possibilité pour l'Etat de poursuivre discrétionnairement les finalités d'intérêt général qui avaient initialement motivé l'appropriation du capital d'entreprises. A mesure que l'actionnariat étatique gagne en densité juridique, il perd une partie de son intérêt. Ainsi, du point de vue de l'Etat, l'actionnariat constitue un instrument d'intervention très perfectionné et très malléable, mais aussi, et de plus en plus, une source de contraintes et de remises en question.