

UNIVERSITÉ PARIS-DAUPHINE

Institut Droit Dauphine

N° attribué par la bibliothèque

--

LES PRIVATISATIONS EN TUNISIE

THÈSE

Pour l'obtention du titre de
DOCTEUR EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement par
Dorra NOOMANE-BEJAOUI

JURY

Directeur de thèse : Monsieur François Pasqualini

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Rapporteurs : **Madame Amel Aouij-Mrad**

Professeur à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis

Madame Salma Khaled

Maître-assistante HDR à la Faculté de Droit et des Sciences Politiques de Tunis

Suffragants : **Monsieur Antoine Louvaris**

Professeur à l'Université Paris-Dauphine

Monsieur Chedly Ayari

Gouverneur à la Banque Centrale de Tunisie

Le Jeudi 4 décembre 2014 à 10h30

L’Université Paris-Dauphine n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier vivement Monsieur Le Professeur François Pasqualini pour la confiance qu'il m'a témoignée en acceptant la direction de mon travail doctoral. Je lui suis reconnaissante de m'avoir fait bénéficier tout au long de ces années de sa grande compétence, de sa rigueur intellectuelle et de sa grande disponibilité. Soyez assuré de mon attachement et de ma profonde gratitude.

Je suis particulièrement reconnaissante à Monsieur Le Professeur Antoine Louvaris de s'être rendu disponible pour la pré-soutenance, et de m'avoir prodigué maints conseils.

J'exprime également mes remerciements à l'ensemble des membres du jury, de l'intérêt qu'ils ont manifesté à l'égard de cette recherche et m'ont fait l'honneur de participer au jury de soutenance.

Je tiens aussi à mentionner le plaisir que j'ai eu à travailler au sein de l'Institut Droit Dauphine (I2D).

A titre plus personnel, les mots les plus simples étant les plus forts, j'adresse mon affection à mes parents pour leur soutien moral et affectif ininterrompu tout au long de mes études.

Il m'est impossible d'oublier mon frère et mes sœurs pour leur encouragement et leur soutien affectif.

Je remercie chaleureusement mon mari pour la grande patience et ses nombreux conseils tout le long de ma thèse.

Enfin, merci à toutes les personnes que je n'ai pas citées, mais qui se reconnaîtront dans ces quelques lignes.

Je dédie cette thèse à Sadry.

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

		Coord.	Sous la coordination de
Admin	administration, administratif		
AJDA	<i>Actualité juridique- Droit administratif</i>	CREP	Commission de restructuration des entreprises publiques
al.	alinéa	CRISP	Centre de recherche et d'information socio-politiques
Art.	article	CSC	Code des sociétés commerciales
Arr.	Arrêté	D.	Recueil Dalloz
Ass.	Assemblée	DA	Droit administratif
Banque	Revue banque	D. Aff.	Dalloz affaires
BIRD	Banque internationale pour la reconstruction et le développement	Dir.	Directive
BJCP	Bulletin de jurisprudence de contrats publics	DPCI	Droit et pratique du commerce international
BPI	Banque publique d'investissement	Dr. sociétés	Droit des sociétés
Bull.	Bulletin	Dr. soc.	Droit social
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation	éd.	édition
Bull. Joly	Bulletin mensuel d'information (Joly)	ex.	exemple
C. soc. com	Code des sociétés commerciales	Fasc.	Fascicule
CA	Cour d'appel	FMI	Fonds Monétaire International
CAA	Cour administrative d'appel	GREDEG	Groupe de recherche en Droit, en Économie et en Gestion
CAREPP	Commission d'assainissement et de restructuration des entreprises publiques	IACE	Institut arabe des chefs d'entreprises
Cass.	Cour de cassation	Ibid.	<i>ibidem</i>
CC	Conseil constitutionnel	IGF	Inspection générale des finances
CDE	Cahier de droit européen	in	dans
CE	Conseil d'État	infra	ci-dessous
CEDEJ	Centre d'études et de documentations économiques, juridiques et sociales	IORT	Imprimerie officielle de la République tunisienne
CERP	Centre d'étude de recherches et de publications	J.-Cl.	Juris-classeur
Chr.	Chronique	JCP	Semaine juridique – Édition générale
Circ.	Circulaire	JCP E	Semaine juridique – Édition entreprise
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes	JO	Journal officiel de la République française
CMF	Conseil du marché financier	JORT	Journal officiel de la République tunisienne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation	LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Concl.	Conclusions	LPA	Les petites affiches

Not.	Notamment
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
op. cit.	<i>opere citato</i> (ouvrage cité)
Ord.	Ordonnance
p.	page
préc.	précité
préf.	préface
PUF	Presse universitaire de France
PPP	Partenariats public-privé
RA	Revue administrative
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDP	Revue du droit public
Rev.	Revue
Rép. sociétés	Encyclopédie Dalloz (Sociétés)
Rec.	Recueil
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RFAP	Revue française d'administration publique
RFDA	Revue française de droit administratif
RF fin. publ.	Revue française des finances publiques
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJDE	Revue juridique de l'économie publique
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD	Revue tunisienne de droit
RTD com	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique
RTD eur.	Revue trimestrielle de droit européen
s.	suivant(s)
ss. dir	Sous la direction de
supra	ci-dessus
T.	Tome
UTICA	Union tunisienne de l'industrie, du commerce et de l'artisanat
V.	Voir
Vol.	Volume

SOMMAIRE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LE RÉGIME JURIDIQUE DES PRIVATISATIONS

TITRE I : LA PROCÉDURE D'UNE OPÉRATION DE PRIVATISATION
CHAPITRE I : LE CADRE CONSTITUTIONNEL DES PRIVATISATIONS
CHAPITRE II : LES MODALITÉS DES PRIVATISATIONS

TITRE II : LES EFFETS D'UN PROGRAMME DE PRIVATISATION
CHAPITRE I : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE L'ÉTAT ET DE LA NATION
CHAPITRE II : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES SOCIÉTÉS ET DU MARCHÉ

DEUXIÈME PARTIE : LES ALTERNATIVES AU RÉGIME ACTUEL DES PRIVATISATIONS

TITRE I : LES RÉFORMES DU CADRE GÉNÉRAL DES PRIVATISATIONS
CHAPITRE I : LES OPTIONS FONDAMENTALES
CHAPITRE II : LES RECOMMANDATIONS

TITRE II : LES RÉFORMES DE L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LE SECTEUR MARCHAND
CHAPITRE I: LA CONFIRMATION DE LA FONCTION DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE
CHAPITRE II : LES ALTERNATIVES À LA PRIVATISATION

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Intérêt de l'étude

1. Le retour en force de la doctrine libérale est sans conteste l'un des faits les plus marquants de la fin du 20^e siècle. Défavorable à l'intervention étatique dans le domaine économique, cette doctrine se justifie en présentant les échecs des expériences dirigistes pour rappeler les mérites de la loi du marché et œuvrer ainsi en vue de sa renaissance partout dans le monde¹.

La restauration de la loi du marché et la réduction de l'intervention étatique ont eu comme cible les pays en développement, avant d'atteindre ceux du bloc socialiste². Pour la plupart d'entre eux, lourdement endettés et ayant besoin de financement, les pays du Sud ont sollicité l'aide et l'appui des institutions internationales de financement³. En contrepartie, le Fonds Monétaire International et la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement leur ont imposés des programmes d'ajustement structurel standardisés, avec pour trame de fond un libéralisme certain. Ces programmes d'ajustement étaient axés autour d'une idée centrale : la réduction du poids de l'État et l'encouragement des initiatives privées. À cette fin, divers moyens sont prévus, tels que la réduction des investissements publics, la compression des dépenses de fonctionnement, la fin des monopoles publics et la réduction du secteur public à travers la privatisation des entreprises publiques.

2. Choisie par les gouvernements de droite dans les pays développés, et imposée par les bailleurs de fonds dans les pays en voie de développement, la privatisation des entreprises publiques a ainsi constitué, dès le début des années 1980, un phénomène largement répandu, pour devenir quasiment universel dans les années 1990, avec son application dans les pays de l'ex-bloc socialiste⁴.

¹ J.-P. HENRI, « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *RDP*, 1991, p. 631.

² V. Not. R. NOZICK, *Anarchie, État et Utopie*, PUF, 1988 ; G. SORMAN, *La nouvelle solution libérale*, Fayard, Paris, 1998 et *L'État minimum*, Albin Michel, Paris, 1985.

³ V. not., Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, éd. Économica, Paris, 1983 ; M.-F. L'HÉRITAU et Ch. CHAVAGNEUX, *Le Fonds Monétaire International et les pays du tiers-monde*, PUF, 2^{ème} éd., 1986.

⁴ V. à ce sujet, X. RICHET, « Privatisation et restructuration des entreprises en Europe de l'Est », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 314, p. 165 et s.

La tendance à la mondialisation de l'économie est un argument supplémentaire en faveur de la privatisation des entreprises publiques. En effet, depuis la fin des années 1980, tout le monde s'accorde à dire que le secteur public a souffert d'une inefficience économique entraînant des déséquilibres et des déficits commerciaux et budgétaires. Ce malaise a frappé aussi bien les pays en voie de développement que les pays développés, qui voyaient leurs unités de productions publiques s'affaiblir et s'effondrer devant l'intensification de la concurrence, qu'elle soit interne ou externe.

Dans les discours économiques et politiques prépondérants, l'initiative privée apparaît comme un gage d'efficacité et de rentabilité, sévèrement sanctionnée en cas d'échec alors que le secteur public est stigmatisé comme un havre de bureaucratie et d'irresponsabilité⁵. La concurrence commande à chaque entreprise d'être compétitive et capable de s'adapter rapidement aux changements, ce qui n'est pas le propre des entreprises publiques. En effet, celles-ci ont longtemps été soustraites à la discipline du marché, excessivement protégées et accablées par divers contrôles publics.

De ce constat, il est résulté que la légitimité même du secteur public économique, et en particulier des entreprises publiques, est sérieusement remise en cause. De nombreux pays ont donc opté pour la solution radicale de rupture avec le système en place, la privatisation de leurs entreprises publiques dans le but d'équilibrer les balances et de pouvoir ainsi affronter la concurrence. La Tunisie n'a pas échappé à ce mouvement général de transformation structurelle des économies, de même qu'elle n'a pas échappé aux débats et aux tensions sur ce sujet.

Objet de l'étude

3. La Tunisie a été parmi les premiers pays à se lancer dans un vaste programme de privatisation de ses entreprises publiques. Annoncé vers la fin de l'année 1986, il a été consacré dans le VII^e plan de développement économique et social⁶.

Le choix de l'État tunisien de se désengager de ses entreprises publiques vient en même temps constater l'échec des différentes réformes jusqu'alors tentées, et mettre fin par conséquent, au développement croissant du secteur public économique⁷.

⁵ F. BANCEL, « Le processus de privatisation : la spécificité française », in F. DION, (coord.), *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, La documentation française, Paris, 1995, p. 17.

⁶ 1987-1991.

⁷ M. DURUPTY, « La restructuration du secteur public en Tunisie », *RA*, 1986, p. 283.

Au lendemain de son indépendance, la Tunisie, à l'instar de nombreux pays en développement, opta pour un modèle de développement socialiste, axée sur la planification centralisée de l'économie, la mise en place d'un vaste domaine englobant la majeure partie des secteurs d'activité. Dans cette stratégie, le secteur national fut marginalisé et orienté essentiellement vers le textile et la petite industrie alimentaire.

L'essor du secteur public tunisien postindépendance est lié à plusieurs facteurs. Durant les premières années d'indépendance, la création d'entreprises publiques était une nécessité nationale⁸. D'une part, l'inexistence de capitaux privés tunisiens capables d'assurer la relève des colons ; ensuite le besoin de « tunisifier » l'économie et de répondre aux aspirations de bien-être des tunisiens. Plusieurs entreprises publiques ont donc été créées vers la fin des années 1950, dans les métiers de la banque, de l'assurance, et du transport. À partir des années 1960, le domaine des entreprises publiques tunisiennes a connu un développement spectaculaire⁹. En effet, le nombre des entreprises publiques a augmenté de manière exponentielle, par voie de nationalisation ou de transformation d'organismes hérités de la période coloniale¹⁰.

Bien que dominée par une politique économique se réclamant du libéralisme, la décennie 1970-1980 est également marquée par la création de nouvelles entreprises publiques. Cette tendance reste perceptible jusqu'au début des années 1980.

Ainsi, en suivant un rythme plus ou moins régulier, le secteur des entreprises publiques en Tunisie s'est considérablement étendu depuis l'indépendance. Par conséquent, à l'aube de la consécration de la mise en œuvre du programme de privatisation, le poids du secteur public était colossal en matière d'investissement, d'emploi, de masse salariale...

4. Cette étude porte sur le phénomène des privatisations des entreprises publiques en Tunisie. Après avoir précisé cet objet, il convient de le situer au regard de questions voisines qui seront évoquées, mais ne constitueront pas le cœur de l'étude.

Le terme « privatisation » s'est imposé mondialement au tournant des années 1980. Un ex-conseiller économique du Président américain Ronald Reagan aurait contribué à populariser

⁸ A. GRISSA, « Le secteur public et le rôle de l'État », *Institut arabe des chefs d'entreprises*, 1992, p. 163.

⁹ M. BEN LETAIEF, *L'État et les entreprises publiques en Tunisie : les mutations du contrôle*, préf. H. Ben Saleh et G. Marcou, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 16.

¹⁰ Entre 1964 et 1970 plus d'une centaine d'entreprises publiques furent créées.

ce vocable et à lui donner droit de cité au plan mondial¹¹. Selon le *Financial Times*, la privatisation est devenue l'un des phénomènes les plus marquants des années 1980¹², qui n'est pas limité à un pays ou à un continent.

Après avoir donné lieu à une floraison de thèses et d'études au cours des années 1980 et 1990¹³, aussi bien en France qu'en Tunisie, la question est tombée presque dans l'oubli ces quelques dernières années. Alors même que des entreprises publiques font encore l'objet de privatisation, la doctrine s'est désintéressée de la question, pour se concentrer sur des sujets tels que l'État actionnaire, ou les modalités du contrôle de l'État sur ces entreprises.

Néanmoins, il s'agit là d'un processus inachevé, puisque les différents systèmes juridiques et économiques n'ont pas tous atteint le même degré d'avancement en la matière. Par conséquent, l'étude des procédures de privatisation des entreprises publiques conserve, malgré tout, une actualité certaine permettant d'alimenter un travail de nature juridique.

5. Définir le concept de privatisation en Tunisie est un travail particulièrement difficile, puisque les circonstances de sa consécration textuelle ont longtemps été considérées comme critiquables : en cause, les conséquences sociales qu'on lui imputait¹⁴.

Il est possible de définir de terme de « privatisation » de deux manières. *Stricto sensu*, la privatisation concerne le transfert, à titre définitif, d'une entreprise publique au secteur privé¹⁵. Cette notion est parfois entendue plus largement, comme étant toute cession de participations étatiques, même minoritaires. L'emploi du terme privatisation vise également les mesures opérant le transfert temporaire d'activités exercées par un organisme public au secteur privé et les délégations d'activité du secteur public au secteur privé. Y sont donc incluses les opérations de sous-traitance, d'affermage, de régie et de concessions.

¹¹ R. HEMMING et A. MANSOOR, « Privatisation des entreprises publiques », *Occasional paper FMI*, févr. 1987, p. 56.

¹² A. MAHJOUR, « État, secteur public et privatisation en Tunisie », *Annuaire de l'Afrique du nord*, Tome XXV, CNRS, 1987, p. 305.

¹³ Parmi ces ouvrages, on peut citer : L. ABDELADIM, *Les privatisations d'entreprises publiques dans les pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie) : étude juridique*, Les éditions internationales, 1998 ; K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001 ; P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck Université, Bruxelles, 1995 ; N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, préf. Cl. Champaud, LGDJ, Paris, 2002.

¹⁴ A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 111.

¹⁵ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998, n° 630.

Seule la définition au sens strict de la privatisation nous intéressera dans le cadre de notre étude.

Contexte historique

6. Un programme de privatisation est un mouvement hétérogène, car il souffre des effets de la diversité des situations dans lesquelles il intervient. Dans la pratique, il se distingue d'un pays à un autre par son envergure, par la nature et l'état des entreprises concernées, par le niveau de développement et les spécificités du contexte dans lequel il se déroule.

La politique de privatisation tunisienne, fut l'un des maillons essentiels des programmes de redressement économique et s'est insérée de manière constante et invariable dans cette stratégie globale de restructuration et de relance de l'économie. Le programme de privatisation mis en œuvre devait améliorer la performance du secteur productif tout en permettant, par une réduction des subventions, de diminuer le déficit des finances publiques.

Dans la réalité, il apparaît que la privatisation consiste plutôt en une reconstruction de l'État face aux enjeux socio-économiques sociétaux qui l'envahissent, tels que par exemple, la montée de la pauvreté et le chômage des nouveaux diplômés.

7. C'est dans ce contexte de crise majeure qu'a eu lieu le *printemps arabe*, qui a lourdement impacté la mise en œuvre du programme de privatisation tunisien.

Le 17 décembre 2010, l'immolation d'un jeune diplômé tunisien, originaire du sud du pays, lance les prémisses de la contestation en Tunisie. Après à des manifestations de grande échelle et des grèves générales orchestrées par le principal syndicat des ouvriers, le président tunisien Ben Ali prit la fuite vers l'Arabie Saoudite le 14 janvier 2011. La Tunisie inaugura alors une vague de protestation dans le monde arabe, venant de peuples soumis à l'arbitraire et à la brutalité de régimes autoritaires et corrompus.

Une assemblée constituante fut élue le 26 octobre 2011, ayant pour mission de rédiger une nouvelle Constitution. Durant trois ans, les tunisiens ont fait face à des crises gouvernementales, des blocages institutionnels, des débats houleux à la constituante, des manifestations, tant dis que des citoyens anonymes ou des députés payaient de leur vie leur attachement à la liberté, pour finalement aboutir à l'adoption de la Constitution de la II^{ème} République tunisienne le 26 janvier 2014.

Les prochaines étapes : les élections législatives¹⁶ et présidentielles¹⁷. Des élections censées sortir le pays de cette phase transitoire qui n'aura que trop duré.

Problématique et plan

8. Imposée ou procédant d'une stratégie spontanée ou volontaire, la privatisation a-t-elle vraiment atteint les objectifs espérés ? Quel est le véritable visage de la privatisation aujourd'hui ? Quels sont les fondements théoriques ? Que pouvons-nous retenir des études empiriques sur le sujet ?

9. Les débats idéologiques de principe qui ont eu cours durant les années 1980 sur l'opportunité des privatisations, font place aujourd'hui à un large consensus. Désormais, les préoccupations portent sur la définition des conditions optimales permettant leur réussite. Le chapitre préliminaire de cet ouvrage retrace ces controverses idéologiques, utiles à la bonne compréhension du sujet.

La présente recherche fait l'objet de deux parties, qui seront traitées selon une approche comparative entre le droit français et le droit tunisien. La France et la Grande-Bretagne demeurent parmi les pays ayant le plus privatisé et sont souvent citées dans la littérature traitant de la privatisation en raison de l'ampleur et du succès de leurs programmes de privatisation. Cette réussite se traduit par la réalisation des principaux objectifs fixés à savoir, la réduction du poids du secteur public dans l'économie, l'assainissement des finances publiques, le développement du marché financier et l'évolution remarquable de l'actionnariat populaire et salarié¹⁸.

10. La première partie s'intéresse au régime juridique des privatisations.

Le titre premier décrit, avec une analyse critique, l'organisation juridique du processus de privatisation en Tunisie. Ainsi, il examine les textes législatifs et réglementaires organisant le processus de privatisation, les règles de transfert et d'évaluation des entreprises à privatiser, les mesures visant à favoriser l'actionnariat salarié et populaire dans les deux pays étudiés. Par ailleurs, il s'intéresse également à l'examen des modalités et des techniques les plus

¹⁶ Prévues pour le 26 octobre 2014.

¹⁷ Fixées au 23 novembre 2014.

¹⁸ M. DURUPTY, *Les privatisations en France*, Notes et Études documentaires, La documentation française, Paris, 1998, p. 108.

couramment utilisées dans les programmes de privatisation. Dans un deuxième temps, cette première partie tente de mettre en évidence les effets d'un programme de privatisation, tels que les règles visant à conserver les intérêts de l'État, des sociétés nouvellement privatisées et du marché.

11. La deuxième partie est consacrée à l'étude des alternatives au régime actuel des privatisations. L'état des entreprises publiques à privatiser, le manque de repreneurs ayant les capacités financières et managériales suffisantes, la crainte des investisseurs étrangers, les contraintes sociales et politiques dues à l'héritage de l'ancien système, la rapidité et le manque de préparation dans la mise en œuvre des privatisations, sont autant de facteurs justifiant la lenteur et l'insuccès de nombreux programmes de privatisation. Ces différentes causes sont étudiées dans un premier temps, et justifient une reconsideration des théories plus traditionnelles de la privatisation.

On considère aujourd'hui que la privatisation n'est pas en soi un élément suffisant de création de concurrence sur les marchés, mais qu'elle est une mesure de réforme parmi d'autres permettant la mise en place d'une économie gouvernée par les mécanismes de marché. Le renouveau de la doctrine économique approuve également la nécessité d'une mixité de l'économie, en soutenant que les performances économiques d'un pays sont le résultat d'une alliance de la prouesse du secteur public et du secteur privé. L'étude des partenariats public-privé dans les deux pays retenus s'impose donc, comme étant une recherche de solutions alternatives à la privatisation des entreprises publiques. Par ailleurs, la figure de l'État actionnaire minoritaire s'est suffisamment développée pour poser de nouveaux défis en terme de gouvernance.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LES CAUSES THÉORIQUES ET PRATIQUES DE LA PRIVATISATION

12. Le chapitre introductif a pour but d'identifier les raisons qui sous-tendent à un programme de privatisation, aussi bien dans les pays développés que dans les pays en voie de développement. Pour la clarté de la présentation, nous pouvons dégager deux catégories de fondements : théoriques (**Section 1**) et pratiques (**Section 2**).

Section 1 : Les causes théoriques de la privatisation

13. La privatisation est un choix politique. Il s'agit d'une décision ayant trait au rôle de l'État dans le domaine économique et juridique, mais son caractère politique est indéniable. Là où l'idée de privatisation a été lancée, elle a toujours donné lieu à des débats politiques et suscité des discussions doctrinales, provoquant même des résistances.

14. L'analyse des expériences étrangères révèle que le contexte, les causes, les objectifs et les forces en présence rendent spécifiques les expériences et les programmes de privatisation. La transposition du modèle occidental de privatisation dans des contextes particuliers comme les économies de l'Afrique, ne peut produire les mêmes effets, et risque même de produire des effets opposés. En effet, les techniques de privatisation exigent toute une série de pré-conditions économiques, que l'on ne retrouve que dans les situations où l'économie de marché est pleinement constituée¹⁹, et à une moindre échelle, dans un environnement de transition économique où les mécanismes de marché existaient à des niveaux secondaires. En Tunisie, bien que la question des privatisations n'avait pas suscité de controverses à la mesure de celles enregistrées dans les pays développés²⁰, le problème de l'opportunité s'est quand même posé.

Les privatisations constituent un phénomène en pleine expansion (*Paragraphe 1*), avec des enjeux majeurs pour les économies nationales (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Un phénomène mondial en pleine expansion

15. Initié au cours des années 1980 dans les pays anglo-américains (Grande-Bretagne et États-Unis), la privatisation des entreprises du secteur public s'est progressivement étendue, aussi bien géographiquement (pays développés ou pays en développement) que sectoriellement (privatisation des nouveaux secteurs d'activités).

La motivation politique d'engager la privatisation des entreprises publiques est sous-tendue tant par des pressions externes exercées par les institutions internationales de financement que par des contraintes endogènes induites par l'échec du système économique en place.

¹⁹ W. ANDREFF, *Les privatisations à l'Ouest, un modèle exportable ?*, L'Harmattan, 1995, p. 23.

²⁰ M. BAZEX, « La Privatisation stade suprême de l'interventionnisme ? », *RFDA*, 1994, p. 285 et s.

16. Dans les pays développés tels que la France ou la Grande-Bretagne, les privatisations avaient été adoptées à la suite d'un changement de majorité (A). Elles ont été rendues faciles grâce à une épargne privée consistante, à un marché de capitaux développé et à un marché boursier dynamique²¹. En Tunisie, de telles conditions n'existaient pas : l'adoption du choix de la privatisation atteste de son caractère dicté (B).

A/ En Tunisie : une pression venue de l'extérieur

17. Les privatisations sont au cœur du plan d'ajustement structurel (PAS) adopté par la Tunisie en 1986²². Le caractère néo-libéral de la stratégie véhiculée par ce plan est sans conteste l'œuvre du Fonds Monétaire International (FMI). Sous des apparences négociées mais réellement imposées (2), ce plan marque le passage de la Tunisie sous la tutelle des institutions de *Bretton Woods* largement dominées par les pays de l'OCDE et surtout par les États-Unis²³. Ce choix imposé a été rendu possible par un contexte économique et financier de crise (I).

1- Un contexte de crise

18. Présentant des signes précurseurs depuis 1980, la crise économique en Tunisie n'a été rendue publique et reconnue par le gouvernement qu'en 1986, et ce à travers son programme de redressement économique présenté devant la Chambre des députés le 19 août 1986. En effet, la chute du « gouvernement *Nouira* », en février 1980, coïncida avec le début d'une période de détérioration accélérée de la situation économique et financière. La croissance économique enregistrée dans les années 1970 fut réalisée au prix d'une aggravation de la dépendance de la Tunisie vis-à-vis de l'extérieur. Dès 1982, la dégradation de la situation économique évolua à un rythme alarmant. En effet, la croissance du PIB avait connu une réduction sensible : son taux réel par habitant au cours des deux années 1982 et 1986 fut même négatif. Corrélativement, le chômage s'aggravait et le pouvoir d'achat des salariés avait connu une importante détérioration à la suite du gel des salaires décidé à partir de 1983.

²¹ G. LONGUEVILLE et J.-J. SANTINI, *Les privatisations à l'étranger*, Notes et Études Documentaires, La documentation française, Paris, 1986, p. 5 et s.

²² V. à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 125 et s.

²³ V. à ce sujet, M.-F. L'HÉRITAU, *Le Fonds Monétaire International et les pays du tiers-monde*, PUF, Paris, 1986.

19. Cette situation économique de récession fut doublée d'une conjoncture politique tourmentée empêchant toute stratégie économique à long terme : la guerre à la succession de Bourguiba battait son plein. Pour faire face à cette situation fâcheuse, le gouvernement tunisien misa sur la rationalisation de la consommation, la maîtrise de l'investissement et, surtout, l'impulsion des exportations. Malheureusement, avant leur mise en œuvre, ces mesures étaient devenues inopérantes en raison de la survenance de certains facteurs négatifs : une mauvaise récolte agricole et une réduction des recettes touristiques ainsi qu'une migration accrue des travailleurs tunisiens à l'étranger.

Avec une dette représentant 60 % du PNB, la Tunisie s'est trouvée confrontée à une véritable crise des paiements extérieurs. L'État était contraint d'emprunter rien que pour faire face aux dettes accumulées. En effet, la Tunisie n'a pas su se prémunir contre les chocs ayant affectés la plupart des pays en développement, dès le début des années 1980 : chute des prix des principaux produits d'exportation, flambée des taux d'intérêt réels mondiaux, tarissement des flux de capitaux internationaux.

À la fin du premier semestre de l'année 1986, le problème de l'insolvabilité de l'État tunisien était inquiétant. Les déficits structurels du secteur public et leur poids excessif sur le budget de l'État ont mis la Tunisie en crise et l'ont amenée à conclure des accords de prêts avec le FMI dans le cadre du réajustement structurel de l'économie tunisienne²⁴. Ainsi, l'État avait l'obligation de recourir aux facilités du FMI ainsi qu'aux prêts de la Banque Mondiale. Dans ces accords, l'une des conditions d'octroi des prêts est l'engagement de la Tunisie à céder une grande partie de ses entreprises publiques au secteur privé. C'est donc dans ce contexte politico-économique que le choix de la Tunisie de recourir aux privatisations a vu le jour, mais c'est plutôt un choix imposé.

²⁴ M. MIDOUNE, « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Économiques*, 1993, p. 131.

2- *Le caractère imposé de la privatisation*

20. À l'image d'autres pays en développement, la Tunisie choisit la privatisation sous la pression des organismes financiers internationaux²⁵. Si, durant les années 1970, le FMI et la Banque Mondiale n'ont pas contesté le secteur public dans les pays en développement, on constate un changement dans leur attitude dès le début des années 1980. Désormais, la privatisation est présentée comme étant la solution ultime pour redresser les graves déséquilibres économiques et financiers causés par l'expansion du secteur public. Selon la Banque Mondiale, « il ne faut pas envisager ces mesures comme des remèdes instantanés, mais dans la perspective d'un processus visant à remplacer les lourdeurs de l'administration centrale par les mécanismes du marché ».²⁶

Avant de s'adresser au FMI et à la Banque Mondiale, les responsables tunisiens savaient que le contenu du Programme d'Ajustement Structurel est sans conteste libéral. En effet, le rapport du FMI remis au gouvernement tunisien en 1983 proposa la réduction des subventions à la consommation ainsi que des transferts financiers aux entreprises publiques. Par ailleurs, le rapport de la Banque Mondiale de septembre 1985, connu sous le nom de « rapport BELA BELASSA »²⁷, est d'une importance capitale. Contrairement aux années 1960 et 1970, où la Banque Mondiale n'avait qu'un rôle de conseiller, désormais, elle s'est sentie en mesure de dicter sa politique à la Tunisie ainsi que ses orientations économiques.

21. Le programme de redressement économique d'août 1986 n'était qu'une reprise quasi intégrale des recommandations formulées par le Professeur Bela BALASSA. Ce rapport comportait deux volets fondamentaux : diagnostics et recommandations. Le premier volet constatait que la détérioration de la situation macro-économique était la résultante de facteurs clés : d'une part, l'accroissement des dépenses publiques et privées à un rythme plus rapide que celui du PIB, d'autre part, le recul de la progression des exportations. S'agissant du deuxième volet, celui des recommandations, trois types de mesures étaient présentés : compression de la demande, encouragement des exportations, réduction du poids de l'État.

²⁵ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 37 et s.

²⁶ Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, éd. Économica, Paris, 1983, p. 98.

²⁷ B. Ballassa, Banque Mondiale, 1989.

Après avoir favorisé pendant presque vingt ans la grosse industrialisation par la mobilisation d'importants financements, la Banque Mondiale avait tenté désormais d'ouvrir l'économie tunisienne au privé et à la concurrence. Une grande partie de ces recommandations fut imposée par le FMI pour accorder à la Tunisie des facilités financières²⁸. Parmi les mesures phares, la privatisation de l'appareil industriel et d'une partie des services.

À partir de 1986, le gouvernement tunisien appliqua presque à la lettre ces mesures. C'est ainsi que la Banque Mondiale accorda deux prêts sectoriels, dont l'un était destiné à privatiser plus de la moitié des 560 entreprises publiques. Par ailleurs, un accord de prêt était signé avec le FMI qui devrait être décaissé par tranche en fonction de la bonne application du programme d'ajustement. Le gouvernement tunisien s'avérant être discipliné, le FMI envoya dans les principaux pays donateurs, début 1987, ses émissaires afin de les inciter à soutenir financièrement la politique tunisienne de redressement.

La politique de redressement fut appliquée par les gouvernements successifs en essayant tant bien que mal, de concilier la version ultralibérale de l'ajustement avec la nécessité de contenir les frustrations des couches populaires ainsi que le mécontentement d'une partie des industriels qui formulaient des inquiétudes de voir se disperser la protection dont ils bénéficiaient à l'égard de la concurrence étrangère.

Par conséquent, ce double impératif contradictoire fut à l'origine des quelques problèmes entre Tunis et ses bailleurs de fonds : la Banque Mondiale recommandait d'aller plus vite en matière de vérité des prix, de restriction des crédits et de libéralisation des échanges, alors que les autorités prenaient leur temps, seule défense qu'elles trouvèrent en l'absence de stratégie alternative de sortie de crise.

²⁸ C. AYARI, « Crise et ajustement : un bref ajustement », *Revue tunisienne d'économie et de gestion*, vol. 17, n° 10, déc. 1992, p. 11 et s.

B/ En France : des contraintes endogènes

22. Le processus de privatisation, enjeu au départ d'un duel entre la droite et la gauche (1), a progressivement laissé place à un relatif consensus qui a permis la privatisation de nombreuses entreprises publiques (2).

1- Le contexte

23. En France, les nationalisations sont intervenues au lendemain des deux guerres mondiales, ainsi qu'au début des années 1980, les crises qui en découlaients ont conduit à augmenter la taille de la sphère publique.

Après la Première Guerre mondiale, deux facteurs expliquèrent l'interventionnisme étatique : l'État français devait gérer les biens confisqués à l'Allemagne après le traité de Versailles et aider au redressement d'une économie fortement affaiblie par la guerre. Pour ce faire, de nouveaux établissements financiers virent le jour, citons pour exemple le Crédit national, la Caisse nationale de crédit agricole, la Banque française du commerce extérieur...

L'État a dû également intervenir massivement pendant la grande crise des années 1930, avec en particulier la création d'Air France, née du regroupement de compagnies en difficultés. À la libération, un consensus a vu le jour entre les différents courants ayant participé à la Résistance, afin de rendre l'État un acteur économique majeur. L'ensemble de la classe politique milita pour le renforcement de l'indépendance nationale en donnant à l'État les leviers du pouvoir économique. Après le départ du pourvoir du général de Gaulle, le programme de nationalisations s'est poursuivi.

Entre 1946 et 1981, le développement du secteur public ne prit plus la forme de nationalisations, exception faite pour l'énergie électrique des départements d'outre-mer²⁹. En effet, l'État réserva ses crédits d'investissements pour la création de nouvelles entreprises publiques afin d'affirmer la présence de la France dans des domaines jugés stratégiques.

24. Cependant, dès le milieu des années 1960, des critiques commencèrent à apparaître concernant la taille du secteur public en France. En 1967, le rapport Nora mit en cause

²⁹ L. n° 75-622, 11 juill. 1975, relative à la nationalisation de l'électricité dans les DOM.

l'influence néfaste du secteur public en matière de concurrence, de tarification, et d'autonomie de gestion³⁰. Les rapports Vedel³¹ et Bonnefous³² critiquèrent la politique de financement des entreprises publiques ainsi que l'augmentation du nombre de filiales dépendant de l'État. Malgré ces critiques, la gauche, pendant les années 1970, adopta un programme prévoyant un seuil minimal de nationalisation en cas de victoire électorale, l'objectif étant de restituer à la Nation des biens qui devaient servir l'intérêt général, constituer « le fer de lance d'une grande politique industrielle »³³ et instaurer dans l'entreprise une nouvelle citoyenneté.

Après 1981, il fut question des nationalisations du plan Mauroy. Ce plan reposait sur un corpus à la fois idéologique et économique. Les principes qui conduisirent aux nationalisations de cette période sont différents. Elles eurent un caractère stratégique et intervinrent dans des secteurs qui ne sont pas en difficultés, sauf pour quelques secteurs comme la sidérurgie. En nationalisant simultanément des segments clés de l'appareil productif et du système financier, l'État se donna les moyens d'intervenir massivement et directement dans le fonctionnement de l'économie. L'objectif visé est d'orienter plus facilement les choix industriels et de réduire le poids des contraintes de court terme dans les décisions des entreprises. Ainsi, la loi du 11 février 1982³⁴ nationalisa cinq sociétés industrielles, trente-neuf banques, et deux compagnies financières. D'autres dispositifs permirent à l'État de prendre le contrôle de plusieurs autres sociétés, dans des secteurs de base en crise et dans des industries de pointe ou de technologie avancée, par des prises de participations ou le rachat de filiales.

25. Les implantations sectorielles opposèrent l'ancien secteur public d'entreprises, concentré dans l'énergie et dans les transports, et le nouveau, davantage implanté dans les banques, les biens intermédiaires et les biens d'équipement. Cependant, le secteur public resta faible dans les industries agricoles et alimentaires, les biens de consommation courante, les services marchands, le commerce, le bâtiment et les travaux publics.

³⁰ S. NORA, *Rapport sur les entreprises publiques*, avril 1967, La Documentation française, Paris, 1968.

³¹ G. VEDEL, « La technique des nationalisations », *Dr. soc.*, févr.-mars, 1946.

³² E. BONNEFOUS, Rapport n° 475, (seconde session ordinaire de 1977-1978), fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, *J.O.* Document Sénat.

³³ P. Mauroy, Premier ministre à L'Assemblée nationale le 13 oct. 1981.

³⁴ L. n° 82-155, 11 févr. 1982 sur les nationalisations.

En 1983, l'État détint ainsi les commandes d'une partie importante de l'appareil productif et se trouva en mesure de mener une politique de volontarisme industriel. Mais la France sembla être à contre-courant de la plupart des politiques menées à cette époque et notamment celles de la Grande-Bretagne de Margaret Thatcher³⁵ et des États-Unis de Ronald Reagan³⁶.

26. Il est difficile de réaliser un bilan complet des nationalisations des années 1982. Cependant, il est incontestable que l'État a véritablement aidé certaines sociétés en difficultés à sortir de la crise, et que les résultats des entreprises qui ont été sous le contrôle de l'État pendant cette période se sont considérablement améliorés. Par ailleurs, les nationalisations ont permis de réorganiser l'appareil industriel français : l'actionnaire public a procédé à des restructurations qui se seraient sans doute déroulées plus difficilement si les entreprises étaient restées privées. De nombreuses entreprises publiques sont devenues, dans les années qui ont suivi leur nationalisation, des groupes de dimension mondiale.

Les objectifs initiaux assignés aux nationalisations n'ont pas été remplis. La politique industrielle volontariste a buté sur la contrainte extérieure et sur ses déficits. Dès 1983, la rigueur l'emporta sur les autres considérations : le secteur public fut mis au service d'une politique de limitation des salaires et de lutte contre l'inflation, la politique sociale et la démocratie d'entreprise ne résistèrent pas à la nécessité de privilégier des impératifs de rentabilité afin de respecter les grands équilibres financiers. En définitive, les nationalisations ne traduisirent pas, comme prévu, une rupture importante avec la situation d'avant 1981 en matière de politique industrielle.

27. Le processus de privatisation en France est donc le reflux des vagues de nationalisations qui ont mené jusqu'en 1986 à un secteur public très développé, caractéristique d'une économie largement administrée. Aux nationalisations devaient nécessairement répondre les privatisations.

³⁵ Margaret Thatcher élue Première ministre de la Grande-Bretagne en 1979.

³⁶ Ronald Reagan élu Président de la République des États-Unis en 1980.

2- *L'évolution du mouvement de privatisation en France*

28. Les nationalisations de 1981-1982 étaient au centre du débat politique français : pour les uns, elles constituaient un élément central du socle du changement en donnant enfin à l'État propriétaire les moyens de sa politique économique, financière et sociale, et pour les autres, elles étaient incompatibles avec la libéralisation marquée de l'économie fondée sur le libre jeu des marchés³⁷. Ce débat domina la vie politique et économique française pendant toute la décennie des années 1980.

29. Le processus de privatisation, enjeu au départ d'un duel entre la droite et la gauche, a progressivement laissé place à un relatif consensus qui a permis la privatisation de nombreuses entreprises publiques en trois phases principales. L'arrivée au pouvoir de la droite en 1986 marqua le début du mouvement de reflux des entreprises du secteur public. Monsieur Jacques Chirac, alors Premier ministre sous la présidence de François Mitterrand, se lança dans une première phase de privatisation. La loi du 2 juillet 1986³⁸ prévoyait la privatisation, dans un délai de cinq ans, d'une soixantaine d'entreprises publiques. La liste de ces entreprises publiques incluait l'ensemble des banques et des compagnies d'assurances nationalisées en 1945 et en 1982, ainsi que des entreprises du secteur de la communication et des sociétés industrielles.

Cette première vague de privatisation fut importante : en effet, une trentaine d'entreprises passèrent du secteur public au secteur privé³⁹. Durant cette courte période, le gouvernement français céda en une seule année autant d'actifs que le gouvernement britannique au cours des cinq premières années de l'ère Thatcher.

Le choix d'une telle politique reposa sur plusieurs arguments d'inspiration libérale : d'abord, le poids du secteur public était trop élevé, ce qui altérait le bon fonctionnement des règles de concurrence ; ensuite les entreprises publiques ne pouvaient pas se procurer des ressources

³⁷ D. CARREAU et R. TREUHOLD, « La nouvelle loi de privatisation ou l'annonce prématurée de la mort de Colbert », *D.* 1993, Chron., p. 231.

³⁸ L. n° 86-793, 2 juill. 1986, autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

³⁹ Les entreprises privatisées comportaient : six banques (le Crédit commercial de France, la Société générale, la Caisse nationale de crédit agricole, la Sogénal, la BBTP et la BIMP), deux groupes financiers (Suez et Paribas), quatre groupes industriels (Saint Gobain, Alcatel-Alsthom, Matra et la Compagnie générale de construction téléphonique), la compagnie générale d'électricité, un groupe pétrolier (Elf Aquitaine), deux groupes de communication (l'agence Havas et TF1).

longues dans des conditions comparables aux entreprises privées, ce qui entravait leur développement ; enfin, les privatisations permirent d'engendrer des recettes exceptionnelles.

30. Le programme français fut le seul à l'échelle européenne à avoir connu une accélération de son rythme d'exécution avant d'être stoppé par la crise boursière internationale. En effet, le programme de privatisation a pris fin brutalement, avant même la réélection de François Mitterrand, à cause de l'effondrement boursier d'octobre 1987. L'éviction de la droite aux élections présidentielles de 1988, mit fin au processus de privatisation effectuée par la mise sur le marché de la majorité du capital. Mais, sous d'autres formes, les privatisations se poursuivirent.

Lors de sa réélection à la présidence de la République, François Mitterrand, dans sa *Lettre aux Français* de mars 1988, se prononça en faveur du *statu quo* : « Ni nouvelles privatisations, ni nouvelles nationalisations »⁴⁰. Deux principales raisons expliquèrent ce compromis : d'une part, le Président dut respecter le vote des français, d'autre part, le coût financier des nationalisations de 1982.

Malheureusement, ce dogme fut battu en brèche sous la pression tant d'une grande partie des dirigeants des groupes publics que d'une opinion qui évoluait. En effet, durant cette période, des privatisations partielles ont eu lieu. Dans certaines entreprises publiques, des opérations financières permirent à l'État de diminuer son contrôle, en évitant cependant de descendre sous la barre des 50 %.

31. Cette doctrine du « ni-ni » ne traduisait pas un véritable changement de politique par rapport aux précédents gouvernements. Les entreprises qui retrouvèrent une situation financière saine cherchèrent à conquérir leur autonomie et à s'affranchir de la tutelle étatique, qui ne put s'y opposer dans la mesure où l'État n'avait pas les moyens de les recapitaliser. Entre 1988 et 1993, les gouvernements successifs ont accepté que des entreprises du secteur public se refinancent en vendant une partie de leur capital sur les marchés financiers⁴¹. Notons que la vente par l'État d'une partie de ses actifs et les augmentations de capital n'eurent pas les mêmes conséquences sur le budget de l'État. En effet, dans le premier cas,

⁴⁰ La règle du « ni-ni ».

⁴¹ Crédit local de France, Rhône-Poulenc, Elf Aquitaine, Total.

c'est l'État qui généra pour lui-même des recettes nouvelles, dans le second, c'est l'entreprise publique qui récupéra l'argent que l'État n'avait pas pu lui procurer.

Par ailleurs, pendant les cinq dernières années de gouvernement socialiste, la frontière délimitant le secteur public évolua : au cours de l'année 1992, 450 entreprises intégrèrent le secteur public, alors que 300 l'abandonnèrent. Les sorties du secteur public relevèrent de cessions de participation ou de restructurations internes. Les entrées s'expliquèrent notamment par le mouvement de filialisation entrepris par les groupes publics et par des prises de participations majeures.

À partir de 1993, après le nouveau changement de majorité parlementaire, les gouvernements Balladur et Juppé reprirent le processus de privatisation interrompu en 1988. La loi de 1993⁴² habilita le gouvernement à privatiser une vingtaine d'entreprises, dont la moitié figurait déjà sur la liste des privatisables en 1986.

Mais l'annonce de ce nouveau programme de privatisation fut moins prononcée qu'en 1986. En effet, l'échec des expériences collectivistes en Europe de l'Est et dans l'ex-Union soviétique, l'abandon progressif de la politique du « ni-ni », l'incapacité financière de l'État actionnaire ainsi que les difficultés issues de la construction européenne conduisirent à une banalisation de la privatisation⁴³. Néanmoins, le programme fut ambitieux.

La troisième vague de privatisation eut lieu à partir de 1997, et, depuis, les privatisations se sont succédées à un rythme accéléré. On notera par ailleurs un regain pour les privatisations à partir de 2002, avec une légère pause durant l'année 2003.

⁴² L. n° 93-923, 19 juill. 1993 de privatisation.

⁴³ M. DURUPTY, « Commentaire de la loi de privatisation n° 93-923 du 19 juillet 1993 », *AJDA*, 1993, p. 712.

Paragraphe 2 : Les enjeux des privatisations

32. Les privatisations sont à l'ordre du jour dans la plupart des pays : dans les pays pratiquant depuis longtemps l'économie de marché, les pays en voie de développement, ou les pays appartenant à l'ancien bloc socialiste. Ce changement dans la manière de gérer les derniers publics, appelle à réfléchir sur les différentes conceptions que peut prendre la gestion publique (**A**), et sur les contours théoriques de la privatisation (**B**).

A/ Les différentes conceptions de la gestion publique

33. La privatisation est une véritable politique avec des conséquences sociales importantes et une signification profonde sur le rôle de l'État. Il s'agit de débattre sur les deux conceptions possibles de la gestion publique, deux visions *a priori* alternatives : l'État interventionniste à travers les nationalisations (**1**) ou l'État neutre à travers les privatisations (**2**).

1- L'État interventionniste à travers les nationalisations

34. Les nationalisations sont une forme privilégiée de l'intervention de l'État. L'interventionnisme est une politique économique par laquelle l'État participe à l'économie d'un pays quand cela lui paraît nécessaire afin de protéger les intérêts des citoyens ou développer des aspects sociaux ou économiques.

Les opposants aux privatisations soutiennent que les lois du marché ne permettent pas d'atteindre un optimum social acceptable et que seul l'État peut corriger les déséquilibres en assurant lui-même certaines fonctions, et notamment des missions de services publics.

35. Les théories développées par Keynes⁴⁴ justifient l'intervention étatique dans la vie économique, en vue de réduire de façon durable l'étendue des crises et du chômage. Keynes défendait l'idée selon laquelle le niveau de la production et celui de l'emploi dépendent de la demande effective, des débouchés anticipés par les entrepreneurs. Keynes prônait le capitalisme, mais livré à lui-même, celui-ci provoque un sous-emploi chronique dangereux pour sa survie. L'État doit donc intervenir afin d'augmenter la demande globale de biens de

⁴⁴ J. M. Keynes, *Théorie générale de l'emploi, de l'intérêt et de la monnaie*, éd. Payot, Paris, 1942.

consommation et de biens d'investissement. Cette intervention n'est pas une menace pour le système, mais va le sauver.

Concrètement, cette intervention étatique se manifeste de trois façons. D'abord, l'État doit intervenir pour combattre le chômage, en élaborant une politique de redistribution des revenus destinée à accroître la demande des biens de consommation en faveur des couches sociales les plus pauvres, qui ont une plus forte prédisposition à consommer. Ensuite, l'État doit adopter une politique d'expansion monétaire, qui aura pour effet une baisse des taux d'intérêt, qui est l'une des deux variables décisives pour l'investissement des particuliers. Enfin, l'État doit mettre en œuvre une politique d'investissements publics. L'investissement public invite d'être perçu comme étant la pièce stratégique de toute politique d'emploi. C'est à l'État que revient la charge de combler l'écart entre l'investissement global nécessaire à la réalisation du plein emploi et l'investissement privé.

La politique keynésienne a connu son succès dans les pays capitalistes développés durant la période de forte croissance et de faible chômage allant de la fin de la Deuxième Guerre mondiale au début des années soixante-dix. En France, dès le XVII^e siècle, le colbertisme et la doctrine mercantile furent à l'origine du développement des industries d'armement, ou des industries de pointe, et de la reconquête du marché intérieur. Au XIX^e siècle, les ingénieurs de l'État participèrent également au développement des infrastructures de transport, des mines de charbon et de la sidérurgie. Progressivement, et pour diverses raisons, l'action étatique et le volontarisme national prirent une nouvelle forme : celle de la maîtrise directe ou indirecte par les pouvoirs publics d'une partie de l'outil de production national.

36. Certains économistes distinguent trois grands types historiques de nationalisations pour expliquer l'extension du secteur public. D'une part, les nationalisations présidées par des raisons d'ordre politique et idéologique, à travers le Front populaire, la Libération et l'Union de la gauche en 1981. Ensuite, celles qui résultent de raisons contingentes diverses liées à un accident historique, comme la confiscation des biens allemands, ou des collaborateurs. Enfin, celles qui sont justifiées par des raisons plus techniques : mettre en œuvre une gestion plus efficace de l'économie de service public, essayer de gérer au mieux la crise pour une d'entreprise en faillite, ou de mettre en place une politique industrielle.

37. De nos jours, au sein des économies mixtes, dont la France fait partie, l'État intervient par toutes sortes de biais dans la vie économique et l'activité industrielle du pays. L'État façonne pour partie l'environnement économique et réglementaire dans lequel agissent les entreprises privées. Ensuite, il influence de manière déterminante les décisions d'investissement, de production, voire même d'embauches prises par celles-ci.

L'État moderne intervient par différents moyens :

- La politique monétaire :

À partir du contrôle exercé par la Banque Nationale, il est possible de rendre le crédit plus ou moins cher ou abondant.

- La politique fiscale :

Selon que l'État réduit ou accroît par exemple les impôts sur le revenu, il influence le comportement des agents économiques qui tendront à consommer plus ou moins selon l'augmentation ou la baisse de leur charge fiscale. L'impôt sur les sociétés est également un instrument dont disposent les pouvoirs publics. En effet, la baisse de celui-ci est censée stimuler la production et l'investissement, par l'intermédiaire de la réduction des charges d'exploitation des entreprises.

- La politique des revenus :

À travers l'intervention directe sur la fixation du SMIC⁴⁵, RSA⁴⁶, Allocations familiales... La détermination de l'impôt sur le revenu des personnes physiques, et grâce à la modulation des taux d'intérêts et des crédits à la consommation.

- La politique industrielle qui est l'enjeu des nationalisations :

L'État a la possibilité d'octroyer des fonds, prélevés sur le budget national, à certaines entreprises du secteur industriel marchand jugées porteuses et susceptibles d'avoir des effets important sur les activités économiques.

Les nationalisations sont un levier d'action économique direct à la disposition de l'État. En effet, les pouvoirs publics peuvent influencer, grâce aux entreprises publiques et à leurs conseils d'administration où les représentants de l'État sont majoritaires, les grandes décisions et le volume des investissements. Ces investissements revêtent une grande importance au plan de l'économie nationale, en jouant un rôle essentiel et stratégique en matière de relance

⁴⁵ Salaire minimum interprofessionnel de croissance.

⁴⁶ Revenu de solidarité active.

économique. De plus, en étant un actionnaire majoritaire dans ces entreprises, l'État peut les utiliser comme de véritables « laboratoires sociaux »⁴⁷.

- La politique budgétaire :

L'État module l'orientation et l'importance de la dépense publique. Cette politique budgétaire est au centre de l'ensemble de la stratégie économique des pouvoirs publics, puisqu'ils choisissent les secteurs, domaines et champs d'activités qui vont bénéficier des crédits disponibles.

- La politique douanière :

Le mouvement de libéralisation progressive des échanges de capitaux, avec en particulier la mise en place de l'Union économique et monétaire, a permis aux capitaux flottants de circuler plus rapidement et plus librement à la recherche de placement avantageux.

38. On ne peut passer sous silence les réalités, le constat est clair : avec la prolifération de l'État et de ses domaines d'intervention, le bilan des faillites ou des erreurs des actions étatiques est de plus en plus lourd. L'opinion publique en est consciente : les difficultés des sociétés industrielles proviennent de l'intervention excessive de l'État.

2- L'État neutre à travers les privatisations

39. L'absence de liberté et la soumission à un pouvoir absolu (Église, Roi ou État), détruisent la confiance en entraînant antagonisme et violence. Le libéralisme a fait de chaque individu le vrai responsable de l'ordre social. Mais la domination et la soumission à la volonté d'autrui sont des sources de divisions, de violences et de désordre. Cette conception du libéralisme met l'accent sur le risque que pouvait produire les inégalités de pouvoir et de fortune qui sont naturellement engendrées par le libre jeu des talents et des intérêts.

Mais ces inégalités représentent une menace pour la confiance quand elles donnent accès à des priviléges ou à des droits supérieurs, tout comme les monopoles qui empêchent le libre jeu de la concurrence sur les marchés, en créant des dysfonctionnements et des injustices.

Cet ordre spontané est un ordre inégal qui doit être corrigé. Mais comment ?

⁴⁷ Par exemple, c'est au sein de l'entreprise publique Renault que la troisième, puis la quatrième semaine de congés payés ont été mises en place pour la première fois.

Le libéralisme perçoit dans les inégalités de richesse une menace pour la sûreté et la coopération, un facteur de déstabilisation et de désordre. Cependant, au lieu de s'appuyer sur l'action de l'État pour les déjouer, voire les limiter, il propose un autre moyen : celui de la liberté. Une société libre produit continuellement des inégalités, mais produit aussi des remèdes.

40. À partir de la fin du XVII^e siècle, les réglementations étatiques existantes génèrent considérablement l'initiative économique. Les thèses mercantilistes⁴⁸ furent de plus en plus contestées. Citons l'exemple du philosophe John Locke⁴⁹, qui défendit l'idée selon laquelle il existerait des droits naturels de l'individu que la société, ainsi que le souverain, devrait respecter. Emmerga alors l'idée que l'économie est elle-même régie par des mécanismes naturels et qu'aucun obstacle ne doit être opposé si l'on veut que l'économie marche correctement. Se développa ainsi la doctrine du libéralisme économique, qui s'opposa à l'interventionnisme étatique des mercantilistes en matière de commerce extérieur ou de politique étatique.

Cette conception de l'ordre naturel conduit les libéraux à défendre deux grands principes. D'une part, le droit de propriété, droit naturel, qui assure la meilleure production possible. D'autre part, la liberté économique, qui permet à chacun de rechercher son plus grand avantage, moyen le plus sûr de réaliser l'intérêt général. La base du libéralisme économique serait la libre recherche des intérêts individuels comme moyen de satisfaction de l'intérêt général.

Le point de vue doctrinal du libéralisme économique a été élaboré par Smith, puis repris par d'autres, comme Ricardo⁵⁰, Malthus⁵¹ et Say⁵². La problématique de Smith est celle de la

⁴⁸ Pensée économique, qui prévaut entre le XVI^e siècle et le milieu du XVIII^e siècle en Europe, ayant pour objectif la richesse et la puissance de l'État. Le développement économique passe par l'enrichissement des nations au moyen du commerce extérieur qui permet de dégager un excédent de la balance commerciale grâce à l'investissement dans des activités économiques à rendement croissant. Cette théorie économique dénombre trois facteurs pour aboutir à la croissance : abondance d'argent, abondance d'hommes et intervention de l'État en matière de commerce extérieur.

⁴⁹ John Locke (1632-1704), philosophe anglais. L'un des principaux précurseurs des *Lumières*. Sa théorie politique est parmi celles qui fondèrent le libéralisme et la notion d'État de droit. Son influence fut considérable dans ces deux courants de pensées.

⁵⁰ David Ricardo, (1772-1823), économiste anglais du XIX^e siècle. Il est considéré comme l'un des plus influents de l'école classique aux côtés d'Adam Smith et Thomas Malthus. Son principal ouvrage est : *Principes de l'économie politique et de l'impôt* (1817).

liberté naturelle et de l'intérêt individuel. Le concours spontané de ces deux principes tend à l'établissement de la meilleure organisation. La liberté naturelle, qui implique l'absence de réglementation étatique, donne à l'intérêt personnel la possibilité de se manifester, ce qui entraîne l'établissement spontané du meilleur état social. Les individus, en recherchant librement leur intérêt individuel, sont conduits par « une main invisible »⁵³, à la réalisation de l'intérêt général. Le libre jeu de la concurrence sur le marché est une condition nécessaire et suffisante pour que soit respecté l'intérêt général. Il n'est pas besoin d'un État coercitif pour imposer l'ordre à des individus libres, le marché suffisant.

Par conséquent, l'État doit s'abstenir d'intervenir dans la vie économique et se contenter des tâches de défense et d'administration de la justice. Selon Smith, la seule intervention économique de l'État jugée nécessaire est la construction et l'entretien des ouvrages publics, quand les particuliers ne trouvent pas de profit à le faire eux-mêmes.

41. La nouvelle période du début des années soixante-dix est marquée par une dénonciation ouverte des politiques keynésiennes et de la théorie keynésienne elle-même. C'est dans ce contexte que reviennent en force des courants qui existaient déjà et qui avaient pour point commun une inspiration libérale anti-keynésienne. Parmi eux, l'ultralibéralisme, seule doctrine qui fera ici l'objet d'un développement.

L'ultralibéralisme a pour principal représentant l'économiste Friedrich Hayek⁵⁴. Il a été sur le plan de la pensée, ainsi que sur celui de l'action, un des principaux artisans de la reconstruction du libéralisme, comme Keynes a été l'un des fondateurs de l'interventionnisme et de la mise en place de l'État-providence qui s'est structuré à la sortie de la Deuxième Guerre mondiale et consolidé durant « les trente glorieuses ». Rappelons que leur duel est l'un des conflits de pensées économiques majeurs du XX^e siècle.

Pour Hayek, l'interventionnisme et le socialisme s'appuient sur une erreur intellectuelle et sur une mauvaise conception du monde. Selon son point de vue, la régulation de la vie sociale par

⁵¹ Thomas Robert Malthus, (1766-1834), économiste anglais de l'école classique. Connut pour ses travaux sur les rapports entre les dynamiques de croissance de la population et la production. Ses deux principaux ouvrages sont : *Essai sur le principe de population* (1798) et *Principes de l'économie politique* (1820).

⁵² Jean-Baptiste Say, (1767-1832, industriel et économiste français. Il s'affirme comme le représentant des idées de Smith en France. Ses deux ouvrages principaux sont : *Traité d'économie politique* (1804) et *Cours d'économie politique* (1828-1830).

⁵³ Expression d'Adam Smith, présentée dans son ouvrage *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, publié en 1776.

⁵⁴ Friedrich Hayek, (1899-1992), économiste autrichien. Auteur de nombreux ouvrages, dont *La Roue de la servitude* (1944), *Individualism and Economic Order* (1948) et *Droit, législation et liberté* (1973-1979).

l'échange libre sur le marché est néfaste. C'est pourquoi il prône un libéralisme qui refuse l'idée de tout contrat social et où le rôle de l'État est d'écartier ce qui est nuisible et susceptible de bousculer l'ordre spontané du marché. Cette idéologie s'impose dans les années soixante-dix et surtout quatre-vingt. Il s'agit essentiellement d'une manière de voir les rapports entre l'ordre social et l'économie. Le marché est dorénavant conçu comme un mécanisme naturel qui, laissé à lui-même, engendre spontanément stabilité, équilibre et croissance. Les interventions étatiques ne peuvent que perturber cet ordre. L'ultralibéralisme, ou néolibéralisme, se présente comme la modernisation du laisser-faire.

La société étant un ordre spontané et régulé, l'État ne doit pas intervenir dans la vie économique, sauf pour garantir la liberté économique. Hayek prône un refus de l'interventionnisme, jusqu'à se déclarer favorable à la dénationalisation de la monnaie, en d'autres termes la suppression des banques centrales et la création monétaire laissée aux banques de second rang et au jeu de la concurrence entre les différentes monnaies privées.

42. Les arguments en faveur d'une diminution du rôle de l'État et donc de l'instauration d'un processus de privatisation reposent essentiellement sur la recherche d'une meilleure efficacité économique, l'abandon de toute ambiguïté sur les objectifs poursuivis par les entreprises ainsi que la réduction du déficit public.

Notons que le débat entre public et privé est avant tout de nature idéologique et ne trouve pas véritablement de réponses sur le terrain scientifique. En effet, si la théorie économique peut apporter des éléments de réponses quant à l'intérêt de constituer des monopoles ou de déréglementer un secteur, en revanche elle a peu d'arguments en ce qui concerne le choix entre statut privé ou public des entreprises. De plus, il est difficile de comparer les résultats des entreprises publiques et privées et d'établir la supériorité d'un système sur l'autre. Certes, on peut citer des exemples et des contre-exemples, sans pour autant démontrer la bonne ou mauvaise gestion par l'État des entreprises du secteur public. Ainsi, certains mentionnent le Crédit lyonnais pour critiquer la gestion de l'État, alors que d'autres montrent que sans l'État, Rhône-Poulenc n'aurait jamais pu être redressé.

On justifie le désengagement de l'État du secteur public économique, par l'idéologie libérale qui s'est imposée par l'effet de la mondialisation, ou par l'atténuation de l'opposition des modèles de développement socialiste et capitaliste, voire même par les contre-performances de l'entreprise publique.

B/ Les contours théoriques de la privatisation

43. Après une période plus ou moins longue de nationalisation de l'économie dans plusieurs pays, un consensus semble être acquis sur la redéfinition du rôle et de la place de l'État dans l'économie. Aux nationalisations d'hier, il est d'usage de répondre par un programme de privatisation. Mais, qu'est-ce que l'on entend par privatisation (1) et quels sont les arguments, d'un point de vue théorique, en sa faveur (2) ?

1- Définition et contenu du concept de privatisation

44. Le concept de privatisation peut revêtir diverses formes et peut être utilisé dans plusieurs acceptations différentes selon les politiques et les objectifs visés. Les multiples définitions proposées laissent une certaine confusion quant au sens à lui donner. Un Professeur marocain souligne cette confusion en relevant que « la privatisation est synonyme de restructuration (Tunisie), d'autonomie (Algérie), de transfert (Maroc), de désétatisation (Brésil), de réaction face à la croissance de la bureaucratie (États-Unis), de changement surtout des structures organisationnelles (Pays-Bas), de dénationalisation des entreprises compétitives et bénéficiaires (France)⁵⁵.

45. En réalité, il existe deux approches du concept de privatisation. D'une part, l'approche limitative, fondée essentiellement sur la micro-économie. Selon cette approche, la privatisation consiste dans le transfert de la propriété des entreprises du secteur public au secteur privé. Cette opération s'effectue « soit par l'échange de titres, par des cessions pures et simples, par des augmentations de capital ou encore par l'ouverture à l'investissement étranger dans le respect de la réglementation qui lui est applicable »⁵⁶.

Dans cette conception de la privatisation, sont exclues toutes les autres formes de privatisation qui n'affectent pas les droits de propriété de l'État : les contrats de gestion ou de management, la concession de services publics, la sous-traitance, la liquidation d'entreprises publiques et la cession de leurs actifs isolément.

⁵⁵ A. BOUACHIC, *Les privatisations au Maroc*, éd., Marocco printing and publishin.co, 1982, p. 252, cité par N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu,, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 69.

⁵⁶ S. MERTEN-BEISSEL, « Les privatisations au Grand-duché du Luxembourg », *Annuaire européen d'administration publique*, 1988, vol. XI.

Cette approche restrictive de la privatisation, dite microéconomique, s'intéresse directement à l'entreprise publique et aux formes et modalités de son transfert au secteur privé. Au niveau microéconomique, la privatisation est censée apporter, sur le plan technique, une plus grande efficacité par rapport à la gestion publique. Contrairement à l'entreprise privée, l'entreprise publique crée un environnement défavorable à l'efficacité économique. D'une part, par la situation de monopole qui la met à l'abri de la concurrence, d'autre part, par sa protection face au risque de faillite et d'insuffisance de trésorerie. Ensuite, son manque de prise de risque et l'absence de répartition claire de responsabilité en son sein sont souvent soulignés. Enfin, des coûts de production exorbitants sont régulièrement appliqués.

La deuxième approche de la privatisation, plus complète et plus courante, concerne toutes les formes de délégation et de transfert de propriété ou de droit contractuel au secteur privé. Cette approche, dite macroéconomique de la privatisation, contrairement à l'approche microéconomique, se préoccupe au-delà de l'entreprise elle-même, de toutes les mesures et réformes qui accompagnent ou qu'engendre la privatisation. À cette fin, il est nécessaire de cerner les conditions à réunir sur le plan économique, juridique, financier, social, institutionnel... pour que l'opération puisse être menée à bien.

46. La privatisation est incontestablement liée à la notion de pouvoir de contrôle, qui peut être soit total, soit partiel. L'enjeu est différent selon le choix à faire. On entend par privatisation totale, le transfert du contrôle à 100 % et définitif d'une entreprise publique à une entreprise privée. Le transfert est opéré soit par cession d'actions, soit par cession d'actifs.

Ce mode de privatisation est le plus répandu dans le monde, car il permet d'employer des formes de transfert adaptées à la situation politique et sociale des pays qui envisagent de s'engager dans des processus de transformation difficiles. Cette forme de privatisation est souvent utilisée, dans les pays à ex-orientation socialiste et les pays en voie de développement. En effet, dans ces pays, les transformations envisagées peuvent conduire à des contre-réactions susceptibles de remettre en cause les réformes.

La privatisation dite partielle concerne un transfert de contrôle lié ou précaire. Un État peut choisir ce mode de transfert, lorsqu'il se trouve dans un contexte politico-social difficile. En effet, l'État peut ne vouloir s'engager dans la privatisation de son secteur public que

graduellement ; au fur et à mesure de l'ouverture des mentalités et de la levée des contraintes inhérentes à tout processus de privatisation.

Mais la privatisation partielle perdrait de son sens, si en ne cédant que la minorité de son capital social, l'État détenait toujours le pouvoir de contrôle dans l'entreprise nouvellement privatisée. Une partie de la doctrine pense que la privatisation n'existe pas vraiment si l'État conserve le contrôle de l'entreprise, malgré la cession d'une partie du capital. Un professeur français va dans ce sens et énonce que la privatisation n'existe vraiment que lorsque «... le transfert des titres représentatifs des actifs de l'entreprise publique confère le pouvoir réel dans l'entreprise aux investisseurs privés ».⁵⁷

47. Cette conception de la privatisation paraît limitative, car elle ne s'attache pas aux contraintes des pays qui s'engagent dans les privatisations, spécialement les pays en développement où les privatisations avec transfert total du contrôle des entreprises publiques sont rares à cause de la mauvaise situation économique et financière de ces pays. Cette conception ne tient pas compte également des autres techniques qui permettent à l'État de maintenir son contrôle sur l'entreprise privatisée dont la majorité est détenue par un actionnariat privé. On pense à l'utilisation de l'action spécifique, qui a pour but de maintenir un droit de contrôle étatique et un blocage sur l'entreprise privatisée.

De plus, la privatisation partielle permet de couvrir toutes les autres formes de désengagement de l'État sans transférer les droits de propriété. Sont donc considérés comme privatisation, en vertu de cette conception dite partielle, les contrats de management, les concessions de services publics, la déréglementation de secteurs sous monopole, la sous-traitance et la location.

La définition du contenu de la privatisation continue d'évoluer et reste au centre des discussions théoriques à l'échelon mondial depuis le début des années 1980 avec l'expérience britannique. La définition ainsi que les justifications théoriques de la privatisation sont amenées à se développer et surtout à s'enrichir avec l'accélération des expériences en cours.

⁵⁷ J. MONÉGER, « Rapport de synthèse de la commission sur les techniques de privatisation », *RIDE*, 1992, p. 376.

2- *Les causes idéologiques et pratiques de la privatisation des entreprises publiques*

48. L'interventionnisme étatique a fait l'objet de nombreuses critiques désapprouvant la réduction du rôle de l'État et la diminution du secteur public. Cette transformation dans la conception du rôle économique de l'État a rétréci le poids du secteur public dans des pays industrialisés, des pays anciennement socialistes et des pays en voie de développement à travers des politiques de privatisation.

49. Malgré les incertitudes et les contradictions qui existent entre les différents auteurs traitant du vaste sujet de la privatisation, ceux-ci s'accordent pour affirmer l'inefficacité de l'entreprise publique. Ces auteurs fondent leurs arguments essentiellement sur deux théories : l'importance de la nature de la propriété dans l'orientation de la conduite de l'entreprise et le rendement des marchés libres.

D'après la première théorie des droits de propriété, les auteurs essaient d'établir un lien de causalité entre la nature privée ou publique du droit de propriété et la performance de l'entreprise. En d'autres termes, cette théorie met l'accent sur la différence fondamentale qui existe entre l'entreprise publique et l'entreprise privée, à savoir la libre transmission des droits de propriété. Cette différence de droits de propriété influe à la fois sur l'innovation et le développement des produits, la gestion du personnel, les politiques d'investissement et de financement, la flexibilité dont disposent les dirigeants et leurs motivations.

De plus, cette « supériorité » est liée au fait que l'entreprise privée détient des moyens d'incitation, quasiment absents dans l'entreprise publique. Ces armes d'incitation sont multiples par leur forme. Mais, pour l'essentiel, il s'agit de la fixation des rétributions en fonction des performances, de la nomination et de la révocation des dirigeants et du gouvernement d'entreprise qui engendre des frais moins élevés que ceux pratiqués dans une entreprise publique.

Dans l'entreprise publique, les processus fondés sur des incitations sont quasiment inexistants. De plus, le propriétaire n'exerce pas efficacement son droit de contrôle. Au sein d'une entreprise publique, les salaires sont fixes et ne subissent pas la sanction de la performance ; de plus, les droits détenus par l'État sont inaccessibles, insaisissables, et n'obéissent donc pas la loi du marché (la faillite est quasi impossible).

Il ressort des études empiriques menées sur ce sujet, que le lien de causalité entre la « nature des droits de propriété » et la « performance économique » n'est pas démontré de façon incontestable. La propriété paraît insuffisante à elle seule pour expliquer l'écart de performance entre l'entreprise privée et l'entreprise publique et comme condition fondamentale de la constitution d'un régime d'incitation et de contrôle performant.

La deuxième théorie concerne l'efficacité des marchés libres. C'est en 1978 qu'un économiste⁵⁸ montra le lien entre le concept d'efficience X et les performances de l'entreprise publique. En effet, dans une entreprise publique, plusieurs facteurs engendrent l'inefficacité : l'état de monopole, le remboursement continu par l'État des dettes et des crises de trésoreries pour éviter la faillite. Ces facteurs provoquent, chez les dirigeants des entreprises publiques, une certaine négligence. Ces causes d'inefficience-X expliquent la supériorité, en termes d'efficacité, de l'entreprise privée par rapport à l'entreprise publique, ce qui procure des arguments supplémentaires aux défenseurs de la privatisation et de la réduction du rôle de l'État dans l'économie.

50. L'efficacité des marchés libres, l'influence de la nature de la propriété dans l'orientation de la conduite de l'entreprise publique, ne sont pas les seules causes à l'origine de l'intérêt provoqué par la privatisation dans les pays en voie de développement. En effet, sur un plan plus pratique qu'idéologique, le recours à la privatisation est aussi justifié par des facteurs externes, spécialement par les revendications des institutions de financement internationales (FMI, Banque Mondiale). Ces institutions conditionnent les programmes de stabilisation et d'ajustement structurel, en obligeant les pays à s'engager dans des plans de privatisation. Ces facteurs expliquent les programmes de privatisation, tant dans les pays à orientation ex-socialiste, ainsi que dans les pays en voie de développement.

Le libéralisme économique, la privatisation et l'austérité sont les principaux axes que le FMI a appliqué fermement dans tous ses programmes d'ajustement. Le maintien d'un secteur public inefficace et déficitaire, n'a jamais été considéré comme une contrainte avant la crise du début des années 1980 du moment où l'État était propriétaire des entreprises publiques et qu'il disposait des ressources nécessaires pour faire face à tous les dysfonctionnements de

⁵⁸ H. Leibenstein (1922-1994), économiste américain. L'une de ses plus importantes contributions à l'économie a été le concept de X-éfficacité.

l'économie nationale. Mais l'altération de la situation économique due à la réduction des recettes extérieures et l'accroissement de l'endettement public, explique le retournement de situation et l'acceptation du principe de la privatisation d'un secteur public devenu incapable de préserver sa pérennité.

Section 2 : Les causes pratiques de la privatisation

51. Plusieurs raisons sont mentionnées par les pouvoirs publics pour justifier les programmes de privatisation. Il n'existe pas de hiérarchie d'importance, chaque gouvernement pouvant alléguer l'une ou l'autre raison en priorité. La première raison relève des contraintes budgétaires : les États doivent faire face à des déficits publics de plus en plus importants, qui sont principalement dus au poids financier des entreprises publiques (*Paragraphe 1*). La deuxième raison est d'ordre économique. En effet, le mode de gestion public est considéré comme étant un obstacle de taille, empêchant les entreprises publiques d'être performantes (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Le poids financier des entreprises publiques

52. Les entreprises publiques constituent une charge de plus en plus lourde pour le budget de l'État, qui s'est avéré être un mauvais régulateur de la vie économique (**A**). Les vicissitudes de la gestion publique sont un deuxième argument justifiant la mise en œuvre d'un programme de privatisation des entreprises publiques (**B**).

A/ L'État, mauvais régulateur de la vie économique

53. La mondialisation, la construction européenne et la complexification de la vie économique ont conduit la plupart des États industrialisés à d'importantes réformes de l'intervention publique et de l'organisation de l'État, car la gestion publique s'est avérée inefficace (1). De fait, le déficit des entreprises publiques devient un poids financier pour l'État (2).

1- L'État inefficace

54. Le bilan des faillites ou des erreurs des interventions étatiques est de plus en plus lourd. L'opinion publique en prend conscience aujourd'hui, d'où la croyance selon laquelle les difficultés actuelles des sociétés industrielles résultent de l'excessive intervention étatique. L'État est surdéveloppé et mal organisé. Mais rares sont ceux qui comprennent les véritables origines de ces dysfonctionnements et suggèrent des solutions. En effet, les organisations publiques ont des performances inférieures aux organisations privées. De nombreuses théories ont justifié la théorie des droits de propriété : les organisations dont les droits de propriété sont mal définis (le cas des organisations publiques qui appartiennent à la fois à tout le monde et, donc, à personne), ont une performance inférieure aux organisations dont les droits de propriété sont plus spécifiques et identifiables à certaines personnes, les entreprises privées et plus particulièrement les sociétés par actions, dont le gain revient à un groupe déterminé des personnes, les actionnaires⁵⁹.

L'État, en tant qu'organisation, n'est plus adapté à accomplir ses tâches, à cause de son mode d'organisation et de commandement, à cause des progrès technologiques accomplis, et enfin à cause de l'intelligence de ses citoyens. Pour être obéi de ses millions d'agents, l'État doit donner des instructions et des ordres simples. Mais, paradoxalement, leur simplicité est de moins en moins adaptée à la complexité et à l'incertitude de l'environnement. Plusieurs rapports et commissions ont tenté de rendre compatibles propriété publique, production publique, décentralisation, autonomie de gestion et politique industrielle⁶⁰.

⁵⁹ N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, 2005, p. 73 et s.

⁶⁰ V. par ex : *Le Rapport Nora sur les entreprises publiques*, La Documentation française, Paris, 1968.

55. L’expérience a montré qu’il est difficile, voire impossible pour le socialiste, ainsi que pour le planificateur, de mener une économie de manière efficace. Toutes les formes modernes d’interventionnisme, intervention directe ou indirecte de l’État, se heurtent au même obstacle : les organismes chargés d’appliquer les politiques ne peuvent pas accéder au type même de connaissances qui seules pourraient leur donner la capacité de guider l’économie dans des directions décidées à l’avance.

56. Le fardeau financier des entreprises publiques devient le premier argument présenté pour justifier les privatisations. En effet, étant un instrument privilégié de la politique économique et sociale de l’État, l’entreprise publique est en étroite liaison avec son budget. L’État intervient à plusieurs degrés dans le financement des entreprises publiques. D’abord, avec la constitution du capital d’entreprise nouvellement créée. Ensuite, par la prise en charge des travaux d’infrastructure réalisés par les entreprises publiques assurant un service public. Enfin, l’État participe à l’augmentation du capital, accorde des prêts, des subventions d’exploitation, des dotations pour assainissement, abandonne des créances. En sens inverse, le budget de l’État est alimenté par des fonds en provenance des entreprises publiques sous forme de dividendes, d’intérêts, de bénéfices et de remboursement de prêts précédemment accordés.

2- *Les entreprises publiques, un poids financier*

57. Le déficit financier des entreprises publiques n’est pas un fait inédit en Tunisie, mais sa charge est seulement devenue importante pour les finances publiques depuis les années 1980⁶¹. En effet, la focalisation sur leur lourde charge pour les finances publiques est une donnée constante dans les documents et discours officiels⁶².

Ainsi, le VI^{ème} plan de développement⁶³ énonça que « durant les deux derniers plans de développement, le concours budgétaire de l’État au profit des entreprises publiques a représenté 20 % de l’ensemble des dépenses du budget ». Par ailleurs, le VII^{ème} plan⁶⁴ précisa que même les entreprises publiques agissant dans les secteurs concurrentiels « souffrent de

⁶¹ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l’État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOONY, Thèse faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 39 et s.

⁶² « Rapport Zidi », rapport de la Commission d’étude chargée de l’examen du fonctionnement des entreprises publiques et de leurs relations avec l’État, juill. 1973.

⁶³ VI^{ème} plan de développement (1982-1986).

⁶⁴ VII^{ème} plan de développement (1987-1991).

difficultés financières chroniques, ce qui a nécessité le recours à des assainissements successifs qui, en fin de compte, n'ont donné que des résultats peu satisfaisants ».

Le déséquilibre financier de plusieurs entreprises a fait qu'un certain nombre d'entre elles sont maintenues en équilibre grâce au soutien financier étatique, évalué environ à 50 milliards de dinars par an⁶⁵. Par ailleurs, les implications de cette charge sont importantes : en effectuant des transferts de crédit au profit des entreprises publiques, l'État amputait son budget, aggravait donc son déficit, ce qui le conduisit à recourir de plus en plus à des emprunts.

L'examen des sources de financement du déficit budgétaire révéla que la fraction des ressources extérieures était supérieure à celle d'origine interne⁶⁶, ce qui agrava l'endettement extérieur de la Tunisie. De plus, l'impact ne fut pas seulement indirect, il fut également direct. Les entreprises tunisiennes, pour se financer, font souvent appel à l'emprunt international. Un tel recours est facilité par les garanties de remboursement qu'offre l'État aux bailleurs de fonds internationaux. De ce fait, la Banque Mondiale a révélé « qu'en partie en raison de ces garanties, les emprunts des entreprises publiques ont beaucoup ajouté à l'endettement extérieur. Entre 1970 et 1986, leurs emprunts directs à l'étranger ont représenté plus du cinquième du total de la dette extérieure d'un échantillon de 99 pays »⁶⁷.

Dans ces conditions, il est évident que plus important est le déséquilibre financier des entreprises publiques, plus fréquents seront les recours au budget de l'État, et donc à l'emprunt. Cependant, pour la Tunisie, la charge financière des entreprises publiques s'amplifie à mesure que s'étend le secteur public⁶⁸. Acceptable au départ, parce que justifiée par des considérations tant politiques, qu'économiques et sociales, la charge financière des entreprises publiques est devenue vers la fin de l'année 1980 insoutenable. Notons que le déficit financier des entreprises publiques tunisiennes a été plusieurs fois dévoilé, mais officiellement et fermement dénoncé seulement vers le début de la deuxième moitié de

⁶⁵ S. CHERIF et M. KAMMOUN, *L'entreprise publique en Tunisie*, éd. CERP, Tunis, 1994, p. 123.

⁶⁶ Dans le VI^e plan, le déficit budgétaire a été en moyenne financé à raison de 63,4 % par des ressources extérieures et de 36,6 % par des ressources internes. V. Les cahiers de l'Institut d'Économie Quantitative, ministère du Plan et du développement régional n° 8, déc. 1990, p. 64.

⁶⁷ Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, 1988, p. 200.

⁶⁸ Avant l'adoption L. n° 85-72, 20 juill. 1985, le nombre d'entreprises publiques est supérieur à 500.

l'année 1986. Dans le VII^e plan de développement, il n'était plus question de déficit ni de déséquilibre financier, mais « de difficultés financières chroniques »⁶⁹ et de « lourde charge » ou de « fardeau » pour le budget étatique⁷⁰.

Ce revirement linguistique atteste en réalité d'un changement profond d'un point de vue de l'attitude des pouvoirs publics à l'égard des problèmes posés par les répercussions des entreprises publiques sur le budget de l'État⁷¹. Ce changement d'attitude est la suite logique de l'entérinement de la conditionnalité véhiculée par le PAS⁷².

58. De ce fait, toute une campagne de dénigrement est organisée à l'encontre du secteur public et des entreprises publiques, orchestrée autour des mauvaises performances de ces dernières. L'expansion du secteur public est alors dénoncée à travers la mise en relief de sa lourde charge pour les finances publiques.

Ces critiques contre les entreprises publiques trouvent leurs origines dans la conjoncture économique de l'année 1986. En effet, la charge budgétaire des entreprises publiques serait donc devenue insupportable en raison de la chute du prix du pétrole, des mauvaises récoltes céréalières, de la baisse des recettes touristiques, et, enfin, des transferts des travailleurs tunisiens à l'étranger.

59. Le poids financier des entreprises publiques est également expliqué par les limites des mesures entreprises. Ainsi, les réformes entreprises dans le VI^e Plan de Développement n'ont été que partiellement et tardivement amorcées. Ce laxisme est expliqué par la relative aisance financière de la première moitié de la décennie 1980⁷³.

Si dans le VI^e Plan de développement, il est question de mesures correctives ne remettant pas en cause l'intervention étatique, il en est tout autrement dans le VII^e plan. Après avoir établi « les difficultés financières chroniques » des entreprises publiques et des « résultats peu satisfaisants » des assainissements successifs, le VII^e plan recommande comme solution le désengagement. C'est ce que préconisait déjà en 1983 la Banque Mondiale, « réduire le

⁶⁹ VII^e Plan de développement, préc., p. 179.

⁷⁰ Débats parlementaires relatifs au projet de L. n° 87-47, 2 août 1987.

⁷¹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 56.

⁷² Programme d'Ajustement Structurel.

⁷³ Discours du Premier ministre du 19 Août 1986 devant la chambre des députés, reproduit in « El Amal » du 20 août 1986, p. 5.

fardeau administratif et budgétaire des entreprises publiques en liquidant celles qui ne sont pas viables et en vendant certaines autres [...] dans la perspective d'un processus visant à remplacer les lourdeurs de l'administration centrale par les mécanismes du marché »⁷⁴.

Bien qu'ayant une part de vérité, la focalisation sur le poids financier des entreprises publiques est quelque peu abusive⁷⁵. D'abord, elle ne tient compte que des transferts effectués du budget de l'État vers les entreprises publiques, les transferts en sens inverse n'étant pas pris en compte. L'examen des différents budgets annuels révèle que les sommes versées par les entreprises publiques à l'État sont assez conséquentes. En effet, sur les cinq années du VI^{ème} Plan de développement, la catégorie « Revenu des participations financières et bénéfices des entreprises publiques » occupe, par son volume, la deuxième place dans les recettes du titre I, après les « impôts indirects » mais avant les « impôts directs », les « produits divers », les « autres droits et taxes » et le « revenu du domaine et autres services payants de l'État »⁷⁶. Si l'on ajoute à ces sommes, celles en provenance des entreprises publiques alimentant le titre II du budget de l'État, sous forme de remboursements de prêts, d'intérêts et de dividendes, l'exagération est d'autant plus confirmée⁷⁷.

60. De plus, il est opportun de comparer les subventions accordées aux entreprises publiques et aux entreprises privées. Les exonérations fiscales accordées aux firmes privées constituent un manque à gagner pour le budget de l'État. À cela s'ajoutent les recettes auxquelles renoncent souvent l'État en décrétant à plusieurs reprises des amnisties fiscales ainsi que les sommes détournées annuellement par les entreprises privées par évasion fiscale⁷⁸.

L'obstination des pouvoirs publics sur le déficit des entreprises publiques et la focalisation sur leur assainissement laisse croire que celui-ci absorbe annuellement la grande part des

⁷⁴ Banque Mondiale, Rapport préc., p. 98.

⁷⁵ M. BEN LETAIEF, « La signification de la restructuration des entreprises publiques », Actes de colloque du 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *coll. Forum des juristes*, 1991, vol. 4, p. 13.

⁷⁶ V. Annexe 1, « Budget de l'État : recettes du titre I (1982-1986).

⁷⁷ V. Annexe 2, « Budget de l'État : recettes du titre II 1982-1986).

⁷⁸ Rapport économique et social de l'U.G.T.T (1984), signale qu'en 1980 un redressement fiscal n'a porté que sur 6000 contribuables sur 729000 a rapporté à l'État 113 Milliards de Dinar.

transferts⁷⁹. Or, l'étude des transferts budgétaires au profit des entreprises publiques montre que les subventions d'assainissement et d'équilibre ne représentent qu'une modeste partie de ces transferts, puisque la part du lion est accordée aux dotations d'investissement. Celles-ci servent en général à financer les travaux d'infrastructures réalisés par des entreprises assurant un service public⁸⁰. Ces subventions se trouvent donc fondées, et ne doivent pas constituer pour l'État une source d'inquiétude puisqu'elles sont prévisibles et programmées. De plus, elles sont le contrecoup de la sous tarification et des contraintes de service public imposées par l'État aux entreprises publiques.

Dans ces conditions, la campagne lancée contre les entreprises publiques en vantant les privatisations a démesurément employé de l'argument budgétaire.

B/ Les vicissitudes de la gestion publique

61. L'argumentation hostile aux privatisations n'épargne pas le mode de gestion publique des entreprises publiques, les empêchant d'être performantes. Deux critiques paraissent être évidentes : son caractère rigide (1) et son inefficacité (2).

1- Rigidité de la gestion publique

62. En 1973, le rapport ZIDI sur les entreprises publiques⁸¹ releva les principales lacunes de la gestion publique et proposa trois types de solutions. Il s'agit de l'allégement des contrôles de l'État, la contractualisation des rapports et de la rationalisation des ressources.

Les rapports entre l'État et les entreprises publiques ont toujours fait l'objet de vives critiques. D'un point de vue quantitatif, la tutelle de l'État s'étend à plus de 500 entreprises publiques. Ce nombre important est le résultat de la définition trop large de l'entreprise publique retenue

⁷⁹ R. GOUIA, « Les modalités de privatisation des entreprises publiques. Objectifs et obstacles : une étude comparative », Actes de colloque préc., p. 55.

⁸⁰ Ex. : Société Nationale des Chemins de fer Tunisiens, Société Tunisienne d'électricité et de Gaz, ou Société Nationale d'Exploitation et de Distribution des Eaux.

⁸¹ « Rapport Zidi », rapport de la commission d'étude chargée de l'examen du fonctionnement des entreprises publiques et de leurs relations avec l'État, juillet 1973.

par les textes en vigueur. La loi du 12 février 1965⁸² énonçait que le contrôle de l'État devrait s'étendre aux sociétés dans lesquelles l'État détenait une participation directe d'au moins 10% dans le capital social. De plus, la loi du 26 juillet 1969⁸³ est venue étendre ce contrôle aux filiales, c'est-à-dire aux entreprises dans lesquelles l'État détenait une participation indirecte d'au moins 10 %. Ainsi, dans ces conditions, il est difficile pour l'État d'exercer un contrôle efficace sur l'ensemble des entreprises publiques ainsi définies.

Dans le VI^è plan de développement⁸⁴, il a été proposé de refondre les textes afin de focaliser les contrôles de l'État aux seules entreprises dans lesquelles il intervient directement. Il fallut attendre la loi du 20 juillet 1985⁸⁵ pour consacrer partiellement cette proposition : en effet, le niveau de participation publique engendrant le contrôle de l'État est passé à 34 %.

Qualitativement, les rapports entre l'État et l'entreprise publique sont ambigus⁸⁶. Cette ambiguïté est due à la confusion des deux rôles qu'exerce l'État : celui d'actionnaire et celui de puissance publique. Cette confusion des rôles a pour conséquence l'intervention directe et fréquente dans la gestion quotidienne de l'entreprise publique qui décourage les responsables des entreprises⁸⁷ et sert parfois d'alibi à la mauvaise gestion⁸⁸.

Concernant la contractualisation des rapports entre l'État et les entreprises publiques, des contrats de programme sont conclus entre eux, en définissant les objectifs ainsi que les voies et les moyens pour les atteindre. L'État doit s'engager à fournir à l'entreprise publique les moyens nécessaires pour mener à bien sa mission et, une fois le plan d'action établi, l'administration s'engage à ne pas s'immiscer dans la gestion quotidienne.

⁸² L. n° 65-3, 12 fevr. 1965, relative aux obligations mise à la charge des offices, des sociétés nationales et des sociétés mixtes.

⁸³ L. n° 65-50, 26 juill. 1969, relative à la tutelle de l'État sur les entreprises publiques et leurs filiales, modifiant L. n° 65-3, 12 février 1965 préc.

⁸⁴ VI^è plan de développement (1982-1986).

⁸⁵ L. n° 85-72, 20 juill. 1985, relative à la tutelle et aux obligations mises à la charge des établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dans lesquelles l'État et les collectivités publiques locales détiennent une participation en capital.

⁸⁶ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 58.

⁸⁷ V. à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 85 et s.

⁸⁸ V. *infra* n° 396 et s.

Ainsi, le VI^e plan⁸⁹ défendait les résultats financiers négatifs des entreprises publiques en énonçant que ces mauvais résultats étaient dus à l'environnement économique dans lequel elles évoluaient, notamment la faible marge de manœuvre qu'elles avaient dans la fixation des prix de vente et dans la compression des coûts.

Cependant, on a remarqué un changement d'attitude à partir de la seconde moitié de l'année 1986. Le programme de redressement économique constituait la première étape dans le processus de remise en cause du mode de la gestion publique. Les critiques s'accentuèrent dans le VII^e plan⁹⁰. On y distingua trois niveaux d'appréciations : les relations entre l'État et les entreprises publiques, le contrôle interne de la gestion ainsi que la productivité des moyens matériels et humains des entreprises publiques.

Au premier niveau, il fut pointé du doigt le peu d'autonomie dont bénéficiaient les entreprises publiques dans leur rapport avec l'État, ainsi que la désorganisation dans l'exercice du contrôle et de la tutelle par l'État.

Au deuxième niveau, il fut inscrit la défaillance des systèmes de contrôle interne et d'information des entreprises publiques. Rares sont les entreprises publiques qui connaissaient d'une façon rigoureuse leurs coûts réels.

Les situations d'excès de capacité et d'insuffisance de production, à cause essentiellement d'absence d'études satisfaisantes de la rentabilité économique et sociale des investissements, constituent le troisième niveau. Cette situation engendra « des difficultés de trésorerie qui impliquèrent la nécessité de mettre en œuvre, le plus souvent, un schéma d'assainissement au bout de deux ans d'exploitation ». Les déficiences concernèrent également les ressources humaines : les augmentations salariales ne correspondaient ni à la production ni à la productivité.

63. Le mode de gestion public peut être maintenu, à condition d'y apporter certains correctifs au regard des critiques énoncées, et doit être considéré comme inadapté pour les entreprises publiques du secteur concurrentiel. En effet, ces dernières souffrent de difficultés financières qui les empêchent de poursuivre normalement leurs activités et d'honorer leurs

⁸⁹ VI^e plan de développement (1982-1986).

⁹⁰ VII^e plan de développement (1987-1991).

engagements à l'égard de l'administration fiscale, des organismes de sécurité sociale et des banques.

Ainsi, une nouvelle approche a été introduite dans l'appréciation des performances des entreprises publiques, puisque celles-ci sont désormais comparées aux entreprises privées. Motivée par la recherche constante du profit et soumise à la discipline du marché, l'entreprise privée se caractérise par un mode de gestion souple. De ce fait, son adaptation à la conjoncture économique et sociale est facilitée. À l'inverse, la rigidité qui caractérise la gestion publique, ainsi que les multiples contraintes qui lui sont imposées, ne permettent pas aux entreprises publiques de s'adapter facilement aux exigences du marché.

Partant de ce constat, les pouvoirs publics en concluent que le mode de gestion public est à la fois inadapté et inefficace. De fait, de nombreux exemples peuvent être tirés de l'expérience des entreprises nationalisées dans les pays en voie de développement. La nationalisation a eu souvent pour conséquence d'anéantir les forces de rappel du marché. Les entreprises nationalisées se lancent dans des programmes d'investissement lourds, peu lucratifs et inefficaces dans les pays anciennement sous influence soviétique. Dans d'autres pays, les entreprises publiques, qui servent d'instruments de politique d'emploi, voient leur productivité diminuer à mesure des embauches réalisées.

2- Inefficacité de la gestion publique

64. L'inefficacité des modalités de gestion publique n'est pas explicitement reconnue par les pouvoirs publics, mais déduite de deux considérations⁹¹.

Cette observation résulte tout d'abord, de la comparaison entre entreprises publiques et entreprises privées. Cette comparaison témoigne de la supériorité de l'entreprise privée. Ensuite, de la décision de privatisation elle-même. Cette décision est économiquement justifiée par la conviction que les entreprises actuellement publiques seraient mieux gérées et réaliseraient de meilleurs profits une fois passés entre les mains des privés. Lors de la présentation du budget de l'État pour l'année 1987, le Premier ministre affirma « qu'il est devenu d'un point de vue économique plus judicieux pour l'État de se désengager au profit

⁹¹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 62 et s.

des initiatives privées »⁹². L’entreprise publique n’est plus considérée comme un agent économique, mais comme un simple prolongement normal de l’administration centrale.

65. L’idée qui réside derrière cette analyse est que le marché est le fondement de l’efficacité économique. C’est de la soustraction des entreprises publiques des lois et des contraintes du marché que provient leur inefficacité. Or, pour se développer et rester compétitive, une entreprise doit poursuivre un seul objectif : l’optimisation de son profit. Mais l’entreprise publique, au contraire, est contrainte de poursuivre plusieurs objectifs à la fois, outre l’objectif commun à toutes entreprises qui est celui de rationaliser l’utilisation des ressources financières pour dégager le plus de profit.

Parmi ces objectifs, on note un objectif d’ordre politique. En d’autres termes, l’entreprise publique doit prendre en compte, dans le choix du lieu de son implantation, l’impératif de décentralisation industrielle et de développement régional. De plus, le maintien des emplois existants ainsi que la création d’autres emplois, même en sureffectif, constitue un des objectifs traditionnels attribués aux entreprises publiques. Des impératifs de redistribution obligent ces dernières à ne pas appliquer la règle de la vérité des prix, puisqu’elles sont souvent contraintes par les pouvoirs publics à livrer leurs biens ou services à des prix inférieurs au coût de production. Pour des activités revêtant le caractère de service public, les prestations sont même gratuites pour une certaine catégorie d’usagers. D’une manière générale, les entreprises publiques disposent d’une infime marge de manœuvre dans la fixation de leur prix.

Dans ce système, l’entreprise publique ne fait qu’agir comme un agent d’exécution de l’administration centrale avec un triple rôle : politique, économique et social.

66. Sur un autre plan, l’inefficacité de la gestion publique est également en partie due aux immixtions politiques. Les ingérences du pouvoir politique sont fréquentes, tant dans la nomination des instances dirigeantes de l’entreprise que dans la prise de décision. En effet, le recrutement des dirigeants se fait sur la base du clientélisme et non sur la base des compétences ou des connaissances. Les personnes qui accèdent à ces postes dans les structures étatiques s’en servent pour satisfaire leurs intérêts personnels et ceux de leur clan. Cette coutume du recrutement fait que de nombreux pays en voie de développement

⁹² Cité par K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 63.

connaissent une carence de managers et de cadres expérimentés aptes à accompagner la transition vers une économie de marché.

67. Nonobstant le fait que cette analyse comporte une grande part de vérité, force est de constater qu'elle est partiellement erronée⁹³. Les mauvaises performances des entreprises publiques ne sont pas uniquement dues à leur mode de gestion publique, d'autres facteurs y contribuent de façon décisive. Il en est ainsi du coût des intrants (éléments qui entrent dans la production d'un bien), qui sont constitués de matières premières et d'équipements pour la grande part importés. Leurs prix sont déterminés par l'offre et la demande sur le marché international.

Concernant la comparaison des deux modes de gestion public et privé, l'analyse semble être démesurée lorsqu'on la confronte à la réalité économique tunisienne. En effet, la bonne performance des entreprises privées n'est pas établie. Nombre d'entre elles connaissent des difficultés, aussi bien celles qui travaillent pour le marché local que celles qui exportent. Le problème ayant pris une telle ampleur que le gouvernement a mis en place une commission chargée de venir en aide à ces entreprises⁹⁴. De plus, une réforme législative⁹⁵ a modifié le Code de commerce a instauré des dispositifs de sauvetage des entreprises en difficultés. Par ailleurs, celles qui ne connaissent pas de difficultés financières ne sont pas nécessairement efficaces. Elles ont des résultats positifs grâce à la protection douanière qui leur est assurée par les pouvoirs publics contre d'éventuels concurrents étrangers. Grâce aussi aux recours facilités aux crédits bancaires, souvent attribués à des taux d'intérêts négatifs en termes réels. Dans certains cas, cette quasi bonne performance n'est qu'illusoire, puisqu'obtenue aux prix de certaines illégalités telles que la fraude fiscale, voire le paiement en dessous du SMIG.

De plus, le programme national de mise à niveau, conséquence de l'Accord d'Association Tunisie-Union européenne⁹⁶ qui prévoit une zone de libre-échange, vient écorcher la réalité de l'entreprise privée tunisienne.

⁹³ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 65.

⁹⁴ Commission SOS entreprises, créée au sein du Ministère de l'Industrie.

⁹⁵ L. n° 34-95, 17 avril 1995, relative au redressement des entreprises en difficultés économiques.

⁹⁶ Accord signé le 17 juillet 1995, ratifiée par la Tunisie par L. n° 49-9, 20 juin 1990.

68. Mis à part ces critiques, il n'en demeure pas moins que l'inefficacité de la gestion publique des entreprises publiques représente un argument de taille pour légitimer le recours aux privatisations. De plus, l'État n'a plus les ressources financières suffisantes pour maintenir en vie, à l'aide de subventions et de recapitalisations, les entreprises publiques. L'une des raisons qui a justifié la privatisation émane de la crise de gestion étatique du capital qui n'a pas pu allier efficacité économique et rationalité de l'investissement.

Paragraphe 2 : Les privatisations : un remède pour redresser les déséquilibres économiques et financiers

69. Les privatisations répondent à des objectifs divers et variés, qui commandent d'être classés en fonction de leur influence qui justifie tel ou tel programme. À côté des objectifs purement économiques et financiers (**A**), il existe une multitude d'autres objectifs de nature diverse (**B**).

A/ Les remèdes économiques et financiers

70. Tout projet de privatisation requiert pour sa réussite la définition préalable d'objectifs clairs, non contradictoires et hiérarchisés. Les études fournies par l'expérience internationale montrent que deux objectifs principaux sont pratiquement énoncés par tous les programmes de privatisation : il s'agit d'objectifs financiers et économiques, à savoir la réduction du déficit budgétaire (**1**) et la recherche de l'efficacité économique (**2**).

1- La réduction du déficit budgétaire

71. On retrouve cet objectif dans tous les programmes de privatisation, tant dans les pays développés que dans les pays en voie de développement.

En effet, la performance des entreprises publiques s'est révélée, en règle générale, insatisfaisante. Si certaines sont efficaces, beaucoup d'autres, par contre, sont inefficaces. Elles réussissent à subsister grâce à la protection douanière accordée vis-à-vis des importations concurrentes, à l'attribution préférentielle de marchés publics importants, à l'accès privilégié aux crédits dont elles bénéficient auprès des banques publiques, à des

garanties étatiques, aux exonérations fiscales, ou aux subventions qui leurs sont directement versées par les autorités publiques. Alors qu'elles avaient été créées pour remédier à la carence du secteur privé et servir au développement de l'économie nationale, elles ont au contraire, contribué à l'étouffement du secteur privé local et à la stagnation de l'économie. Quasiment partout, le poids financier des entreprises publiques est devenu intenable.

L'aggravation des déficits publics en France, entre 1981 et 1995, a rapidement obligé les gouvernements à trouver d'autres moyens pour doper l'économie que d'aggraver le déficit public par le recours à l'emprunt. C'est pourquoi les privatisations apparaissaient comme un élément essentiel de la politique budgétaire de la plupart des pays. La justification la plus contraignante des privatisations venait du déficit du budget de l'État. En effet, peu importait la manière, toute opération de privatisation se traduisait d'abord par un mouvement de capitaux partant de la sphère privée pour aboutir dans les caisses de l'État.

72. Dans les pays en voie de développement, la Tunisie n'échappant pas à la règle, l'épuisement des ressources financières et l'accroissement du déficit budgétaire ont été souvent les principales causes qui justifiaient le recours aux privatisations. De plus, la réduction du déficit budgétaire et la fermeté dans la gestion des finances publiques dans ces pays, furent parmi les facteurs de la conditionnalité des programmes de stabilisation et d'ajustement structurel des institutions internationales de financement.

73. L'allégement de la dette publique et du déficit budgétaire fut recherché, d'une part, par l'abandon des subventions, des recapitalisations et des aides financières octroyées aux entreprises publiques, et d'autre part, par la levée des ressources financières additionnelles grâce aux produits de la vente des entreprises.

L'étendue financière des privatisations est dominante au regard de la forte augmentation des recettes de privatisation dans le monde sur une courte période, par rapport à la durée de vie des programmes de privatisation qui, souvent, dépasse les vingt ans.

Cependant, il existe des programmes de privatisation dans lesquels l'objectif de réduction du déficit budgétaire est vidé de son contenu. C'est le cas des privatisations où est pratiquée la distribution gratuite d'actions à la population. La Pologne, la Tchécoslovaquie et la Russie ont

choisi cette forme de privatisation, en vue d'obtenir une adhésion de masse au processus de privatisation et une équité dans l'accession à la propriété.

Cet objectif est également vidé de son sens, si dans l'utilisation des recettes de la privatisation n'est pas pris en compte le caractère occasionnel et les effets éphémères de l'allégement du poids budgétaire. Les précédentes expériences ont montré que de nombreux pays ont subi ce type d'erreurs en attribuant les gains collectés aux dépenses courantes de l'État, avec comme conséquence une stabilisation provisoire du déficit budgétaire et une altération des finances publiques les années d'après. Les privatisations ont pour objectif premier d'accroître les ressources du budget de l'État. Elles peuvent être affectées de trois manières différentes : soit financer les dépenses courantes de l'État, soit rembourser la dette émise, soit enfin capitaliser ou recapitaliser des entreprises du secteur public, en vue d'une privatisation plus rémunératrice.

Suivant l'adoption de l'une ou l'autre de ces deux techniques, la deuxième alternative se résume soit à une réduction du déficit budgétaire, soit à des mesures de financement censées être sectorielles et temporaires (comme le désendettement de l'État).

Il est plutôt conseillé d'affecter les revenus des privatisations à la réduction de la dette publique, avec comme résultat certain la diminution du poids des charges financières futures sur le budget de l'État⁹⁷.

74. À ces considérations micro-économiques s'ajoutent des justifications macro-économiques, souvent employées par le FMI et la Banque mondiale, qui font des privatisations un élément essentiel des programmes d'ajustement dans les pays conseillés par ces institutions internationales. Les privatisations ont un effet direct sur le niveau du déficit public par deux voies conjuguées : d'une part, elles ne font plus supporter au budget de l'État les déficits souvent importants des entreprises publiques, et d'autre part, elles peuvent permettre de diminuer la dette publique.

En Tunisie, sur recommandation du FMI, la majeure partie des recettes des privatisations est utilisée pour réduire le poids de la dette extérieure.⁹⁸

⁹⁷ N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, op. cit., p. 89 et s.

⁹⁸ Conclusions préliminaires de la mission de consultation au titre de l'article IV pour l'année 2005 concernant la Tunisie, Rapport FMI, 2005.

75. En France, l'affectation des recettes des privatisations a évolué dans des proportions différentes entre la première et la seconde vague de privatisation.

En 1986, la priorité est donnée à la réduction de la dette de l'État, et ce avec succès, puisque durant les années qui suivent, le pays a enregistré à la fois une stabilisation du déficit public et une réduction de la dette émise. En 1995, malgré l'obligation de respecter les critères de convergence définis par le Traité de Maastricht⁹⁹, la quasi-totalité des recettes obtenues est utilisée pour faire face aux dépenses courantes de l'État et à l'aggravation du déficit des administrations.

76. Parmi les justifications pratiques des privatisations, il est pertinent de mentionner les exigences communautaires pour les pays européens. Le Traité de Maastricht impose des critères de convergence nominale assez strictes en matière de finance publique¹⁰⁰. En effet, le pacte de stabilité et de croissance¹⁰¹ précise les règles de discipline budgétaire que doivent respecter les pays ayant adhéré à l'Union économique et monétaire. Le déficit public intérieur ne doit pas dépasser 3 % du PIB, et la dette publique brute doit être inférieure ou égale à 60 % du PIB. Mais, depuis 2002, le respect des règles du pacte de stabilité et de croissance fait apparaître des tensions entre les États membres et la Commission européenne, car le déficit public de plusieurs pays excède les 3 % du PIB imposés par le pacte.

L'office statistique de l'Union européenne a énoncé à plusieurs reprises que les recettes des privatisations ne peuvent être considérées comme des recettes identiques aux recettes fiscales par exemple. Au sens de Maastricht, les recettes des privatisations ne permettent pas de réduire le déficit public, car elles sont considérées comme un moyen de financement correspondant à la cession d'un actif, opération symétrique à l'émission d'une dette (obligations ou bons du Trésor).

⁹⁹ Déficit budgétaire inférieur ou égal à 3 % du PIB, dette publique brute inférieure ou égale à 60 % du PIB.

¹⁰⁰ Article 121 du Traité CE.

¹⁰¹ Pacte entériné par les Quinze au Conseil européen le 17 juin 1997. Il définit et accélère les procédures des articles 99, 103 et 104 du Traité CE.

2- *La recherche de l'efficacité économique*

77. Le deuxième objectif recherché le plus souvent par de nombreux pays lors d'une privatisation est l'amélioration de l'efficacité économique de l'entreprise publique. En d'autres termes, il s'agit de la recherche de l'efficacité productive et allocative de l'économie nationale. Ce but tire son fondement du principe théorique selon lequel une entreprise privée est plus efficiente économiquement et enfouit en elle une aptitude inhérente à être plus efficace que l'entreprise publique. Toutefois, ce principe n'est vérifiable que sous certaines conditions qui sont en étroite relation avec le contexte économique et institutionnel des entreprises privatisées. En effet, dans de nombreux pays en voie de développement, des expériences de modernisation des entreprises publiques par l'insertion de règles de gestion privée ont été de véritables échecs, tandis que ces mêmes expériences pratiquées par des pays développés, où les conditions de concurrence et de marché sont réunies, ont été un succès. Nous pouvons citer l'exemple de la France, qui a entrepris le programme de modernisation de ses entreprises publiques dans les années 1980, ce qui a largement contribué au succès de la première vague de privatisation¹⁰².

78. Un auteur confirme l'idée selon laquelle les programmes de privatisation sont voués à l'échec si les réformes sont essentiellement focalisées sur l'entreprise publique, avec le maintien en l'état de leur environnement économique et institutionnel. Selon lui, le transfert de droit de propriété de l'État vers les entreprises privées n'est pas suffisant pour parvenir à l'objectif recherché, qui est l'efficacité économique, si ce transfert n'est pas accompagné par une réforme de l'environnement dans le sens d'une liberté d'action et de la mise en place de processus d'incitation à la performance¹⁰³.

La recherche d'une efficacité à l'échelle de l'ensemble de l'économie doit être l'objectif majeur de tout programme de privatisation. Dans cette optique, en règle générale, la priorité doit être donnée aux méthodes qui permettent d'accroître au maximum l'efficacité des entreprises privatisées. Par conséquent, l'ouverture à la concurrence, tant au niveau national qu'au niveau international, des secteurs d'activités où opèrent ces entreprises est d'une grande

¹⁰² W. ANDREFF, « Une approche comparative des privatisations : l'exemple français est-il transposable ? », in *Reflets et perspective de la vie économique*, Tome XXXII, 1993, p. 170.

¹⁰³ L. RAPP, *Techniques de privatisation des entreprises publiques*, LITEC, Paris, 1986, p. 10.

importance d'un point de vue stratégique. Afin d'atteindre les meilleurs niveaux d'efficacité économique, il faut souvent engager des réformes préalables à la privatisation. Cela implique, par exemple, l'abandon des barrières à l'entrée afin de favoriser l'introduction de nouveaux concurrents sur le marché, la réorganisation interne de l'entreprise privatisée et la mise en œuvre d'une instance de régulation impartiale.

79. Le rapide changement du contexte économique international a participé à la précipitation du déclin du modèle de l'entreprise publique nationale. En effet, la mondialisation de l'économie, l'innovation technologique ainsi que l'intégration croissante des marchés imposent aux entreprises d'adopter des stratégies souples et de les adapter aux circonstances. C'est pourquoi les partisans de la recherche de l'efficacité à travers les privatisations préconisent le recours au partenariat étranger comme moyen permettant de mettre à niveau les entreprises publiques et d'augmenter leur efficacité. Ce moyen peut se traduire par des ouvertures des capitaux des sociétés publiques, partielles ou totales, avec l'étranger. Or les entreprises publiques sont mal placées pour fonctionner de manière aussi souple et réaliser de telles alliances.

80. La recherche de l'efficacité économique à travers les privatisations est un objectif privilégié en Tunisie. L'économie tunisienne doit répondre à des contraintes structurelles qui nécessitent une aide extérieure, que seul l'investissement direct étranger peut apporter. Ce besoin, qui conditionne pour une large part l'avenir de l'industrie tunisienne, introduit de plus en plus la nécessité pour l'État de procéder à des arbitrages dans les objectifs stratégiques à accorder aux privatisations. L'État doit choisir entre, soit la recherche de l'amélioration à court terme des finances publiques, soit la recherche de l'efficacité allocative et productive de l'économie nationale, dont les gains ne vont apparaître qu'à moyen ou long terme¹⁰⁴.

Les privatisations constituent un instrument considérable pour encourager l'investissement. En effet, certaines privatisations sont considérées comme une ressource supplémentaire d'attraction de cette catégorie d'investissements qui participent, spécifiquement, au transfert

¹⁰⁴ V. à ce sujet, O. BOUIN, « La privatisation dans les pays en développement : réflexions sur une panacée », *Cahier de politique économique*, n° 3, OCDE, 1992, p. 3 et s.

de technologie et à l'essor de l'exportation¹⁰⁵. Le programme de privatisation tunisien offre des grandes possibilités susceptibles d'attirer l'intérêt des investisseurs étrangers. Cela concerne principalement les nombreuses opérations de vente d'actifs ou de droits sociaux dans le capital des entreprises publiques, les grands projets d'infrastructures, la production d'électricité...

Jusqu'à la récente « pseudo » stabilité politique et sociale tunisienne¹⁰⁶, les performances économiques et les nombreuses réformes accomplies pour améliorer l'environnement des affaires, font de la Tunisie un important pôle attractif des investissements directs étrangers. En effet, les résultats enregistrés dans ce domaine sont prometteurs : une grande partie des recettes des privatisations résultent d'achats de la part d'investisseurs étrangers.

En 2006, la performance de la Tunisie en termes d'entrée d'investissement direct étranger a été supérieure à celle enregistrée à l'échelle mondiale, selon les estimations de la CNUCED. Les investissements directs étrangers ont constitué la principale ressource extérieure de la Tunisie, dépassant pour la première fois les recettes touristiques.

Ce résultat s'explique principalement par la privatisation partielle de Tunisie Télécom (35% du capital). Notons que, hors recettes des privatisations, la tendance reste croissante pour les investissements directs étrangers en Tunisie, ainsi que pour les investissements de portefeuille¹⁰⁷.

¹⁰⁵ N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, op. cit., p. 92.

¹⁰⁶ Révolution du 14 janvier 2010.

¹⁰⁷ Ambassade de France en Tunisie, Mission économique.

B/ Des objectifs de nature disparate

81. Un programme de privatisation, au sens strict, est très rarement le seul objectif en soi. Souvent, les privatisations ne sont qu'un moyen parmi d'autres pour atteindre une pluralité d'objectifs de nature secondaire que les gouvernements se sont fixés (1). Cependant, ces différents objectifs doivent être compatibles entre eux et non contradictoires (2).

1- Une pluralité d'objectifs

82. Adopter un programme de privatisation uniquement dans le but de transférer les droits de propriété de l'État à une entreprise privée est un leurre. Un programme de privatisation répond souvent à d'autres motivations sous-jacentes, indépendamment des motivations d'ordre économique et financier. En effet, à côté de la diminution de la contrainte budgétaire et de la recherche de l'efficacité économique, on relève une multitude de finalités qui ne sont pas à l'origine du programme de privatisation, mais qui sont essentielles dans la mesure où elles sont susceptibles d'engendrer des effets positifs favorisant le succès du processus.

Ces objectifs sous-jacents ont souvent un caractère purement politique et sont propres à certaines opérations ou aux pays concernés. Ainsi, dans les pays en développement, les privatisations servent à favoriser la transparence des opérations et à lutter contre les pratiques contraires à la déontologie, voire contre la fraude. Les privatisations britanniques des années 1980 ont eu pour objectif de lutter contre les rigidités syndicales des ouvriers et des fonctionnaires de l'administration centrale. Les pays en voie de développement y voient un moyen efficace pour permettre la promotion de certaines entreprises sur le plan commercial et faire ainsi appel à des capitaux étrangers.

83. En France et en Grande-Bretagne, les privatisations des années 1980 et 1990 ont permis de développer l'actionnariat populaire et la participation des salariés au capital de leur entreprise.

L'accroissement de l'actionnariat populaire provient soit de la distribution d'actions gratuites au peuple, soit de la cession d'actions sur le marché financier. L'une des raisons qui motivent ce choix est la recherche d'une forte participation populaire aux programmes de privatisations envisagés. En effet, par ce moyen, les gouvernements veulent faire accepter les privatisations

par le peuple, afin d'éviter des mécontentements de la part du peuple avec un risque d'être accusé de sacrifier le patrimoine national¹⁰⁸.

Ce mode de privatisation, qui réside en la distribution d'actions gratuites, peut comporter certains risques pour l'entreprise privatisée, car « il est loin de créer un cadre favorable à l'émergence de nouvelles entreprises »¹⁰⁹. En effet, l'actionnariat populaire peut être en opposition avec l'idée qui consiste à promouvoir l'efficacité économique de l'entreprise privatisée. Par ailleurs, comme le souligne un professeur, « les attributions gratuites d'actions sont plus souvent considérées par leurs bénéficiaires comme un supplément de salaire que comme une incitation à la participation »¹¹⁰. Par conséquent, ce mode de privatisation présente le risque d'une instabilité de l'actionnariat, puisque les nouveaux porteurs vont avoir tendance à revendre les titres rapidement. Ce défaut d'implication de la part de l'actionnariat populaire sur la gestion de l'entreprise privatisée réduit l'encouragement des gestionnaires à maximiser la valeur de l'entreprise.

En Grande-Bretagne, le développement de l'actionnariat populaire a été au centre du programme de privatisation, ce qui a permis de doubler le nombre total d'actionnaires. L'un des objectifs du programme de privatisation est la répartition des actions entre un grand nombre d'actionnaires, ce qui a été rendu possible par l'adoption du programme de propagation de la propriété¹¹¹ qui contient des incitations pour les petits porteurs.

En France, les programmes de privatisation ont été largement associés à l'actionnariat populaire grâce à l'utilisation de l'offre publique de vente sur la base d'une partie du capital préalablement déterminée, offre qui a eu de très bons résultats.

84. Mais c'est dans les pays de l'Est¹¹² que ce mode de privatisation a touché une large proportion de la population, avec comme spécificité la distribution d'actions gratuites par l'intermédiaire de coupons de privatisation. Cette politique atypique visait trois objectifs. D'une part, combler un besoin moral d'équité et de justice sociale. Ensuite, obtenir l'adhésion du peuple au processus de réforme économique. Enfin, précipiter la transition grâce au transfert à la population d'une partie du patrimoine public.

¹⁰⁸ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 93 et s.

¹⁰⁹ J. SAPIR, *Le chaos russe*, La découverte, Paris, 1996, p. 97.

¹¹⁰ L. CARTELIER, « L'expérience française de privatisation : Bilan et enseignement », *RIDE*, 1992, p. 389.

¹¹¹ *Spreading Share Ownership*.

¹¹² Not. la Pologne, la Tchécoslovaquie et la Russie.

85. En Tunisie, la privatisation avec la distribution gratuite d’actions à la population n’a pas été retenue, même si l’actionnariat populaire a séduit dans une moindre mesure les gouvernements. En effet, la Tunisie a admis une conception restrictive de la notion d’actionnariat populaire, dans le sens où peu de dispositions incitatives ont été prises pour son développement.

86. L’actionnariat des salariés, quant à lui, est quasiment prévu dans tout programme de privatisation, avec quelques différences. Cet actionnariat permet l’implication des salariés dans le programme de privatisation de leur entreprise. C’est une alternative de choix quand une entreprise publique est invendable en l’état. C’est également un moyen de mobiliser les travailleurs, voire d’encourager la productivité. Enfin, cela permet de limiter les conflits avec les syndicats et les travailleurs, lors d’une privatisation non voulue.

Historiquement, la Russie est de loin le pays qui a été le plus généreux en matière de priviléges accordés aux salariés en leur offrant un large choix de possibilités¹¹³. En Tunisie, le législateur accorde une place particulière à l’actionnariat salarié avec de nombreuses mesures d’incitation¹¹⁴.

Cependant, l’actionnariat salarié, qui se justifie tant par des considérations politiques qu’économiques, n’est pas exempt de problèmes. Il peut être confronté à la capacité financière limitée des salariés, surtout dans des pays où le système bancaire n’est pas adapté. Il peut également être confronté aux refus par les nouveaux investisseurs de l’éventuel actionnariat salarié, notamment dans les petites entreprises. De plus, comme le souligne un professeur¹¹⁵, les régimes sélectifs accordés aux salariés ont des répercussions sur les finances publiques (perte de recettes pour l’État) ; de plus, ils impliquent un transfert de ressources de l’État vers une catégorie de personnes et non vers toute la population.

¹¹³ P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, éd. De Boeck Université, Bruxelles, 1995, p. 97.

¹¹⁴ Parmi ces incitations, L. n° 89-9, 1er févr. 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

¹¹⁵ P. GUISLAIN, *op. cit.*, p. 97.

2- *Compatibilité et non-contradiction entre les différents objectifs*

87. L'adoption des objectifs dans un programme de privatisation est une étape importante à entreprendre le plus rapidement possible. En effet, aucun programme, de quelque nature que ce soit, ne peut réussir s'il n'est pas inscrit dans le cadre d'une stratégie globale. De nombreux programmes de privatisation ont échoué ou n'ont pas abouti à cause de la poursuite d'objectifs incompatibles, voire même en contradictions. Or, en pratique, l'accomplissement de cette étape au préalable n'est pas chose facile, car tout programme de privatisation comprend une multitude d'objectifs (à poursuivre), implicitement ou explicitement.

Le choix des objectifs, ainsi que le calendrier adopté pour la mise en œuvre du programme de privatisation ont des conséquences considérables sur la structuration des instruments et des modalités juridiques. Ainsi, si l'efficacité économique et la maximisation des recettes de privatisation sont recherchées, il est préférable de recourir à un appel d'offres de vente, plutôt que de se lancer dans des négociations avec un seul investisseur. Concernant les modalités techniques, l'actionnariat populaire, ou salarié, n'est pas le meilleur instrument, quand l'objectif principal est la maximisation des recettes. En effet, la distribution à grande échelle des actions aux citoyens permet certes d'atteindre l'objectif de large diffusion de la propriété des actions, mais n'accède pas à l'efficacité économique, l'encouragement de l'investissement étranger ou le transfert de technologies.

En résumé, il faut choisir les démarches et les techniques qui correspondent le mieux aux objectifs fixés en priorité.

88. Les débats provoqués par le programme de privatisation britannique montrent les tensions qui peuvent exister entre des objectifs contradictoires. Plusieurs sociétés en situation de monopole ou de quasi-monopole¹¹⁶, voire même en situation de position dominante¹¹⁷ sur le marché britannique, ont été privatisées. Les raisons invoquées pour justifier un tel choix sont la rapidité dans la mise en œuvre du programme, la volonté d'obtenir la coopération des gestionnaires qui auraient pu retarder la privatisation, l'aspiration d'attirer le plus grands nombre de petits actionnaires ou encore le souci de maximiser les recettes¹¹⁸.

¹¹⁶ Telles que *British Telecom* et *British Gas*.

¹¹⁷ Telles que *British Airways*, *National Power* et *Power Gen*.

¹¹⁸ P. GUISLAIN, *op. cit.*, p. 35.

89. De plus, les objectifs d'un programme de privatisation doivent non seulement être compatibles entre eux, mais ne doivent pas être en contradiction avec les autres objectifs définis par les gouvernements. Certains pays mettent en place une politique discriminatoire à l'égard des investisseurs étrangers, en leur interdisant de contribuer au programme de privatisation envisagé, alors qu'ils adoptent en parallèle des mesures qui incitent l'investissement étranger. Une telle disposition discriminatoire peut même se révéler contraire aux lois en vigueur relatives à l'investissement étranger.

La multiplicité des objectifs ainsi que, parfois, leur incompatibilité, nécessitent la mise en place d'un ordre de priorité. Certains arbitrages doivent être réalisés à l'occasion d'opérations particulières. Selon un auteur, la classification se décompose en trois grands niveaux : d'une part l'objectif macro-économique, ensuite l'objectif politique et enfin l'objectif social¹¹⁹.

Pour mener à bien un programme de privatisation, il faut se référer à ces objectifs, les techniques de privatisation ne sont pas en soi bonnes ou mauvaises, mais seulement adéquates à la poursuite d'un ou plusieurs objectifs fixés dans un environnement déterminé. Plus il y d'objectifs à atteindre, plus l'ensemble du programme de privatisation sera complexe à mettre en œuvre.

Le choix des objectifs sera dans une large mesure influencé par le contexte économique, politique, social, juridictionnel et institutionnel du pays.

¹¹⁹ P. GUISLAIN, *op. cit.*, p. 36.

**PREMIÈRE PARTIE : LE
RÉGIME JURIDIQUE DES
PRIVATISATIONS**

90. La privatisation d'une entreprise publique est un travail de longue haleine : la transmission, au profit d'une ou plusieurs entités du secteur privé, du contrôle exercé par les pouvoirs publics sur l'entreprise, est précédée d'un certain nombre de phases préparatoires. Il s'agit donc bien plus que d'une simple cession de contrôle. De plus, la privatisation est loin d'être un mouvement homogène, puisqu'elle subit les effets de la diversité de situations dans lesquelles elle intervient. Dans la pratique, elle se distingue d'un pays à un autre, par son étendue, par la nature et l'état des entreprises concernées et par le niveau de développement et des spécificités du contexte dans lequel elle se déroule.

91. Les opérations de privatisation emportent des effets substantiels, auxquels s'attachent de nombreuses interrogations propices à la réflexion juridique (**Titre II**). En amont, il importe de déterminer la procédure d'une opération de privatisation. Cette tâche préalable suscite des interrogations : quelles sont les entreprises publiques susceptibles de faire l'objet d'une privatisation ? Quelles autorités sont compétentes pour procéder à cette détermination ? Quel est le régime juridique applicable aux opérations envisagées (**Titre I**) ? La première partie de cet ouvrage s'attachera à l'ensemble du processus de privatisation des entreprises publiques, dans la perspective d'une approche globale du régime juridique applicable.

TITRE I : LA PROCÉDURE D'UNE OPÉRATION DE PRIVATISATION

92. Le terme de « privatisation » recouvre des opérations hétérogènes, les unes et les autres étant traitées différemment par les textes. Le domaine d'une opération de privatisation touche à la fois au droit public, au droit des sociétés et à la réglementation boursière.

En Tunisie, le concept de privatisation s'intègre dans le cadre d'une vision de partenariat entre le secteur public et le secteur privé, et contribue, par conséquent à la concrétisation de la politique de désengagement de l'État des activités concurrentielles.

Le foisonnement et l'enchevêtrement des textes compliquent la présentation d'ensemble, actualisée, du régime d'une opération de privatisation. L'objectif de ce titre premier est d'exposer le cadre juridique (**Chapitre 1**) et les modalités (**Chapitre 2**) régissant le processus de privatisation.

CHAPITRE 1 : LE CADRE CONSTITUTIONNEL DES PRIVATISATIONS

93. Le milieu des années 1980 fut un tournant pour l'économie tunisienne. En effet, des réformes structurelles importantes ont été mises en œuvre afin de réorienter le rôle de l'État et de transformer une économie fortement réglementée et protégée en une économie ouverte, dirigée par les forces du marché. La Tunisie a pris conscience désormais que la privatisation est un levier majeur pour son développement économique.

La mise en œuvre du programme de privatisation passe par deux étapes. D'une part, la précision du domaine des privatisations (**Section 1**), et d'autre part, la mise en place du dispositif juridique et institutionnel (**Section 2**).

Section 1 : Le domaine des privatisations

94. La délimitation du domaine des privatisations est une phase préparatoire nécessaire avant toute mise en œuvre effective d'un programme de privatisation. En effet, un État doit connaître et faire savoir de quelles entreprises et de quels secteurs il entend se désengager. En Tunisie, on constate une certaine ambiguïté dans la fixation du domaine des privatisations (*Paragraphe 1*), raison pour laquelle ce domaine s'est avéré flexible (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Un domaine incertain

95. Deux solutions sont possibles quant à la délimitation d'un programme de privatisation : soit la technique de la désignation dans une liste des entreprises éligibles à la privatisation, soit celle de l'établissement de critères permettant d'identifier parmi les entreprises publiques, celles qui sont éligibles. En Tunisie, initialement le choix s'est porté sur la première solution (A), pour finalement se tourner vers la seconde solution (B).

A/ L'absence de liste des entreprises éligibles

96. L'absence d'une liste des entreprises éligibles à la privatisation est un choix délibéré qui trouve sa justification dans la croyance aux bienfaits de la confidentialité d'une part, et à une large liberté d'action au profit du gouvernement d'autre part¹²⁰. L'énumération des entreprises devant être privatisées a constitué l'une des questions les plus débattues lors des débats parlementaires. Mais la loi du 1^{er} février 1989 n'a évoqué aucune allusion à une quelconque liste. Il semblerait qu'un accord tacite ait été conclu entre le gouvernement et le parlement afin de se dispenser de cette liste. Toutefois, le débat ne fut pas pour autant définitivement clos. En effet, que ce soit au sein ou en dehors du parlement, la question de l'établissement d'une liste reste récurrente et une partie de la doctrine tunisienne proposa le choix de l'établissement d'une liste des entreprises à privatiser¹²¹.

¹²⁰ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'Etat des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse de faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 146 et s.

¹²¹ Dont le Professeur A. AOUIJ-MRAD, « Le champ d'application de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Facultés de droit et des sciences politiques de Tunis, *coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 39.

La position des pouvoirs publics à ce sujet est singulière. Il est possible qu'ils n'aient pas fixé de liste d'entreprises éligibles à la privatisation, ou, au contraire, que cette liste ait existé mais soit demeurée confidentielle pour le public. Cette attitude des pouvoirs publics est compréhensible, lorsqu'on connaît leur attachement avéré au secret.

De 1987 à 1995, le mouvement de privatisation tunisien s'est déroulé en l'absence de liste des entreprises éligibles à la privatisation. En effet, en vertu de la loi du 2 août 1987¹²², il a été prévu de fixer une liste par décret, chose qui n'a d'ailleurs pas été faite. Notons de plus, que dans la loi du 1^{er} février 1989¹²³ il fut exclu de se référer à une quelconque liste des entreprises publiques à céder.

À partir de 1990, sous l'influence des bailleurs de fonds internationaux, notamment la Banque Internationale pour la Reconstruction et le Développement et le Fonds Monétaire International, un léger changement a été remarqué. Bien que ne faisant toujours pas l'objet d'un inventaire, les entreprises éligibles à la privatisation furent classées en trois catégories, et leur transfert au privé programmé en trois étapes. Appartenant toutes au secteur concurrentiel, comme le prévoit la loi, la privatisation des entreprises publiques devait suivre un ordre chronologique : d'abord les petites et moyennes entreprises déficitaires, ensuite celles de taille moyennes et bénéficiaires, enfin les grandes entreprises bénéficiaires. Sont donc exclues du domaine de la privatisation les entreprises faisant partie du « noyau dur du secteur public »¹²⁴. Ces entreprises interviennent dans trois domaines : les ressources naturelles importantes, les monopoles naturels et les domaines exigeant des capitaux énormes ou des technologies de pointe dépassant les capacités des capitaux privés.

L'année 1996 fut marquée par un changement d'attitude significatif des pouvoirs publics, qui avait établi une liste énumérant les entreprises publiques dont la privatisation était programmée. Cependant, son contenu était peu précis, il s'agissait d'une liste de 63 entreprises opérant dans le milieu concurrentiel et dont l'actif net global était évalué à 14 milliards de dinars¹²⁵. Aucun document ne dévoilait l'identité de ces entreprises, il est évident que les pouvoirs publics avaient choisi d'établir une liste à usage interne et strictement

¹²² L. n° 87-47, 2 août 1987, relative à la restructuration des entreprises publiques, art. 2.

¹²³ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

¹²⁴ M. BEN LETAIEF, « La signification de la restructuration des entreprises publiques », Actes de colloque préc., p. 18.

¹²⁵ 7 milliards d'euro ; budget économique 1997, p. 69 et s.

confidentielle, non destinée à l'information du public, des employés de ces entreprises, ni des futurs acquéreurs¹²⁶.

97. Les justifications avancées pour légitimer cette confidentialité sont présentées comme possédant trois avantages.

D'abord, elle aurait pour fonction d'empêcher l'entente et la concertation entre capitalistes privés visant à se partager, à des prix en dessous de leurs valeurs réelles, les entreprises proposées à la cession. De telles pratiques sont nuisibles pour les recettes de l'État et ne peuvent être mises en échec que par une certaine opacité. Ensuite, elle permettrait d'éviter des contestations syndicales massives qui se seraient manifestées si la liste des entreprises à céder avait été publiquement connue. Enfin, elle préviendrait le risque d'incertitude auprès des cadres et employés des entreprises concernées qui pourrait conduire à une baisse de productivité, voire même à des activités frauduleuses¹²⁷.

98. La confidentialité vivement recherchée par les pouvoirs publics, bien que justifiée dans une certaine mesure, n'est pas une fin en soi. En réalité, elle accorde une liberté de manœuvre au profit du gouvernement. Il est certain, dans ces conditions, que la première manifestation possible de cette liberté réside dans le choix même des entreprises candidates à la privatisation. Si aucune liste n'est fixée au préalable, et si aucun critère d'éligibilité n'est fixé, cette liberté est alors totale. En revanche, si l'autorité investie du pouvoir décisionnel ne fait que choisir l'ordre de passage à l'intérieur d'une liste d'entreprises établie par une autre autorité, la liberté de décision s'en trouve fortement réduite. Enfin, dans le cas où serait joint un échéancier précis de réalisation à la liste préétablie, la liberté d'action du gouvernement serait quasiment absente¹²⁸.

99. Ces trois hypothèses concordent avec la variété des solutions consacrées au problème du choix des entreprises éligibles à la privatisation dans d'autres pays.

Le premier modèle, le plus ancien qui a inspiré les décideurs tunisiens, est celui de la Grande-Bretagne. Il se caractérise par l'absence de toute délimitation formelle du domaine devant être concerné par les privatisations. En effet, aucune liste des entreprises à céder au secteur privé

¹²⁶ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 151.

¹²⁷ P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, *op. cit.*, p. 132.

¹²⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 154.

n'a été établie, ni aucun des critères pouvant présider aux choix de ces entreprises. Pour les pouvoirs publics, la question était plutôt de savoir ce qui devait être conservé dans le patrimoine national, et non ce qui devait être cédé¹²⁹. Ainsi, la politique de privatisation mise en œuvre dans ce pays a porté sur des entreprises concurrentielles, mais également sur des monopoles. L'empirisme qui guidait cette politique a fait que « nul échéancier prédéterminé strict n'a rythmé le processus [...] nulle logique sectorielle n'apparaît à l'évidence dans les choix opérés ». ¹³⁰ Le modèle britannique de non-délimitation du domaine des privatisations émanait d'une ferme intention du gouvernement de s'octroyer une grande liberté de manœuvre.

Le deuxième modèle, plus récent, est celui de la France : totalement opposé au modèle britannique. En effet, les entreprises éligibles à la privatisation sont préalablement définies dans une liste énumérative. Cette liste fut annexée aux textes législatifs de 1986¹³¹ et 1993¹³². La solution française répond à une exigence constitutionnelle. En vertu de l'article 34 de la Constitution de 1958, le transfert de propriété d'entreprises publiques au secteur privé relève du domaine de la loi. Ainsi, les gouvernements issus respectivement des élections de 1986 et 1993 durent se résigner à une telle obligation au détriment d'une liberté d'action amoindrie¹³³. Mais cette limitation n'était que d'ordre formel, puisque c'est le gouvernement lui-même, qui d'après des critères de son choix¹³⁴, a établi les deux listes des entreprises privatisables.

100. Au début¹³⁵, le gouvernement tunisien a préféré adopter une solution médiane, entre le modèle britannique et celui du modèle français. Il s'agit d'une liste établie par voix de décret. Elle présente l'avantage de ne pas fixer de liste dans le cadre de la loi afin de pouvoir, le cas échéant, la modifier plus facilement en fonction de l'avancement du programme de privatisation. Mais, cette solution fut pourtant abandonnée avant même d'être mise en application.

¹²⁹V. à ce sujet, K. HOWLES et N. HARVEY, « L'expérience britannique des privatisations : questions de principe et méthodes de placement », *DPCI*, 1993, tome 19, p. 553 et s.

¹³⁰J.-J. SANTINI, *Les dénationalisations au Royaume-Uni*, Notes et Études documentaires, La documentation française, Paris, 1986, p. 61.

¹³¹L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités des privatisations.

¹³²L. n° 93-923, 19 juill. 1993, loi de privatisation.

¹³³V. à ce sujet, W. ANDREFF, « Une approche comparative des privatisations : l'exemple français est-il transposable ? », *Reflets et perspective de la vie économique*, Tome XXXII, 1993, p. 170 et s.

¹³⁴Critères de choix limités par la constitution, puisque la privatisation ne peut concerner ni les monopoles de fait, ni les services publics nationaux.

¹³⁵Rapport commun des commissions des affaires politiques, de la législation générale et du plan des finances. V. débats de la Chambre des Députés n° 33, séance du 28 juill. 1987, p. 1639.

En effet, les pouvoirs publics ont privilégié la méthode des critères d'éligibilité. Cette dernière procure à l'autorité investie du pouvoir décisionnel plus de liberté : plus les critères établis sont flous, plus ils sont susceptibles d'interprétations diverses. Sur le plan pratique, le gouvernement a pleinement bénéficier de cette liberté de manœuvre jusqu'à la fin de 1996. Durant cette période, les entreprises désignées pour la privatisation l'étaient selon des procédés empiriques. Le défaut de liste et l'ambiguïté des critères législatifs d'éligibilité, le gouvernement a eu toute la liberté pour le choix des entreprises. Par conséquent, les entreprises à céder n'étaient connues du public qu'au moment de l'offre de cession, c'est-à-dire à la phase finale du processus décisionnel¹³⁶.

Des prémisses à un changement ont eu lieu vers la fin de l'année 1999, date à laquelle un glissement vers une liste publique était visible¹³⁷. Cependant, ce n'est que vers la fin de l'année 2000 qu'une matérialisation du changement fut opérée. Sur décision du Président de la République, une liste de 41 d'entreprises privatisables pour l'année 2001 a été rendue publique¹³⁸.

Concernant cette liste, aucun ordre de passage n'a été programmé. De plus, elle pouvait être révisée, voire même abandonnée sous le poids de la conjoncture politico-économique, comme cela a été le cas en Turquie¹³⁹.

B/ Les critères d'éligibilité

101. Afin de délimiter le domaine des privatisations, le législateur tunisien a eu recours à un nouveau critère d'éligibilité : celui des entreprises à participations publiques.

Le discours politique, confirmé par les débats parlementaires, met en relief le fait que le programme de privatisation doit avoir comme objet les entreprises publiques du secteur concurrentiel. Il aurait été per que le législateur tunisien définisse les notions d'entreprise publique et de secteur concurrentiel. Deux solutions se présentaient à lui. La première aurait consisté à établir l'éligibilité de principe de toutes les entreprises publiques appartenant au

¹³⁶ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 161.

¹³⁷ A l'occasion de l'ouverture de la 10^{ème} législature, le 15 novembre 1999, le chef de l'État a prononcé un discours devant la chambre des députés : « Nous ordonnons l'établissement de listes périodiques des entreprises à privatiser afin que les investisseurs aient le temps de réfléchir et de choisir l'entreprises à acquérir ».

¹³⁸ Cette liste figurait dans plusieurs quotidiens tunisiens, et est consultable sur le site internet : www.tunisieinfo.com/privatisation.

¹³⁹ Par application de la loi turque de privatisation de 1986, une liste des entreprises éligibles fut établie avec l'aide d'une banque américaine et au moyen d'un financement de la Banque Mondiale. Cette liste fut abandonnée dans les faits à cause des agitations qu'elle a provoqué.

secteur concurrentiel. La deuxième aurait consisté à faire un tri au sein de l'ensemble des entreprises publiques du secteur concurrentiel. Le législateur tunisien n'a retenu aucune des deux solutions dans la loi du 1^{er} février 1989. S'il a défini la notion d'entreprises publiques, il a en revanche passé sous silence la notion de secteur concurrentiel¹⁴⁰.

La définition donnée des entreprises publiques l'a été à des fins autres que celles relatives au domaine du programme de privatisation. En effet, on constate que le législateur les a définies en vue de les soumettre à un ensemble d'obligations¹⁴¹. En revanche, lorsqu'il a commencé à délimiter le domaine des privatisations, le législateur tunisien a singulièrement choisi comme critère une notion nouvelle, voire inédite : celle d'entreprise à participations publiques. Jusque-là inconnue du droit tunisien, ce concept constitue désormais le critère d'éligibilité au programme de privatisation.

102. Avant la loi du 1^{er} février 1989, les textes législatifs¹⁴² ne faisaient référence qu'aux entreprises publiques, à majorité publique ou encore du secteur public. Il en était de même en doctrine¹⁴³. La question est alors de savoir si cette nouvelle notion d'entreprise à participations publiques est venue se fondre dans l'ensemble des anciennes dénominations pour leur substituer une notion unique et homogène. Il s'agit, en réalité, d'une catégorie d'entreprises conçue pour la mise en œuvre du programme de privatisation. La notion voisine et plus ancienne d'entreprise publique existe toujours¹⁴⁴.

Malgré son importance comme critère d'éligibilité pour le programme de privatisation, le concept d'entreprise à participations publiques n'a pas été défini par le législateur tunisien.

¹⁴⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 179 et s.

¹⁴¹ « Des obligations mises à la charge des entreprises publiques », Titre II de la loi du 1^{er} février 1989.

¹⁴² Les lois utilisant le terme d'entreprises publiques : L. n° 68-8, 8 mars 1968, portant organisation de la Cour des comptes ; L. n° 69-50, 26 juill. 1969, relative à la tutelle de l'État sur les entreprises publiques et leurs filiales ; L. n° 85-72, 20 juill. 1985, relative à la tutelle et aux obligations mises à la charge des établissements publics à caractère industriel et commercial et des sociétés dans lesquelles l'État et les collectivités publiques locales détiennent une participation au capital.

Une loi utilisant le terme d'entreprises du secteur public : L. n° 87-47, 2 août 1987, relative à la restructuration des entreprises publiques.

Les lois utilisant le terme entreprise à majorité publique : L. n° 89-49, 8 mars 1989, relative au marché financier ; L. n° 94-117, 14 nov. 1994, portant réorganisation du marché financier.

¹⁴³ Not. M. MIDOUN, « Entreprises publiques et développement économique », *in Administration et développement en Tunisie*, 1985, p. 95-119 ; M. DURUPTY, « La restructuration du secteur public en Tunisie », *RA*, 1986, p. 285 et s.

¹⁴⁴ V. à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 29 et s.

Un auteur tunisien à tenter de dégager des critères permettant de l'identifier, à partir de l'étude de la loi du 1^{er} février 1989¹⁴⁵.

Aux termes de l'article 23 de la loi du 1^{er} février 1989, « La restructuration des entreprises à participations publiques [...] concerne les entreprises dans lesquelles le niveau des participations publiques peut être révisé ». Ainsi, pour choisir les entités éligibles à la privatisation, le législateur tunisien a utilisé un terme qui est une source d'incertitudes pour chaque juriste : la notion d'entreprise¹⁴⁶. En effet, celle-ci recouvre des situations juridiques diverses¹⁴⁷ et variées, et difficilement définissable¹⁴⁸. Elle « reste essentiellement une notion cadre »¹⁴⁹, tant « il est bien difficile d'unir par un lien juridique cohérent les éléments disparates qui constituent l'entreprise au sens économique »¹⁵⁰.

Différemment envisagée par les multiples branches du droit, elle s'avère n'être qu'une notion générique utilisée chaque fois qu'il est question d'assujettir à un même ensemble de règles des situations juridiques différentes¹⁵¹.

103. À défaut d'une solution de principe, tirée à partir de la notion même d'entreprise, la forme juridique de l'entreprise à participations publiques doit être recherchée dans le régime qui gouverne sa restructuration. Auparavant, il serait intéressant de faire remarquer que se dégage une présomption de forme sociale de l'entreprise à participations publiques. En effet, du terme « participation », on peut en déduire cette présomption. La participation se définit comme étant la détention partielle du capital d'une société¹⁵², il est donc logique de considérer comme équivalentes entreprise à participations publiques et société à participations publiques.

¹⁴⁵ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 180 et s. V. également sur ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 36 et s.

¹⁴⁶ V. not., G. LAGARDE, « De la société anonyme à l'entreprise publique », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle*, Études offertes à G. Ripert, T. 2, 1950, LGDJ, p. 236 et s.

¹⁴⁷ G. Ripert et R. Roblot ont écrit que « la notion d'entreprise s'applique à des situations très différentes, depuis le petit producteur travaillant seul jusqu'à la moyenne ou grande société privée ou encore aux entreprises publiques ou nationalisées ». *Traité de droit commercial*, T. 1, 19^{ème} éd., par M. GERMAIN, V. MAGNIER, LGDJ, 2009, p. 227.

¹⁴⁸ D. GUEVIL, *L'entreprise, bien juridique*, Les éditions juris-service, Paris, 1994, p. 23 : « Il y a autant de définitions qu'il y a d'auteurs à s'être intéressé à la question. Citer ne serait-ce que les principales serait aussi vain que fastidieux. L'entreprise est comme une masse elle ramasse et rejette au hasard des circonstances ; c'est une sorte de contenant aux contours perméables et de forme changeante, c'est même parfois un concept vide ».

¹⁴⁹ A. JAUFFRET, *Droit commercial*, 22^{ème} éd. par J. Mestre, Paris, LGDJ, 1996, p. 108.

¹⁵⁰ G. Ripert et R. Roblot, *op. cit.*, p. 98.

¹⁵¹ Y. KNANI, « L'entreprise, l'État et le droit : réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien », in *L'État et l'entreprise*, IACE, 1992, p. 77-107.

¹⁵² G. CORNU, « *Vocabulaire juridique* », Association H. Capitant, PUF, 2011, p. 580, V^o « participations ».

Dans la mesure où il est question de participation publique ou privée, l'objet de cette participation ne peut être qu'un capital social, le capital d'une société¹⁵³.

À cet argument s'ajoutent d'autres indices contenus dans le texte de la loi du 1^{er} février 1989 qui corroborent l'allégation de la forme sociale des entreprises à participations publiques. L'article 29 énonce « qu'il peut être accordé lors de la cession d'actions détenues par l'État au capital des entreprises à participations publiques [...] des avantages spécifiques aux salariés ». L'article 30, quant à lui, énumère les avantages pouvant être accordés lors des opérations de restructuration, comme « l'enregistrement au droit fixe des actes constitutifs de sociétés ou constatant des modifications dans la structure de leur capital ». Les références que font ces articles aux notions de capital et de participation directe au capital des entreprises à participations publiques, ne laissent subsister aucune hésitation sur la forme juridique de l'entreprise à participations publiques : elle ne peut être qu'une société¹⁵⁴.

104. Alors que l'entreprise à participations publiques ne peut être qu'une société, l'entreprise publique peut prendre la forme soit d'une société, soit d'un établissement public¹⁵⁵. Aux termes de l'article 8 modifié par la loi du 29 juillet 1996¹⁵⁶, « sont considérées des entreprises publiques au sens de la présente loi :

- les établissements publics à caractère non administratif et dont la liste est fixée par décret¹⁵⁷
- les sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État
- les sociétés dont le capital est détenu par l'État, les collectivités publiques locales, les établissements publics et les sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État, à plus de 50 % chacun individuellement ou conjointement ».

L'article 9 de cette loi ajoute que « sont également considérées entreprises publiques les banques et les sociétés d'assurance dont le capital est détenu par l'État de manière directe ou indirecte à 34 % ou plus, individuellement ou conjointement ».

Par application de ces articles, si certaines entreprises publiques peuvent être qualifiées d'entreprise à participations publiques, d'autres ne peuvent l'être. En effet, dans la mesure où l'entreprise à participations publiques est une véritable société, seules les entreprises

¹⁵³ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 176 et s.

¹⁵⁴ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 184.

¹⁵⁵ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 29 et s.

¹⁵⁶ L. n° 96-74, 29 juill. 1996, modifiant et complétant L. n° 89-9, 1^{er} fevr. 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

¹⁵⁷ D. n° 97-564, 31 mars 1997, fixant la liste des établissements publics à caractère non administratif considérés comme entreprises publiques.

publiques ayant cette qualité peuvent en même temps être des entreprises à participations publiques à condition de remplir une deuxième condition relative à la structure du capital.

Le capital social de l'entreprise à participations publiques doit inclure des participations publiques. Ce critère est susceptible d'acceptions diverses. Néanmoins, la notion est définie à l'article 8 de la loi du 1^{er} février 1989 : « sont considérées des participations publiques, les participations de l'État, des collectivités publiques locales, des établissements publics et des sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État ». Le législateur tunisien a opté pour une signification médiane des participations publiques : celles-ci ne sont pas uniquement des personnes publiques, elles ne s'identifient pas, non plus, à toutes les participations des entités appartenant au secteur public, tant administratif qu'économique¹⁵⁸. Par conséquent, au sens de la loi de 1989, les participations publiques sont celles de toute personne publique ainsi que celles d'une catégorie d'entreprises publiques, à savoir les sociétés dont le capital est entièrement détenu par l'État¹⁵⁹.

105. La notion d'entreprise à participations publiques a été spécialement instituée pour les besoins des privatisations. Ainsi, le législateur tunisien s'est contenté de poser le régime juridique de l'opération de privatisation sans instituer de nouvelles règles concernant leur organisation ou leur fonctionnement. Dans ces conditions, les entreprises faisant partie désormais de la catégorie d'entreprise à participations publiques continuent à être soumises au régime juridique qui était le leur. En d'autres termes, c'est la nature juridique des entités qui composent la catégorie d'entreprise à participations publiques qui commande leur régime juridique et non leur qualification d'entreprise à participations publiques¹⁶⁰.

La qualification d'entreprise à participations publiques n'entraîne pas pour l'entreprise concernée l'application d'un régime juridique spécifique. Chaque entreprise à participations publiques est dépendante de sa véritable nature juridique pour l'application de son régime. Par conséquent, au regard de l'hétérogénéité de son contenu et la soumission de ses composantes à des régimes juridiques différents, il est impossible d'affirmer que l'entreprise à

¹⁵⁸ Voir en ce sens B. JEANNEAU, « Droit des services publics et des entreprises nationales », *D*, 1984, p. 39 et s.

¹⁵⁹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 188.

¹⁶⁰ K. BEN MESSAOUD, *ibid.*

participations publiques est une notion dotée d'un régime juridique propre. L'entreprise à participations publiques ne constitue donc pas une nouvelle catégorie juridique d'entreprise. Le clivage classique entreprise publique / entreprise privée existe toujours malgré l'avènement de la notion d'entreprise à participation publique. Créée par le législateur tunisien pour être le critère d'éligibilité du programme de privatisation, dans la pratique cette notion s'avère être une notion inadaptée¹⁶¹.

Paragraphe 2 : Un domaine flexible

106. Les contours du domaine des privatisations ne sont pas rigides. En effet, en désignant les entités éligibles à la privatisation, le législateur tunisien a ajouté des paramètres supplémentaires (**A**). L'examen de ces paramètres montre qu'ils sont dénués de l'effet réducteur du champ des privatisables. Par ailleurs, les textes modifiant la loi du 1^{er} février 1989 ainsi que la révision constitutionnelle de 1997 laissent pressentir une tendance certaine à la flexibilité du domaine des privatisations (**B**).

A/ Des paramètres faussement réducteurs

107. L'article 23 de la loi du 1^{er} février 1989 stipule que « la restructuration des entreprises à participations publiques est effectuées conformément aux orientations du plan de développement économique et social. Elle concerne les entreprises dans lesquelles le niveau des participations publiques peut être révisé compte tenu de la nature et du degré de développement du secteur économique dans lequel opèrent ces entreprises... ». Ainsi, deux paramètres dictent le choix des entreprises à privatiser. Le premier critère a trait à la réalisation de la restructuration des entreprises à participation publique conformément aux orientations du plan de développement économique et social. Le deuxième consiste en la prise en compte de la nature et du degré de développement du secteur d'activité dans lequel interviennent les entreprises.

¹⁶¹ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 37.

L’obligation de se conformer aux orientations du plan dans chaque opération de restructuration figurait déjà dans la loi du 2 août 1987¹⁶². Cette obligation pose des difficultés quant à son application. Il s’agit de savoir à quoi les autorités chargées de mettre en œuvre le programme de privatisation sont tenues. Le problème concerne la norme de référence, à savoir « les orientations du plan ». En effet, comment peut-on imposer à une autorité de s’acquitter d’une obligation dont le contenu n’est que très vaguement défini ? Par ailleurs, il est difficile de juger si l’autorité chargée de mettre en œuvre le programme de privatisation a ou non respecté les orientations du plan alors que la notion est sujette à des interprétations diverses¹⁶³.

Cette obligation de conformité est pourvue de grandes ambiguïtés. Comme le souligne un auteur, ce critère est « mouvant, et n’a, en soi aucun sens »¹⁶⁴.

Ainsi, dans ces conditions, il est difficile d’invoquer une véritable obligation de conformité tant la norme de référence est ambiguë dans sa formulation. En imposant la conformité aux orientations du plan, la loi du 1^{er} février 1989 ne pose en réalité qu’un pseudo « garde-fou » à l’action du gouvernement en matière de privatisation. De plus, cette obligation de conformité n’a pas été munie des éléments qui lui permettraient d’assurer son efficacité. En effet, l’obligation de conformité s’avère d’une efficacité douteuse, au moins pour deux raisons¹⁶⁵.

En premier lieu, il est difficile, voire impossible, de respecter toutes les orientations du plan en rapport avec le programme de privatisation. Il arrive que la décision de privatisation d’une entreprise serve d’un côté quelques orientations du plan, et d’un autre côté, aille à l’encontre d’autres orientations. Citons pour exemple les premières décisions de privatisation ayant porté sur les petites et moyennes entreprises déficitaires entre 1987 et 1995. Ces décisions ont respecté les orientations du plan de développement relatives à la compression des charges budgétaires¹⁶⁶, mais en revanche, elles n’étaient pas conformes aux orientations du plan en

¹⁶² L. n° 87-47, 2 août 1987, relative à la restructuration des entreprises publiques, art. 2.

¹⁶³ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l’État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 214 et s.

¹⁶⁴ A. AQUIJ-MRAD, « Le champ d’application de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, 1991, vol. 4, Tunis, p. 37.

¹⁶⁵ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 217 et s.

¹⁶⁶ Celles-ci débarrassaient l’État des entreprises qui ne se maintenaient en activité que grâce aux subventions de l’État.

matière d'emplois¹⁶⁷. Ainsi, dans l'impossibilité de se conformer à toutes les orientations du plan, les autorités compétentes ont opté pour des arbitrages afin de satisfaire certains objectifs au détriment d'autres. Par conséquent, le respect partiel de l'obligation de conformité aux orientations du plan témoigne du caractère incertain de son efficacité.

En second lieu, l'inexistence d'un mécanisme de contrôle rend l'obligation de conformité au plan douteuse quant à son efficacité. La loi du 1^{er} février 1989 n'a assorti le pouvoir décisionnel du Premier ministre d'aucun contrôle. Certes, il décide sur proposition de la CAREPP, mais cette proposition ne l'engage en rien ; il garde juridiquement, et politiquement l'entièr^e liberté de la respecter ou non. De plus, la proposition est soumise par un collège majoritairement composé par des ministres et présidé par le Premier ministre lui-même¹⁶⁸. La loi de 1989 marque un recul par rapport à la loi de 1987. En effet, celle-ci prévoyait un contrôle juridictionnel, puisque l'article 6 prévoyait que « les travaux et la conclusions de la Commission font l'objet d'un rapport dont un exemplaire est déposé auprès de la cour des comptes »¹⁶⁹.

La situation aurait été différente si la CAREPP était composée de membres indépendants et était chargée de donner des avis conformes aux orientations du plan. En France, la commission des participations et des transferts¹⁷⁰ est composée de sept membres, nommés par décret pour cinq ans et choisis en fonction de leur compétence et de leur expérience en matière économique, financière ou juridique. Elle est chargée de procéder à l'évaluation des entreprises privatisées. Elle est consultée par le ministre de l'Économie préalablement à la prise de la plupart des décisions de privatisation. Ces avis sont, suivant les cas, conformes ou semi-conformes. Ils font tous l'objet d'une publication au Journal Officiel. S'agissant de l'évaluation des actifs transférés, la commission intervient pour la détermination de la valeur des entreprises privatisables, des prises de participation du secteur privé dans le capital d'une

¹⁶⁷ Celles-ci consistent dans la préservation des emplois existants et la création de nouveaux emplois. V. à ce sujet, A. YOUMBAI, « Restructuration, emploi et législation du travail », Actes du colloque préc., p. 93 et s.

¹⁶⁸ V. not. sur ce sujet, L. LARGUET, « Fondement et cadre juridique de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque préc., p. 28 et s.

¹⁶⁹ A. ZOUHEIR, « Le cadre structurel de la restructuration », Actes du colloque préc., p. 7 et s.

¹⁷⁰ L. n° 86-912, 6 août 1986 crée la commission de la privatisation. D. n° 88-1054, 22 nov. 1988 l'a intitulé Commission d'évaluation des entreprises publiques. L. n° 93-923, 19 juill. 1993 est revenue à l'ancienne dénomination et a renforcé les pouvoirs de la commission en ce qui concerne l'évaluation des actifs transférés au secteur privé ainsi que la détermination des modalités de cession. D. n° 98-315, 15 avr. 1998 : la commission de la privatisation prend le nom de Commission des participations et des transferts.

entreprise dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social, ainsi que des entreprises faisant l'objet d'une opération de « respiration » dans les cas les plus importants¹⁷¹. Dans l'hypothèse où le paiement des actifs transférés est effectué par échange de titres ou par apport en nature, la commission intervient dans les mêmes conditions pour la fixation de la parité ou du rapport d'échange. Le prix d'offre ou de cession arrêté par le ministre de l'Économie et des Finances ne peut être inférieur à l'évaluation faite par la commission.

À défaut de contrôle préalable, le seul processus pouvant assurer le respect de l'obligation de conformité est le contrôle juridictionnel administratif. Envisageable sur le plan des principes, la voie contentieuse risque de poser des problèmes juridiques complexes. Le premier a trait à la qualification juridique de la décision du Premier ministre autorisant la cession des participations publiques ou des éléments d'actifs appartenant à des entreprises à participation publique. Certes, cette décision est dotée des caractères de la décision administrative¹⁷², mais se pose le problème juridique quant à la possibilité de discuter de sa légalité devant le juge de l'excès de pouvoir. Il n'existe aucune disposition spéciale en la matière, la loi du 1^{er} février 1989 étant totalement muette sur la question de savoir si la décision du Premier ministre est attaquable, et dans l'affirmative, devant quelle juridiction. Certes, le juge administratif peut admettre le caractère administratif de la décision du Premier ministre, mais il est possible qu'il décline sa compétence en soutenant que celle-ci entre dans la catégorie des actes de gestion du domaine privé, exclus en principe, par application de sa jurisprudence, de son ressort¹⁷³.

108. En vertu de l'article 23 de la loi du 1^{er} février 1989, la privatisation « concerne les entreprises dans lesquelles le niveau des participations publiques peut être révisé compte tenu de la nature et du degré de développement du secteur économique ». De la sorte, dans toute décision de privatisation concernant une entreprise donnée, le Premier ministre ainsi que la CAREPP doivent prendre en compte deux données : d'une part, la nature du secteur économique dans lequel opère l'entreprise, et d'autre part, son degré de développement.

¹⁷¹ Cessions d'entreprises dont l'effectif dépasse 2 500 personnes ou le chiffre d'affaires 375 M€.

¹⁷² Ces caractères administratifs ne sont pas expressément prévus dans les textes ; ils ont été posés par le tribunal administratif. Il s'agit du caractère unilatéral, exécutoire et faisant grief. V. not. TA, 20 déc.1980, Othmen Bel Haj Kacem c/ ministre du transport et des télécommunications, p. 410.

¹⁷³ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 218.

En apparence formulé de manière claire, ce paramètre est en réalité dépourvu de toute signification précise, offrant ainsi aux autorités compétentes une marge de manœuvre appréciable¹⁷⁴.

109. L'éligibilité d'une entreprise à la privatisation est tributaire à la fois de la nature du secteur économique dans lequel elle intervient et du degré de développement de ce dernier. Or, l'une et l'autre de ces données sont équivoques. De plus, la référence à la nature d'un secteur économique est inadéquate¹⁷⁵.

En effet, la notion de « nature du secteur économique » peut suggérer des significations assez diverses : l'opposition entre secteur de service public et secteur concurrentiel, ou entre secteur monopolistique et secteur concurrentiel, ou encore entre secteur stratégique et secteur non stratégique. Même en simplifiant et en ramenant ces diverses oppositions à celle-là plus usitée en matière de privatisation, à savoir l'opposition entre secteur stratégique et secteur concurrentiel¹⁷⁶, l'équivoque ne s'en trouverait pas pour autant dissipée. Cette distinction n'est ni certaine, ni définitivement fixe. Elle repose en effet sur deux concepts sur lesquels les textes sont muets et les discussions partagées.

Le caractère stratégique d'un secteur de l'économie est un label que le pouvoir politique appose à toute branche de l'activité économique qu'il considère essentielle pour la sécurité économique ou le développement du pays. Ainsi, la répartition des activités économiques entre secteurs dits stratégiques et d'autres qui seraient concurrentiels est dépendante de la volonté des gouvernants, donc condamnée à l'instabilité¹⁷⁷. En effet, des secteurs considérés comme stratégiques par le VI^e plan ont perdu cette qualité au début de la période couverte par le VII^e plan. Il en est ainsi de l'agroalimentaire, des industries mécaniques et électriques. D'autres secteurs ont, en revanche, rejoint le stratégique, comme celui des banques.

La tendance progressive vers la diminution du secteur stratégique est la seule donnée avec laquelle on peut compter. Il en résulte donc un élargissement des entreprises éligibles à la privatisation. Mais ceci ne prouve pas que les frontières entre les deux types de secteurs soient

¹⁷⁴ K. BEN MESSAOU, *op. cit.*, p. 219 et s.

¹⁷⁵ V. en ce sens, A. AOUIJ-MRAD, art. préc., p. 35.

¹⁷⁶ Opposition qu'a utilisé le VII^e plan de développement (1987-1991), qui limite le désengagement aux « secteurs concurrentiels et non stratégiques », p. 179.

¹⁷⁷ La notion de secteur stratégique fut invalidée par une partie de la doctrine en tant que critère de délimitation du domaine des privatisations, dont le Professeur A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 113.

définitivement tracées. L'absence d'une volonté politique en la matière atteste d'une démarche essentiellement pragmatique garantissant une grande liberté d'action¹⁷⁸.

110. Toute entreprise qui n'appartient pas au secteur stratégique n'est éligible à la privatisation que si le degré de développement du secteur dans lequel elle opère le permet. Termes neutres et sans signification précise, « degré » et « développement du secteur » peuvent renvoyer à des notions diverses et variées. Le terme « degré de développement du secteur » a été l'objet d'interrogations de la part des députés lors des débats parlementaires¹⁷⁹ relatifs au projet de loi du 1^{er} février 1989. Selon le secrétaire général du gouvernement, « l'idée première dans la cession des sociétés publique est l'existence d'une concurrence. Si la concurrence existe et qu'il n'y a pas de risque de monopolisation pour le secteur, l'État cède progressivement ses parts au secteur concurrentiel. Mais s'il existe dans le secteur concurrentiel un secteur qui n'a pas atteint le développement souhaité et pour lequel l'État craint la monopolisation, il attendra que ce secteur se développe et connaisse une certaine concurrence pour le céder. C'est là le sens du développement, qui est le développement pour permettre la concurrence ».

En d'autres termes, la notion de « degré de développement » renvoie non seulement à la nature concurrentielle ou non de secteur, mais également au degré de cette concurrence lorsqu'elle existe. Ainsi, est éligible à la privatisation toute entreprise à participation publique opérant dans un secteur où la concurrence est manifeste, de sorte qu'elle ne présente aucun risque de monopolisation. *A contrario*, toute entreprise jouissant d'un monopole, de droit ou de fait, est exclue du domaine des privatisations.

Par ce biais, le législateur cherche à éviter que des monopoles publics soient transformés en monopoles privés. L'expérience a démontré que l'exploitation d'un monopole par une personne publique, ou sous sa tutelle, comporte moins de risques et d'abus, que celle effectuée par une personne privée¹⁸⁰. En Grande-Bretagne, la cession de grands monopoles publics¹⁸¹ au secteur privé a été l'un des aspects les plus dénoncés du programme de privatisation. Le choix opéré par la Tunisie rappelle celui adopté en France où l'un des

¹⁷⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, 224 et s.f

¹⁷⁹ Débats de la chambre des députés, séance du 24 janvier 1989, p. 1510.

¹⁸⁰ R. HEMMING et A. MANSOOR, « *Privatization and public enterprises* », I.M.F. *occasional paper* n° 56, janv. 1988, p. 10.

¹⁸¹ *British Telecom* et *British Gas*.

critères retenus pour l'établissement de la liste des entreprises privatisables a été l'appartenance au secteur concurrentiel.

111. Toutefois, les entreprises à participation publique opérantes dans un secteur devenu concurrentiel ne sont pas automatiquement éligibles à la privatisation. La concurrence doit être affirmée et exclusive de tout risque de monopolisation. À défaut, ces entreprises ne seront pas immédiatement cessibles. Il faudra laisser un certain temps pour permettre le développement de la concurrence dans le secteur d'activité nouvellement libéralisé.

L'ambiguïté de l'interprétation de l'article 23 de la loi du 1^{er} février 1989 laisse un large champ de manœuvre aux autorités chargées de mettre en œuvre le programme de privatisation. En effet, la décision de cession est liée à la réunion des deux conditions, d'une part, la nature concurrentielle du secteur d'activité de l'entreprise, et d'autre part, le caractère développé de la concurrence dans ce secteur¹⁸². Or, ces deux conditions s'avèrent être trop peu contraignantes. Impliquant un jugement de valeur de la part de leurs destinataires, elles les placent dans une situation proche de celle des autorités investies d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸³.

Il revient aux autorités chargées de mettre en place le programme de privatisation de mesurer le caractère concurrentiel ou monopolistique du secteur d'activité de l'entreprise, de juger si la concurrence est assez développée pour permettre la privatisation envisagée. Or, il est difficile de parler en termes absolus en matière de monopole et de concurrence.

La condition relative à la nature du secteur limite de manière très relative le large pouvoir d'appréciation des autorités compétentes. Théoriquement, pour céder une entreprise monopolistique, il faut respecter deux étapes. La première est celle de l'élimination juridique du monopole, c'est-à-dire la suppression du privilège d'exclusivité, ce qui se fait par décret¹⁸⁴.

¹⁸² Ces deux conditions résultent de l'interprétation de l'article 23 de la loi du 1^{er} fevr. 1989, sous l'éclairage des travaux préparatoires.

¹⁸³ Sur la notion de pouvoir discrétionnaire V. not. : A. DE LAUBAÈRE, « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1933, p. 233 et s. ; A. de LAUBADÈRE, « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'État français », *Mélanges A. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 531.

¹⁸⁴ Avant la révision constitutionnelle du 27 octobre 1997, la suppression du privilège d'exclusivité nécessitait l'intervention d'une loi.

La deuxième étape consiste en l'attente de la mise en place d'une certaine concurrence dans le secteur anciennement monopolistique.

Cette conditionnalité n'a qu'une portée réduite. D'abord, elle ne vaut que pour les entreprises jouissant d'un véritable monopole. Or, sous le poids de différents phénomènes¹⁸⁵, ce type d'entreprise se fait de plus en plus rare. Ensuite, à cause de la conjoncture économique ou pour des considérations d'opportunité, il est possible que les autorités compétentes prennent des décisions de cession heurtant de plein front la finalité du texte¹⁸⁶.

B/ Une tendance à l'extension

112. Jusqu'à la révision de la loi du 1^{er} février 1989, le domaine des privatisations ne concernait que les entreprises à participations publiques¹⁸⁷. La loi du 1^{er} août 1994 a consacré de nouveaux procédés pouvant accompagner ou entraîner le programme de privatisation, cette modification emporte en même temps une extension de son domaine passé.

113. La loi du 1^{er} août 1994 a complété le texte initial en insérant un quatrième titre intitulé : « Dispositions particulières ». L'article 33-1 introduit le titre IV en énonçant que « les dispositions du présent titre s'appliquent aux opérations de restructuration décidées après avis de la CAREPP [...] pour les entreprises à participations publiques ainsi que pour les entreprises dont le capital est entièrement ou partiellement détenu par les entreprises publiques ». Ces nouvelles dispositions s'appliquent tant aux entreprises à participations publiques qu'à de nouvelles entités jusque-là non concernées par le programme de privatisation, à savoir les entreprises dont le capital est entièrement ou partiellement détenu par les entreprises publiques¹⁸⁸.

Pour la première catégorie d'entreprises, les dispositions particulières du titre IV n'innovent que sur le plan des techniques de cession. Aux anciennes techniques prévues par l'article 24

¹⁸⁵ Exemple : l'existence de biens, de produits ou services de substitution, le phénomène de mondialisation de l'économie et l'ouverture des frontières économiques.

¹⁸⁶ Société Confort S.A., cédée en 1989 par vente d'éléments d'actifs et la société STUMETAL, cession de 64 % du capital. La cession de ces deux sociétés a engendré la transformation de monopoles publics en monopoles privés.

¹⁸⁷ L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, modifiant et complétant L. n° 89-9, 1^{er} fevr. 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

¹⁸⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 236 et s.

de la loi du 1^{er} février 1989¹⁸⁹, il est ajouté un nouveau procédé. Il s'agit d'une technique particulière de cession : la vente de blocs d'actions par appel d'offres sur cahier des charges. En revanche, le changement réside à travers l'intégration dans le champ des privatisables d'une nouvelle catégorie d'entreprises. Désormais, les entreprises dont le capital est entièrement ou partiellement détenu par les entreprises publiques sont éligibles à la privatisation. Ce type d'entreprises constitue un ensemble hétérogène, puisqu'il englobe au moins deux sous catégories¹⁹⁰. La première recouvre des filiales d'entreprises publiques. La seconde se compose d'entreprises dans lesquelles participent des entreprises publiques sans en constituer des filiales, le critère de distinction étant le niveau de la participation au capital. Le nombre d'entreprises dont le capital est entièrement ou partiellement détenu par les entreprises publiques semble être considérable¹⁹¹ pour deux raisons. En premier lieu, à cause du caractère large des termes utilisés dans l'article 33-1 de la loi du 1^{er} août 1994 pour désigner cette catégorie d'entreprises. Le seul critère qui permet de les identifier est l'origine de la participation à leur capital : participation individuelle ou conjointe, importante ou minime, d'entreprises publiques, toutes catégories confondues. La deuxième raison a trait à l'effet combiné de deux phénomènes. D'une part, la déspecialisation des établissements publics¹⁹² constitutifs d'entreprises publiques. Et d'autre part, le phénomène de filialisation des entreprises publiques en général. Ce dernier phénomène est l'un des facteurs d'extension du secteur public économique tunisien, ce dont résulte une présence indirecte de l'État dans un grand nombre d'entreprises.

Pour s'en désengager, l'État tunisien doit donc opérer une défilialisation, qui peut passer par deux techniques. La première consiste en la privatisation de l'entreprise publique mère. La deuxième réside dans la cession par l'entreprise publique mère de la totalité de ses participations dans ses différentes filiales ; elle gardera ainsi son caractère public. Cette technique est intéressante, puisqu'elle permet à l'État de se désengager de la périphérie (les filiales) tout en demeurant présent au sein du capital les entreprises mères. Elle offre

¹⁸⁹ Not., « - la cession ou l'échange d'actions ou de titres détenus par l'État ;
- la fusion, l'absorption, ou la scission d'entreprises dans lesquelles l'État détient une participation directe au capital ;

- la cession de tout élément d'actif susceptible de constituer une unité d'exploitation autonome dans une entreprise dans laquelle l'État détient une participation directe au capital ».

¹⁹⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 238.

¹⁹¹ Faute de données statistiques disponibles.

¹⁹² H. BEN MIRAD, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse de doctorat d'État en droit public, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1998, p. 323 et s.

également la possibilité de privatiser une entreprise publique sans impacter le caractère public des entreprises qui y détenaient des participations.

114. Ainsi, l'article 33-1 permet la conciliation de deux aspirations opposées : d'une part la volonté de se désengager au maximum, et d'autre part, le souci de demeurer présent dans les entreprises dites stratégiques¹⁹³. Néanmoins, le nombre des entreprises éligibles à la privatisation s'est trouvé considérablement élargi par le fait des dispositions particulières du titre IV.

115. La révision constitutionnelle du 8 avril 1976 a mis en place une répartition des compétences entre la loi et le règlement. Elle attribuait un certain nombre de matières au pouvoir législatif, mais n'en créait pas au profit du pouvoir réglementaire¹⁹⁴.

En vertu de l'article 34, alinéa 1^{er}, paragraphe 2, le constituant a placé dans le domaine réservé à la loi « la création d'offices, d'établissement public, de sociétés ou d'entreprises nationales ». En attribuant la compétence de créer les organismes d'intervention économique au législateur, il semblerait que le constituant ait voulu infléchir la tendance du pouvoir exécutif, pour la réalisation de sa politique générale, à étendre son intervention par personnes juridiques interposées¹⁹⁵.

116. La révision de la Constitution par la loi constitutionnelle n° 97-65 du 27 octobre 1997 s'est notamment traduite par une nouvelle répartition des domaines respectifs de la loi et du règlement. Le domaine de la loi est totalement métamorphosé puisqu'on passe d'un domaine réservé à un domaine assigné¹⁹⁶. Dorénavant, la loi ne peut régir que les matières énumérées à l'article 34. Les autres matières relèvent du pouvoir réglementaire général, accordé au Président de la République en vertu l'article 35 de la Constitution¹⁹⁷.

Cette autonomie naissante reconnue au pouvoir réglementaire est renforcée grâce à deux principes. Le premier a trait à la protection du domaine du règlement contre toute atteinte

¹⁹³ Les banques publiques ou les entreprises sous forme d'EPIC prestataires de services essentiels tels que l'eau l'électricité...

¹⁹⁴ Sur la question des domaines respectifs de la loi et du règlement, voir R. JENAYAH, « De l'existence des règlements autonomes », in *Mélanges A. Ben Salem, RTD*, Tunis, 1979, II, p. 233.

¹⁹⁵ V. à ce sujet, K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 237 et s.

¹⁹⁶ N. BACCOUCHE, « Le domaine de la loi à la lumière de la révision du 27 octobre 1997 », *Revue Études Juridiques*, Faculté de droit de Sfax, 1998-1999, p. 8 et s.

¹⁹⁷ « Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi relèvent du pouvoir réglementaire général ».

d'origine législative¹⁹⁸. Le deuxième principe concerne l'étendue du pouvoir réglementaire général. Pour éviter tout malentendu pouvant apparaître concernant les matières relevant du domaine du règlement, qui furent par le passé du domaine de la loi, l'article 35 dispose que « les textes précédents relatifs à ces matières peuvent être modifiés par décret, soumis obligatoirement au tribunal administratif et pris sur son avis conforme ».

Parmi les matières confisquées à la loi, et désormais allouées au pouvoir réglementaire général, figure la création des établissements publics, des offices et des sociétés ou entreprises nationales. Et entrant dans le champ de compétence dorénavant du domaine de la loi « la création de catégories d'établissements et d'entreprises publiques ». Cette nouvelle disposition rappelle l'article 34 de la Constitution française du 4 octobre 1958 et les débats qu'il a occasionnés en doctrine ainsi que l'évolution de son acceptation par la jurisprudence¹⁹⁹. Manifestement, l'article 34 de la constitution française a été la source d'inspiration de l'article 34 de la constitution tunisienne. Néanmoins, deux différences les opposent. D'une part, alors que le législateur tunisien est compétent pour créer « des catégories », son homologue français pose « les règles concernant la création de catégories » d'établissements publics. D'autre part, législateur tunisien a des pouvoirs plus étendus, puisqu'il a la possibilité de créer les catégories des établissements publics ainsi que celles des entreprises publiques.

117. Mis à part ces deux différences l'on peut s'attendre à ce que l'article 34 de la Constitution tunisienne soulève les mêmes problèmes que ceux de l'article 34 du texte français. En effet, il faut préciser ce qu'est une catégorie, et l'appliquer aux notions d'établissement public et d'entreprise publique. Comme son homologue français, le constituant tunisien n'a pas défini les notions d'établissements et d'entreprises publics. En France, la notion d'établissement public a été étendue par le juge²⁰⁰. Il résulte de la jurisprudence constitutionnelle que le législateur détient des pouvoirs assez larges. En effet, il est compétent pour édicter les règles applicables à un ensemble d'établissements publics

¹⁹⁸ Aux termes de l'article 35 al. 2 de la Constitution, « Le président de la République peut opposer l'irrecevabilité à tout projet de loi ou d'amendement intervenant dans le domaine du pouvoir réglementaire général. Le Président de la République soumet la question au Conseil Constitutionnel qui statue dans un délai maximum de 10 jours à partir de la date de réception ».

¹⁹⁹ V. à ce sujet : J.-D. DREYFUS, « Entreprises du secteur public », *Rép. commercial*, sept. 2009 ; J.-P. VALUET, « Privatisation et société privatisée », *Rép. sociétés*, avr. 1999.

²⁰⁰ V. à ce sujet : A. DELION, « La notion d'entreprise publique », *AJDA*, 1979, p. 3 ; M. DURUPTY, « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *RA*, 1984, p. 7.

constituant une catégorie, mais également de définir les règles permettant de créer des établissements publics, constituant en raison de leur originalité, chacun une catégorie²⁰¹.

Il est certain qu'en Tunisie, le pouvoir normatif du Parlement a été nettement réduit dans le domaine des entreprises publiques. Il ne lui appartient désormais plus que de poser les règles relatives à la création des catégories. La création des espèces à l'intérieur de chaque catégorie revient au pouvoir réglementaire général. Ainsi, de la combinaison des articles 34 et 35 nouveaux de la Constitution tunisienne, résultent pour le pouvoir exécutif des possibilités d'extension du domaine des privatisations. Des entreprises publiques qui étaient exclues du processus, sauf à y être intégrées par une loi, peuvent désormais devenir éligibles par décret. Il s'agit des entreprises publiques à forme d'établissement public ou de société nationale, des entreprises publiques quelque qu'en soit la forme, disposant d'un monopole de droit. Avant la révision constitutionnelle, la privatisation de ce type d'entreprises nécessitait l'intervention d'une loi leur ôtant partiellement ou totalement le monopole²⁰². À moins de voir dans chacune de ces entreprises une catégorie, leur démonopolisation²⁰³ pourra se faire désormais par décret pris sur avis conforme du tribunal administratif²⁰⁴.

118. Quel est l'impact de la révision constitutionnelle sur la loi du 1^{er} février 1989 ? En d'autres termes, le pouvoir réglementaire général n'inclurait-il pas la compétence de modifier les textes législatifs de portée générale relatifs aux entreprises publiques ? En d'autres termes, le Président de la République a-t-il les moyens, par décret pris sur avis conforme du tribunal administratif, de modifier la loi du 1^{er} février 1989 relative aux participations et entreprises publiques ? Cette question s'impose d'autant plus qu'il s'agit du principal texte d'encadrement juridique en matière de privatisation. De la réponse qui lui sera donnée, peuvent découler des conséquences tout à fait opposées²⁰⁵.

Si la réponse est positive, tous les critères délimitant le champ des privatisations posées par la loi du 1^{er} février 1989 pourraient être modifiés par le Président de la République dans le cas

²⁰¹ O. DUGRIP, « La notion de «règles concernant la création de catégories d'établissements publics» dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat», *Mélanges R. DRAGO*, Paris, Économica, 1996, p. 370.

²⁰² Rappelons que parmi les critères d'éligibilité à la privatisation posés par la loi du 1^{er} février 1989, figure le caractère concurrentiel du secteur d'activité de l'entreprise concernée.

²⁰³ La démonopolisation étant la condition de leur éligibilité à la privatisation.

²⁰⁴ Ancienne Constitution tunisienne, art. 35, al. 2.

²⁰⁵ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 264 et s.

où ils seraient constitutifs d'obstacles à l'accélération du processus. Si par contre, la réponse est négative, le domaine des privatisations resterait stable.

Toutefois, ces possibilités d'extension doivent être appréciées à leur juste valeur. S'il est vrai que, d'un point de vue rigoureusement juridique, leur portée est considérable, il n'en demeure pas moins qu'elles restent politiquement réduites. En effet, historiquement, le Parlement tunisien n'a été qu'une chambre d'enregistrement par laquelle transitingent les projets de loi exprimant la volonté du chef de l'État. Ainsi, quand bien même que la révision des articles 34 et 35 de la Constitution ne serait pas intervenue, le Président de la République aurait pu obtenir toutes les modifications législatives nécessaires au programme de privatisation. Le véritable apport de la révision concerne les modalités : la voie décrétale est plus flexible et surtout plus rapide que la procédure législative pour la mise en œuvre du programme de privatisation.

Section 2 : La décision de privatiser

119. Afin de garantir le bon déroulement d'un programme de privatisation, il est impératif de fixer au préalable le cadre juridique. Celui-ci devra détailler précisément les règles et principes qui veilleront à encadrer et à organiser la mise en œuvre des privatisations (*Paragraphe 1*). À partir de là, les acteurs politiques impliqués seront clairement identifiés, et les différentes techniques régissant le processus d'une privatisation explicitée (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Le processus juridique

120. Le mécanisme décisionnel relatif au programme de privatisation est marqué d'une rigidité certaine, due au nombre croissant de ses intervenants et à l'absence de limites temporelles régissant chacune de ses phases (**A**). Dans son ensemble, le dispositif est peu démocratique, puisque démunie de toute transparence et de tout contrôle (**B**).

A/ Une rigidité certaine

121. Les dispositions juridiques à contenu économique sont rédigées d'une manière telle qu'elles peuvent englober la disparité des comportements possibles des agents économiques. Ainsi, elles sont formulées de façon à pouvoir envisager le maximum de situations tout en prévoyant des marges de manœuvre aux personnes chargées de les mettre en œuvre. Les textes juridiques relatifs aux privatisations garantissent ces exigences de souplesse et d'adaptation par certains de leurs aspects. Cependant, ces textes transgessent les règles relatives aux processus décisionnels. En effet, ces dernières sont utilisées d'une manière uniforme pour toutes les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation capitalistique. Cette rigidité issue des textes est accentuée par l'extension de fait du régime uniforme à des entreprises qui ne lui sont pas normalement soumises²⁰⁶.

Le mécanisme décisionnel prévu par la loi de 1989 est marqué par son caractère uniforme. Ainsi, dans sa mise en œuvre, il n'est nullement prévu de tenir compte de la nature de l'opération projetée, du type de l'entreprise concernée ou de sa taille. Aucune flexibilité des procédures n'est prévue en tenant compte de l'opération de privatisation prévue.

La mise en œuvre d'un tel processus lourd et rigoureux pourrait être justifiée quand l'opération projetée revêt une certaine importance soit par son volume (valeur des actions ou actifs à céder), soit par son implication juridique (disparition ou transformation de l'entreprise à la suite d'une fusion ou d'une scission, ou changement de son statut après la perte de son caractère public). L'adoption du même processus à des opérations de moindre envergure serait inadéquate et retarderait à tort l'opération.

122. Vers la fin de l'année 1998, les pouvoirs publics tunisiens se sont enfin rendu compte du superflu de l'application d'un tel processus pour un certain nombre d'opérations de privatisations. Avec la modification du décret du 21 février 1997²⁰⁷ par celui du 13 juillet 1998, certaines opérations de privatisation relèvent désormais de la compétence décisionnelle du comité technique de privatisation. Or, le régime dérogatoire institué par le décret de 1998

²⁰⁶ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques* (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 337 et s.

²⁰⁷ D. n° 97-410, 21 févr. 1997, fixant la composition et le fonctionnement de la commission d'assainissement et de restructuration des entreprises à participations publiques (CAREPP) ainsi que la composition et les attributions du comité technique de privatisation (CTP), telle que modifié et complété par le D. n° 98-1440, 13 juill. 1998.

viole les articles 24 et 27 de la loi du 1^{er} février 1989 qui ne reconnaissent de pouvoir décisionnel, en matière d'assainissement et de restructuration d'entreprises publiques ou à participations publiques, qu'au seul Premier ministre. En attribuant au comité technique de privatisation une compétence décisionnelle relative à diverses opérations entrant dans le cadre de l'assainissement et de la restructuration, le décret de 1998 réduit de manière illégale le champ de compétence du Premier ministre tel que délimité par la loi. La situation aurait été différente si ce décret avait été pris en application de la loi de 1989. Néanmoins, celle-ci ne comporte aucune délégation, expresse ou tacite, au pouvoir réglementaire dans ce domaine²⁰⁸.

La rigidité issue de la loi de 1989 fut accentuée par les circulaires interprétatives édictées par le Premier ministre, *de facto*, aggravée tant par ses circulaires que par la pratique elle-même. Concernant l'extension de la rigidité opérée par les circulaires, quelques mois après l'entrée en vigueur de la loi de 1989, une première circulaire²⁰⁹ fut rédigée par le Premier ministre afin de préciser aux autorités concernées les sens à donner aux nouvelles dispositions législatives. Censée être interprétative, cette circulaire est en réalité, par certains de ses aspects, de nature réglementaire. En effet, elle ajoute des dispositions nouvelles, en précisant que « dans tous les cas les transactions ne peuvent être conclues qu'après décision prise par les organes de gestion compétents de l'entreprise concernée et approbation du Premier ministre sur avis de la CAREPP ». Cependant, il n'existe aucune disposition issue de la loi de 1989 qui indique que les transactions ne doivent être conclues qu'après décision prise par les organes de gestion compétents de l'entreprise²¹⁰.

Une deuxième circulaire²¹¹ édictée par le Premier ministre confirme l'extension de la rigidité. S'agissant des opérations de fusion, d'absorption ou de cession, elle précise que « compte tenu de l'importance de ces opérations et leur impact sur la restructuration, leur réalisation doit requérir l'avis préalable de la CAREPP chaque fois qu'elles concernent des entreprises à participations publiques et ce quelque soit le niveau de la participation publique et sa qualité (État, autres participants publics) ». En disposant ainsi, la circulaire méconnaît le sens de la loi de 1989 qu'elle vient interpréter. Elle extrapole une condition, à savoir l'avis de la CAREPP, pour toute opération de fusion, d'absorption ou de cession d'entreprises à

²⁰⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 343.

²⁰⁹ Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques.

²¹⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 347.

²¹¹ Circ. n° 21, 21 avr. 1990, portant sur la cession d'actions ou d'élément d'actifs et prise de nouvelles participations par les participants ou entreprises publiques.

participation publique. Or, selon la loi de 1989²¹², l'avis de la CAREPP n'est prévu que pour les entreprises dans lesquelles l'État détient une participation directe au capital²¹³.

De ce fait, les diverses illégalités des circulaires doivent être surtout regardées comme emportant une extension du régime législatif à des opérations qui ne le concernent pas.

123. L'examen de la pratique administrative révèle que le processus décisionnel appliqué à certaines des opérations de privatisation était exécuté uniformément. Dans les faits, la CAREPP a donné son avis pour chaque privatisation, alors que la décision revient au Premier ministre. Par une mauvaise compréhension des textes, ou par excès de zèle, l'ensemble des opérations fut soumis au même régime, le tout étant d'assurer « la préservation de l'intérêt général et la transparence »²¹⁴. De plus, cette extension se réalise au détriment tant de la légalité que de la simplification des procédures prônées par les pouvoirs publics eux-mêmes.

124. Le régime juridique français gouvernant les privatisations opérait des distinctions suivant la nature de l'entreprise, sa taille ou la nature de l'opération. Le cadre juridique dans lequel peut avoir lieu la cession de tout ou partie des intérêts détenus par l'État dans le capital des entreprises publiques du secteur concurrentiel est défini par les lois du 2 juillet²¹⁵ et 6 août 1986²¹⁶. Une distinction doit être effectuée entre les transferts qui nécessitent l'intervention législative et ceux pour lesquels une autorisation administrative est suffisante²¹⁷.

Ainsi, une intervention législative est exigée pour deux catégories d'entreprises²¹⁸. D'une part, les entreprises dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social²¹⁹ ; d'autre part, les entreprises dont l'appartenance au secteur public résulte d'une loi : si le Parlement est

²¹² L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations et aux entreprises publiques, art. 24.

²¹³ V. not. sur ce sujet, L. LARGUET, « Fondement et cadre juridique de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, 1991, vol. 4, Tunis, p.28 et s.

²¹⁴ A. HIDOUSSI, « La privatisation des entreprises publiques en Tunisie », conférence donnée à Londres dans le cadre du panel consacré à : *Evaluating the latest opportunities and challenges in the capital markets of North Africa*, Londres les 10-11 décembre 1997, (inédit).

²¹⁵ L. n° 86-793, 2 juill. 1986, autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

²¹⁶ L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités d'application des privatisations décidées par L. n° 86-793, 2 juill. 1986.

²¹⁷ G. BAUDEU, *Les privatisations : Réglementation et premières opérations*, éd. La Revue Banque, Paris, 1987, p. 11.

²¹⁸ L. n° 86-793, préc., art. 7-I.

²¹⁹ Appelées aussi les entreprises de « premier rang ».

intervenu pour faire entrer une entreprise dans le secteur public, c'est à lui qu'il appartient de l'en faire sortir, par application du principe du parallélisme des formes.

Quatre catégories d'opérations²²⁰ ne nécessitent pas l'intervention d'une loi, mais seulement d'une autorisation administrative²²¹. Il s'agit, d'abord, des cessions au secteur privé d'une participation dans le capital d'une entreprise publique dite de premier rang ou d'une filiale figurant sur la liste des entreprises à privatiser. Ensuite, sont visées les cessions au secteur privé d'éléments d'actifs réalisées par des entreprises dites de premier rang, des filiales figurant sur la liste des sociétés à privatiser et des filiales ou sous-filiales de second rang²²². Sont aussi concernées, les transferts de propriété au secteur privé des filiales ou sous-filiales « importantes » d'entreprises publiques (et qui ne sont pas entrées dans le secteur public par l'effet d'une loi). Enfin, la dernière catégorie vise les transferts de propriété au secteur privé des filiales ou sous-filiales « moins importantes » d'entreprises publiques et qui ne sont pas entrées dans le secteur public par l'effet d'une loi.

Sans qu'il soit nécessaire de rappeler les détails de chacun des régimes prévus aux titres II et III de la loi du 6 août 1986²²³, on peut constater que le législateur français a pleinement tenu compte dans le régime général des privatisations de la diversité des entreprises et des opérations de transfert (partiel ou total) pouvant les concerter. Il est même allé jusqu'à prévoir un régime de simple déclaration préalable pour les petites entreprises²²⁴. Bien qu'il n'était pas nécessaire que le législateur tunisien transpose l'ensemble de ces dispositions, il aurait pu s'en inspirer. Ainsi, il aurait pu prévoir deux régimes : l'un pouvant être complexe pour gouverner les entreprises et opérations importantes, le second simplifié, applicable aux autres types d'entreprises et d'opérations.

125. La loi de 1993²²⁵ a apporté deux compléments notables à la loi de 1986²²⁶. D'une part, le gouvernement peut désormais effectuer des cessions par tranches successives, en

²²⁰ L. n° 86-793, préc., art. 7-II.

²²¹ V. à ce sujet, G. BAUDEU, *op. cit.*, p. 11 et s.

²²² Bien que l'expression n'apparaisse pas en elle-même dans le corps des textes des lois de privatisation, les entreprises de « second rang » se définissent de manière négative par rapport aux entreprises dites de « premier rang ». Il s'agit des entreprises du secteur public dans lesquelles l'État ne détient pas directement plus de la moitié du capital social.

²²³ V. not., J.-P. BUFFELAN-LANORE, « Privatisations », *J.-Cl. administratif*, fasc. 156.

²²⁴ L. n° 86-912, préc., art. 21.

²²⁵ L. n° 93-923 du 19 juill. 1993, relative aux privatisations.

empruntant, le cas échéant, des formes différentes à chaque étape. D'autre part, le gouvernement a la possibilité de privatiser des filiales séparément de leur société mère.

La loi du 2 juillet 1986 comportait des dispositions temporaires et des dispositions permanentes. En vertu de l'article 4, le gouvernement pouvait procéder à des privatisations jusqu'au 1^{er} mars 1991. La loi de 1993 ne prévoit plus de délai à la privatisation. D'une manière générale, elle ne contient plus aucune disposition temporaire : tout est permanent. Cette loi donne donc plus de souplesse au gouvernement, compte tenu de l'absence de limitation dans le temps. Néanmoins, la décision de privatiser doit désormais être prise par décret, ce qui permet l'annonce d'un programme précis de privatisation à court terme.

B/ Un déficit démocratique

126. Le programme de privatisation recouvre des enjeux d'une extrême importance et fait intervenir plusieurs acteurs. Les enjeux sont nombreux et de divers ordres : économiques, sociaux, politiques, voire même idéologiques²²⁷.

Vu l'étendue de leur impact, le régime de l'édition des décisions de privatisation devrait être appréhendé de manière à tenir compte de cette spécificité. Dans son ensemble, le régime devrait être doté d'une certaine transparence, empêchant ainsi la méfiance des uns et les accusations des autres. Or, tel que fixé par la loi de 1989 et ses textes d'application, le processus décisionnel en matière de privatisation est peu transparent²²⁸. Attribuant le pouvoir décisionnel au Premier ministre sur proposition de la Commission d'assainissement et de restructuration du capital des entreprises publiques (CAREPP) et après étude du Comité Technique de la Privatisation (CTP), il n'envisage aucune association d'autres parties légitimement concernées²²⁹. Par ailleurs, l'examen de la composition de ces deux organismes ne laisse apparaître aucune représentation administrative²³⁰. Même s'il est prévu de pouvoir

²²⁶ F. DION (coord.), *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, La documentation française, Paris, 1995, p. 52.

²²⁷ A. ZOUHEIR, « Le cadre structurel de la restructuration », Actes du colloque préc., p. 7.

²²⁸ V. à ce sujet, A. ZOUHEIR, *op. cit.*, p. 10 et s.

²²⁹ V. à ce sujet, A. CHAABANE, « Cadre structurel. Présentation de la CAREPP et des divers organes intervenant dans le processus de restructuration », Actes du colloque préc., p. 45 et s.

²³⁰ La CAREPP est composé du Premier ministre, de sept ministres, du secrétaire général du gouvernement, du gouverneur de la Banque Centrale Tunisienne (BCT) et du président du Conseil du marché financier (CMF). Le CTP est quant à lui composé d'un secrétaire d'État, des représentants de quatre ministères, de la BCT et du CMF.

inviter aux réunions toute personne dont l'avis est utile, le processus demeure néanmoins exclusif. En effet, il laisse hors de son champ tant le parlement que les partenaires sociaux.

Malgré l'autorisation accordée au gouvernement à céder tout ou partie des participations de l'État dans les entreprises à participation publique, le législateur tunisien n'a prévu aucune intervention de sa part dans le processus de mise en œuvre. Instituant le Premier ministre en décideur solitaire et renvoyant au pouvoir décrétale la compétence de décider de la composition de l'organe consultatif (CAREPP), le parlement s'est privé lui-même de toute participation ou droit de regard sur le processus dans son ensemble²³¹. Le parlement n'est ni représenté dans les structures intervenant préalablement à la prise de décision du Premier ministre, ni doté d'un quelconque pouvoir d'approbation²³².

Les représentants de la Nation sont écartés des structures de décision, or une opération de privatisation concerne de près à la propriété publique, par conséquent, il est plus que légitime que le peuple y soit impliqué à travers de ses représentants²³³.

La non-ingérence du parlement est d'autant plus malvenue que le programme de privatisation peut affecter la souveraineté économique du pays en approuvant la prise de contrôle d'entreprises stratégiques par des étrangers, cela d'autant plus que la loi tunisienne de 1989 ne limite pas l'acquisition des étrangers dans les participations publiques²³⁴. Bien qu'elle aurait pu constituer une contrainte supplémentaire si elle avait été requise pour toutes les opérations, l'autorisation législative aurait pu échapper à ces critiques si elle avait été limitée à certaines opérations seulement. Citons l'exemple français, où le parlement intervient pour l'approbation de quelques transferts d'entreprises du secteur public au secteur privé²³⁵.

²³¹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 353.

²³² Les élections législatives de 1989 ont eu lieu à la suite de la dissolution anticipée de l'Assemblée, lié au coup d'État du 7 novembre 1987. En novembre 1988, six partis d'opposition ont signé avec le gouvernement un « pacte national » sur le pluralisme. La participation est de 76,46 %, le parti au pouvoir (Rassemblement constitutionnel démocratique) remporte tous les sièges malgré une forte poussée des candidats indépendants liés aux islamistes. 135 hommes et seulement six femmes sont élus, la majorité des députés ont entre 30 et 50 ans. Les députés sont des professeurs, instituteurs (26 %), fonctionnaires (18 %), ingénieurs (19 %), médecins (10 %), avocats (8,5 %), hommes d'affaires (5,6 %), magistrats (2,8 %), divers (9,9 %).

²³³ A. ZOUHEIR, art. préc., p. 9.

²³⁴ Le parti au pouvoir, le RCD (Rassemblement Constitutionnel Démocratique) dispose de la majorité absolue des sièges.

²³⁵ L. n° 86-793, 2 juill. 1986, autorisant le gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, art. 7-1.

127. Les partenaires sociaux sont également évincés. En effet, aucune représentation des partenaires sociaux n'est prévue à quelque étape du processus décisionnel que ce soit. Malgré les « répercussions importantes [...] sur le plan de l'emploi ou celui des investissements, (et) intéresse directement aussi bien les organisations syndicales que celles des patrons »²³⁶, le programme de privatisation se met en œuvre sans leur intervention.

Le législateur tunisien et, après lui, le titulaire du pouvoir réglementaire général auraient sans doute considéré que le gouvernement était le mieux placé pour tenir compte des intérêts des employeurs ainsi que des chefs d'entreprises²³⁷. Or les conséquences, souvent négatives, d'un programme de privatisation sur l'emploi peuvent constituer un obstacle majeur à leur réussite, particulièrement dans les pays en voie de développement. Ces pays sont caractérisés par une économie désarticulée et l'absence de mécanismes destinés à amortir les chocs sociaux des réformes structurelles. De plus, les entreprises reprises par des investisseurs privés ont la possibilité de licencier les salariés à peu de frais, voire sans frais du tout²³⁸. Ainsi, en raison des risques que comporte la décision en matière de privatisation, il aurait mieux valu impliquer dans son élaboration, même à titre consultatif, que les partenaires sociaux soient parties prenantes. Par ailleurs, une représentation de ces partenaires sociaux au sein de la CAREPP aurait eu l'avantage de mieux éclairer la décision du Premier ministre, de la cautionner, ainsi et de garantir sa bonne exécution.

128. Lors de la discussion du projet de loi relatif à la restructuration des entreprises publiques, le ministre du plan et des finances a affirmé que les opérations de privatisation devaient se réaliser dans la transparence afin que leur légalité ne soit pas remise en cause²³⁹. Or, dans la pratique, ces opérations se sont toujours effectuées dans une confidentialité embarrassante. Estimant, à tort, que les opérations de cession relèvent du « secret d'État », les pouvoirs publics ont mis en place un processus décisionnel ne laissant filtrer aucune information²⁴⁰.

²³⁶ Z. ATTAR, « Le cadre structurel de la restructuration », *Actes du colloque préc.*, p. 9.

²³⁷ V. à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, « Intérêt général et intérêts professionnels dans la représentation des intérêts professionnels en Tunisie », *Publications de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis*, Tunis, 1995, p. 17 et s.

²³⁸ J.-E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002, p. 89.

²³⁹ Intervention du ministre du plan et des finances devant la chambre des députés lors de la discussion du projet de loi relatif à la restructuration des entreprises publiques, *J.O.R.T*, débats n° 33, 30 juill. 1987, p. 1661.

²⁴⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 357.

En effet, l'identité de l'entreprise objet de la cession, ainsi que les modalités de sa cession ne sont révélées au public qu'après la réalisation des différentes procédures devant aboutir à la décision du Premier ministre.

Or, ni la loi de 1989 modifiée, ni son décret d'application²⁴¹, n'exigent cette confidentialité. Celle-ci émerge avec les circulaires du Premier ministre²⁴² ayant pour objet d'et de mettre en œuvre les modalités du programme de privatisation. L'étude de ces circulaires dévoile l'exigence d'une confidentialité concernant les rapports d'évaluation. Ces derniers doivent être envoyés directement et exclusivement au secrétariat du comité technique de la privatisation sous plis confidentiels, portant la mention « à ne pas ouvrir ».

129. La confidentialité ainsi rattachée à l'évaluation de l'objet de la cession est blâmable²⁴³. En effet, elle peut être sujette à discussion, puisqu'il est impossible de savoir si la cession a eu lieu à un prix supérieur ou inférieur à la valeur fixée par l'organisme d'évaluation. C'est la raison pour laquelle que l'évaluation en France est rendue publique. La valeur des entreprises à privatiser et la parité ou le rapport d'échange en cas de paiement par titres sont déterminés par la Commission des participations et des transferts²⁴⁴. Le ministre de l'Économie et des finances ne peut décider la cession à un prix inférieur à la valeur fixée par la commission. L'avis de cette dernière fait l'objet d'une publication au Journal Officiel.

Malgré les reproches dont elle a fait l'objet, la confidentialité a dominé durant plus de treize ans la mise en œuvre du programme de privatisation. Il semblerait que cette confidentialité ait gêné la Banque Mondiale, qui aurait « souhaité » la publication d'une liste des entreprises à privatiser. Dans son discours du 7 novembre 2000, l'ancien Président de la République a déclaré « nous ordonnons aujourd'hui, de rendre publique une nouvelle liste comprenant plus de 40 entreprises à privatiser dans les secteurs de l'industrie et des services, et de faire connaître à une grande échelle, les composantes du programme de privatisation et ses délais de réalisation ²⁴⁵ ».

²⁴¹ D. n° 89-377 du 15 mars 1989, abrogé et remplacé par le D. n° 97-410, 21 févr. 1997, modifié le 13 juill. 1998.

²⁴² Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques, et Circ. n° 55, 11 août 1993, portant sur les attributions et procédures à suivre en matière de privatisation.

²⁴³ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 359.

²⁴⁴ L. n° 86-912, 6 août 1986, art. 3, modifiée par L. n° 93-923, 19 juill. 1993.

²⁴⁵ Journal Le Temps, 8 nov. 2000, p. 4.

Même si elle fut exécutée, la mesure ordonnée par le Chef de l’État n’a réduit que très sensiblement la confidentialité, car elle n’a concerné qu’un aspect du processus décisionnel.

130. Depuis la loi de 1989, la décision de privatisation est devenue l’apanage d’une seule personne, le Premier ministre, et n’obéit à aucun contrôle spécifique destiné à en vérifier la régularité. La CAREPP, composée essentiellement de ministres, ne fait que proposer à son président, le Premier ministre, seul compétent pour décider, à la différence de son homologue français, la Commission des participations et des transferts, autorité administrative indépendante, qui joue le rôle d’un véritable « censeur » dans le processus décisionnel²⁴⁶. Ainsi, le législateur tunisien n’a attribué à la CAREPP qu’un rôle consultatif qui aboutit à accorder au Premier ministre un rôle primordial dans les opérations de privatisation²⁴⁷. Or, la préservation de l’intérêt général et la protection des intérêts patrimoniaux de l’État auraient dû l’inciter à instaurer un système de contrôle propre au processus décisionnel de privatisation. Le plus grand risque étant celui du bradage du patrimoine public.

131. Le processus décisionnel en matière de privatisation ne peut donc être contrôlé que par les procédures de droit commun applicables à l’action administrative et financière du gouvernement, en raison de l’absence de contrôle spécifique prévu à cet effet. Ainsi, théoriquement trois types de contrôles peuvent s’appliquer au processus décisionnel. Le premier, de nature politique, est celui du parlement. Le deuxième, de nature administrative, est exercé par la Cour des comptes. Enfin, le dernier, de nature juridictionnelle, est effectué par les tribunaux²⁴⁸.

Organe représentatif de la Nation, composé d’élus, le Parlement est l’institution à laquelle devrait à bon droit revenir la mission de contrôler la gestion des biens du pays. Or, l’analyse des textes montre que les représentants de la Nation n’ont quasiment aucun rôle dans la surveillance du processus décisionnel en matière de privatisation. Outre qu’il n’est pas représenté au sein des organismes chargés d’opérer le programme de privatisation, le

²⁴⁶ F. QUEROL, « Le paradoxe des privatisations en France ou l’art d’accommoder l’interventionnisme de l’État », in *Les finances publiques instrument des politiques publiques, les expériences française et tunisienne*, (Dir.) L. Bouony et G. Tournie, Presse de l’Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1998, p. 243.

²⁴⁷ L. LARGUET, « Fondement et cadre juridique de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque préc., p. 29.

²⁴⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 363 et s.

parlement ne dispose d'aucune action spécifique conçue en vue de lui octroyer un quelconque droit de regard en la matière²⁴⁹.

132. La Cour des comptes a été prévue par l'ancien article 57²⁵⁰ de la Constitution tunisienne, et organisée par la loi du 8 mars 1968²⁵¹, pour au final concrètement établie en 1971²⁵². Tout en étant un organe juridictionnel, elle exerce sur l'ensemble du secteur public deux types de contrôles : un contrôle juridictionnel et un contrôle administratif. Le contrôle juridictionnel ne concerne que le secteur public administratif ainsi que les organismes dotés de comptables publics. Le contrôle administratif concerne également les entreprises publiques²⁵³.

Aux termes de l'article 3 de la loi de 1968, la Cour a une compétence « pour examiner les comptes et la gestion de l'État, des collectivités publiques locales et des établissements publics dont le budget est rattaché pour ordre au budget général de l'État » ainsi que ceux « des établissements publics industriels et commerciaux et tous organismes, quelque soit leur dénomination, dans lesquels l'État, les gouvernorats et les communes détiennent une participation en capital »²⁵⁴. Exercé *a posteriori*, le contrôle de la Cour des comptes²⁵⁵ consiste en un pouvoir discrétionnaire d'appréciation de la gestion des EPIC et des organismes dans lesquels l'État et les collectivités publiques locales détiennent une participation en capital. C'est donc à l'occasion de ce type de contrôle que les décisions de privatisation pourraient être examinées. En effet, en analysant les comptes et la gestion des entreprises à participations publiques, la Cour sera inévitablement amenée à évaluer les opérations de cession de titres et d'éléments d'actif ayant concerné ces entreprises. Elle est acculée de relever les insuffisances,

²⁴⁹ V. à ce sujet, A. ZOUHEIR, art. préc., p. 9.

²⁵⁰ Devenu article 69 depuis la révision constitutionnelle du 8 avr. 1976.

²⁵¹ L. n° 68-8, 8 mars 1968, portant organisation de la Cour des comptes, modifiée par la L. n° 70-17, 20 avr. 1970 et par L. n° 90-82, 29 oct. 1990.

²⁵² D. n° 71-218, 29 mai 1971, portant organisation de la chambre des finances publiques.

²⁵³ M. BEN LETAIEF, *L'État et les entreprises publiques en Tunisie : les mutations du contrôle*, préf. H. Ben Saleh et G. Marcou, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 273.

²⁵⁴ Cette définition est plus large que celle retenue par L. n° 89-9, 1^{er} fevr. 1989, relative aux participations des entreprises publiques.

²⁵⁵ M. BEN LETAIEF, *op. cit.*, p. 274 : « Trois types de contrôles sont effectués :

- un contrôle de la régularité comptable, consistant en une vérification de la sincérité et de la régularité des comptes et autres documents financiers,
- un contrôle de conformité et de légalité des actes de gestion,
- et un contrôle de la qualité de la gestion cherchant à s'assurer du bon emploi des fonds et des ressources à la disposition de l'entreprise ».

de dévoiler les irrégularités et de proposer les correctifs et mesures de réforme dans son rapport annuel, adressé tant au Président de la République qu'à la chambre des députés.

Néanmoins, le contrôle qu'aurait la Cour des comptes sur les opérations de privatisation est d'une efficacité extrêmement réduite. D'abord, il s'agit d'un contrôle accessoire, ne saisissant les opérations de privatisation qu'à l'occasion du contrôle général pouvant concerner les comptes et la gestion de l'entreprise concernée. Ensuite, outre son caractère *a posteriori*, ce contrôle intervient trop tardivement pour produire les effets escomptés. Enfin, ce contrôle perpétue la confidentialité qui entoure le processus décisionnel en matière de privatisation. En effet, bien que publiable sur autorisation du chef de l'État²⁵⁶, le rapport général de la Cour des comptes, n'a de fait jamais été publié. Cette confidentialité exagérée attachée aux rapports de la Cour des comptes continue, malgré les critiques²⁵⁷, à constituer la principale entrave à l'efficacité de son contrôle.

133. Concernant le contrôle juridictionnel, les décisions du Premier ministre prises sur proposition de la CAREPP sont des actes pouvant faire l'objet de recours pour excès de pouvoir formés en vue de leur annulation par toute personne ayant un intérêt à agir. Or, une telle hypothèse demeure quasiment théorique pour diverses raisons²⁵⁸. D'abord, durant les années de mise en œuvre du programme de privatisation, aucun recours en annulation²⁵⁹ n'a été formé contre les décisions du Premier ministre. Ensuite, les quelques litiges nés à l'occasion de la mise en œuvre du programme de privatisation étaient de nature contractuelle. En effet, les requérants, à savoir l'État ou les employés de l'entreprise à privatiser, fondaient leurs recours sur la responsabilité contractuelle et non sur l'excès de pouvoir. En aucun cas, l'opportunité de la décision du Premier ministre n'a été discutée ou remise en cause. Serait-elle en porte-à-faux avec l'intérêt général ou servirait-elle de couverture juridique à un bradage ou à un favoritisme, elle réussira dans la plupart des cas à échapper au contrôle du juge. Lors même qu'elle lui serait déférée, le juge n'aurait la faculté d'exercer sur la décision

²⁵⁶ L. n° 68-8, 8 mars 1968, portant organisation de la Cour des comptes, art. 24.

²⁵⁷ V. S. CHELLY, « L'évaluation du contrôle financier en Tunisie », Actes du colloque du 25^{ème} anniversaire de la Cour des comptes, Tunis, 24 et 25 mai 1993, Impr. officielle de la République Tunisienne, p. 26 et s.

²⁵⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, 370.

²⁵⁹ La jurisprudence publiée du tribunal administratif ne comporte aucune affaire ayant eu pour objet l'annulation de ce type de décision.

du Premier ministre qu'un contrôle restreint²⁶⁰, corollaire du pouvoir discrétionnaire dont dispose ce dernier.

En tout état de cause, quelque soit le juge saisi, la décision du Premier ministre n'est pas discutable dans son opportunité, de manière directe ou indirecte. Les griefs qui lui sont adressés ne pourront être fondés que sur des considérations de pure légalité; d'importance tout à fait secondaire comparée à celles ayant trait à l'opportunité. En effet, les questions relatives au choix de l'entreprise, au mode de cession, au prix de cession, aux acquéreurs, aux avantages accordés etc... restent un domaine que le juge ne peut explorer en vue de le soumettre à son contrôle.

Paragraphe 2 : Les acteurs politiques

134. L'expérience mondiale montre que tout processus de privatisation nécessite pour sa réussite un choix précis des organes *ad hoc*, une définition de leurs missions, de leurs pouvoirs ainsi que de leurs responsabilités respectives.

Dans certains pays, la décision de privatisation des entreprises publiques a été confiée à des structures spécialement créées à cet effet. Tel est le cas de la *Treuhandanstalt* en Allemagne²⁶¹.

Dans d'autres pays, cette tâche est assurée par des *holding* publiques, comme l'E.N.I²⁶² et l'I.R.I²⁶³ en Italie²⁶⁴, ou de l'I.N.I²⁶⁵ et de *Patrimonio* en Espagne²⁶⁶. Enfin, dans certains pays comme la France ou le Maroc, les privatisations furent l'apanage d'autorités politiques centrales, généralement via le ministre de l'Économie et des finances ou le Premier ministre.

En Tunisie, après des hésitations, le choix s'est porté sur un modèle marqué par une originalité. En effet, quoique inspiré du modèle français, le processus décisionnel tunisien est marqué par un double niveau de responsabilité : d'une part les instances administratives (**A**), et d'autre part les instances gouvernementales (**B**).

²⁶⁰ Se limitant à vérifier l'exactitude matérielle des faits, l'existence d'une erreur de droit, d'une erreur manifeste d'appréciation ou d'un détournement de pouvoir. V, sur ce point, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, pp. 1016 et s.

²⁶¹ Sur cette institution, V. not. B. LAURIN, « Quelques aspects de la négociation des contrats d'acquisition par la *Treuhandanstalt* dans le cadre de la privatisation de l'économie Est-allemande », *RDA*, 1993, pp. 211-217.

²⁶² *Ente nazionale idrocarburi*.

²⁶³ *Instituto per la Ricostruzione Industriale* (Institut pour la reconstruction industrielle).

²⁶⁴ G. LONGUEVILLE, *Les deux voies de la privatisation à l'italienne*, La Documentation française, coll. Notes et Études documentaires, Paris, 1986, pp. 81-98.

²⁶⁵ *Instituto Nacional de Industria* (Institut national de l'industrie).

²⁶⁶ G. LONGUEVILLE, *Les privatisations en Espagne : entreprises déficitaires et transferts publics*, coll. Notes et Études documentaires, La Documentation française, Paris, 1986, p. 99 et s.

A/ Les instances administratives

135. L’instance administrative est généralement constituée d’organes d’exécution du programme de privatisation, qui peuvent être une agence de privatisation, un conseil, un bureau voire même une *holding*.

136. En Tunisie, aux termes de l’article 27 de la loi du 1^{er} février 1989, « les décisions en matière d’assainissement, restructuration, et avantages (...) sont arrêtées par le Premier ministre sur proposition de la commission d’assainissement et de restructuration des entreprises à participations publiques ». Il ressort de cet article que la CAREPP se limite à proposer au Premier ministre les décisions à prendre en matière de privatisation.

137. La CAREPP est composée de sept membres nommés par décret. Ils sont choisis en fonction de leur compétence et de leur expérience professionnelle en matière économique, financière et juridique, leur indépendance étant assurée par une série d’incompatibilités. Cependant, en autorisant le gouvernement à céder tout ou partie des participations de l’État dans les entreprises à participations publiques, la loi de 1989 est restée muette quant à l’autorité ayant l’initiative dans ce domaine. Cette lacune a été comblée par voie décrétale²⁶⁷. En effet, l’article 4 du décret du 15 mars 1989²⁶⁸ dispose que la CAREPP « est saisie par le Premier ministre ou par les ministres de tutelle ». Cette situation a connu un changement à la fin de 1993. À partir de cette date, un seul ministère est devenu le maître d’œuvre en matière de privatisation. Au départ, ce fut le ministère du plan et du développement régional qui était chargé d’élire les entreprises dont les dossiers devraient être présentés à la CAREPP²⁶⁹. Mais à la suite d’une réorganisation ministérielle, les compétences autrefois exercées par le ministère du plan et du développement régional sont désormais dévolues à un nouveau ministère, celui du développement économique²⁷⁰.

²⁶⁷ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l’État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 283.

²⁶⁸ D. n° 89-377, 15 mars 1989, fixant la composition et le fonctionnement de la CAREPP.

²⁶⁹ D. n° 93-981, 3 mai 1993, modifiant le D. de 1989 préc.

²⁷⁰ D. n° 96-493, 25 mars 1996, modifiant le D. de 1993 préc., art. 3.

La CAREPP a pour mission de donner son avis²⁷¹ sur les opérations de restructurations visées à l'article 24 de la loi du 1^{er} février 1989. Il s'agit de la cession ou de l'échange d'actions ou de titres détenus par l'État, de la fusion, l'absorption ou la scission d'entreprises dans lesquelles l'État détient une participation directe au capital, et enfin de la cession de tout élément d'actif susceptible de constituer une unité d'exploitation autonome dans une entreprise dans laquelle l'État détient une participation directe au capital. En d'autres termes, sa mission est d'évaluer les actions et les actifs des entreprises publiques en vue de leur cession et de proposer les conditions de la cession envisagée.

138. Il en ressort que le rôle de la CAREPP se limite à proposer au Premier ministre les décisions à prendre. Certes, la CAREPP participe au processus décisionnel en matière de privatisation, mais la procédure de la proposition réduit considérablement son rôle dans ce domaine²⁷². Loin de constituer un quelconque pouvoir de codécision, la proposition de la CAREPP est d'une efficacité beaucoup plus réduite que la procédure de l'avis. En effet, dans la procédure de l'avis, l'organe consulté opère une appréciation du contenu d'un projet de décision qui lui est soumis par l'organe décisionnel. Même s'il n'est que consultatif, l'avis permet de mieux éclairer l'autorité décisionnelle quant à la teneur et au sens de la décision qu'elle envisage de prendre. Alors que pour la proposition, l'organe qui propose ne fait que soumettre à celui qui dispose un projet de décision ou les grandes lignes que celle-ci devra comporter. La procédure de l'avis paraît plus dynamique et assure une certaine contradiction avant la prise de décision ; en revanche, la procédure de proposition est statique dans la mesure où l'autorité décisionnelle arrête une décision au vu d'une proposition sans discussion aucune.

139. Le choix du législateur tunisien pour la procédure de la proposition et non de l'avis se démarque des solutions retenues par son homologue français. En effet, en France, les décisions de transfert d'entreprises du secteur public au secteur privé sont arrêtées après avis de la Commission des participations et des transferts. L'association de l'organe consultatif au

²⁷¹ V. à ce sujet, K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 296 et s.

²⁷² L. LARGUET, « Fondement et cadre juridique de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 28 et s.

processus décisionnel est ainsi organisée de manière à ce que l'autorité décisionnelle n'ait pas une liberté démesurée.

L'un des aspects les plus curieux du processus décisionnel tunisien réside dans le fait que l'autorité décisionnelle arrête ses décisions sur proposition d'une commission qu'elle préside, le Premier ministre présidant la CAREPP. Mais, s'il est vrai que le Premier ministre décide sur la proposition de la CAREPP qui ne le lie juridiquement pas, il n'en demeure pas moins que cette proposition ne lui est pas tout à fait extérieure.

B/ Les instances gouvernementales

140. Les instances gouvernementales sont souvent représentées par un ministère ou un organe *ad hoc* composé généralement de membres du gouvernement, dont le rôle est la prise de décision, la fixation des priorités ainsi que l'élaboration du programme de privatisation. En France, le pouvoir décisionnel en matière de transfert d'entreprises du secteur public au secteur privé a été confié au ministre de l'Économie et des Finances. Contrairement à son homologue français, le législateur tunisien a choisi lui d'attribuer ce pouvoir décisionnel en matière de privatisation au Premier ministre. En effet, l'autorisation de céder tout ou partie des participations de l'État dans les entreprises à participation publique a été attribuée au gouvernement²⁷³. En accord avec cette disposition, l'article 27 de la loi de 1989, précise que « les décisions en matière d'assainissement, restructuration et avantages (...) sont arrêtées par le Premier ministre »²⁷⁴.

Vraisemblablement, c'est l'esprit de la loi qui aurait commandé l'attribution du pouvoir décisionnel au Premier ministre²⁷⁵. Or, le fait que l'autorisation de cession ait été accordée au gouvernement n'entraîne pas *ipso jure* que sa mise en œuvre soit du ressort du Premier ministre. Alors même qu'elle est du ressort du gouvernement, l'autorisation en question peut, sans aller à l'encontre de la logique du texte, être mise en œuvre par l'un des membres du gouvernement, à savoir un ministre. Dans d'autres pays, bien que l'autorisation législative ait

²⁷³ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations et aux entreprises publiques, art. 23, al. 2.

²⁷⁴ L. LARGUET, art. préc., p. 29.

²⁷⁵ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 319. V. *cf.* L. LARGUET, *ibid.*

été attribuée au gouvernement, sa mise en œuvre est réalisée par un ministre et non par le Premier ministre²⁷⁶.

141. Se pose la question de savoir si la décision du Premier ministre, prise en vertu de la loi de 1989, a une portée individuelle ou réglementaire. Elle revêt une double utilité au plan pratique : d'une part, le décompte des délais de recours et d'autre part, la possibilité de soulever à leur égard l'exception d'illégalité²⁷⁷.

Le délai de recours contre les décisions individuelles²⁷⁸ commence à courir à partir de leur date de notification ou de leur connaissance certaine, alors que pour les décisions réglementaires, celui-ci ne commence à courir qu'à partir de la publication ou de la publicité suffisante de l'acte. Concernant l'exception d'illégalité, celle-ci est possible à l'égard des actes réglementaires, mais impossible à l'égard des actes individuels²⁷⁹.

La recherche de la portée des décisions du ministre nécessite l'analyse du contenu qu'elles peuvent avoir. L'article 27 de la loi de 1989, énonce que les décisions du Premier ministre ont pour objet l'assainissement et/ou la restructuration d'entreprises à participation publique, ainsi que l'octroi possible d'avantages financiers, fiscaux ou parafiscaux aux acquéreurs. Puisqu'elle a pour destinataire un ou plusieurs sujets de droit nommément désignés, et qu'elle ne fait qu'appliquer une règle générale à une situation donnée, par conséquent, la décision du Premier ministre ne peut être que du type « décision individuelle ». Rappelons que le propre de l'acte réglementaire est qu'il pose une ou plusieurs règles générales applicables à des sujets de droit ou à des objets abstraitements désignés²⁸⁰.

²⁷⁶ Cas du Maroc : L. n° 89-39, 11 déc. 1989, autorisant le transfert d'entreprises du secteur public au secteur privé. Bien que bénéficiant au gouvernement, l'autorisation de transfert est mise en œuvre par décision du ministre chargé du transfert, en l'occurrence par le ministre de l'économie et des finances, remplacé depuis 1999, par le ministre du secteur public et de la privatisation.

²⁷⁷ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 326 et s.

²⁷⁸ Conformément à une jurisprudence constante en la matière, TA, 27 juin 1978, Rec., p. 137 ; TA, 14 juill. 1984, Rec., p. 464.

²⁷⁹ TA, 29 déc. 1981, Rec., p. 389 ; TA, 27 mai 1985, Rec., p. 91.

²⁸⁰ Sur la distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel, V. not., R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, *op. cit.* Sur les critères de distinction posés par le juge administratif tunisien, V. spéc., TA, 26 avril 1982, Rec., p. 62 et s. Dans cette décision le tribunal a énoncé qu' « il est établi en doctrine et en jurisprudence que la distinction des décisions réglementaires et non réglementaires réside dans le caractère objectif des premières qui constituent, par leur contenu, une sorte de législation émanant de l'autorité administrative, ayant pour objet d'édicter des normes générales abstraites et permanentes, lesquelles constituent, en règle générale, la source de décisions individuelles ou collectives caractérisées par leur aspect subjectif et épousant leur effet par leur exécution ».

Il est utile de noter que les décisions du Premier ministre en matière de privatisation sont marquées par une certaine confidentialité. En effet, les actionnaires minoritaires de l'entreprise cédée, ses employés ou ses créanciers ignorent tout de l'impact qu'aura la décision prise par le Premier ministre sur leurs droits. Par conséquent, ils sont incapables d'apprécier l'opportunité d'une éventuelle action en justice, en vue de son annulation. Ils ne connaîtront l'impact de la décision sur leurs droits qu'une fois l'opération réalisée. D'autant plus que cette situation peut durer un certain temps, dans la mesure où la loi n'impose aucun délai devant séparer la décision du Premier ministre et sa mise en œuvre.

142. En France, la Commission des participations et des transferts est saisie par le ministre de l'Économie et des Finances. Elle se prononce sur la valeur des entreprises publiques de premier rang à l'occasion de leur privatisation, sur la valorisation des entreprises publiques faisant l'objet de prises de participations minoritaires d'actionnaires privés²⁸¹, sur les transferts au secteur privé de filiales dépassant un certain seuil²⁸² et sur les cessions de participations minoritaires dans les sociétés figurant dans la liste annexée à la loi du 19 juillet 1993 et dont l'État détient au moins 10 % du capital social. Les évaluations sont rendues publiques et sont opérées selon des méthodes objectives²⁸³ pratiquées en matière de cession totale ou partielle d'actifs de sociétés. Après la fixation du prix plancher des actions à céder par la Commission des participations et des transferts, le ministre de l'Économie et des Finances dispose d'un délai maximum de trente jours pour l'opération. Passé ce délai, tout le processus, y compris l'évaluation, doit être repris dès le début²⁸⁴. De telles difficultés n'auraient pas existé si les décisions du Premier ministre étaient sujettes à publication.

Tout compte fait, au lieu d'être séparées ainsi que l'exige la logique de tout processus décisionnel, proposition et décision²⁸⁵, en matière de privatisation, sont tellement imbriquées

²⁸¹ L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités des privatisations, art. 2.

²⁸² *Ibid.*, art. 20 *in fine*.

²⁸³ La loi du 6 août 1986 a défini les critères qui doivent être pris en compte par la commission des participations et des transferts lors de l'évaluation de l'entreprise. L'évaluation doit être conduite en prenant en compte cinq critères : la valeur boursière, la valeur des actifs, les bénéfices réalisés, l'existence de filiales et les perspectives d'avenir de l'entreprise. Ces critères peuvent faire l'objet d'une pondération. L. n° 86-912, 6 août 1986, précitée, art. 3, al. 9.

²⁸⁴ Par ex : dans le cadre de la privatisation de Thomson (1997), après l'avis non conforme de la Commission des participations et des transferts, le gouvernement a décidé de reporter, puis d'engager une nouvelle procédure de privatisation du groupe.

²⁸⁵ J.-M. AUBY, « Les décisions administratives intervenant sur proposition », *D.* 1981, p. 179 et s.

au point de se confondre. On ne sait d'ailleurs pas si les deux actes sont matériellement séparés.

CHAPITRE 2 : LES MODALITÉS DES PRIVATISATIONS

143. Comment opérer le transfert du contrôle exercé par les pouvoirs publics sur l'entreprise au profit du secteur privé, est l'interrogation fondamentale à laquelle se consacre le présent chapitre. La plupart des législateurs nationaux adoptent les techniques offertes par le droit des sociétés, qui constitue un panel divers et varié pour la mise en œuvre des modalités d'un programme de privatisation.

144. Dans une première section, nous étudierons les modalités et les techniques courantes dans la plupart des programmes de privatisation, en nous attardant plus longuement sur le modèle français (**Section 1**), puis dans un deuxième temps, le choix qu'ont retenu les autorités tunisiennes pour procéder au transfert du contrôle des entreprises publiques au secteur privé (**Section 2**).

Section 1 : Les modalités et techniques courantes dans les programmes de privatisation

145. Les modalités de transfert de la propriété des entreprises publiques au secteur privé sont diverses et variées (*Paragraphe 1*). Par ailleurs, les techniques de la privatisation font largement appel au droit commun des sociétés et au droit des marchés financiers (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Les modalités du transfert

146. Une fois identifiées les entreprises publiques à privatiser, la mise en œuvre du transfert peut amener à procéder à un certain nombre d'opérations préalables à sa réalisation (**A**). Des critères de classification ont conduit à une grande variété de techniques de transfert, la plupart étant utilisées d'une façon générale dans le monde entier, et particulièrement par les pays en développement (**B**).

A/ Les opérations préalables au transfert

147. La question principale qui se pose est celle de savoir si la propriété des entreprises publiques appelées à être privatisées, peut ou non être cédée sans transformation juridique préalable. Ainsi, lorsque l'entreprise publique est exploitée sous une forme autre que celle d'une société²⁸⁶, il faut en amont assurer sa transformation en société anonyme.

Pour des raisons notoires de commodité, « les entreprises privatisées ou privatisables rentrent toutes dans la catégorie des sociétés commerciales, plus précisément des sociétés anonymes. Si tel n'est pas le cas initialement, leur transformation en sociétés par actions s'impose comme un préalable nécessaire²⁸⁷ ».

Il convient alors d'analyser deux hypothèses principales : d'une part, le processus de transformation de la société originaire et, d'autre part, l'opération d'apport de l'activité économique à une société déjà constituée ou à constituer. Le premier cas de figure implique

²⁸⁶ Par exemple en régie, ou au travers d'une administration personnalisée, d'un établissement public.

²⁸⁷ D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisations, droit boursier et pratiques des marchés », *Rev. sociétés*, 1994, p. 1.

une certaine continuité de la personnalité juridique alors que le second implique une succession de personnes juridiques différentes²⁸⁸.

148. La société anonyme a été créée au XIX^è siècle comme un moyen de réunir les capitaux nécessaires à la constitution de grandes entreprises. En effet, ses caractéristiques lui permettent de faire participer les épargnants au financement des entreprises. Son caractère « anonyme » tient essentiellement au fait que le capital apporté compte plus que la personne qui l'apporte. Le doyen Georges Ripert, dans son ouvrage sur les *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, a qualifié la société anonyme de « merveilleux instrument créé par le capitalisme moderne pour collecter l'épargne en vue de la fondation et de l'exploitation des entreprises »²⁸⁹. M. Claude Champaud estime que la société anonyme est un instrument considérable de concentration des capitaux, du pouvoir économique et de la puissance industrielle²⁹⁰.

Il est utile de noter que le processus de passage en société anonyme peut ne pas avoir été prévu dès l'origine comme étant un préalable à une privatisation. En effet, il arrive que l'idée initiale soit d'affecter à l'entreprise publique une forme plus flexible et de l'inciter ainsi à développer une gestion plus proche de ses concurrents privés.

Dans la pratique, la mutation en société intervient essentiellement lors de la restructuration des grands organismes publics économiques nationaux. Souvent, ces organismes sont créés par la loi, et par application du principe du parallélisme des formes²⁹¹, c'est à la loi que revient d'effectuer leur transformation structurelle. Ainsi, les législateurs nationaux en profitent pour utiliser un mécanisme simple et rapide : celui de la transformation.

Il est possible de dégager trois principes communs aux opérations de transformation. D'une part, c'est la structure elle-même dotée d'une personnalité juridique distincte qui peut être à l'origine de la transformation. En d'autres termes, seule une administration personnalisée ou un établissement public peut se prêter à une telle transformation. D'autre part, il y a continuité

²⁸⁸ N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, préf. C. Champaud, LGDJ, Paris, 2002, p. 420.

²⁸⁹ G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1951, n°46.

²⁹⁰ C. CHAMPAUD, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962, p. 10.

²⁹¹ Principe selon lequel, pour abolir ou transformer une entreprise publique, il faut utiliser le même instrument juridique que celui employé pour la créer.

de la personnalité juridique : c'est une seule et même personne juridique qui est en cause dans le cadre d'une opération de transformation²⁹². Enfin, le capital social est, pour la période qui suit immédiatement la transformation, représenté par des titres dont la totalité est entre les mains de l'État, qui constitue ainsi l'unique actionnaire de ces sociétés. Par conséquent, l'étape ultérieure consiste à permettre une cession au profit du secteur privé de tout ou partie des titres détenus par la puissance publique²⁹³.

149. Contrairement aux grandes entreprises nationales, les entreprises publiques locales ne sont pas créées par la loi. En effet, le plus souvent, la loi met en place une réglementation générale en vertu de laquelle les pouvoirs publics locaux ont la possibilité d'élaborer des structures juridiques pour l'exploitation d'activités économiques. En droit français, les régies industrielles ou commerciales existent à cette fin. Dans cette hypothèse, la loi est silencieuse sur la question de leur transformation. Ainsi, les collectivités locales sont contraintes de procéder à une opération complexe où se succèdent dissolution de la structure initiale, rétrocession à la collectivité locale concernée du patrimoine de l'entité dissoute et apport de celui-ci à une structure sociétaire existante ou future.

En France, la technique de la transformation est moins systématiquement appliquée, même si les deux illustrations les plus éclairantes concernent deux entreprises particulièrement importantes. Il s'agit de Renault²⁹⁴ et de France Télécom²⁹⁵. Pour le reste, c'est la formule de l'apport, total ou partiel, de l'activité économique à une société suivi d'une liquidation de l'établissement apporteur auquel succède l'État, qui est généralement retenue par le droit français²⁹⁶.

Contrairement à ce qui a été énoncé à propos des opérations de transformation, c'est essentiellement le secteur public local qui a dû pallier l'absence de réglementation en la matière. Néanmoins, il faut souligner que, parallèlement aux procédures de transformation, certains secteurs publics nationaux appliquent également la procédure de l'apport de l'activité

²⁹² La loi française n° 90-560 relative à la régie Renault énonce que « la présente loi n'emporte ni la création d'une personne morale nouvelle ni une cessation d'entreprise », art. 1^{er}, al. 3.

²⁹³ N. THIRION, *op. cit.*, p. 420.

²⁹⁴ L. n° 90-560, 4 juill. 1990, relative au statut et au capital de la Régie nationale des usines Renault.

²⁹⁵ L. n° 96-660, 26 juill. 1996, relative à l'entreprise nationale France Télécom.

²⁹⁶ Technique utilisée notamment pour la Société nationale des poudres, pour la Société nationale d'imprimerie, ou pour la Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes.

économique à une société. Cette voie est exclusivement privilégiée au Royaume-Uni pour les grands organismes publics économiques nationaux²⁹⁷. En effet, qu'il s'agisse de *British Airways*²⁹⁸, de *British Telecommunications*²⁹⁹ ou de *British Gas*³⁰⁰, le scénario est toujours le même : les biens, droits et obligations de la société originaire³⁰¹ sont apportés à une société par actions constituée à l'initiative du ministre compétent. Au début de l'opération, les titres de la société originaire sont entièrement entre les mains de la Couronne. Au terme de celle-ci, ces sociétés sont purement et simplement dissoutes.

Parallèlement à l'apport de l'activité économique à une société, l'acte législatif peut prévoir une libéralisation du secteur économique. Il s'agit dans ce cas de briser la structure originaire en plusieurs entités, et ensuite de répartir ses actifs entre ces différentes entités. L'objectif est de développer une véritable concurrence entre les entreprises qui sont désormais dominées par un actionnariat différent.

Cette approche de l'apport de l'activité économique à une société anonyme est couramment utilisée en France dans le cadre des secteurs publics nationaux. Cette technique a été employée lors de la transformation de la Société nationale des poudres³⁰², de la Société d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes³⁰³, de la Société nationale d'imprimerie³⁰⁴ et du Groupement industriel des armements terrestres³⁰⁵.

Dans ces différents exemples, la transformation s'est réalisée grâce à l'apport de biens, droits et obligations correspondant à l'activité économique exploitée au profit d'une société spécialement constituée pour l'occasion. Il arrive que le législateur laisse au pouvoir réglementaire le choix entre un apport *stricto sensu* ou un contrat de location des actifs concernés en vue d'en confier la gérance à la société nouvellement créée.

²⁹⁷ V. au sujet des privatisations formelles au Royaume-Uni, I. SNAITH, « Grande-Bretagne : la phase de maturité », in *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, (coord.) F. DION, La Documentation Française, Paris, 1995, pp. 149-154.

²⁹⁸ *Civil Aviation Act* de 1980.

²⁹⁹ *Telecommunications Act* de 1984.

³⁰⁰ *Gas Act* de 1986.

³⁰¹ *La Public Corporation*.

³⁰² L. n° 70-575, 3 juill. 1970, portant réforme du régime des poudres et substances explosives.

³⁰³ L. n° 80-494, 2 juill. 1980, portant modification du statut de Service d'exploitation industrielle des tabacs et allumettes (S.E.I.T.A). V. à ce sujet : M. DEBENE, « Modification du statut du S.E.I.T.A. », *AJDA*, 1980, p. 475 et s.

³⁰⁴ L. n° 93-1419, 31 déc. 1993, relative à l'Imprimerie nationale. V. à ce sujet : N. VAN TUONG, « La nouvelle Société nationale d'imprimerie », *LPA*, 25 mai 1994, n°62, p. 203.

³⁰⁵ L. n° 89-224, 23 déc. 1989, autorisant le transfert à une société nationale des établissements industriels dépendant du Groupement industriel des armements terrestres. V. à ce sujet, A. DELION, et M. DURUPTY, « Chronique des entreprises publiques », *RFAP*, 1991, p. 153 et s.

150. Concernant les privatisations des entreprises publiques locales, à défaut de dispositions spécifiques en la matière, le droit français constraint les pouvoirs publics locaux de recourir aux mécanismes de droit commun. Lorsque l'entreprise publique locale était exploitée sous la forme d'une régie non personnalisée, le seul moyen d'assurer la privatisation du service est de réaliser un apport en société au profit d'une société d'économie mixte locale. La société doit être dotée d'une pluralité de membres, ce qui implique d'autres apports en provenance des partenaires privés ou publics. Quand l'entreprise publique locale était exploitée sous la forme d'un établissement public local³⁰⁶, les techniques classiques du droit administratif et du droit des sociétés doivent être combinées. En effet, la collectivité locale doit supprimer l'établissement public et procéder à sa liquidation. Ainsi, les valeurs constitutives de son patrimoine reviennent à la collectivité locale, à charge pour elle d'en faire un apport, dans un deuxième temps, à une structure sociétaire. On le constate, cette procédure se décompose en plusieurs étapes, ce qui présente alors, pour les secteurs publics locaux, une certaine complexité.

151. L'expérience montre que les gouvernements chargés de mener les programmes de privatisation ont toujours, à cause de l'importance des enjeux, cherché l'équilibre entre la stratégie retenue et les objectifs assignés à la privatisation. Les gouvernements s'efforcent-ils à améliorer la situation des finances publiques par la maximisation des recettes des privatisations, ou au contraire, à accroître l'efficacité allocative et productive de l'économie par la promotion et le développement du secteur privé ? La réponse apportée à ces questions aura une incidence sur le prix de cession des entreprises éligibles à la privatisation. En effet, si le souci d'éviter tout bradage du patrimoine public est prépondérant, ainsi que la maximisation des revenus de la cession, alors la fixation du prix aura tendance à tirer vers le haut. En revanche, si la volonté est d'assurer la réussite de l'opération de privatisation auprès des investisseurs potentiels, c'est-à-dire de trouver des repreneurs institutionnels, tout en s'inscrivant dans une perspective de « promotion » d'un capitalisme populaire de petits porteurs, alors la fixation du prix aura une tendance à la baisse. La France et la Grande-Bretagne sont de bons exemples pour illustrer l'arbitrage qui se présente aux gouvernements qui privatisent. Quoi qu'il en soit, les futurs acquéreurs devront s'acquitter d'un prix pour obtenir le contrôle de l'entreprise à privatiser, ou du moins acquérir une parcelle de la

³⁰⁶ Régie municipale, départementale ou régionale.

propriété de son capital. La question essentielle qui se pose est donc celle de savoir comment fixer le prix³⁰⁷.

152. La France opte plutôt pour la fixation d'un prix de vente qui reflète au mieux la valeur de l'entreprise publique. Est appliqué le principe du « juste prix » dans le respect de « la Constitution qui s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie du patrimoine public soient vendus à des personnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur »³⁰⁸. L'application de ce principe constitutionnel est assurée par la Commission des participations et des transferts qui a pour mission de déterminer un prix en dessous duquel l'entreprise publique ne pourra pas être cédée. Certes, le ministère fixe le prix de vente final, mais dans la plupart des cas, celui-ci a été le même, voire légèrement supérieur au prix plancher fixé par la Commission³⁰⁹.

153. La Grande-Bretagne, quant à elle, s'est dirigée vers une stratégie de sous-estimation du prix afin d'assurer le succès de son programme de privatisation et d'atteindre certains objectifs secondaires, tel que le développement de l'actionnariat populaire. À cette fin, la valeur des entreprises à privatiser a été sous-estimée. En effet, l'écart entre le prix de cession et le cours boursier sur le marché après cession a dépassé les 50 %³¹⁰. La Grande-Bretagne est l'un des pays d'Europe où les programmes de privatisation ont suscité de vives critiques, spécialement par l'opposition travailliste qui a accusé le gouvernement Thatcher d'avoir fait subir à l'État de grosses pertes en fixant des prix de cession trop bas.

154. La fixation du prix du transfert est précédée d'une étape : celle de l'évaluation de l'entreprise publique à privatiser. L'évaluation repose sur de nombreux facteurs subjectifs ainsi que sur l'inexistence d'un modèle d'évaluation internationalement admis. L'opération d'évaluation est fonction des conditions plus ou moins contraignantes selon l'ordre juridique considéré³¹¹. D'abord, les normes juridiques à appliquer ont une influence sur l'évaluation

³⁰⁷ V. sur cette notion de « juste prix », A. POCHET, « Réflexions sur le régime juridique des privatisations », *RTD com.*, 1988, pp. 380-383.

³⁰⁸ Cons. Const., 25 et 26 juin 1986, *Lois de privatisation*, n° 86-207 DC, décision commentée in *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, L. Favoreu, L. Phillip, 16^{ème} éd., Dalloz, p. 201 ; AJDA 1986, p. 575, note J. Rivero ; *Rév. sociétés*, 1986, p. 608, note Y. Guyon.

³⁰⁹ V.-M. DURUPTY, *Les privatisations en France*, La documentation française, Paris, 1998, n°4857, p. 54.

³¹⁰ A titre d'exemple : 73 % pour *Rolls Royce* et 70 % pour *British Airways*.

³¹¹ V. à ce sujet : N. THIRION, *op. cit.*, p. 468 et s.

préalable de l'entreprise et la fixation consécutive du prix de transfert ; ensuite l'identification et le statut des personnes chargées de procéder à l'évaluation, ainsi que les modalités dévaluation qui seront appelées à être mise en œuvre.

155. Il existe deux types de méthodes d'évaluation qui sont appliqués : les méthodes patrimoniales et les méthodes fondées sur les revenus passés ou futurs³¹². Ces deux types d'évaluation se fondent sur l'information financière et comptable, et requièrent des données ainsi que des prévisions environnementales stables.

Les méthodes patrimoniales reposent sur l'estimation de la valeur de l'entreprise à partir des biens et des droits composants son actif ainsi que de son passif exigible. Ces méthodes utilisent le bilan comptable et la valeur marchande des actifs de l'entreprise à la date de l'opération de la privatisation envisagée. Mais ces techniques ne sauraient suffirent à elles seules, car elles ignorent le rendement financier et les perspectives futures de l'entreprise. Par ailleurs, leur utilisation reste difficile dans les pays où l'information financière et comptable est défaillante, et où l'absence de marché empêche une appréciation objective et la valeur des actifs de l'entreprise.

C'est à cause des lacunes des méthodes patrimoniales que se sont développées les méthodes prospectives et dynamiques fondées sur la rentabilité et privilégiant l'approche de l'investisseur. Ces techniques basées sur la productivité sont fréquemment employées, car l'investisseur est plus intéressé par les fruits futurs de l'entreprise que par le poids économique de son patrimoine. Mais certaines des méthodes³¹³ faisant partie de cette famille sont inopérantes dans les pays en développement, particulièrement dans les pays de l'Est, où la bourse est inexistante. Au même titre que les méthodes patrimoniales, les méthodes basées sur le rendement futur se heurtent aussi à des contraintes les rendant difficilement applicables. En effet, la défaillance des systèmes comptables locaux, l'instabilité des paramètres environnementaux ainsi que l'incertitude du développement futur de l'entreprise empêchent toute prévision de rentabilité future.

156. L'expérience montre également que, dans les pays en développement et dans les anciens pays à orientation socialiste, l'évaluation de l'entreprise à privatiser doit faire face à

³¹² N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 155.

³¹³ Il s'agit essentiellement de la méthode des multiples et de la valeur boursière.

plusieurs contraintes techniques, rendant difficile le travail à accomplir. Certains auteurs, approuvent l'idée selon laquelle les privatisations dans les pays en développement se heurtent à la difficulté de systèmes comptables qui se prêtent mal à l'application des méthodes classiques d'évaluation³¹⁴. C'est pourquoi, afin d'éviter les contraintes liées à l'évaluation, certains pays engagés dans des programmes de privatisation ont préféré utiliser des techniques de vente concurrentielles qui évitent l'établissement d'un prix de référence, dont l'adjudication et la vente sous réserve d'une évaluation ultérieure. De plus, des efforts ont été déployés dans ces pays afin de mettre en place des méthodes d'évaluation adaptées à leur situation, ainsi que des solutions concrètes capables d'atténuer les contraintes et les difficultés liées à la bonne applicabilité des méthodes d'évaluation classiques.

157. En définitif, on peut affirmer qu'il n'existe pas de modèle d'évaluation universellement appliqué et qu'aucune méthode ne peut se substituer aux mécanismes du marché. À défaut des repères fiables et vérifiables, toute valeur de cession risque d'être critiquée. Il est toujours facile pour les adversaires de la privatisation de soutenir que l'entreprise a été vendue en dessous de sa valeur réelle et de prétendre ainsi qu'il s'agit d'un « cas de corruption qualifiée »³¹⁵.

B/ L'éventail des techniques de cession

158. Dès lors que l'entreprise publique revêt la forme sociétaire, c'est « fort logiquement, au moyen des mécanismes de droit des sociétés, épaulés le cas échéant par le droit financier et le droit boursier, que les pouvoirs publics procèdent à son transfert au secteur privé »³¹⁶.

Le problème concret d'une privatisation peut se résumer en cinq questions essentielles : pourquoi vendre ? Quoi vendre ? À qui ? À quel prix ? Comment ?

Les réponses apportées à ces questions sont diverses, parce que les besoins auxquels répondent les privatisations ne sont jamais les mêmes. Ainsi, en fonction des objectifs poursuivis et des entreprises concernées, le choix de l'opération évolue de manière sensible³¹⁷.

³¹⁴ W. ANDREFF, « Les contraintes systémiques et les contraintes externes des privatisations », *RIDE*, 1992, p. 295.

³¹⁵ P.-H. DEMBINSKI, *La privatisation en Europe de l'Est*, PUF, Paris, 1995, p. 87.

³¹⁶ N. THIRION, *op. cit.*, p. 500.

³¹⁷ P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, Bruxelles, éd. De Boeck Université, Bruxelles, 1995, p. 31 et s.

Avant chaque mise en œuvre d'un programme de privatisation, l'impact économique des différentes options devra être analysé pour déterminer les instruments juridiques adéquats. Le choix de l'objectif poursuivi a des conséquences considérables non seulement sur la structuration des instruments et sur les modalités juridiques, mais également sur les mesures à prendre préalablement à la privatisation. En effet, afin de parvenir aux meilleurs niveaux d'efficacité économique, il sera souvent nécessaire d'engager des réformes préalables à la privatisation, comprenant, par exemple, l'éclatement d'une entreprise publique pour favoriser la concurrence ainsi que l'élimination des monopoles.

159. Les questions juridiques et économiques sont rigoureusement liées en matière de privatisation. Ainsi, la structure du marché sur lequel l'opération de privatisation doit avoir lieu peut être déterminante. Les variables juridiques peuvent prédominer dans les hypothèses de monopoles légaux, puisque dans ce cas c'est la loi qui interdit à quiconque, excepté le titulaire du monopole, d'exercer les activités économiques visées.

De plus, les caractéristiques propres au secteur d'activité de l'entreprise à privatiser peuvent également influer sur les modalités du programme de privatisation comme dans le secteur des télécommunications, qui était dominé à travers le monde par des monopoles nationaux ou régionaux. Ainsi, dans la majorité des pays, il n'y avait pas d'investisseurs nationaux ayant l'expérience sectorielle requise. C'est pourquoi beaucoup de pays ont recherché un investisseur stratégique ayant l'expérience nécessaire : des sociétés étrangères. De plus, dans les activités de services, telles que l'informatique, les professions dites libérales, les médias et certains métiers de réparation et d'entretiens l'opération de privatisation ne pourra être menée à bien sans l'aide des employés, principal actif de l'entreprise à privatiser. Ce ne sont là que des exemples qui montrent la manière dont le secteur d'activité de l'entreprise publique à privatiser influe sur les techniques de privatisation.

Enfin, les caractéristiques de l'entreprise à privatiser sont également susceptibles de déterminer, jusqu'à un certain point, les mesures qu'il convient d'adopter pour préparer et exécuter la privatisation de cette entreprise. Ces caractéristiques sont diverses et variées : la qualité du titre de propriété de l'État, la situation des finances de l'entreprise, les obligations en matière d'environnement ou d'emplois, le statut ou la forme juridique de l'entreprise ainsi que sa taille.

160. Le choix entre les différents types d'opérations en cause est fonction de l'objectif essentiel déterminé par les pouvoirs publics pour la mise en place du programme de privatisation³¹⁸. Si l'objectif poursuivi est d'augmenter les recettes ou de réduire les dépenses, il sera plus judicieux de céder les titres ou les droits sociaux existants. Une telle opération favorise une entrée d'argent dans les caisses des collectivités publiques, ou du moins, évite de participer de manière aussi massive qu'auparavant aux besoins en financement d'organismes publics économiques. En effet, la responsabilité de la bonne marche de l'entreprise est alors partagée avec des associés privés. Si l'objectif poursuivi est d'assurer le financement de l'entreprise publique à un moment où les pouvoirs publics ne sont plus en mesure de doter correctement leur besoin, alors une augmentation de capital en contrepartie d'apports en numéraire, accompagnée de la renonciation des actionnaires publics à leur droit préférentiel de souscription est recommandée. La finalité poursuivie consiste ici à assurer un financement supplémentaire de l'entreprise publique. Enfin, si l'objectif recherché réside dans la restructuration du secteur économique en cause, en d'autres termes si l'objectif est d'une nature de politique industrielle, alors la cession des droits sociaux au profit du secteur privé peut se réaliser par la voie d'une augmentation de capital par apport en nature. Ainsi, la contrepartie offerte par l'actionnaire privé est susceptible de favoriser un rapprochement de l'entreprise publique dont le capital est augmenté de la sorte avec l'entreprise du nouveau partenaire, voire même permettre une réorganisation du secteur économique auquel appartient l'entreprise publique³¹⁹.

161. Le recours à la technique de transmission de tout ou partie du patrimoine de l'entreprise privatisable est souvent utilisé lorsque l'objectif recherché est la restructuration de l'entreprise à privatiser ou du secteur économique dans lequel elle évolue. Les techniques les plus usuelles en la matière sont la fusion, la scission, la dissolution, la liquidation et le transfert de portefeuille d'assurances pour les seules compagnies d'assurances.

162. Lorsque la société à privatiser requiert la forme de société anonyme, le transfert de propriété s'opère par le recours aux techniques classiques du droit des sociétés et du droit boursier. L'opération de privatisation est assimilée au transfert au secteur privé « des

³¹⁸ N. THIRION, *op. cit.*, p. 503.

³¹⁹ Ce fut le cas en France, pour l'augmentation du capital de Thomson-CSF qui a permis l'entrée, d'Alcatel et de Dassault-Industries ou pour celle réalisée par Aérospatiale au profit de Matra Hautes Technologies.

participations majoritaires » de l'État qu'il détient lui-même dans le capital des sociétés à privatiser, soit directement soit indirectement, par l'intermédiaire d'autres entreprises publiques³²⁰.

Les modalités de transfert de la propriété des entreprises publiques sont multiples ; elles traduisent la diversité des situations concrètes, ainsi que les objectifs poursuivis par les pays dans le cadre du programme de privatisation. Dans les pays de l'Est³²¹, la diversité des techniques de privatisation apparaît clairement dans leurs programmes de privatisation. Dans les pays en développement, souvent, faute de marchés boursiers, l'expérience a révélé une multiplicité des techniques de transfert, mais avec une préférence pour les techniques de cession directe aux tiers et aux salariés.

163. En France, le législateur a donné en 1986 la liste des différents mécanismes de transfert d'entreprises publiques au secteur privé. L'article 1^{er} de la loi de 1986 énumère tout d'abord les techniques de transmission des droits sociaux pouvant aboutir à la privatisation de l'entreprise publique : la cession pure et simple de titres ; la renonciation à un droit préférentiel de souscription dans le cadre d'une augmentation de capital ; l'échange contre des actions de titres participatifs, certificats d'investissements ou certificats pétroliers ; l'émission de titres ou de valeurs mobilières donnant un droit sur le capital. En revanche, la loi exclut la cession ou l'émission de titres assortis d'options d'acquisition ou de souscription comme technique pouvant aboutir à un transfert au secteur privé de la majorité du capital de l'entreprise par l'exercice de ces options de souscription ou d'acquisition.

Il arrive que l'entreprise publique, dont la privatisation est prévue, soit confrontée à des difficultés financières et économiques. Si les pouvoirs publics escomptent obtenir une contrepartie assez conséquente, ils leur incombent alors de mettre en place des mécanismes de nature à garantir le redressement préalable de l'entreprise à privatiser. En effet, l'article 1^{er} de la loi de 1986 envisage également que la privatisation puisse résulter de techniques de restructuration, telles que les fusions et scissions, la dissolution et la liquidation de l'entreprise, ainsi que la transmission d'actifs susceptibles de faire l'objet d'une exploitation autonome.

³²⁰ L. n° 86-793, 2 juill. 1986, autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social, art. 4, et L. n° 93-923 du 19 juill. 1993, relative aux privatisations, art. 2.I.

³²¹ V. à ce sujet : N.-E. SAIDI, *op. cit.*, p. 270 et s.

164. En vue de permettre aux entreprises publiques d'être plus attrayantes pour les investisseurs, ou de mettre fin au monopole dont elles bénéficient, il est parfois nécessaire de les fragmenter. La décomposition des activités de l'entreprise publique rentre dans plusieurs cas de figure. L'ancienne société continue d'exister, sous forme publique ou privée, mais avec des activités restreintes. Elle peut également être liquidée. Les éléments composant l'actif et le passif de l'ancienne société devront, soit être répartis entre les entreprises ou entités concernées, soit vendus comme tels à des opérateurs privés. Ainsi, le produit de la vente revient tantôt à l'entreprise, tantôt à l'État.

La liquidation de l'entreprise publique est une forme usuelle de restructuration préalable à la privatisation. Selon que l'entreprise publique est constituée en société de droit privé ou en société de droit public, différentes lois doivent s'appliquer. En effet, si la société à privatiser est une société de droit privé, la liquidation relève en principe du droit des sociétés commerciales. En revanche, si la société est constituée sous un statut de droit public, la faillite n'est alors pas possible, et la liquidation éventuelle obéira à d'autres règles.

Paragraphe 2 : La diversification des techniques de privatisation

165. À côté de ces diverses modalités de transfert offertes à l'État pour se désengager, celui-ci a également le choix entre différentes procédures. Il importe de souligner au préalable la préférence exclusive manifestée par les législateurs nationaux pour les techniques du droit des sociétés, appuyées par le droit financier ainsi que par le droit boursier. Les procédures de transfert sont traditionnellement classées en deux grandes catégories³²² : celles qui font appel au marché financier (**A**) et celles qui sont hors marché financier (**B**).

³²² En France, l'article 4 de la loi du 6 août 1986 pose le principe de la cession des titres « suivant les procédures du marché financier », ainsi que la possibilité pour le ministre de l'Économie de choisir des acquéreurs hors marché.

A/ Les procédures du marché financier

166. Parmi l'arsenal des procédures permettant de transférer les titres ou les actifs des entreprises à privatiser, les autorités en charge du transfert ont le choix entre les techniques financières classiques ou les nouvelles techniques boursières inspirées des méthodes anglo-américaines.

167. Les privatisations qui se traduisent par la cession ou l'échange de titres, la vente de droits préférentiels ou la renonciation à de tels droits sont en principe réalisées sur le marché financier. Ces procédures sont prévues dans la législation de tous les pays qui se sont engagés dans des processus de transformation des droits de propriété. De nombreux pays en développement ont eu recours à ces procédures³²³, mais elles restent une solution réservée aux pays possédant un marché financier développé capable de mobiliser des capitaux importants. La France et la Grande-Bretagne sont la référence parmi les pays développés qui ont eu le plus recours aux procédures de cession par le marché financier dans le cadre de leur programme de privatisation.

En appliquant cette méthode, l'égalité entre les investisseurs et la protection des épargnants sont assurées, de même que le développement d'un capitalisme salarié et populaire³²⁴. L'utilisation de la technique de l'offre publique de vente diverge d'un système juridique à l'autre. En effet, elle est très présente là où l'objectif est celui d'instaurer un capitalisme populaire, mais revêt une portée plus modérée lorsque l'étroitesse du marché boursier et les traditions nationales incitent à préserver un système économique axé autour d'importants conglomérats industriels³²⁵. La procédure de l'offre publique de vente peut être utilisée pour deux raisons, soit pour une introduction en bourse, soit pour une cession de titres déjà cotés. Les offres publiques de vente ont été couramment employées comme méthode d'introduction d'une action sur les marchés boursiers, et exceptionnellement, comme méthode de cession d'un bloc de titres importants³²⁶.

³²³ Tels que l'Algérie, le Maroc, la Tunisie, l'Égypte.

³²⁴ Cas du Royaume-Uni et de la France, tout ou moins entre 1986 et 1988 et entre 1993 et 1997.

³²⁵ Cas de l'Italie, où le système économique a développé une tradition favorable au capitalisme familial et fermé.

³²⁶ V. à ce sujet, D. CARREAU et J.-Y. MARTIN, « Offres publiques », *Rép. Dalloz, sociétés*, n° 112 et s.

Deux types de procédures sont appliqués : l'offre publique de vente à prix fixe et les techniques de placement auprès d'investisseurs institutionnels.

168. L'offre publique de vente, ouverte aux personnes physiques et aux personnes morales, consiste à proposer à la vente en bourse des actions à un prix fixé et affiché par avance. Techniquement, l'offre publique de vente passe par plusieurs phases³²⁷. L'État doit au préalable tenir informer les investisseurs de son intention de céder des actions en spécifiant les conditions de la vente, à savoir le nombre de titres mis en vente, le prix de vente et la durée de l'offre. Pendant ce délai, les ordres d'achat sont envoyés aux intermédiaires financiers avec centralisation et dépouillement par la chambre syndicale des agents de change.

Deux modes peuvent être choisis pour procéder à la fixation du prix de transfert des titres : l'offre publique à prix fixe et l'offre publique avec enchères³²⁸. Dans la première hypothèse, un prix est fixé par l'autorité compétente et c'est à ce prix que les titres seront cédés sur le marché boursier. Dans la deuxième hypothèse, l'autorité fixe un prix plancher, et c'est aux candidats-acquéreurs qui auront proposé la fourchette de prix la plus élevée par rapport à ce prix plancher que seront, au final, attribués les titres. À première vue, la deuxième technique paraît mieux à même de respecter la préservation des intérêts patrimoniaux de l'État, mais l'expérience britannique montre que le choix de l'une ou de l'autre technique est, sous cet angle, assez indifférent³²⁹. L'offre publique de vente à prix plancher présente un gros inconvénient. En effet, si le prix plancher est fixé trop haut, alors l'opération de transfert risque d'être un échec ; s'il est fixé trop bas pour éviter cet écueil, alors l'intégrité du patrimoine public est en cause. Ce même dilemme est présent dans le cadre plus traditionnel de l'offre publique à prix fixe.

Ainsi, dans la mesure où les indications du marché peuvent être d'un grand secours, il est devenu courant de consulter au préalable les investisseurs ou les catégories d'investisseurs susceptibles d'être parties prenantes à l'offre. Une période de « pré-placement »³³⁰ est mise à profit par les pouvoirs publics, afin de déterminer le prix ou la fourchette de prix auxquels les

³²⁷ A. DINER et J. TRICOU, « Les procédures de privatisation », *Rev. banque*, déc. 1986, p. 1092.

³²⁸ N. THIRION, *op. cit.*, p. 523.

³²⁹ V. au sujet de l'expérience britannique, J.-J. SANTINI, *L'économie britannique. Le choix libéral*, Notes et Études documentaires, La Documentation française, Paris, 1988, p. 119.

³³⁰ V. à ce sujet, F. DION (coord.), *Les Privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, La documentation française, Paris, 1995, p. 70.

titres seront acquis avec le plus de chance de succès³³¹. Le recours à cette technique, bien connue des marchés financiers d'outre-Atlantique sous le terme de *pre-marketing*, permet une sensibilisation du public par le moyen de la diffusion d'une information allongée dans le temps, car débutant plusieurs semaines avant le déclenchement officiel de l'offre publique de vente. L'avantage d'une période de pré-placement est de permettre une meilleure connaissance et un ciblage plus précis du marché, ce qui constitue la clé de succès de la future opération de privatisation. Mais le problème central est de s'assurer que l'information diffusée soit suffisante et honnête, et il importe à toute autorité de contrôle compétente de s'en assurer.

169. Pour les plus grosses opérations de privatisation, l'introduction ou la diffusion des titres peut avoir lieu par l'intermédiaire d'investisseurs institutionnels. Les techniques de placement auprès d'investisseurs institutionnels sont inspirées des techniques de placement sur les marchés internationaux et sont accompagnées, le cas échéant, de techniques incitatives destinées à accroître les chances de succès de l'opération de privatisation envisagée.

Ainsi, le droit français³³² offre la possibilité de consentir un paiement échelonné, sans que les délais de paiement puissent excéder trois ans. Cette pratique est inspirée de la pratique britannique du *partly paid*³³³. La possibilité du paiement échelonné constitue une des innovations majeures de la réforme de 1993³³⁴. Dans la loi de 1986³³⁵, une forme embryonnaire du paiement échelonné était prévue : un règlement en plusieurs paiements était envisagé, ainsi que l'inaccessibilité des actions jusqu'à complet paiement. Elle était réservée aux salariés et aux personnes physiques. Cette procédure a été mise en place pour la privatisation de la Compagnie Financière de Suez en 1987. Avec la réforme de 1993, le paiement échelonné peut-être proposé dans toutes les tranches d'une opération, et les actions

³³¹ D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisations, droit boursier et pratiques des marchés », art. préc., p. 16.
³³² L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités des privatisations, art. 4-1. Pour les modalités d'application du texte, V. D. n° 97-177, 26 févr. 1997 fixant les modalités de mise en œuvre de l'échelonnement de paiement applicable aux actions cédées au cours des opérations de privatisation réalisées selon les procédures du marché financier.

³³³ V. à ce sujet, R. REES, « Théories économiques des privatisations : exemple de la Grande-Bretagne », in *Les privatisations en Europe. Programmes et problèmes*, (dir.), V. WRIGHT, Actes Sud, Paris, 1993, p. 68.

³³⁴ L. n° 93-923, 19 juill. 1993, relative aux privatisations

³³⁵ L. n° 86-793, 2 juill. 1986, autorisant le Gouvernement à prendre diverses mesures d'ordre économique et social.

sont librement cessibles, une procédure de vente forcée est mise en place en cas de défaut de règlement lors des différentes échéances³³⁶.

De plus, l'introduction ou la diffusion de titres peut recouvrir la forme d'un placement garanti, organisé en parallèle avec l'offre publique de vente³³⁷. Cette technique autorise au syndicat de banques, garantissant la bonne fin de l'émission auprès du cédant ou de l'émetteur, de créer des tranches individualisées auprès de certaines catégories d'investisseurs institutionnels répartis sur une base régionale. Le prix offert à ces investisseurs institutionnels devra au moins être égal à celui de l'offre publique de vente, ce qui permet une garantie certaine pour les petits épargnants. Cette technique a été utilisée lors des privatisations de la BNP, de Rhône-Poulenc et d'Elf Aquitaine.

170. En France, aux termes des lois de 1986 et 1993, le législateur laisse au gouvernement la faculté de choisir les techniques de placement auprès du public et des investisseurs institutionnels des titres des sociétés en cours de privatisation. En vertu de l'article 4 alinéa 1^{er} de la loi de 1986 modifiée en 1993, « les cessions ou échanges de titres, les ventes de droits préférentiels ou les renonciations à de tels droits sont réalisés suivant les procédures du marché financier ». Deux autres textes font référence aux procédures du marché financier : l'article 13 de la loi de 1986 modifiée, qui concerne les « offres destinées aux personnes physiques », et l'article 10-1 de la même loi qui limite à 20 % le montant total des titres cédés à des personnes physiques ou morales étrangères. Ainsi, le ministre chargé des privatisations peut utiliser toutes les méthodes de placement offertes par le marché financier. Il peut même associer des procédures du marché boursier avec celles réalisables hors marché.

L'option pour la procédure de cession par le marché boursier fut l'une des raisons principales du succès de la première vague de privatisations françaises³³⁸. En effet, cette procédure répond au mieux à l'objectif du gouvernement d'égalité entre les donneurs d'ordre, de transparence et de diffusion des actions dans le public. Par ailleurs, c'est la seule procédure qui permet de respecter les exigences imposées par la loi du 6 août 1986 concernant la fixation du prix de cession et la priorité à accorder à certaines catégories de personnes.

³³⁶ M-C. DE NAYER, « Les privatisations », *Bull. Joly Bourse*, nov. 1993, n°6, p. 707.

³³⁷ D. CARREAU et R. TREUHOLD, art. préc.

³³⁸ L. CARTELIER, « L'expérience française de privatisation : bilan et enseignement », *RIDE*, 1992, p. 378.

La Grande-Bretagne a préféré retenir, pour les premières privatisations, l'offre publique de vente à prix plancher. Mais, à la suite de nombreux échecs, cette procédure a été abandonnée au profit de l'offre publique à prix fixe qui a donné des résultats satisfaisants. Ainsi, sur les cinq privatisations par adjudication à prix plancher, trois³³⁹ d'entre elles ont conduit à un insuccès, notamment par manque d'acquéreurs³⁴⁰.

171. De nouvelles techniques de privatisation sont apparues, inspirées des méthodes anglo-américaines³⁴¹. Si certains de ces usages professionnels³⁴² exigent des modifications du cadre législatif ou réglementaire français³⁴³, d'autres peuvent très bien s'insérer dans le cadre du droit existant.

La technique de la « construction du livre d'ordre »³⁴⁴ permet de mieux prendre la mesure du marché tout en favorisant la commercialisation des titres. Cette méthode est uniquement réservée aux investisseurs institutionnels et souvent associés à une période de pré-placement. Concrètement, pendant la période précédant les lancements officiels de l'offre, les institutionnels intéressés peuvent exprimer leur intention d'acquérir ultérieurement la valeur mobilière concernée en déterminant la quantité et le prix. En d'autres termes, ces intentions d'achat constituent la demande des institutionnels en réponse à l'offre de vente qui leur est faite. Les demandes sont centralisées au sein de chaque groupe régional par le chef de file désigné, qui ont construit « un livre d'ordres » au nom d'acheteurs potentiels. Au vu des informations inscrites dans le « livre d'ordre », le prix de vente sera plus facilement déterminé en confrontant l'offre et la demande. Cette technique présente des avantages pour le cédant des titres, elle lui permet d'avoir une connaissance assez précise de l'état du marché et autorise de la sorte une meilleure fixation du prix du titre offert à la vente.

³³⁹ Il s'agit de *Britoil* en 1992, *Calbe and Wireless* en 1983 et *Entreprise Oil* en 1984.

³⁴⁰ L. CARTELIER, « L'expérience française de privatisation : Bilan et enseignement », art. préc., p. 382.

³⁴¹ Z. SEKFALI, « Le droit français des privatisations : l'heure anglo-saxonne », *Banque et droit*, mars-avr., 1994, p. 3 et s.

³⁴² Par ex : l'institution de tranches séparées et individualisées lors des mises en vente de titres par voie d'offres publiques et la procédure du pré-placement.

³⁴³ V. à ce sujet, D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisation, droit boursier et pratiques des marchés », art. préc., p. 10 et s.

³⁴⁴ *Book-building*.

172. Les clauses de variabilité du montant des actions offertes concernent la quantité des titres offerte, soit pour l'augmenter³⁴⁵, soit pour la diminuer³⁴⁶. Les clauses de rallonge et de reprise paraissent contradictoires, mais en réalité elles sont complémentaires. En effet, dans l'hypothèse où un nombre de titres est retiré au détriment d'un certain groupe d'investisseurs pour être réattribué à un autre groupe préférentiel, les premiers pourront bénéficier d'une rallonge sous forme d'options d'achat supplémentaires.

La clause de reprise est une clause contractuelle qui trouve son origine dans les précédents britanniques en matière de privatisation. Les grosses opérations de privatisations combinent en général une offre publique de vente, sur le marché national, et des placements privés, sur le marché international sous la responsabilité d'un syndicat bancaire. Or, l'objectif principal d'une privatisation est de promouvoir l'actionnariat populaire en essayant de vendre le maximum de titres aux nationaux. En cas de succès de l'offre publique de vente, c'est-à-dire de surabonnement, l'État vendeur conserve le droit de diminuer le volume des titres initialement affectés pour le placement international afin de les réaffecter à l'offre publique de vente interne, pour mieux servir les petits souscripteurs. En d'autres termes, la clause de reprise réduit le nombre de titres offerts sur le marché international pour l'augmenter d'autant au profit de l'offre publique de vente.

La clause de rallonge permet au vendeur de reconnaître au chef de file du syndicat de placement une option d'achat pour un nombre supplémentaire de titres³⁴⁷ pendant une période déterminée³⁴⁸ pour répondre aux sur-allocations effectuées par le syndicat de placement. L'option d'achat sur un volume supplémentaire de titres sera exercée seulement si le cours de l'action sur le marché dépasse le prix initial de la cession. En effet, en cas de baisse du cours de l'action, le chef de file préférera acheter les titres à un meilleur prix sur le marché pour satisfaire le besoin de rallonge du syndicat bancaire.

173. En France, lors des privatisations de 1994, le gouvernement a manifesté son intérêt pour ces nouvelles pratiques boursières³⁴⁹ issues pour l'essentiel des États-Unis. En effet, la loi du 19 juillet 1993, modifiant et complétant les lois de 1986, a enrichi la procédure de

³⁴⁵ « Clause de rallonge », ou *Greenshoe*. Le nom de *Greenshoe* est dû à celui de la première société américaine qui eut recours à cette méthode.

³⁴⁶ « Clause de reprise » ou *claw back*.

³⁴⁷ En général 10 à 15 %.

³⁴⁸ En général pendant 30 jours suivant la date d'allocation.

³⁴⁹ D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisation, droit boursier et pratiques des marchés », art. préc., p. 1.

l'offre publique de vente par des innovations techniques consacrées par la pratique des placements internationaux³⁵⁰.

La méthode de « construction du livre d'ordre » a été utilisée pour la première fois en France à l'occasion de la privatisation de Rhône-Poulenc et d'Elf-Aquitaine. Cette technique de placement des titres sera réutilisée dans les autres privatisations et s'étendra au-delà des cas d'offre publique de vente sur des volumes de titres importants.

Par ailleurs, lors des privatisations de BNP et de Rhône-Poulenc, le gouvernement français a mis en place une clause de reprise, combinée avec la technique du placement global garanti, qui met les investisseurs institutionnels sur un pied d'égalité en cas d'exercice par le cédant de son droit de reprise. Ainsi, par le jeu de ces clauses, les institutionnels français et étranger ont été traités d'une manière égale et leurs demandes de titres ont été, si besoin était, réduits en conséquence.

Concernant la clause de rallonge, celle-ci se généralise sur les marchés financiers internationaux et connaît désormais un complet droit de cité en France. Elle fut utilisée pour la première fois lors de la privatisation d'Elf-Aquitaine : le vendeur devait consentir aux « banques garantes du placement global garanti » une option d'achat permettant l'acquisition d'un montant additionnel de 10 % des actions offertes à cette catégorie d'investisseurs³⁵¹.

174. Le recours aux offres publiques de vente afin de stimuler l'actionnariat salarié et l'actionnariat populaire constitue la pierre angulaire en matière de privatisation. Cependant, si ces opérations ont, d'une manière générale, obtenu un grand succès, elles ne paraissent pas avoir atteint les objectifs poursuivis. En effet, un grand nombre de salariés et de personnes physiques ont préféré revendre leurs participations, de telle sorte que l'actionnariat populaire y a perdu de sa vigueur. Par ailleurs, les personnes physiques ayant gardé leur participation appartiennent pour la plupart à des catégories socioprofessionnelles élevées³⁵². En résumé, de « populaire », l'actionnariat des sociétés privatisées risque, en fin de compte, de n'avoir que le nom³⁵³. De plus, il est fréquent que plusieurs techniques soient combinées lors d'opérations de privatisation. La coexistence entre une ou plusieurs offres publiques de vente sur les marchés

³⁵⁰ V.-M. FLEURIER, « Le placement des actions à l'occasion des opérations de privatisation », *DPCI*, 1993, tome 19, p 546 et s.

³⁵¹ D. CARREAU et R. TREUHOLD, *art. préc.*

³⁵² F. CHASSAGNE, « Actionnariat individuel et sociétés privatisées », *Banque*, oct. 1994, p. 30 et s.

³⁵³ N. THIRION, *op. cit.*, p. 534.

français et étrangers, et des placements privés réservés aux investisseurs institutionnels ou la présence de clauses de variabilité dans le volume des titres offerts sont des éléments qui caractérisent une « opération complexe ». Les privatisations de BNP, de Rhône-Poulenc et d'Elf Aquitaine sont des illustrations en termes boursiers des opérations complexes.

B/ Les procédures hors marché financier

175. Corrélativement au recours aux procédures du marché financier, les autorités publiques peuvent procéder directement à la désignation des futurs acquéreurs de tout ou d'une partie de l'entreprise publique après les avoir préalablement sélectionnés.

Les opérations de cession peuvent être de deux natures : soit il s'agit d'un transfert total ou partiel du secteur public au secteur privé, soit il s'agit d'une cession d'une participation minoritaire. Parmi les procédures de transfert hors marché financier, les pays en développement utilisent le plus souvent, tant pour le transfert des actions des entreprises à privatiser que pour celui de leurs actifs, l'appel d'offres et le gré à gré.

176. La procédure de l'appel d'offres, qui fait appel à la concurrence, est une procédure classique, simple, souple, transparente et équitable pour les bénéficiaires. Les critères de choix des futurs acquéreurs ne reposent pas uniquement sur le prix, d'autres critères peuvent être retenus en fonction des objectifs assignés au programme de privatisation, tels que l'expérience et la crédibilité des futurs acquéreurs ainsi que les garanties offertes.

Sous le régime de la loi du 6 août de 1986, les opérations de transfert réalisées hors marché financier bénéficiaient d'un régime spécifique en France. L'adoption de la loi du 19 juillet 1993 a exigé l'élaboration d'un nouveau décret pour les privatisations qui intervenaient hors marché. En effet, d'après l'article 4, alinéa 2, de la loi de 1986 modifiée, « ... le ministre chargé de l'Économie peut décider de faire appel à des acquéreurs hors marché. Le choix du ou des acquéreurs et les conditions de cession sont arrêtés par le ministre de l'Économie sur avis conforme de la commission de la Privatisation³⁵⁴. Un décret en Conseil d'État fixe notamment les règles de publicité auxquelles sont subordonnées ces décisions et les cas dans

³⁵⁴ Devenue Commission des participations et des transferts.

lesquels il est recouru à un appel d'offres ». Ainsi, le régime juridique des opérations de gré à gré est régi par le décret du 3 septembre 1993³⁵⁵.

177. Lorsque la privatisation s'opère par des techniques de restructuration³⁵⁶, la cession de gré à gré est inévitable. En France, la loi du 6 août 1986 a permis de recourir à cette méthode dans le cas d'une privatisation par cession de titres³⁵⁷. L'alinéa 2 de l'article 4 précité de la loi du 6 août 1986 énonce que « si la cession de titres s'opère en principe selon les procédures du marché, le ministre de l'Économie peut toutefois décider de faire appel à des procédures hors marché ». Lorsque le ministre décide de recourir à une procédure hors marché financier, le décret de 1993 prévoit que le transfert de la majorité du capital d'une entreprise publique ne peut être réalisé que selon deux modalités : soit dans le cadre de la conclusion d'un accord de coopération industrielle, commerciale ou financière, mais pour les seules entreprises relevant du secteur de la défense ou de l'énergie, soit par mise en œuvre d'une procédure de publicité destinée à susciter le dépôt d'offres concurrentes³⁵⁸.

Malgré les avantages qu'elle procure, la procédure de gré à gré est délicate à gérer, comme l'ont montré les privatisations de Thomson, CIC ou de la SFP, en raison d'une moindre transparence en comparaison de la vente directe sur le marché. En effet, quand l'entreprise publique à privatiser est en bonne santé financière ou qu'elle possède des actifs ou des technologies de valeur, l'opportunité du choix du repreneur est souvent mise en cause : le gouvernement sera accusé de favoritisme. En revanche, lorsque l'entreprise connaît de graves difficultés financières, le faible nombre d'acquéreurs potentiels ne permet pas de faire jouer la concurrence. Il arrive que les futurs acheteurs exigent une garantie de passif qui permet ainsi de faire baisser le prix d'achat si un imprévu est découvert postérieurement à la cession. Mais ce type de garantie n'a jamais été acceptée par la Commission des participations et des

³⁵⁵ D. n° 93-1041, 3 sept. 1993.

³⁵⁶ V. à ce sujet, M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 25^{ème} éd., Litec, Paris, 2012, p. 597 et s.; O. BARRET, « À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *Mélanges J. Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 109 ; M. CHADEFAUX, *Les fusions de sociétés, Régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe La revue fiduciaire, Paris, 2008 ; J.-J. CAUSSAIN, « Fusions transfrontalières », *JCP E*, 1999, p. 898 ; A. GUENGUANT, « Aménagement du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions », *JCP E*, 2008, p.1997.

³⁵⁷ C'est en usant de cette technique que furent privatisées notamment le Gan en 1998 et le Crédit Lyonnais en 1999.

³⁵⁸ D. n° 93-1041, préc., art. 1^{er}.

transferts, ce qui semble-t-il, a contribué à faire échoué la cession de gré à gré de la banque Hervet et du Crédit Lyonnais³⁵⁹.

178. En France, depuis la première vague de privatisation, la grande majorité des opérations a eu recours à la cession d'actions. La volonté de désengagement rapide, l'objectif de promouvoir un actionnariat populaire et la bonne santé financière des entreprises ont poussé le gouvernement à céder en bloc l'essentiel des titres sur le marché. La procédure de gré à gré a été utilisée seulement pour permettre la constitution de groupes d'actionnaires stables. Mais, à partir de 1996, le programme de privatisation a davantage concerné des entreprises en difficultés, c'est pourquoi le gouvernement a préféré utiliser les procédures négociées³⁶⁰. D'une manière générale, il est évident que l'État a choisi une privatisation progressive, mixant les différentes techniques de cession dont il dispose, au détriment d'une privatisation rapide.

Plus souple et plus discrète que les offres publiques de vente, les cessions de gré à gré permettent à l'État cédant de faire intervenir des critères autres que financiers dans le programme de privatisation. En effet la procédure de gré à gré est utilisée dans les cas d'entreprises publiques en situation financière difficile ou dans une perspective de politique industrielle impliquant le rapprochement avec d'autres entreprises du même secteur. La situation économique et financière des entreprises publiques trop dégradée ou insuffisamment assainie empêche un placement sur le marché financier ; il est donc primordial de trouver des repreneurs, voire d'ouvrir le capital de l'entreprise à un ensemble de partenaires capables de restaurer la rentabilité de l'entreprise.

179. La cession négociée d'une partie des titres favorise la constitution de groupes d'actionnaires stables. En revanche, celle de la totalité des titres entraîne l'exclusion du public de l'opération, ce qui permet de s'assurer de la capacité technique et financière des repreneurs lorsqu'il s'agit d'une entreprise de petite taille ou en difficulté. Par ailleurs, elle peut se montrer plus adéquate que les procédures du marché financier dans la mesure où elle offre

³⁵⁹ X. DENIS-JUDICIS et J.-P. PETIT, *Les privatisations*, Montchrestien, Paris, 1998, p. 60.

³⁶⁰ V. sur ce point : S. ALBERT et C. BUISSON, *Entreprises publiques. Le rôle de l'État actionnaire*, La documentation française, 2002, p. 71.

une meilleure valorisation des entreprises de petite taille³⁶¹. Le gré à gré est utilisé en vue de stabiliser les entreprises privatisées en les dotant d'un actionnariat stable. Les risques d'un émission excessif de l'actionnariat des entreprises publiques à privatiser par l'intermédiaire des offres publiques de vente ont ainsi conduit le législateur français à mettre en place une technique qui réserve une partie du capital à des investisseurs stables, appelés « noyaux durs »³⁶².

180. La sélection des acquéreurs des sociétés à privatiser est un sujet délicat en raison des problèmes qu'il peut susciter notamment dans des pays où la corruption, le népotisme et les discriminations sont exercés. Par ailleurs, d'autres aspects de la sélection des futurs acquéreurs sont étroitement liés au choix de la technique de privatisation. En effet, un mécanisme de sélection transparent, non discriminatoire et concurrentiel doit conduire à un prix de vente qui corresponde à la valeur marchande de l'entreprise.

La loi de privatisation doit être affranchie de toutes restrictions superflues. Les restrictions concernant la nationalité ou d'autres caractéristiques de l'acheteur peuvent être détournées, par exemple par l'utilisation de prête-noms. De plus, les restrictions relatives à la revente des actions des sociétés privatisées sont difficiles à faire respecter. Cependant, les intérêts nationaux ainsi que les objectifs gouvernementaux se manifestent dans certaines lois de privatisation sous la forme de mesures de protection contre la prise de contrôle étrangère d'entreprises nouvellement privatisées.

Il n'est pas rare de trouver dans les lois de privatisation des mesures qui limitent la participation d'étrangers dans les procédures d'appel d'offres. Ainsi, l'article 10 de la loi française du 6 août 1986³⁶³ interdisait que le montant total des titres cédés directement ou indirectement par l'État à des personnes étrangères excède 20 % du capital de l'entreprise. Cette disposition a été modifiée par l'article 8 de la loi de 1993³⁶⁴ qui énonce que ce plafond ne s'applique pas aux investissements communautaires.

³⁶¹ S. ALBERT et C. BUISSON, *op. cit.*, p. 86.

³⁶² V. *infra* n° 233 et s.

³⁶³ L. n° 86-912, 6 août 1986 relative aux modalités des privatisations.

³⁶⁴ L. n° 93-923, 19 juill. 1993, relative aux privatisations.

L'inconvénient de ces mesures est qu'en limitant le nombre d'acheteurs éligibles et en excluant les acquéreurs potentiels ayant le plus de moyens, elles réduisent les chances de conclure la vente dans de bonnes conditions. Or, cette démarche peut paraître paradoxale dans le cas de pays pauvres ou fortement endettés, d'autant plus que ces pays se plaignent en général de la difficulté d'attirer des capitaux étrangers et adoptent des codes d'investissement souvent généreux en vue d'attirer ces mêmes investisseurs.

181. La technique de l'action spécifique peut être utilisée par l'État afin de se donner les moyens de contrôler les cessions futures de blocs d'actions de sociétés stratégiques, en vue d'éviter que d'éventuels changements de l'actionnariat ne fassent passer l'entreprise sous contrôle étranger³⁶⁵. Le recours à l'action spécifique peut être dans quelques cas nécessaire, mais elle ne constitue pas un élément essentiel des lois de privatisation. Bien au contraire, elle peut empêcher certains types de prises de contrôle³⁶⁶, réduire les incitations à la bonne gestion et nuire aux résultats des entreprises privatisées.

182. Certains pays ont favorisé la reprise des entreprises publiques par leurs salariés dans le cadre de leur programme de privatisation. D'ailleurs, l'attribution d'avantages aux salariés des entreprises privatisées est prescrite par de nombreuses lois de privatisation qui réservent une partie des actions pour les salariés et/ou leur accordent des rabais importants sur le prix de l'action³⁶⁷. De plus, des remises, des rabais, des distributions d'actions gratuites ou des modalités de financement à des conditions plus favorables peuvent également être accordés aux petits porteurs, aux porteurs ayant gardé leurs actions pendant une période déterminée³⁶⁸. Ces régimes préférentiels ont des conséquences sur les finances publiques, puisqu'ils entraînent une perte de recettes pour le trésor public c'est pourquoi ils doivent être autorisés par une loi. Ainsi, la loi de privatisation doit en principe fixer les conditions minimales applicables à de tels avantages ou régimes de faveur.

³⁶⁵ Le pourcentage minimum d'actionnariat national requis peut varier d'un cas à l'autre. *British Airways* figure parmi les sociétés de transport aérien privatisées avec action spécifique au profit du gouvernement.

³⁶⁶ Ce qui est leur but le plus fréquent.

³⁶⁷ Exemple : loi de privatisation française du 6 août 1986 qui prévoyait que 10 % des actions mises en vente devaient être réservés aux salariés. Elle autorisait des remises aux salariés allant jusqu'à 20 % du prix de l'action, ainsi qu'un plan de paiement différé étalé sur une durée maximum de trois ans.

³⁶⁸ Actions gratuites distribuées après un ou deux ans en France, trois ans pour les privatisations de sociétés électriques en Grande-Bretagne.

Mais, ce type de dispositions peut constituer un obstacle au bon déroulement du programme de privatisation si les clauses sont mal conçues. En effet, l'octroi d'avantages aux salariés peut soulever des problèmes d'équité (pourquoi les salariés de certaines entreprises uniquement ?), d'efficacité (la participation des salariés au capital et aux bénéfices d'une société contribue-t-elle à une plus grande efficacité ?) et de nécessité (l'octroi d'avantages s'impose-t-il pour gagner l'appui des salariés et assurer ainsi le bon déroulement du programme de privatisation ?)³⁶⁹. C'est pourquoi diverses modalités ont été suggérées pour réduire les risques liés à l'octroi de priviléges aux salariés, notamment l'émission de parts préférentielles dépourvues de droit de vote. Bien que les régimes préférentiels ne constituent pas des éléments essentiels du cadre juridique du programme de privatisation, ce type de dispositions trouve néanmoins sa place dans de nombreuses lois de privatisation, dans la mesure où il correspond effectivement à la politique de nombreux gouvernements. Ce sont avant tout des mesures d'ordre politique dont l'objectif est d'assurer le soutien et la participation des travailleurs et de la population au programme de privatisation.

Section 2 : Les modalités et techniques privilégiées en Tunisie

183. Les pays s'étant engagés dans un programme de privatisation se sont confrontés au problème du choix des techniques juridiques les mieux adaptées. Les solutions retenues furent aussi diverses que l'étaient les systèmes concernés. Aucun pays n'a opté pour une seule technique de réalisation de son programme de privatisation. En effet, dans chaque modèle, on relève la coexistence entre des techniques empruntées au droit boursier et d'autres basées sur la vente de gré à gré (*Paragraphe 1*). À ces techniques, dites classiques, s'ajoutent souvent des procédés dérogatoires, telle l'instauration de l'action spécifique. Ces divers modèles constituaient pour le gouvernement tunisien une source potentielle d'inspiration d'une utilité incontestable. De plus, outre leur richesse née de leur diversité, il s'agissait de modèles expérimentés, dont les résultats étaient connus et analysés. Pourtant, le modèle technique tunisien présente dans ses traits généraux, ainsi que dans ses composantes, des spécificités certaines (*Paragraphe 2*).

³⁶⁹ P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, op. cit., p. 151.

Paragraphe 1 : Les formes de privatisation en Tunisie

184. Les techniques de réalisation du programme de privatisation tunisien ont été instituées au fur et à mesure, certaines ont été posées par le texte initial de la loi du 1^{er} février 1989, les autres furent ajoutées par les lois postérieures et par les circulaires du Premier ministre. Pour la clarté de notre propos, elles ont été classées en deux catégories : les techniques faisant appel aux cessions d'actions (A), et les autres techniques permettant la privatisation des entreprises publiques (B).

A/ Les techniques de cession d'actions

185. La cession d'actions détenues par l'État ou d'autres participants publics dans le capital d'une entreprise a été prévue par la loi du 1^{er} février 1989. L'opération consiste à céder partiellement ou totalement les parts détenus par les pouvoirs publics dans le capital social d'une entreprise publique. Si la cession est totale, cela entraîne le transfert de la propriété du public au privé. Si elle est partielle, elle concerne soit la vente d'une partie des éléments d'actifs de l'entreprise soit une branche d'activité de l'entreprise qui peut intéresser le secteur privé³⁷⁰.

La Bourse semble être le lieu naturel de changement de propriété des sociétés, la cession de l'actif de l'entreprise en matière de privatisation, peut donc se faire soit en empruntant les techniques boursières, mais également en usant des techniques non boursières³⁷¹.

Contrairement à la loi du 2 août 1987³⁷², la loi du 1^{er} février 1989 ne se réfère que de manière indirecte à la bourse comme lieu de réalisation des opérations de cession d'actions. En effet, « la cession ou l'échange d'actions ou de titres détenus par l'État » prévu par la loi n'ont pas été précisés quant à leur technique de réalisation. Cette lacune fut comblée par une circulaire

³⁷⁰ R. GOUIA, « Les modalités de privatisation des entreprises publiques. Objectifs et obstacles : une étude comparative », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 55.

³⁷¹ V. à ce sujet, K BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.), L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 410 et s.

³⁷² Qui a institué une commission de suivi auprès de la bourse, chargée de faciliter la réalisation des opérations de cessions de participations, L. n° 87-47, 2 août 1987, relative à la restructuration des entreprises publiques, art. 9.

du Premier ministre³⁷³ qui précise que « à l'exception du cas de vente au profit des salariés [...] toutes les autres transactions doivent se faire selon l'une des formes suivantes :

- cession au mieux du marché
- cession par offre publique de vente
- cession de gré à gré
- une combinaison de ces trois modalités ».

Bien que la loi soit muette au sujet des techniques de cession, la circulaire ne retient que deux techniques boursières : la cession au mieux du marché et l'offre publique de vente.

186. La cession au mieux du marché n'a pas été définie par les textes en vigueur à la date de la promulgation de la loi du 1^{er} février 1989. En effet, mises à part les règles communes régissant la cession d'actions en général contenues dans la circulaire du Premier ministre, la cession au mieux du marché n'obéit à aucune règle spécifique écrite. En pratique, il s'agit d'une vente par adjudication à la criée avec un prix plancher. Ceux sont des lots d'actions non fractionnables qui sont proposés à la vente³⁷⁴. Concrètement, à la date fixée pour la vente, les enchères publiques sont ouvertes à la bourse à partir du prix minimal annoncé dans l'avis de vente. Ces enchères se développent jusqu'au meilleur offrant, qui acquiert la totalité des titres mis en vente « sans partage » ni « fractionnement »³⁷⁵.

Cette technique de cession, telle qu'utilisée durant les premières années de mise en œuvre du programme de privatisation tunisien, comportait des avantages³⁷⁶. Ainsi, les pouvoirs publics n'avaient pas à fixer un prix de cession sans références boursières. Le prix minimal proposé, appelé à être corrigé par le marché, cache souvent une surévaluation ou au contraire une sous-évaluation³⁷⁷. De plus, cette technique permet d'engendrer rapidement des revenus devant servir à alimenter le programme de privatisation.

Avec la promulgation de la loi du 1^{er} août 1994, la cession au mieux du marché fut supplantée par la vente de bloc d'actions par appel d'offres sur cahier des charges, qui constitue l'une des techniques non boursières pour la réalisation du programme de privatisation³⁷⁸.

³⁷³ Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques.

³⁷⁴ A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 120.

³⁷⁵ R. GOUIA, art. préc., p. 13.

³⁷⁶ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 413.

³⁷⁷ Les actions de Tunisie-bois (98 % du capital) ont été offertes à la vente au mieux du marché au prix minimal de 120 dinars l'action. Après les enchères, le cours adjugé fut de 196 dinars.

³⁷⁸ V. *infra* n° 178.

187. La deuxième technique boursière de cession d’actions connue en Tunisie est l’offre publique de vente. La loi portant réorganisation du marché financier³⁷⁹ a omis de définir l’offre publique de vente³⁸⁰. Elle l’a appréhendée à travers l’offre publique en générale, qui est définie comme étant « l’offre émanant d’une personne physique ou morale, en vue d’acheter, échanger, vendre ou retirer un bloc de titres émis par une société faisant appel public à l’épargne, à des conditions de réalisation et de prix différentes de celles du marché »³⁸¹. En partant de cette définition et au vu du régime qui lui est applicable³⁸², l’offre publique de vente peut se définir comme étant « une procédure boursière (qui) consiste, de la part d’un détenteur de titres d’une société [...] à faire connaître au public, qu’il est disposé à céder tout ou partie de ses titres à un prix déterminé »³⁸³. Ainsi, à la différence de la cession au mieux du marché, l’offre publique de vente s’effectue à un prix déterminé. Cette spécificité constitue le premier avantage de cette technique de cession, puisque la connaissance du prix de vente avant le déroulement de l’offre incite toute personne intéressée à y participer. Les petits porteurs ne craignent pas la surenchère des gros investisseurs, redoutable dans la cession au mieux du marché. Par ailleurs, l’offre publique de vente permet une large diffusion des titres dans le public, ce qui facilite le développement du petit actionnariat ainsi que la dynamisation du marché boursier. De plus, cette technique est un moyen pour les entreprises qui ne sont pas cotées en bourse, d’être admises à la côte³⁸⁴.

La circulaire³⁸⁵ du Premier ministre n’a pas précisé les cas où l’offre publique de vente serait préférée à la cession au mieux du marché, ou inversement. Ainsi, les autorités chargées de la mise en œuvre du programme de privatisation ont une certaine liberté dans ce domaine. Il s’agit d’un choix limité, puisque la préférence de l’une ou de l’autre technique est tributaire de certaines contraintes, parmi lesquelles le régime gouvernant la réalisation de l’opération de privatisation apparaît essentiel.

³⁷⁹ L. n° 94-117, 14 nov. 1994, portant réorganisation du marché financier.

³⁸⁰ Le régime juridique de l’offre publique de vente est prévu par L. n° 89-49, 8 mars 1989, modifiée par L. n° 94-117, 14 nov. 1994 ; par le règlement général de la Bourse du 20 janv. 1990, modifié par celui du 13 févr. 1997.

³⁸¹ L. n° 94-117, 14 nov. 1994, préc., art. 5.

³⁸² Prévu par le règlement général de la bourse, art. 56, 76, 68 et 177 à 185.

³⁸³ P. POCHET, « Réflexions sur le régime juridique des privatisations », *RTD com.*, 1988, p. 389.

³⁸⁴ L’offre publique de vente a été utilisée à ce dessein par la compagnie aérienne Tunis-Air en 1995.

³⁸⁵ Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques.

188. En Tunisie, les techniques de cession d'actions en dehors du marché boursier sont au nombre de deux : l'offre de rachat par les salariés d'une part³⁸⁶, et la vente de bloc d'actions par appel d'offres sur cahier des charges, d'autre part.

Les actions des entreprises publiques éligibles pour le programme de privatisation peuvent être proposées à l'acquisition par leurs salariés et anciens salariés. En vertu de la loi du 1^{er} février 1989³⁸⁷, le Premier ministre, peut sur proposition de la CAREPP, décider qu'un pourcentage des titres offerts à la vente soit réservé à la souscription des salariés et des anciens salariés de l'entreprise. La vente aux salariés n'a pas été dotée d'un régime juridique particulier. Ni la loi du 1^{er} février 1989, ni les diverses circulaires n'énoncent les règles juridiques concernant la cession d'actions au profit des salariés. Ce silence³⁸⁸ laisse entendre une volonté de soumettre la vente au profit des salariés au régime de droit commun. De plus, aucune disposition ne désigne l'autorité ou l'organisme chargé de recueillir et de centraliser les demandes de titres, ni ne fixe les règles de leur attribution, ainsi que les réductions à opérer en cas de souscription.

La rareté des opérations de cession d'actions au profit des salariés et anciens salariés³⁸⁹ ne permet pas de dégager une tendance générale en la matière. L'offre de rachat par les salariés continue de baigner dans le non-droit³⁹⁰, ce qui n'est pas le cas concernant la deuxième technique non boursière de cession d'actions.

189. La technique de cession de blocs d'actions par appel d'offres sur cahier des charges n'a été consacrée que vers la fin de 1994, ce qui constitue une nouveauté en droit tunisien. Lors de la modification de la loi du 1^{er} février 1989 par la loi du 1^{er} août 1994, il fut inséré un article qui énonce qu'il « peut être procédé à la vente de bloc d'actions par appel d'offres sur cahier des charges à une personne physique ou morale ou à un groupe de personnes physiques ou morales »³⁹¹. Bien que faisant appel à la concurrence, puisqu'elle est réalisée par appel d'offres, la technique instituée sort de la catégorie des techniques boursières. En effet, elle est réalisée hors bourse, les opérations qui en découlent étant simplement enregistrées en bourse

³⁸⁶ V. à ce sujet, R. GOUIA, art. préc., p. 59.

³⁸⁷ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations des entreprises publiques, art. 29.

³⁸⁸ Conscients des limites de leur pouvoir d'achat et partant du caractère hypothétique de leur participation en tant qu'acquéreurs des actions, les pouvoirs publics n'ont pas senti le besoin de réglementer les détails de la cession au profit des salariés.

³⁸⁹ Ex : opération SITEX réalisée en 1988 et l'opération Tunis-Air réalisée en 1995.

³⁹⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 427.

³⁹¹ L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, modifiant et complétant L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, précitée, art. 33-4.

sans négociation³⁹². Ce procédé permet la conservation d'un contrôle sur les entreprises privatisées³⁹³, même si le législateur ne parle pas explicitement de cession de contrôle. En effet, il utilise la formule plus générale de « vente de blocs d'actions », sans spécifier la nature de ces blocs³⁹⁴. Mais la technique instituée par la loi de 1994 semble n'avoir été consacrée qu'à ce dessein, sinon on ne comprendrait pas l'exigence du cahier des charges. Ce dernier, avec les obligations qu'il met à la charge de l'acquéreur, n'aurait aucune raison d'être si l'acquéreur du bloc d'actions ne se voyait pas transférer le contrôle de la société. C'est dans ce sens que l'article précité a été compris par les pouvoirs publics et appliqué dans la pratique³⁹⁵.

Par ses effets et les finalités recherchées à travers sa mise en œuvre, la vente de blocs d'actions rappelle la technique française de la cession d'actions hors-marché (gré à gré) en vue de la constitution de groupes d'actionnaires stables. Néanmoins, elle en diffère par certains de ses aspects³⁹⁶ et notamment par son régime³⁹⁷.

La vente de blocs d'actions par appel d'offres sur cahier des charges a surtout été instituée pour supplanter la technique de la cession au mieux du marché. En effet, cette dernière ne convient pas pour les privatisations d'entreprises de taille importante, rentables ou potentiellement rentables, mais plutôt pour les entreprises sans références boursières, connaissant des problèmes divers et dont l'assainissement serait lent et coûteux. C'est pourquoi la technique de la vente de blocs d'actions a été mise en place vers la fin de 1994 : les privatisations des grandes entreprises non déficitaires étaient projetées pour début 1995.

³⁹² L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, préc., art. 33-5.

³⁹³ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 120.

³⁹⁴ Blocs de contrôle ou autre. Le bloc de contrôle étant une quantité de titres conférant à leur acquéreur des droits de vote lui assurant la majorité des voix (plus de 50 %) dans les instances de la société.

³⁹⁵ Notamment dans la cession des actions de la S.O.CO.TU et des quatre cimenteries d'Enfidha, de Jebel Ouest, de Gabés, et de la société des ciments artificiels tunisiens.

³⁹⁶ En France, les acquéreurs choisis hors marché sont tenus de conserver pendant un certain temps tout ou partie des titres acquis. Une telle obligation n'est pas contenue dans la loi tunisienne.

³⁹⁷ V. Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques ; L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, modifiant et complétant L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, préc.

B/ Les autres modes de privatisation

190. Parmi les techniques de réalisation du programme de privatisation des entreprises publiques ou à participations publiques, il existe des techniques de cession d'éléments d'actifs et des techniques qui emportent la transformation de l'entreprise.

À la différence de son homologue français, le législateur tunisien a prévu la cession d'éléments d'actif comme technique de privatisation. Ainsi, est prise en considération l'existence de certaines entreprises publiques dont la cession des participations est impossible ou moins avantageuse que la vente d'éléments d'actif. La loi du 1^{er} février 1989 a défini de manière assez restrictive les actifs dont la cession est programmée dans le cadre du programme de privatisation³⁹⁸. Dans la pratique, la circulaire du Premier ministre³⁹⁹ a élargi le domaine de la loi à d'autres éléments d'actif, en posant deux régimes distincts de cession : la cession d'éléments d'actif susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome, et la cession qui touche les autres éléments d'actif⁴⁰⁰.

191. Les éléments d'actifs visés par la loi de 1989 sont ceux qui sont susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome. C'est la circulaire précitée qui a posé les critères amenant à la qualification d'unité autonome d'exploitation. Aux termes de cette dernière, « est considérée comme élément d'actif susceptible de constituer une unité d'exploitation autonome [...] , tout élément qui répond aux conditions suivantes :

- être lié directement au processus d'exploitation
- être à l'origine, en cas de sa cession, d'une réduction significative de l'activité de l'entreprise (supérieure ou égale à 10 % du niveau d'activité) ».

En d'autres termes, ces éléments d'actifs, biens meubles ou immeubles, doivent être susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome, c'est-à-dire liés au processus d'exploitation et être à l'origine d'une baisse de l'activité de l'entreprise en cas de cession, sans pour autant la paralyser⁴⁰¹.

³⁹⁸ L'article 24 de la loi du 1^{er} février 1989 prévoit « la cession de tout élément d'actif susceptible de constituer une unité d'exploitation autonome dans une entreprise dans laquelle l'Etat une participation directe au capital ».

³⁹⁹ Circ. n° 21, 21 avr. 1990, portant sur la cession d'actions ou d'élément d'actifs et prise de nouvelles participations par les participants ou entreprises publiques.

⁴⁰⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 439.

⁴⁰¹ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 123.

Le choix de la technique de la cession d'éléments d'actif comme technique de privatisation est la seule ou la mieux adaptée au désengagement de l'État de certains types d'entreprises. Elle est habituellement prévue quand la structure financière de l'entreprise à privatiser présente un grand déséquilibre.

Le recours à cette technique est préconisé pour les entreprises publiques ayant la forme d'établissements publics, puisque ne possédant pas de capital divisé en actions, ces entreprises ne peuvent faire l'objet d'une cession par le biais de la vente d'actions⁴⁰². Ensuite, cette technique convient pour les entreprises à structure financière déséquilibrée et dont le redressement requiert des moyens importants. Très endettées et ayant généralement des problèmes de sureffectif, ces entreprises ne peuvent être cédées en l'état. Enfin, la cession d'éléments d'actifs susceptibles de constituer des unités autonomes d'exploitation contribue à privatiser plus facilement des entreprises possédant des activités diverses et/ou ayant des unités d'exploitation ou de production géographiquement dispersées. Par conséquent, leur cession en bloc est difficilement réalisable. Les éventuels acquéreurs, pris individuellement, pourraient n'être intéressés que par une seule activité ou par une région géographique déterminée⁴⁰³.

192. Les éléments d'actifs peuvent être vendus soit par émission d'un appel d'offres⁴⁰⁴ soit en recourant à la technique de la vente aux enchères publiques⁴⁰⁵. Mais leur régime juridique souffre d'une grande faiblesse⁴⁰⁶. En effet, ni la loi ni les circulaires du Premier ministre ne posent des conditions relatives au prix de cession. De plus, le rapport d'évaluation revêtant un aspect hautement confidentiel, il est impossible pour l'opinion publique de savoir si la cession a été réalisée à un prix inférieur, égal ou supérieur à celui de l'évaluation⁴⁰⁷. Même si le rapport d'évaluation était connu, le prix de la cession pourrait bien lui être inférieur. En effet, il n'y a aucune disposition dans les textes régissant les privatisations en Tunisie en général, ni

⁴⁰² À moins de les transformer en société de capitaux, technique à laquelle les pouvoirs publics tunisiens n'ont pas pensé lors de l'élaboration des textes encadrant le régime juridique des privatisations. Jusqu'à ce jour, ils ne l'ont pas également mis en œuvre dans la pratique.

⁴⁰³ La vente par lots distincts, appelées aussi « vente par appartement », est plus judicieuse dans ce cas.

⁴⁰⁴ Dans la pratique, toute opération de cession d'éléments d'actif constituant une unité d'exploitation autonome a été réalisée par appel d'offres sur cahier des charges.

⁴⁰⁵ V. pour le régime juridique, A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 123.

⁴⁰⁶ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 445.

⁴⁰⁷ Le dépouillement des offres est effectué par la commission inter-départementale, remplacée depuis 1993 par le comité technique de la privatisation. Les résultats du dépouillement sont consignés dans un rapport transmis directement à la CAREPP.

dans les textes encadrant la cession d'éléments d'actifs en particulier qui interdit aux pouvoirs publics d'effectuer la cession à un prix inférieur à celui de l'évaluation.

Une fois de plus, il est remarqué chez les pouvoirs publics tunisiens une intention de ne pas se restreindre par le droit afin de garantir une marge de manœuvre leur permettant de faire parfois un effort sur le prix, en contrepartie notamment de l'engagement pris par les acquéreurs de maintenir le maximum d'emplois. « Compréhensible, cette manière de voir les choses n'en est pas moins dangereuse car c'est de l'absence de contrôle que les abus se nourrissent »⁴⁰⁸.

193. Parmi les techniques de privatisation, la loi du 1^{er} février 1989 n'a prévu que la cession des éléments d'actifs susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome. Ainsi, les autres éléments d'actif ne remplissant pas cette condition ne rentrent pas dans le champ d'application de la loi. Le régime de leur cession doit donc être soumis au régime applicable aux biens de leur propriétaire. En fonction du niveau de la participation publique, ce dernier est soit une entreprise publique, soit une entreprise à participations publiques. Ainsi, la cession des éléments de son actif, dans un cas comme dans l'autre, est soumise au droit des sociétés, auquel renvoie la loi du 1^{er} février 1989 modifiée⁴⁰⁹.

Le silence de la loi à l'égard des éléments d'actifs ordinaires ou simples⁴¹⁰ a fait l'objet d'interprétation par le Premier ministre⁴¹¹. En principe, leur cession est assujettie aux procédures prévues par la circulaire du 21 juin 1989 : la cession des éléments d'actifs ordinaires doit avoir lieu soit par appel d'offres soit aux enchères publiques⁴¹².

Toutefois, sur certains points, la circulaire introduit un régime simplifié en distinguant deux situations⁴¹³. Si le bien objet de la cession a une valeur d'acquisition inférieure ou égale à cent mille dinars⁴¹⁴, seul l'avis du conseil d'administration est requis, dans le cas contraire l'avis⁴¹⁵ de la tutelle est requis. Ni le Premier ministre, ni la CAREPP n'interviennent dans ces deux

⁴⁰⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 449.

⁴⁰⁹ Régissant les participations, entreprises et établissements publics. Sauf dérogation prévue par cette même loi, les entreprises publiques sont soumises au droit commercial.

⁴¹⁰ C'est-à-dire autres que ceux pouvant constituer une unité d'exploitation autonome.

⁴¹¹ Circ. n° 21, 21 avr. 1990, portant cession d'actions ou d'éléments d'actifs et prise de nouvelles participations par les participants ou entreprises publiques.

⁴¹² Circ. n° 33, 21 juin 1989, portant gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques.

⁴¹³ V. à ce sujet, K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 450 et s.

⁴¹⁴ Cinquante mille euros.

⁴¹⁵ La circulaire ne contient aucune précision relative à la nature des avis requis (simples ou conformes ?). Lorsque le texte ne précise pas la nature de l'avis, celui-ci est réputé être simple.

cas. Leur éviction est justifiée dans la mesure où la cession ne comporte pas de conséquences graves au plan économique et social justifiant un contrôle de leur part.

194. La loi du 1^{er} février 1989 prévoit la privatisation par fusion, absorption ou scission d'entreprises dans lesquelles l'État détient une participation directe au capita⁴¹⁶. En réalité, il s'agit de deux techniques de cession et non de trois : d'un côté la fusion, et de l'autre la scission. L'absorption n'est qu'une variété de la fusion⁴¹⁷. Malgré leur qualification de techniques de privatisation, la loi de 1989 n'a pas prévu de régime juridique encadrant la fusion et la scission. Ce silence laisse penser que le législateur avait implicitement l'intention les soumettre au droit des sociétés⁴¹⁸, droit commun en la matière. Or, le droit des sociétés tunisiens ignorait presque totalement ces deux techniques jusqu'aux années 2000. Malgré ce vide juridique, d'autres textes, antérieurs ou postérieurs à la loi de 1989, évoquent les notions de fusion, d'absorption ou de scission d'entreprises, mais sans jamais les définir ni poser leur régime juridique⁴¹⁹.

195. Après treize années de vide juridique, les pouvoirs publics tunisiens ont finalement senti le besoin de réglementer la fusion et la scission d'entreprises avec la promulgation du nouveau code des sociétés commerciales⁴²⁰.

Permettant aux entreprises de surmonter certaines difficultés imposées par le marché ou d'atteindre les objectifs visés, la technique de la fusion occupe une place de choix dans le nouveau code. Sa définition est semblable à celle posée par le droit français qui énonce qu' « une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent »⁴²¹. L'article 411 du code tunisiens des sociétés commerciales définit la fusion comme étant « la réunion de deux ou plusieurs sociétés pour former une seule société. La fusion peut résulter soit de l'absorption

⁴¹⁶ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations des entreprises publiques, art. 24.

⁴¹⁷ V. à ce sujet, K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 454 et s.

⁴¹⁸ Tel que prévu à titre principal par le code de commerce et accessoirement par le code des obligations et des contrats.

⁴¹⁹ Par ex., L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, modifiant et complétant la loi n° 89-9 du 1^{er} février 1989 relative aux participations et entreprises publiques.

⁴²⁰ Promulgué par L. n° 2000-93, 3 nov. 2000. Un livre V y est intitulé « de la fusion, scission, transformation et regroupement d'entreprises ».

⁴²¹ L. n° 66-537, 24 juill. 1966, relative aux sociétés commerciales ; complétée par le décret du 23 mars 1967 et modifiée par L. n° 88-17, 5 janv. 1988.

par une ou plusieurs sociétés des autres sociétés, soit de la création d'une société nouvelle à partir de celle-ci »⁴²².

Dans la fusion, deux ou plusieurs sociétés deviennent une nouvelle société⁴²³. La fusion peut avoir lieu entre des sociétés ayant la même forme ou des formes différentes, mais ne peut aboutir toutefois qu'à la constitution d'une société anonyme, d'une société à responsabilité limitée ou d'une société en commandite par actions⁴²⁴. De plus, lorsqu'elle englobe des sociétés étrangères, elle doit déboucher sur la détention de la majorité du capital par des personnes physiques ou morales tunisiennes. Cette disposition participe du souci de prémunir les entreprises tunisiennes contre les prises de contrôle étrangères. Elle est un solide garde-fou contre *l'imperium* des multinationales mais, en même temps, un sérieux frein à ce type de fusion mixte.

La fusion entraîne la dissolution des sociétés absorbées⁴²⁵ ou fusionnées⁴²⁶ avec la transmission universelle de leurs patrimoines à la société absorbante ou nouvelle⁴²⁷. Lorsqu'il s'agit d'une fusion-absorption, la société absorbante doit procéder à une augmentation de capital conformément aux dispositions du Code.

Dans la scission, le patrimoine de la société est éclaté en deux ou plusieurs capitaux de sociétés nouvelles⁴²⁸. « La scission de la société s'opère par le partage de son patrimoine entre plusieurs sociétés existantes ou par la création de nouvelles sociétés »⁴²⁹. La scission peut être totale ou partielle ; si elle est totale, il en résulte nécessairement une dissolution sans liquidation de la société scindée. Seules les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée et les sociétés en commandite par actions peuvent faire l'objet d'une opération de scission⁴³⁰.

⁴²² Cette définition rappelle celle énoncée par G. RIPERT et R. ROBLOT « La fusion est l'opération par laquelle deux ou plusieurs sociétés se réunissent pour n'en plus former qu'une seule. Elle peut résulter soit de la création d'une société nouvelle, soit de l'absorption d'une société par une autre », *Traité de droit commercial*, Tome 1, 19^{ème} éd. par M. GERMAIN, contributions V. MAGNIER, LGDJ, 2009, p. 1142.

⁴²³ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 123.

⁴²⁴ C. soc. com., art. 412.

⁴²⁵ S'il s'agit d'une fusion-absorption.

⁴²⁶ S'il s'agit d'une fusion-création d'une société nouvelle.

⁴²⁷ Art. 411 du Code préc.

⁴²⁸ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*

⁴²⁹ C. soc. com., art. 428.

⁴³⁰ *Ibid.*, 428 du Code préc.

Comme en matière de fusion, la scission d'entreprises nécessite l'évaluation des patrimoines des sociétés en présence pour la fixation des parités d'échange des droits sociaux. Les associés de la société scindée reçoivent des titres des sociétés bénéficiaires des apports.

196. Le choix des deux techniques de fusion et de scission ne semble pas être le plus judicieux pour la réalisation d'un programme de privatisation⁴³¹. La fusion peut certes conduire à la disparition de l'entreprise publique⁴³², mais ne conduit pas à la création d'une entreprise totalement privée. Cette dernière ne sera affranchie du contrôle public qu'une fois cédé aux privés l'ensemble des participations publiques que comporte son capital. Par ailleurs, la réalisation d'une fusion ou scission d'une entreprise à participations publiques ne permet pas à l'État de générer une rentrée de fonds. Vraisemblablement, c'est la raison pour laquelle ces deux techniques n'ont été que très rarement utilisées⁴³³.

Dans la pratique, la technique de la scission n'a concerné que les sociétés régionales de transport. Les dix sociétés de transport régional⁴³⁴ élues pour une privatisation étaient déficitaires avec de gros de problèmes de sureffectif. Leur privatisation reposait sur la scission de leurs activités : le transport de personnes d'une part, et le transport de marchandises de l'autre. Juridiquement, l'opération pris la forme d'une scission partielle⁴³⁵ emportant transmission d'une partie de l'actif de la société scindée à une société nouvelle à constituer qui devait avoir pour objet la branche d'activité distraite de la société scindée. La constitution de la nouvelle société ne pouvait être l'œuvre de la seule société scindée⁴³⁶, c'est pourquoi il fallait chercher d'autres partenaires. Une fois cette société constituée, la société scindée lui fait un apport d'actif, et reçoit en contrepartie des titres, elle est ainsi actionnaire au même titre que les personnes privées co-fondateurs de la société nouvellement constituée. L'opération de privatisation n'est pas encore close par la réalisation de la scission, celle-ci n'est qu'une étape nécessaire sur le chemin du transfert de la branche d'activité au secteur

⁴³¹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 460.

⁴³² Lorsqu'elle est absorbée par une société privée ou lorsque ses actionnaires deviennent associés dans la société nouvelle issue de la fusion.

⁴³³ V. à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 124.

⁴³⁴ De Béjâa, Bizerte, Gabès, Kasserine, Kef, Kairouan, Mednine, Nabeul, Sahel et Sfax.

⁴³⁵ N'entraînant pas la dissolution de la société scindée.

⁴³⁶ Le droit tunisien ne reconnaissait pas la société unipersonnelle avant la promulgation du Code des sociétés commerciales du 3 novembre 2000. Ce dernier ne consacre que la société unipersonnelle à responsabilité limitée, qui ne peut être constituée uniquement par des personnes physiques.

privé. La nouvelle société issue de la scission est cédée par la technique de la vente d'actions⁴³⁷.

En revanche, les opérations de fusion ont été moins nombreuses⁴³⁸ et, pour chacune d'entre elles, il s'agissait d'une fusion-absorption.

Malgré le vide juridique en la matière, des opérations de fusion et de scission ont été réalisées. Les questions qui se posent sont de savoir quelles sont les règles qui ont commandé leur réalisation. Selon quels processus fut opérée la transmission du patrimoine de la société scindée ou absorbée à la société bénéficiaire ou absorbante ? Par quels moyens juridiques furent garantis les droits des créanciers, dirigeants et salariés des sociétés dissoutes ou dont le patrimoine a été fortement réduit ? Des réponses précises ne peuvent être avancées, les actes juridiques formalisant ces opérations étant classés confidentiels. Mais il semble que l'ensemble de ces questions a été réglé par voie contractuelle, en s'inspirant fortement du droit français⁴³⁹.

Paragraphe 2 : Les spécificités de la mise en œuvre

197. L'étude des divers textes régissant le programme de privatisation montre, chez les pouvoirs publics tunisiens, un rejet de toute transposition tel quel en droit tunisien d'un modèle technique déterminé. Cette attitude permet de tenir compte des spécificités tunisiennes, mais traduit en même temps des particularismes au niveau des traits généraux du modèle tunisien. Dans son ensemble, le modèle technique tunisien s'avère être peu cohérent (**A**) avec un usage différencié des techniques (**B**).

⁴³⁷ Cession d'un bloc de contrôle par appel d'offres sur cahier des charges.

⁴³⁸ Au nombre de trois elles ont concerné la société monastirienne de textile (SOMOTEX), la société de développement touristique de Kairouan et la société nationale des pneumatiques (SONAP).

⁴³⁹ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'Etat des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 464.

A/ Un modèle peu cohérent

198. La mise en place d'un modèle technique et procédural en matière de privatisation obéit à des contraintes de divers ordres, ce qui impose de faire des arbitrages notamment en matière du choix des modes de désengagement. L'étude de l'expérience tunisienne montre à cet égard des insuffisances⁴⁴⁰.

Dans un programme de privatisation, le choix des modes de cession des entreprises publiques constitue l'une des étapes les plus délicates. En effet, les modes retenus doivent en adéquation avec la diversité de l'objet du désengagement. De plus, une certaine concordance entre les modes fixés et les objectifs assignés doit être requise. De ce fait, des arbitrages sont effectués par les pouvoirs publics afin de ne retenir que les modes adaptés et adéquats. Or, ce travail est souvent difficile dans des pays tels que la Tunisie où les objectifs sont mal définis et l'objet de la privatisation mal cerné.

En Tunisie, la sélection des modalités de privatisation est marquée par des hésitations significatives. En effet, celles-ci sont manifestes à travers les premiers textes⁴⁴¹ régissant les privatisations qui furent rapidement abrogées et remplacées⁴⁴². Le rapprochement des lois de 1987 et de 1989 dévoile un revirement sensible concernant le choix des modes retenus.

Ainsi, dans la loi du 2 août 1987, « les opérations de restructuration [...] ont pour objet :

- La renonciation aux droits préférentiels de souscription à une augmentation de capital ou la vente de ces droits.
- La fusion, l'absorption ou la scission d'entreprises.
- [...] (elles) peuvent revêtir également la forme de vente de tout élément d'actif »⁴⁴³.

Il est à noter que la cession d'actions matérialisant des participations publiques ne figure pas parmi les modes prévus. Néanmoins, il y est fait référence indirectement dans d'autres dispositions de la même loi⁴⁴⁴.

La loi du 1^{er} février 1989 a opéré une modification des modes choisis en 1987, sans pour autant procéder à un bouleversement. D'une part, elle reprend certains modes prévus par la loi de 1987. Il s'agit de « la vente de tout élément d'actif » devenue « la cession de tout élément d'actif susceptible de constituer une unité d'exploitation autonome dans une

⁴⁴⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 375 et s.

⁴⁴¹ L. n° 87-47, 2 août 1987, relative à la restructuration des entreprises publiques.

⁴⁴² L. n° 89-9, 1er févr. 1989, relative aux participations des entreprises publiques.

⁴⁴³ L. n° 87-47, 2 août 1987, préc., art. 3.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, art. 4, 8, 10 et 12.

entreprise dans laquelle l'État détient une participation directe au capital ». Il s'agit également de « la fusion, l'absorption ou la scission d'entreprises » devenue « la fusion, l'absorption ou la scission d'entreprises dans lesquelles l'État détient une participation directe au capital ». D'autre part, la nouvelle loi a aboli le droit préférentiel de souscription pour lui substituer « la cession ou l'échange d'actions ou de titres détenus par l'État »⁴⁴⁵.

199. Ces indécisions se sont ensuite confirmées par les modifications concernant la loi du 1^{er} février 1989, elle-même modifiée par la loi du 1^{er} août 1994⁴⁴⁶. Celle-ci a ajouté aux modes prévus « la vente de blocs d'actions par appel d'offres sur cahiers des charges »⁴⁴⁷, et a consacré pour la première fois en droit tunisien la pratique de l'action spécifique⁴⁴⁸.

La vente de blocs d'actions sur cahier des charges est un mode de privatisation qui permet d'assurer la stabilité de l'entreprise après la cession. De plus, elle offre un meilleur prix de cession lorsqu'il s'agit d'une cession de contrôle. Cette dernière qualité cadre parfaitement avec l'un des objectifs du programme de privatisation tunisien, à savoir la maximisation des recettes. Sa mise en œuvre tardive prouve le manque d'anticipation dans la vision des pouvoirs publics tunisiens. Concernant la mise en place tardive de l'action spécifique, cela pourrait s'expliquer par le fait que les pouvoirs publics tunisiens n'avaient pas l'intention en 1987 comme en 1989 d'y avoir recours, puisque la plupart des entreprises privatisées étaient du type P.M.E, ne légitimant pas son instauration.

200. Théoriquement, la privatisation doit se réaliser selon les modes permettant la réduction du niveau des participations publiques, voire leur disparition pure et simple du capital de l'entreprise. Il existe plusieurs modes permettant de parvenir à ce but. Il en est ainsi d'abord de la cession d'actions, qui peut revêtir la forme d'une vente ou d'un échange d'actions. Ensuite, de la renonciation de la part des participants publics à exercer les droits préférentiels de souscription lors d'une augmentation du capital de l'entreprise.

Ces différentes modalités, applicables aux entreprises à participations publiques et à certaines entreprises publiques ayant la forme de sociétés concernées par la loi de 1989, n'ont pas été

⁴⁴⁵ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, préc., art. 24.

⁴⁴⁶ L. n° 94-102, 1^{er} août 1994, modifiant et complétant L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations et entreprises publiques.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, art. 33-4 à 33-6.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, art. 33-2 et 33-3. V. not., à ce sujet, A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 121 ; V. *supra* n° 228.

retenues dans leur ensemble par le législateur tunisien. En effet, il a consacré la cession de participations, mais en revanche, il a exclu la renonciation à la souscription à une augmentation de capital⁴⁴⁹. Est également prévue la cession d'éléments d'actifs, mais cette méthode n'a aucun impact sur la nature même de l'entreprise. En effet, ne modifiant pas le niveau des participations publiques, elle ne peut entraîner son transfert au secteur privé, ni même sa soustraction au contrôle public. Elle n'engendre que le transfert de propriété d'un ou de certains éléments d'actifs d'une entreprise publique ou à participations publiques à des acquéreurs privés. Ainsi, ce mode n'a qu'un rapport indirect avec la privatisation, entendu dans le sens d'une réduction du niveau des participations publiques ou leur disparition du capital de l'entreprise afin de le transférer au secteur privé⁴⁵⁰. Néanmoins, elle constitue un mode permettant à l'État de surmonter les difficultés posées par le programme de privatisation que connaissent certaines entreprises publiques. En effet, telle que conçue par la loi de 1989 et ses circulaires d'applications⁴⁵¹, la cession d'éléments d'actif⁴⁵² constitue un mode pouvant conduire soit à la liquidation de l'entreprise concernée lorsqu'elle a la forme d'une société⁴⁵³, soit à l'exclusion de certaines activités considérées comme devant revenir au secteur privé pour celles ayant la forme d'établissements publics.

Concernant la fusion, l'absorption et la scission d'entreprises, rappelons qu'il s'agit d'un mode assez exceptionnel de privatisation comparé à celui de la cession d'actions⁴⁵⁴. Communément utilisée en vue de constituer de grands groupes industriels dans un souci de compétitivité assurant une meilleure place sur le marché, la fusion ne paraît pas être en adéquation avec objectifs assignés au programme tunisien de privatisation. En effet, la restructuration industrielle, réalisée entre autre par la fusion d'entreprises privées et publiques, n'est pas inclue dans les objectifs tunisiens.

⁴⁴⁹ Cette méthode figurait au premier rang des modes prévus par la loi du 2 août 1987.

⁴⁵⁰ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 385.

⁴⁵¹ Not. Circ. n° 33 du 21 juin 1989, portant sur la gestion, tutelle, restructuration et liste des entreprises publiques et Circ. n°21 du 21 avr. 1990, portant sur la cession d'actions ou d'élément d'actifs et prise de nouvelles participations par les participants ou entreprises publiques.

⁴⁵² Telle que prévue par la loi de 1989, les éléments d'actif doivent être « susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome ».

⁴⁵³ Devenue « coquille vide » après la vente des éléments d'actif nécessaires à son activité, la société concernée sera liquidée et dissoute.

⁴⁵⁴ V. *supra* n° 194 et s.

201. Malgré leur diversité quant à leur rapport direct ou indirect avec la privatisation, les modes retenus en Tunisie ont néanmoins une caractéristique commune : ils permettent d'engendrer des revenus au profit des participants publics, particulièrement l'État. Aucun des modes n'est conçu dans le seul dessein de réduire le niveau des participations publiques afin de faire perdre à l'entreprise son caractère public et de la soustraire à la gestion publique. C'est pourquoi certains modes ne correspondant pas à cette caractéristique, n'ont pas été retenus. Il en est ainsi de la renonciation aux droits préférentiels de souscription à une augmentation de capital de l'entreprise et de la transformation des dettes en prise de participations.

B/ Une application singulière des techniques

202. Dans les divers pays ayant adopté un programme de privatisation des entreprises publiques, les autorités chargées de sa mise en œuvre jouissent d'une certaine autonomie dans le choix des techniques à employer⁴⁵⁵. Essentielle, car permettant de sélectionner la technique la plus adéquate, cette liberté est variablement organisée selon les systèmes. En France, il est prévu dans les textes spécifiques encadrant le programme de privatisation un nombre déterminé de techniques que les autorités compétentes peuvent utiliser⁴⁵⁶. En Tunisie, les textes ont prévus des techniques pour sa mise en œuvre avec, toutefois, une forme de liberté de choix offerte aux autorités compétentes⁴⁵⁷. De cet état du droit il en résulte une mise en pratique très différenciée, soit pour des raisons d'ordre juridique soit pour des raisons d'ordre économiques et financières⁴⁵⁸.

203. L'attitude singulière des pouvoirs publics dans le choix des techniques à mettre en œuvre pour la réalisation du programme de privatisation trouve son explication dans diverses raisons d'ordre juridique.

D'abord, les textes encadrant le processus ne comportent aucun ordre de priorité entre les différentes techniques qu'ils instituent. Elles sont toutes indistinctement utilisables selon la volonté des autorités compétentes. On ne décèle aucune préférence de la part du législateur

⁴⁵⁵ P. GUISLAIN, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁵⁶ L. n° 86-912, 6 août 1986, modifiée par L. n° 93-923, 19 juill. 1993, comporte dans son article 1^{er} l'énumération des techniques possibles à mettre en œuvre dans le cadre des privatisations.

⁴⁵⁷ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 402.

⁴⁵⁸ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 466 et s.

tunisien à l'égard d'une technique ou d'un type de technique qui serait ainsi de principe ou de droit commun, contrairement à son homologue français qui a retenu les procédures du marché financier comme mode de principe des privatisations⁴⁵⁹. Il ressort donc de la rédaction de la loi française que le recours aux techniques non boursières doit être regardé comme exceptionnel⁴⁶⁰. Un tel ordre de priorité est inexistant dans le droit tunisien, c'est pourquoi les plus importantes opérations de cession d'actions ont été réalisées en dehors de la bourse, ce qui ne favorise pas sa dynamisation, objectif pourtant explicitement imputé au programme de privatisation tunisien.

Ensuite, la loi du 1^{er} février 1989 ainsi que les circulaires du Premier ministre n'ordonnent pas aux autorités compétentes le recours à une technique précise ou à l'aménagement de techniques en vue de privilégier certaines catégories d'acquéreurs, tels que les salariés d'entreprises ou plus généralement les petits porteurs. Il n'est pas prévu qu'en cas de cession d'actions un quota devra être affecté à la souscription des salariés, à l'image du droit français⁴⁶¹, où la volonté de développer l'actionnariat salarié par le biais des privatisations a conduit le législateur à imposer la technique de la cession au profit des salariés pour certaines opérations. En Tunisie, la participation des salariés en tant qu'acquéreurs des titres des entreprises à participations publiques n'est qu'un choix laissé à la discrétion du Premier ministre⁴⁶². De plus, le législateur tunisien n'a pas posé de limites à la participation étrangère dans l'acquisition des titres ou éléments d'actifs d'entreprises élues à la privatisation. Cette déficience comporte le risque de voir certains secteurs totalement contrôlés par des entreprises étrangères⁴⁶³. À cause de l'absence de garde-fous, des compagnies étrangères sont en train de

⁴⁵⁹ L. n° 86-912, 6 août 1986 telle que modifiée par L. n° 93-923, 13 juill. 1993, art. 4, « Les cessions ou échanges de titres, les ventes de droits préférentiels ou les renonciations à de tels droits sont réalisées suivant les procédures du marché financier. Toutefois, le ministre chargé de l'économie peut décider de faire appel à des acquéreurs hors marché ».

⁴⁶⁰ D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisations, droit boursier et pratiques des marchés », *Rev. sociétés*, 1994, p. 2 et s.

⁴⁶¹ L. n° 86-912 préc., art. 11, « En cas de cession d'une participation de l'État suivant les procédures du marché financier, des titres doivent être proposés aux salariés de l'entreprise, à ceux des filiales [...].

Leurs demandes doivent être intégralement servies, pour chaque opération, à concurrence de 10 % du montant de celle-ci ... ».

⁴⁶² V. à ce sujet, M. BEN LETAIEF, « La signification de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 17.

⁴⁶³ Sur les six cimenteries tunisiennes, quatre sont tombées sous le contrôle étranger : la société des ciments d'Enfidha est passée sous le contrôle du groupe espagnol UNILAND (87,86 %) ; celle de Jebel Ouest sous le contrôle du groupe portugais CIMPOR (100 %) ; celle de Gabès sous le contrôle du groupe portugais SECIL (99,77 %) et celle des ciments artificiels tunisiens sous le contrôle d'un groupe italien COLACEM (100 %).

mettre la main progressivement sur l'ensemble du secteur du ciment en Tunisie. Cette situation aurait pu être empêchée si, à l'image de son homologue français⁴⁶⁴, le législateur tunisien avait établi des limites aux participations étrangères.

Une des raisons qui peut également justifier la différenciation observée par les autorités compétentes quant aux techniques utilisées tient à la forme juridique de l'entreprise concernée. En effet, lorsque l'entreprise élue à la privatisation est un établissement public, il les seules techniques possibles sont les techniques de cession d'actions⁴⁶⁵. Néanmoins, cette limite à la liberté de choix des autorités compétentes a une portée assez relative, puisque le nombre d'entreprises publiques ayant la forme d'établissement public est de très loin moins important⁴⁶⁶ que celui des entreprises publiques ou à participations publiques ayant la forme de société. Pour ces dernières, il existe une grande variété dans le choix des techniques à mettre en œuvre, à savoir la vente d'éléments d'actif (par appel d'offres ou aux enchères publiques), la cession d'actions (par offre publique de vente, au mieux du marché, vente de blocs de contrôle ou vente aux salariés) ainsi que la fusion et la scission de sociétés.

Enfin, les spécificités du régime juridique de certaines techniques peuvent conduire les pouvoirs publics à y recourir plus fréquemment ou au contraire, peuvent constituer l'une des raisons de leur méfiance. La complexité du régime de l'offre publique de vente⁴⁶⁷ peut justifier en partie sa faible utilisation par les pouvoirs publics. En revanche, la vente d'éléments d'actifs ainsi que celle de blocs de contrôle ont été employés plus fréquemment, en raison de l'absence de sophistication dans leur régime juridique⁴⁶⁸. De même, parce que nécessitant l'intervention d'autres personnes juridiques et une série d'actes, les fusions et scissions

⁴⁶⁴ L. n° 86-912 préc., modifiée, art. 10-1 « Quelque soit le mode de cession, le montant total des titres cédés, directement ou indirectement, par l'État [...] à l'occasion d'une opération soumise aux dispositions du titre II de la présente loi, à des personnes physiques ou morales étrangères ou sous contrôle étranger [...] ne pourra excéder 20 % du capital de l'entreprise ».

⁴⁶⁵ V. *supra* n° 158 et s.

⁴⁶⁶ Sur les 136 entreprises ayant fait l'objet d'une privatisation, seulement 3 ont la forme d'établissement public, il s'agit de l'office national de l'artisanat, de l'office national des pêches et de l'office national du thermalisme.

⁴⁶⁷ Régime prévu par L. n° 89-49, 8 mars 1989 puis par L. n° 94-117, 14 nov. 1994, relative au marché financier ; et règlement général de la Bourse du 20 janv. 1990 et 13 févr. 1997. L'OPV est d'abord soumise à un contrôle préalable effectué par le Conseil du marché financier, la société doit préparer un prospectus selon les modèles fixés par le C.M.F. En cas d'accord, le C.M.F publie un avis précisant l'identité de l'initiateur, le nombre des titres offerts, le prix et les conditions de réalisation de l'offre nécessaires à l'information du public.

⁴⁶⁸ Régime prévu par Circ. n° 33, 21 juin 1989 et par L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations, entreprises et établissements publics, modifiée et complétée par la loi n° 94-102 du 1^{er} avril 1994.

d'entreprises sont plus compliquées à mettre en œuvre, ce qui explique la rareté de l'utilisation de ces deux techniques.

204. Différentes justifications économiques et financières ont influé sur le choix des pouvoirs publics dans la sélection de la technique la plus adéquate à mettre en œuvre dans chaque opération de privatisation⁴⁶⁹.

La première justification tient aux caractéristiques de l'entreprise, à savoir sa situation financière ainsi que la nature de ses activités : les techniques de cession d'actions seront privilégiées lorsque la société est financièrement saine, alors qu'elles sont impossibles à mettre en œuvre dans le cas contraire. En effet, aucun acquéreur potentiel ne voudra des titres d'une entreprise ayant un lourd passif social, c'est pourquoi elle sera cédée au moyen de deux techniques : soit par le biais de la cession d'éléments d'actifs susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome⁴⁷⁰, soit par la technique classique de la cession d'actions⁴⁷¹. Les deux techniques ont la caractéristique commune de procéder à un transfert d'actif, l'acquéreur ou la société bénéficiaire de l'apport recevant une partie de l'actif sans le passif. Le choix entre l'une ou l'autre procédure est tributaire de la nature des activités de l'entreprise à privatiser.

Lorsque l'entreprise publique ou à participations publiques a une seule activité exercée par des unités d'exploitation géographiquement dispersées, sa privatisation est mieux assurée par la vente des éléments d'actifs constituant les unités d'exploitation autonomes. Ainsi, la société hôtelière et touristique de Tunisie, propriétaire de plusieurs hôtels implantés dans des régions différentes, a pu facilement trouver acquéreurs grâce à la mise en œuvre de cette technique, malgré sa situation déficitaire. Il aurait été presque impossible de trouver un preneur si l'ensemble des hôtels était vendu en un seul lot, la cession d'éléments d'actifs permettant d'utiliser le produit de la vente afin de résorber le passif de l'entreprise.

Lorsque l'entreprise à privatiser possède deux branches d'activités, l'une de service public et/ou déficitaire et l'autre marchande et rentable ou potentiellement rentable, la technique de la scission s'impose. Celle-ci permet d'isoler l'activité devant rester publique de celle à transférer au secteur privé, qui sera transmise à la société nouvelle issue de la scission. Bien gérée, celle-ci sera rentable et les participations détenues dans son capital par la société

⁴⁶⁹ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 483 et s.

⁴⁷⁰ Appliquée notamment à la marbrerie de Thala par la cession de l'usine.

⁴⁷¹ Appliquée à neuf sociétés régionales de transport.

scindée seront facilement cessibles. Ainsi, les pouvoirs publics ont tenu compte des particularités des activités des sociétés régionales de transport qui ont été privatisées au moyen de la scission. Ces sociétés avaient deux types d'activités, l'une de service public⁴⁷², constituant la cause de leur déficit général, et l'autre marchande⁴⁷³, rentable ou pouvant l'être. Les sociétés régionales de transport ont été scindées, l'entreprise publique ayant gardé l'activité de transport de personnes avec son passif social, et la nouvelle société issue de la scission ayant reçu l'activité marchande sous forme d'apport d'actif net. Les titres acquis par la société scindée en contrepartie de son apport ont été par la suite cédés par la technique de la vente de blocs d'actions par appel d'offres sur cahier des charges⁴⁷⁴.

205. La situation du marché est également une donnée importante influant le choix de la technique à mettre en œuvre⁴⁷⁵. Étant des vendeurs comme les autres, les propriétaires publics sondent la situation du marché avant chaque opération de cession. Deux données doivent être prises en compte : l'existence d'investisseurs intéressés et capables d'acquérir les biens ou les titres à céder, d'une part, et la capacité du marché boursier, d'autre part.

Concernant le premier paramètre, si les pouvoirs publics ont opté pour une cession au profit de nationaux, reste la question de savoir s'il est possible de trouver un repreneur unique capable d'acquérir l'ensemble des biens ou titres offerts à la vente⁴⁷⁶. À défaut, la vente par tranches séparées sera appliquée, si l'objet de la cession est divisible⁴⁷⁷ en tranches ou en lots. Cette procédure n'est possible seulement si elle ne présente pas d'effets négatifs pour les recettes globales de la cession⁴⁷⁸. Plusieurs entreprises se sont vues appliquer « la vente par appartement » pour la cession de leurs éléments d'actifs respectifs. Il s'agissait d'entreprises ayant des formes juridiques différentes, mais avec la caractéristique de posséder des biens divisibles économiquement en unités autonomes⁴⁷⁹. La vente en un seul lot aurait été impossible ou inintéressante pour un seul acquéreur.

⁴⁷² Le transport de personnes.

⁴⁷³ Le transport de marchandises.

⁴⁷⁴ V. A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p.124.

⁴⁷⁵ K. BEN MESSAOUD, *op. cit.*, p. 485 et s.

⁴⁷⁶ R. GOUIA, art. préc., p. 59.

⁴⁷⁷ D'un point de vue économique, c'est-à-dire en unités susceptibles d'exploitation autonome.

⁴⁷⁸ En matière de cession d'actions, la vente en un seul lot (bloc de contrôle), rapporte mieux que les ventes par tranches séparées.

⁴⁷⁹ Tels que les hôtels de la S.H.T.T., les unités céramiques de l'O.N.A., les hôtels, les cliniques, les stations thermales de l'office du thermalisme...

La quantité des titres à céder et le mode de leur cession en bourse dépendent de la situation du marché boursier au moment de la mise en vente. En effet, un marché en baisse n'encourage pas à la cession, mais plutôt à des cessions en petites quantités. Ainsi, le lancement d'une offre publique de vente portant sur un volume assez conséquent de titres d'une entreprise publique ou à participations publiques, même en bonne santé, ne doit jamais ignorer la situation du marché boursier. Durant la mise en œuvre du programme de privatisation, les autorités ont largement réussi à bien choisir le moment du déclenchement des offres publiques de vente⁴⁸⁰, tous les titres offerts ayant été souscrits et même sur souscrits. Le seul échec enregistré concerne l'offre publique de vente des titres de la société tunisienne d'assurance et de réassurance⁴⁸¹ : sur les 20 % du capital offert à la vente, seulement 12,23 % ont été souscrits⁴⁸².

206. La dernière justification est en étroite relation avec les objectifs recherchés par le programme de privatisation. Quand les autorités compétentes ont le choix entre plusieurs techniques à mettre en œuvre, elles franchissent un niveau supérieur de sélection. C'est le cas d'une entreprise rentable pour laquelle plusieurs modes de cession d'actions⁴⁸³ sont facilement applicables. Dans ce cas, la technique répondant au mieux à l'objectif assigné à l'opération par les autorités compétentes sera mis en œuvre.

Ainsi, si l'objectif recherché est la large diffusion des titres de l'entreprise en vue de son introduction en bourse, c'est la technique de l'offre publique de vente qui sera retenue⁴⁸⁴. Lorsque la maximisation du produit de la cession est souhaitée, ce sont les techniques de la cession au mieux du marché⁴⁸⁵ et de la vente de blocs de contrôle par appel d'offres sur cahier des charges⁴⁸⁶ qui sont les plus adaptées. Cette dernière a l'avantage de permettre un certain contrôle dans le choix de l'acquéreur qui sera retenu non seulement au vu de son offre

⁴⁸⁰ Sur onze opérations réalisées, dix ont été une totale réussite.

⁴⁸¹ S.T.A.R., opération réalisée en 1997.

⁴⁸² L'échec est dû en partie à cause de la crise du marché boursier, et d'autre part, l'opération a été réalisée durant l'été.

⁴⁸³ L'offre publique de vente, cession au mieux du marché, vente de bloc de contrôle.

⁴⁸⁴ L'OPV a été utilisée comme technique de cession de titres de Tunisair, de la Société de fabrication de boisson en Tunisie (S.F.B.T), des Ateliers mécanique du Sahel (A.M.S), de la Société immobilière et de participations (SIMPAR), de la Société tunisienne d'assurance et de réassurance (S.T.A.R), de Magasin Général...

⁴⁸⁵ Elle a été utilisée pour des entreprises de type P.M.E sans importance stratégique pour les pouvoirs publics, telles que Tunisie-Bois, Chaffoteaux et Maury, les Comptoirs Sfaxiens, Tunis-tour...

⁴⁸⁶ Elle a été employée pour des entreprises importantes pour l'économie du pays, telles que les cimenteries, ou pouvant générer des problèmes sociaux à la suite de licenciements collectifs, telles que les sociétés régionales de transport de marchandises.

financière, mais également sur la base d'autres critères. Le cahier des charges peut prévoir l'inaccessibilité des actions acquises par le repreneur pendant un certain temps, exiger une position quant au maintien du personnel, instaurer une obligation de poursuivre la même activité, voire même de conserver une politique des prix identiques⁴⁸⁷. Le contrôle sera d'une meilleure efficacité si les participants publics conservent une minorité de blocage, malgré la cession de contrôle. L'acquéreur du bloc décidera seul des actes relevant de la gestion courante de l'entreprise, mais il devra compter avec les participants publics pour les actes graves⁴⁸⁸.

207. Les diverses raisons qui viennent d'être citées pour justifier l'utilisation différenciée des techniques de privatisation appellent deux remarques. La première a trait au fait qu'elles ne sont ni cumulatives ni exclusives. La deuxième remarque a un lien avec la prééminence de la raison d'ordre financier qui consiste à maximiser le produit de la cession. Chaque fois où plusieurs choix leur étaient offerts, les pouvoirs publics ont toujours privilégié la technique présentant un avantage en termes financiers. La recherche du maximum de recettes est blâmable quand elle est réalisée dans la démesure, au détriment d'autres objectifs non moins importants⁴⁸⁹, qui auraient pu être servis sans la contrarier.

⁴⁸⁷ A. AOUIJ-MRAD, *op. cit.*, p. 121.

⁴⁸⁸ Actes qui nécessitent une majorité renforcée (2/3 ou 3/4 des voix).

⁴⁸⁹ Tel que l'actionnariat salarié, celui des petits porteurs ainsi que la dynamisation de la bourse.

TITRE II : LES EFFETS D'UN PROGRAMME DE PRIVATISATION

208. Le programme de privatisation tunisien a été entamé avec beaucoup de précaution, voire même de réticence en 1987. Toutefois, il semble avoir connu une véritable dynamique, et fut considéré comme une composante essentielle de la stratégie de développement du pays. Une fois le transfert du contrôle opéré, la question des effets que celui-ci emporte est inévitable. Ce deuxième titre aura pour objet de déterminer non seulement les mesures qui permettront d'assurer la protection des intérêts de l'État et de la Nation (**Chapitre 1**), mais également celles qui préserveront les intérêts des sociétés privatisées et du marché (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE L'ÉTAT ET DE LA NATION

209. La protection des intérêts de l'État et de la Nation est une préoccupation commune et constante de tout programme de privatisation. Le danger pour tout gouvernement procédant à des cessions d'entreprises publiques est d'être accusée de vendre « les bijoux de la famille ». Si la vente s'effectue au profit des nationaux, ceux-ci bénéficieront en tant qu'actionnaires de ce qu'ils perdent en tant que contribuables. En revanche, si la cession est réalisée au profit d'étrangers, elle soulève le problème de l'aliénation des richesses nationales.

C'est pourquoi, toutes les lois de privatisation, que ce soit en France, en Grande-Bretagne, en Tunisie ou dans les ex-pays socialistes de l'Europe de l'Est, comportent des mesures de nature à prévenir la critique de la vente du patrimoine national aux étrangers. Au nom de la défense des intérêts nationaux et étatiques, l'État cédant entend garder un droit de regard par le biais de l'action spécifique et par le choix des futurs acquéreurs de l'entreprise à privatiser.

210. Le mécanisme de l'action spécifique a été conçu à l'origine comme étant un moyen de contrôler la recomposition de l'actionnariat des sociétés privatisées. Ainsi, par l'effet de cette action, l'État s'offre la possibilité de déroger au droit des sociétés. Certes, il peut être avancé que l'État actionnaire n'est jamais un actionnaire comme les autres et qu'il constitue en lui-même une catégorie séparée. Mais est-il pour autant justifié que cet actionnaire particulier puisse bloquer des décisions essentielles quant à la marche d'une société privatisée ? N'y a-t-il pas là une atteinte au droit de propriété et à la liberté d'entreprendre ? Par ailleurs, en créant une catégorie distincte d'entreprises privatisées au sein des sociétés commerciales, n'y a-t-il pas une rupture de l'égalité de traitement par rapport aux entreprises privées soumises au droit commun (**Section 1**) ?

211. L'opération de privatisation d'une entreprise publique ou à participations publiques n'est pas assimilable à une opération de vente ou de cession ordinaire. En effet, lors d'une opération de cession ordinaire, les rapports juridiques entre les parties cessent par l'exécution par chacune d'entre elles de ses obligations. En revanche, l'opération de privatisation en possède davantage, puisque les actionnaires de la société nouvellement privatisée ont à leur charge des obligations exorbitantes durant la période postérieure à la cession.

Selon le premier rapport de mise en œuvre des privatisations françaises, la pratique des noyaux durs d'actionnaires avait pour objectif « de remédier aux risques que pourrait représenter une trop forte dispersion du capital est d'assurer une continuité à la stratégie de l'entreprise dans les années qui suivent sa privatisation ». Ainsi, l'une des préoccupations de l'État vendeur est de mettre en place des « noyaux durs » d'actionnaires afin d'éviter que les nouvelles sociétés privatisées ne fassent rapidement l'objet de prises de contrôle hostiles, notamment de la part de groupes étrangers. Il arrive aussi que des obligations exorbitantes soient mises à la charge de l'acquéreur, afin de protéger l'intérêt général (**Section 2**).

Section 1 : Le particularisme des sociétés privatisées

212. Le statut juridique des sociétés privatisées pose, encore aujourd’hui, quelques interrogations. La grande question est celle de savoir si la société nouvellement privatisée, devient immédiatement et pleinement une société privée au sens du droit des sociétés, ou si elle reste assujettie à un régime dérogatoire pendant un certain temps (**Paragraphe 1**).

En s’engageant dans un programme de privatisation des entreprises publiques, les gouvernements acceptent de créer des discriminations pouvant s’appliquer aux sociétés privatisées. L’une des manifestations de ces discriminations concerne la possibilité pour l’État vendeur d’instaurer une action spécifique dans le capital de la société privatisée (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le régime juridique des sociétés privatisées

213. Les sociétés privatisées sont des sociétés privées soumises aux lois régissant les sociétés commerciales. Mais, du fait de la main mise constante de l’État sur certains aspects, le régime juridique de ces sociétés comporte quelques spécificités par rapport au régime général des sociétés privées (**A**).

Par ailleurs, dans les économies en transition, les entreprises privatisées ne sont pas entièrement considérées comme de véritables entreprises privées. En effet, leur principale particularité est qu’elles restent sous le contrôle interne des employés et des directeurs, les nouveaux actionnaires ne parvenant pas à contrôler et à discipliner les mandataires sociaux qui continuent à exercer les droits sur les actifs (**B**).

A/ Les statuts des sociétés privatisées en France

214. Les privatisations des sociétés nationales entraînent-elles un basculement immédiat et total vers le droit privé ? En France, la réponse est plutôt négative, puisqu'il faut prévoir des mesures transitoires, en d'autres termes une période pendant laquelle la société privatisée n'est pas totalement assimilée à une société privée⁴⁹⁰. Mais l'on se heurte à une difficulté : n'y a-t-il pas une atteinte à l'égalité devant la loi, particulièrement face aux conditions de la concurrence ? Est-il légitime que des sociétés privatisées, qui par définition sont des sociétés privées, ne soient pas assujetties au même régime que les autres sociétés privées ?

Le Conseil Constitutionnel⁴⁹¹ a affirmé à ce sujet que le principe constitutionnel d'égalité devant la loi, qui est applicable aux sociétés, ne s'oppose pas au fait que le législateur soumette les sociétés privatisées ainsi que leurs actionnaires à un régime particulier distinct des règles applicables aux sociétés privées. Selon le Conseil Constitutionnel, il est possible d'appliquer des discriminations aux sociétés privatisées sans méconnaître au principe de l'égalité devant la loi et la Constitution.

215. Ainsi, un certain particularisme des sociétés privatisées existe. L'une des manifestations concerne la composition du conseil d'administration et du conseil de surveillance. En effet, une participation obligatoire des salariés doit exister dans le conseil d'administration et le conseil de surveillance des sociétés publiques⁴⁹². Or, la privatisation de ces sociétés publiques entraîne la sortie de la société du champ d'application de la loi relative à la démocratisation du secteur public, puisque dans les sociétés du secteur privé, cette participation est facultative. Le nouveau régime de la société privatisée, qui la dispense de la représentation des salariés au sein des conseils d'administration et de surveillance, peut être un obstacle à la privatisation elle-même ou à sa réussite. Étant un acquis essentiel pour les salariés, ceux-ci peuvent penser qu'il y a là une régression, si du fait de la privatisation, ils sont exclus des organes de direction.

⁴⁹⁰ Y. GUYON et D. CORAPI, « Le régime juridique des sociétés privatisées en France et en Italie », *LPA*, 1997, n° 150, p. 4.

⁴⁹¹ Cons. const., 4 juill. 1989, décision n° 89-254, relative à la loi dite de « dénoyautage » des sociétés privatisées, Rec., p. 41.

⁴⁹² L. n° 83-675, 26 juill. 1983, relative à la démocratisation du secteur public.

Afin de pallier ce désavantage, la loi relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise⁴⁹³ prévoit un mécanisme obligatoire relatif à la désignation de représentants des salariés actionnaires au conseil d'administration ou au conseil de surveillance. Toute société nouvellement privatisée a l'obligation de procéder à la modification de ses statuts par une assemblée extraordinaire, afin d'y insérer une clause prévoyant la participation des salariés au sein des organes de gestion⁴⁹⁴. Aucune sanction n'ayant été prévue, cette loi risque d'être inefficace, puisque rien n'empêche la société privatisée de remettre en cause, ultérieurement, cette représentation des salariés.

Excepté le particularisme relatif à la représentation des salariés actionnaires au sein des organes de gestion, le droit commun relatif aux sociétés commerciales s'applique aux sociétés privatisées.

B/ Les sociétés privatisées dans les économies en transition

216. Dans les pays à économie en transition, il est difficile d'affirmer de façon incontestable que l'entreprise privatisée soit entièrement sous le contrôle des propriétaires privés tant que des procédures de contrôle n'attestent pas que son capital est mis en valeur sous le pouvoir et au profit de propriétaires privés clairement identifiés⁴⁹⁵. Dans une société nouvellement privatisée, le contrôle peut encore être celui de l'État, d'organes étatiques⁴⁹⁶, d'anciens agents de l'État⁴⁹⁷ ou d'agents économiques. Le degré réel de privatisation d'une entreprise dépend de la présence ou de la disparition de ces modalités de contrôle.

217. La notion de contrôle est problématique dans les sociétés privatisées des pays à économie en transition. Il existe deux types de contrôle : d'une part, le contrôle externe réalisé par les propriétaires, et, d'autre part, le contrôle interne, désignant des situations dans

⁴⁹³ L. n° 94-640, 25 juill. 1994, relative à l'amélioration de la participation des salariés dans l'entreprise. L'ordonnance de 1986 avait déjà prévu dans les sociétés privées, mais à titre facultatif, la possibilité de faire siéger des représentants des salariés élus par leurs pairs au conseil d'administration ou au conseil de surveillance, de la même manière que dans les sociétés du secteur public.

⁴⁹⁴ V. à ce sujet : J.-P. VALUET, « Privatisation et société privatisée », *Rép. sociétés*, avr. 1999, p. 21 et s.

⁴⁹⁵ W. ANDREFF, « Le contrôle des entreprises privatisées dans les économies en transition : une approche théorique », *Revue économique*, vol. 46, n° 3, 1995, p. 763.

⁴⁹⁶ Agences, fonds, banques.

⁴⁹⁷ Directeurs, managers.

lesquelles les décisions stratégiques de l'entreprise sont contrôlées par les mandataires sociaux, par les managers ou par les salariés⁴⁹⁸. Le contrôle interne est communément présumé, il reste à démontrer qu'un contrôle externe a été mis en place. Le contrôle externe s'affirme au moyen de participations financières au capital de la société : les détenteurs de la majorité du capital de l'entreprise peuvent insuffler des décisions portant sur la valeur totale du capital de l'entreprise, alors qu'ils ne sont propriétaires que d'une partie de celui-ci.

Il arrive souvent, dans les pays à économie en transition, que les agents économiques à l'initiative de la privatisation réussissent à prendre par la suite le contrôle, dit externe, de l'entreprise. C'est le cas en Tunisie, puisqu'une grande partie des entreprises privatisées a été rachetée par les proches de l'ancien Président déchu. Au lendemain de la Révolution⁴⁹⁹, ces sociétés furent nationalisées par le nouveau gouvernement. À ce jour, on assiste à une reprivatisation de ces sociétés, afin de renflouer les caisses de l'État tunisien.

218. Dans les entreprises privatisées, la théorie des droits de propriété a pour but d'identifier les preneurs de décisions concernant les actifs de l'entreprise ainsi que le pouvoir de discipline sur le personnel de l'entreprise. L'efficacité économique est en lien étroit avec l'exercice par les actionnaires du contrôle externe. Or, la distribution de coupons à la population avec leur conversion en actions n'aboutit pas à de grands changements dans la gestion de l'entreprise nouvellement privatisée, puisque ces actionnaires n'exercent pas de réelle influence sur les mandataires sociaux et sur les managers. En effet, une des raisons de ce constat est qu'il arrive souvent que les petits porteurs préfèrent remettre leurs titres à des fonds d'investissement, ou à des mutuelles de placement qui sont supposés les gérer dans l'intérêt des titulaires des droits de propriété⁵⁰⁰.

L'entreprise privatisée ne sera pas une véritable entreprise privée, sous l'angle de la théorie des droits de propriété, si les managers ou les salariés exercent le pouvoir de décider de l'utilisation des revenus et de l'aliénation des actifs⁵⁰¹. Ainsi, la restructuration et la gestion

⁴⁹⁸ M. De VROEY, *Propriété et pouvoir dans les grandes entreprises*, Bruxelles, CRISP, 1973, p. 70.

⁴⁹⁹ Révolution du 14 janvier 2011 qui entraîna la fuite du Président Ben Ali.

⁵⁰⁰ O. BOUIN, « Transférer la propriété privée par la méthode des coupons : l'expérience de l'ex-Tchécoslovaquie », *Revue économique*, vol. 45, n° 3, 1994, p. 845 et s.

⁵⁰¹ W. ANDREFF, « Le contrôle des entreprises privatisées dans les économies en transition : une approche théorique », art. préc., p. 767.

efficace de l'entreprise nécessitent, soit la formation d'une coalition d'intérêts en faveur de la restructuration, soit l'adoption d'incitations appropriées destinées aux managers.

Par conséquent, pour que l'entreprise récemment privatisée devienne une réelle entreprise privée dans laquelle les actionnaires ont des droits de propriété non réduits par le comportement des managers, il faut que se forme un groupe d'actionnaires de contrôle. Mais, il paraît difficile qu'une concentration du capital entre les mains d'actionnaires de contrôle puisse aboutir rapidement sur les marchés de capitaux émergents des pays à économie en transition.

219. Selon le type de coalition exerçant le pouvoir au sein d'une entreprise, la finalité de celle-ci peut être la survie, l'efficience, le contrôle, la croissance ou la valorisation de ses actifs. Or, le changement de coalition au pouvoir peut modifier l'objectif de l'entreprise. L'objectif de survie caractérise principalement les coalitions de contrôle interne. On retrouve ce cas de figure, lorsqu'une fois privatisée, l'entreprise doit faire face à une concurrence accrue à laquelle la coalition de contrôle interne n'était pas habituée jusque-là.

Par conséquent, l'une des conditions de réussite d'une privatisation consiste en l'affaiblissement des coalitions de contrôle interne à l'entreprise et dans le renforcement du pouvoir des coalitions de contrôle externe⁵⁰². De plus, la possibilité offerte aux mandataires sociaux, dans les pays à économie en transition, d'accéder à la détention d'actions lors de la privatisation de l'entreprise, leur permet de se préoccuper plus des profits futurs, et donc de l'investissement, plutôt que de chercher à maximiser les avantages monétaires et non monétaires tirés de leur position et des informations en leur possession.

220. En définitive, l'entreprise privatisée des pays à économie en transition est une entreprise spécifique : ni une véritable firme privée, ni une entreprise entièrement contrôlée, de façon directe ou indirecte, par l'État. Les agissements économiques des participants à l'entreprise privatisée restent imprégnés par des inerties ayant pour origine l'ancienne économie de pénurie, tout en y incluant des éléments d'ajustement aux marchés émergents.

⁵⁰² W. ANDREFF, art. préc., p. 768.

Paragraphe 2 : L'action spécifique de l'État

221. La notion d'action spécifique réalise un mélange des genres entre les pouvoirs de l'État en tant que souverain et les pouvoirs ordinaires de l'État en tant qu'actionnaire. Par l'intermédiaire de ce mécanisme, l'État se réserve des prérogatives exceptionnelles de contrôle sur l'avenir de la société privatisée à raison de sa qualité d'actionnaire (A).

Or, le mécanisme de l'action spécifique bat en brèche l'un des principes fondamentaux du droit des sociétés commerciales et des valeurs mobilières, qui est celui de l'égalité entre actionnaires, lorsque ceux-ci se trouvent dans des situations identiques. C'est la raison pour laquelle de tels dispositifs sont de plus en plus encadrés conformément aux exigences communautaires tenant au respect de la liberté d'établissement et de la libre circulation des capitaux (B).

A/ Le champ d'application

222. L'action spécifique⁵⁰³, ou part spéciale, est un mécanisme créé par la Grande-Bretagne⁵⁰⁴ sous le gouvernement Thatcher, qui consiste pour l'État à transformer une action ordinaire en une action particulière. « Ces titres représentatifs du capital d'une société (...) confèrent à leur titulaire des droits qui lui sont propres au-delà de son seul pouvoir d'associé et au-delà de la quotité du capital social détenu »⁵⁰⁵. Elle attribue à son titulaire des pouvoirs sur le reste du capital et sur le gouvernement de l'entreprise, pouvoirs dont les autres associés ordinaires sont dépourvus. Le mécanisme de la *golden share* fut utilisé par la suite par d'autres États soucieux de maintenir un contrôle sur des entreprises privatisées représentant un intérêt stratégique⁵⁰⁶. L'action spécifique permet à celui qui la détient de conserver un droit de veto sur l'ensemble du capital d'une société dans certaines circonstances particulières. Elle est souvent détenue par un État dans le cas d'une compagnie publique soumise au processus de privatisation.

⁵⁰³ Golden Share.

⁵⁰⁴ Dans le cadre de la privatisation de la *British Airports Authority*, *British Telecom*, *Gas*, *British Airways*.

⁵⁰⁵ M.-A. FRISON-ROCHE, « Les conditions communautaires de validité des *golden share* dans les entreprises publiques privatisées », *D.* 2002, p. 2242.

⁵⁰⁶ Par exemple, la privatisation d'entreprises dont l'activité reste attachée au régional.

223. L'action spécifique fait l'objet de critiques. En France, une partie de la doctrine relève la contradiction entre l'État actionnaire et l'État détenteur de prérogatives de puissances publiques. Selon un auteur, l'action spécifique attribue des droits exceptionnels à son détenteur, faisant basculer l'entreprise privatisée dans une catégorie particulière d'entreprises dérogatoire au régime juridique de droit commun, « la société à actions spécifiques »⁵⁰⁷. À cet égard, il soulève que la privatisation perd de sa finalité du fait que le contrôle de l'État va au-delà de la privatisation, en écrivant : « à l'opposé, l'institutionnalisation de la société à actions spécifiques manifeste le retour en force de l'interventionnisme, en quasi-contradiction avec le principe de la privatisation ».

224. L'action spécifique est instituée par une loi ou par les statuts de l'entreprise privatisée ; elle est généralement d'une durée limitée avec la possibilité de la transformer en une action ordinaire à tout moment. L'institution de l'action spécifique comporte le risque de découragement des investisseurs (particulièrement des investisseurs étrangers), par le fait de la présence du contrôle de l'État au-delà de la privatisation. Une telle restriction a conduit parfois à des échecs dans certaines opérations de privatisation⁵⁰⁸. Ainsi, un arbitrage s'impose entre la nécessité de préserver l'intérêt national et le besoin d'attirer les capitaux étrangers.

225. En France, l'action spécifique a pour but la protection contre toute atteinte « des intérêts nationaux »⁵⁰⁹. L'article 10 de la loi du 6 août 1986 autorise le gouvernement à instituer une action spécifique pour chacune des sociétés privatisables, si « la protection des intérêts nationaux l'exige »⁵¹⁰. Le Conseil Constitutionnel a estimé que la possibilité d'instituer une action spécifique ne méconnaissait pas le principe d'égalité, dans la mesure où les sociétés « dont la privatisation a obéi à des règles particulières destinées à assurer la préservation des intérêts nationaux se trouvent par là-même placées, à titre transitoire, dans une situation différente par rapport aux autres sociétés appartenant au secteur privé »⁵¹¹.

⁵⁰⁷ M. DURUPTY, « Commentaire de la loi de privatisation n° 93-923, 19 juill. 1993 », *AJDA*, 1993, p. 712.

⁵⁰⁸ L'opération de fusion de Renault avec Volvo en France aurait échoué en raison de l'institution dans le capital de l'entreprise française d'une action spécifique. V. sur ce point, D. CARREAU et R. TREUHOLD, « Privatisations, droit boursier et pratiques des marchés », art. préc., p. 1.

⁵⁰⁹ V. sur cette question, notamment, J.-L. DELAHAYE, « La *golden share* à la française : l'action spécifique », *DPCI*, 1987, p. 579.

⁵¹⁰ L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités d'application des privatisations, art. 10.

⁵¹¹ Cons. const., 4 juill. 1989, décision n° 89-254 relative à la loi dite de « dénoyautage » des sociétés privatisées, Rec., p. 41.

La décision d'instaurer une action spécifique relève du gouvernement. L'article 10 de la loi du 6 août 1986, modifié par l'article 7 de la loi du 19 juillet 1993, énonce qu'avant la saisine de la Commission des participations et des transferts, un décret⁵¹² détermine pour chacune des entreprises à privatiser, si la protection des intérêts nationaux l'exige, la création d'une action spécifique. Dans sa version de 1986, cette action spécifique était limitée dans le temps puisqu'à l'issue d'un délai de cinq ans, elle était de plein droit transformée en action ordinaire. Néanmoins, le ministre avait la possibilité, par voie décrétale, d'abréger cette durée. Désormais, cette action n'est plus limitée dans le temps, le gouvernement gardant la possibilité de la transformer à tout moment en action ordinaire.

Ainsi, « l'intérêt national » peut être invoqué pour justifier l'octroi à l'État actionnaire d'importantes prérogatives de puissance publique à l'intérieur des sociétés privatisées. Or, le flou entourant cette notion laisse au gouvernement un large pouvoir d'appréciation qui conduit à penser qu'un éventuel contrôle du Conseil d'État sur la décision d'instituer ou pas une action spécifique, ou sur l'exercice des pouvoirs qui y sont attachés, ne pourrait être que minimum⁵¹³.

226. L'action spécifique confère à son titulaire des droits sans commune mesure avec sa participation au capital de la société privatisée. En effet, l'État, titulaire de cette action peut faire échec à la volonté de la majorité des actionnaires. Ces divers droits sont énumérés par la loi et précisés pour chaque entreprise par le décret instaurant l'action spécifique. D'abord, la loi prévoit un pouvoir d'agrément préalable pour le ministre de l'Économie en cas de franchissement, par une personne agissante seule ou de concert, d'un ou plusieurs seuils⁵¹⁴ fixés par le décret créant l'action spécifique, et calculés en pourcentage du capital social ou des droits de vote. Ensuite, l'action spécifique offre à son détenteur un droit de veto sur les cessions d'actifs de nature à porter atteinte aux intérêts nationaux⁵¹⁵, ainsi qu'un pouvoir de

⁵¹² En 1986, la loi confiait au ministre de l'Économie le pouvoir de déterminer, par arrêté la création, d'une action spécifique.

⁵¹³ V. sur ce sujet, J.-D. DREYFUS, « Privatisation. Rencontre d'une société du troisième type : la société à action spécifique », *LPA*, 21 déc. 1994, p. 11 ; Y. GUYON et D. CORAPI, « Le régime juridique des sociétés privatisées en France et en Italie », *LPA*, 1997, n° 150, p. 8.

⁵¹⁴ En 1986, le seuil était celui de 10 % du capital ou des droits de vote. En 1993, la loi a confié au gouvernement le pouvoir de fixer par décret un ou plusieurs seuils.

⁵¹⁵ Les conditions d'exercice de ce droit de veto ont été précisées par le décret d'application n° 93-1296, 13 déc. 1993, qui prévoit que les décrets instaurant les actions spécifiques doivent déterminer la liste des actifs concernés.

nomination par voie décrétale d'un ou de deux représentants de l'État, sans voix délibérative, au conseil d'administration ou de surveillance de la société privatisée. En raison des prérogatives dont elle jouit, la propriété de l'action spécifique est inaccessible, même à un établissement public.

227. Malgré le faible encadrement législatif en la matière, le mécanisme de l'action spécifique a été utilisé avec modération en France. Lors de la première vague de privatisations, seules deux actions spécifiques ont été mises en place⁵¹⁶ et qui sont arrivées à expiration au bout de cinq années. Lors de la deuxième vague de privatisation, le gouvernement a également eu recours aux actions spécifiques lors des privatisations d'Elf-Aquitaine⁵¹⁷, de Thomson-CSF⁵¹⁸ et d'Aérospatiale⁵¹⁹. Récemment, désireux de maintenir un contrôle sur Gaz de France après sa privatisation, le gouvernement français a instauré une action spécifique dans le capital de la société⁵²⁰.

228. En Tunisie, l'institution de l'action spécifique a été prévue par la loi du 1^{er} février 1989⁵²¹. Aux termes de son article 33-2, « une action ordinaire détenue par l'État dans le capital d'une entreprise publique peut être transformée par décret en une action spécifique préalablement à une opération devant se traduire par la perte du caractère public de cette entreprise... ». Ainsi, l'action spécifique ne peut intervenir que dans le cadre d'une opération de privatisation ayant pour objet une société dans laquelle l'État détient une partie du capital. Sont donc exclues par ce mécanisme les entreprises où l'État est actionnaire, mais qui n'ont pas un caractère public⁵²², même s'il s'agit d'une entreprise à participation publique. De plus, l'instauration de l'action spécifique est possible uniquement dans le cas où l'opération de désengagement envisagée ne se traduit pas la perte du caractère public de l'entreprise.

⁵¹⁶ Lors des privatisations de l'Agence Havas et de Matra.

⁵¹⁷ D. n° 93-1298, 13 décembre 1993. L'action spécifique a été supprimée en 2002 (D. n° 2002-1231 du 3 oct. 2002), suite à la mise en cause de son dispositif par la CJUE. Le gouvernement français a préféré supprimer l'action spécifique plutôt que d'en préciser les conditions d'utilisation.

⁵¹⁸ D. n° 96-689 du 2 août 1996 pour Thomson-SA ; D. n° 97-190 du 4 mars 1997 pour Thomson-CSF.

⁵¹⁹ D. n° 99-97 du 15 février 1999. En 2000, l'État a décidé de transformer son action spécifique en une action ordinaire.

⁵²⁰ V. *infra* n° 218 et s.

⁵²¹ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations, entreprises et établissements.

⁵²² Au sens des articles 8 et 9 de la loi du 1^{er} févr. 1989.

L'article 33-2 précité reprend quasi intégralement la liste des droits rattachables à l'action spécifique en France tel que prévu par l'article 10 de la loi du 6 août 1986 modifiée. De plus, il est indiqué que l'action spécifique est inaliénable et produit ses effets de plein droit dès son institution. En dehors des conditions ci-dessus analysées, la loi ne pose aucune autre condition quant à l'instauration de l'action spécifique. En effet, elle ne précise pas dans quels buts elle doit être instituée⁵²³, ni pour quel type d'entreprises publiques.

Il est à noter que, jusqu'à présent, aucune action spécifique n'a été instituée en Tunisie.

B/ La limitation par le droit communautaire

229. Depuis le milieu des années 1990, le droit communautaire cherche à limiter de plus en plus la faculté pour les États membres de maintenir un contrôle exorbitant sur les entreprises privatisées à travers le mécanisme de l'action spécifique⁵²⁴. En 1997, la Commission a adopté une communication⁵²⁵ qui interdit aux États membres de faire obstacle à l'entrée des ressortissants communautaires dans le capital d'entreprises privatisées. Par la suite, la Commission a adressé à la France, ainsi qu'à d'autres États membres, un avis motivé relatif à diverses infractions concernant la libre circulation des capitaux et à la liberté d'établissement, résultant notamment de l'institution de l'action spécifique dans des sociétés privatisées⁵²⁶. En 1999, la Commission a introduit un recours en manquement contre l'État français, visant à faire remarquer que l'action spécifique dans le capital d'Elf-Aquitaine⁵²⁷ portait atteinte aux libertés d'établissement et de circulation des capitaux.

Dans le cadre de cette procédure en manquement, la Cour de justice a rendu, le 4 juin 2002, trois arrêts où elle fixe les conditions que doivent remplir les actions spécifiques afin d'être

⁵²³ Rappelons qu'en France, l'action spécifique n'est instituée que dans le cas où « la protection des intérêts nationaux » l'exige, V. L. n° 86-912, 6 août 1986, préc., art. 10-1.

⁵²⁴ V. à ce sujet : M. KARPENSCHIF, « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 95 ; R. TURRINI, « Privatisations et droit communautaire », *RDAI*, 1993, n° 7, p. 813.

⁵²⁵ Communication de la Commission concernant certains aspects juridiques touchant aux investissements intracommunautaires, JOCE C 220, 19 juill. 1997.

⁵²⁶ V. sur ce point : N. CHARBIT et A. GAUVIN, « Les *golden shares* sous l'œil de la Commission européenne », *Les échos*, 7 janvier 1999, p. 41.

⁵²⁷ D. n° 93-1298, 19 déc. 1993, instituant une action spécifique de l'État dans la Société nationale Elf-Aquitaine.

conformes au droit communautaire⁵²⁸. Sans condamner le principe même des *golden share*, la Cour apporte des restrictions en énonçant qu’elles ne peuvent intervenir que dans des secteurs stratégiques, à condition d’être justifiées par des raisons impérieuses d’intérêt général et être proportionnées au but poursuivi.

Dans l’arrêt « Commission contre France », la Cour a soutenu que l’objectif poursuivi par le décret, « à savoir garantir la sécurité des approvisionnements en produits pétroliers en cas de crise, relève d’un intérêt légitime », mais le régime de l’action spécifique est contraire au principe de sécurité juridique. En effet, selon les juges, la faculté d’exercice par le ministre français de son droit de s’opposer à un franchissement de certains seuils n’était assortie d’aucune autre condition que celle de l’intérêt national ; ceci ne permet pas aux investisseurs concernés de connaître les circonstances dans lesquelles une autorisation leur sera accordée.

230. Ainsi, le mécanisme de l’action spécifique n’est pas désapprouvé en soi par la Cour de justice, mais elle réduit la possibilité d’y recourir. Pour instituer des mesures restrictives, la protection de l’intérêt national doit être précisée, et doit se recouper avec l’une des raisons impérieuses d’intérêt général reconnues par la Cour. De plus, la mesure doit être strictement proportionnée à l’objectif poursuivi.

À cause de toutes ces restrictions, l’État français a choisi de supprimer l’action spécifique dans le capital d’Elf-Aquitaine⁵²⁹ plutôt que d’en préciser les conditions d’utilisation.

Si la Cour admet que l’action spécifique constituant une entrave aux libertés de circulation non discriminatoire selon la nationalité puisse être justifiée, les exigences qu’elle a posées en vue d’encadrer son utilisation ont pour but d’empêcher que les États membres ne tiennent compte de la nationalité des investisseurs. Ainsi, les États souhaitant maintenir un contrôle plus discrétionnaire sur le capital des entreprises privatisées peuvent le faire à travers la

⁵²⁸ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99 ; *Commission c/ Belgique*, aff. C-367/98 ; *Commission c/ Portugal*, aff. C-503/99. V. not. sur ces arrêts : E. GUILLAUME, « Libre circulation des capitaux : les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002 », *CDE*, déc. 2002, p. 640 ; R. KOVAR, « Actions spécifiques et entreprises privatisées : donner et retenir ne vaut ? », *CJEG*, n° 593, déc. 2002, p. 625 ; N. THIRION, « *Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur », *CDE*, 2003, n° 3, p. 225.

⁵²⁹ D. n° 2002-1231, 3 oct. 2002, abrogeant le décret n° 93-1298 instituant une action spécifique dans le capital de la Société nationale Elf-Aquitaine.

conservation d'une participation minoritaire plutôt que par la création d'une action spécifique⁵³⁰.

231. Notons que tous les dispositifs de l'action spécifique ne sont pas censurés par la Cour. En effet, dans l'arrêt « Commission contre Belgique »⁵³¹, la Cour a accepté la mise en place de l'action spécifique dans des sociétés de distribution de gaz. Le mécanisme ne prévoyait qu'un droit d'opposition offert à l'État belge à la cession de certains actifs, dans des délais stricts et assorti d'une exigence de motivation précise. Les juges ont estimé que cette entrave était justifiée par une exigence de sécurité des approvisionnements et qu'elle n'était pas disproportionnée au regard de l'objectif poursuivi, à savoir le maintien d'un approvisionnement minimal en cas de menace grave et sérieuse.

S'inspirant du modèle belge accepté par la Cour, la France a institué une action spécifique⁵³² lors de la privatisation de Gaz de France « en vue de préserver les intérêts essentiels de la France dans le secteur de l'énergie et notamment la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie »⁵³³.

⁵³⁰ A. CARTIER-BRESSON, « *L'État actionnaire* », préf. D. Truchet, LGDJ, 2010, p. 94.

⁵³¹ CJCE, 4 juin 2002, *Commission c./Belgique*, aff. C-367/98.

⁵³² D. n° 2007-1790, 20 déc. 2007, instituant une action spécifique de l'État au capital de Gaz de France SA.

⁵³³ L. n° 2006-1537, 7 déc. 2006, relative au secteur de l'énergie.

Section 2 : Les actionnaires de la société privatisée

232. En principe, la privatisation des entreprises du secteur public devrait permettre au nouvel acquéreur privé de pouvoir gérer librement l'entreprise, conformément au droit commercial, dominé par les principes de libre entreprise et de libre concurrence. Or, cette logique libérale n'a jamais été appliquée à la lettre par les pouvoirs publics des différents pays ayant opté pour un programme de privatisation. En effet, par des moyens plus ou moins limitatifs de la libre disposition de son entreprise par le nouvel acquéreur privé, les autorités ont cherché à protéger les intérêts nationaux.

En France, la protection de l'intérêt national passe par la constitution d'un groupement d'actionnaires stables, afin de contrôler les prises de participation, surtout étrangère, dans les sociétés nouvellement privatisées (*Paragraphe 1*). En Tunisie, les pouvoirs publics n'ont pas cherché à limiter la participation des étrangers, mais ont préféré mettre à la charge des nouveaux acquéreurs des obligations inconnues du droit commun (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Le groupement d'actionnaires stables

233. Les privatisations se traduisent par des cessions ou échanges de titres, vente de droits préférentiels ou renonciation à de tels droits, qui sont en principe réalisés sur le marché financier. Elles peuvent aussi être réalisées hors marché. La cession négociée d'une partie des titres permet de choisir les futurs acquéreurs (**A**) afin de stabiliser l'actionnariat après la privatisation (**B**).

A/ Le choix des futurs acquéreurs

234. La loi du 6 août 1986 dispose que si la cession de titres s'opère en principe selon les procédures de marché, le ministre de l'Économie peut toutefois décider de faire appel à des procédures hors marché. Ainsi, quand les privatisations sont réalisées hors marché, c'est-à-dire de gré à gré, le ministre chargé de l'Économie, sur avis de la Commission des participations et des transferts, choisit le ou les futurs acquéreurs et les conditions de cession⁵³⁴. Après une modification législative, ce choix des futurs acquéreurs est soumis à l'appréciation de la Commission, son avis liant le ministre de l'Économie. Cette procédure d'avis conforme, issue de la loi de 1993⁵³⁵, est une innovation par rapport au régime de 1986. En effet, elle fait suite aux critiques émises lors des privatisations de 1986-1987 contre le pouvoir discrétionnaire dont disposait le ministre en vertu de l'ancien article 4 de la loi de 1986, qui lui permettait de choisir des acquéreurs hors marché après un simple avis de la Commission, et qui se traduisait par la constitution de « noyaux durs trop atomisés »⁵³⁶. Ainsi, la compétence ministérielle, qui était auparavant discrétionnaire, devient liée.

La Commission joue désormais un rôle déterminant dans les opérations de gré à gré, puisque le choix des acquéreurs des entreprises à privatiser et les conditions de la cession ne peuvent être arrêtés que par le ministre sur avis conforme de la Commission.

235. Selon le Conseil Constitutionnel⁵³⁷, le choix des acquéreurs ne doit « procéder d'aucun privilège ». Cette décision met à la charge de l'État vendeur des contraintes spécifiques. Un décret en Conseil d'État fixe les règles de procédure de la cession et les règles de publicité auxquelles elle est soumise. Afin de garantir l'égalité de traitement des candidats, trois types de procédure sont prévus. En cas de privatisation, l'État doit agir par le biais d'un appel d'offres, avec cahier des charges⁵³⁸ ou sous le contrôle d'une personnalité indépendante⁵³⁹.

⁵³⁴ La loi française du 6 août 1986, prévoit en son article 4, al. 2 « qu'outre les cessions et échanges de titres réalisés suivant les procédures des marchés financiers, (...) le ministre chargé de l'économie peut choisir l'acquéreur hors marché après avis de la Commission des participations et des transferts (...) ».

⁵³⁵ L. n° 93-923, 19 juill. 1993, relative aux privatisations.

⁵³⁶ J.-P. VALUET, « Privatisation et société privatisée », *Rép. sociétés*, avr. 1999, p. 11.

⁵³⁷ Cons. const., décision n° 86-207, 25 et 26 juin 1986, Loi d'habilitation autorisant le gouvernement à opérer la privatisation d'entreprises publiques par voie d'ordonnances, *Rec.*, p. 61.

⁵³⁸ V. sur ce point : S. ALBERT et C. BUISSON, *Entreprises publique. Le rôle de l'État actionnaire*, La documentation française, 2002, p. 88.

⁵³⁹ Le ministre peut nommer une personnalité indépendante en charge d'établir un rapport sur les conditions et le déroulement de l'opération. Cette procédure reste peu employée, plutôt pour des entreprises de petite taille (Ex. : pour la Compagnie Française de Navigation Rhénane en 1996).

Lorsqu'il est question d'une cession minoritaire, est prévue la procédure de l'accord de coopération industrielle, commerciale ou financière. Mais cette procédure ne peut pas emporter privatisation de l'entreprise concernée, c'est-à-dire qu'il ne peut pas y avoir accord conduisant au passage des participations publiques en dessous du seuil de la majorité du capital. Pour un tel passage, il est impératif de recourir à la procédure de mise sur le marché ou de cession de gré à gré avec appel d'offres⁵⁴⁰.

Ces différentes procédures font l'objet d'une publication au Journal Officiel, ce qui garantit la transparence de l'opération en la rendant publique. Un candidat écarté peut saisir le juge administratif, celui-ci exerçant sur les actes de cession un contrôle poussé au regard du principe d'égalité. À cela s'ajoute le contrôle de la Commission européenne, qui incite à ce que la privatisation ne comporte aucun élément d'aide au profit des acquéreurs.

236. Chaque opération de privatisation comportant des ventes de gré à gré doit être réalisée selon une certaine procédure⁵⁴¹. Un cahier des charges est établi par le ministre de l'Économie qui détermine les conditions que doivent remplir les éventuels acquéreurs ainsi que la procédure de sélection. D'une part, les acquéreurs doivent accepter que 80 % des actions qui leur sont octroyées soient inaliénables durant les deux premières années ; de plus, durant les trois années suivantes, toute cession éventuelle de ces actions doit être soumise à autorisation préalable du conseil d'administration de la société privatisée. D'autre part, c'est le ministre lui-même qui choisit et définit les acquéreurs, après une présélection, pour vérifier que certaines garanties sont satisfaites.

La vente de gré à gré par appel d'offres, s'effectue, pour les actionnaires membres du groupe d'actionnaires stables, à un prix légèrement supérieur à celui de l'offre publique, prenant en compte ainsi l'intérêt que constitue le bloc d'actions cédées, conformément à la jurisprudence du Conseil constitutionnel⁵⁴². Le juge constitutionnel a affirmé que les noyaux durs ne heurtent aucune règle ou objectif de valeur constitutionnelle, pour autant que des précautions suffisantes ont été prises pour garantir le pluralisme au sein d'une société privée qui ne dispose d'aucun monopole.

⁵⁴⁰ S. ALBERT et C. BUISSON, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁴¹ D. ENCAOUA et J-J. SANTINI, « Les privatisations en France : éléments d'analyse et bilan », *L'actualité économique*, 1989, vol. 65, p. 32.

⁵⁴² Cons. const., décision n° 86-217, 18 sept. 1986, *Rec.*, p. 141, § 49.

Même si le débat reste très politique, l'enjeu du pouvoir économique qu'il comporte est considérable. En effet, les sociétés privatisées sont, pour la plupart d'entre elles, des holdings financiers détenant des portefeuilles de titres importants et offrant l'accès au contrôle d'autres sociétés. De plus, par le jeu des participations croisées et circulaires, un capitalisme financier à la française ressurgit, dans lequel quelques groupes de financiers liés par une communauté d'intérêts contrôlent les plus grands groupes industriels.

B/ La stabilisation de l'actionnariat après la privatisation

237. L'idée était que les entreprises nouvellement privatisées devaient inclure des groupes d'actionnaires stables. De même que le gouvernement de 1986, les gouvernements suivants étaient soucieux de ne pas laisser ces entreprises à la merci de toute acquisition hostile qui aurait permis l'éparpillement de leur actionnariat. La recherche d'un groupe d'actionnaires stables répond à l'objectif d'une stabilisation de l'actionnariat et à celui d'un « capitalisme à la française »⁵⁴³ où les grandes entreprises sont souvent liées les unes aux autres par des participations croisées. Ainsi, l'objectif de la constitution d'un groupe d'actionnaires stables est de garantir la cohésion et la stabilité du capital dans le cadre de la privatisation⁵⁴⁴.

Le pouvoir discrétionnaire laissé au ministre chargé de l'Économie lors de ces opérations a fait l'objet de nombreuses critiques. Cette procédure a été attaquée par l'opposition socialiste, qui y a vu un moyen pour le ministre de confier la direction des entreprises nouvellement privatisée en fonction des affinités politiques⁵⁴⁵. Dès lors, le changement de majorité politique en 1988 a été marqué par le début de mise en œuvre d'une politique de fin des « noyaux durs » existants. En effet, la loi dite « de dénoyautage » du 10 juillet 1989⁵⁴⁶ a ajouté à l'article 10 de la loi du 6 août 1986 un paragraphe prévoyant, jusqu'au 31 décembre 1992, une obligation de déclaration au ministre lorsque le seuil de 10 % est franchi, avec la possibilité pour le ministre de s'y opposer « si la protection des intérêts nationaux l'exige ».

⁵⁴³ F. DION (coord.), *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, Les études de la Documentation française, Paris, 1995, p. 64.

⁵⁴⁴ C. BAJ, « Privatisation : les groupes d'actionnaires stables », *RD bancaire et bourse*, janv.-févr. 1994, p. 8.

⁵⁴⁵ V. sur ces critiques R. CAVERIVIÈRE et M. DEBÈNE, « Sociétés privatisées et stratégies actionnariales », *Rev. sociétés*, 1989, p. 589.

⁵⁴⁶ L. n° 89-465, 10 juill. 1989, modifiant L. n° 86-912, 6 août 1986, relative aux modalités d'application des privatisations. V. sur cette loi J.-P. CAMBY et P. VINCENT, « La loi relative au dénoyautage des entreprises privatisées », *AJDA*, 1990, p. 347 et s.

La majorité parlementaire issue des élections de 1993⁵⁴⁷ a repris le programme de privatisation, mais en y incluant quelques modifications, afin d'atténuer les critiques concernant le favoritisme dans le choix des acquéreurs. Ainsi, les pouvoirs du ministre, dans le cadre de sa compétence en matière de désignation des acquéreurs hors marché, sont désormais limités, puisqu'il est lié par l'avis de la Commission des participations et des transferts quant aux choix des futurs acquéreurs.

238. Le recours au groupe d'actionnaires stables ou noyau dur, a nettement reculé. S'il semblait être justifié lors des privatisations en bloc des grandes entreprises, il perd de son intérêt lorsqu'il s'agit de privatiser des entreprises de petite taille ou en difficulté. Par ailleurs, l'évolution des marchés financiers n'est plus favorable aux noyaux durs d'actionnaires. En effet, la protection des entreprises privatisées contre le risque d'offre publique d'achat entre en contradiction avec les principes du gouvernement d'entreprise, qui visent à rétablir le contrôle des actionnaires sur l'action des dirigeants⁵⁴⁸.

La privatisation d'une entreprise avec la mise en place d'un noyau dur d'actionnaires est une sorte de privatisation assez singulière, puisque subsiste la présence d'un actionnariat public. Parmi ces privatisations avec constitution d'un groupe d'actionnaires stables apparaissent la banque BNP et la firme chimique Rhône-Poulenc, les deux figurant en haut de la liste de 1993 des entreprises à privatiser⁵⁴⁹.

La banque BNP⁵⁵⁰ fut privatisée par le moyen d'une offre publique de vente, avec en parallèle, la mise en place de la procédure de vente de titres de gré à gré pour la constitution d'un noyau dur d'actionnaires. En contrepartie du paiement des titres à un prix légèrement supérieur à celui fixé pour le public, un certain nombre d'acquéreurs potentiels, choisis *intuitu personae*, sont autorisés à acheter de gré à gré des titres, avec interdiction de les céder pendant un certain temps. L'opération de privatisation du groupe chimique et pharmaceutique Rhône-Poulenc⁵⁵¹ comportait quatre tranches : une offre publique de vente à l'intention des particuliers, une partie des titres offerte aux salariés et anciens salariés de la société, une

⁵⁴⁷ En 1993, la France connaît, pour la deuxième fois une cohabitation : François Mitterrand, Président, et Édouard Balladur, Premier ministre.

⁵⁴⁸ S. ALBERT et C. BUISSON, *op. cit.*, p. 112.

⁵⁴⁹ D. n° 93-1041, 3 sept. 1993, pris pour l'application de L. n° 86-912, 6 août 1986, modifiée, relative aux modalités des privatisations.

⁵⁵⁰ La participation étatique était de 73 % avant la privatisation de BNP en octobre 1993.

⁵⁵¹ La participation étatique était de 43 % avant la privatisation de Rhône-Poulenc en novembre 1993.

tranche réservée aux investisseurs institutionnels français et étrangers et enfin, une dernière tranche pour la constitution du noyau dur d'actionnaires.

Selon le cahier des charges pour la privatisation de la BNP et de Rhône-Poulenc, les nouveaux acquéreurs devaient conserver la totalité de leurs titres pendant au moins trois mois, et 80 % pendant au moins vingt et un mois pour BNP et quinze mois pour Rhône-Poulenc. Les actionnaires stables se sont mutuellement conférés un droit de préemption dans un protocole.

Paragraphe 2 : La spécificité tunisienne

239. Afin de protéger les intérêts étatiques, les pouvoirs publics tunisiens ont mis à la charge du nouvel acquéreur de l'entreprise privatisée des obligations exorbitantes durant la période postérieure à la cession (**A**). Ces diverses obligations sont assorties de garanties qui s'avèrent être défaillantes dans la pratique (**B**).

A/ Des obligations exorbitantes

240. Consignées dans le contrat de cession ou le plus souvent dans le cahier des charges qui lui est annexé, les obligations incombant au nouvel acquéreur concernent le maintien du personnel de l'entreprise privatisée et l'assurance de la pérennité de l'entreprise et de son développement⁵⁵².

241. La première obligation a trait à la sauvegarde du personnel de l'entreprise privatisée. L'engagement de l'acquéreur concernant le maintien du personnel, de ses droits et de ses avantages sociaux est différemment formulé suivant l'opération de privatisation. Dans certains cas, il est simplement énoncé que « l'acquéreur s'engage à maintenir le niveau d'emploi compatible avec le développement de l'activité de l'entreprise et préserver tous les droits et avantages acquis du personnel »⁵⁵³. Ce type de clause offre au nouvel acquéreur une marge de manœuvre lui permettant de procéder aux réductions du personnel qu'il jugera utiles. En revanche, dans d'autres cas, la clause est stipulée avec une telle précision qu'il est

⁵⁵² K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 502.

⁵⁵³ Cahier des charges pour les cessions des titres de la Société commerciale tunisienne, art. 4, et de la Société régionale de transport de marchandises du Sahel, art. 6.

impossible à l'acquéreur de l'interpréter à son profit et de réaliser ainsi des licenciements⁵⁵⁴. À titre d'exemple, les clauses sociales d'un contrat de cession peuvent prévoir que « pendant un délai minimum de trois ans à compter de la conclusion du contrat, le cessionnaire s'engage à maintenir les avantages acquis et à ne pas réduire l'effectif du personnel par rapport à l'effectif indiqué à l'exception des cas suivants : démission, licenciement pour faute lourde, plan de redéploiement agréé par le cédant »⁵⁵⁵.

La différence de rédaction dans les contrats de cession résulte notamment de l'inégale considération de la question sociale suivant les opérations de privatisation. Plus l'enjeu social est grand, plus les clauses sociales sont mieux rédigées et les engagements de l'acquéreur bien cernés. Par ailleurs, depuis 1997-1998, les actes de cession et les cahiers des charges ne sont plus rédigés par les fonctionnaires de l'administration en collaboration avec l'entreprise concernée et son service juridique. Ils sont entièrement élaborés par des spécialistes de banques d'affaires étrangères⁵⁵⁶, qui depuis cette date, sont de précieux conseils pour les opérations les plus importantes et les plus complexes.

242. Le second souci des pouvoirs publics a trait au maintien de l'activité de l'entreprise privatisée et de son développement. Ainsi, les pouvoirs publics doivent tenir compte de cette obligation dans le choix de l'acquéreur de l'entreprise publique.

Diverses formules sont utilisées dans les cahiers des charges ou dans les contrats de cession concernant l'engagement de l'acquéreur privé à maintenir l'activité de l'entreprise cédée et à la développer. Certaines rédactions sont générales et ne dépassent pas l'engagement de principe, tel que « l'acquéreur s'engage à maintenir et à développer l'activité de l'entreprise »⁵⁵⁷ ou « l'acquéreur s'engage à maintenir l'établissement en bon état de fonctionnement »⁵⁵⁸. En revanche, d'autres formulations sont dotées de précision et de détails rendant l'engagement qui en découle mieux défini et donc plus contrôlable. Les pouvoirs

⁵⁵⁴ Lors de la privatisation de la Société des ciments d'Enfidha.

⁵⁵⁵ Projet de contrat de cession de la cimenterie de Jebel Ouest, art. 8.

⁵⁵⁶ Recours à la Banque Rothschild pour la cession des sociétés du ciment d'Enfidha et de Jebel El Ouest, et à la CCF Charterhouse pour la cession de la Société des ciments de Gabés et de la Société des ciments artificiels tunisiens.

⁵⁵⁷ Cahier des charges relatif à la cession des titres de la Société d'import-export du centre, art. 10.

⁵⁵⁸ Cahier des charges relatif à la cession de l'hôtel Ain Oktar, art. 8.

publics utilisent ce type de formulation lors des cessions des grandes entreprises qui présentent un intérêt particulier, telles que les sociétés de cimenterie⁵⁵⁹.

Ce genre de clause n'est pas utilisé dans les cessions de droit commun. Le cédant ordinaire ne s'inquiète pas du sort futur de l'entreprise qu'il cède à autrui. En revanche, les cédants publics⁵⁶⁰ doivent se comporter différemment. En effet, le maintien et le développement de l'activité de l'entreprise est une condition *sine qua non* de la sauvegarde du personnel qu'elle emploie. Or, sa détérioration ou sa liquidation volontaire peuvent avoir de graves conséquences sur ce plan. Il est ensuite des entreprises dont les missions revêtent un caractère essentiel pour l'économie du pays⁵⁶¹, qui sont considérées comme faisant partie des secteurs stratégiques.

Les diverses obligations mises à la charge des acquéreurs sont limitées dans le temps. En effet, l'engagement de maintenir le personnel de l'entreprise privatisée, de préserver ses droits et avantages acquis et d'assurer la pérennité de celle-ci s'éteint avec l'extinction du cahier des charges, voire avant.

B/ Des garanties défaillantes

243. Afin d'être effectives durant la période de validité des obligations incombant aux acquéreurs, celles-ci requièrent deux types de gardes-fou : d'une part, un système de contrôle permettant de relever leur violation, et d'autre part, un système de sanction dissuasif adapté. Malheureusement, on constate, d'une part, que le système de contrôle est inefficace et, d'autre part, que le système de sanction est purement et simplement inexistant.

À ses débuts, le programme de mise en œuvre des opérations de privatisation tunisien ne comportait aucun mécanisme de suivi des opérations. Ni les actes de cession, ni les cahiers des charges ne prévoyaient un système d'informations permettant de vérifier le respect de leurs obligations. Par ailleurs, aucune structure ministérielle ne fut mise en place, chargée de

⁵⁵⁹ Il est stipulé dans les contrats de cession de la Société d'Enfidha et de Jebel el Ouest que « l'acquéreur s'engage à assurer la pérennité de la société, développer son activité, assurer son équilibre financier et développer ses ressources humaines », art. 8.2.1.

⁵⁶⁰ L'État, les participants publics.

⁵⁶¹ Telles que les cimenteries, les sucreries, ou les sociétés de transport de marchandises.

suivre l'après-privatisation. Tout se passait comme si le respect des obligations était un acquis.

Dix ans après, les pouvoirs publics se sont rendu compte de la nécessité d'un tel système de contrôle et de suivi. En 1996, avec la création du ministère de développement économique, l'unité de privatisation fut transformée en direction générale de la privatisation, comportant notamment une direction de l'exécution et du suivi des opérations de privatisation⁵⁶².

244. Le système de suivi des opérations de privatisation n'est toutefois pas doté de moyens efficaces. En effet, il est confié à une sous-direction qui ne comprend qu'un seul service. De plus, les textes ne précisent pas par quel biais le suivi sera assuré. La « cellule de suivi » est composée d'un fonctionnaire, qui a pour mission le suivi des entreprises cédées. Son rôle consiste à aider les entreprises qui connaissent des difficultés après la cession et à résoudre leurs problèmes en intervenant auprès des organismes et des services concernés.

Ce système a connu une légère amélioration avec les premières opérations de privatisation des cimenteries tunisiennes. Une obligation d'information a été mise à la charge de l'acquéreur permettant au cédant de vérifier le respect des engagements consignés dans les actes de cession⁵⁶³.

Mais ce système aurait été efficace s'il avait été assorti de sanctions dissuasives et adaptées. Les divers textes concernant la mise en œuvre du programme de privatisation tunisien sont muets au sujet des sanctions susceptibles d'être infligées aux acquéreurs d'entreprises publiques manquant à leurs engagements⁵⁶⁴. Les textes auraient pu donner compétence aux autorités chargées de mettre en œuvre le programme de privatisation et prévoir la possibilité d'insérer pour chaque cas, dans les actes de cession, le type de mesures à même de dissuader les acquéreurs ou de sanctionner leurs manquements aux obligations contractuelles. Or, l'examen des différents cahiers des charges et des actes de cession révèle l'inexistence de

⁵⁶² D. n° 96/271, 14 févr. 1996, portant organisation du ministre du développement économique, art. 26.

⁵⁶³ Le cessionnaire s'engage à fournir annuellement au cédant et pendant une période de cinq ans, un état des investissements effectués au cours de l'exercice précédent, et un bilan social faisant apparaître nominativement le flux des entrées et des départs. Il devra par ailleurs indiquer les raisons ayant motivé les départs. Actes de cession des Sociétés des ciments d'Enfidha et de Jebel el Ouest, art. 8.2.2 et art. 8.3.2.

⁵⁶⁴ Ni la loi du 2 août 1987, ni la loi du 1^{er} février 1989, ni même les diverses circulaires du Premier ministre.

sanctions spécifiques en la matière, à l'exception des actes de cession des sociétés des ciments d'Enfidha et Jebel el Ouest⁵⁶⁵.

245. Deux types de sanctions spécifiques au processus de privatisation peuvent être retenus et appliqués. Le premier est celui des sanctions prédéterminées par la loi ou par le règlement à infliger aux acquéreurs défaillants, sur décision du Premier ministre. Il peut s'agir de la déchéance du bénéfice des avantages fiscaux, parafiscaux ou financiers qui auraient dû être obtenus. Un tel système est prévu par les textes marocains régissant le transfert des entreprises publiques au secteur privé⁵⁶⁶.

Le second système est celui des clauses pénales⁵⁶⁷. Ainsi, les actes de cession ou les cahiers des charges auraient pu comporter, pour chaque type d'obligations mises à la charge de l'acquéreur, des clauses pénales prévoyant de manière forfaitaire l'indemnisation qui serait due au cédant en cas de manquement par l'acquéreur à ses obligations⁵⁶⁸. Dissuasif et efficace, ce système a été retenu en Allemagne par la *Treuhandanstalt* dans les contrats de cession des entreprises publiques est-allemandes⁵⁶⁹. Dans ces contrats, les clauses pénales sont minutieusement rédigées afin qu'elles soient adaptées à l'obligation qu'elles tentent de protéger. À titre d'exemple, l'obligation de ne pas revendre, durant une certaine période, l'entreprise nouvellement privatisée est garantie par une clause pénale obligeant le cessionnaire à verser à la *Treuhandanstalt* un pourcentage du prix de revente supérieur à cent pour cent. Par ailleurs, l'obligation de maintien des emplois est garantie par une clause pénale qui prévoit qu'en cas de licenciement, le cessionnaire devra verser à la *Treuhandanstalt* une somme forfaitaire par emploi supprimé, indépendamment des indemnités qui seraient dues à l'employé licencié⁵⁷⁰.

⁵⁶⁵ Il est stipulé à l'article 5 que « l'inexécution ou le non-respect par l'acquéreur des obligations édictées (...) sont sanctionnés par la possibilité, pour l'État tunisien, de mettre en œuvre tous les moyens juridiques afin d'amener l'acquéreur à honorer ses engagements et de recourir, le cas échéant, à la demande de résiliation de l'acte de vente six mois après mise en demeure restée sans effet ».

⁵⁶⁶ D. n° 2-90-402, 16 oct. 1990, art. 23, qui prévoit « qu'en cas de non-respect par l'acquéreur de ses obligations et sauf circonstances exceptionnelles, le ministre chargé de la mise en œuvre des transferts prononce, après avis de la commission des transferts, la déchéance du droit aux exonérations fiscales ».

⁵⁶⁷ V. à ce sujet, J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 4, Les Obligations, 22^{ème} éd., PUF, 2000, n° 178.

⁵⁶⁸ V. not. à ce sujet, M. BAGBAG, « De la possible réception de la notion de la clause pénale par le code des obligations et des contrats », *RTD*, 1998, p. 41 et s ; F. LOKSAIER, « La clause pénale en droit tunisien », *Études Juridiques*, 2000, p. 75.

⁵⁶⁹ V. à ce sujet, J. MASSOL, « La *Treuhandanstalt* et son rôle dans la privatisation est-allemande : un cas exemplaire ? », *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. n° 33, 2002, p. 79-113.

⁵⁷⁰ B. LAURIN, « Quelques aspects de la négociation des contrats d'acquisition par la *Treuhandanstalt* dans le cadre de la privatisation de l'économie est-allemande », *RDAI*, n° 2, 1993, p. 211 et s.

CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES SOCIÉTÉS ET DU MARCHÉ

246. La privatisation d'une entreprise va au-delà du simple transfert des droits de propriété. Celle-ci peut s'accompagner d'un changement de dirigeants, voire d'une transformation radicale des organes de direction. Par conséquent, ce remaniement s'accompagne d'une modification du mode de « gouvernance » de l'entreprise.

L'offre publique de vente étant la modalité de transfert la plus répandue lors des privatisations, la gouvernance des sociétés, en particulier de celles dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, évolue ainsi sous l'influence d'autres systèmes juridiques, y compris celui de la *corporate governance*⁵⁷¹ (**Section 1**).

Au-delà de la protection des intérêts des sociétés privatisées, les gouvernements se sont aussi montrés sensibles à l'idée que les monopoles publics seraient moins efficaces que les entreprises nationales et les entreprises étrangères. C'est pourquoi on assiste à un mouvement de remise en cause de ces monopoles publics. Cette remise en cause peut aller jusqu'à leur privatisation (**Section 2**).

⁵⁷¹ Importé de l'américain, la traduction française du terme ne fait pas l'unanimité : « gouvernement d'entreprise » ou « gouvernance d'entreprise ». V. à ce sujet, J.-L. BEFFA, « Gouvernance d'entreprise ou régime de gestion ? Les grandes entreprises de l'Europe continentale au fondement de la citoyenneté industrielle », *Rev. éco. pol.*, 2002, vol. 112, p. 463.

Section 1 : L'intégration des principes du *corporate governance* dans les sociétés privatisées

247. Les théories de *corporate governance* recommandent un renouveau du contre-pouvoir actionnarial. Celui-ci repose plus sur un rôle plus actif des administrateurs que sur la surveillance renforcée des actionnaires. Il était donc nécessaire que soit réformées les règles en matière de gouvernance au sein des entreprises, surtout celles nouvellement privatisées. Ayant connu une expansion à l'échelle mondiale (**Paragraphe 1**), la France et la Tunisie ont intégré les principes du gouvernement d'entreprise dans leurs droits nationaux (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le corporate governance : un phénomène mondial

248. La gouvernance d'entreprise est un phénomène mondial qui présente « la caractéristique de pouvoir être abordée aussi bien sous un angle philosophique que sous un angle sociologique, économique et juridique »⁵⁷². Cette notion appelle deux séries de remarques : les premières concernent la délimitation de la doctrine de *corporate governance*, (**A**) et les secondes tiennent aux raisons de son développement (**B**).

A/ La délimitation de la notion

249. Comme son nom l'indique, la doctrine de *corporate governance* a une origine anglo-américaine, qui a pris naissance aux États-Unis, puis s'est répandue en Grande-Bretagne et dans le monde.

250. La cause de la doctrine était de savoir comment faire en sorte que les dirigeants, puissants dans une organisation au sein de laquelle ils détiennent l'ensemble des pouvoirs et toutes les informations, agissent au mieux des intérêts des actionnaires. En d'autres termes, c'est la question, fort débattue, des rapports entre dirigeants et actionnaires, dans le cadre des grandes entreprises, y compris celles récemment privatisées, et le plus souvent organisées en sociétés cotées. Cette interrogation a débouché sur la notion de *corporate governance* qui a

⁵⁷² Y. PESQUEUX, *Gouvernance et privatisation*, éd. La politique éclatée, 2007, p. 171.

pour finalité de s'assurer que les sociétés sont gérées dans l'intérêt commun de tous les actionnaires et non dans celui — particulier — des majoritaires ou des dirigeants.

Les travaux des économistes Berle et Means⁵⁷³ en 1932, Galbraith⁵⁷⁴ en 1968, et Jales Burnam en 1947⁵⁷⁵ ont mis en évidence la dissociation entre la propriété du capital et l'exercice du pouvoir au sein de l'entreprise. Cette séparation se produit dès que la société est introduite en bourse et fait appel à des capitaux anonymes dont les détenteurs ne sont pas associés à la gestion de l'entreprise.

À la suite des faillites des caisses d'épargne américaines, deux ouvrages de référence⁵⁷⁶ ont été élaborés et qui constituent un monument déontologique traitant des questions relatives aux objectifs à poursuivre par les organes sociaux, les devoirs et les comportements souhaitables des dirigeants et des actionnaires.

Les *Principles of Corporate Governance*⁵⁷⁷ comportent des recommandations adressées aux sociétés cotées afin d'améliorer leur gouvernance⁵⁷⁸. Ses principes constituent une réponse à la vague d'offres publiques d'achat agressives qui s'est propagée sur les entreprises américaines courant les années 1980. L'objectif était de prémunir les administrateurs contre ces prises de contrôle agressives, voire même contre toute action en responsabilité, en leur permettant de se conformer aux règles d'une gestion efficace et transparente.

251. En Grande-Bretagne, c'est une série de scandales financiers⁵⁷⁹ qui relança le débat sur les rapports entre dirigeants et actionnaires. Dans un système économique où les sociétés à actionnariat dispersé occupent une place importante et où les investisseurs institutionnels jouent un rôle décisif, il a paru indispensable de répondre à l'inquiétude que de tels abus auraient pu provoquer sur les marchés financiers⁵⁸⁰. De plus, à cause des offres publiques d'achat inamicales et des révocations de dirigeants provoquées par une gestion de la société

⁵⁷³ *The modern Corporation and Private Property*.

⁵⁷⁴ Le nouvel État industriel.

⁵⁷⁵ L'ère des organisateurs.

⁵⁷⁶ Le *Corporate Director's Guide book* (1978) et *Les Principles of Corporate Governance* (1994).

⁵⁷⁷ Rédigé par l'*American Institute of Law*.

⁵⁷⁸ V. MAGNIER, « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. sociétés*, 2012, p. 1.

⁵⁷⁹ Par ex : la chute de l'empire Maxwell, Rober Maxwell avait puisé de l'argent dans les fonds de retraite de son personnel pour tenter de relancer ses sociétés et manipuler les cours de la Bourse ; la corruption de la banque Barings, mise en faillite à cause de placements à découvert supérieurs aux fonds propres de la banque.

⁵⁸⁰ N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie de marché : aspects juridiques*, préf. Cl. Champaud, LGDJ, Paris, 2002, p. 591.

ne tenant pas compte des intérêts des actionnaires, des réformes furent proposées⁵⁸¹ afin d'encadrer plus strictement les pouvoirs des dirigeants et d'éviter que ces derniers n'usent de leurs prérogatives au détriment de l'intérêt des investisseurs. Le rapport Cadbury⁵⁸² élabora un *Code of Best Practice* en proposant des changements susceptibles d'améliorer le fonctionnement des sociétés anonymes⁵⁸³. L'idée était que les conseils d'administration étaient défaillants parce qu'ils étaient tenus par les *managers*. Il faut donc assurer l'indépendance des administrateurs⁵⁸⁴, représentant les actionnaires, par rapport au directeur général⁵⁸⁵. Un deuxième rapport⁵⁸⁶ a vu le jour, celui-ci sur le thème de la rémunération des dirigeants : le rapport *Greenbury*. D'autres rapports vinrent améliorer ceux-ci, aujourd'hui consolidés dans le *Combined Code, Principles of good governance and code of best practice*, révisés récemment en 2010, sous l'intitulé *UK Corporate Governance Code*.

252. Pendant que se développait le débat sur le *corporate governance*, se produisait un autre phénomène qui allait interférer avec le premier en lui donnant un puissant essor : la montée en puissance du capitalisme collectif dans les pays anglo-américains⁵⁸⁷. Le capitalisme collectif concerne les fonds de retraite ou de prévoyance, les fonds de placement mutuels ou collectifs et les fonds détenus par les compagnies d'assurance et dont les bénéficiaires réels sont les assurés. Il se caractérise quant à lui, par une dissociation entre la propriété du capital et la gestion du capital (notamment les choix des investissements). Le *crack boursier* de 1987 a conduit à réfléchir aux responsabilités des gestionnaires d'actifs, tant à l'égard des leurs mandants qu'à l'égard des sociétés dans lesquelles ils investissent leurs fonds. Ainsi, la doctrine de *corporate governance* a fourni des réponses aux questions soulevées par ces responsabilités, alors que les actionnaires ou les gestionnaires d'actifs s'étaient peu impliqués dans le débat, au point que les autorités publiques ont obligé les gestionnaires d'actifs à remplir leurs devoirs d'actionnaires.

⁵⁸¹ Initiative prise par le *London Stock Exchange*, qui institua des commissions spécialisées chargées d'édicter les principes d'une bonne gouvernance des sociétés cotées.

⁵⁸² 1994. La commission Cadbury définit la notion de *corporate governance* comme étant « le système par lequel les entreprises sont dirigées et contrôlées ».

⁵⁸³ A. TUNC, « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni », *RIDC*, 1996, p. 113.

⁵⁸⁴ *Non executive directors*.

⁵⁸⁵ *Chief executive*.

⁵⁸⁶ 1995.

⁵⁸⁷ P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise » », *Rev. sociétés*, 1998, p. 5.

Tardivement intervenus, les gestionnaires d'actifs se sont appropriés la doctrine de *corporate governance* en la transformant en une véritable idéologie dont ils se font désormais les propagandistes à travers le monde.

Des concepts et des pratiques ont été dégagés par ce courant afin d'améliorer la gestion des entreprises ainsi que l'amélioration du fonctionnement du marché lui-même.

Le rapport *Cadbury*⁵⁸⁸ définit le *corporate governance* comme étant « le système par lequel les sociétés sont gérées et contrôlées ». Définition abstraite certes, mais la doctrine de *corporate governance* présente des lignes de force qui ont toutes pour objet de répondre aux insuffisances constatées à l'occasion des scandales financiers. Le but est d'assurer que l'entreprise est gérée aux mieux des intérêts des actionnaires-investisseurs, ainsi seul l'intérêt des *shareholders* est pris en compte⁵⁸⁹. Ces lignes de force sont au nombre de trois. D'une part, présence aux côtés des administrateurs actifs⁵⁹⁰ d'administrateurs passifs⁵⁹¹, chargés d'assurer une surveillance sérieuse et efficace des premiers. Ensuite, choisir parmi les *non exécutives* des administrateurs indépendants par rapport aux actionnaires de contrôle, à la direction et aux entreprises qui entretiennent un important courant d'affaires avec la société concernée. Enfin, création de comités spécialisés⁵⁹² aptes à assister et à éclairer le conseil d'administration dans le cadre d'un certain nombre de décisions, qui sont jugées d'une particulière importance pour le bon fonctionnement de l'entreprise.

253. L'objectif ultime de la doctrine de *corporate governance* est de parvenir à une direction plus démocratique des sociétés anonymes, mais pour cela il faut à la fois restituer aux actionnaires un pouvoir effectif de décision et de contrôle ainsi que délimiter les devoirs et les responsabilités des dirigeants des sociétés cotées et des gestionnaires d'actifs.

Dans les pays anglo-américains, le contentieux de la responsabilité est le véritable moteur du développement des modes d'organisation et des comportements. C'est dans cet environnement de « risque contentieux »⁵⁹³ que les principes et les pratiques de *corporate governance* pour les dirigeants des sociétés cotées et pour les gestionnaires d'actifs la

⁵⁸⁸ Point 2.5 du rapport *Cadbury*.

⁵⁸⁹ N. THIRION, *op. cit.*, p. 592.

⁵⁹⁰ Les *exécutives*.

⁵⁹¹ Les *non exécutives*.

⁵⁹² Comité d'audit, comité de nomination, comité de rémunération...

⁵⁹³ P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise », art. préc., p. 5.

référence en matière de responsabilité. Ainsi, en appliquant les *principles of corporate governance*, les dirigeants d'entreprises ont la possibilité de se protéger contre les mises en cause éventuelles de leurs responsabilités en évitant les comportements jugés fautifs ou négligents.

254. Les pratiques du *corporate governance* ont une fonction préventive ou probatoire, ce qui explique leur formalisme. L'institution de comités spécialisés aux côtés du conseil d'administration manifeste le souci des dirigeants de satisfaire leurs obligations en matière d'information financière, de contrôle des comptes, de rémunération... Par conséquent, ces comités procurent aux administrateurs une preuve formelle de l'accomplissement de leurs devoirs⁵⁹⁴ en rendant plus difficile la mise en cause *a priori* de leur responsabilité qui pourra, néanmoins être recherchée si des négligences sont établies.

Par ailleurs, l'exigence de la présence des *non exécutives* au sein du conseil d'administration accroît l'impartialité de l'organe et permet un meilleur contrôle des administrateurs.

Le développement du capitalisme collectif n'ayant pas été prévu par les doctrines économiques ou juridiques classiques, celles-ci n'ont pas pu explorer les éventuelles particularités qui apparaissent peu à peu dans le débat sur le *corporate governance*⁵⁹⁵. Le but est de définir les règles d'un jeu dans lequel les gestionnaires d'actifs deviennent peu à peu les opérateurs boursiers dominants et les principaux actionnaires des plus grandes sociétés cotées. Les gestionnaires d'actifs doivent rendre compte à leurs mandants de la qualité de la gestion des fonds collectifs qu'ils investissent et de l'exécution de leurs devoirs d'actionnaires dans les sociétés où sont placés ces fonds. Pendant longtemps, ils se sont comportés comme de purs opérateurs de marché, pensant ne pas être concernés par les sociétés dans lesquelles ils investissaient, sauf pour en tirer les conséquences financières de leurs investissements. Ainsi, les autorités publiques ont dû intervenir pour leur rappeler leurs devoirs⁵⁹⁶.

Les gestionnaires d'actifs intervenant de manière de plus en plus croissante dans les affaires des sociétés, des institutions ont vu le jour pour leur procurer des conseils et déterminer les

⁵⁹⁴ Devoir de loyauté à l'égard des actionnaires ; devoir d'information exacte, transparente et fournie en temps utiles ; devoir de diligence.

⁵⁹⁵ P. BISSARA, « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise », art. préc., p. 10.

⁵⁹⁶ Aux États-Unis, sur le fondement de l'*Employée Retirement Incentive Security Act*, le département du travail a contraint les fonds de pension ou leurs gestionnaires de voter dans les sociétés américaines, puis dans les sociétés étrangères. Au Royaume-Uni, la *National Association of Pension Funds* a sollicité les investisseurs institutionnels afin qu'ils ne restent plus passifs et à se conduire en investisseurs responsables.

pratiques leur permettant de prouver qu'ils remplissent les devoirs auxquels ils sont tenus⁵⁹⁷. Par ailleurs, le gestionnaire se fait souvent assister par des *proxy advisers* qui analysent les projets de résolution en fonction des critères de vote pour conseiller le sens de celui-ci. Ce système se fonde lui aussi sur les principes de *corporate governance*, puisque les *corporate proxy guidelines* établissent des principes valables pour toutes les sociétés en prenant en considération des éléments jugés positifs ou négatifs indépendamment de la situation propre et des caractéristiques spécifiques de la société. Par exemple, l'absence de comité au sein du conseil, l'absence ou le nombre insuffisant de *non executive directors* seront sanctionnés par des votes négatifs des actionnaires, même si rien ne laisse croire qu'ils pourraient avoir une influence défavorable sur la gestion de la société. Désormais, les gestionnaires sont persuadés qu'ils engageraient leur responsabilité s'ils n'exigeaient pas des sociétés dans lesquelles ils investissent qu'elles appliquent les pratiques de *corporate governance*.

255. Les règles dégagées par la doctrine anglo-américaine de *corporate governance*, ont supplié, à bien des égards, des carences du droit américain des sociétés et n'ont pas manqué d'exercer une forte influence en Europe continentale.

B/ Le modèle français du gouvernement d'entreprise

256. Plusieurs facteurs expliquent l'engouement du débat sur le gouvernement d'entreprise en France depuis le début des années 1990.

La montée en puissance des investisseurs institutionnels est l'un des facteurs⁵⁹⁸ ayant joué un rôle important dans le développement de la doctrine du *corporate governance* en France. Certes, les fonds de pension français n'existaient pas encore, mais les investisseurs étrangers apportaient avec eux de nouvelles exigences dans le domaine de la maximisation de la valeur boursière. L'intervention de ces investisseurs étrangers est d'autant plus nécessaire que les entreprises françaises souffraient d'une sous-capitalisation, c'est pourquoi il était indispensable de faire appel à des capitaux étrangers pour financer leur croissance. Ce

⁵⁹⁷ Ex. : L'*Investor Responsibility Research Center* en élaborant le concept de *proxy voting guidelines*, qui définit *a priori* des critères de vote dans toutes les assemblées (ce guide imposera un vote négatif à toute mesure anti-OPA, aux augmentations de capital sans droits préférentiels de souscription...).

⁵⁹⁸ F. PARRAT, *Le gouvernement d'entreprise : ce qui a déjà changé, ce qui va encore évoluer*, éd. Maxima, Paris, 1999, p. 179.

phénomène s'est accéléré avec les privatisations des années 1980-1990⁵⁹⁹. Le développement des fonds de pension anglo-américains au sein du capital des sociétés françaises s'est effectué parallèlement à l'affaiblissement des noyaux durs, qui jusqu'alors verrouillaient le capital de ces sociétés. Les noyaux durs avaient pour but de garder le contrôle dans des mains stables ainsi que de protéger la direction des entreprises contre tout risque de rachat inamical.

Selon le Professeur Paul Didier⁶⁰⁰, ces organismes collectifs ont été les premiers à réagir aux dérives d'une direction exercée par des technocrates qui ne géraient pas toujours la société aux mieux de l'intérêt des actionnaires. Ainsi, l'immixtion des investisseurs nationaux et internationaux dans le capital des sociétés souhaitant se moderniser leur permet d'être actifs et de s'assurer que les fonds investis sont utilisés de façon optimale. Les firmes françaises doivent donc répondre à leurs exigences en transformant leurs systèmes de direction et en rendant plus transparent leur mode de fonctionnement, conformément aux pratiques de *corporate governance*.

257. Le développement des associations de petits actionnaires et de l'actionnariat salarié est également un facteur ayant permis l'essor de la doctrine du gouvernement d'entreprise en France. Les actionnaires individuels, étant de plus en plus actifs, se sont regroupés progressivement au sein d'associations de petits porteurs et ont imposé que les sociétés dans lesquelles ils investissent leur rendent des comptes. En s'associant, les petits porteurs souhaitent rentabiliser au mieux leurs investissements et sont attentifs à l'information que leur transmettent les sociétés. Ils exigent également la mise en place de moyens de télécommunications modernes et adaptés leur permettant de voter et de s'informer à distance⁶⁰¹. Par ailleurs, en raison de l'importance de la participation salariale dans le capital de ces sociétés, ont été constituées des associations d'actionnaires salariés de plus en plus actives. Ils souhaitent ainsi, participer aux décisions prises par les organes de direction et revendiquent l'ouverture des conseils d'administration à leurs représentants.

Toutes ces exigences ont conduit les sociétés françaises à adopter les systèmes de gouvernance modernes.

⁵⁹⁹ L'État français ayant abandonné ses participations dans le capital de nombreuses sociétés au profit d'investisseurs nationaux et étrangers a dû constituer des noyaux durs d'actionnaires, représentant ainsi une coalition d'actionnaires stables.

⁶⁰⁰ P. DIDIER, « Théorie économique et droit des sociétés », *Mélanges A. SAYAG*, 1997, Litec, p. 227.

⁶⁰¹ Depuis la L. n° 83-1, 3 janv. 1983, sur le développement des investissements et la protection de l'épargne.

258. La France s'est, elle aussi alignée sur la mode de la rédaction des rapports et recommandations à destination des sociétés cotées afin qu'elles adoptent des comportements rétablissant la confiance des investisseurs⁶⁰². Par ailleurs, la publication du rapport Viénot⁶⁰³ suivi du rapport Marini⁶⁰⁴ a officialisé l'intérêt que portent certains milieux quant à la nécessaire évolution des méthodes managériales au sein des firmes françaises. Dans les deux cas, la motivation était de répondre à la pression des exemples anglo-américains⁶⁰⁵ et d'éviter ainsi que le modèle anglais ne devienne la seule référence disponible.

Le rapport Viénot est le premier vrai travail en matière de *corporate governance* en France. Il devait s'interroger « sur la composition, les attributions, et le mode de fonctionnement des conseils, au regard des pratiques étrangères et des réflexions en cours dans les principaux pays développés »⁶⁰⁶. Sur la composition des conseils d'administration, le rapport a recommandé, d'une part, la limitation à cinq du nombre des mandats exercés dans des sociétés cotées par des présidents ou des directeurs généraux, d'autre part, l'exclusion des administrateurs réciproques⁶⁰⁷ dans certains comités sensibles⁶⁰⁸, et enfin que tout conseil comporte au moins deux administrateurs indépendants⁶⁰⁹. Concernant les critiques relatives à l'absentéisme, à la négligence et à l'absence de loyauté, le rapport énonce les devoirs essentiels des administrateurs, réunis sous le nom de « charte de l'administrateur ».

Dans sa lettre de mission adressée au sénateur Marini, le Premier ministre sollicite que soient identifiées les questions sur lesquelles une intervention législative serait à terme justifiée « dans les trois domaines du fonctionnement des organes sociaux, de l'information des actionnaires et de la responsabilité des administrateurs et des dirigeants sociaux ».

Le rapport Marini a constaté que le droit français des sociétés contient des déséquilibres : d'une part, il garantit une suprématie des fonctions de direction sur celles de contrôle, d'autre

⁶⁰² J.-M. MOULIN, « Sociétés anonymes. Gouvernance des sociétés », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 1350-28, avr. 2010.

⁶⁰³ Rapport sur le conseil d'administration des sociétés cotées, rédigé par un groupe de travail présidé par M. Viénot à l'initiative de deux organisations patronales : l'Association française des entreprises privées (AFEP) et le Conseil national du patronat français (CNPF), juill. 1995.

⁶⁰⁴ Rapport sur la modernisation du droit des sociétés, rédigé sur la demande du Premier ministre par le sénateur Marini, sept. 1996.

⁶⁰⁵ Tel le *Code of best practices* de la commission Cadbury.

⁶⁰⁶ Lettre de mission du Comité présidé par M. Viénot.

⁶⁰⁷ C'est-à-dire présents dans plusieurs comités de sociétés concurrentes.

⁶⁰⁸ Comme le comité des rémunérations des dirigeants.

⁶⁰⁹ « Personne dénuée de tout lien d'intérêt direct ou indirect avec la société ou les sociétés de son groupe ».

part, il favorise les contrôles de type externe, c'est-à-dire judiciaire, au préjudice des contrôles internes exercés par les commissaires aux comptes et les actionnaires⁶¹⁰.

Parmi les propositions les plus intéressantes, on retiendra la possibilité de dissocier les fonctions de président de celles de directeur général, la limitation réelle du nombre des mandats d'administrateur qui permettra une plus grande disponibilité des membres du conseil d'administration, de nouveaux moyens de contrôle et d'actions ouverts aux actionnaires et l'obligation faite aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières d'exercer leur droit de vote, ainsi que l'extension du pouvoir du comité d'audit.

Le second rapport Viénot⁶¹¹ montre l'acceptation en France de la doctrine du gouvernement d'entreprise par les différentes instances patronales, qui l'avaient reçu avec quelques réserves en soutenant qu'il représentait l'importation forcée d'un concept anglo-américain qualifié d'inadapté au marché français. Celui-ci défend encore plus les idées nord-américaines en matière de *corporate governance*. En effet, il préconise l'augmentation du poids des administrateurs indépendants, la possibilité d'adopter une séparation à la tête de l'exécutif sociétaire, recommande une publicité de la rémunération des dirigeants et demande aux sociétés cotées de faire état dans leur rapport annuel de la mise en pratique de ces recommandations⁶¹².

259. Après les scandales financiers américains⁶¹³, la situation de surendettement de certains grands groupes publics et privés français⁶¹⁴ ainsi que le retournement du marché actions et la crise de confiance des investisseurs, est apparu en septembre 2002 le rapport Bouton⁶¹⁵. Ce rapport vient répondre aux besoins des investisseurs institutionnels qui souhaitaient avoir de nouveau confiance dans les informations divulguées par les marchés financiers, ainsi que sur la fiabilité des systèmes de contrôle mis en place par les organes de direction.

Le rapport Bouton suggère une meilleure transparence quant aux travaux des organes de direction et une plus grande indépendance du conseil d'administration en proposant que les

⁶¹⁰ B. RICHARD, D. MIELET, *La dynamique du gouvernement d'entreprise*, éd. d'organisations, 2003, p. 12.

⁶¹¹ Rapport « sur le gouvernement d'entreprise », présidé par M. Viénot, à la demande de l'Association française des entreprises privées (AFEP) et du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), juill. 1999.

⁶¹² J.-M. MOULIN, *ibid.*

⁶¹³ Not. l'affaire Enron, 2002.

⁶¹⁴ Par exemple : Vivendi Universal et France Télécom.

⁶¹⁵ Rapport « Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées », présidé par D. Bouton, président de la Société Générale, sept. 2002.

administrateurs indépendants soient constitués à deux tiers par les membres des comités des comptes. De plus, il préconise que le conseil procède régulièrement à un audit interne⁶¹⁶, et à la séparation entre les auditeurs qui ont pour mission d'audit et les auditeurs qui conseillent, afin de limiter les conflits d'intérêts. Il recommande par ailleurs une politique de rémunération des dirigeants sociaux plus humble.

L'association française des entreprises privées (AFEP) et le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) ont compilé l'ensemble de ces rapports dans un seul document⁶¹⁷. Les codes AFEP/MEDEF de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées sont le regroupement des rapports du MEDEF et de l'AFEP sur la rémunération des dirigeants et des mandataires des sociétés cotées. Ce code a été modifié en 2010 en vue d'y intégrer une recommandation relative à la représentation des femmes au sein des conseils. Cette consolidation se propose d'être la réponse aux exigences posées par la Commission européenne en matière de *corporate governance* qui imposent à chaque État membre de désigner un code de référence auquel les entreprises devront se conformer ou d'expliquer⁶¹⁸ en quoi leurs pratiques en diffèrent et pour quelles raisons⁶¹⁹.

Ces différents rapports ont été spontanément mis en œuvre par la plupart des sociétés cotées et ont eu un effet positif non seulement sur l'organisation des directions, mais également sur les relations entre dirigeants et actionnaires. En France, compte tenu de la préférence pour l'action législative, les recommandations ont une moindre portée et leur mise en œuvre demeure incertaine si elle n'est fondée que sur un code volontaire⁶²⁰.

260. Malgré tous ces rapports français sur le gouvernement d'entreprise, la question d'une intervention législative s'est rapidement posée. À partir du printemps 1998, le ministère de la Justice et le ministère de l'Économie et des Finances ont entrepris une réflexion sur le thème de la modernisation du droit des sociétés. Dans l'exposé des motifs du projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, il est mentionné que « le développement des grands

⁶¹⁶ Tous les trois ans.

⁶¹⁷ Rapport AFEP-MEDEF, « Le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées », 2003. En 2008 est apparue une nouvelle version du rapport, qui devient « Le code de gouvernement d'entreprise des sociétés cotées ».

⁶¹⁸ Principe *Comply or explain* : principe qui permet au destinataire d'une règle de conduite d'y déroger sous réserve qu'il s'en explique au préalable.

⁶¹⁹ J.-M. MOULIN, *ibid*.

⁶²⁰ A. GOLDSTEIN, « Privatisations et contrôle des entreprises en France », *Rev. éco.*, 1996, vol. 47, n° 6, p. 1309.

groupes industriels faisant appel public à l'épargne et l'augmentation du nombre d'actionnaires appellent un fonctionnement plus équilibré et plus transparent des organes dirigeants des entreprises françaises ». Ainsi, la loi du 15 mai 2001⁶²¹ a consacré la pratique antérieure de *corporate governance* des sociétés françaises, et a même été au-delà. En effet, ce qui n'était qu'une démarche volontaire devient désormais une obligation légale, ensuite, ce qui ne concernait que les sociétés cotées affecte dorénavant toutes les sociétés anonymes, cotées ou non, et enfin, les règles du gouvernement d'entreprise s'appliquent à l'ensemble des *stakeholders*, à savoir actionnaires et salariés⁶²².

Cette loi a délimité les contours des attributions du conseil d'administration⁶²³ et du directeur général⁶²⁴ qui étaient jusque-là confondues. Par ailleurs, elle a officialisé la possibilité pour le conseil d'opter pour un cumul des fonctions de directeur général et président du conseil⁶²⁵, ou au contraire pour une dissociation de ces deux fonctions. Concernant le fonctionnement du conseil d'administration, la loi dite NRE a entrepris quelques améliorations : diminution du nombre des administrateurs, réduction du nombre de leurs mandats, légalisation de leur droit à l'information, publicité de leurs rémunérations⁶²⁶ et renforcement du régime des conventions réglementées⁶²⁷. Les actionnaires ont vu leurs droits accroître et de nouvelles garanties sont apparues, avec notamment l'assouplissement des conditions de déclenchement de l'expertise de gestion, l'abaissement du seuil pour l'obtention de certaines prérogatives telle que poser des questions écrites au président, et l'accès à une information sur les conséquences sociales et environnementales de la société⁶²⁸.

261. Avec les scandales financiers du début du millénaire⁶²⁹, les autorités américaines ont dû intensifier la sécurité financière en renforçant la gouvernance de sociétés. Une loi sur la réforme de la comptabilité des sociétés cotées et la protection des investisseurs fut

⁶²¹ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

⁶²² B. RICHARD et D. MIELET, *op. cit.*, p. 20.

⁶²³ « Il détermine les orientations de l'activité de la société et veille à leur mise en œuvre, se saisit de toute question intéressant la bonne marche de la société et règle par ses délibérations les affaires qui la concerne, procède aux contrôles et vérifications qu'il juge opportuns », L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, art. 106.

⁶²⁴ « Il est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société. Il exerce ces pouvoirs dans la limite de l'objet social », L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, art. 107.

⁶²⁵ Art. L. 225-51-1 du C. com.

⁶²⁶ Art. L. 225-21 code préc.

⁶²⁷ Art. L. 225-38 code préc.

⁶²⁸ Art. L. 225-231 code préc.

⁶²⁹ Scandale américain avec l'affaire Enron qui s'est trouvé en situation de falsification des comptes.

promulguée en proposant une approche moderne dans le domaine des lois des sociétés⁶³⁰. La loi Sarbanes-Oxley a introduit de nouvelles obligations : l’obligation pour les présidents et les directeurs financiers de certifier les comptes, l’obligation de nommer des administrateurs indépendants au sein du comité d’audit du conseil d’administration, ainsi que l’encadrement des avantages particuliers des dirigeants (perte de l’intéressement en cas de diffusions de fausses informations, interdiction des emprunts auprès de la société).

262. En échos à la loi américaine, le législateur français a dû lui aussi renforcer les dispositions légales en matière de gouvernance d’entreprise, spécialement dans le domaine de la sécurité financière. Ainsi, dans la présentation du projet de loi sur la sécurité financière⁶³¹, les pouvoirs publics ont exposé les mesures proposées comme permettant plus de transparence dans les relations entre la société et ses commissaires aux comptes, puisque leur rémunération sera dorénavant rendue publique. De plus, les sociétés faisant appel public à l’épargne devront informer le marché sur les principaux éléments relatifs au gouvernement d’entreprise, sous le contrôle de l’autorité des marchés financiers qui devra publier un rapport chaque année sur les pratiques des sociétés dans ce domaine.

Ainsi, avec la loi sur la sécurité financière, l’autorité des marchés financiers⁶³² devient un des acteurs dans le débat sur l’amélioration de la gouvernance des sociétés, puisqu’il lui revient d’établir un rapport annuel sur les pratiques des sociétés cotées en matière de gouvernement d’entreprise⁶³³. Depuis 2003, les rapports de l’AMF constituent un instrument utile, tant pour le législateur, qui peut mesurer la performance de sa réglementation ainsi que les améliorations à faire, que pour les investisseurs qui peuvent évaluer si la place parisienne est ou non capable d’intégrer les exigences propres à la doctrine de *corporate governance*⁶³⁴.

En 2008, une nouvelle modification du cadre législatif a eu lieu avec la transposition⁶³⁵ en droit français d’une directive communautaire⁶³⁶ qui vise à compléter la partie du rapport annuel relative au gouvernement d’entreprise. Cette loi a introduit en droit français le principe

⁶³⁰ L. n° 107-116, 116 Stat. 745, 31 juill. 2002, dite *Sarbanes-Oxley Act*.

⁶³¹ L. n° 2003-706, 1^{er} août 2003, sur la sécurité financière.

⁶³² Anciennement la Commission des opérations de bourse.

⁶³³ Le dernier en date, le rapport du 13 déc. 2011 sur le gouvernement d’entreprise et les rémunérations des dirigeants.

⁶³⁴ J.-M. MOULIN, *ibid.*

⁶³⁵ L. n° 2008-649, 3 juill. 2008, portant diverses dispositions d’adaptation du droit des sociétés au droit communautaire.

⁶³⁶ Dir. n° 2006/46/CE, 14 juin 2006, « Directive Gouvernement d’Entreprise ».

« *comply or explain* » issu des modifications des 4^{ème} et 7^{ème} directives⁶³⁷ comptables renforçant la transparence des sociétés commerciales.

263. Pour reprendre la formule d'un auteur, « le gouvernement d'entreprise est un chantier permanent »⁶³⁸, elle se situe au cœur des débats qui intéressent tous les pays développés, comme les pays en voie de développement.

Paragraphe 2 : Le corporate governance et le droit tunisien

264. Depuis les années 1990, la Tunisie s'est inscrite dans l'économie de marché, et le but des pouvoirs publics a été d'en faire un marché attractif pour les investisseurs étrangers. La référence au *corporate governance* constituait une exigence de modernisation économique, la Tunisie a modernisé son dispositif législatif afin d'y inclure les règles de gouvernance d'entreprise (**A**). L'idée du gouvernement d'entreprise tunisien est de garantir aux investisseurs la transparence des informations financières divulguées ainsi que la bonne gestion dans les entreprises, y compris les entreprises privatisées (**B**).

A/ La réception de la doctrine de *corporate governance* par le droit tunisien

265. À la suite des scandales financiers américains, la Tunisie a voulu, elle aussi, harmoniser son dispositif de contrôle à travers le renforcement de la gouvernance des entreprises tunisiennes.

En 2005⁶³⁹, les pouvoirs publics ont décidé de légiférer sur la question du renforcement de la sécurité des relations financières. Cette loi a apporté des nouveautés en métamorphosant la pratique des affaires en Tunisie, mais selon certains experts, elle présente des insuffisances⁶⁴⁰. Des experts-comptables tunisiens ont soulevé la question de l'opportunité de cette loi⁶⁴¹, en

⁶³⁷ Dir. 78/660/CEE, 25 juill. 1978, concernant les comptes annuels de certaines formes de sociétés, et Dir. 83/349/CEE, 13 juin 1983, concernant les comptes consolidés.

⁶³⁸ J.-J. CAUSSAIN, *Le gouvernement d'entreprise*, Litec, 2005, p. 75.

⁶³⁹ L. n° 96-2005, 18 oct. 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières.

⁶⁴⁰ Conclusion de la rencontre organisé sur l'initiative du Centre tunisien de la gouvernance d'entreprise, 20 oct. 2010.

⁶⁴¹ Lors de la conférence organisée par le Centre tunisien de la gouvernance d'entreprise sur le thème « Loi relative au renforcement de la sécurité des relations financières : état des lieux cinq ans après », 20 oct. 2010, site : www.centregouvernance.com.

soutenant que la Tunisie n'est pas comparable aux États-Unis ou à la France, où les scandales financiers et des manœuvres frauduleuses avaient tendance à se multiplier. Est-il nécessaire d'adopter en Tunisie une loi sur la sécurité des relations financières ? Selon un intervenant⁶⁴², le but majeur de la promulgation de cette loi a été de doter la Tunisie d'un dispositif législatif moderne, afin de lui permettre de rejoindre le réseau des pays disposant d'une sécurité financière. Selon un orateur⁶⁴³, la loi du 18 octobre 2005 est venue rassurer les opérateurs économiques, les investisseurs, les épargnants et les actionnaires à un moment où le monde des affaires était de plus en plus inquiet à la suite de la succession des scandales financiers, des crashes boursiers et des faillites.

266. Les apports de la législation tunisienne en matière de *corporate governance* concernent le renforcement du droit de contrôle des actionnaires, l'indépendance du commissaire aux comptes, l'instauration d'un comité d'audit, la dynamisation de la fonction du registre du commerce avec l'obligation d'y déposer les états financiers annuels et la modification de l'obligation de communication financière à la charge des organismes de placement collectif en valeurs mobilières. Malgré toutes ces nouvelles dispositions, le législateur tunisien n'est pas allé jusqu'au bout, dans la mesure où la loi n'a pas prévu la mise en place d'organismes de surveillance, veillant au contrôle de l'application de ces nouvelles règles. Or, la Tunisie s'est fortement inspirée, lors de l'élaboration de la loi de 2005, de la loi américaine Sarbanes-Oxley⁶⁴⁴ et de la loi française sur la sécurité financière⁶⁴⁵.

La loi relative au renforcement de la sécurité des relations financières a été complétée par une loi sur l'initiative économique⁶⁴⁶ et plus récemment par une loi de 2009⁶⁴⁷, modifiant et complétant le code des sociétés commerciales, afin de rendre le droit tunisien conforme aux normes internationales de bonne gouvernance des sociétés. L'intervention législative de 2007 avait pour but de remédier à certains défauts des textes antérieurs concernant la fraction du capital nécessaire aux actionnaires afin d'exercer leur droit à l'information et à la communication des documents sociaux. De plus, ce texte introduit pour les sociétés anonymes la procédure d'expertise de gestion, qui n'était prévue que pour les sociétés à responsabilité

⁶⁴² Expert-comptable, F. Derbal.

⁶⁴³ M. Fessi, expert-comptable, également.

⁶⁴⁴ L. n° 107-204, 116 Stat. 745, 31 juill. 2002, sur la sécurité financière, dites loi *Sarbanes-Oxley*.

⁶⁴⁵ L. n° 2003-706, 1 août 2003, sur la sécurité financière.

⁶⁴⁶ L. n° 2007-69, 27 déc. 2007, sur l'initiative économique.

⁶⁴⁷ L. n° 2009-16, 16 mars 2009, modifiant et complétant le code des sociétés commerciales.

limitée. L'apport de la loi de 2009 a consolidé la protection des actionnaires ainsi que la responsabilité des dirigeants à l'égard des associés et des tiers.

267. Parallèlement aux interventions législatives, le centre tunisien de la gouvernance d'entreprise a rédigé en 2007 un guide de bonnes pratiques de gouvernance des entreprises tunisiennes⁶⁴⁸. Il est régulièrement mis à jour en prenant en compte les dernières tendances dans le domaine de la *corporate governance* et en vue d'inclure dans son champ les sociétés à responsabilité limitée et les entreprises familiales qui présentent un aspect spécifique de gouvernance d'entreprise.

Parmi les mesures phares que prône le guide de bonnes pratiques de gouvernance, à l'instar de celui de la plupart des pays du monde, on remarque la séparation de la fonction de président du conseil d'administration de celle de directeur général. Mais, dans la pratique, cette séparation a du mal à gagner du terrain dans les entreprises tunisiennes. Notons que le législateur tunisien, depuis 2000, offre la possibilité aux entreprises souhaitant appliquer la séparation stricte entre les fonctions de gestion de celles de contrôle, d'opter pour la structure dualiste du directoire et du conseil de surveillance⁶⁴⁹.

268. Malgré tous les efforts fournis par les autorités publiques et les réformes institutionnelles en matière de *corporate governance*, les dirigeants tunisiens sont réticents à adopter les bonnes pratiques de la gouvernance. Ceci est dû en partie à la faible exposition des entreprises tunisiennes aux forces du marché international, ce qui les prive de stimulations pour évoluer vers les meilleures pratiques de gouvernance. Néanmoins, quelques entreprises tunisiennes, notamment les grandes entreprises privées, ont réalisé des progrès dans le domaine de la gouvernance d'entreprise, ce qui n'est pas le cas pour les petites entreprises familiales. En effet, la structure familiale du capital de ces entreprises est l'obstacle majeur pour l'adoption des pratiques de gouvernance d'entreprise. Dans ce type de structure, ce sont les actionnaires fondateurs qui détiennent les postes décisionnels et dirigent leurs affaires au détriment des intérêts des créanciers et des actionnaires minoritaires.

⁶⁴⁸ Guide référencé au centre européen de gouvernance d'entreprise et auprès des organismes internationaux, tels que la Société financière internationale (SFI) et l'Organisation des coopérations et de développement économique (OCDE).

⁶⁴⁹ L. n° 2000-93, 13 nov. 2000, portant promulgation du code des sociétés commerciales, codifié à l'art. 224 du code des sociétés commerciales.

B/ L'assimilation des pratiques de bonne gouvernance en Tunisie

269. Les lois tunisiennes en matière de *corporate governance* ont été établi dans le double objectif d'assurer une gestion transparente et une gestion efficace, le but étant de rétablir la confiance des épargnants, investisseurs et bailleurs de fonds en leur assurant un maximum de sécurité et en limitant toute possibilité de les induire en erreur quant à la santé financière de la société qui les intéresse. Précédemment, la manipulation pouvait se produire grâce à la divulgation de fausses informations financières⁶⁵⁰ ainsi qu'à l'absence de dispositifs de contrôle au sein de l'entreprise. Se pose donc la question de savoir quel est le meilleur moyen qui puisse à la fois assurer la fiabilité des informations financières et de sécuriser la gestion.

270. Le premier objectif, c'est-à-dire la divulgation d'informations fiables, passe par la diffusion en temps utile des données exactes sur la santé financière, la rentabilité et le type de gouvernance de l'entreprise. Le droit à l'information est exercé par les associés lors des assemblées générales afin de leur permettre de voter en toute connaissance de cause. Ainsi, ce droit à l'information est un droit naturel, reconnu à tout associé indépendamment de la condition de détention d'un minimum du capital social⁶⁵¹. Néanmoins, avec la loi du 3 novembre 2000, le législateur est venu restreindre ce droit lorsqu'il s'agit d'une société anonyme. L'article 284 du code ces sociétés commerciales dispose qu'un ou plusieurs actionnaires, détenant au moins cinq pour cent du capital de la société anonyme ne faisant pas appel public à l'épargne, ou trois pour cent pour celle faisant appel public à l'épargne⁶⁵², ont le droit d'obtenir, à tout moment, copie des états financiers, des rapports des commissaires aux comptes relatifs aux trois derniers exercices⁶⁵³, des procès verbaux ainsi que les feuilles de présence des assemblés générales tenues au cours des derniers exercices. L'exigence d'une participation dans le capital social a un fondement économique, puisque la généralisation du droit à l'information à tout actionnaire risque de nuire à la société. En effet, la divulgation

⁶⁵⁰ Par exemple, en publiant des résultats bénéficiaires attractifs alors que l'entreprise est déficitaire, ou en minimisant les engagements financiers, alors que l'entreprise est surendettée.

⁶⁵¹ Code des sociétés commerciales, art. 11.

⁶⁵² En 2000, le pourcentage était de dix pour cent, L. n° 69-2007, 27 déc. 2007, relative à l'initiative économique, a réduit le pourcentage de capital requis.

⁶⁵³ Avant la L. 2009-16, 16 mars 2009, modifiant et complétant le Code des sociétés commerciales, l'article ne visait pas le rapport des commissaires aux comptes.

d'informations d'une certaine importance à des concurrents peut avoir des effets économiques néfastes.

Par ailleurs, la réforme de 2007⁶⁵⁴ a assoupli le régime du droit de documentation en énonçant que le seuil de participation requis pour l'exercer peut être atteint par l'actionnaire individuellement ou conjointement avec d'autres actionnaires, ce qui n'était pas le cas sous le régime de la loi ancienne, la demande devant émaner d'un seul actionnaire détenant dix pour cent du capital.

La loi relative au renforcement de la sécurité des relations financières⁶⁵⁵ a élargi le droit à l'information à d'autres parties prenantes⁶⁵⁶. Ainsi, l'information doit également parvenir à la banque centrale tunisienne, au conseil du marché financier et à la bourse des valeurs mobilières de Tunis.

271. Le deuxième objectif, à savoir l'efficacité du système de gestion, est l'un des piliers de la bonne gouvernance d'une entreprise. Il existe deux types de contrôle de la gestion d'une entreprise : le contrôle interne et le contrôle externe.

Le contrôle interne est exercé grâce à la séparation des pouvoirs ainsi qu'à la présence d'organes au sein de l'entreprise. La séparation des pouvoirs consiste en une distinction réelle entre le pouvoir de détention et le contrôle, d'une part, avec la possibilité de dissocier les fonctions de président de celle de directeur général, d'autre part, avec l'introduction dans le code des sociétés commerciales de la société anonyme dualiste, avec directoire et conseil de surveillance.⁶⁵⁷

De plus, le contrôle interne est assuré grâce à la présence d'organes tels que les administrateurs indépendants, les comités et les commissaires aux comptes. L'existence d'administrateurs indépendants⁶⁵⁸ au sein du conseil a pour vocation de défendre au mieux les intérêts des actionnaires puisqu'ils sont présumés plus impartiaux dans d'éventuelles situations de conflits d'intérêts. La qualité d'actionnaire n'est pas nécessaire pour être

⁶⁵⁴ L. n° 2007-69, 27 déc. 2007, relative à l'initiative économique.

⁶⁵⁵ L. n° 96-2005, 18 oct. 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières.

⁶⁵⁶ En anglais, les *stakeholders*.

⁶⁵⁷ L. n° 2000-93, 13 nov. 2000, portant promulgation du code des sociétés commerciales, codifié à l'art. 224 et s. du Code des sociétés commerciales.

⁶⁵⁸ Selon le guide de bonnes pratiques de gouvernance, l'administrateur indépendant est une personne libre de toute relation directe ou indirecte avec l'entreprise, les entreprises de son groupe ou de sa direction.

membre du conseil d'administration. Néanmoins, dans la pratique, ce concept d'administrateur indépendant n'est pas encore entré dans les mœurs des entreprises tunisiennes.

La présence de comités spécialisés au sein de l'entreprise, constituant un contre-pouvoir, a été instituée par la loi sur la sécurité financière⁶⁵⁹. En effet, le comité d'audit⁶⁶⁰ est chargé de contrôler les comptes et de proposer la nomination du ou des commissaires aux comptes. Il est composé de trois membres au moins, désignés selon le cas par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance parmi leurs membres. Ne peuvent être membres du comité permanent d'audit, le président-directeur-général et le directeur-général ou le directeur-général-adjoint. Le comité de rémunération a pour fonction de contrôler le montant des rémunérations et avantages, quelle que soit leur forme, des administrateurs et dirigeants. Le comité de sélection a pour mission de sélectionner les futurs administrateurs et dirigeants de la société.

La désignation d'un commissaire aux comptes est obligatoire pour les sociétés anonymes, depuis la loi sur la sécurité financière⁶⁶¹. Ceux-ci sont des experts-comptables ou des techniciens en comptabilité, ils ne peuvent être nommés administrateurs ou membres du directoire des sociétés contrôlées pendant les cinq années qui suivent la cessation de leurs fonctions⁶⁶².

L'expertise de gestion traduit le contrôle externe de la gestion d'une société. La réforme de 2007 relative à l'initiative économique a introduit un article 290 *bis* au code des sociétés commerciales qui a étendu à la société anonyme l'expertise de gestion, mesure qui n'était initialement prévue que pour les sociétés à responsabilités limitée. D'après cet article, un ou plusieurs actionnaires détenant au moins dix pour cent du capital social peuvent, individuellement ou conjointement, demander au juge des référés la nomination d'un expert ou d'un collège d'experts qui a pour mission de présenter un rapport sur une ou plusieurs opérations de gestion. Le rapport d'expertise est largement diffusé, puisque qu'il est communiqué au demandeur, au ministère public, au conseil du marché financier si la société

⁶⁵⁹ L. n° 96-2005, 18 oct. 2005, relative au renforcement de la sécurité des relations financières.

⁶⁶⁰ C. soc. com., art. 256 *bis*.

⁶⁶¹ L. n° 96-2005, 18 oct. 2005, préc.

⁶⁶² L'indépendance des commissaires aux comptes est assurée par les art. 262, 263 et 265 du C. soc. com.

fait appel public à l'épargne, et également aux organes de gestion et de contrôles. De plus, il est mis à la disposition des autres actionnaires en vue de la future assemblée générale.

Section 2 : Le risque d'émergence de monopoles privés

272. Lorsque l'entreprise publique à privatiser est en charge d'une mission de service public, investie le plus souvent d'un monopole, il existe un risque de créer une situation économique inefficiente et socialement injuste. Et au-delà du démantèlement d'un monopole public par le biais de la privatisation de l'entreprise qui le détient, le risque de la création d'un monopole privé est réel. Soucieux de conserver sa position dominante, l'acteur privé essaiera d'éliminer toute nouvelle entrée de concurrents potentiels sur le marché. Dans la perspective de la privatisation des monopoles publics, il faut au préalable les identifier (*Paragraphe 1*), pour ensuite, dans un deuxième temps présenter le processus de leur privatisation (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : L'identification des monopoles publics

273. D'après la doctrine, le monopole est « un privilège exclusif que possède une personne de vendre un bien, de fabriquer un produit, de gérer un service. Nul autre organisme ou entreprise ne doit être capable d'offrir dans le même espace géographique les mêmes biens ou services »⁶⁶³. Après avoir exposé de manière succincte le régime juridique des monopoles publics (**A**), nous montreront que le déclin des situations de monopole de fait ou de droit gérés par les entreprises publiques nous amène à penser à la question de la remise en cause des monopoles publics (**B**).

⁶⁶³ J. CHEVALIER, « Le pouvoir de monopole et le droit administratif », *RDP*, 1974, p. 23.

A/ Le régime juridique des monopoles publics

274. L'apparition d'un monopole est le résultat de causes diverses et accidentielles. La doctrine opère une distinction entre le monopole de droit et le monopole de fait.

Le monopole de droit, ou monopole institutionnel⁶⁶⁴ réserve à un opérateur économique certaines activités, en supprimant la concurrence qui pourrait s'opposer à lui. L'instauration d'un monopole de droit suppose l'existence d'un texte⁶⁶⁵ qui institue cette situation et habilite l'opérateur économique à intervenir dans le domaine d'activité qui lui est réservé⁶⁶⁶. Ainsi, l'opérateur bénéficie d'un privilège et d'une position légalement protégée au nom de l'intérêt général⁶⁶⁷. Le privilège peut être accordé soit à une entreprise publique⁶⁶⁸ soit à une entreprise privée⁶⁶⁹.

Le monopole de fait est, quant à lui, constitué « lorsque, pour une activité donnée, une seule entreprise existe. Il est caractérisé par l'exclusivité détenue par cette entreprise dans le secteur considéré »⁶⁷⁰. Le monopole de fait résulte du libre jeu des lois du marché, à savoir le fruit des pratiques commerciales d'une entreprise qui progressivement a éliminé ses concurrents en leur ravissant leurs parts de marché.

La notion de monopole naturel est liée à l'existence de conditions techniques régnant dans un secteur industriel. Ces conditions sont telles qu'une entreprise unique servira mieux les consommateurs que ne le ferait un plus grand nombre de producteurs⁶⁷¹. En effet, compte tenu de la taille du marché, la présence de plusieurs entreprises offrant le même produit interdit que le niveau de production optimale soit atteint. Si le monopole est détenu par une entreprise privée, celle-ci aura intérêt à limiter sa production et imposera aux consommateurs ses prix. Afin d'éviter ce risque d'abus, l'État devra réglementer ce monopole ou le transformer en entreprise publique⁶⁷².

⁶⁶⁴ J.-M. DE BORNIER, *Le monopole*, Que sais-je, PUF, 1986, p. 29 et s.

⁶⁶⁵ Le privilège peut être accordé par la loi, par décret ou arrête, ou même par une simple décision administrative.

⁶⁶⁶ A. DE LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ, *Droit public économique*, 5^{ème} éd., 1986, p. 216.

⁶⁶⁷ B. JEANNEAU, *Droit des services publics et entreprises nationales*, Dalloz, 1984, p. 29.

⁶⁶⁸ Le monopole du gaz et de l'électricité (1946).

⁶⁶⁹ L'impression et l'émission de billets de banque accordées à la Banque de France en 1803.

⁶⁷⁰ Y. LOUSSOUARN, R. DRAGO et P. DELVOLVÉ, consultation in L. FAVOREU, *Nationalisations et constitutions*, Economica et PUAM, 1982, p. 105 et s.

⁶⁷¹ J.-M., DE BORNIER, *op. cit.*, p. 19.

⁶⁷² M. DEME, « Les privatisations, une solution pour l'Afrique ? », *Revue politique et management public*, vol. 13, n° 2, juin, 1995, p. 114.

275. Dans les pays industrialisés, les monopoles naturels sont considérés comme des services publics⁶⁷³. Dans les pays européens, la tendance était d'intégrer ces services publics dans le secteur public, en les confiant soit à des entreprises publiques, soit directement à l'État, alors qu'aux États-Unis, l'optique a été de laisser au secteur privé ce genre d'activités, mais en les réglementant. Dès lors que l'efficacité économique et technique justifie le monopole d'une seule entreprise qui sera nécessairement plus efficace que plusieurs, celle-ci devra être contrôlée afin d'éviter les effets néfastes du pouvoir de monopole⁶⁷⁴.

276. En France, l'expression « monopole public » désigne tous les monopoles dont l'existence dépend de l'attribution par les États de droits exclusifs à des entreprises publiques ou privées⁶⁷⁵. Elle englobe aussi bien les monopoles nationaux à caractère commercial visés par l'article 37 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que les monopoles régis par le premier paragraphe de l'article 101 de ce texte. En France, la création et le maintien des monopoles publics sont profondément liés à la fourniture d'un service public, en vertu de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946.

Depuis longtemps, les grands services publics en réseau⁶⁷⁶ ont été organisés en monopoles et exploités par des entreprises publiques. Ce choix repose à la fois sur des considérations économiques⁶⁷⁷, sociales⁶⁷⁸ et politiques⁶⁷⁹.

La protection des monopoles publics est une exigence tirée du Préambule de la Constitution de 1946, qui énonce que « tout bien, toute entreprise, dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national ou d'un monopole de fait, doit devenir la propriété de la collectivité ». Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont défini les contours de ces deux notions (service public national et monopole de fait), notions qui permettent de déterminer le champ des privatisations des entreprises publiques⁶⁸⁰.

⁶⁷³ C'est-à-dire des secteurs qui doivent être pris en main directement ou réglementés par les gouvernements.

⁶⁷⁴ P. JACQUEMOT et M. RAFFINOT, *La nouvelle politique économique en Afrique*, éd. EDICEF-AUPELE, 1993, p. 140.

⁶⁷⁵ R. KOVAR, « Monopoles publics », *Rép. de droit communautaire*, janv. 2006, n° 1, p. 3.

⁶⁷⁶ Télécommunications, électricité, gaz, chemins de fer et poste.

⁶⁷⁷ La théorie du monopole naturel.

⁶⁷⁸ L'égalité des usagers devant le service public.

⁶⁷⁹ Energétique ou industrielle.

⁶⁸⁰ G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges R. Chapus, Montchrestien*, 1992, p. 647 ; L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 16^{ème} éd., Dalloz, p. 664.

La question de la privatisation des entreprises potentiellement vues comme des services publics nationaux se révèle plus laborieuse, en raison de leur identification. Depuis la décision « Privatisations » du Conseil constitutionnel des 25 et 26 juin 1986⁶⁸¹, l'identification passe par la distinction entre les services publics constitutionnels, d'une part, et les services publics législatifs ou réglementaires, d'autre part.

Les premiers sont insusceptibles de privatisation, en raison de leur existence découlant « de principes à valeur constitutionnelle ». Il s'agit, par exemple, des services publics qui correspondent à des fonctions de souveraineté, telles que la santé, l'éducation nationale ou la défense⁶⁸².

Selon le Conseil d'État, un service public national, législatif ou réglementaire, est « un service public dont l'organisation a été fixée au niveau national par la loi et qui a été confiée par le législateur à une seule entreprise »⁶⁸³. Cette formule a été reprise par le juge constitutionnel à l'occasion de sa décision relative à Gaz de France⁶⁸⁴.

Néanmoins, leur privatisation n'est possible que si le législateur leur a, au préalable, fait perdre leur caractère de service public. L'accent a été mis sur ce point lors des décisions relatives à France Télécom, EDF et GDF⁶⁸⁵.

La notion de monopole de fait, selon la décision des 25 et 26 juin 1986 du Conseil constitutionnel⁶⁸⁶ « doit s'entendre compte tenu de l'ensemble du marché à l'intérieur duquel s'exercent les activités des entreprises ainsi que la concurrence qu'elles affrontent dans ce marché de la part de l'ensemble des autres entreprises, et ne saurait prendre en compte les positions privilégiées que telle ou telle entreprise détient momentanément ou à l'égard d'une production qui ne représente qu'une partie de ses activités. Ainsi, la définition du marché pertinent suppose de prendre en compte l'ensemble des produits ou activités susceptibles d'être considérés comme substituables ».

⁶⁸¹ Cons. const., décision n° 86-207, 25 et 26 juin 1986, *Rec*, p. 61.

⁶⁸² V. à ce sujet, L. FAVOREU, « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial « Service public », p. 16 ; N. THIRION, « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *RIDE*, 2002, n° 4, p. 641.

⁶⁸³ CE, avis n° 372040 du 11 mai 2006, relatif à l'évolution de la participation de l'État au capital de Gaz de France.

⁶⁸⁴ Cons. const., décision n° 2006-543, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie, *Rec*, p. 120.

⁶⁸⁵ Cons. const., décision n° 96-380, 23 juill. 1996, loi relative à l'entreprise nationale France Télécom, *Rec*, p. 107 ; Cons. const., décision n° 2004-501 DC, 5 août 2004, relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières, *Rec*, p. 134.

⁶⁸⁶ Cons. const., décision n° 86-207, 25 et 26 juin 1986, *Rec*, p. 61.

Le juge constitutionnel, dans sa décision relative à la privatisation de Gaz de France⁶⁸⁷, a donné une approche restrictive de la notion de monopole de fait, en définissant d'une façon très large le marché en cause. En effet, le Conseil constitutionnel ne s'est pas situé seulement sur le marché du gaz, mais sur celui plus large des énergies substituables⁶⁸⁸.

Quoi qu'il en soit, la privatisation d'entreprises exploitant un monopole de fait peut être réalisée moyennant une intervention législative, qui mettra fin à sa persistance et suffit à lever l'obstacle constitutionnel. Néanmoins, cette solution n'est guère possible pour le transfert de propriété d'entreprises exploitant un monopole de droit.

B/ Vers une remise en cause des monopoles publics ?

277. Une situation de monopole engendre un morcellement strict des marchés nationaux. En d'autres termes, elle implique une structuration des entreprises en champions nationaux. Or, souvent ces champions nationaux sont trop petits, et surtout trop dépendants de leur acheteur national pour être compétitifs et innovants sur les marchés mondiaux⁶⁸⁹.

Dans le courant des deux dernières décennies, l'ouverture à la concurrence des anciens monopoles publics est devenue une réalité à la fois économique, sociale et politique⁶⁹⁰. Cette prise de conscience des contraintes du monopole a été générale. En Europe, elle a coïncidé avec la volonté de créer un grand marché intérieur. Dans certains secteurs⁶⁹¹, le marché national étant de taille trop modeste, élargir le marché constitue un facteur essentiel de compétitivité et d'innovation. En effet, la rapidité du progrès technique et la diversification des techniques sont des arguments contre une situation de monopole.

⁶⁸⁷ Cons. const., décision n° 2006-543, 30 nov. 2006, *op. cit.*

⁶⁸⁸ A. CARTIER-BRESSON « *L'Etat actionnaire* », préf. D. Truchet, LGDJ, 2010, p. 76.

⁶⁸⁹ « Du monopole public à la concurrence », texte rédigé à partir d'une intervention prononcée par P. Champsaur, Président de l'ART, dans le cadre des rencontres économiques de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, juin 2004.

⁶⁹⁰ A. DRUMAUX et Ch. GOETHALS, « Qui profite de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics ? », in *Politiques et management public*, vol. 24, n° 3, 2006, p. 34.

⁶⁹¹ Ex.: le secteur des télécommunications. En France, c'est le premier secteur ouvert à la concurrence à la suite des différentes directives européennes, dites « paquet télécoms ». Aux Etats-Unis, il a été décidé de briser le monopole légal en matière de télécommunications longue distance, au nom de la diversification des techniques.

Au-delà de la réglementation européenne, la plupart des gouvernements sont conscients que les monopoles publics sont moins efficaces que les entreprises privées, et constituent donc un handicap dans la compétition entre les entreprises nationales et les entreprises étrangères.

278. La remise en cause des monopoles publics peut également être justifiée par la perte de confiance sur la capacité de la tutelle de l'entreprise publique et sur la capacité du régulateur du monopole privé à atteindre les objectifs fixés⁶⁹². Par exemple, dans le secteur des télécommunications, le pouvoir politique procédait à un décalage entre les structures de prix et les structures de coût. Les prix rapportés aux coûts appliqués aux consommateurs résidentiels étaient inférieurs à ceux des professionnels. Les télécommunications locales étaient privilégiées par rapport aux télécommunications internationales. Ce type de comportement va à l'encontre de l'efficacité économique. Par ailleurs, la volonté politique avait tendance à faire exécuter par le biais de son pouvoir de tutelle des tâches qui ne relèvent pas de la mission du monopole⁶⁹³.

Il est souvent reproché aux monopoles publics la faible incitation aux gains de productivité. L'absence de concurrents n'encourage ni l'innovation ni la réduction des coûts de production. Certes, l'existence de monopoles publics peut être justifiée par des considérations économiques lorsque l'activité concernée a des coûts fixes de production élevés. Mais les pouvoirs publics ont la possibilité de financer l'activité d'entreprises privées chargée de fournir ce service, après les avoir mises en concurrence.

L'existence des monopoles publics n'est pleinement justifiée que dans le cas de monopoles naturels ou d'activités liées à la sécurité nationale, puisque ces services publics ne peuvent pas être confiés à des entreprises privées. Néanmoins, ces monopoles doivent être fortement réglementés.

279. L'économie tunisienne n'échappant pas à la règle, la notion de monopole y est aussi fortement remise en cause dans le sens de la libéralisation interne et d'une plus grande ouverture vers l'extérieur⁶⁹⁴. Deux phénomènes conduisent à ce remaniement. D'une part,

⁶⁹² « Du monopole public à la concurrence », *ibid.*

⁶⁹³ A titre d'exemple, il se pouvait que les revenus tirés de ces monopoles soient utilisés par la puissance publique afin de financer d'autres projets, sans avoir recours à la fiscalité.

⁶⁹⁴ M. BEN LETAIEF, *L'état et les entreprises publiques en Tunisie : les mutations du contrôle*, préf. de H. Ben Saleh et G. Marcou, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 190.

l'existence de produits ou de services de substitution. Cette réalité peut donner lieu non seulement à une concurrence entre les entreprises du secteur public et celles du secteur privé, mais également à une concurrence entre les différentes entreprises au sein même du secteur public.

D'autre part, l'ouverture des frontières qui amène une entreprise en situation de monopole à être concurrencée par des opérateurs internationaux. En effet, les opérateurs étrangers et internationaux peuvent concurrencer les entreprises publiques nationales.

280. Ainsi, la libéralisation des monopoles publics témoigne du processus de déclin de ces monopoles et la volonté des pouvoirs publics de les supprimer progressivement. La disparition des monopoles publics et l'ouverture à la concurrence constituent souvent l'étape qui précède la privatisation. L'entreprise publique qui entre dans le secteur concurrentiel est généralement privatisée par la suite, car son insertion dans un marché devenu concurrentiel n'est pas une opération simple : les compétences réelles sont rares, et la sanction des marchés est sévère.

Paragraphe 2 : Le mouvement vers la privatisation des monopoles publics

281. La décision de proclamer la fin d'un monopole d'État est dictée par des impératifs d'ordre économique et politique. En effet, plusieurs instances internationales⁶⁹⁵ insistent dans leurs accords et déclarations sur la nécessité pour les États d'ouvrir aux opérateurs privés ou au secteur privé les secteurs qui sont en situation de monopole public.

Toute entreprise publique est-elle privatisable ? Plus précisément, tout monopole public est-il privatisable ? En France, il existe des limites constitutionnelles à la privatisation des entreprises publiques en situation de monopole (**A**). Cette restriction n'existe pas en Tunisie, puisque la privatisation d'une entreprise en situation de monopole n'est assujettie à aucune règle particulière et se fait au cas par cas. Afin d'illustrer nos propos, nous étudierons l'exemple de la privatisation de Tunisie Télécom (**B**).

⁶⁹⁵ Dont le FMI et la Banque Mondiale.

A/ La privatisation des monopoles publics en France

282. *A priori*, le champ des privatisations n'a concerné, en 1986 comme en 1993, que les entreprises publiques du secteur concurrentiel. Néanmoins, ce phénomène a atteint, à un degré moindre, les grandes entreprises nationales en situation de monopole. L'impulsion dans ce domaine vient des autorités européennes⁶⁹⁶. La remise en cause de ces monopoles par le droit communautaire a entraîné une réorganisation des entreprises publiques désormais soumises à la concurrence des nouveaux entrants⁶⁹⁷.

Selon le juge constitutionnel, il faut priver une entreprise publique de ses caractères de service public national avant de la privatiser⁶⁹⁸. C'est ce qu'a fait le législateur français pour France Télécom : en même temps qu'il décidait du principe de sa privatisation, il lui a retiré l'obligation qui lui était faite d'assurer seul le service public national⁶⁹⁹. Quelques années plus tard, dans sa décision à propos de Gaz de France, le Conseil constitutionnel a énoncé que l'entreprise « doit être regardée comme un service public national à raison de l'exclusivité dont elle bénéficie pour la fourniture de gaz naturel aux particuliers et que son transfert au secteur privé n'est possible, qu'à compter du 1^{er} juillet 2007, date à laquelle le législateur lui aura fait perdre cette qualité en ouvrant le marché à la concurrence »⁷⁰⁰.

Dans l'éventualité d'une privatisation de monopoles verticalement intégrés, la doctrine juridique plaide pour leur démantèlement préalable⁷⁰¹, voire pour leur éclatement en plusieurs entités juridiquement distinctes⁷⁰². Cette phase préparatoire éviterait de céder à une entreprise privée un colosse, qui abuserait presque automatiquement de sa position dominante.

⁶⁹⁶ Ex.: la directive 91/440/CEE du 29 juill. 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires. Cette directive cadre vise à stimuler la concurrence entre les entreprises nationales de chemins de fer. Mais celle-ci fut un échec, d'où l'adoption de trois directives supplémentaires : directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, modifiant la directive 91/440/CEE précitée ; directive 2001/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, concernant les licences des entreprises ferroviaires ; directive 2001/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 févr. 2001, concernant la répartition des capacités d'infrastructures ferroviaires, la tarification de l'infrastructure ferroviaire et la certification en matière de sécurité. V. not. P. LIMOUSIN et P. CANTIER, « Libéralisation du secteur ferroviaire : l'adoption de trois nouvelles directives renforce la concurrence », *LPA*, 2001, n° 98.

⁶⁹⁷ G. ECKERT et J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », *Rép. de droit communautaire*, sept. 2011, n° 95 et s, p. 20 et s.

⁶⁹⁸ Cons. const., décision n° 86-207, 25 et 26 juin 1986, *Rec*, p. 61.

⁶⁹⁹ L. n° 2003-1365 du 31 déc. 2003, relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom.

⁷⁰⁰ Cons. const., décision n° 2006-543 DC, 30 nov. 2006, loi relative au secteur de l'énergie, *Rec*, 2006, p. 120.

⁷⁰¹ F. SALAÜN, « Privatisation et réglementation : le cas de *British Gas* », *Economies et Sociétés*, 1990, p. 56.

⁷⁰² Par exemple, dissociation des activités de production de biens ou services et des activités de transport et distribution.

Certaines législations nationales peuvent opter pour un autre choix, celui de la séparation comptable des différentes activités⁷⁰³. La directive européenne du 29 juillet 1991 demande aux États membres de séparer la gestion de l'infrastructure ferroviaire de celle de l'exploitation des services de transport, au moins sur le plan comptable⁷⁰⁴. Cette séparation comptable garantit une plus grande transparence dans l'utilisation des fonds publics. Cette obligation européenne de tenir une comptabilité séparée⁷⁰⁵ intervient également dans le domaine des industries de réseau⁷⁰⁶.

283. L'identification des segments de l'activité constitutifs d'un monopole exploité par l'entreprise publique est inévitable avant la mise en œuvre de sa dérégulation. Traditionnellement les entreprises publiques de réseau sont des entreprises ayant un monopole verticalement intégré. Pour préparer leur évolution vers une libéralisation, des mesures ont été prises afin de séparer juridiquement l'infrastructure et l'exploitation. Ainsi, sous l'impulsion du droit communautaire, ces entreprises doivent être supprimées afin de prévenir les pratiques abusives, qui sont susceptibles de fausser la concurrence avec l'arrivée des nouveaux entrants. Le démantèlement souhaité passe donc par la séparation des activités de gestionnaire de l'infrastructure, qui demeurera un monopole naturel, des autres activités économiques de l'opérateur verticalement intégré.

Les activités de réseau, telles que les télécommunications ou l'énergie sont de parfaits exemples⁷⁰⁷. En matière électrique et gazière, les autorités communautaires attribuent la gestion du réseau de transport à un seul opérateur⁷⁰⁸, les aspects de production et de distribution, étant quant à eux ouverts à la concurrence. En matière de télécommunications, alors que l'infrastructure doit rester l'objet d'un droit exclusif, l'ensemble des autres secteurs

⁷⁰³ V. à ce sujet, G. ECKERT et J.-P. KOVAR, « Entreprises publiques », art. préc., p. 22.

⁷⁰⁴ Dir. n° 91/440/CE du Conseil du 29 juill. 1991, relative au développement de chemins de fer communautaires.

⁷⁰⁵ Dir. n° 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, abrogeant la Dir. n° 2003/54/CE ; Dir. n° 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juill. 2009, concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la Dir. n° 2003/55/CE.

⁷⁰⁶ Il faut entendre par industrie de réseau les industries dans lesquelles les biens ou services ne peuvent être offerts aux utilisateurs finals qu'au moyen d'infrastructures fixes, tels que les câbles téléphoniques ou électriques, les réseaux ferroviaires ou les installations aéroportuaires.

⁷⁰⁷ V. à ce sujet, N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, préf. C. Champaud, LGDJ, Paris, 2002, p. 307 et s.

⁷⁰⁸ En respectant la procédure d'autorisation ou de l'appel d'offres.

(téléphonie mobile, téléphonie fixe, communications par satellite...) fut progressivement ouvert à la concurrence.

284. En doctrine, deux thèses s'affrontent au sujet de la nécessité de la disparition des monopoles verticalement intégrés⁷⁰⁹. D'une part, ceux qui pensent que le refus du démantèlement par les pouvoirs publics permettra d'assurer un meilleur succès des privatisations, puisque le transfert d'une entreprise verticalement intégrée au secteur privé sollicitera plus facilement les investisseurs, ce qui au final maximisera les recettes des privatisations⁷¹⁰. D'autre part, la thèse inverse défendue par des économistes⁷¹¹ qui estiment que le transfert des monopoles, sans démantèlement préalable ni encadrement clair, risquerait de susciter la méfiance des investisseurs. En effet, ceux-ci redoutent que le démantèlement intervienne après la privatisation sous l'impulsion des autorités de régulation. Ce risque est inévitable, compte tenu de la politique de promotion de la concurrence lancée par les autorités communautaires et que les législateurs des États membres sont tenus de mettre en œuvre⁷¹².

285. Les privatisations participent à redéfinir les fonctions de l'État. De producteur, celui-ci devient régulateur et garant du bon déroulement des mécanismes de marché. De son aptitude à assumer cette nouvelle fonction, à travers notamment le renforcement des règles de la concurrence, résulte dans une certaine mesure, le succès d'une politique de privatisation. Nous pouvons citer l'exemple de la Grande-Bretagne qui, lors de la privatisation de British Telecom, a mis l'accent sur l'objectif de renforcement de la concurrence et la nécessité d'amplifier les règles de la concurrence, afin d'éviter tout abus éventuel de position dominante d'une entreprise privée se substituant à un monopole public.

⁷⁰⁹ N. THIRION, *op. cit.*, p. 698 et s.

⁷¹⁰ G. CHOURAQUI, « Les privatisations en Grande-Bretagne : les leçons d'une expérience », in *Revue française d'économie*, vol. 4, 1989, p. 43 et s.

⁷¹¹ D. SINISCALCO, B. BORTOLOTTI, M. FANTINI et S. VITALINI, *Privatizzazioni difficili*, Bologna, 1999, p. 97. Étude internationale menée par ces économistes italiens, qui ont analysé les privatisations dans trente-quatre pays de 1977 à 1999.

⁷¹² En application des articles 37 (ex art. 31) et 101 §1 (ex art. 86 §1) du Traité UE.

B/ La privatisation d'un monopole public en Tunisie : l'exemple de Tunisie Télécom

286. Tunisie Télécom est l'opérateur historique chargé des télécommunications, et a débuté ses activités en 1995. Il a bénéficié d'un monopole d'État sur l'ensemble des services de télécommunications jusqu'au début des années 2000. Le processus de sa privatisation partielle a démarré en 2004, pour aboutir en juillet 2006 avec l'entrée dans son capital à hauteur de 35 % d'un opérateur étranger⁷¹³. L'opérateur public est passé de statut d'établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité civile⁷¹⁴ à celui de société anonyme⁷¹⁵, la Société Nationale de Télécommunications, identifié sous le nom commercial de Tunisie Télécom. De 1995 à 2004, Tunisie Télécom était soumise, en tant qu'entreprise publique, à la législation applicable aux entreprises publiques et à la législation commerciale. Elle avait pour mission d'installer, de développer, d'entretenir et d'exploiter les réseaux publics de télécommunications, en particulier le réseau de téléphonie.

Avec l'explosion des télécommunications, Tunisie Télécom devient ainsi la société qui génère le plus gros chiffre d'affaires et les bénéfices les plus élevés⁷¹⁶.

En 2002, avec la libéralisation progressive du secteur des télécommunications, un premier opérateur privé⁷¹⁷ a pénétré le marché en proposant ses services dans le domaine de la téléphonie mobile. En 2009, un deuxième opérateur privé⁷¹⁸ entre en lice, avec l'attribution d'une licence pour la téléphonie fixe et mobile. Jusqu'en mai 2010, Tunisie Télécom était le seul opérateur tunisien présent sur l'ensemble des services de télécommunications, à savoir la téléphonie fixe, mobile et accès à Internet et exerçait un monopole sur les communications internationales⁷¹⁹. En effet, en mai 2010, Orange Tunisie, déjà présente dans les activités mobiles et accès à Internet, a lancé une offre de téléphonie fixe.

⁷¹³ Le consortium émirati ETI (*Emirates International Telecommunications*).

⁷¹⁴ Loi n° 95-36, 17 avril 1995, portant création de l'Office National des Télécommunications.

⁷¹⁵ Loi n° 2004-30, 5 avril 2004, relative à la transformation juridique de l'Office National des Télécommunications. Nonobstant sa transformation en société anonyme, Tunisie Télécom reste une entreprise publique.

⁷¹⁶ Elle compte environ 4,5 millions d'abonnés (pour la téléphonie fixe et mobile) et contrôle 58 % du marché mobile. V. Rapport du Conseil du Marché Financier établi en prévision de la double cotation de Tunisie Télécom sur les Bourses de Tunis par la procédure d'offre à prix ouvert et de NYSE Euronext Paris, déc. 2010, p. 4 et s.

⁷¹⁷ Orascom Télécom Tunisie à travers sa filiale Tunisiana (depuis avril 2014 elle porte le nom de Ooredoo).

⁷¹⁸ Le consortium Orange/ Divona Télécom.

⁷¹⁹ Un marché très lucratif.

287. La première étape du processus de privatisation étant la modification juridique de Tunisie Télécom, étape nécessaire avant son introduction sur le marché financier.

Tunisie Télécom devient donc une société anonyme. Ainsi, cette modification juridique a abouti à une nouvelle répartition du capital de Tunisie Télécom entre six actionnaires publics⁷²⁰. Vint ensuite l'annonce de l'ouverture du capital de l'entreprise publique aux acteurs privés, dans une proportion de 35 %, à travers un appel d'offres à l'international, ce qui signifie que le gouvernement tunisien a accepté le principe d'un partenaire étranger, qui est par ailleurs une recommandation des institutions internationales (FMI, Banque Mondiale...).

La Banque d'Affaires de Tunisie a été sélectionnée afin d'aider le gouvernement tunisien dans cette privatisation partielle. La banque avait pour mission de soutenir l'administration tunisienne dans sa recherche d'un partenaire stratégique pour Tunisie Télécom. Afin d'être certain que les futurs candidats soient réellement capables d'apporter un savoir-faire et une technologie de qualité, le gouvernement tunisien a mené une préqualification sur la base de plusieurs critères, tels que la taille de l'entreprise, son engagement à l'international et son expérience dans le secteur des télécommunications.

288. L'appel d'offres concernant la mise en vente de 35 % du capital de l'entreprise tunisienne a suscité de l'intérêt de la part de plusieurs opérateurs d'Europe et du Proche-Orient. Quatorze candidats⁷²¹, dont trois groupes français ont été présélectionnés. Mais depuis la publication officielle de la liste des candidats, des mouvements sociaux⁷²² ont perturbé le processus de privatisation, ce qui a provoqué l'abandon de plusieurs candidats. Au final, ils n'étaient plus que six candidats⁷²³ en lice pour le rachat partiel de l'opérateur tunisien.

La publication officielle des résultats a montré que le groupe français Vivendi Universal et le consortium émirati avaient présenté les meilleures offres. À la grande surprise de tous les observateurs, France Télécom n'a obtenu que la quatrième place.

⁷²⁰ La nouvelle Société Nationale des Télécommunications, l'Office de la poste, l'Etablissement de la radio et télévision tunisienne, la Banque de l'Habitat, la Banque Nationale Agricole et la Société Tunisienne de Banque.

⁷²¹ Vivendi Universal, Bouygues Telecom et France Telecom pour la France, Tefonica (Espagne), Portugal Telecom (Portugal), Telecom Italia (Italie), Oger Telecom et Saudi Telecom (Arabie Saoudite), Tecom et *Dubaï Investment Group* (Consortium des Emirats), Etisalat (Emirats), Mobil Telephone Networks (Afrique du Sud), MTC (Koweït) et Batelco (Bahreïn).

⁷²² Le personnel de Tunisie Télécom a observé une grève afin de protester contre les délais de cession, la part du capital à céder jugée trop élevée, et réclamait des garanties et des compensations financières pour les éventuels licenciés en cas de privatisation.

⁷²³ France Telecom, Vivendi Universal, Mobile Telephone Networks, le consortium Tecom DIG, Etisalat, Italia Télécom, Saudi Telecom et Oger.

En définitif, dans le cadre de la libéralisation du secteur public tunisien, en faisant l'objet d'une privatisation partielle avec l'ouverture de son capital au secteur privé dans une proportion significative, le consortium formé par *Dubai Investment Group* et *Tecom* est entré dans le capital de Tunisie Télécom.

Tunisie Télécom bénéficie depuis sa privatisation partielle d'un assouplissement de son régime juridique afin de lui être permettre d'être gérée de manière plus adaptée aux exigences d'un environnement concurrentiel.

En 2010, un deuxième opérateur privé de télécommunications obtient une licence de téléphonie mobile et de téléphonie fixe, brisant ainsi le monopole de Tunisie Télécom sur le réseau de la téléphonie fixe, il s'agit d'Orange Tunisie. Malgré la libéralisation du secteur, Tunisie Télécom a réussi à maintenir une base de clientèle solide, tant sur le marché du grand public qu'auprès des entreprises, à l'exclusion du secteur mobile⁷²⁴.

289. Ainsi, la privatisation partielle de Tunisie Télécom, entreprise monopolistique au moment de sa privatisation, n'a pas engendré une situation de monopole privé puisque désormais trois opérateurs⁷²⁵ se partagent le secteur des télécommunications.

⁷²⁴ Secteur dominé par Ooredoo.

⁷²⁵ Tunisie Télécom, Orange et Tunisiana (devenue Ooreedo depuis avril 2014).

**DEUXIÈME PARTIE : LES
ALTERNATIVES AU
RÉGIME ACTUEL DES
PRIVATISATIONS**

290. Dans l'ensemble, il est vrai que, dans de nombreux pays, les entreprises publiques ont eu une performance moindre comparée aux entreprises privées. Une double critique est formulée à l'encontre du secteur public : d'une part, le manque de performance des entreprises publiques mesuré par l'accumulation de déficits d'exploitation, et d'autre part, la mauvaise gestion des ressources mises à sa disposition par l'État. C'est la raison pour laquelle, à partir des années 1980, et ce jusqu'à récemment, la privatisation a été largement considérée comme étant la solution principale, voire la seule solution, d'améliorer la performance des entreprises publiques. Or, il semble que si un gouvernement a les moyens et les capacités pour mener à bien un programme de privatisation, c'est qu'il est aussi à même de gérer les entreprises publiques. Et inversement, si un gouvernement n'est pas doté des capacités nécessaires pour convenablement diriger les entreprises publiques, il est fort probable qu'il soit dans l'incapacité de mener à bon port un programme de privatisation.

291. Des institutions financières telles que la banque mondiale et le FMI, ainsi que quelques instances donatrices ont défendu les bienfaits de la privatisation. Elles se sont assurés que ce point de vue soit mis en œuvre dans les économies en développement ou en transition. Mais, depuis quelques années, la détermination avec laquelle on a plaidé en faveur de la privatisation a faibli, à cause notamment des échecs de nombreux programmes de privatisation. Malgré tout, la privatisation est toujours considérée comme étant la solution la plus adéquate pour résoudre les problèmes liés aux performances des entreprises publiques. Pour les gouvernements souhaitant améliorer la performance de leurs entreprises publiques, la privatisation reste une solution évidente à prendre en compte (**Titre I**). Néanmoins, d'autres solutions existent, sans avoir recours à la privatisation. Une politique de réforme économique et financière globale plutôt que la privatisation des entreprises publiques peut être cependant une option possible, car il est illusoire d'espérer une relance économique effective par le seul effet des privatisations des entreprises publiques (**Titre II**).

TITRE 1 : LES RÉFORMES DU CADRE

GÉNÉRAL DES PRIVATISATIONS

292. Si l'inévitable substitution de l'entreprise privée à l'entreprise publique par le mécanisme de la privatisation est acquise, plusieurs interrogations subsistent quant à la transposition des expériences des pays développés au cas tunisien.

La privatisation engendre un certain nombre d'importants problèmes pratiques qui peuvent limiter son efficacité. Ainsi, elle ne doit être mise en application que lorsque des conditions le permettent. Un processus de privatisation requiert une démarche graduelle avec un réalisme dans la délimitation du champ des privatisables, dans leur ordonnancement et dans la sélection des modalités et des techniques de privatisation. Les objectifs à attacher au programme de privatisation doivent être le noyau de ces exigences et doivent être en accord avec la stratégie globale de mutation de l'économie nationale.

293. Au regard des résultats du processus de privatisation des entreprises publiques, et notamment des contraintes politiques, juridiques et institutionnelles qui ont freiné les objectifs révélés par les expériences étrangères, deux interrogations se posent dans le but d'ébaucher de nouvelles alternatives au processus de privatisation en Tunisie. Compte tenu de la situation actuelle, quelles peuvent être les options pour une privatisation réussie ? Quelles sont les recommandations de mise en œuvre à appliquer ?

Le premier chapitre de ce titre s'intéressera aux orientations à assigner au processus de privatisation (**Chapitre 1**) et le second chapitre tentera de formuler des recommandations appropriées pour le cas tunisien (**Chapitre 2**). Les recommandations proposées prennent en compte les causes d'échec d'un programme de privatisation identifiées dans le chapitre premier.

CHAPITRE 1 : LES OPTIONS FONDAMENTALES

294. Réalisant que la planification centralisée et le contrôle de l’État empêchent de multiples manières le développement économique, les pays en voie de développement ont appliqué les programmes de privatisation suivis dans le monde durant les années 1980. Cependant, le bilan de ces programmes est contrasté. Si pour certains pays, de bons résultats ont été enregistrés, pour d’autres les progrès ont été lents, voire inexistant. Les privatisations ne peuvent pas être traitées de façon théorique, mais de façon empirique. Il existe des domaines où le secteur public est nécessaire et irremplaçable et d’autres où rien ne remplace le marché. La question des privatisations est une question pratique, le problème ne pouvant être résolu qu’au cas par cas. Ainsi, on ne peut préconiser des solutions pour les entreprises à l’échelle nationale et régionale ou à l’échelle sectorielle. Chaque entreprise est un cas spécifique et les mesures à mettre en application varient de l’une à l’autre, selon les propres caractéristiques de chacune d’elles, aussi le programme de privatisation doit être envisagé au cas par cas.

295. Les faibles performances des programmes de privatisation peuvent s’expliquer essentiellement par le contexte politique peu stable dans lequel elles ont été conduites, l’absence de dispositif juridique clair et adapté aux spécificités locales, le manque de communication sur les retombées économiques et sociales et la faiblesse des structures chargées de surveiller les opérations (**Section 1**). La démarche visant à relever les raisons de l’échec d’un programme de privatisation est primordiale et la recherche de l’objectif du programme de privatisation doit éviter que les facteurs de l’échec ne perdurent (**Section 2**).

Section 1 : Les motifs d'un échec d'un programme de privatisation

296. La difficulté d'utilisation des modèles de privatisations appliqués dans les pays développés aux pays en voie de développement réside dans la spécificité du contexte historique, économique, politique et social de ces pays souvent générateur d'obstacles. Les échecs d'un programme de privatisation sont le résultat de facteurs multiples (*Paragraphe 1*). La Tunisie a-t-elle cerné et intégré ses spécificités avant de se lancer dans le vaste programme de privatisation (*Paragraphe 2*) ?

Paragraphe 1 : Des raisons multiples

297. Ce premier paragraphe tentera de déterminer les facteurs en cause dans l'échec d'un programme de privatisation en analysant les dimensions juridiques, techniques (A) et économiques (B).

A/ Les motifs juridiques et institutionnels

298. L'absence d'un État de droit est souvent la raison principale de l'échec d'un programme de privatisation. La mise en œuvre d'un programme de privatisation doit être exécutée dans un contexte juridique et réglementaire clair et préalablement défini. Or, dans les pays en voie de développement, ce contexte est quasi inexistant. La mauvaise application des lois en raison de la corruption et de la bureaucratie ne permet pas l'élimination des pratiques de monopole, la protection des créanciers, la création et la liquidation des entreprises, et la fluidité du commerce.

De plus, le manque d'indépendance de la justice, de compétence et de transparence n'encourage ni les repreneurs nationaux, ni étrangers à investir, puisque les droits de propriété ne sont pas entièrement sécurisés. En résumé, les privatisations se déroulent dans un contexte juridique inadapté et incapable de garantir la protection de la propriété privée ainsi que la liberté contractuelle.

Les difficultés institutionnelles proviennent du comportement des acteurs politiques qui, dans la pratique, interviennent dans la sphère économique avec de grands pouvoirs de décision,

alors qu'ils n'en ont pas réellement les pouvoirs. L'entreprise publique était considérée comme étant un prolongement de l'administration, assujettie, par conséquent, aux injonctions du pouvoir politique. Les organes politiques ont du mal à accepter de se défaire de leurs pouvoirs de décision économique au profit des nouveaux acteurs de la privatisation, et à laisser le mécanisme de la privatisation se dérouler normalement. Ce phénomène de blocage est présent dans les pays en développement et dans les pays développés qui se sont engagés dans un programme de privatisation de leurs entreprises publiques⁷²⁶.

299. La mécanique juridique et institutionnelle du processus de privatisation doit être bien réfléchie. Il faut au préalable définir les objectifs et les stratégies des privatisations des entreprises publiques, avant même d'élaborer les lois et les règlements à appliquer. La phase de l'élaboration des textes doit être effectuée autour de débats réels et avec beaucoup de transparence. L'ensemble des partenaires sociaux, les acteurs politiques et économiques devront s'impliquer afin de déterminer le sens, les finalités, les modalités et les résultats attendus du programme de privatisation. Un débat public sur les privatisations évitera, par la suite, les diverses mesures de révision des lois relatives au programme de privatisation. Par ailleurs, un texte de loi efficace est un texte issu d'un compromis entre toutes les forces en présence.

Or, dans la plupart des pays en voie de développement, l'Assemblée nationale et les partenaires sociaux sont exclus, volontairement, par le pouvoir politique, des débats sur la privatisation.

300. L'instabilité des gouvernements et les changements fréquents de l'autorité politique en charge de mettre en œuvre un programme de privatisation peuvent également être des freins au bon déroulement des privatisations. La multiplication des organes intervenant dans le processus de privatisation et les verrouillages juridiques sont autant de facteurs explicatifs de l'échec d'un programme, particulièrement si le discours politique prône une privatisation rapide et efficace.

Il existe souvent, aux côtés d'un organe ayant des prérogatives les plus larges en matière de privatisation, de nombreux autres organes, parmi lesquelles des *holdings* publiques nationales qui prennent en charge la privatisation partielle des entreprises nationales et les *holdings*

⁷²⁶ M. DEME, « Les privatisations, une solution pour l'Afrique ? », *Revue politique et management public*, vol. 13, n° 2, juin 1995, p. 121.

régionales en charge de la privatisation des entreprises publiques économiques locales. L'absence de coordination entre les différents centres de décision et la multiplication du nombre des intervenants dans le processus de privatisation engendrent une opacité et une confusion dans les transactions, voire des désaccords de prérogatives pouvant faire échouer les tentatives de transfert.

301. L'absence de règles d'évaluation rigoureuses et transparentes des entreprises publiques éligibles à la privatisation est un facteur de blocage du processus de privatisation⁷²⁷. L'existence de règles strictes, claires et transparentes rend le programme de privatisation légitime, mais ces caractères sont rarement réunis dans les pays en développement, ce qui contribue au ralentissement, voire à la paralysie de sa mise en œuvre. Cette légitimité est doublement nécessaire : d'une part, elle est un argument contre les opposants au processus de privatisation qui accusent les gouvernements de brader le patrimoine public, et d'autre part, elle est un gage de confiance vis-à-vis des repreneurs, lorsque la valeur de l'entreprise a été fixée sur un subjectivisme apparent.

Plusieurs éléments contribuent à la difficile mise en place de règles d'évaluation des entreprises publiques assurant ainsi la légitimité du processus de privatisation dans les pays en voie de développement. Parmi ces éléments, on peut noter le manque de crédibilité de l'information financière et comptable disponible, l'absence d'un marché boursier, l'inexistence de marché permettant l'estimation de la valeur des actifs et les incertitudes sur la stabilité de l'environnement économique et politique du pays⁷²⁸.

Par conséquent, il est difficile pour les pays en voie de développement de procéder convenablement à l'évaluation de leurs entreprises privatisables, à l'instar des pays développés, où tous les mécanismes de l'économie de marché existent⁷²⁹.

Les méthodes traditionnelles d'évaluation appliquées par les pays développés reposent notamment sur la valeur marchande réelle des actifs des entreprises à céder, les bénéfices réalisés, la valeur économique substantielle, l'existence de filiales, la position sur le marché,

⁷²⁷ H. ZIADY, « Le mouvement des privatisations dans les pays du Maghreb », *Problèmes économiques*, n° 2086, 10 août 1988, p. 29.

⁷²⁸ N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, 2005, p. 208.

⁷²⁹ W. ANDREFF, « Les contraintes systémiques et les contraintes externes des privatisations », *RIDE*, 1992, n° 3, p. 295.

les perspectives d'avenir et éventuellement la valeur boursière. Ces méthodes d'évaluation se divisent en deux grandes familles : d'une part, les méthodes patrimoniales, et d'autre part, les méthodes fondées sur les revenus passés ou futurs⁷³⁰.

Appliquer la méthode d'évaluation basée sur la valeur patrimoniale dans les pays en voie de développement équivaudrait à céder les entreprises à un prix symbolique, puisque l'actif net, après réévaluation au prix du marché, est négatif. De plus, cette méthode est inappropriée aux exigences de l'investissement : ce qui intéresse les repreneurs est la capacité de développement et les profits éventuels de l'entreprise, et non pas le poids de son patrimoine. De même, utiliser la méthode d'évaluation reposant sur les revenus nécessite la mise en place d'un *business plan* prenant en compte le remboursement de la dette, la mise à niveau commerciale et *managériale* afin de permettre à l'entreprise d'être repositionnée sur le marché avec un potentiel de flux de trésorerie positif⁷³¹. Or, cette démarche implique une restructuration préalable de l'entreprise, ce qui peut être problématique, car les repreneurs refuseront de prendre en charge et de payer le prix de la restructuration, de l'investissement et du remboursement de la dette.

302. Les contraintes liées à l'environnement juridique et technique altèrent la légitimité d'un processus de privatisation, ce qui contribue sans nul doute à son insuccès. Ces contraintes sont, par ailleurs, aggravées par un contexte économique défavorable.

B/ Les motifs économiques

303. Les mouvements de privatisation se heurtent souvent à des difficultés liées à l'environnement économique, ce qui entrave considérablement le processus de privatisation. La situation des privatisables, la capacité des investisseurs privés nationaux, la mobilisation de l'épargne, le niveau de développement du système bancaire et du marché financier local sont des paramètres qui ont une incidence sur la mise en œuvre et la réussite d'un programme de privatisation.

304. Les programmes de privatisation concernent soit des entreprises fiables, soit des entreprises déficitaires et/ou d'importance modeste. Néanmoins, les gouvernements préfèrent

⁷³⁰ V. *supra*, n° 152 et s.

⁷³¹ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 206.

se débarrasser, en priorité, des entreprises ne constituant pas des enjeux économiques et sociaux majeurs, c'est-à-dire de celles qui sont déstructurées et lourdement endettées⁷³². Mais la pratique internationale préconise de ne privatiser que les entreprises rentables ou potentiellement rentables, après quelques mesures de restructuration et les entreprises de dimension humaine, spécialisées dans des activités performantes agissant sur le plan industriel et commercial⁷³³.

La réorganisation de ces entreprises par l'État avant leur privatisation peut s'avérer être inadaptée au regard du coût élevé qu'induirait la restauration de leur capacité bancaire. Or, l'un des objectifs d'un programme de privatisation est la recherche de nouvelles ressources capables de financer le déficit budgétaire et de ramener ainsi l'économie vers un équilibre stable. La prise en charge par l'État est possible pour quelques entreprises, mais sûrement pas pour la totalité des entreprises déficitaires éligibles à la privatisation.

Afin que l'assainissement financier, industriel et commercial atteigne les résultats escomptés, la restitution de la capacité bancaire des entreprises doit être accompagnée d'une stratégie et d'objectifs préalablement définis en tenant compte des nouvelles exigences du marché⁷³⁴, ce qui n'est pas toujours le cas.

Cependant, l'absence de restructuration des entreprises publiques est susceptible de leur occasionner de graves dommages. En effet, face à l'altération de leur situation financière, qui peut aboutir à un état de faillite, seules deux possibilités sont envisageables : soit une dissolution de l'entreprise, avec toutes les conséquences sur l'emploi, soit une réorganisation. Or, nous l'avons vu précédemment, la deuxième solution peut s'avérer délicate, puisqu'elle nécessiterait la mobilisation d'importants capitaux. Face à cette situation de blocage, l'issue serait la privatisation de ces entreprises afin de réhabiliter l'appareil de production. Mais il est souvent difficile de leur trouver des repreneurs, avec l'adhésion des forces en présence⁷³⁵. C'est pourquoi l'État devrait participer au processus avec la prise en charge des lourds passifs ainsi que l'octroi d'avantages incitatifs au profit des repreneurs nationaux et étrangers qui, en contrepartie, s'engageraient à maintenir les emplois en place. Dans ce contexte, la dimension

⁷³² M. DEME, « Les privatisations, une solution pour l'Afrique ? », art. préc., p. 118.

⁷³³ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 207.

⁷³⁴ N.-E. SADI, *ibid.*

⁷³⁵ Les partenaires sociaux, la population...

budgétaire de la privatisation doit être mise à l'écart au profit de la réhabilitation de l'outil de production et de la sauvegarde, voire même de la création d'emplois.

305. L'insuccès d'un programme de privatisation peut être lié à l'absence d'un secteur privé national dynamique, apte à assurer la relève du secteur public. Ainsi, dans les pays en voie de développement, l'absence d'industriels privés capables de mobiliser le financement et la technologie nécessaire pour relancer une grande entreprise publique⁷³⁶ risque de contribuer à l'échec de sa privatisation. C'est la raison pour laquelle, dans plusieurs pays, le secteur privé national a préféré ne pas investir dans le secteur industriel, jugé peu rentable et très risqué, mais a plutôt choisi des secteurs dont la rentabilité financière est plus sûre et plus importante⁷³⁷.

La privatisation peut être considérée comme un levier d'amélioration de l'efficacité et de promotion du secteur privé si elle est conduite dans un cadre réglementaire approprié et un marché libéralisé⁷³⁸. En effet, les expériences de privatisation réussies montrent que les gains en efficacité sont meilleurs dans les pays dans lesquels les autorités se sont engagées à assurer la fiabilité des réformes, à respecter le calendrier du processus de privatisation, à mettre en place un organisme de régulation ainsi qu'un cadre réglementaire adéquat apte à fournir les incitations nécessaires pour entreprendre les investissements.

306. Certaines études⁷³⁹ ont montré le lien entre le succès d'une privatisation d'une entreprise publique et le niveau de revenu du pays dans lequel a eu lieu la privatisation. Ces différentes études comparent les performances des entreprises avant et après leur privatisation par offre publique de vente. Elles démontrent que la privatisation améliore la performance de l'entreprise une fois privatisée, mais le *standing* de développement du pays est un critère à prendre en compte dans le succès de la privatisation. Les auteurs constatent que dans les pays

⁷³⁶ Telle qu'une compagnie aérienne.

⁷³⁷ Tel que l'import-export, la construction...

⁷³⁸ Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, Ministère tunisien du Développement Régional et de la planification et Institut Tunisien de la Compétitivité et des Études Quantitatives, déc. 2010, p. 8.

⁷³⁹ N. BOUBAKRI, J.-C. COSSET et O. GHEDAMI, « *The performance of newly privatized firms : Evidence from Asia* », *Pacific-Basin Finance Journal*, January, 2004, p. 65 et s. ; M. OMRAN, « *Post-privatization corporate governance and firm performance : The role of private ownership concentration, identity and board composition* », *Journal of Comparative Economics*, vol. 37, Issue 4, December, 2009, p. 658 et s. ; A.-E. BORDMAN et A.-R. VINING, « *Ownership and Performance in Competitive Environments : A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises* », *Journal of Law and Economics*, 1989, p. 1 et s.

à revenu moyen élevé⁷⁴⁰, l'amélioration de la performance de l'entreprise est plus marquante que dans les pays à revenu inférieur⁷⁴¹ ou à revenu moyen inférieur⁷⁴². De plus, les entreprises du secteur concurrentiel sont plus efficientes que celles opérant dans un marché non concurrentiel. Par conséquent, la structure du marché dans lequel évoluent les entreprises a une influence sur le succès de la privatisation.

307. Dans chaque programme de privatisation, les gouvernements mettent en place des dispositions d'encouragement afin de favoriser l'actionnariat populaire et la participation du secteur privé national aux opérations de privatisation envisagées. Or, la faible implication des repreneurs locaux est un facteur de l'insuccès d'un programme de privatisation. Les raisons de cette faible implication sont multiples : une capacité *managériale* et entrepreneuriale limitée du secteur privé, un choix plutôt porté vers les petites activités commerciales et non vers les activités industrielles. Dans les pays développés, l'économie de marché est pleinement constituée et la capacité d'investissement du secteur privé national est suffisante pour absorber les entreprises publiques proposées à la vente, ce qui est rarement le cas pour les pays en voie de développement.

Paragraphe 2 : Les motifs spécifiques à la Tunisie

308. Le bon déroulement et la réussite d'un programme de privatisation sont tributaires d'un environnement technique et économique favorable. Or, l'absence d'un tel environnement est une source de difficultés de sa mise en œuvre, et par voie de conséquence de son insuccès. Cette défaillance d'un environnement opportun existe souvent dans les pays en voie de développement. La Tunisie étant un pays en développement, elle n'échappe pas à cette triste réalité. En effet, la Tunisie ne réunit pas toutes les conditions d'un environnement juridique, institutionnel (A) et économique (B) nécessaires au bon déroulement et à la réussite de son programme de privatisation.

⁷⁴⁰ Tels que l'Argentine, le Brésil, la Corée du Sud...

⁷⁴¹ Tels que le Bangladesh, l'Inde ou le Pakistan.

⁷⁴² Tels que le Chili, le Nigeria, les Philippines, la Thaïlande, la Tunisie ou la Turquie.

A/ Les motifs juridiques et institutionnels

309. C'est sous l'impulsion de facteurs internes⁷⁴³ et externes⁷⁴⁴ que le cadre juridique du programme tunisien de privatisation a été mis en place à partir de l'année 1986, pour finalement n'aboutir qu'en 1989, date de promulgation de la loi du 1^{er} février 1989⁷⁴⁵ relative aux participations et entreprises publiques. Le dispositif juridique n'a pas prévu de liste pour les entreprises éligibles à la privatisation, le gouvernement ayant opté pour la méthode du cas par cas, en laissant au plan de développement économique et social le soin de fournir les orientations concernant les secteurs d'activités et la nature des entreprises à privatiser. Le VII^e plan de développement a limité l'étendue des privatisations au seul secteur concurrentiel ; étaient donc exclus les secteurs stratégiques tels que la distribution, les transports ferroviaires, les télécommunications, l'énergie, l'électricité, le gaz et les ressources naturelles. Mais cette limitation n'a pas tenu longtemps, puisque l'État tunisien a par la suite pris une résolution en 1995⁷⁴⁶, pour élargir le domaine des privatisables aux monopoles des services publics. Ainsi, ayant démarré avec beaucoup de précautions, voire de réticences en 1986, le processus de privatisation tunisien a connu, durant l'année 1995, sous l'effet du deuxième plan d'ajustement structurel, une accélération et une extension marquante : accélération dans le rythme moyen annuel des privatisations et privatisation de grandes unités industrielles⁷⁴⁷. Dans ces conditions, à travers ces étapes cruciales et les choix décisifs imposés par les instances internationales, les tunisiens n'ont pas eu réellement leur mot à dire. La politique économique tunisienne s'est décidée dans les cercles très restreints des experts internationaux, en mettant parfois à l'écart du pouvoir de décision les principaux intéressés.

310. Concernant les techniques de transfert, la loi de 1989 n'a retenu que trois techniques : la cession ou l'échange d'actions détenues par l'État, l'absorption, la fusion ou la scission

⁷⁴³ Enorme déficit budgétaire, rigidité du secteur public, poids excessif des entreprises publiques sur le budget de l'État...

⁷⁴⁴ Conclusion du plan d'ajustement structurel avec le FMI, qui conditionne l'octroi des prêts à la Tunisie à la réforme des entreprises publiques et leur cession partielle.

⁷⁴⁵ La loi du 1^{er} février 1989 utilise le terme de « restructuration » en lieu et place de privatisation. Elle n'est pas totalement consacrée à la privatisation. Outre la codification des règles et des modalités relative à la privatisation, elle redéfinit le statut de l'entreprise publique. En Tunisie, la définition même de l'entreprise publique a évolué dans le temps : avant 1985, une participation de l'État de 10 % était suffisante pour qualifier une entreprise de publique ; ce seuil est passé à 34 % entre 1985 et 1999, puis à 50 % en 2000.

⁷⁴⁶ Conclusion avec l'Union Européenne en juillet 1995 de l'accord d'association. Sous l'effet de cet accord, le processus de privatisation a été accéléré, avec l'ouverture du marché intérieur tunisien, tout en poussant plus en avant la déréglementation de l'activité économique.

⁷⁴⁷ F. CHAMKHI, « La politique de privatisation en Tunisie », *Confluences méditerranée*, n° 35, 2000, p. 106.

d'entreprises publiques et la cession de tous éléments d'actifs susceptibles de constituer une unité d'exploitation autonome⁷⁴⁸. Sont donc exclues toutes les techniques de cession indirecte n'affectant pas les droits de propriété publics, comme le crédit-bail, les contrats de gestion, la concession... Néanmoins, ces techniques de cession ont été retenues, dans un deuxième temps⁷⁴⁹, avec l'adoption de l'extension de la privatisation aux services publics.

311. Sur le plan des organes chargés de la mise en œuvre du programme de privatisation, ceux-ci n'ont pas été très stables, dans le sens où plusieurs changements sont intervenus depuis le lancement du programme en 1986⁷⁵⁰. L'extrême lenteur et le mauvais fonctionnement de ces organes ont incité les pouvoirs publics à apporter différents remaniements. Cette instabilité des organes chargés du programme a eu un impact négatif sur le rythme des privatisations⁷⁵¹.

312. Concernant les avantages particuliers, la loi tunisienne s'est limitée à des dispositions courantes. Le régime juridique de l'actionnariat populaire n'a pas été clairement codifié et aucun mécanisme particulier n'a été prévu. Seules des dispositions ont été envisagées concernant les avantages⁷⁵² pouvant être accordés aux salariés et anciens salariés en cas de cession d'actions détenues par l'État. Même si en droit des mesures d'incitation sont mises en place afin d'encourager l'actionnariat populaire et salarié ainsi que la participation du secteur privé dans les opérations de privatisation, dans les faits, on constate que cette participation a été presque nulle⁷⁵³. Cette absence est due à la défaillance d'un marché financier et à la crainte des pouvoirs publics tunisiens de recourir au marché financier comme mode de privatisation⁷⁵⁴. Cette faible participation des salariés est également liée à la situation déficitaire des entreprises à privatiser, la crainte des salariés ne pouvant pas être levée par l'octroi d'avantages.

⁷⁴⁸ A. AOUIJ-MRAD, *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009, p. 119 et s.

⁷⁴⁹ Au cours de l'année 1995, avec la mise en application du deuxième PAS conclu avec l'Union européenne.

⁷⁵⁰ V. *supra*, n° 134 et s.

⁷⁵¹ Sur la période de 1987 à 1995, seulement 68 entreprises ont été partiellement ou totalement privatisées.

⁷⁵² Ces avantages sont : le droit d'achat prioritaire des actions, l'acquisition des actions à prix réduit et la distribution d'actions à titre gratuit.

⁷⁵³ Le taux de participation des salariés n'a pas dépassé le niveau des 10 %.

⁷⁵⁴ Depuis la mise en œuvre du programme de privatisation, les données relatives au programme de privatisation montrent que sur les 219 entreprises publiques ou semi-publiques cédées par le gouvernement tunisien, seules 11 sociétés ont fait l'objet d'une ouverture du capital par offre publique de vente. Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, *op. cit.*, p. 29.

313. Une des grandes spécificités de l’insuccès du programme de privatisation tunisien est que l’ancien Président déchu acceptait et couvrait les pratiques mafieuses de son entourage proche⁷⁵⁵, et ce, au vu et au su de toute la société tunisienne, incapable de protester. De plus, la justice était souvent instrumentalisée pour évincer les concurrents gênants et maintenir, au profit du cercle des proches, des positions dominantes. L’ensemble des secteurs de l’économie du pays a été touché, bien évidemment les gros marchés ainsi que les meilleures entreprises ayant été visés en premier. La majeure partie des privatisations a été opérée dans l’illégalité totale, avec la complicité de plusieurs membres des corps de l’État, et en contradiction flagrante avec les lois et les règlements.

B/ Les motifs économiques

314. Malgré l’option libérale affirmée dans les années 1970 sur le renforcement de secteur privé, le secteur public tunisien devenait de plus en plus présent, avec un poids important dans l’économie tunisienne dans la plupart des secteurs d’activités : l’investissement, la production, la distribution, l’importation, l’exportation, l’éducation, la formation⁷⁵⁶. Le rôle attribué au secteur public dans le développement de la Tunisie a exigé d’énormes capitaux sous forme de subventions et de soutiens financiers dans le cadre de multiples opérations d’assainissement⁷⁵⁷.

C’est pourquoi les différents programmes d’ajustement structurels préconisés par le Fonds Monétaire International soulignent le lien inversement proportionnel existant entre le taux de croissance d’un pays et la taille de son secteur public. Plus ce dernier est important et moins les résultats économiques du pays seront satisfaisants en termes d’équilibre budgétaire et de balance des paiements. Par conséquent, l’initiative privée serait le principal facteur de croissance économique, la privatisation des entreprises publiques le meilleur choix possible.

315. Or, la Tunisie n’est pas dotée d’un marché totalement constitué. De plus, son épargne populaire et la capacité financière de son secteur privé sont insuffisants en comparaison avec

⁷⁵⁵ Nombre des opérations réalisées par l’entourage de l’ancien Président ont été recensées au lendemain de la révolution du 14 janvier 2011, mais la liste n’est pas complète, car les proches du pouvoir opéraient par l’intermédiaire de prête-noms, ce qui rend plus difficile le suivi des opérations. La banque centrale a recensé 180 entreprises qui leur appartiennent.

⁷⁵⁶ C. AYARI, « Privatisation et débat entreprises publiques-entreprises privées en Tunisie », *Le Maghreb*, n° 205, 8 juin 1990, p. 26.

⁷⁵⁷ H. ZIADY, « Le mouvement des privatisations dans les pays du Maghreb », art. préc., p. 29.

l'importance des actifs proposés à la privatisation, surtout lorsqu'il s'agit de la vente de grandes entreprises ou de grandes banques. Le secteur privé tunisien est la plupart du temps orienté vers le commerce et la petite transformation, en adoptant souvent une forme d'organisation traditionnelle et familiale, ce qui est une limite sur le plan de la capacité *managériale* et entrepreneuriale. Le secteur privé tunisien a toujours préféré se détourner des activités industrielles, secteur où le risque est grand.

L'investissement des étrangers est considéré comme étant l'un des fondements sur lequel repose le mode de développement économique en Tunisie. La privatisation est conçue comme un moyen d'attirer ces investisseurs étrangers ainsi qu'un moyen qui contribue au transfert de la technologie et au développement de l'exportation. Le programme de privatisation tunisien offre des opportunités susceptibles de susciter l'intérêt des investisseurs étrangers. À cet égard, la législation tunisienne ne prévoyant aucune disposition restrictive, il est possible pour les étrangers de se porter acquéreurs selon le même régime que les nationaux. Par conséquent, l'investisseur étranger bénéficie, en plus des avantages fiscaux⁷⁵⁸, de garantie de transfert de ses bénéfices ou dividendes.

Au cours de la première phase de privatisation, les résultats enregistrés dans ce domaine ont été encourageants, puisqu'une grande partie des recettes de privatisation provenaient des achats effectués par les investisseurs étrangers. Mais les accords de Barcelone⁷⁵⁹ promettaient un accroissement de l'investissement privé européen. En réalité, le constat fut décevant avec un net recul de l'investissement des étrangers d'origine européenne en Tunisie après la signature de l'accord. Néanmoins, avec l'entrée en vigueur de l'accord d'association en 1998, l'afflux des capitaux étrangers a connu une légère amélioration, avec une préférence pour les opérations d'acquisitions des unités industrielles et de services présentant un réel intérêt économique, plutôt qu'un engagement dans la création de nouvelles unités de production.

316. En Tunisie, pays où la corruption, le clientélisme, le détournement des derniers publics et la mauvaise gouvernance étaient permanents, la première grande victime de la rapacité des proches de l'ancien Président déchu est l'État lui-même, puisque le Président ainsi que ses

⁷⁵⁸ Le dégrèvement fiscal au titre du bénéfice ou revenu réinvesti, l'exonération du droit de partage relatif à la réduction du capital, l'exonération des droits d'enregistrement de mutation de biens immobiliers et de fonds de commerce et l'exonération de l'impôt sur les bénéfices des sociétés pendant les cinq premiers exercices.

⁷⁵⁹ Conclu en 1995.

proches étaient persuadés que la Tunisie et ses richesses leur appartenaient, ce qui affaiblit sévèrement le jeu économique. Le verrouillage de l'économie met un frein aux investissements et aux évolutions dans les secteurs clés. En d'autres termes, la gestion opaque de l'économie et l'accaparement des instruments économiques ont entraîné le pays vers un désastre sans précédent dans l'histoire de l'économie tunisienne. Par ailleurs, la dénonciation de cet état de fait était impossible à cause du contrôle des moyens de communication et d'information.

317. En définitif, l'échec du programme de privatisation tunisien est essentiellement dû au transfert de la propriété d'un monopole public bureaucratique et corrompu à un monopole privé détenu par un clan mafieux, et non à l'émergence d'un secteur privé performant et compétitif, à l'image des pays développés. Dorénavant, afin de réussir la privatisation d'une entreprise, c'est-à-dire, assurer le passage d'une entreprise publique mal gérée et budgétivore en une entreprise privée efficace et compétitive, il est important d'inscrire le programme de privatisation dans le cadre d'une réforme institutionnelle plus globale.

Section 2 : La recherche de l'objectif du programme de privatisation

318. Au-delà des résistances sociales ou politiques, les difficultés techniques de l'exécution d'un programme de privatisation dans les pays en voie de développement résident essentiellement dans la faiblesse des économies, le poids important du secteur public et enfin une conjoncture économique défavorable. Les rapports de la Banque Mondiale mettent l'accent sur ces difficultés. Ainsi, les privatisations et les réformes économiques doivent aller de pair pour maximiser le gain en efficacité économique.

Cette section tentera de répondre à deux questions sous-jacentes à tout programme de privatisation. Tout d'abord, le « pourquoi » d'un programme de privatisation (*Paragraphe 1*), puis, dans un deuxième temps, le « comment » de la réalisation de l'objectif fixé, en précisant les conditions de sa mise en œuvre (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : La définition de l'objectif

319. Le point fondamental concernant les fondements théoriques d'un programme de privatisation se ramène à la question de savoir « pourquoi privatiser ? ». C'est cette interrogation pertinente que doit se poser tout décideur politique et économique, et en particulier les responsables chargés des opérations de privatisation. Les objectifs assignés auront des conséquences dans de nombreux domaines, tels que les méthodes de privatisation ou les modalités juridiques à appliquer.

L'objectif d'une politique de privatisation doit être identifié et décrit avec la plus grande précision (**B**). Néanmoins, des préalables à sa poursuite sont nécessaires (**A**).

A/ Les préalables à la poursuite de l'objectif

320. Le choix de l'objectif d'un programme de privatisation nécessite, au préalable, de procéder à un diagnostic des secteurs publics dans leur environnement national et international. Tous les programmes d'ajustement structurel comportent ce type de diagnostic, la Tunisie n'échappant pas à la règle.

321. La Tunisie dispose d'un secteur public considérable, constitué au fil du temps, et notamment durant la période socialiste des années 1960. En effet, les prises de participations directes et indirectes dans le capital social des entreprises ont permis l'émergence d'un nombre élevé d'entreprises publiques estimées à plus de 550, implantées dans la majeure partie des secteurs d'activités et des régions du pays⁷⁶⁰. Avant la mise en œuvre du programme de privatisation, le secteur public réalisait à lui seul 39 % de l'ensemble des investissements, 27 % du PIB, employait plus de 10 % de la population et distribuait 30 % des salaires⁷⁶¹.

La diversité des prises de participations de l'État tunisien est très caractéristique d'un pays en voie de développement. Elle soulève d'inévitables problèmes de restructuration en période de crise économique⁷⁶². Les premiers signes de faiblesse (déficits et endettement extérieur excessif) et de dérapage (consommation excessive de ressources) du secteur public tunisien

⁷⁶⁰ M. DURUPTY, « La restructuration du secteur public en Tunisie », *RA*, 1986, p. 285.

⁷⁶¹ H. ZIADY, « Le mouvement des privatisations dans les pays du Maghreb », *Problèmes économiques*, n° 2086, 10 août 1988, p. 28 et s.

⁷⁶² M. DURUPTY, *ibid.*

sont apparus vers le milieu des années 1960, avec une aggravation à partir de juillet 1986⁷⁶³. Les interventions de l'État dans la vie économique ont atteint 34 % du PIB en 1981. Ce niveau d'intervention est l'un des plus élevés tant dans le monde arabe que par rapport à l'ensemble des pays dits à revenu intermédiaire⁷⁶⁴.

Conscients des conséquences perverses d'un interventionnisme à outrance, les pouvoirs publics s'engagèrent dans des réformes afin d'en corriger les excès, conformément aux indications du VI^e plan d'ajustement structurel⁷⁶⁵.

Au démarrage effectif de processus de privatisation⁷⁶⁶, la Tunisie comptait environ 550 entreprises publiques, dont des entreprises dans lesquelles l'État ne détenait que 34 % du capital. Mais la loi du 1^{er} février 1989⁷⁶⁷ a limité la notion d'entreprises publiques aux seules entreprises dans lesquelles l'État contrôle au moins 50 % du capital⁷⁶⁸, ce qui a réduit ce nombre à 227 entreprises, au statut juridique non homogène⁷⁶⁹.

322. Depuis 1987, le programme de privatisation tunisien a connu une évolution en trois phases⁷⁷⁰. En premier lieu⁷⁷¹, il a concerné la privatisation des entreprises opérant dans des secteurs purement concurrentiels, ayant des difficultés financières et générant un poids sur l'équilibre budgétaire. Il s'agit des secteurs des services, tels que le tourisme, l'agriculture et la pêche. Ensuite, lors de la deuxième phase⁷⁷², les privatisations ont touché les entreprises à structure financière saine. Il a été également mis en place un cadre juridique et institutionnel afin d'améliorer la gouvernance de la privatisation. Enfin, la troisième phase⁷⁷³, a favorisé la privatisation de grandes entreprises performantes et attractives aux investisseurs nationaux et

⁷⁶³ N.-E., SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, 2005, p. 239.

⁷⁶⁴ M. MIDOUN, « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Economiques*, n° 3, 1993, p. 132.

⁷⁶⁵ 1982-1986.

⁷⁶⁶ En 1988.

⁷⁶⁷ L. n° 89-9, 1^{er} févr. 1989, relative aux participations des entreprises publiques.

⁷⁶⁸ Au lieu de 34 % auparavant.

⁷⁶⁹ Dont 118 établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) et 109 sociétés anonymes.

⁷⁷⁰ Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, Ministère tunisien du Développement Régional et de la planification et l'Institut Tunisien de la Compétitivité et des Études Quantitatives, janv. 2011, p. 15 ; site : <http://www.privatisation.gov.tn>.

⁷⁷¹ De 1987 à 1994, durant cette période, 48 entreprises ont été privatisées.

⁷⁷² De 1995 à 1997, durant cette période, 45 entreprises ont été privatisées.

⁷⁷³ Depuis 1998.

étrangers, telles que les cimenteries, les industries mécaniques et électriques et les télécommunications.

323. Le choix pour une approche des privatisations favorisant l'efficacité économique nécessite de mettre en place des mesures de restructuration au profit d'entreprises avant leur privatisation. En effet, dans l'état de destruction dans lequel se trouvent de nombreuses entreprises publiques tunisiennes, celles-ci nécessitent en vue de leur privatisation ultérieure, des mesures de restructuration organisationnelle et financière. Leur privatisation est problématique, car il est difficile de trouver des repreneurs prêts à prendre en charge des investissements de réhabilitation et un endettement parfois très lourd. C'est pourquoi l'option pour une approche favorisant l'efficacité économique implique des réorganisations avant les privatisations. Il est plus facile de céder une entreprise publique assainie et dégageant des bénéfices qu'une entreprise déstructurée et n'offrant aucun potentiel de gains financiers futurs. Par ailleurs, l'État pourra tirer des revenus plus élevés de l'opération de cession⁷⁷⁴.

Afin de mettre en place une stratégie pour le plan de restructuration et déterminer quelles seront les entreprises concernées, il est possible de s'appuyer sur la typologie exposée par deux économistes⁷⁷⁵ résultant de la combinaison de deux critères : d'une part, l'importance stratégique de l'entreprise, et d'autre part, sa viabilité économique et financière. Leur théorie permet de classer les entreprises publiques en quatre catégories afin d'identifier les mesures spécifiques à engager pour chacune d'elles⁷⁷⁶.

Selon leur étude, la restructuration est nécessaire pour toutes les activités stratégiques viables ou non viables économiquement et financièrement. Pour les activités non stratégiques, la privatisation ne concerne que les entreprises viables et rentables, alors que les entreprises sans potentiel de productivité devront être liquidées. Les plans de restructuration organisationnelle et financière seront spécifiques à chaque entreprise en fonction de sa situation, de sa capacité de compétitivité, de sa rentabilité et de sa finalité.

⁷⁷⁴ O. BOUIN et C.-A. MICHALET, *Le rééquilibrage entre secteurs public et privé : L'expérience des pays en développement*, Études du centre de développement, Paris, OCDE, p. 112.

⁷⁷⁵ Olivier Bouin et Charles-Albert Michalet.

⁷⁷⁶ O. BOUIN. et C.-A. MICHALET, *op. cit.*, p. 113.

324. Comme le souligne un économiste de renom, des restructurations menées selon cette approche pourraient aboutir à des résultats positifs : « la restructuration des entreprises publiques a donné, dans certains pays en voie de développement, des résultats équivalents ou meilleurs au transfert des entreprises dans le secteur privé »⁷⁷⁷.

B/ Le choix de l'objectif

325. Dans tout programme de privatisation, il est indispensable de déterminer dès le départ des objectifs précis. La définition rigoureuse des objectifs de la privatisation est une étape essentielle à exécuter avant la mise en œuvre du programme afin de garantir la cohérence avec la politique économique globale.

Dans la plupart des pays ayant choisi la voie de la privatisation, on retrouve en général des objectifs communs, tels que l'amélioration de la performance des entreprises⁷⁷⁸, la réduction des subventions de l'État vers les secteurs productifs et la maximisation des ressources pour le budget de l'État⁷⁷⁹.

Pour les pays en développement, en plus de ces objectifs, on remarque aussi des buts spécifiques tels que le développement de l'actionnariat populaire et celui des marchés boursiers. Dans ces pays, les principales aspirations ayant motivé les politiques de privatisation sont la réduction des déficits budgétaires, la création d'outils plus performants et enfin l'ouverture démocratique⁷⁸⁰. Ces objectifs peuvent se hiérarchiser autrement, voire même être complétés par d'autres finalités⁷⁸¹.

326. Le programme français, lors de la première vague de privatisation,⁷⁸² avait fixé trois objectifs principaux. En premier lieu, l'amélioration des résultats économiques et financiers des entreprises antérieurement publiques, ensuite, l'allègement du budget de l'État du poids

⁷⁷⁷ W. ANDREFF, « Les privatisations à l'Ouest, un modèle exportable ? », in *Stratégies de privatisation : comparaison Maghreb-Europe*, sous la dir. de D. Guerraoui et X. Richet, L'Harmattan et Toubkal, 1995, p. 39.

⁷⁷⁸ A travers une meilleure productivité et une plus grande compétitivité.

⁷⁷⁹ P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck Université, Bruxelles, 1995, p. 55.

⁷⁸⁰ B. CHAVANE, « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ? », *Bureau international du Travail*, Genève, 1996, p. 16.

⁷⁸¹ Par exemple le développement de l'actionnariat populaire, la promotion de l'emploi, l'amélioration du commerce extérieur...

⁷⁸² 1986-1988, sous le gouvernement de cohabitation dirigé par Jacques Chirac.

des déficits chroniques accumulés par certaines entreprises françaises et enfin, le recours au marché financier national et international.

327. La privatisation peut et doit aider à l'essor du marché boursier, surtout lorsque celui-ci existe déjà, mais uniquement à l'état embryonnaire, comme c'est le cas dans plusieurs pays en voie de développement, et en particulier en Tunisie. Dans cette catégorie de pays, cet objectif ne doit pas primer sur les autres⁷⁸³. En effet, lorsque les marchés boursiers ne sont pas assez développés, la mise en œuvre systématique des opérations de privatisations à travers le marché financier devrait être une solution complémentaire et non l'option principale.

Ainsi, une hiérarchisation des objectifs permettant d'isoler les priorités est nécessaire afin d'éviter toute difficulté dans le déroulement d'un programme de privatisation. L'essentiel réside dans l'amélioration de l'efficacité économique, et ce dans un environnement de libéralisation et d'instauration d'un marché concurrentiel.

328. D'une manière générale, lorsque les décideurs d'un programme de privatisation fixent comme objectif l'efficacité économique, ils visent principalement à :

- accroître l'efficacité des entreprises ;
- améliorer la qualité des biens et des services offerts ;
- réduire les transferts de budget de l'État vers les entreprises publiques ;
- recentrer l'État dans son rôle essentiel d'arbitrage et de régulation de l'économie ;
- générer des ressources financières pour l'État.

Mis à part quelques singularités, ces différents points se retrouvent dans chaque programme de privatisation.

Les bases théoriques de la supériorité des entreprises privées sur les entreprises publiques en matière d'efficacité économique sont étroitement liées aux développements des droits de propriété. Plus précisément, le fait que les droits de propriété ne soient pas transférables dans les entreprises publiques entraînerait un affaiblissement du système d'incitation des

⁷⁸³ J.-Cl. K. BROU, *Privatisation en Côte d'Ivoire : défis et pratiques*, L'Harmattan, 2008, p. 80.

gestionnaires, en affectant négativement, par voie de conséquence, leur efficacité économique⁷⁸⁴.

Par ailleurs, la possibilité pour une entreprise privée de connaître la faillite, à la différence de l'entreprise publique pour laquelle le risque est bien moindre, incite nécessairement ses gestionnaires à mettre l'accent sur la recherche d'une meilleure profitabilité de l'entreprise.

329. Le programme de privatisation tunisien s'inscrit dans une optique de progrès économique des industries et services compétitifs. Sa finalité est de désengager l'État dans la gestion des entreprises publiques, de canaliser ses activités vers les services d'utilité sociale⁷⁸⁵ et de confier la gestion des services d'infrastructures à des opérateurs privés, capables de fournir des services de qualité supérieure.

Le programme s'articulait autour de trois objectifs clés⁷⁸⁶, à savoir :

- l'augmentation de la participation des opérateurs privés dans le financement des activités économiques ;
- l'augmentation des ressources budgétaires de l'État ;
- l'émergence d'une épargne locale grâce à la création d'un actionnariat national.

Au fil des années, le concept tunisien de privatisation s'est intégré dans le cadre d'une vision de partenariat entre le secteur public et le secteur privé, en contribuant à la réalisation de la politique de désengagement de l'État des activités concurrentielles. En se fondant sur cette approche, les pouvoirs publics ont fait de la privatisation un axe de développement du secteur privé et un moyen de renforcer la performance économique.

⁷⁸⁴ J.-Cl. K. BROU, *op. cit.*, p. 49.

⁷⁸⁵ Tels que l'éducation et la santé.

⁷⁸⁶ Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, Ministère tunisien du Développement Régional et de la planification et l'Institut Tunisien de la Compétitivité et des Études Quantitatives, janv. 2011, p. 9 et s.

Paragraphe 2 : La mise en œuvre d'un tel objectif

330. Le choix pour une approche des privatisations favorisant la recherche de l'efficacité économique a pour but d'atteindre la meilleure performance économique et financière d'une économie nationale, à savoir relancer la croissance, créer des emplois et parvenir à l'équilibre social. Les stratégies et les modes de privatisation visent à définir le schéma optimal qui sera mis en œuvre pour chaque entreprise afin de répondre au mieux à l'objectif fixé. En effet, un plan mal conçu et inapproprié empêchera d'avoir une privatisation réussie, entravant l'entreprise de maximiser son potentiel.

L'objet de ce paragraphe est l'étude des modalités (A) et des techniques (B) de privatisation en cohérence avec les objectifs assignés au programme de privatisation, et en accord avec la situation socio-économique de la Tunisie. Les modalités principales répondent à la question « à qui vendre », alors que les techniques de privatisation répondent à la question « comment vendre ».

A/ Les modalités répondant au mieux à l'objectif poursuivi

331. Après plusieurs tentatives de réorganisation, les pouvoirs publics, quelle que soit leur volonté d'affirmer l'autonomie de gestion des entreprises publiques, acceptèrent l'idée selon laquelle l'État actionnaire est le plus généralement tenté par le dirigisme. En effet, les contraintes sociales et politiques pèsent sur la gestion des entreprises publiques. De plus, la solidarité des dirigeants politiques amène à placer à la tête de ces entreprises des hommes issus de l'administration ou proches du pouvoir au détriment de gestionnaires compétents⁷⁸⁷. Par conséquent, les entreprises publiques sont de plus en plus soumises à un statut rigide et à de multiples contrôles de forme. Elles éprouvent ainsi des difficultés à réaliser efficacement leur mission de développement de l'économie nationale. L'environnement international et la mondialisation ont contribué à faire évoluer les mentalités afin de répondre au mieux à l'objectif de croissance économique à travers, entre autres, les programmes de privatisation.

⁷⁸⁷ B. CHAVANE, « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ? », art. préc., p. 14.

Si pour les entreprises publiques dans lesquelles l'État ne détient qu'une participation capitalistique minoritaire, les stratégies de privatisation sont relativement simples à déterminer et sans enjeux majeurs, il n'en est pas de même pour les grandes entreprises dans lesquelles l'État possède une participation majoritaire. Ces dernières ont une influence sur tout un secteur d'activité de l'économie d'un pays ; elles impactent donc la valeur ajoutée nationale avec des conséquences sur l'emploi, les recettes fiscales et la balance des paiements. De ce fait, des manœuvres pour leur privatisation doivent être clairement établies au préalable. Plus précisément et idéalement pour chaque secteur d'activité, un programme de privatisation rigoureux et bien élaboré doit être conçu. Le choix d'une ou plusieurs modalités permet d'orienter la stratégie de privatisation en fonction de la nature des repreneurs à favoriser et des spécificités du contexte dans lequel se déroule la privatisation⁷⁸⁸.

332. Le choix pour une privatisation favorisant l'efficacité économique dans les pays en voie de développement, caractérisés par des facteurs structurels défavorables et par des entreprises n'offrant que de faibles perspectives de rentabilité immédiate, diminue le nombre des futurs acquéreurs. Trois modalités peuvent répondre, dans une certaine mesure, aux exigences de l'option pour une telle privatisation : l'actionnariat populaire, la reprise des entreprises publiques par les salariés et les dirigeants et enfin le recours au capital étranger.

333. Concernant le recours à l'actionnariat populaire par vente des actifs, cette option ne peut être que limitée dans les pays en voie de développement, en raison de l'insuffisante capacité d'épargne de la population par rapport à la valeur des actifs à céder. On pourrait penser à l'alternative de l'actionnariat populaire par la distribution d'actions en échange de coupons d'investissement gratuits à chaque citoyen. Or, ce choix ne répond pas à l'impératif de recherche de l'efficacité économique. Il faudrait donc exclure ces modalités, d'autant que l'expérience des pays de l'Est nous fournit de riches enseignements sur le handicap majeur de la privatisation de masse. Les privatisations par distribution d'actions à la population n'ont pas suscité de nouveaux capitaux ni de nouvelles compétences techniques ou de gestions au bénéfice des entreprises privatisées⁷⁸⁹. La distribution gratuite des actifs publics n'est pas un

⁷⁸⁸ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 318.

⁷⁸⁹ R. CHAVIGNY, « Économies en transition et économies en développement : une comparaison », in *Tiers-Monde*, 1997, tome 38, n° 152, p. 740.

facteur de croissance⁷⁹⁰, puisqu'elle prive l'entreprise des fonds nécessaires à sa restructuration, favorise la dilution de la responsabilité par l'effet de l'éparpillement de la propriété. De plus, la gratuité des actifs risque d'empêcher les actionnaires de se comporter en de véritables investisseurs.

Dans la perspective où le secteur privé du pays a la capacité financière et managériale suffisante pour contribuer à la réalisation du programme de privatisation, son implication effective ne sera que limitée. En effet, ces investisseurs nationaux privilégieront les secteurs de l'industrie de transformation, spécialement l'agroalimentaire, la production de matériaux de construction et les activités de services où le besoin de restructuration physique et technologique est faible et le retour sur investissement quasi immédiat, alors que les secteurs d'activité nécessitant des investissements de modernisation significatifs et des capitaux financiers considérables ne peuvent les intéresser que dans le cas d'une association avec des investisseurs importants, particulièrement étranger, détenteurs de technologies nouvelles et d'un savoir-faire managérial dans la grande industrie⁷⁹¹.

334. Le choix pour les modalités privilégiant la reprise des entreprises publiques par leurs salariés est souvent préconisé par les partenaires économiques ainsi que le principal syndicat d'ouvriers et d'employés qui considèrent que les travailleurs sont de fait les propriétaires de l'entreprise⁷⁹². Les pouvoirs publics offrent la possibilité aux salariés de se porter acquéreur de leur entreprise avec de nombreux avantages financiers, notamment le bénéfice d'un abattement sur le prix de cession et d'un crédit de paiement remboursable sur plusieurs années.

Cette option de rachat de l'entreprise par ses salariés répond à certaines contraintes structurelles de l'économie nationale tunisienne, à savoir la limitation du choix des acquéreurs et l'insuffisance de l'épargne populaire.

335. En réponse à l'insuffisance de la capacité financière des salariés et à la limite de l'aptitude d'absorption financière du secteur privé national, le recours aux capitaux étrangers

⁷⁹⁰ J.-E. STIGLITZ, *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002, p. 91.

⁷⁹¹ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 320.

⁷⁹² W. ANDREFF, « Les privatisations à l'Ouest, un modèle exportable ? », art. préc., p. 38.

peut être une solution présentant de nombreux avantages. D'une part, l'investissement étranger est synonyme de financement extérieur, d'acquisition potentielle de nouvelles technologies, d'ouverture de nouveaux marchés ou de réseaux d'alliances stratégiques, d'accès à une nouvelle clientèle et d'ouverture réelle de l'économie nationale sur le monde extérieur. D'autre part, il est source de rigueur dans la gestion. Cette modalité exige néanmoins un climat d'investissement favorable, une non-discrimination effective entre investisseurs et une transparence dans les prises des décisions.

336. Les trois principales modalités ainsi mises en évidence doivent être utilisées dans leur ensemble, et de manière combinée afin d'assurer le succès d'un programme de privatisation. Les repreneurs nationaux ont besoin de capacité de financement et de management dans la grande industrie. Par ailleurs, il est plus judicieux d'opter pour des investisseurs étrangers lors de la privatisation des grandes entreprises et, chaque fois qu'il y a lieu, de moderniser l'appareil de production et les capacités de management. L'investisseur étranger doit coopérer avec les partenaires locaux puisqu'ils ont une meilleure connaissance du marché, de la culture tunisienne et des rouages de l'administration.

B/ Les techniques s'accordant au mieux à l'objectif poursuivi

337. Il important dans les pays en voie de développement ayant choisi une approche des privatisations favorisant l'efficacité économique, que les techniques de transfert retenues permettent d'assurer la transition vers une économie de marché, précisément la cession des entreprises publiques à de véritables propriétaires préoccupés de la continuité de l'entreprise et de sa restructuration.

En Tunisie, malheureusement, les contraintes de l'environnement économique et financier limitent le choix possible des procédés de privatisation. Le transfert des grandes et moyennes entreprises nécessite inévitablement d'être organisé autour de mécanismes de cession en adéquation avec les spécificités du contexte et en harmonie avec les modalités de privatisations choisies.

Selon un avis éclairé, « chaque pays et chaque économie, en fonction de leurs réalités et de leurs contraintes, doivent mettre en place les techniques les plus adaptées à son contexte

national. [...] Il est formellement déconseillé d'adopter des techniques sous la pression »⁷⁹³. Puisque le programme tunisien de privatisation doit répondre à certaines contraintes de l'économie nationale⁷⁹⁴, le choix des techniques devra tenir compte de la nature du repreneur et de ses motivations. En d'autres termes, le repreneur aura comme priorité la recherche de l'efficacité économique par rapport à celle tendant à maximiser le prix de cession de l'entreprise cédée.

338. Quatre techniques de privatisation semblent correspondre à ces exigences : la vente par le recours au marché financier, la vente par appel d'offres, la vente de gré à gré et l'ouverture du capital social des entreprises publiques. Il ressort des analyses théoriques et de l'expérience pratique que ces techniques de privatisation sont plus efficaces que le contrat de gestion ou la concession, car ils ont l'avantage de transférer le risque financier, économique et commercial au secteur privé, en particulier le risque de mobiliser les ressources et de réaliser les investissements, offrant ainsi toutes les incitations à l'efficacité économique⁷⁹⁵. En effet, ces modes de privatisation offrent au secteur privé les meilleures garanties pour qu'il puisse réaliser les investissements nécessaires au développement de l'entreprise. Par conséquent, quand les conditions le permettent, ces techniques de privatisation doivent être privilégiées.

339. La privatisation à travers le marché boursier est la meilleure solution, puisqu'elle favorise l'actionnariat populaire, ce qui tolère de tempérer les critiques lancées à l'adresse du programme de privatisation, et de convertir l'épargne monétaire en épargne financière. Cette technique contribue donc au développement du marché boursier national et à la démocratisation de la culture financière dans les classes moyennes⁷⁹⁶.

Pour la Tunisie, le recours au marché boursier devrait être plus souvent utilisé dans le cadre d'une promotion de « capitalisme populaire »⁷⁹⁷ en offrant au peuple la possibilité d'acquérir une fraction du capital social d'entreprises publiques qui ont fait la fierté de la Tunisie durant sa période socialiste. Cette technique est également préconisée dans le cas particulier où la privatisation d'entreprises rencontre de fortes oppositions et est confrontée à des difficultés de nature politique et sociale.

⁷⁹³ W. ANDREFF, *ibid.*

⁷⁹⁴ Contraintes technologiques, managériales...

⁷⁹⁵ J.-Cl. K. BROU, *op. cit.*, p. 96.

⁷⁹⁶ L. RAPP, Techniques de privatisation des entreprises publiques, LITEC, Paris, 1986, coll., pp. 10-11.

⁷⁹⁷ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 325.

340. Compte tenu de l'importance qu'occupent certaines entreprises publiques au sein de l'économie tunisienne, l'ouverture de leur capital au public est un très bon moyen de développement du marché boursier tunisien. Cette opération présente de nombreux avantages⁷⁹⁸ :

- augmenter la capitalisation totale du marché, par conséquent lui conférer une taille plus importante⁷⁹⁹ ;
- initier les particuliers à la culture boursière⁸⁰⁰ ;
- attirer les investisseurs institutionnels nationaux et étrangers à travers des allocations significatives de titres dans le cadre d'une tranche réservée ;
- moderniser la représentativité de la Bourse en y intégrant les plus grandes sociétés du pays⁸⁰¹ ;
- améliorer la transparence des entreprises publiques et créer ainsi un effet d'engrenage auprès des sociétés privées⁸⁰².

Dans un contexte où le marché boursier est faiblement développé, le recours à la vente par appel d'offres national ou international peut être une alternative intéressante pour la cession des entreprises publiques tunisiennes. Cette technique peut être utilisée à la fois pour la cession d'actifs et pour la cession du capital social. Elle permet de mettre en place un cadre concurrentiel en vue de faire ressortir un prix de marché avec un prix de réserve en dessous duquel la vente ne pourra pas avoir lieu⁸⁰³.

L'évaluation des entreprises publiques est l'un des aspects les plus controversés et délicats du processus de privatisation. Les opérateurs privés vont estimer que le prix demandé par l'État est trop élevé, alors que, de son côté, l'État est convaincu que le prix fixé représente une

⁷⁹⁸ Étude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie, réalisée par SMART finance et GMA *capital markets*, mai 2002, p. 40 et s.

⁷⁹⁹ Par exemple, en introduisant une seule société telle que Tunisie Télécom, la capitalisation du marché peut, significativement, être augmentée.

⁸⁰⁰ Les épargnants sont plus rassurés par les entreprises publiques avec lesquelles ils entretiennent des relations familiaires que par des sociétés privées moins connues du grand public.

⁸⁰¹ Le secteur de l'énergie, fortement contrôlé par l'État n'est pas représenté en Bourse.

⁸⁰² Exemple, l'existence de la société Tunisair en Bourse pourrait inciter une compagnie aérienne privée de faire de même.

⁸⁰³ V. à ce sujet not. N. THIRION, *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, préf. Cl. Champaud, LGDJ, Paris, 2002, p. 523.

évaluation juste des actifs tandis que, enfin, le public considère que l'entreprise a été bradée⁸⁰⁴.

Néanmoins, au regard des contraintes liées à son statut de pays en voie de développement⁸⁰⁵, et au fait que plusieurs entreprises publiques à céder ont une faible valeur patrimoniale, voire sont incapables d'afficher un espoir de rendement satisfaisant, la Tunisie aurait tout intérêt à ne pas exiger une évaluation préalable avant de mettre sur le marché les titres des sociétés cédées⁸⁰⁶.

341. La vente de gré à gré peut être la troisième technique répondant à l'objectif d'efficacité économique. Elle est privilégiée dans les pays en voie de développement puisqu'elle est bien adaptée en cas de besoin de continuité de l'entreprise, en permettant de choisir le repreneur en fonction de son potentiel de maintien de l'entreprise et de son développement. Elle peut être choisie lorsque les techniques d'appel d'offres ou de recours au marché boursier se sont avérées infructueuses. Les conditions de vente sont déterminées après négociation avec un ou plusieurs acheteurs potentiels pour la cession de la totalité ou d'une partie du capital de la société.

L'ouverture ou l'augmentation du capital social des entreprises publiques répond aux exigences de restructuration et de modernisation, et permet ainsi une privatisation en plusieurs étapes. Elle consiste soit à l'augmentation du capital social au profit d'investisseurs extérieurs stratégiques, soit à la cession d'une fraction minoritaire du capital social à des investisseurs privés. Dans les deux cas, cette technique, offre, du point de vue sociétaire, d'introduire une logique de gestion privée dans le fonctionnement de l'entreprise, et du point de vue national, d'alléger le budget étatique affecté à la couverture des mesures de restructuration des entreprises publiques restant sous son contrôle⁸⁰⁷.

Cette démarche de privatisation progressive peut être effectuée en deux étapes. La première étape consiste en une privatisation partielle du capital de l'entreprise⁸⁰⁸. Une fois l'entreprise remise sur pied, l'État procède à la deuxième étape de privatisation en cédant la fraction

⁸⁰⁴ J.-Cl. K. BOU, *op. cit.*, p. 137.

⁸⁰⁵ Coût de l'évaluation, information comptable non fiable, distorsion du système des prix...

⁸⁰⁶ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 328.

⁸⁰⁷ N. THIRION, *op. cit.*, p. 516.

⁸⁰⁸ L'État cherche un ou plusieurs repreneurs afin de soutenir financièrement l'entreprise et lui apporter des éléments nouveaux dans les domaines du *management* et de la technologie, tout en gardant le contrôle stratégique de l'entreprise.

restante du capital social. Nombreux sont les pays⁸⁰⁹ ayant adopté cette démarche de transfert, particulièrement pour les entreprises fortement endettées qui nécessitent des mesures de restructuration avant leur privatisation⁸¹⁰.

⁸⁰⁹ Chili, Bangladesh, Philippines.

⁸¹⁰ O. BOUIN et C.-A. MICHALET, *op. cit.*, p. 181.

CHAPITRE 2 : LES RECOMMANDATIONS

342. Comparée à celle des pays émergents, la croissance de l'économie tunisienne est restée modeste⁸¹¹. Plusieurs facteurs ont contribué à freiner l'essor des entreprises et par voie de conséquence, l'économie nationale. En premier lieu, la complexité et l'absence de vision globale de la réglementation économique et fiscale. Celle-ci a ralenti la croissance, en favorisant les rentes de situation tout en développant l'économie informelle. Ensuite, le code des investissements bloque les initiatives et décourage les investissements génératrices d'emplois à forte valeur ajoutée. En troisième lieu, la complexité des formalités d'accès au crédit et l'incohérence entre les différentes institutions bancaires ralentissent les procédures. De plus, l'importance des garanties demandées, faute d'une meilleure évaluation des risques, se traduit par la préférence des banques à prêter aux grandes entreprises. Les taux d'intérêt pour la création d'entreprises sont nettement supérieurs à ceux observés par ailleurs, notamment au Maroc ou dans l'Union européenne⁸¹².

343. Encourager les investissements nationaux et étrangers favorise l'essor de l'économie du pays. Un programme de privatisation bien pensé peut participer à cette relance. La privatisation émane du changement de conception de la place et du rôle de l'État et du marché dans l'activité économique. Elle est toujours plus ou moins justifiée par les mêmes arguments, à savoir la recherche de l'efficience économique et le redressement de la situation budgétaire de l'État. En tirant des enseignements des expériences étrangères et des anciens programmes de privatisation tunisiens, on constate que quelques éléments nécessitent de nouvelles réformes (**Section 1**). À la suite des événements historiques qu'a connue la Tunisie en janvier 2011, le pays est en train de vivre une longue période de transition et de transformation profonde qui crée de nouveaux défis et opportunités, en particulier pour l'économie du pays. Cette phase de transition présente une occasion unique de libérer l'économie des rigidités administratives, qui auparavant avaient freiné son développement, et de mettre ainsi en place des réformes afin de construire un climat propice à l'initiative privée et aux affaires⁸¹³. La

⁸¹¹ Des entreprises compétitives pour plus de croissance, UTICA Vision 2020, déc. 2012, p. 9.

⁸¹² En Tunisie, les taux avoisinent les 9 % par an, alors qu'en Europe ils sont de l'ordre de 4 %. Source : S. MOULEY, L'entreprise tunisienne face à la conduite de la politique monétaire : Réflexions et pistes de réformes, *Centre tunisien des études économiques et Institut arabe des chefs d'entreprises*, juin 2010, p. 16.

⁸¹³ Rapport de la Banque Africaine de Développement, *Tunisie : défis économiques et sociaux post-révolution*, 2012, p. 9.

deuxième section de ce chapitre tentera de présenter les principales conditions nécessaires en vue d'accroître les chances de succès d'un programme de privatisation (**Section 2**).

Pour affranchir l'économie tunisienne des problèmes de gouvernance, une gestion plus transparente et plus responsable, un réajustement du poids du secteur public dans l'économie, une amélioration du climat des affaires avec une meilleure concurrence et un système bancaire plus sain sont indispensables.

Section 1 : Les éléments nécessitant des réformes

344. Dans chaque programme de privatisation, les gouvernements doivent définir en amont et avec précision le domaine des privatisations, délimiter le champ des entreprises et des activités qui devraient rester dans le domaine public, en raison notamment de leur caractère stratégique ou essentiel pour l'économie nationale. Les faibles résultats des privatisations antérieures s'expliquent essentiellement par l'absence de dispositif juridique clair et adapté aux spécificités locales, le manque de communication sur le programme et sur ses retombés économiques et sociales, ainsi que l'absence d'un plan d'action cohérent. Toutes ces contraintes amènent à repenser les modalités des privatisations à venir.

Dans le cas de la Tunisie, le nombre et le contenu des éléments nécessitant des clarifications, voire des approfondissements concernent d'une part le domaine des privatisations (**Paragraphe 1**), et d'autre part, les modalités des privatisations (**Paragraphe 2**).

Paragraphe 1 : Le domaine des privatisations

345. Dans les pays en développement, la privatisation s'explique entre autres par l'insuccès ressenti à l'égard d'un secteur public censé assurer le développement économique du pays et le bien-être de la population. Le programme de privatisation doit clairement définir les secteurs économiques à privatiser d'une part (**A**) et les entreprises à privatiser d'autre part (**B**).

A/ Le choix des secteurs économiques

346. En Tunisie le champ des privatisations n'a jamais été clairement spécifié par les pouvoirs publics. Aucune délimitation des secteurs concernés par les différents programmes de privatisation n'a été présentée. Or, la question de la sélection des domaines à privatiser est étroitement liée à la définition de la notion de secteur dit stratégique, dont le contrôle devrait exclusivement relever de la puissance publique. Par conséquent, hormis les entreprises du secteur stratégique, tous les autres secteurs de l'activité économique seront intégrés tôt ou tard dans le programme de privatisation⁸¹⁴.

347. Dans les pays en voie de développement, le processus de privatisation concerne généralement trois types d'entreprises publiques⁸¹⁵. En premier lieu, les grandes entreprises de production de biens et de services d'importance stratégique pour l'économie nationale⁸¹⁶. En deuxième lieu, les monopoles ou quasi-monopoles dans les secteurs productifs, qui sont réputés essentiels pour la maîtrise de la politique économique du pays⁸¹⁷. En troisième lieu, les entreprises de nature commerciale, dont le principe et l'organisation sont identiques à ceux des anciens comptoirs coloniaux. Or, en Tunisie, tout laisse à croire que les différentes vagues de privatisation ont touché plusieurs domaines de l'économie, sans choix mûrement réfléchi.

348. À ce jour, le secteur public tunisien occupe encore une place prééminente dans la plupart des segments dits stratégiques de l'économie nationale. Il est présent dans les domaines de l'énergie, du transport, des télécommunications, de la pharmacie, de la collecte et du commerce des produits alimentaires de base. Les huit entreprises du pays réalisant le plus gros chiffre d'affaires en 2011 sont des entreprises publiques⁸¹⁸.

Le programme de privatisation à la veille de la révolution comportait une liste d'une dizaine d'entreprises dans les branches de l'industrie, des services et de l'agriculture. Des concessions étaient également prévues dans les secteurs des infrastructures pour la réalisation, le

⁸¹⁴ V. N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 334, cas de l'Algérie où les pouvoirs publics ont défini la notion de secteur stratégique et délimités le champ des entreprises privatisables.

⁸¹⁵ R. FINIFTER et M. TREVOUX, « Les spécificités des privatisations en Afrique », *Marchés Tropicaux et Méditerranéens*, 1992, n° 2418, p. 629.

⁸¹⁶ La production et la distribution d'énergie, la construction et la gestion de l'infrastructure des télécommunications, des transports ferroviaires, maritimes...

⁸¹⁷ Mines, sociétés agroalimentaires...souvent pourvoyeurs de devises pour le pays.

⁸¹⁸ Source : Revue Jeune Afrique, hors-série annuelle, n° 32, 2013.

financement et l'exploitation d'une station de dessalement des eaux de mer et deux stations d'épuration⁸¹⁹.

Au lendemain de la révolution, les gouvernements successifs ont annoncé des projets de privatisation. Il s'agissait d'opérations ponctuelles, qui touchaient à la fois les entreprises confisquées⁸²⁰ et quelques grandes entreprises stratégiques non concurrentielles⁸²¹.

349. Il convient également de discuter de l'opportunité des privatisations de certains monopoles publics. La question clé a trait à l'étendue de l'échec du marché à compenser. Dans cette hypothèse, il faut évaluer au cas par cas le potentiel d'accroissement de la concurrence, la manière de la réaliser, et la mesure dans laquelle la privatisation est compatible avec cet accroissement de concurrence⁸²².

Du fait des monopoles ou quasi-monopole, les services portuaires, le transport international, le courrier rapide et les services de télécommunications ont un coût élevé et une qualité aussi incertaine qu'instable. Ces services freinent de plus en plus la compétitivité du pays. De ce fait, la performance et la continuité des services de télécommunication et de logistique sont un facteur aussi important que les moyens de production⁸²³. Associer impérativement le secteur privé à la gestion des installations portuaires et aéroportuaires pour les moderniser afin de les aligner sur les standards internationaux et améliorer leurs performances en termes de rapidité, fiabilité, fluidité et coûts semble être une solution possible.

350. Une fois le domaine des privatisations précisé dans son contenu et cerné dans ses limites, l'étape suivante consiste à choisir les entreprises à privatiser.

⁸¹⁹ Source : www.privatisation.gov.tn

⁸²⁰ Société Ennakel, confisquée au gendre du président déchu.

⁸²¹ Les sociétés de distribution de l'eau (SONEDE) et de l'électricité (STEG).

⁸²² Document du FMI, « Privatisation des entreprises publiques », MM. Richard HEMMING et Ali MANSOOR, février 1987, p. 38.

⁸²³ Des entreprises compétitives pour plus de croissance, UTICA Vision 2020, déc. 2012, p. 10.

B/ Le choix des entreprises

351. Le choix des entreprises à privatiser doit être perçu comme étant une opportunité de procéder à un diagnostic de l'état de santé de toutes les entreprises publiques. Le résultat de ce diagnostic permettra de classer les entreprises publiques, de fixer ainsi les priorités et d'arrêter mesures préalables.

La plupart des pays en voie de développement qui se sont engagés dans un programme de privatisation, ont préalablement procédé à une redéfinition du secteur des entreprises publiques. Deux critères sont d'ordinaire retenus : d'une part, la notion d'entreprises stratégiques ou non stratégiques, et d'autre part, la notion d'entreprises viables ou non viables. La catégorie d'entreprises stratégiques recouvre la fonction indispensable au développement économique à long terme ou à la sécurité du pays, alors que la catégorie d'entreprises viables sous-entend la possibilité de recourir à un emprunt bancaire⁸²⁴.

352. Les enseignements tirés des expériences étrangères montrent qu'il y a lieu de définir des critères permettant de privatiser ou non telle ou telle entreprise publique. Il convient de procéder à une classification à quatre niveaux selon la situation et le potentiel de profitabilité future des entreprises⁸²⁵ :

- les entreprises viables, ayant d'excellentes perspectives de gains financiers ;
- les entreprises potentiellement viables ;
- les entreprises en difficultés nécessitant des mesures de restructuration ;
- les entreprises totalement déstructurées sans perspective de gains financiers futurs.

En se fondant sur cette typologie, l'État fixe ses priorités dans l'établissement de la liste des entreprises à privatiser ou à conserver. La démarche de cession consiste à maintenir les entreprises stratégiques et viables dans le patrimoine de l'État, à privatiser, le plus souvent partiellement, les entreprises non stratégiques, mais viables, et enfin à liquider les entreprises non stratégiques et non viables.

⁸²⁴ M. DEVEY, « Bilan des privatisations en Afrique : l'exemple des pays de la zone franc », *Marché tropicaux*, sept. 1996, p. 1908.

⁸²⁵ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 335.

Cette classification est nécessaire dans le cas de la Tunisie car elle permettrait aux autorités publiques d'opter pour un plan réaliste et efficace d'encadrement des entreprises publiques concernées par la privatisation, mais qui nécessitent au préalable une restructuration.

353. En Tunisie, l'approche adoptée par les pouvoirs publics dans le choix des entreprises à privatiser n'a jamais été rationnelle. En effet, dans les listes proposées, on trouve aussi bien des entreprises performantes et rentables que des entreprises en difficultés, tandis que l'on identifie indifféremment des entreprises appartenant au secteur stratégique et des entreprises non stratégiques pour l'économie nationale.

Paragraphe 2 : Les modalités des privatisations

354. Ce deuxième paragraphe s'intéressera aux mesures contractuelles (A) et institutionnelles (B) à prendre afin d'atteindre les objectifs fixés dans le programme de privatisation.

A/ Les mesures contractuelles

355. L'aspiration principale de l'efficacité économique n'exclut pas d'assigner des objectifs secondaires justifiés par des considérations de nature politique, sociale ou financière⁸²⁶. Ces objectifs complémentaires peuvent tenir notamment à l'amélioration de la démocratie économique en passant par la promotion de l'actionnariat populaire et la participation des salariés au rachat des entreprises. Des desseins d'ordre budgétaire ou financier peuvent également être proposés dans les secteurs de l'industrie, des télécommunications, des mines ou dans certains services publics. Dans ces domaines, la privatisation porte sur la mise en concession de la gestion ou sur l'attribution de licences d'exploitation au profit d'opérateurs privés d'un service public sous monopole⁸²⁷. Ainsi, au regard du contexte sociopolitique dans lequel se déroule actuellement le programme de privatisation tunisien, il est évidemment nécessaire de lui assigner des objectifs secondaires, de nature politique ou de redistribution de revenus dans le but de favoriser la cohésion sociale autour de ce programme de privatisation.

⁸²⁶ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 333.

⁸²⁷ Cas des concessions de certains gisements miniers ou des licences d'exploitation de la téléphonie fixe et mobile.

Lorsque la continuité de l’entreprise est primordiale et ne peut être sacrifiée pour des raisons budgétaires ou d’équité sociale, la privatisation des grandes entreprises commande d’obéir à un schéma combinant plusieurs techniques simultanément⁸²⁸. À titre d’exemple, le contrôle de l’entreprise est cédé par la technique de la vente de gré à gré à un ou plusieurs investisseurs soucieux par la continuité et le développement de l’entreprise, mais devant disposer de réelles capacités technologiques, managériales et financières, une autre fraction du capital social est cédée au public en recourant au marché financier⁸²⁹, et enfin, une dernière tranche est réservée aux salariés.

356. En Tunisie, la privatisation par voie boursière n’a été que faiblement utilisée⁸³⁰, alors que plus des deux tiers des opérations de privatisation dans les pays de l’OCDE l’ont été en ayant eu recours aux marchés financiers. De plus, l’analyse du processus de privatisation tunisien révèle que la technique boursière des privatisations a exclu de nombreux domaines ayant une large place dans l’économie du pays. Nous pouvons citer l’exemple du secteur cimentier, dont la privatisation a été réalisée sous forme de cessions majoritaires⁸³¹. À l’avenir, l’État tunisien devra recourir plus souvent à ce procédé de privatisation, surtout lorsqu’il s’agit de grandes sociétés publiques connues de la population et opérantes dans des secteurs vitaux de l’économie⁸³². Ces privatisations permettront de dynamiser le marché boursier tunisien et d’améliorer sa représentativité, tout en protégeant les intérêts de l’État vendeur. Ces ouvertures en bourse pourront être espacées dans le temps, en laissant ainsi aux sociétés ayant des programmes importants d’investissement le temps de lever les financements nécessaires à leur développement.

Le choix du recours au marché financier en matière de privatisation est plus compétitif par rapport à d’autres solutions. Afin que les futures opérations de privatisation par voie boursière connaissent le succès escompté, il est primordial d’organiser au préalable une campagne

⁸²⁸ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 329.

⁸²⁹ Cette technique permet de développer l’actionnariat populaire, tout en offrant la possibilité à l’entreprise de mobiliser des capitaux financiers supplémentaires nécessaires au financement de sa restructuration.

⁸³⁰ De 1987 à 2001, le produit total des privatisations par voie boursière n’a représenté que 5,84 %. Sur les 156 entreprises privatisées, seulement 14 d’entre elles ont été privatisées en ayant eu recours aux marchés financiers. Source : *Étude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie*, réalisée par SMART finance et GMA capital markets, mai 2002, p. 40 et s.

⁸³¹ Étude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie, *op. cit.*, p. 41.

⁸³² Télécommunications, énergie, électricité...

promotionnelle à l'échelle nationale qui aura pour mission d'améliorer et de développer les connaissances des petits épargnants en matière de marché financier⁸³³.

357. Dans certains cas particuliers, les modes de privatisation tels que le contrat de gestion, l'affermage ou la concession sont à privilégier. En effet, particulièrement dans les pays en voie de développement, caractérisés par un marché de capitaux quasi inexistant et un revenu par habitant faible, le secteur privé hésite à s'engager lorsqu'il s'agit d'investir dans des matières telles que l'énergie ou les grandes infrastructures⁸³⁴.

358. Le choix des niveaux de participation des futurs acquéreurs des entreprises à privatiser constitue un des éléments décisifs dans la stratégie de privatisation, puisqu'il permet une meilleure application des modalités et des techniques de transfert. En effet, afin de garantir le bon déroulement des transferts, il est primordial de définir pour chaque privatisation la part qui sera réservée aux investisseurs nationaux, celle qui sera ouverte à l'investissement étranger et, enfin, le niveau de participation des salariés. Par ailleurs, la procédure de sélection des repreneurs doit être précisée pour éviter au maximum les risques de corruption ou de clientélisme souvent présents sous l'ancien régime du président Ben Ali.

B/ Les mesures institutionnelles

359. L'environnement politique et économique de la Tunisie d'avant la révolution était très centralisé. Pour les pouvoirs publics, cet environnement était à la fois une force et une faiblesse. Les problèmes de gouvernance se sont accentués durant les dix dernières années, en matière notamment de corruption, d'efficacité gouvernementale et de responsabilité. L'omnipotence du régime de l'ancien président Ben Ali s'est traduite par un faible niveau de transparence. L'opinion publique était constamment contrôlée et surveillée, les informations filtrées et censurées, y compris les données économiques. L'administration fortement concentrée servait à influencer ou intimider la population avec tous les moyens possibles mis à sa disposition : parti politique, police, justice, services fiscaux⁸³⁵...

⁸³³ Pour plus de détails, V. à ce sujet, Étude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie, op. cit., p. 147.

⁸³⁴ J.-Cl. K. BROU, *Privatisation en Côte d'Ivoire : défis et pratiques*, éd. L'Harmattan, 2008, p. 96.

⁸³⁵ Rapport de la Banque Africaine de Développement, *Tunisie : défis économiques et sociaux post-révolution*, 2012, p. 16.

360. L'augmentation d'une corruption et la recherche de rentes par la classe dirigeante ont coïncidé avec la période de libéralisation économique, ce qui favorisa la monopolisation du pouvoir économique entre les mains de l'élite, à travers les ingérences dans le processus de privatisation et la passation des marchés publics. La privatisation de plusieurs entreprises publiques fut réalisée sans transparence, non seulement pour des raisons politiques⁸³⁶, mais également dans un but de recherche de profits de la part de l'entourage du président déchu⁸³⁷. Par ailleurs, les principales entreprises privatisées étant la propriété de l'entourage de l'ancien président, cet état de fait a suscité des suspicions autour du climat des affaires dans le secteur privé, spécialement pour les sociétés étrangères. De grands projets, y compris étrangers, étaient surveillés et exposés aux interférences politiques.

361. La stratégie future à mettre en place devrait prévoir un volet important consacré à l'information et à la communication au profit de toutes les parties prenantes au processus de privatisation⁸³⁸ afin d'obtenir leur adhésion à la politique de privatisation. La transparence dans le domaine de l'information et des données publiques est essentielle pour rétablir la confiance des populations dans le système institutionnel. Il s'agit essentiellement d'informer les différentes composantes de la société sur les aspirations du programme de privatisation, ses modalités de mise en œuvre, ses enjeux et ce qu'elle peut susciter de positif à la fois pour l'économie nationale et pour les populations. Les renseignements ainsi divulgués permettront à tous les acteurs du processus, y compris les responsables politiques, la direction de l'entreprise, les salariés, les investisseurs et la population d'être suffisamment informés. Cette stratégie de communication témoigne du bien-fondé du processus de privatisation.

La campagne de communication requiert de recouvrir trois caractéristiques. D'une part, être adaptée au public visé, et répondre aux attentes de chacun des différents acteurs concernés⁸³⁹. Ensuite, il est nécessaire que la communication soit permanente tout au long du programme. La constance de l'information permet de suivre l'évolution de la privatisation tout en

⁸³⁶ Maintenir certains secteurs stratégiques clés sous le contrôle des pouvoirs publics.

⁸³⁷ Des activités telles que la vente de voiture au détail étaient passées entre les mains des membres de la famille de l'ancien président, qui ont pu bénéficier de prêts bancaires à faibles taux et des licences d'importation attribuées de manière non transparente. Ex. : les sociétés « Le moteur » et « Ennakl » ont été privatisées et cédées aux gendres de l'ancien président, en 2000 pour la première et 2006 pour la seconde.

⁸³⁸ Syndicats, salariés, patronat, investisseurs nationaux et étrangers, opinion publique...

⁸³⁹ L'opinion nationale, le marché extérieur, notamment les investisseurs internationaux, et l'entreprise, en particulier la direction et le personnel.

présentant les différentes phases, de manière continue et méthodique. Enfin, la campagne de communication commande d'être un instrument privilégié afin de garantir la transparence de la cession⁸⁴⁰. En l'occurrence, l'ensemble de la procédure et les étapes de la cession de chaque entreprise devront être communiqués à tous les acteurs⁸⁴¹.

Une diffusion systématique des informations aura un impact positif sur le climat des affaires, en donnant un signal fort de changement dans les cultures et les comportements des administrations. Cette nouvelle approche pourra inclure également les processus de passation des marchés publics, les résultats des appels d'offres, des informations détaillées sur les privatisations en cours⁸⁴²...

362. Des mesures doivent être prises dans le but de prévenir la corruption, spécialement dans le secteur public tunisien. Ce sont les faiblesses dans les systèmes de prévention de la corruption qui ont permis la confiscation totale des ressources publiques par l'ancien Président et son entourage. Ainsi, des dispositions en vue de renforcer le cadre d'intégrité dans le secteur public sont à privilégier⁸⁴³. Pour l'essentiel, il faut mettre en évidence les domaines « à risques », exposés aux fautes, à la fraude et à la corruption. L'OCDE assiste les pays en difficultés pour revoir et moderniser leur cadre d'intégrité en classant les bonnes pratiques et en élaborant des principes et lignes directrices⁸⁴⁴. À titre d'exemple, l'enrichissement illicite ou la corruption par les personnes morales ne sont pas incriminés, ce qui empêche de sanctionner les abus. De plus, il n'existe pas de dispositions législatives spécifiques pour définir les normes de conduites attendues par les fonctionnaires, ni pour protéger les accusateurs.

363. Par ailleurs, un accent singulier doit être porté sur les marchés publics. En effet, ce domaine ayant été particulièrement touché par la corruption sous l'ancien régime, il est

⁸⁴⁰ L'information doit porter sur « ce qui va être fait », « comment cela va-t-il être fait », et « ce qui a été fait ».

⁸⁴¹ J.-Cl. K. BROU, *ibid.*

⁸⁴² Rapport de la Banque Africaine de Développement, *op. cit*, p. 22.

⁸⁴³ V. à ce sujet, Examen de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie, éd. OCDE, avril 2013.

⁸⁴⁴ V. à ce sujet, L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z, éd. OCDE, 2007.

apparu rapidement nécessaire de réagir⁸⁴⁵ afin de rendre le système des marchés publics à la fois plus transparent et plus efficace⁸⁴⁶.

La promulgation du nouveau décret a apporté davantage de célérité au processus de passation des contrats dans le domaine des marchés publics. Ce texte a également amendé et remplacé plusieurs articles de la réglementation ultérieure⁸⁴⁷ en la matière afin de répondre aux attentes de précision et d'efficience. De plus, un ministère de la Gouvernance et de la lutte contre la corruption⁸⁴⁸ a été créé au lendemain de la Révolution, dans l'objectif d'assurer une bonne gouvernance, une réelle transparence et une authentique équité. Par ailleurs, la Tunisie a adhéré depuis le 16 avril 2012 à la Convention des Nations Unies tendant à promouvoir la Transparence et l'Intégrité dans les pays arabes dans le cadre de la lutte contre la corruption.

364. Concernant d'une part les réformes favorisant la mise en place d'un cadre global d'intégrité dans le secteur public⁸⁴⁹, il est recommandé d'élaborer des mesures spécifiques visant à encourager l'incorruptibilité des fonctionnaires⁸⁵⁰ et à combler les lacunes existantes en matière juridique afin de limiter les abus⁸⁵¹. Concernant d'autre part les réformes permettant de renforcer la loyauté des marchés publics⁸⁵², il est nécessaire de développer des textes d'accompagnement qui les aideront à mettre en œuvre les nouvelles procédures introduites au lendemain de la Révolution, favorisant ainsi une meilleure compréhension des nouvelles réglementations. En effet, le régime de passation des marchés publics souffrait de lacunes en matière de protection contre les risques d'ingérence politique sur l'octroi de contrats. De plus, le manque d'efficacité du système de passation a ralenti la riposte à la

⁸⁴⁵ Un nouveau décret régissant les marchés publics fut adopté le 23 mai 2011, décret n° 2011-623 du 23 mai 2011, portant dispositions spécifiques pour la réglementation des marchés publics. Celui-ci fut enrichi et modifié par la suite par le D. n° 2012-515, 2 juin 2012.

V. au sujet des différentes évolutions dans le domaine de la passation des marchés publics, *Rapport Final sur l'évaluation du système national de passation des marchés publics en Tunisie*, Commission supérieure des marchés, juin 2012, p. 17 et s.

⁸⁴⁶ Examen de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie, *op. cit.*, p. 71.

⁸⁴⁷ D. n° 2002-3158, 17 déc. 2002, portant réglementation des marchés publics, modifié et complété par le D. n° 2003-1638, 4 août 2003, le D. n° 2004-2551, 2 nov. 2004, le D. n° 2006-2167, 10 août 2006, le D. n° 2007-1329, 4 juin 2007, le D. n° 2008-561, 4 mars 2008, le D. n° 2008-2471, 5 juill. 2008, le D. n° 2008-3505, 21 nov. 2008 et le D. n° 2009-3018, 19 oct. 2009.

⁸⁴⁸ Placé sous l'autorité du Premier ministre.

⁸⁴⁹ Pour plus de détails, V. Examen de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie, *op. cit.*, p. 16 et s.

⁸⁵⁰ Ex. : un code de conduite destiné aux fonctionnaires.

⁸⁵¹ Les textes juridiques hérités de l'ancien régime présentent des lacunes, notamment en matière d'enrichissement illicite, ou de corruption par les personnes morales ; ces agissements n'étant pas incriminés, il est impossible de sanctionner de tels abus.

⁸⁵² Pour plus de détails, V. Examen de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie, *op. cit.*, p. 20 et s.

récente crise économique en freinant la mise en place du plan de relance économique du gouvernement.

L'objectif des nouvelles mesures est de rationaliser les procédures d'attribution des contrats et de réduire ainsi la durée du processus à un maximum de quatre mois. Ces nouvelles procédures concernent également la généralisation de la publication des avis d'appel d'offres et des résultats d'attribution de contrats, la diffusion des rapports de contrôle et d'audit, l'archivage et la mise en ligne pour consultation des différents documents créés et utilisées lors de la phase de passation.

365. Les avantages et les encouragements spécifiques ainsi que leurs modalités d'octroi à chacun des repreneurs devront être précisés par la stratégie retenue. Il s'agit particulièrement des incitations fiscales. En Tunisie, ces encouragements au profit de l'investissement privé étaient une constante de la part des pouvoirs publics. Puisque les besoins en capitaux n'ont pu être comblés par l'investissement public, la Tunisie a eu recours aux privatisations pour lesquelles des incitations fiscales sectorielles furent instituées⁸⁵³. À cet égard, plusieurs avantages pouvaient être accordés aux acquéreurs :

- le dégrèvement fiscal au titre du bénéfice ou revenu réinvesti ;
- l'enregistrement au droit fixe des actes constitutifs des sociétés ou constatant des modifications dans la structure de leur capital ;
- l'exonération des droits d'enregistrement des opérations de mutation de biens immobiliers et de fonds de commerce ;
- l'exonération de l'impôt sur les bénéfices des sociétés pendant les cinq premiers exercices d'activité effective ;
- l'exonération totale ou partielle de la taxe sur les transactions boursière ;
- l'exonération de la plus-value de cession réalisée par les sociétés cédantes.

En raison de la lourdeur et de la complexité de ces mesures incitatives, et sous l'impulsion des institutions financières internationales, celles-ci ont connu une refonte globale au cours des années 1990⁸⁵⁴. Les techniques incitatives utilisées présentent de nombreuses lacunes. En

⁸⁵³ En premier lieu dans le domaine de l'industrie exportatrice, puis ensuite étendues au tourisme, aux services...

⁸⁵⁴ Un code d'incitations aux investissements fut promulgué en 1993 (L. n° 93-120, 27 déc. 1993). Ce code couvre tous les secteurs d'activités industrielles et de services, à l'exception des mines, de l'énergie, du commerce et du secteur financier qui sont régis par des textes spécifiques.

effet, même si le principe de la liberté des investissements est affirmé, néanmoins beaucoup d'avantages fiscaux sont octroyés sur agrément⁸⁵⁵. Ces avantages engendrent automatiquement des procédures longues et compliquées, pouvant être source de corruption⁸⁵⁶. Par ailleurs, il existe plusieurs régimes spécifiques⁸⁵⁷ rendant le système difficile à gérer. À l'instar de la réglementation économique, le Code d'incitation aux investissements est sophistiqué et implique une multitude d'intervenants. Ce code renferme des insuffisances dans sa conception qui deviennent au fil du temps des freins à l'économie et à l'investissement. En effet, le nombre des mesures dérogatoires est très important, d'autant plus que la législation incitative subit des modifications à un rythme insoutenable.

366. Par conséquent, il est recommandé de mettre en place un nouveau cadre réglementaire qui encourage l'investissement et qui favorise la croissance⁸⁵⁸. A cette fin, il est souhaitable d'élaborer un nouveau Code d'incitation aux investissements. Celui-ci, à titre d'exemple, devra affirmer la liberté d'investissement et autoriser toutes les activités à l'exception d'une liste négative⁸⁵⁹. Il devra également assurer aux investisseurs la garantie de leurs biens, de la propriété intellectuelle, empêcher toute concurrence déloyale et permettre aux non-résidents le transfert des bénéfices.

⁸⁵⁵ A titre d'exemple, le transport routier, y compris le transport ferroviaire, le transport maritime et aérien, les communications, la santé, la fabrication d'armes et munitions, le recyclage et la transformation des déchets et ordures. De plus, la participation des étrangers, résidents ou non-résidents, dans les activités de services autres que totalement exportatrices est soumise à l'approbation de la Commission Supérieure des Investissements, si elle dépasse 50 % du capital. Cette approbation concerne plusieurs activités, tels que le transport, les communications, le tourisme, l'éducation, les travaux publics...

⁸⁵⁶ N. BACCOUCHE, « Maghreb et concurrence fiscale », *Centre d'Études Fiscale et Financières*, p. 7.

⁸⁵⁷ Pas moins de vingt régimes spéciaux.

⁸⁵⁸ Des entreprises compétitives pour plus de croissance, UTICA Vision 2020, déc. 2012, p. 11 et s.

⁸⁵⁹ A l'instar du code actuel, dans lequel le principe des listes positives freine l'initiative innovante, puisque tout est interdit sauf ce qui est autorisé par celui-ci.

Section 2 : Les conditions de réussite d'un programme de privatisation

367. Pour qu'un programme de privatisation produise un effet de stimulation réel, il est primordial que l'État se fasse moins omniprésent afin qu'il se consacre à ses fonctions essentielles. La nouvelle philosophie de la privatisation doit s'appuyer sur le pari d'une réorganisation entre l'étatisation et la privatisation.

368. Les objectifs principaux et secondaires délimités, les éléments de stratégie de privatisation définis dans leur contenu, les modalités et les techniques de privatisation en accord avec les objectifs assignés sélectionnées, il reste maintenant à traiter des conditions de mise en œuvre du programme de privatisation des entreprises publiques tunisiennes. Une exécution réussie présume l'association de plusieurs facteurs préalables. Il est possible de regrouper ces éléments par leur nature en deux catégories : ceux qui sont associés à des dimensions politico-juridiques d'une part (*Paragraphe 1*), et ceux qui sont liés à des dimensions économiques et sociales d'autre part (*Paragraphe 2*).

Paragraphe 1 : Les conditions politico-juridiques

369. Le succès du programme de privatisation tunisien est largement dépendant de circonstances politiques (A) et juridiques (B). Celles-ci ont de fortes chances de succès avec la chute de l'ancien régime et les nouvelles perspectives offertes à la Tunisie liées à ce grand changement.

A/ Les conditions politiques

370. La décision de s'engager dans un programme de privatisation est, avant tout, un acte de nature politique de l'État tunisien. La réunion préalable des conditions d'ordre politique est très importante par son impact sur le bon déroulement du programme. Chaque décision politique est susceptible de rencontrer des oppositions et des résistances engendrant des perturbations, voire des blocages lors de la mise en œuvre du programme de privatisation. Par conséquent, les représentants gouvernementaux devront négocier en amont avec les organisations d'employeurs et de salariés⁸⁶⁰.

Les obstacles politiques à la privatisation en Tunisie sont essentiellement de quatre ordres : la volonté politique imparfaitement affichée sur la question de la privatisation des entreprises publiques tunisiennes, les changements fréquents des autorités en charge des privatisations et les récentes instabilités gouvernementales⁸⁶¹, les conflits de compétence entre les différents centres de décision, et les désaccords gouvernementaux sur la question des modalités⁸⁶² des privatisations. Ainsi, l'État tunisien devra, en sa qualité de stratège et de responsable du processus de privatisation, lever tous ces obstacles.

371. En premier lieu, une intention ferme émanant des hautes autorités du pays sur l'engagement et la poursuite du processus de privatisation devra être affirmée clairement et sans équivoque. Ensuite, la mise en place d'un cadre d'information et de négociation à l'adresse des opposants avec les forces politiques en présence permettra d'obtenir un consensus. Par ailleurs, malgré les remaniements gouvernementaux, l'absence de continuité dans les engagements pris aurait pu être évitée si les règles et les conditions politiques des privatisations avaient été explicitement définies en amont. En effet, les objectifs et la démarche de transfert n'ont pas été formalisés et largement diffusés, ce qui a laissé le champ libre au personnel politique successif pour mener la privatisation selon ses propres croyances et compétences.

⁸⁶⁰ B. CHAVANE, « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ? », *Bureau international du travail*, Genève, avril 1996, p. 15.

⁸⁶¹ Depuis la révolution du 14 janvier 2011.

⁸⁶² Comment privatiser et au profit de qui ?

L'État tunisien devra retenir et adopter plusieurs principes en matière de privatisation, de sorte que les contradictions, les conflits et les abus d'autorité soient au maximum exclus lors de l'exécution du programme de privatisation : d'une part, l'unicité de décision, principe qui évite toute sorte de conflit de compétence liés à la multiplication des organes de décision et au manque de coordination entre eux, et d'autre part, une coordination efficace entre tous les intervenants ainsi que la transparence appuyée sur des règles clairement fixées.

372. Aujourd'hui, la Tunisie est confrontée à une difficile stabilisation de sa situation politique, et doit aussi faire face à plusieurs défis économiques. La chute du système mafieux va certainement libérer les énergies et les initiatives individuelles, mais elle ne portera ses fruits que si les nouveaux pouvoirs en place trouvent les moyens financiers pour redresser l'économie tunisienne et assurer un développement plus égalitaire entre les régions⁸⁶³.

B/ Les conditions juridiques

373. L'analyse montre que, malgré les réformes engagées en Tunisie, le climat des affaires connaît encore des contraintes liées à l'environnement institutionnel et réglementaire. Le dispositif juridique régissant les privatisations ne doit laisser aucune incertitude, tout devant être prévu dans la loi de privatisation et dans les textes réglementaires d'application. L'absence de carence juridique en la matière est une condition *sine quanone* de la réussite d'un programme de privatisation⁸⁶⁴. Ce dispositif juridique nécessite de contenir des mesures phares parmi lesquelles :

- l'énonciation de manière claire du champ des privatisations, en précisant les entreprises publiques éligibles à la privatisation ;
- la délimitation du contenu de la privatisation, en prévoyant la cession de tout ou partie du capital social et la cession d'actifs ;
- l'indication des modalités et des techniques de privatisation les plus courantes, en accord avec les objectifs assignés.

⁸⁶³ A. BELKAID, « Après les révoltes, les privatisations... », in *Le Monde diplomatique*, oct. 2011, p. 8 et 9.

⁸⁶⁴ N.-E. SADI, *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 340.

374. Les informations puisées dans les derniers rapports de la Banque Mondiale sur la pratique des affaires⁸⁶⁵ révèlent que la Tunisie a engagé plusieurs réformes sans pour autant réussir à assurer la transition vers des économies plus libérales et compétitives dans des délais impartis, en comparaison avec certains pays de l'Europe de l'Est et de l'Asie de l'Est⁸⁶⁶. L'environnement réglementaire risque de porter préjudice à la concurrence en défavorisant les petites et moyennes entreprises qui cherchent à accéder facilement au marché.

375. Par conséquent, un environnement juridique favorable au secteur privé mérite d'être créé. Les premiers plans d'ajustement structurel mis en place dans les pays en voie de développement visaient une restructuration du secteur public afin de le rendre plus opérationnel et moins coûteux, mais ne prévoyaient pas de privatisations au sens strict du terme. Compte tenu de la priorité assignée à la restauration des grands équilibres économiques, le secteur privé n'était pas la priorité des gouvernements. Il était donc primordial par la suite de concevoir un cadre réglementaire plus favorable à l'essor des entreprises privées⁸⁶⁷ ; les entraves administratives et réglementaires⁸⁶⁸ constituent des obstacles à leur bon fonctionnement.

Il est important qu'un programme de privatisation se déroule dans un contexte juridique caractérisé par le respect de la légalité et la reconnaissance des droits des citoyens et des agents économiques privés. Cet environnement juridique favorisera la mise en œuvre d'un climat de confiance pour les entrepreneurs.

Dans le même esprit, le système de la simple déclaration préalable devra se substituer le plus souvent au régime de l'autorisation préalable⁸⁶⁹. Par ailleurs, davantage de souplesse est

⁸⁶⁵ V. à ce sujet Rapport de la Banque Mondiale sur l'*Actualisation de l'Évaluation du Secteur Privé : relever le défi de la mondialisation*, vol. I : Résumé analytique et Programme de réformes proposé, déc. 2000, p. 3 et s.

⁸⁶⁶ Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, Ministère tunisien du Développement régional et de la planification et de l'institut tunisien de la Compétitivité et des Études quantitatives, déc. 2010, p. 25.

⁸⁶⁷ V. à ce sujet Rapport de la Banque Mondiale sur l'Actualisation de l'Évaluation du Secteur Privé : relever le défi de la mondialisation, *op. cit.*, p. 5 et s.

⁸⁶⁸ Le nombre de procédures, les délais nécessaires à la création d'entreprises et à leur retrait du marché, les coûts y afférents et la délivrance des permis constituent des freins pour le développement du secteur privé et l'empêche d'exercer ses activités avec efficacité.

⁸⁶⁹ Notamment dans le domaine de la création d'entreprises. Si, pour certaines activités l'investissement se fait sur simple déclaration (industries manufacturières, agriculture, industries agro-alimentaires, travaux publics et autres services totalement exportateurs et services liés à l'industrie), d'autres activités nécessitent un agrément (pêche, tourisme, transports et communications, santé, promotion immobilière, production et industries

nécessaire concernant les procédures relatives à l'exercice des activités des entreprises privées : il faudra remplacer les contrôles *a priori* par des contrôles *a posteriori*, les services administratifs auront une attitude incitative plutôt que répressive. En outre, la simplification des procédures administratives est inévitable avec l'instauration d'un guichet unique⁸⁷⁰ où seront représentés tous les interlocuteurs des différentes administrations qui interviennent lors des négociations avec les entreprises privées.

Concernant les barrières administratives, qui se sont nettement réduites, les entreprises évoquent encore la lourdeur des formalités relatives au commerce extérieur et à la résolution des litiges commerciaux⁸⁷¹.

376. La réalisation des programmes de privatisation est un processus complexe qui exige des compétences administratives en matière de gestion publique, des capacités juridiques et financières approfondies, ainsi qu'une connaissance en management des entreprises privées. Or, la réunion de toutes ces qualités est difficilement concevable. La solution qui se révèle être la plus efficace est de créer une institution dotée de cette expertise pluridisciplinaire. Cet organisme, ayant pour mission l'exécution de la politique de privatisation, devra disposer d'une importante autonomie de fonctionnement⁸⁷².

Ces institutions spécialisées et temporaires, qui ont des appellations différentes selon les pays⁸⁷³, obéissent généralement à une même logique et ont des attributions essentiellement techniques :

- réfléchir sur les stratégies de privatisation, dans le cas où elles n'ont pas été fixées en amont ;
- examiner et élaborer le programme de privatisation ;

cinématographiques, formation professionnelle, éducation et enseignement, recyclage et transformation de déchets et ordures).

⁸⁷⁰ En Tunisie, un guichet unique au sein de l'Agence de Promotion et de l'Industrie a été instauré le 1^{er} septembre 1989 sur instruction du Président de la République, dans le but de réformer l'administration tout en favorisant la compétitivité des entreprises. Treize administrations sont représentées dans le local du guichet unique.

Depuis 2006, il existe des bureaux de « l'interlocuteur unique » chargés d'accomplir, en lieu et place de l'investisseur, l'intégralité des formalités requises pour la constitution d'une société.

⁸⁷¹ Rapport sur La privatisation et le développement du secteur privé, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁷² B. CHAVANE, « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ? », art. préc., p. 54.

⁸⁷³ A titre d'exemple, il s'agit de la Commission d'Assainissement et de Restructuration des entreprises à participations publiques, pour la Tunisie, de la Commission des participations et des transferts pour la France, de la Direction des Entreprises Publiques et de la Privatisation pour le Maroc, Le Comité de Privatisation et de Restructuration du Secteur parapublic, en Côte d'Ivoire.

- coordonner les modalités d'audit et d'évaluation des entreprises à privatiser, qui sont généralement sous-traitées à des cabinets extérieurs nationaux ou étrangers ;
- proposer un prix de cession de l'entreprise ou des actifs à céder ;
- mettre en œuvre les procédures de cession : échange avec les futurs acquéreurs, constitution des noyaux stables d'actionnaires, dépouillement des offres...;
- planifier les mesures d'accompagnement sur les différents plans réglementaires, économiques et sociaux, tout en s'assurant de leurs cohérences avec les objectifs généraux de la politique économique du gouvernement ;
- prévoir une politique de communication avec les partenaires politiques, économiques et sociaux et la société civile.

377. L'agence de privatisation devant être un instrument technique ayant pour mission la préparation et l'exécution des décisions des pouvoirs publics, son mandat nécessite d'être défini aussi clairement que possible. D'une manière générale, il est recommandé de créer un petit groupe expert compétent et disposant d'un budget autonome suffisant pour sous-traiter des études à des experts extérieurs, plutôt que d'envisager une grande structure trop lourde et trop complexe.

L'indépendance de cette agence n'exclut pas de prévoir des procédures externes de contrôle. Ce contrôle peut être prévu soit dans le cadre général des organes spécialisés de l'État⁸⁷⁴.

Paragraphe 2 : Les conditions économiques et sociales

378. Les considérations spécifiques à l'environnement économique d'une part (**A**) et sociale d'autre part (**B**), sont également très importantes dans le processus de privatisation. Cette problématique pourrait se résumer à la question suivante : comment réaliser la politique de privatisation avec la meilleure efficacité économique possible et au moindre coût social ?

⁸⁷⁴ Inspection d'État, Cour des comptes, Conseil constitutionnel, Parlement...

V. également à ce sujet, Les lignes directrices pour le contrôle des privatisations, élaborées par l'Organisation Internationale des Institutions Supérieures de Contrôle des Finances Publiques (INTOSAI).

A/ Les conditions économiques

379. Les contraintes de nature économique concernent principalement l'état des entreprises publiques éligibles à la privatisation, l'insuffisance de repreneurs locaux et la réticence des investisseurs étrangers à s'impliquer dans un processus de privatisation qui soulève leurs inquiétudes.

380. La situation des entreprises publiques peut constituer un frein au bon déroulement du programme de privatisation si des mesures particulières de restructuration organisationnelle ne sont pas prises en amont. Les mesures de restructuration à réaliser seront identifiées lors du diagnostic stratégique établi pour chaque entreprise publique. Elles relèvent tantôt du domaine financier, tantôt du domaine industriel et enfin du domaine managérial.

Les expériences étrangères montrent que les premières privatisations concernent en priorité les entreprises les plus attrayantes du point de vue de la rentabilité immédiate et des perspectives de croissance. Or, les entreprises présentant de telles qualités ne sont pas très nombreuses. Par conséquent, les programmes de privatisation concernent le plus souvent des entreprises qui nécessitent des opérations de restructuration préalablement à leur privatisation. Trois grandes mesures de restructuration financières sont possibles pour les entreprises potentiellement viables, mais fortement endettées. D'une part, le traitement de l'endettement à court terme, par exemple par le biais du rachat du découvert par le Trésor auprès des banques et de sa transformation en titre participatifs. Ensuite, par la compensation des dettes et créances croisées : dettes vis-à-vis du Trésor et créances détenues par l'État. Enfin, la reconstitution du capital social, soit par la mutation des titres participatifs en capital social, ou la conversion des obligations détenues par le Trésor en capital, ou également l'apport en numéraire.

Ces plans de réorganisations financières diminuent la fragilité de l'entreprise et offrent la possibilité opérationnelle aux repreneurs de recourir à l'emprunt comme source externe de financement des investissements de modernisation et de développement de l'entreprise.

Les entreprises en difficultés doivent être réorganisées, voire même démantelées pour certaines d'entre elles, en tenant compte des conséquences sociales ainsi que de la protection des activités qu'il est nécessaire de conserver. Cette restructuration ne devra pas être menée

par l'État, car une logique de gestion privée est préconisée⁸⁷⁵. Par conséquent, il est souvent recommandé d'associer un investisseur privé dans le projet de restructuration. Trois types d'association sont possibles :

- le contrat de *management* limité dans le temps et dans son contenu ;
- le contrat de *leasing* avec option d'achat ;
- et enfin, la cession partielle du capital social de l'entreprise.

Néanmoins, la participation d'un investisseur privé dans une opération dans laquelle l'État demeure majoritaire impose une compensation matérialisée par une réduction sur le prix de cession des titres⁸⁷⁶. Par ailleurs, il est possible de nommer au sein du conseil d'administration de la société publique des *managers* du secteur privé dans le cadre d'un mandat spécialisé limité dans le temps, dans son contenu et dans ses objectifs.

Les mesures à caractère industriel sont nombreuses compte tenu de la situation de l'appareil de production et de l'organisation industrielle de la majeure partie des entreprises publiques. La mise en œuvre d'une stratégie industrielle en fonction des nouveaux objectifs et des contraintes du marché, le réaménagement de l'organisation du travail productif, le renouvellement des équipements, la cession des actifs générateurs de coûts fixes sans contrepartie en terme de valeur ajoutée, l'adaptation des effectifs de production sont autant de facteurs utiles dans la perspective d'un redressement industriel.

Les mesures relevant du secteur du *management* sont essentielles puisque beaucoup d'entreprises publiques ont souffert des méthodes de *management* archaïque et bureaucratique. Ces entreprises maintiennent le même modèle de gestion de l'économie administrée dans la majeure partie des domaines⁸⁷⁷. Par conséquent, dans une éventuelle restructuration, il est serait utile de promouvoir des actions de formation au profit de tous le personnel de l'entreprise, un réaménagement des structures avec une finalité de recherche de la performance ainsi qu'une actualisation des procédures de travail et une modernisation des systèmes de traitement de l'information⁸⁷⁸.

⁸⁷⁵ N.-E. SADI, *op. cit.*, p. 348.

⁸⁷⁶ L. CARTELIER, « L'expérience française de privatisation : Bilan et enseignement », *RIDE*, 1992, p. 399.

⁸⁷⁷ Finances, personnel, commercial, approvisionnement...

⁸⁷⁸ O. BOUIN. et C.-A., MICHALET, *Le rééquilibrage entre secteur public et privé : L'expérience des pays en développement*, Études du centre de développement, Paris, OCDE, 1991, p. 183.

381. La mobilisation du secteur privé national et des salariés dans le processus de privatisation est indispensable, malgré leur faible capacité financière et *managériale*. Les évincer du programme, en contrepartie d'un recours massif à l'investissement étranger, engendrerait des réactions néfastes pour le bon déroulement des privatisations⁸⁷⁹. Par ailleurs, le secteur privé national doit obtenir des garanties, de nature fiscale et administrative afin de participer activement au processus de privatisation. Nombreux sont les détenteurs de capitaux qui, redoutant un éventuel redressement fiscal, évitent de s'impliquer. Par ailleurs, les instabilités et les blocages de l'administration n'incitent pas la promotion et le développement de l'initiative privée.

382. Les investisseurs étrangers ont besoin d'un climat le placement avantageux et sécurisant. Les lois et les règlements en faveur de l'investissement étranger en Tunisie nécessitent d'être renforcés à travers des assurances sur leur bonne application, leur strict respect et une stabilité dans le traitement des investisseurs étrangers sans discrimination aucune dans l'exécution des contrats ou dans le traitement des contentieux commerciaux. Le capital étranger nécessite également d'un environnement économique et financier favorable aux affaires. Il s'agit de libéraliser le commerce extérieur, en supprimant les entraves aux échanges internationaux, en procédant par la réduction des droits de douane ou la suppression des licences d'importation. Le but de ces mesures est d'introduire sur les marchés nationaux une plus grande concurrence tout en diminuant les monopoles, y compris les monopoles publics. Il y a là une condition du bon fonctionnement du système de régulation dans une économie libérale de marché⁸⁸⁰.

⁸⁷⁹ C. HAMZA, « Les privatisations : quelques leçons », *NAQD Revue d'Études et de Critique Sociale*, n° 7, 1994, p. 30.

⁸⁸⁰ B. CHAVANE, « Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ? », art. préc., p. 33.

B/ Les conditions sociales

383. Pour que la privatisation d'une entreprise publique soit réussie, il est nécessaire que les décideurs obtiennent l'approbation de la part de tous les partenaires principaux⁸⁸¹, puisque chaque participant a le pouvoir de réduire, voire d'anéantir une privatisation, même la mieux planifiée. L'examen du processus de privatisation sous l'angle des partenaires, révèle quelques préoccupations dont il faut tenir compte. La population doit être convaincue que la privatisation ne se résume pas à « la vente des bijoux de famille » à des propriétaires privés élitistes et souvent étrangers. Il faut que les salariés et les syndicats soient persuadés que les remaniements liés à la privatisation sont accomplis dans leur intérêt, à moyen et long terme. Les dirigeants doivent accepter positivement l'introduction des changements massifs, souvent générateurs de désorganisation, dans un but d'efficience. Les clients et les consommateurs devront adhérer à l'idée selon laquelle les transformations sont dans leur intérêt, et conduisent à une amélioration du choix des produits offerts et de leur qualité tout en favorisant une baisse des prix. Les investisseurs, quant à eux, seront séduits à l'idée d'investir leur argent et leurs ressources dans le projet de privatisation⁸⁸².

Plus généralement, il est nécessaire que les pouvoirs publics fassent en sorte que tous les partenaires soient persuadés que le programme de privatisation est la seule issue possible pour l'avenir de l'économie nationale et que sa mise en œuvre est gérée de manière efficace, équitable et transparente.

384. Sur le plan social, l'État est forcé de diminuer les craintes et les incertitudes, d'une part, à travers le dialogue et la concertation⁸⁸³, et d'autre part, en mettant en place des mécanismes propres pouvant stopper les dégâts sociaux que pourraient provoquer les programmes de restructuration et de privatisation des entreprises publiques. Si la privatisation a été pensée afin de satisfaire à plusieurs objectifs⁸⁸⁴, son exécution doit répondre au principe de préservation de l'intérêt général, particulièrement l'amélioration de l'offre d'emploi, quantitativement et qualitativement. Néanmoins, cette condition ne doit pas léser l'entreprise du point de vue de sa rentabilité et de sa pérennité.

⁸⁸¹ La population, les salariés et leurs organisations représentatives, les directeurs, les clients, les investisseurs potentiels...

⁸⁸² A. WILD, « Le rôle des organisations d'employeurs dans la privatisation », *Organisation internationale du travail*, 1998, p. 4.

⁸⁸³ Avec une réelle implication des partenaires sociaux dans les transformations engagées.

⁸⁸⁴ V. à ce sujet *supra*, n° 318 et s.

En raison de ses conséquences prévisibles sur l'emploi⁸⁸⁵, le statut des salariés et les conditions de travail, une privatisation ne peut être mise en œuvre sans un consensus avec tous les intervenants, et spécialement avec les partenaires sociaux. Il est primordial que l'État intègre dans sa stratégie de privatisation des mécanismes favorisant la concertation et le dialogue social dans le but d'éviter les blocages *ex ante* au programme de privatisation.

L'État doit également penser aux répercussions sociales liées aux restructurations ou aux privatisations. Concrètement, il s'agit de prendre des dispositions d'accompagnement ainsi que d'envisager des organismes sociaux capables de prendre en charge financièrement les salariés licenciés et de les aider à se réinsérer professionnellement.

385. C'est dans ce contexte de grands défis d'une modification de la gestion, et non pas uniquement dans celui du processus technique de changement de propriété, que les organisations d'employeurs ont un grand rôle à jouer pour parvenir à valoriser le processus de privatisation. Les activités des organisations d'employeurs évoluent en fonction des mesures déployées et de l'influence exercée. Compte tenu de l'importance du programme de privatisation pour les organisations d'employeurs, il est certain que les activités engagées et leur emprise sont de plus en plus déterminantes⁸⁸⁶.

En général, les syndicats d'employeurs sont très critiques envers l'attitude des gouvernements au sujet de la participation des salariés à la rédaction des dispositions réglementaires relatives à la privatisation. Différentes études ont montré qu'une réelle implication des organisations d'employeurs aurait des conséquences positives sur la mise en œuvre du processus de privatisation, avec une réalisation plus efficace et plus transparente. Néanmoins, une position défavorable à un tel engagement ne les empêche pas de donner leurs points de vue, la privatisation étant d'une grande importance pour ceux qui attendent une invitation du gouvernement pour s'impliquer dans le processus.

Les organisations d'employeurs souffrent malheureusement d'un manque de qualifications et de ressources pour jouer le rôle influent qu'elles devraient avoir dans le processus de privatisation, leurs principales obligations étant la promotion de la privatisation et la

⁸⁸⁵ Des licenciements peuvent être envisagées.

⁸⁸⁶ A. WILD, « Le rôle des organisations d'employeurs dans la privatisation », art. préc., p. viii.

préparation des gestionnaires à la privatisation⁸⁸⁷. Pour inciter et soutenir l'action des organisations d'employeurs, il est recommandé de mettre en place un centre de connaissances spécialisées⁸⁸⁸ ainsi qu'une banque de données des meilleurs procédés facilement utilisables, une telle structure devant notamment offrir des conseils d'experts, une assistance et des ressources de formation adéquates.

Malheureusement, le niveau d'influence des organisations d'employeurs dépend en grande partie de la volonté du gouvernement de tenir compte de leurs points de vue. Trois raisons essentielles peuvent expliquer l'attitude des autorités publiques. Soit parce qu'elles veulent que la politique de privatisation reste exclusivement une affaire de politiciens, soit parce qu'elles sont persuadées que les organisations d'employeurs ne peuvent apporter aucune contribution utile, soit parce que, historiquement, le pays n'a aucune expérience en matière de consultation des organisations d'employeurs dans ce domaine⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ V. à ce sujet, « Un menu d'action : un modèle pour l'implication efficace des organisations d'employeurs dans le processus de privatisation », in A. WILD, « Le rôle des organisations d'employeurs dans la privatisation », *Organisation internationale du travail*, 1998, p. 14 et s.

⁸⁸⁸ En Tunisie, il existe au sein de l'UTICA un Centre de conseil et de développement de la petite et moyenne entreprise. Il s'agit d'un projet d'aide et de promotion de l'activité des PME engagé avec la coopération belge.

⁸⁸⁹ A. WILD, « Le rôle des organisations d'employeurs dans la privatisation », art. préc., p. 12.

TITRE 2 : LES RÉFORMES DE L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LE SECTEUR MARCHAND

386. Depuis le début des années 1990, le FMI n'a cessé de demander à la Tunisie plus de réformes économiques, parmi lesquelles « une amélioration de l'environnement des affaires ». Il faut comprendre par là un retrait accéléré de l'État de la sphère économique et une libéralisation des services. Les précédents programmes de privatisation ont permis à la Tunisie de drainer des investissements directs étrangers, malgré la relative stabilité politique, économique et sociale d'avant la révolution. Des réformes furent engagées afin d'améliorer le climat d'investissement et faire ainsi de la Tunisie une plateforme régionale d'investissements directs étrangers par sa proximité avec l'un des plus grands marchés du monde, l'Union européenne.

Le choix des modalités et des techniques de privatisation et le lien de causalité avec les objectifs poursuivis ayant été préalablement traités, il reste à présent à savoir s'il est opportun de conserver une participation de l'État après la privatisation d'une entreprise publique, et dans l'affirmative, à quel niveau celle-ci doit se situer (**Chapitre 1**).

387. À défaut de pouvoir compter sur une aide financière à la mesure des défis économiques et sociaux que doit affronter la Tunisie, le FMI et la Banque Mondiale l'incitent fortement à aller plus loin dans l'ouverture libérale, quitte à solliciter l'assistance des grands groupes internationaux pour financer son développement. Pour les bailleurs de fonds et les multinationales souhaitant disposer d'une plus grande facilité d'action, l'option des partenariats public-privé est perçue comme étant la solution miracle. Le principe consiste à ce qu'une entreprise privée finance, construit puis exploite un service public pour le compte de l'État ou de ses collectivités. En d'autres termes, il s'agit d'une privatisation, mais limitée dans le temps (**Chapitre 2**).

Sans remettre en cause l'adhésion de la Tunisie à l'économie de marché, l'ancien dictateur a toujours limité cette libéralisation, conscient qu'une telle politique pouvait aggraver les

disparités sociales. Les futurs gouvernements démocratiquement élus vont-ils se soumettre à des exigences de libéralisation économique plus poussées ? Les partenariats public-privé sont-ils vraiment la solution ?

CHAPITRE 1 : LA CONFIRMATION DE LA FONCTION DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE

388. En France, l'utilisation par l'État des techniques du droit des sociétés anonymes a suscité une grande attention, mais la dimension comportementale de l'actionnariat étatique a été longtemps ignorée par le droit et la doctrine⁸⁹⁰. Face à une situation économique, sociale et financière difficile, l'État tunisien espère rassembler l'ensemble des énergies et des capacités du pays afin de renouer avec la croissance et de retrouver le chemin de l'industrialisation. Pour mener à bien ces chantiers ambitieux, l'État actionnaire post-révolution doit être exemplaire dans la défense de l'intérêt social des entreprises publiques, en termes de gouvernance de ces mêmes entreprises, et dans le domaine de la responsabilité environnementale

389. La notion d'État actionnaire n'est pas encore explicitement reconnue de nos jours en Tunisie. En France le terme « État actionnaire » a été pour la première fois utilisé en 2001 dans le rapport annuel sur le secteur public économique du ministère de l'Économie et des Finances remis au Parlement. Aujourd'hui, cette expression bénéficie d'une légitimité certaine,⁸⁹¹ car l'État a réellement un rôle d'actionnaire, distinct de sa mission de puissance publique, et parce qu'il est de plus en plus amené à être actionnaire et à se comporter comme tel. Enfin, l'État utilise les mécanismes de l'actionnariat afin de prendre ou de garder le contrôle d'une société, voire même pour la diriger, dès lors que sa participation le lui permet. La formule « État actionnaire » désigne un État qui poursuit des finalités patrimoniales à travers ses participations et à travers les entreprises qu'il contrôle⁸⁹². Comment s'est réalisée cette mutation d'un État tuteur vers un État actionnaire (**Section 1**) ?

Dès lors qu'il est propriétaire d'actifs économiques et les gère avec une préoccupation de création de valeur, l'État actionnaire doit définir une stratégie de long terme afin d'améliorer ses participations et défendre ses intérêts patrimoniaux (**Section 2**).

⁸⁹⁰ A. CARTIER-BRESSON, *L'État actionnaire*, préf. D. Truchet, LGDJ, 2010, p. 256.

⁸⁹¹ A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, n° 124, 2007, p. 537.

⁸⁹² A. CARTIER-BRESSON, *ibid.*

Section 1 : D'un État tuteur vers un État actionnaire

390. Jusqu'à récemment, l'État appliquait aux entreprises publiques les mécanismes traditionnels du droit public (*Paragraphe 1*). Aujourd'hui, une évolution s'est produite, ce qui a permis à l'État de se conduire de plus en plus en dirigeant économique des entreprises et par conséquent, en actionnaire (*Paragraphe 2*), en parallèle de ses autres missions.

Paragraphe 1 : Les phases de la mutation

391. Les raisons du passage de l'État tuteur à l'État actionnaire sont, d'une part, des mutations générales du rôle et du fonctionnement de l'État (**A**), et d'autre part, un abandon de la tutelle administrative (**B**).

A/ L'évolution du rôle de l'État

392. L'État est omniprésent, il consacre des moyens importants à la gestion, au suivi et au contrôle des entreprises publiques. Néanmoins, il rencontre des difficultés à leur donner des consignes claires et opère souvent sans réelle stratégie. D'un côté, l'État intervient au sein des organes sociaux en tant qu'actionnaire pour prendre part à l'exercice du pouvoir décisionnel, et d'un autre côté, il se comporte comme un tuteur afin d'exercer des contrôles exorbitants de droit commun tendant à limiter le pouvoir décisionnel. Or, l'actionnariat et la tutelle sont deux modalités distinctes de relation entre l'État et les entreprises. En effet, l'actionnariat renvoie à des techniques de droit privé, alors que la tutelle se rapporte à un ensemble de prérogatives de puissance publique. Un actionnaire est à la recherche d'une valorisation de son investissement, l'autorité de tutelle veille, quant à elle à la satisfaction des finalités d'intérêt général par les organismes qui sont sous son contrôle⁸⁹³.

L'histoire du secteur public français montre la multiplication des contrôles comme étant le résultat de la fluctuation des conceptions politiques relatives au rôle de l'État⁸⁹⁴. L'histoire

⁸⁹³ S. ALBERT et C. BUISSON, *Entreprises publiques. Le rôle de l'Etat actionnaire*, La Documentation française, Paris, 2002, p. 128.

⁸⁹⁴ G. LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, LGDJ, 1958, p. 81.

révèle également que ces différents contrôles sont la solution adoptée en réponse à une crise financière du secteur public⁸⁹⁵.

393. Étant actionnaire majoritaire, voire même actionnaire exclusif, l'État a toujours cherché à inclure des contrôles issus du droit administratif⁸⁹⁶ dans le but de surveiller les sociétés du secteur public sans se contenter des seules prérogatives politiques que lui offre le droit des sociétés⁸⁹⁷. Il s'agit de la tutelle sur les personnes et sur les actes, ainsi que les contrôles des commissaires du gouvernement et des contrôleurs d'État.

Concernant la tutelle sur les personnes, elle se traduit par le droit de désigner, d'agréer et de révoquer des dirigeants d'entreprises publiques ou des administrateurs d'État⁸⁹⁸. Ces prérogatives complètent les pouvoirs détenus par l'État en tant qu'actionnaire, à savoir celui de choisir les administrateurs qui le représentent et celui de nommer les dirigeants des entreprises qu'il contrôle. La tutelle sur les actes est une forme directe d'intervention de l'État dans la gestion des entreprises publiques, puisque les décisions les plus importantes sont nécessairement soumises à une autorisation préalable ou à une approbation du ministre de l'Économie ou des ministres concernés⁸⁹⁹.

« La surveillance publique de l'intérieur »⁹⁰⁰ exercée par les commissaires du gouvernement et les contrôleurs d'État peut porter sur n'importe quelle entreprise bénéficiant d'une participation publique, même minoritaire. Les commissaires du gouvernement sont nommés par les ministres de tutelle en fonction des secteurs d'activité concernés et assurent une mission d'information, de conseil et de suivi de l'exécution des décisions de l'État. Leur action se traduit par un pouvoir de surveillance⁹⁰¹, mais les statuts des sociétés peuvent leur reconnaître des prérogatives décisionnelles. Initialement orientée sur la défense des intérêts financiers de l'État, cette fonction s'est réduite à des aspects techniques avec à la création du corps des contrôleurs d'État au sein du ministère de l'Économie.

⁸⁹⁵ M. DURUPTY, *Les entreprises publiques*, PUF, coll. Thémis, T. II, p. 303.

⁸⁹⁶ Des pouvoirs empruntés au modèle du contrôle de tutelle sur les collectivités territoriales ou sur les établissements publics.

⁸⁹⁷ G. LESCUYER, *op. cit.*

⁸⁹⁸ V. sur ce point : A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 171 et s.

⁸⁹⁹ A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », art. préc., p. 263 et s.

⁹⁰⁰ A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *ibid.*

⁹⁰¹ Ils participent aux assemblées générales et au conseil d'administration avec une voix consultative.

394. À la suite du scandale du Crédit Lyonnais⁹⁰², l'État actionnaire a connu une importante crise de crédibilité qui l'a conduit à restaurer sa légitimité et améliorer son efficacité. Selon les termes d'un auteur, il a fallu attendre ce scandale « pour que l'on prenne la mesure des effets pervers du contrôle de la tutelle »⁹⁰³, qui altère les moyens d'influence de la puissance publique en qualité d'associé. En effet, le droit de vote de l'État actionnaire au sein des assemblées générales est affaibli lorsque les décisions les plus importantes nécessitent l'autorisation des autorités de tutelles. Plus l'État tuteur empiète sur les attributions des organes sociaux, moins l'État actionnaire exercera ses responsabilités.

Dans le courant de l'année 1994, deux rapports parlementaires⁹⁰⁴ ont signalé la nécessité de clarifier la fonction de l'État exploitant d'entreprise en corrélation à ses fonctions de régulation et de tutelle. Cette crise de légitimité a été aggravée en 2002 par l'annonce de l'endettement de France Télécom. Cette faillite de l'État actionnaire démontre, une fois de plus, l'incapacité de la puissance publique à assumer sa responsabilité.

395. Les contraintes concurrentielles obligent les entreprises, y compris lorsque l'État est leur actionnaire, à adopter une nouvelle gouvernance tournée vers une gestion financière plus saine et plus efficiente. La disparition des monopoles publics, l'arrivée de concurrents privés et l'ouverture des frontières ont conduit l'État à dissocier les différents rôles qu'il est susceptible d'exercer à l'égard des entreprises dans lesquelles il détient une participation. Par conséquent, la confusion entre l'État « éditeur » de règles et l'État exploitant d'entreprises n'est plus possible⁹⁰⁵. À la suite d'une décision de la Cour de justice des Communautés européennes⁹⁰⁶, une séparation est née entre l'État régaliens, c'est-à-dire celui qui fixe les règles, et l'État « actionnaire », c'est-à-dire celui qui exploite des entreprises dans certains secteurs économiques. Ainsi, l'État a dû déléguer quelques-unes de ses prérogatives

⁹⁰² Milieu des années 1990.

⁹⁰³ Selon le Professeur M. Durupry, *in* « Faut-il réaménager le contrôle de l'État sur les entreprises publiques ? », *AJDA*, 1995, p. 3.

⁹⁰⁴ Rapport d'information de la Commission des finances du Sénat n° 591 sur *Les conditions d'exercice par l'État de ses responsabilités d'actionnaire* établi par J. Arthuis, C. Belot et P. Marini, juill. 1994, et le Rapport n° 1480 de la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale présidée par P. Seguin sur *Le Crédit Lyonnais*, juill. 1994.

⁹⁰⁵ A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », art. préc., p 549.

⁹⁰⁶ CJCE, 13 déc. 1991, *RTT c/ GB-Inno-BM SA*, C-18/88, Rec. I, p. 5973. En effet, la jurisprudence européenne considère que le fait pour un opérateur économique d'être également l'autorité réglementaire qui édicte les règles du jeu sur le marché est contraire à l'interdiction des abus de position dominante.

d'édition du droit et de contrôle de son application à des autorités administratives indépendantes⁹⁰⁷.

B/ D'une tutelle administrative à une direction actionnariale

396. Si la relation entreprise publique-État a été organisée selon le modèle de la tutelle administrative, c'est à parce qu'à l'époque où sont apparues les premières entreprises publiques, l'État ne connaissait aucun autre mode de contrôle⁹⁰⁸. Ne disposant ni d'une aptitude particulière ni d'un savoir-faire spécifique pour gérer les entreprises, il a transposé le schéma d'organisation qui avait été auparavant imposé aux collectivités locales et aux établissements publics. Ce modèle de la tutelle administrative a autant marqué les modalités du contrôle étatique des entreprises publiques que son organisation, qui sont restés inchangés durant plus de cinquante années⁹⁰⁹.

Or, d'une part, les règles de contrôle des établissements publics⁹¹⁰ ne conviennent pas dans le contexte mouvant de la gestion économique, tandis que d'autre part, le contrôle exercé par l'État sur les entreprises publiques est le plus souvent inadapté, car il intervient sur des questions qui relèvent de la gestion courante et non de la stratégie ou du contrôle de l'entreprise⁹¹¹. Pourtant, le principe de « l'autonomie de gestion » des entreprises publiques a été élevé au rang d'une véritable doctrine à partir des nationalisations de 1946, puis réaffirmé en 1968 dans le rapport Nora sur les entreprises publiques⁹¹². Ce principe vise à garantir le respect d'une économie décentralisée dans laquelle les décisions se prennent au plus près des réalités économiques, donc à l'échelon des entreprises.

397. L'autonomie de gestion des entreprises publiques s'est traduite par deux formes de correction de la tutelle : sa contractualisation et l'allègement des contrôles *a priori*.

⁹⁰⁷ V. sur la notion de régulation et sur les autorités administratives indépendantes : A. Delion, « Notion de régulation et droit de l'économie », *Annales de la régulation de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, n° 1, LGDJ, 2006.

⁹⁰⁸ A. DELION, « L'évolution du contrôle des entreprises publiques en France », *RFAP*, n° 32, 1984, p. 689.

⁹⁰⁹ A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 259.

⁹¹⁰ En particulier les règles relatives à l'approbation préalable.

⁹¹¹ Rapport n° 1004 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale présidée par Ph. Douste-Blazy *Sur la gestion des entreprises publiques, afin d'améliorer le système de prise de décision*, juill. 2003, tome II, p. 19.

⁹¹² *Les entreprises publiques*, Rapport au Premier ministre, S. Nora (ss. dir.), La documentation française, 1968.

L'idée de contractualiser les relations entre l'État et les entreprises publiques existait déjà depuis le rapport Nora⁹¹³. Celui-ci recommandait en effet de fixer dans des conventions les engagements réciproques de la tutelle et de la direction des entreprises chargées de missions de service public. La première expérience en matière de contractualisation⁹¹⁴ fut décevante et interrompue à la suite du choc pétrolier de 1974, pour être ensuite reprise en 1978 sous la forme de « contrats d'entreprise », dont le but était de redresser la situation financière dégradée des sociétés. L'alternance politique de 1981⁹¹⁵ rétablit l'idée de faire des procédures contractuelles un instrument de planification. Les contrats initiaux de plan répondaient à des objectifs plus audacieux que ceux, essentiellement financiers, des précédentes conventions⁹¹⁶. Au cours des années 1990, ces instruments contractuels abandonnèrent l'idée de la planification afin de privilégier des objectifs de rentabilité. Même si des contrats furent conclus en vertu de la loi du 29 juillet 1982, l'intitulé de « contrats de Plan » ne fut plus jamais utilisé⁹¹⁷. La loi relative aux nouvelles régulations économiques adopta les « contrats d'entreprise », en spécifiant que ces conventions pluriannuelles peuvent être conclues entre l'État et les entreprises chargées d'une mission de service public, dont il est tuteur ou actionnaire⁹¹⁸.

398. Les contrôles *a priori* n'ont pas été supprimés, comme le recommandait le rapport Nora⁹¹⁹, mais seulement allégés. Des dérogations au décret du 9 août 1953⁹²⁰ sont prévues pour les entreprises du secteur concurrentiel. À titre d'exemple, le décret du 2 décembre 1982⁹²¹ a permis aux entreprises nationalisées d'échapper à certains des contrôles institués par le décret de 1953. De plus, l'exposé des motifs de la loi de nationalisation de 1982 révélait que le contrôle étatique ne concerneait pas les entreprises nationalisées. En effet, il n'était

⁹¹³ Rapport Nora, *op. cit.*, p. 91.

⁹¹⁴ Elle débute à partir de 1969 sur la conclusion de « contrats programme ». V. sur ce point : G. LESCUYER « Le contrat de programme d'EDF », *CJEG*, 1971, p. 31 ; J. CHAPPEZ, « Le contrat de programme entre l'État et l'ORTF », *AJDA*, 1972, p. 565.

⁹¹⁵ En vertu de la loi n° 82-653, du 29 juill. 1982, portant réforme de la planification.

⁹¹⁶ V. à ce sujet, M. BAZEX, « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 68 ; M. Voisset, « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », *Mélanges G. Péquignot*, Université de Montpellier I, 1984, p. 717.

⁹¹⁷ Une préférence aux dénominations telles que « contrat d'entreprise » ou « contrat de performances et de convergences ».

⁹¹⁸ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économique, art. 140-I.

⁹¹⁹ Rapport Nora, *ibid.*

⁹²⁰ D. n° 53-707, 9 août 1953, relatif au contrôle de l'État sur les entreprises publiques nationales et certains organismes ayant un objet d'ordre économique et social.

⁹²¹ D. n° 82-1027, 2 déc. 1982, allégeant le contrôle de l'État sur les nouvelles sociétés nationalisées.

procédé à aucune désignation de contrôleurs d'État ou de commissaires du gouvernement. La réduction des contrôles *a priori* marque la nouvelle conception des rapports entre l'État et les entreprises publiques. Mais l'incapacité de l'État à renoncer davantage à ses prérogatives et à ses habitudes montre les limites de l'autonomie de gestion des entreprises publiques⁹²².

399. En janvier 2003, une commission d'enquête a été créée à la suite du constat de la dégradation massive de la situation financière des entreprises publiques. La mission de cette commission était d'établir un diagnostic d'ensemble sur le secteur économique public et de répondre aux questions suivantes : Les choix stratégiques concernant les entreprises publiques ont-ils été bons ? Les structures et les procédures sont-elles adaptées aux règles du management moderne ? L'État actionnaire a-t-il pleinement rempli son rôle ?⁹²³

Deux grands rapports furent rédigés contribuant à la clarification du rôle de l'État actionnaire et de ses relations avec les entreprises publiques. Le premier est le rapport Barbier de la Serre⁹²⁴, texte de référence, encore aujourd'hui, en la matière. Parmi les mesures phares envisagées, ce rapport préconise une clarification des différentes fonctions de l'État qui doit « se traduire par une organisation et des procédures propres à chaque fonction, afin de fixer les responsabilités de chacun et de prémunir l'État comme ses entreprises contre la tentation d'une confusion des rôles »⁹²⁵. En d'autres termes, il propose une séparation des procédures de l'actionnariat et de la tutelle. Il recommande également la disparition des contrôleurs d'État et des commissaires du gouvernement, ainsi que la suppression de « toute obligation d'homologation ou d'approbation par la tutelle dès lors qu'on touche à de pures décisions de gestion »⁹²⁶.

Le rapport Douste-Blazy⁹²⁷ établit un diagnostic d'ensemble sur le secteur économique public, en se basant sur un grand nombre d'auditions de personnalités et de dirigeants d'entreprises du secteur public. Il révèle par ailleurs de nombreux faits concrets tirés des cas EDF et France-Télécom, qui ont largement contribué à convaincre de la nécessité d'imposer des changements. Les principales réformes annoncées sont proches de celles que formulait déjà le

⁹²² A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 277.

⁹²³ Commission d'enquête sur la gestion des entreprises publiques afin d'améliorer le système de prise de décision, créée le 29 janvier 2003, présidée par Ph. Douste-Blazy.

⁹²⁴ Rapport *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, établi par R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, févr. 2003. Pour une analyse de ce rapport, V. A. DELION et M. DURUPTY, « Le rapport du groupe de travail Barbier de la Serre », *RFAP*, n° 104, 2002, p. 703 et s.

⁹²⁵ Rapport Barbier de la Serre, *op. cit.*, p. 2.

⁹²⁶ Rapport Barbier de la Serre, *op. cit.*, p. 11.

⁹²⁷ Rapport n° 1004 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale, préc.

rapport Barbier de la Serre. Parmi elles, l'évolution de l'organisation administrative à travers la réduction de l'ancienne tutelle et l'autonomisation de la fonction d'actionnaire au sein de la direction du Trésor. Le rapport préconise également l'amélioration de la gouvernance des entreprises du secteur économique public et l'évolution du rôle de la Cour des comptes,

400. En définitif, le passage de l'État tuteur à l'État actionnaire ne se résume pas uniquement à une modification de l'organisation administrative de l'État, ou des règles de gouvernance des entreprises publiques. En effet, il faut que les principes de la gouvernance et de la gestion économique soient intégrés dans la conscience même des gouvernants jusqu'au plus haut niveau, à l'image de ce que l'on connaît pour des décisions de nature militaire ou sociale importante. De telles implications de la part de l'État sont indispensables afin que l'État tuteur devienne un véritable État actionnaire et stratège économique. « La mutation doit être fondamentalement politique »⁹²⁸. Le rôle de l'État actionnaire commande d'être repensé : il faut anticiper et non pas se contenter simplement de réagir. De plus, la nécessité d'un développement à l'international des entreprises publiques amène à s'interroger sur les méthodes et l'organisation de l'État actionnaire.

Paragraphe 2 : L'identification de la fonction d'actionnaire

401. L'expression « État actionnaire » est un choix politique dans un but de professionnalisation de la fonction d'actionnaire à l'égard des entreprises que l'État contrôle ou dans lesquelles il détient une participation⁹²⁹. Dans quelle mesure les règles applicables à l'organisation et à l'intervention étatique peuvent-elles encourager l'État à adopter un comportement d'actionnaire, au sens d'un investisseur soucieux de la rentabilité de son investissement ?

Dans son rôle d'actionnaire, l'État ne peut pas s'en tenir uniquement à des considérations strictement patrimoniales. Son positionnement dans l'économie, ses motivations particulières font de lui un acteur atypique du secteur productif national (**A**). Par ailleurs, après les multiples vagues de privatisation, de nouvelles évolutions dans le domaine de la gouvernance de l'État actionnaire paraissent nécessaires (**B**).

⁹²⁸ A. DELION, « De l'État tuteur à l'État actionnaire », art. préc., p 571.

⁹²⁹ Rapport de la Cour des comptes, L'État actionnaire : Apports et limites de l'Agence des participations de l'État, 2008, p. 1.

A/ Les missions de l'État actionnaire

402. À l'origine, la figure de l'État actionnaire correspondait à une prise de distance par rapport au rôle interventionniste classique de l'État dans l'économie. L'idée était que l'État pouvait agir comme un actionnaire ordinaire qui aspire à la création de valeur économique⁹³⁰. Néanmoins, bien qu'il soit patrimonialement propriétaire de titres de société, et de ce fait, socialement détenteur d'un droit de participer aux décisions collectives, l'État ne s'est soucié de son rôle d'actionnaire que tardivement. Cette fonction a été sacrifiée au détriment de l'État tuteur, garant du respect de l'intérêt général. Cette logique de tutelle a pendant longtemps fait obstacle à l'émergence organique de l'État actionnaire⁹³¹.

403. La politique conduite par l'État actionnaire a connu un grand changement auquel la crise financière de 2008 a largement contribué. Il a donc dû conduire une stratégie de redressement et de reconquête industrielle associée à une action de rééquilibrage par rapport aux défaillances du marché dans le domaine économique et financier⁹³². Comme l'a souligné la Cour des comptes dans son rapport, « Après plusieurs vagues de privatisations, l'État conserve, en tant qu'actionnaire, des spécificités irréductibles. Sa place dans l'économie, ses motivations particulières et ses mécanismes décisionnels font de lui un acteur à part du secteur productif national »⁹³³.

Cette nouvelle fonction d'actionnaire constitue un instrument fondamental de la politique d'assainissement budgétaire. En effet, l'État a choisi de mettre en avant la vision industrielle du pilotage de ses participations tout en proposant, pour les entreprises concernées, une stratégie de développement industriel et économique de long terme, dans le respect des intérêts patrimoniaux de la Nation et de l'objet social de chaque société. Si besoin, l'État actionnaire accompagne financièrement les entreprises dans leurs projets de développement. À ce titre nous pouvons citer deux exemples pertinents : d'une part, La Poste qui a pu investir et se développer grâce à un changement bienvenu de statut et à une augmentation de capital, et d'autre part, Areva, dont le développement capitaliste a été rendu possible par une contribution publique. Cette nouvelle méthode de gestion proactive de l'État actionnaire

⁹³⁰ A. LOUVARIS, « Les raisons et l'objet de l'intervention de l'État », *JCP E*, n° 41, 2010, p. 11

⁹³¹ A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 288.

⁹³² A. LOUVARIS, *ibid.*

⁹³³ Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, p. 4.

permet l'émergence d'entreprises de référence et encourage par ailleurs le développement de filières d'excellence au service de l'économie française⁹³⁴.

404. En raison de « l'identification insuffisante de sa fonction d'actionnaire », l'État n'exerçait pas son rôle de propriétaire capitaliste de manière satisfaisante. Une des propositions du rapport sur « l'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques » suggère d'opérer une distinction claire entre le rôle de l'État actionnaire et les autres fonctions qu'il remplit à l'égard des entreprises dont il possède une part du capital. Cette préoccupation de mieux cerner la fonction actionnariale au sein de la sphère publique n'est pas propre à la France. À cet égard, l'OCDE a publié en 2005 « des lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques ». Le groupe de travail de l'OCDE sur la privatisation et la gestion des actifs appartenant à l'État recommande que le cadre réglementaire comporte une distinction entre la fonction d'actionnaire et les autres missions incombant à l'État susceptible d'influencer les conditions dans lesquelles les entreprises exercent leurs activités⁹³⁵. En effet, c'est souvent la multiplicité et la nature contradictoire des objectifs des participations publiques qui aboutissent à une grande passivité de l'État actionnaire, ou au contraire, à une intervention excessive de la puissance publique dans des cas qui devraient relever de la seule compétence de l'entreprise et de ses organes de direction. Afin que l'État remplisse correctement sa mission d'actionnaire, il lui faut définir et hiérarchiser ses objectifs⁹³⁶. Cette définition peut donner lieu à des arbitrages entre création de valeur, stabilité de l'emploi et prestation de services au public. Selon les recommandations de l'OCDE, l'État actionnaire ne doit pas se contenter de fixer des objectifs, mais soumettre ses priorités et donner des précisions sur la manière dont il définira les compromis indispensables dans des situations critiques. En d'autres termes, il est tout à fait possible pour l'État de viser plusieurs objectifs, mais il est nécessaire que cela se produise de façon prévisible, transparente et proportionnée⁹³⁷.

405. Les contraintes économiques et financières conduisent l'État à ne pas tenir compte des considérations exclusivement patrimoniales dans la détermination de ses positions

⁹³⁴ Rapport relatif à l'État actionnaire, 2013, p. 7.

⁹³⁵ Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques, 2005, p. 11.

⁹³⁶ A titre d'exemple, ces objectifs peuvent être : la volonté d'éviter de fausser les marchés ou la recherche de la rentabilité exprimée sous la forme d'une politique de distribution de dividendes.

⁹³⁷ Lignes directrices de l'OCDE, *op. cit.*, p. 15.

d'actionnaires. Il lui faut dorénavant prendre en considération des particularités conjoncturelles ou stratégiques afin qu'il puisse utiliser sa situation privilégiée pour atténuer les effets de la crise, voire pour réorienter la politique industrielle du pays⁹³⁸. Comme le fait remarquer un auteur, « l'État actionnaire s'affirme comme un régulateur général, [...] c'est-à-dire qu'il participe au rééquilibrage global du marché affecté gravement par les défaillances financières »⁹³⁹.

B/ L'État actionnaire et la gouvernance d'entreprise

406. Au sein des entreprises publiques, l'État exerce un rôle d'actionnaire. Il doit par conséquent veiller non seulement à leur santé financière et à leur développement, mais également à la juste rémunération des capitaux investis. Néanmoins, la situation dégradée du secteur national et l'effondrement de certaines entreprises publiques⁹⁴⁰ amènent tout naturellement à s'interroger sur la capacité de l'État à remplir sa mission d'actionnaire et sur l'efficacité de l'ensemble des règles de gouvernance appliquées aux entreprises publiques. Les théories du gouvernement d'entreprise sont apparues en Angleterre et aux États-Unis en réaction à une série de scandales. Elles préconisent un renouveau du contre-pouvoir des actionnaires, reposant sur un rôle plus actif des administrateurs et une surveillance plus accrue des assemblées générales⁹⁴¹. Initialement élaborées pour être appliquées dans les sociétés privées, les règles de gouvernement d'entreprise se sont progressivement étendues au secteur public.

407. L'Agence des participations de l'État est le nouvel outil de la gouvernance des entreprises publiques dont le rôle est de généraliser au secteur public les règles de bonne gouvernance⁹⁴². Elle a favorisé, dans une certaine mesure, avec succès, à la transposition des pratiques managériales issues du monde des sociétés privées de capitaux aux entreprises publiques dans un souci de loyauté, d'intégrité et d'efficacité. Ce mouvement a également

⁹³⁸ A. LOUVARIS, « Les raisons et l'objet de l'intervention de l'État », art. préc., p. 12.

⁹³⁹ A. LOUVARIS, « Les raisons et l'objet de l'intervention de l'État », art. préc., p. 14.

⁹⁴⁰ Le cas du Crédit Lyonnais.

⁹⁴¹ V. à ce sujet, *supra*, n° 248.

⁹⁴² C. MALECKI, « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », *D*, 2005, p. 1028.

permis l'insertion du secteur public productif dans l'environnement concurrentiel⁹⁴³. L'Agence a incité la création de comités spécialisés dans les entreprises publiques. Il s'agit principalement de la généralisation des comités d'audit, y compris dans des secteurs où ils en étaient encore absents, tels que l'audiovisuel⁹⁴⁴. Malheureusement, les comités de stratégie ne connaissent pas le même sort, puisque des entreprises en sont encore dépourvues⁹⁴⁵. De plus, l'essor des comités de rémunération n'est pas réellement engagé à l'heure actuelle. De même, un encadrement des conditions de rémunération des dirigeants des entreprises dont l'État est l'actionnaire de référence doit être instauré. Le fonctionnement de certains conseils d'administration est à améliorer dans les domaines tels que la composition ou le choix des membres⁹⁴⁶.

408. Parallèlement à ces comités, la formation des représentants de l'État a été améliorée. Leur participation aux organes décisionnels des sociétés publiques est l'un des éléments fondamentaux de la mission de l'État actionnaire. En effet, la qualité du gouvernement des entreprises est un point sur lequel l'État doit faire porter son attention en permanence dans un objectif de perfectionnement. Par ailleurs, l'État actionnaire veille à la professionnalisation des administrateurs qui le représentent, en mettant à leur disposition un programme de formation animé par des experts en la matière et des agents de l'APE⁹⁴⁷. De plus, le ministère de l'Économie a diffusé un « Guide du représentant de l'État » à l'attention des personnes concernées. Ces différentes actions mettent l'accent sur les aspects déontologiques dans la mesure où les représentants de l'État sont les destinataires d'informations qui peuvent relever du secret des affaires ou faisant d'eux des initiés au sens du droit boursier.

409. En définitive, les nouvelles règles de gouvernance applicables au sein des entreprises publiques se rapprochent de manière significative de celles qui existent dans les entreprises privées. Ainsi, l'ensemble des propositions du rapport Viénot⁹⁴⁸ a été repris dans la charte de

⁹⁴³ Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, p. 15.

⁹⁴⁴ Radio France et France Télévisions.

⁹⁴⁵ La Banque de France et EADS n'ont pas de comité de stratégie. Le comité stratégique de France Télévisions n'a été mis en place qu'en 2006. Air France a supprimé son comité de stratégie en 2009. En effet, celui-ci ne s'était pas réuni depuis 2007 dans la mesure où la stratégie du groupe est désormais présentée directement au sein du conseil d'administration, à l'occasion d'une réunion annuelle dédiée à ce sujet.

⁹⁴⁶ Absence dans certains cas d'administrateurs ayant une expérience de la gestion dans le domaine concerné.

⁹⁴⁷ Rapport relatif à l'État actionnaire, 2013, p. 31.

⁹⁴⁸ Rapport « sur le gouvernement d'entreprise », présidé par M. Viénot, à la demande de l'Association française des entreprises privées (AFEP) et du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), juillet 1999.

gouvernance de l'APE. De plus, les principales dispositions de la loi NRE⁹⁴⁹ ont été transposées dans le secteur public, à l'exception de celles concernant le renforcement du pouvoir de contrôle des actionnaires.

Section 2 : La défense des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire

410. L'expression « État actionnaire » est utilisée pour désigner l'État dès l'instant où il cherche à satisfaire des ambitions patrimoniales à travers les participations qu'il détient dans des entreprises. Mais l'actionnaire public est un associé diminué dans la mesure où il supporte souvent des contraintes juridiques de droit public qui affaiblissent ses marges de manœuvre par rapport à celles d'un actionnaire privé⁹⁵⁰.

Les déconvenues du secteur public ont contraint les États à rechercher une plus grande efficacité du contrôle des entreprises publiques. Si l'État devait gérer ses actifs économiques sans considération d'efficience, la logique économique voudrait qu'il s'en décharge en les privatisant, ce qui n'est pas le cas. La défense des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire doit donc s'accompagner du développement des entreprises du périmètre de l'Agence des participations de l'État pour la France (*Paragraph 1*). En Tunisie, il n'existe pas d'institution ayant les mêmes prérogatives que l'APE, c'est-à-dire pour mission la défense des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire, car cette notion demeure encore primitive. Néanmoins, il est judicieux de penser à un réaménagement des compétences d'institutions telles que le Fonds de restructuration des entreprises publiques et de la Direction générale des participations pour aboutir à une Agence des participations de l'État à la tunisienne (*Paragraph 2*).

⁹⁴⁹ L. n° 2001-420, 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques.

⁹⁵⁰ P. IDOUX, « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*, 2012, p. 1101.

Paragraphe 1 : En France : à travers l'Agence des participations de l'État

411. L'histoire du secteur public français montre que l'actionnariat étatique fut éclipsé par la tutelle et le refus d'identifier organiquement l'État actionnaire. L'idée de doter l'État d'un organe chargé de suivre les stratégies et les gestions des entreprises publiques remonte au rapport Nora. En effet, celui-ci, dès 1967 recommandait, de « renforcer les moyens et les pouvoirs de la cellule administrative chargée de gérer le portefeuille de l'État ». La consécration de cette fonction ne s'est réalisée que tardivement avec la création de l'Agence des Participations de l'État (**A**). La volonté de développer les moyens de l'État actionnaire tout en affirmant davantage son rôle a conduit les pouvoirs publics à repenser et améliorer la stratégie de l'État actionnaire (**B**).

A/ L'incarnation de l'État actionnaire

412. L'émergence institutionnelle de l'État actionnaire fut lente. Ce constat s'explique par la volonté de concilier le souhait de créer un pôle « État actionnaire » tout en ménageant les multiples autorités détentrices du pouvoir de tutelle. La notion d'État actionnaire renvoie au concept de propriété des entreprises publiques et permet de faire la différence entre les multiples fonctions que peut avoir l'État⁹⁵¹. La particularité de l'État propriétaire et par là même, actionnaire est de préserver et de gérer au mieux le patrimoine collectif représenté par les entreprises publiques⁹⁵².

413. L'État actionnaire est personnifié par le ministre des Finances. La loi de 1948 énonce que « le ministre des Finances est le seul ordonnateur principal habilité à souscrire, acquérir, aliéner ou gérer les participations de l'État »⁹⁵³. Cette disposition fut modifiée par la loi du 27 mai 1950 qui dispose que « le ministre des Finances est le seul ordonnateur principal des

⁹⁵¹ Le pouvoir de tutelle, ou le pouvoir de régulation.

⁹⁵² S. ALBERT et C. BUISSON, *Entreprises publiques. Le rôle de l'Etat actionnaire*, La Documentation française, Paris, 2002, p. 128.

⁹⁵³ L. n° 48-24, 6 jan. 1948, relative à diverses dispositions d'ordre budgétaire pour l'exercice 1948 et portant création de ressources nouvelles, art. 36, al. 1^{er}.

dépenses déterminées par les augmentations de capital et de fonds de dotation des entreprises publiques »⁹⁵⁴.

Cette fonction de l'État actionnaire était assurée, au nom du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, par un service au sein de la direction du Trésor, « le service des participations », dont la mission était le « suivi de l'ensemble des entreprises publiques et des entreprises dans lesquelles l'État détient une participation, ainsi que des relations entre ces entreprises et l'État actionnaire »⁹⁵⁵. En d'autres termes, ce service était chargé de la gestion des actifs de l'État dans les entreprises publiques. Il avait également compétence pour représenter juridiquement l'État lors des assemblées générales des sociétés dont il était actionnaire. Ainsi, toutes les fonctions liées au rôle et à la mission de l'État actionnaire ont été réunies au sein du service des participations, qui assumait uniquement ces missions et était affranchi des fonctions de réglementation ou de régulation sectorielle⁹⁵⁶.

414. Cette première réforme dans le domaine de l'État actionnaire connaissait néanmoins quelques lacunes. En effet, le service des participations de la direction du Trésor n'avait pas l'exclusivité du domaine dans lequel il intervenait, puisque d'autres services venaient le concurrencer. À titre d'exemple, le service du financement de l'économie était compétent lorsqu'une entreprise exerçait une mission de financement⁹⁵⁷, alors même qu'il détenait des fonctions de régulation⁹⁵⁸.

Par ailleurs, la réforme n'avait pas donné au service des participations les moyens suffisants pour incarner l'État actionnaire, ni sur le plan du contrôle des entreprises ni sur celui de la gestion des participations. De plus, les effectifs du personnel étaient très insuffisants⁹⁵⁹ au regard de l'ampleur et de la complexité de sa mission⁹⁶⁰.

Malgré les timides évolutions, le service des participations de la direction du Trésor demeurait un service parmi d'autres dont les pouvoirs étaient malencontreusement partagés avec des

⁹⁵⁴ L. n° 50-586, 27 mai 1950, relative aux comptes spéciaux du Trésor pour l'année 1950, art. 32.

⁹⁵⁵ Arr. 2 nov. 1998, portant organisation de l'administration centrale de la direction du Trésor.

⁹⁵⁶ Les alinéas 2 à 6 de l'art. 36 de L. n° 48-24, 6 janv. 1948 préc., ont été abrogés par le D. n° 2008-1147, 6 nov. 2008, supprimant le comité institué par l'art. 36 de la loi n° 48-24, relative à diverses dispositions d'ordre budgétaire pour l'exercice 1948 et portant création de ressources nouvelles.

⁹⁵⁷ L'arrêté du 2 novembre 1998 précité confiait la « représentation de l'État actionnaire auprès de la Banque de France » au bureau du financement de l'État et des affaires monétaires.

⁹⁵⁸ A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 296.

⁹⁵⁹ La vingtaine d'agents étaient absorbés par les tâches administratives.

⁹⁶⁰ V. à ce sujet : A. Delion, *Droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 2003, p. 88.

directions sectorielles. Ces situations insensées, aggravées par le dysfonctionnement du contrôle de l'État sur les entreprises publiques, amenèrent à repenser l'incarnation de la fonction de l'État actionnaire au sein de l'Agence des participations de l'État⁹⁶¹. Une nouvelle amélioration de la fonction de l'État actionnaire était donc nécessaire, en faisant de l'APE un service à compétence nationale, rattaché à la direction du Trésor et de la politique économique, mais jouissant d'une certaine autonomie assumée notamment grâce à des effectifs augmentés.

415. L'Agence des participations de l'État, créée en 2004⁹⁶², distingue institutionnellement la dimension patrimoniale de l'actionnariat étatique, pour la différencier sur le plan organique de ses fonctions de régulation, de réglementation et de direction de la politique économique. Le renforcement du rôle d'actionnaire a été associé à une volonté de valorisation du patrimoine public, certes présente auparavant, mais reléguée au second plan. L'idée d'instaurer une entité exclusivement dédiée à la fonction d'État actionnaire, sous la forme d'une agence des participations de l'État, remonte au rapport Barbier de la Serre, dont la lecture doit être croisée avec celle du rapport Douste-Balzy⁹⁶³.

L'Agence des participations de l'État est placée sous l'autorité du ministre des Finances et exprime la position de l'État actionnaire dans les conseils des principales entreprises publiques, notamment pour la préparation des documents de développement stratégique. L'Agence a pour mission de suivre les performances ainsi que les bilans des entreprises qui sont de son ressort. Celles-ci figurent sur une liste annexée à l'arrêté portant organisation de l'Agence⁹⁶⁴. Contrairement à ce qui avait été initialement envisagé, son champ de compétence ne recouvre pas l'intégralité du secteur public⁹⁶⁵. Sont exclues de son périmètre d'action les entités considérées comme des « opérateurs des politiques de l'État », telle que la Caisse des

⁹⁶¹ A. DELION, *op. cit.*, p. 565.

⁹⁶² D. n° 2004-963, 9 sept. 2004, portant création du service à compétence nationale « Agence des participations de l'État », modifié 31 janv. 2011.

⁹⁶³ Rapport *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, établi par R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, févr. 2003 et Rapport Douste-Blazy Sur la gestion des entreprises publiques, afin d'améliorer le système de prise de décision, juill. 2003.

⁹⁶⁴ Arr. 11 oct. 2004, portant organisation de l'Agence des participations de l'État.

⁹⁶⁵ A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 298.

dépôts et consignations⁹⁶⁶ ou la Banque de France⁹⁶⁷. En outre, la production des comptes combinés de l'État actionnaire relève également de ses pouvoirs.

Le statut de service à compétence nationale accordé à l'Agence des participations de l'État lui procure une certaine autonomie⁹⁶⁸, fonctionnelle et opérationnelle, que n'avait pas le service des participations de la direction du Trésor. Le terme « Agence » doit s'entendre comme un mode d'organisation hiérarchique assoupli des administrations centrales classiques, et non pas comme une déconcentration sous forme d'établissement public autonome. L'APE est un service de l'administration centrale relevant directement du ministre, et entretenant des relations étroites avec son cabinet⁹⁶⁹.

L'Agence est mieux structurée, composée de bureaux sectoriels et de trois pôles d'expertise : un « pôle juridique », un « pôle d'audit-comptabilité » et un « pôle finance ». A la différence du service des participations qui avait à sa tête un chef de service placé sous l'autorité du directeur du Trésor, l'Agence des participations est dirigée par un directeur général, nommé par arrêté du ministre de l'Économie, sur proposition du directeur du Trésor.

L'APE est composée de collaborateurs aux profils très variés, provenant de certains ministères⁹⁷⁰. Elle s'appuie également sur les compétences d'agents contractuels, principalement dans les pôles « audit-comptabilité » et « finance ». Ce choix d'organisation est un réel atout pour l'accomplissement des missions de l'agence, qui exige une connaissance approfondie et une expertise technique du monde de l'entreprise. En complément de son budget fonctionnement, elle dispose de crédits qui lui permettent de financer des marchés de prestations intellectuelles auprès de certaines banques d'affaires, de cabinets d'avocats, de cabinets d'audit et d'autres cabinets de conseil. Le plus souvent, ces différentes prestations

⁹⁶⁶ Le rapport sur l'État actionnaire publié par l'Agence des participations de l'État justifie cette exclusion par les spécificités de ses missions publiques (épargne réglementée, financement du logement social) qui la place sous la surveillance du Parlement.

⁹⁶⁷ Rapport de la Cour des comptes, L'État actionnaire : Apports et limite de l'Agence des participations de l'État, in Rapport public 2008, p. 4.

⁹⁶⁸ Tout en étant soumise à l'autorité du ministre. V. à ce sujet, R. Chapus, *Droit administratif général*, T. I, Montchrestien, 15^{ème} éd. 2001, n° 286.

⁹⁶⁹ Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, p. 13.

⁹⁷⁰ Ministère de l'Économie et des Finances, ministère de Défense, ministère des Affaires étrangères...

portent sur le montage d'opérations ainsi que sur leurs enjeux stratégiques, juridiques et financiers⁹⁷¹.

B/ La stratégie de l'État actionnaire

416. Une partie de la doctrine compare l'Agence des participations de l'État à une sorte de *holding* étatique, sous une forme intermédiaire entre l'administration centrale et l'établissement public national⁹⁷². En rapprochant l'évolution de l'organisation de l'État entrepreneur et celle d'une *holding* privée, on remarque que l'APE a les compétences des services centraux des *holdings*. En effet, elle est chargée de « veiller aux intérêts patrimoniaux de l'État », ce qui correspondant à la notion d'État actionnaire, « qui peut prendre, au nom d'une stratégie, des décisions que n'aurait pas pris un actionnaire privé ». Par ailleurs, l'APE contribue au plan en tant que moyen d'analyse et de proposition au ministre sur un problème donné, en examinant les programmes d'investissement et de financement, les projets d'acquisition et de cession, et l'évolution de du capital des entreprises de son périmètre. L'APE a également des compétences excédant celles des services centraux des *holdings*, puisqu'elle s'assure de la cohérence des positions des représentants de l'État, le représente aux assemblées d'actionnaires, siège dans les conseils de plusieurs grandes entreprises ou encore dans les comités d'audit, et peut être consultée en matière de nomination et de révocation des membres des organes délibérants⁹⁷³. De plus, elle établit un rapport annuel remis au Parlement sur l'État actionnaire, dans lequel elle fournit des informations essentielles sur la gestion, le *management* et le résultat de chacune des entreprises de sa compétence.

417. En 2008, la Cour des comptes a toutefois souligné les limites de l'APE. Certes, elle contribue à une meilleure identification de la fonction actionnariale de l'État, affiche un « professionnalisme renforcé » sur le plan patrimonial et concourt à une « amélioration de la gouvernance des entreprises publiques »⁹⁷⁴. Mais le rapport fait remarquer que les intérêts de

⁹⁷¹ Rapport État actionnaire, 2003, p. 10. V. au sujet de la composition et les missions de l'APE: C. MALECKI, « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », *D*, 2005, p. 1029 et s.; A. CARTIER-BRESSON, *op. cit.*, p. 297 et s.

⁹⁷² Dont A. Delion, *op. cit.*, p. 565 ; A. Louvaris, *in* « Les raisons et l'objet de l'intervention de l'État », *JCP E*, n° 41, 2010, p. 11.

⁹⁷³ A. DELION, *ibid.*

⁹⁷⁴ Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, p. 3.

l'État actionnaire minoritaire ne sont pas efficacement défendus. De plus, l'APE est essentiellement axée sur la satisfaction d'objectifs patrimoniaux, alors que l'État n'est pas toujours en mesure de poursuivre « des considérations strictement patrimoniales mais doit aussi englober d'autres considérations stratégiques, participant notamment des politiques de défense ou industrielles »⁹⁷⁵.

La crise de 2008 a conduit les pouvoirs publics à défendre l'intérêt des prises de participation publique afin de soutenir les entreprises françaises, et particulièrement leur compétitivité. L'ancien Président de la République, Monsieur Nicolas Sarkozy, a développé l'idée de créer un « fonds souverain français », en d'autres termes un fonds de placement financier détenu par l'État. Le dispositif fut mis en place à l'automne 2008, et fait intervenir deux échelons d'actionnariat public.

Au premier niveau se situe l'État lui-même, qui a créé deux organes : la Société de prise de participation de l'État⁹⁷⁶ et le Fonds stratégique d'investissement⁹⁷⁷. Au deuxième niveau, cette société et ce fonds prennent des participations dans des entreprises privées. La première est chargée de souscrire des titres émis par des établissements de crédit et d'entrer dans le capital des principales banques françaises dans le but de consolider leurs fonds propres, alors que le second a pour mission d'investir dans des entreprises innovantes et porteuses de croissance⁹⁷⁸. Cette initiative, dont l'efficacité semble être réelle, n'a malheureusement pas été accompagnée d'une réflexion d'ensemble sur les raisons d'être de l'actionnariat public minoritaire, alors que les participations minoritaires de l'État sont loin d'être négligeables. Quel sens doit-on leur donner ? Il semblerait que coexistent deux objectifs bien distincts selon que les prises de participation servent à secourir des sociétés en difficultés ou à favoriser le développement à long terme de certaines entreprises. L'État actionnaire referme deux figures : celle d'un État sauveur et celle d'un État investisseur⁹⁷⁹.

418. Le ministre de l'Économie et des Finances et le ministre du Redressement productif ont présenté, lors du Conseil des ministres du 15 janvier 2014, une communication relative à

⁹⁷⁵ Rapport de la Cour des comptes, *op. cit.*, p. 4.

⁹⁷⁶ Société dont l'État est l'unique actionnaire, créée par L. n° 2008-1061, 16 oct. 2008, de finances rectificative pour le financement de l'économie.

⁹⁷⁷ Fonds détenu à 51 % par la Caisse des dépôts et Consignations et à 49 % par l'État à travers l'Agence des participations de l'État.

⁹⁷⁸ V. à ce sujet, S. BERNARD, « L'actionnariat public et la crise », *RFDA*, 2010, p. 757.

⁹⁷⁹ S. BERNARD, « L'actionnariat public et la crise », art. préc., p. 756.

la stratégie de l'État actionnaire⁹⁸⁰. Face aux défis liés aux transitions industrielles et économiques, le gouvernement français énonce que l'intervention en fonds propres de l'État doit être mise au service d'objectifs clairs et explicites. Le travail de réflexion a permis de dégager quatre grands objectifs liés à cette intervention.

En premier lieu, l'État doit disposer d'un niveau de contrôle suffisant dans les entreprises publiques à caractère structurellement stratégique⁹⁸¹. En deuxième lieu, « l'État peut s'assurer de l'existence d'opérateurs résilients pour pourvoir aux besoins fondamentaux du pays via une éventuelle intervention en fonds propres »⁹⁸². Il s'agit éventuellement de grands opérateurs de service public, ou de nouveaux réseaux ou services à déployer. En troisième lieu, l'État se réserve la possibilité d'accompagner le développement et la consolidation d'entreprises nationales, particulièrement dans des secteurs déterminants pour la croissance économique nationale. Enfin, en quatrième lieu, il s'autorise à intervenir s'il le souhaite, en « sauvetage » dans le cadre défini par le droit communautaire lorsque la disparition d'une entreprise engendrerait un risque systémique certain pour l'économie nationale ou européenne.

L'État français agira directement par l'intermédiaire de l'APE et indirectement grâce à la Banque publique d'investissement, les doctrines de ces deux organismes en matière d'investissement étant complémentaires. La BPI encourage les prises de participations minoritaires dans les petites et moyennes entreprises, avec une perspective de sortie au terme de la dynamique de développement ou de croissance internationale que l'État est venu soutenir. L'APE, quant à elle, peut et doit avoir soit une participation majoritaire dans certains secteurs, soit une participation avec un horizon de détention plus long.

Cette nouvelle approche de l'État actionnaire permet de conférer un cadre à son action tout en s'inscrivant dans les grands axes de stratégie industrielle adoptés par le gouvernement.

419. Si l'individualisation de la fonction de l'État actionnaire comporte des limites⁹⁸³, la création de l'Agence des participations de l'État est néanmoins une manifestation notable de

⁹⁸⁰ La communication est consultable sur le site du gouvernement : www.gouvernement.fr/gouvernement/la-strategie-de-l-etat-actionnaire.

⁹⁸¹ Il s'agit de secteurs tels que le nucléaire ou les activités liées à la défense nationale.

⁹⁸² Communication du 15 janvier 2014, *op. cit.*

⁹⁸³ V. à ce sujet, A. DELION, *op. cit.*, p. 601 et s. ; Rapport de la Cour des comptes, *L'Etat actionnaire : Apports et limite de l'Agence des participations de l'Etat*, in Rapport public 2008, p. 13 et s.

l'affirmation de la fonction patrimoniale de l'État actionnaire. Cette incarnation méritait d'être suivie par les pouvoirs publics tunisiens.

Paragraphe 2 : En Tunisie : l'absence d'incarnation de l'État actionnaire

420. Dans le cadre des programmes de privatisation engagés par l'État tunisien depuis le début des années 1980, plusieurs textes essentiels furent votés. Parmi eux, on citera immédiatement la loi du 31 décembre 1985⁹⁸⁴ qui consacre la création d'un fonds spécial du trésor, le Fonds de restructuration du capital des entreprises publiques⁹⁸⁵. De plus, le décret du 23 avril 1991⁹⁸⁶ attribue à une Direction générale des participations, rattachée au ministère des Finances, des pouvoirs d'encadrement et de contrôle étendus à l'égard de l'ensemble des entreprises publiques. Ces différentes institutions sont-elles les prémisses de l'incarnation de l'État actionnaire tunisien (**A**) ?

Avec l'émergence de la notion d'État actionnaire dans les pays en voie de développement, il est recommandé aux pouvoirs publics tunisiens de réaménager les différentes institutions existantes pour repenser la fonction actionnariale de l'État tunisien (**B**).

A/ L'imparfaite incarnation de l'État actionnaire

421. À l'origine, il existait un fonds spécial du trésor destiné à soutenir les entreprises publiques en tant qu'instrument de la politique économique et sociale de l'État. Ce Fonds fut supprimé et remplacé par le Fonds de restructuration du capital des entreprises publiques⁹⁸⁷. Son champ d'intervention fut élargi par la loi du 30 décembre 1989⁹⁸⁸. Le FREP a pour mission de réorganiser les prises de participations de l'État dans le capital des entreprises publiques et, éventuellement, de contribuer à la couverture des besoins d'assainissement des

⁹⁸⁴ L. n° 85-109, 31 déc. 1985, portant loi de finances pour l'année 1986.

⁹⁸⁵ Loi préc., art. 79.

⁹⁸⁶ D. n° 91-556, 23 avril 1991, portant organisation du ministère des Finances, modifié par D. n° 2011-2856, 7 oct. 2011.

⁹⁸⁷ L. n° 85-109, 31 déc. 1985, préc., art. 79 à 84.

⁹⁸⁸ L. n° 89-115, 30 déc. 1989, portant loi de finances pour la gestion 1990, art. 60. À l'origine, les crédits du FREP ne servaient qu'à la restructuration et l'assainissement des entreprises publiques. Désormais, les crédits concernent également l'assainissement et la restructuration des entreprises à participations publiques et des sociétés dans lesquelles participent des entreprises publiques.

entreprises dont le capital est entièrement ou partiellement détenu par les entreprises publiques. Il est alimenté par les recettes des privatisations⁹⁸⁹.

Tel qu'organisé par les textes, le FREP se caractérise par une inadéquation entre ses ressources et ses dépenses⁹⁹⁰. Ses ressources sont principalement constituées des produits de cession des titres de participation détenus par l'État dans le capital des entreprises publiques, alors que les produits provenant de la vente des éléments d'actifs des entreprises dans lesquelles l'État est actionnaire ne lui sont pas versés, mais reviennent à l'entreprise qui est propriétaire des biens cédés. Les dépenses du Fonds concernent l'assainissement et la restructuration des entreprises publiques, des entreprises à participations publiques et des sociétés dont le capital comporte des participations d'entreprises publiques.

Le FREP, a essentiellement fonctionné comme fonds de soutien aux opérations de privatisation. En effet, les revenus dégagés par les cessions sont absorbés par les dépenses qu'engendrent les opérations de privatisations : la restructuration des entreprises, y compris les indemnités de licenciement⁹⁹¹. Bénéficiant de la règle du report⁹⁹², les crédits non consommés pendant l'année de leur réalisation sont utilisés l'année suivante, et ainsi de suite. Lorsqu'elle souffre d'un problème de sureffectif, l'entreprise élue pour la privatisation passe nécessairement par une phase d'assainissement social. Ainsi, dans la majeure partie des cas, c'est le FREP qui prend en charge le coût des indemnisations, soit en puisant dans ses propres recettes, soit en ayant recours à un emprunt bancaire, lorsque les recettes sont insuffisantes⁹⁹³. Par ailleurs, les crédits du FREP sont également ingérés par l'assainissement financier. En effet, plusieurs entreprises publiques ou à participations publiques sont excessivement endettées. Leur privatisation en l'état est inconcevable, il faut donc les redresser avant de les proposer à la vente. À ce titre, l'État assume donc une grande partie de leurs passifs⁹⁹⁴.

⁹⁸⁹ M.-E. REY, C. TEBAR, *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement : Tunisie 2012*, éd. OCDE, 2012, p. 45 et s.

⁹⁹⁰ K. BEN MESSAOUD, *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001, p. 529 et s.

⁹⁹¹ Rapport de la Banque Mondiale sur l'Actualisation de l'Évaluation du Secteur Privé : relever le défi de la mondialisation, vol. II : Rapport principal, déc. 2000, p. 32.

⁹⁹² L. n° 67-53, 8 déc. 1967, portant loi organique du budget, art. 24, dernier al., telle que modifiée par L. n° 96-103, 25 nov. 1996.

⁹⁹³ Le FREP a ainsi indemnisé les 125 employés de la SRTM du Kef, licenciés par les acquéreurs après la cession, ainsi que les 149 employés du groupement des transports pétroliers de Gabès également congédiés après la vente.

⁹⁹⁴ Soit en procédant à l'abandon de créances fiscales, soit en prenant en charge les crédits bancaires, soit en renonçant au privilège du Trésor, en vertu de l'article 32 de la loi du 1^{er} février 1989.

Durant les dix premières années de son existence, le FREP a fonctionné selon son régime de principe, c'est-à-dire que les ressources étaient utilisées conformément à leur affectation. Le reliquat d'une année servait à financer les dépenses de l'année suivante. Jusqu'en 1998, les pouvoirs publics n'ont jamais usé de la dérogation prévue à l'article 24 de la loi organique du budget⁹⁹⁵. À aucun moment les excédents du FREP n'ont été réaffectés à d'autres dépenses que celles qui étaient par définition les siennes. À partir de 1999, sous l'influence conjuguée de deux facteurs, cette situation a connu un remarquable bouleversement. D'une part, les dépenses du FREP ont diminué, puisque les privatisations des entreprises déficitaires étaient quasiment achevées. D'autre part, la cession des deux cimenteries⁹⁹⁶ a rapporté à l'État des recettes égales au montant de toutes recettes jusqu'alors réalisées.

Au vu de cet excédent, les pouvoirs publics ont pour la première fois usé de la dérogation posée par la loi organique du budget. La loi de finances pour l'année 1999⁹⁹⁷ a indiqué que « le fonds de développement des autoroutes est financé par des ressources provenant des opérations de privatisation revenant à l'État »⁹⁹⁸.

S'agissant de recettes exceptionnelles, il est de bonne politique budgétaire qu'elles soient affectées à des dépenses exceptionnelles. En décidant de financer les projets autoroutiers qui concourent au développement du pays par les ressources issues des revenus des privatisations, les pouvoirs publics tunisiens ont eu une attitude tout à fait honorable. En effet, les dépenses d'infrastructures constituent, dans l'expérience de plusieurs pays, l'affectation la plus indiquée pour les recettes de privatisation⁹⁹⁹. De plus, l'exploitation des projets autoroutiers obéit en Tunisie à un régime permettant leur concession¹⁰⁰⁰, opération bien sûr génératrice de recettes pour l'État. Cette pratique témoigne des prémisses de la nouvelle stratégie de l'État actionnaire tunisien.

⁹⁹⁵ L. 8 déc. 1967, préc.

⁹⁹⁶ Celle de Jebel el Ouest et celle de Enfidha.

⁹⁹⁷ L. n° 98-111, 28 déc. 1998, portant loi de finances pour la gestion 1999, art. 17.

⁹⁹⁸ Créé par la loi de finances pour l'année 1999 préc., sous la forme d'un fonds spécial du trésor dont les ressources sont affectées au financement des dépenses relatives à la réalisation des projets autoroutiers, art. 16.

⁹⁹⁹ V. à ce sujet, P. GUISLAIN, *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck Université, Bruxelles, 1995, p. 156 et s.

¹⁰⁰⁰ Ex. : l'autoroute Hammam-Lif/Msaken fait l'objet d'une concession pour une durée de 29 ans, confiée à la société d'économie mixte Tunisie-Auto-routes, en vertu d'une convention approuvée par le D. n° 95-720, 17 avril 1995.

422. Peut-on affirmer que l'État actionnaire est, en Tunisie, personnifié au sein du ministère de l'Économie et des Finances, comme il semble être incarné en France par le ministère des Finances ? À cet égard, le décret du 23 avril 1991 énonce que la Direction générale des participations est une des composantes de l'administration centrale du ministère des Finances¹⁰⁰¹. Parmi ses attributions, elle a pour mission « de suivre le recouvrement des dividendes et des excédents revenant à l'État au titre de ses participations au capital des entreprises et établissements ; d'assurer la gestion du portefeuille de l'État et de participer à l'élaboration des dossiers de restructuration ou d'assainissement des participations de l'État »¹⁰⁰². La Direction générale des participations est dotée de trois composantes principales : le service de la formation, de la documentation et des ressources humaines ; la direction de suivi des professions comptables et de la normalisation comptable ainsi que l'unité de tutelle sectorielle et de suivi. Cette dernière est notamment chargée de suivre le recouvrement des dividendes et des excédents revenant à l'État au titre de ses participations au capital des entreprises et établissements publics, de gérer et d'évaluer le portefeuille de l'État, de suivre les travaux des administrateurs représentant le ministère des Finances au sein des conseils d'administration des entreprises publiques et des mandataires sociaux, d'élaborer un rapport annuel sur les entreprises et établissements publics... Afin de pouvoir garantir l'ensemble de ses prérogatives, l'unité de tutelle sectorielle est composée de la direction des structures professionnelles et des établissements publics, de la direction de la tutelle sectorielle, de la direction du suivi des entreprises publiques et, enfin, de la direction du portefeuille de l'État et de la restructuration.

423. À l'origine, ces fonctions étaient assumées par la Direction générale des participations et des entreprises publiques, qui résultait elle-même de la fusion des anciennes Directions générales des participations au ministère des Finances et de la Direction générale des entreprises publiques rattachée au Premier ministère¹⁰⁰³. Le décret du 14 février 1996 énonce que le ministère du Développement économique a pour mission de mener des études relatives à la structuration du portefeuille de l'État, des collectivités publiques locales, des entreprises

¹⁰⁰¹ D. n° 91-556, 23 avril 1991, portant organisation du ministère des Finances, modifié par D. n° 2011-2856, 7 oct. 2011, art. 12.

¹⁰⁰² D. 7 oct. 2011, précité, art. 16.

¹⁰⁰³ « Est muté d'office au ministère du Développement économique le personnel de la direction générale des participations au ministère des finances et celui de la direction générale des entreprises publiques au premier ministère », D. n° 96-1226, 1^{er} juill. 1996, art. 3.

publiques, des établissements publics n'ayant pas un caractère administratif et des entreprises à caractère public. De plus, le ministère du Développement économique désigne les mandataires spéciaux de l'État et surveille leurs activités¹⁰⁰⁴.

Cette Direction générale des participations et des entreprises publiques détenait des pouvoirs d'encadrement et de contrôle étendus à l'égard de l'ensemble des entreprises publiques¹⁰⁰⁵. Elle était dotée de quatre directions principales : la direction du suivi de la gestion des entreprises publiques, la direction de la gestion prévisionnelle, la direction du portefeuille et la direction de la gestion des ressources humaines¹⁰⁰⁶.

B/ Améliorer la fonction de l'État actionnaire

424. La Tunisie post-révolution est amenée à repenser la fonction actionnariale de l'État. À cette fin, une récente étude de la Banque Mondiale¹⁰⁰⁷ suggère d'approfondir deux axes majeurs : d'une part, un meilleur contrôle de la rentabilité des entreprises publiques et, d'autre part, le renforcement du rôle des conseils d'administrations de l'entreprise publique dans leur gestion. L'investigation, débutée en juin 2013, a été menée auprès d'une centaine d'entreprises publiques tunisiennes sur la demande du gouvernement après la révolution.

425. L'étude révèle une mauvaise qualité de l'information financière publiée par les entreprises publiques, voire même son inexistence pour certaines sociétés. Les experts de la Banque Mondiale recommandent en conséquence de mettre en œuvre une meilleure transmission des informations financières ainsi qu'une estimation régulière des risques budgétaires. Les conclusions dénoncent également l'inefficacité du système de contrôle des entreprises publiques qui demeurent en dessous des standards internationaux.

Par ailleurs, sur le long terme, les experts suggèrent d'opérer une refonte progressive du système de sélection des auditeurs externes et d'instaurer des comités d'audit dans les entreprises publiques les plus importantes.

¹⁰⁰⁴ D. n° 96-270, 14 févr. 1996, fixant les attributions du ministère du Développement économique, modifié par le D. n° 96-1225, 1^{er} juill. 1996 ; D. n° 96-271, 14 févr. 1996, portant organisation du ministère du développement, modifié par le D. n° 96-1226, 1^{er} juill. 1996.

¹⁰⁰⁵ M. BEN LETAIEF, *L'État et les entreprises publiques en Tunisie : les mutations du contrôle*, préf. H. Ben Saleh et G. Marcou, L'Harmattan, Paris, 1998, p. 222.

¹⁰⁰⁶ V. à ce sujet, M. BEN LETAIEF, *op. cit.*, p. 223 et s.

¹⁰⁰⁷ Étude élaborée par le Banque Mondiale, sur *La gouvernance des entreprises publiques en Tunisie*, janv. 2014.

Dans un souci de simplification et de clarification, il est souhaitable de créer une instance qui incarne pleinement la fonction de l'État actionnaire afin de mieux valoriser les intérêts patrimoniaux de celui-ci. En effet, ces dernières années, la fonction de l'État actionnaire a connu une évolution majeure puisqu'il s'agit désormais d'affirmer, au bénéfice des entreprises concernées, une stratégie de développement industriel et économique à long terme tout en respectant leurs intérêts patrimoniaux ainsi que leurs objets sociaux respectifs.

CHAPITRE 2 : LES ALTERNATIVES À LA PRIVATISATION

426. Le nouveau programme de développement économique et social de la Tunisie post-révolution se fonde sur des principes tels que la bonne gouvernance et la transparence dans la gestion des affaires publiques, la distribution équitable des richesses, la modernisation de la structure économique, un partenariat durable entre les secteurs public et privé... Les gouvernements qui se sont succédés après la chute du Président Ben Ali se sont fixés des objectifs portant sur différents aspects économiques et sociaux, tout en garantissant un environnement propice à l'investissement en se fondant sur des réformes structurelles et conjoncturelles. Parmi celles-ci, la révision du cadre réglementaire régissant les affaires et l'investissement¹⁰⁰⁸ et le développement des partenariats public-privé méritent de retenir l'attention¹⁰⁰⁹.

427. Dans sa définition la plus large, le terme « partenariat public-privé » recouvre l'ensemble des formes d'association du secteur public et du secteur privé destinées à mettre en œuvre tout ou partie d'un service public¹⁰¹⁰. Ces relations s'inscrivent dans le cadre de contrats de long terme, et se distinguent en cela des privatisations. L'expression « partenariat public-privé » est de plus en plus utilisée pour désigner la nouvelle forme de contrats publics née au Royaume-Uni et transposée dans de nombreux pays, et récemment dans la Tunisie contemporaine.

Dans un contexte d'épuisement des ressources publiques, dû principalement à l'accroissement important des déficits et de la dette, les évaluations respectives du bien-fondé de l'action publique et de l'action privée se rapprochent, ouvrant la voie à la nouvelle dynamique portée par les partenariats public-privé.

Les contrats de PPP ont connu une expansion considérable tant dans les pays développés que dans les pays en voie de développement, y compris la Tunisie. Ce succès est le résultat de la

¹⁰⁰⁸ Vers plus de simplicité, de transparence et d'efficacité.

¹⁰⁰⁹ OCDE, *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement : Tunisie, 2012*, éd. OCDE, sept. 2012.

¹⁰¹⁰ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé*, Coll. Repères, éd. La Découverte, 2006, p. 1.

réduction des investissements publics consécutive aux restrictions budgétaires et à une approche renouvelée de la gestion publique, cherchant à exploiter les capacités de financement et d'innovation du secteur privé.

428. L'objectif de ce chapitre est non seulement de présenter le phénomène des partenariats public-privé¹⁰¹¹, et d'en exposer les principes de fonctionnement et d'en dresser un bilan. Les conditions de succès et les facteurs de risques liés à ces contrats seront identifiés afin d'en mesurer les avantages et les inconvénients. Des travaux universitaires et des rapports officiels sur le sujet des PPP ont été élaborés, ce qui nous permettra d'étayer nos propos et de réaliser des comparaisons à l'échelle internationale.

Pour exposer l'ampleur de l'essor des PPP, ces propos dresseront un panorama international des PPP, en s'appuyant sur l'expérience britannique et française (**Section 1**). Les différents éléments analysés amèneront à mettre en perspective le cas de la Tunisie et du contrat de partenariat récemment adopté (**Section 2**).

¹⁰¹¹ Au sens strict du terme.

Section 1 : Les principales caractéristiques des PPP

429. Reprenant des techniques de financement de projets empruntées au secteur privé, les PPP se distinguent de formes plus anciennes de partenariat, notamment des délégations de service public à la française, sur deux points principaux. D'une part, ils visent à réaliser un partage optimisé des risques, et d'autre part, ils offrent la possibilité d'avoir une collectivité publique comme client principal du service fourni, et de ne plus devoir tirer une part essentielle de ses ressources des paiements directs des usagers.

Ces partenariats public-privé s'inscrivent dans le cadre des principes du « nouveau management public » promus dans les pays anglo-américains et diffusés par les organisations financières internationales. Cette approche moderne de la gestion publique est née dans le contexte des difficultés budgétaires que connaissent les collectivités publiques des pays industrialisés depuis les années 1970 et de la perte de légitimité accordée aux gestionnaires publics en matière de gestion efficace des ressources (*Paragraphhe 1*).

Les domaines couverts par les PPP sont très variés, les infrastructures de transport représentant une part importante de ces contrats. Viennent ensuite les services aux collectivités. Dans les sphères d'activité régaliennes de l'État, le recours aux PPP concerne une partie des activités de la défense ainsi que les établissements pénitentiaires. L'ampleur du développement de ces contrats et l'éventail de leurs domaines d'application suscitent inquiétudes et controverses. En effet, quelques échecs notoires enregistrés dans des pays industrialisés ont contribué à forger l'image d'arrangements opaques, favorables aux intérêts privés et source de corruption des pouvoirs publics. Néanmoins, parallèlement, les succès constatés ont occasionné un enthousiasme inconditionné pour les PPP, qui sont censés remédier aux inconvénients de la gestion et du financement publics (*Paragraphhe 2*).

Paragraphe 1 : L'étendue du phénomène des PPP

430. Le recours aux partenariats est encouragé par l’Union européenne afin de favoriser le développement de nouvelles infrastructures de réseaux, lesquelles ne peuvent être rapidement réalisées par manque d’investissements publics¹⁰¹². Cet essor s’inscrit également dans le cadre de la réforme de l’action publique, commune à l’ensemble des pays de l’OCDE et entreprise dans les pays anglo-américains dès le début des années 1980.

La catégorie précise des PPP n’existe pas dans le droit positif français¹⁰¹³. Il en est de même pour le droit communautaire¹⁰¹⁴ qui, à l’heure actuelle, ne fournit pas de définition claire et définitive de cette notion¹⁰¹⁵. Dans le grand débat sur les PPP, il est primordial de présenter l’expérience britannique, qui a joué depuis vingt ans un rôle de pionnier dans l’association du secteur privé à l’expansion des infrastructures et à la modernisation des services publics (**A**). Cette politique a largement inspiré son voisin français. En effet, les décideurs politiques en ont fait, à l’instar des marchés publics, un instrument de relance économique dans le contexte de la crise de 2008 (**B**).

A/ Les PPP en Grande-Bretagne

431. La politique anglaise de partenariat public-privé fut envisagée comme une alternative à la privatisation, dont les limites commençaient à apparaître dès le milieu des années 1990, et non comme un instrument de désengagement de la puissance publique¹⁰¹⁶.

Le concept est issu du droit anglo-américain, puisque l’expression *public private partnerships* apparaît courant les années 1970 à propos d’opérations d’urbanisme aux États-Unis. L’expression fut reprise en Angleterre dans les années 1990, dans un sens légèrement différent. La version britannique vise les hypothèses dans lesquelles les partenaires privés sont associés aux projets de l’administration et à leur exécution. Actuellement, pour le

¹⁰¹² K. van MIERT, *Rapport du groupe sur le réseau transeuropéen de transport*, Commission européenne, Bruxelles, juin, 2003.

¹⁰¹³ Fr. LICHÉRE, B. MARTOR, G. PEDINI et S. THOUVENOT, *Pratique des partenariats public-privé : choisir, évaluer monter et suivre son PPP*, Litec, 2^{ème} éd., 2009, p. 1.

¹⁰¹⁴ Pour une approche des PPP par le droit communautaire, V. Le Livre Vert de la Commission européenne du 30 avril 2004 (COM/2004/327).

¹⁰¹⁵ Le terme partenariat public-privé n’est pas défini par le droit communautaire, celui-ci ne reconnaissant actuellement que la catégorie des marchés publics et celle des concessions.

¹⁰¹⁶ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé : démission ou retour de la puissance publique ?* La lettre du management public, n° 45, mai-juin 2003, p. 5.

gouvernement britannique, les PPP concernent trois hypothèses de partenariats : les partenariats institutionnels¹⁰¹⁷, les partenariats dans lesquels les entreprises privées conseillent les personnes publiques pour la valorisation de leurs biens et, enfin, les contrats de *Private Finance Initiative* qui constituent la principale illustration des PPP¹⁰¹⁸.

432. Officiellement lancée par le gouvernement conservateur en 1992¹⁰¹⁹, dans les faits, la *PFI* existait depuis 1987, avec la signature du contrat du pont *Queen Élisabeth II*. En effet, la *PFI* s'inscrit dans la lignée des réformes du secteur public anglais amorcées par Madame Margaret Thatcher, qui reposent sur le principe d'une concurrence public-privé pour la fourniture de la majeure partie des services publics.

À partir du milieu des années 1990, le recours au *public-private partnership* s'accentue de plus en plus¹⁰²⁰. Le gouvernement de Monsieur Tony Blair soutient et affermit cette politique, en faisant du *PFI* une des formes de partenariat les plus répandues. Par ailleurs, dans une perspective d'un usage accru de ces contrats, des structures publiques de conseil¹⁰²¹ et des règles de gestion des projets¹⁰²² sont mises en place.

Ces contrats de *PFI* se caractérisent par trois aspects. Il s'agit de contrats globaux¹⁰²³, généralement de longue durée, dans lesquels la rémunération du cocontractant varie en fonction de son aptitude à remplir ses obligations en termes de performances, en procédant à un partage détaillé des risques. Le droit anglais classe ce type de contrat en fonction du mode de rémunération, soit comme des marchés publics, soit comme des concessions.

La politique des *PFI* ne repose pas sur un mécanisme unique appliqué à toutes les opérations, mais se décline en fonction des circonstances et des spécificités de chaque projet. Ainsi, il est possible de distinguer quatre types de *PFI*¹⁰²⁴ :

¹⁰¹⁷ Création de société à capitaux publics et privés.

¹⁰¹⁸ Fr. LICHÉRE, B. MARTOR, G. PEDINI et S. THOUVENOT, *ibid.*

¹⁰¹⁹ Gouvernement de John Major. Dans le but de favoriser l'investissement du secteur privé dans le cadre de contrats payés par les personnes publiques, essentiellement dans des domaines tels que les hôpitaux, écoles et prisons.

¹⁰²⁰ Entre 1997 et 2000, le nombre de contrats signés est passé de 10 à 106. Une diminution a été enregistrée en 2004, elle correspondait à une phase de maturité de la politique des *PFI*, puisque les projets les plus rentables avaient été réalisés. Source : *HM Treasury, Signed PFI Deals*, déc. 2004.

¹⁰²¹ *Treasury Task Force*, devenue *l'Office of Government Commerce*.

¹⁰²² *Public sector comparator*.

¹⁰²³ Conception, construction ou exécution, préfinancement et maintenance, ou exploitation.

¹⁰²⁴ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 10.

- les opérations se rapprochant de la concession de service public à la française consistant, en d'autres termes, à déléguer un service public à un opérateur qui assume les charges d'investissement ainsi que les risques, et est rémunéré en contrepartie par les paiements des usagers ;
- les opérations prenant la forme d'une *joint-venture*, c'est-à-dire d'une coentreprise, avec partage des risques et des gains ;
- les opérations portant sur des infrastructures publiques et visant à fournir des prestations à un acteur public ;
- enfin, celles qui associent à la prestation un usage commercial pour compte de tiers.

Le contrat de *PFI* est conclu entre une personne publique et un consortium privé qui revêt le plus souvent la forme d'un *Special Purpose Vehicle (VPS)*, société spécialement créée pour la réalisation du projet, réunissant des industriels et des investisseurs financiers. En général, ce consortium est composé d'une *holding*, détenant une société de biens d'équipement et une société chargée des opérations. Le consortium a la mission d'assurer les services publics qui sont d'ordinaire supportés par le secteur public. Il est rémunéré selon sa performance, sur des critères préétablis par la personne publique dans le contrat¹⁰²⁵.

433. Au Royaume-Uni, comme en France, le recours aux PPP concerne aussi bien l'État que les collectivités locales. Le principal utilisateur des *PFI* a toujours été le ministère des Transports, à l'occasion de la construction des infrastructures autoroutières et du métro londonien. Vient ensuite, en deuxième position, le ministère de la Santé, dont les *PFI* portent sur les établissements hospitaliers. Le ministère de la Défense a, quant à lui, eu recours à ce type de contrats pour des services tels que les systèmes d'information, les navires de transport, l'entraînement ou les logements militaires. Le ministère de l'Éducation fait également appel au partenariat pour la construction et la gestion d'établissements scolaires¹⁰²⁶.

434. Après une phase de maturité, les PPP anglais connaissent un regain d'intérêt avec l'arrivée de Monsieur David Cameron au pouvoir. En effet, la réforme annoncée en décembre 2012 a débouché sur une nouvelle approche des contrats de partenariat, baptisée « *Private*

¹⁰²⁵ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *Partenariats public-privé en Méditerranée : État des lieux et recommandations pour développer les PPP dans le financement de projets dans le Sud et l'Est de la Méditerranée*, IPEMED, févr. 2012, p. 6.

¹⁰²⁶ Source : HM Treasury, *Signed PFI Deals*, déc. 2004.

Finance 2 », destinée à corriger les faiblesses et perfectionner les avantages pour le secteur public, dans une perspective de recours continu à ce mode innovant de la commande publique.

Un rapport du ministère des Finances britannique¹⁰²⁷ a dressé un bilan des anciens programmes de *PFI*. Quatre principales critiques ont été identifiées. Il s'agit de la longueur et du coût élevé de la procédure avec un surcoût croissant du financement privé, un transfert de risque vers le privé souvent peu effectif, un déficit de flexibilité dans les contrats et une absence de transparence sur les coûts réels et les profits.

Néanmoins, les PPP présentent quelques avantages majeurs en relation essentiellement à la capacité d'innovation et de gestion de projet du secteur privé. On constate souvent que le contractant privé respecte globalement les délais, les budgets de réalisation ainsi que les exigences de performance dans le temps. De plus, les ouvrages et équipements construits ont une bonne durée de vie. Par ailleurs, le constructeur étant le mainteneur, il est la personne la mieux placée pour garder l'ouvrage dans le meilleur état durant l'exécution du contrat.

Pour perfectionner le dispositif existant, le rapport préconise de mettre en place une série de mesures. La nouvelle politique de la *Private Finance 2* vise à améliorer le rapport qualité/prix des PPP¹⁰²⁸ à travers notamment :

- la participation publique au capital du partenariat privé¹⁰²⁹, ce qui permettra de perfectionner la collaboration et la transparence, ou encore le partage des profits liés au projet. L'État deviendrait une source de financement annexe du partenariat, à l'instar des banques, en prenant des parts dans les sociétés de projet, avec pour conséquence l'accès aux informations. Cette participation sera gérée par une unité administrative au sein du ministère des Finances britannique, afin d'éviter les conflits d'intérêts ;
- une meilleure sélectivité dans le choix des projets et un périmètre restreint des missions confiées au privé¹⁰³⁰ ;
- un renforcement des obligations de *reporting*¹⁰³¹ de la société de projet, afin d'assurer davantage de transparence. Par ailleurs, le donneur d'ordre sera amené à jouer un rôle plus actif dans la gestion du projet ;

¹⁰²⁷ Rapport du *HM Treasury*, « *A new approach to PPPs* », déc. 2012.

¹⁰²⁸ Fr. MARTY et J. SPINDLER, « Bilan et perspectives des contrats de *PFI* britanniques (1992-2012) », *Gestion et Finances publiques*, juin, 2013, p. 60.

¹⁰²⁹ La personne publique devient actionnaire de la société de projet. Elle pourra donc être présente au conseil d'administration et sera tenue informée en temps réel. Elle profitera également d'une partie des bénéfices et de la plus-value de sortie.

¹⁰³⁰ Service d'entretien-maintenance, gros entretien et rénovation, sont exclus les services à la personne.

- une centralisation des compétences publiques avec la création d'agences spécialisées au sein de chaque ministère, et la mise en place d'une Académie de gestion des grands projets, afin de former les futurs chefs de projets côté public. Des documents types et contrats standards doivent être mis à disposition.

435. En matière de PPP, la Grande-Bretagne est un exemple de la variété des formes et des domaines couverts par ces contrats de partenariat. En effet, *la private finance initiative* et les dispositifs institutionnels¹⁰³² qui l'encadrent sont une inspiration de taille pour les réformes passées et en cours, aussi bien outre Atlantique qu'en Europe continentale, comme l'atteste le cas de la France.

B/ Les PPP en France

436. En France, l'opportunité de créer un nouveau type de contrat public corrigeant les discontinuités entre les marchés publics et les délégations de service public a été examinée depuis le milieu des années 1990¹⁰³³. Dans un premier temps, les partenariats public-privé furent envisagés sous forme de dérogation sectorielle au code des marchés publics, pour finalement faire l'objet de l'ordonnance du 17 juin 2004¹⁰³⁴.

Les pouvoirs publics français se sont inspirés des contrats de *PFI* anglais lors de l'adoption de l'ordonnance. En effet, quelques similitudes existent. Le texte français évoque également les notions de contrats globaux, de partage des risques, de rémunération pouvant varier en fonction des critères de performances et de préfinancement établis par le partenaire.

437. Si la tradition hexagonale de la gestion déléguée¹⁰³⁵ fait de la France un précurseur en matière d'association public-privé avec les contrats de concession¹⁰³⁶, les instruments du droit

¹⁰³¹ Rapport semestriel sur le taux de rentabilité interne, sur les performances techniques et les aspects des ressources humaines.

¹⁰³² Organismes publics de conseil, mise en place de structures de pilotage...

¹⁰³³ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 91.

¹⁰³⁴ Ord. n° 2004-559, 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat.

¹⁰³⁵ « Contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaire au service », L. n° 93-122, 29 janv. 1993, relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, modifié par L. n° 2001-1168, 11 déc. 2001, art. 38.

¹⁰³⁶ X. BEZANÇON, *Les services publics en France : du Moyen-Âge à la Révolution*, Presse de l'ENPC, Paris, 1995, p. 217.

des contrats administratifs¹⁰³⁷ ne permettaient cependant pas de mener à bien certains projets publics portant sur le financement, la construction et l'exploitation d'infrastructures nécessaires à la réalisation des missions des collectivités publiques¹⁰³⁸. En effet, il manquait au droit français un vecteur global susceptible de s'inscrire dans la durée de vie et d'amortissement des équipements construits et d'intégrer l'ensemble des phases allant de la conception à la maintenance qui étaient nécessairement dissociées en raison des règles gouvernant les commandes publiques.

438. Le contrat de partenariat instauré par l'ordonnance de 2004 constitue une troisième voie entre le marché et la délégation¹⁰³⁹. Il tire son origine de la loi du 2 juillet 2003¹⁰⁴⁰ habilitant le gouvernement à simplifier le droit, en l'autorisant « à prendre par ordonnance les dispositions nécessaires pour modifier la loi du 2 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée et à créer de nouvelles formes de contrats conclus par des personnes publiques ou des personnes privées chargées d'une mission de service public pour la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services, ou à une combinaison de ces différentes missions ». Après un contrôle de constitutionnalité de cette loi par la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003¹⁰⁴¹, le contrat de partenariat est ainsi institué afin de favoriser l'essor des PPP en France et relancer les investissements publics en associant des partenaires privés. Il offre de surcroit la possibilité de mettre en place un mécanisme de paiements différés jusque-là strictement interdit par le Code des marchés publics et de développer un dispositif incitatif associant aux paiements différés de la personne publique une part variable liée à la qualité du service.

439. Le recours à un PPP est conditionné à l'élaboration d'une évaluation préalable, justifiant la possibilité et l'opportunité de recourir à un tel montage au regard des instruments

¹⁰³⁷ Qu'il s'agisse des deux catégories de la commande publique (marché et délégation), ou de contrats dérogatoires tels que le marché d'entreprise de travaux publics (METP) et le contrat de vente en l'état futur d'achèvement (VEFA). V. à ce sujet le tableau regroupant l'ensemble des outils contractuels offerts par le droit administratif : Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 94.

¹⁰³⁸ V. à ce sujet, S. BRACONNIER, « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *Bull. juridique des contrats publics*, n° 36, sept. 2004, p. 340.

¹⁰³⁹ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 96. V. au sujet de la différence entre le partenariat, la commande publique et la délégation de service public : C. EMERY, refonte par J.-M. PEYRICAL, « Les contrats de partenariat », *Encyclopédie des collectivités locales*, sept. 2013, n° 11.

¹⁰⁴⁰ L. n° 2003-091, 2 juill. 2003, habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 6.

¹⁰⁴¹ Cons. const., n° 2003-473, DC du 26 juin 2003, AJDA, 2003, p. 1391 ; RDP, 2003, p. 1163.

classiques de la commande publique¹⁰⁴². Cette évaluation préalable¹⁰⁴³ est issue des exigences du Conseil constitutionnel et se décompose en deux phases. La collectivité publique est d'abord tenue de prouver que les conditions de recours à un contrat de partenariat sont remplies, à savoir la complexité du projet ou l'urgence de sa réalisation. Ensuite, au terme d'une étude comparative avec les autres modes de fourniture de la prestation, la collectivité doit démontrer que le PPP est le contrat administratif le plus adapté. Par conséquent, elle doit présenter avec précision les raisons de nature économique, financière, juridique et administrative l'ayant amenée à proposer un PPP après une analyse du coût global du projet et des clauses de partage des risques.

Cette logique reprend la démarche retenue par les Britanniques, selon laquelle le PPP n'est envisageable que dans la mesure où il réduit le coût actualisé du projet ou permet de maximiser la valeur pour le contribuable¹⁰⁴⁴.

L'ordonnance de 2004 a instauré un certain nombre de gardes fous, notamment la distinction des « trois loyers »¹⁰⁴⁵. Sur le modèle de *l'Office of Government Commerce* britannique, il est apparu nécessaire que les collectivités publiques françaises puissent être aidées dans le montage de leurs opérations de partenariat par des organismes experts capables de leur apporter des conseils d'ordre juridique, technique et financier. Le gouvernement français a donc créé, en octobre 2004¹⁰⁴⁶, la Mission d'appui aux partenariats public-privé, dotée d'une compétence générale.¹⁰⁴⁷ Sa saisine, pour avis uniquement, est obligatoire lors de l'évaluation préalable des contrats de partenariat de l'État et des établissements publics, mais facultative pour les collectivités territoriales. Par ailleurs, dans un souci de standardisation, la Mapp a élaboré un contrat type de PPP, mais celui-ci n'a pas de valeur obligatoire.

440. Durant les quatre années suivant sa mise en œuvre, le contrat de partenariat n'a pas eu le succès escompté. Les pouvoirs publics ont donc décidé de relancer l'offensive. La loi du 28

¹⁰⁴² Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 99.

¹⁰⁴³ V. à ce sujet, Fr. LICHÈRE, B. MARTOR, G. PEDINI et S. THOUVENOT, *op. cit.*, p. 85 et s.

¹⁰⁴⁴ *Le Public Sector Comparator*.

¹⁰⁴⁵ Le premier payant l'investissement, le deuxième supportant le coût du financement et le troisième rémunérant les prestations d'exploitation-maintenance.

¹⁰⁴⁶ D. n° 2004-1119, 19 oct. 2004, portant création de la Mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, renommée Mission d'appui aux partenariats public-privé par le décret n° 2011-709 du 21 juin 2011. V. au sujet de la composition et des missions de la Mapp : C. EMERY, refonte par J.-M. PEYRICAL, « Les contrats de partenariat », art. préc., n° 92 et s.

¹⁰⁴⁷ Un organisme expert identique, mais sectoriel a été mis en place auprès du ministère de la Défense pour les contrats de partenariat relatifs à la Défense nationale, et un autre pour les établissements hospitaliers.

juillet 2008¹⁰⁴⁸ a amélioré l'ordonnance de 2004 dans un souci de facilitation du recours à l'instrument proposé. Dans un contexte de lutte contre la crise financière, le contrat de partenariat a été fortement encouragé. La loi de finances rectificative de 2009 a introduit un mécanisme de garantie de l'État. Par ailleurs, la loi du 17 février 2009¹⁰⁴⁹ a prévu de nombreux assouplissements, parmi lesquels non seulement la possibilité de conclure un PPP sur un bien immobilier appartenant à l'État ou à l'un de ses établissements publics, mais également la faculté pour le titulaire du contrat de partenariat de ne financer qu'une partie du projet.

Une circulaire du 9 mai 2012 du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a rappelé la définition et les conditions de mise en œuvre des contrats de partenariat prévus par l'ordonnance de 2004. Après avoir énoncé que le contrat était « un outil juridique et financier élaboré », et que « compte tenu du caractère complexe de ces montages et du risque financier lié à l'ampleur et à la durée des projets, il convient pour les préfectures d'apporter aux collectivités intéressées un conseil juridique, notamment à destination des plus petites d'entre elles », la circulaire revient sur les raisons d'être du contrat de partenariat qui complète le droit de la commande publique et « par là même doit permettre aux collectivités territoriales de remplir leur mission ».

441. Les contrats de partenariat visent à conférer un cadre légal à des montages complexes déjà existants¹⁰⁵⁰, nécessaires au développement des collectivités locales, mais dont la mise en œuvre s'avère délicate dans certains cas. Il est possible de se poser la question de savoir s'ils ont vocation à se substituer, à terme, à ces différents montages. Le mouvement de codification du droit des contrats publics peut être l'occasion de concrétiser ce projet. Malgré les critiques à leur égard, ces contrats affectent le droit de la maîtrise d'ouvrage et celui de la domanialité publique¹⁰⁵¹.

¹⁰⁴⁸ L. n° 2008-735, 28 juill. 2008, relative aux contrats de partenariats.

¹⁰⁴⁹ L. n° 2009-179, 17 févr. 2009, pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

¹⁰⁵⁰ Tels que les marchés de conception/réalisation/exploitation ou maintenance (CREM), les marchés de réalisation/exploitation ou maintenance (REM), les marchés d'entreprise de travaux publics (METP), ou le crédit-bail immobilier et le bail emphytéotique.

¹⁰⁵¹ C. EMERY, refonte par J.-M. PEYRICAL, « Les contrats de partenariat », art. préc., n° 27.

Paragraphe 2 : Le recours aux PPP

442. Sur certains points, le contrat de partenariat n'est pas si différent des autres contrats publics, et précisément des marchés publics. En effet, il obéit aux mêmes clés de réussite, à savoir notamment la définition préalable des besoins par l'administration sans laquelle les risques de dérapage sont certains. Le champ sectoriel des PPP est large, puisqu'il concerne aussi bien le bâtiment et les travaux publics que les nouvelles technologies de l'information et de la communication. La justification de l'utilisation des contrats de partenariats réside en partie dans la difficulté des collectivités à financer les investissements répondant à la demande sociale (A). À l'instar de tout contrat de long terme portant sur des prestations complexes, les partenariats public-privé ne sont pas exempts de risques (B).

A/ La justification de l'utilisation des PPP

443. Souvent, le recours au partenariat public-privé vise à répondre à une contrainte de triple nature. Il s'agit de réaliser des investissements publics dans un contexte budgétaire difficile, de bénéficier de l'expertise et des capacités des firmes privées et de s'assurer d'une répartition optimale des risques entre l'entité publique et le prestataire privé.

444. L'accroissement de la dette et des déficits publics constraint les pouvoirs publics à procéder à des arbitrages défavorables à l'investissement. Les dépenses courantes, représentant la grande masse des dépenses publiques, sont difficilement réductibles. Par ailleurs, la priorité va aux investissements nouveaux, au détriment de l'entretien des infrastructures existantes¹⁰⁵². À titre d'exemple, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, le Royaume-Uni avait connu un sous investissement dans le domaine des infrastructures publiques de transport auquel la politique de *Private Finance Initiative* tenta de répondre. Classiquement, l'intérêt d'un PPP réside dans le fait que les paiements ne débutent qu'à la mise en service de l'équipement. Cette caractéristique présente deux avantages. D'une part, l'acteur public n'aura pas à avancer les ressources budgétaires pour financer l'investissement. D'autre part, le paiement du prestataire privé est conditionné à la délivrance du service, ce qui l'incite à respecter les délais convenus.

¹⁰⁵² Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 35.

Par ailleurs, la réduction des coûts est souvent mise en avant pour justifier l'utilisation d'un PPP. Or, les différentes expériences ont montré que cette réduction des coûts est difficilement évaluable¹⁰⁵³. En effet, compte tenu de la durée des contrats, à l'heure actuelle, il est impossible d'estimer les gains réels permis par les PPP¹⁰⁵⁴.

Qualité et évolutivité du service, et surtout gestion des risques sont les principaux critères déterminants du choix d'un partenariat public-privé, bien plus que la seule économie de coût¹⁰⁵⁵. Les partenariats ne sont réellement efficaces que lorsqu'ils prévoient un partage des risques entre entités publiques et privées. Par exemple, le risque de construction sera mieux assumé par l'opérateur privé que par l'État, puisque celui-ci a une meilleure connaissance technique de son projet. En revanche, le risque de durcissement de la législation sur l'environnement, qui peut éventuellement avoir des conséquences sur le coût de la construction, reviendrait à l'État. La répartition des risques permet de limiter les probabilités de dépassement de coûts et de délais, constitutifs de dérives pour les marchés de l'État¹⁰⁵⁶.

Un des avantages du partenariat réside dans l'implication du prestataire privé dans chacune des étapes du projet, permettant ainsi de garantir une optimisation d'ensemble de la performance économique de la fourniture. En effet le constructeur peut être tenté de construire au moindre coût, et sans tenir compte des futurs coûts d'exploitation. Par conséquent, s'il est impossible pour le partenaire public de contrôler l'étape de la construction, il est nécessaire d'aligner les intérêts des deux contractants en confiant au constructeur la charge de l'exploitation.

445. Sur le plan juridique, un des intérêts du contrat de partenariat est qu'il offre l'expression « d'une ingénierie contractuelle »¹⁰⁵⁷. À la différence des marchés publics et de certaines conventions de délégation de service public, qui se fondent sur des modèles préétablis, chaque contrat de partenariat est par nature particulier. À titre d'exemple, les

¹⁰⁵³ V. PIRON, « La dimension économique du partenariat public-privé dans les transports », *Transports*, n° 424, mars-avril 2004, p. 96.

¹⁰⁵⁴ V. à ce sujet, Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 39 et s.

¹⁰⁵⁵ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁵⁶ T. KIRAT, D. BAYON et H. BLANC, Maîtriser les coûts des programmes d'armement : une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis, La Documentation française, 2003, p. 23.

¹⁰⁵⁷ C. EMERY, refonte par J.-M. PEYRICAL, *ibid.*

clauses relatives à la mise à disposition des ouvrages ou aux sanctions qui pèsent sur le partenaire privé sont rédigées au cas par cas¹⁰⁵⁸. De telles stipulations n'ont pas le même contenu selon la taille et la nature du projet ou de l'équipement en cause.

De plus, le contrat de partenariat est un objet juridique digne d'intérêt, et surtout un moyen pour les collectivités non seulement de faire préfinancer certains équipements, mais également de les valoriser.

En cours d'exécution du PPP, la renégociation du contrat est un événement inéluctable dans une logique de contrats à long terme. Elle permet d'ajuster les clauses du contrat à des aléas non anticipés lors de sa rédaction et de redistribuer en conséquence les charges additionnelles entre les parties.

446. Au niveau économique, la faveur dont jouissent les PPP en Europe et partout ailleurs dans le monde « ne résulte pas d'un simple effet de mode »¹⁰⁵⁹. Le PPP semble être un outil commode pour employer des capitaux privés au service de l'intérêt public, sans alourdir l'endettement public et la fiscalité déjà excessive. En effet, les PPP impliquent pour la plupart le financement par la partie privée d'équipements ou de projets liés à la réalisation d'une activité de service public dans le but de relancer les investissements publics dans un contexte de restriction et d'optimisation budgétaires. L'avantage du recours à des partenaires privés est d'autant plus important lorsque les investissements sont élevés et que plusieurs prestations seront réalisées par les acteurs privés. La mise en œuvre simultanée ou successive de missions telles que le financement, la conception, la construction ou la maintenance peut éventuellement engendrer des économies d'échelle sur le long terme pour le partenaire privé et compenser ainsi des coûts¹⁰⁶⁰.

¹⁰⁵⁸ Les pénalités ou les modalités de résiliation anticipées...

¹⁰⁵⁹ C. EMERY, refonte par J.-M. PEYRICAL, *ibid.*

¹⁰⁶⁰ Fr. LICHÈRE, B. MARTOR, G. PEDINI et S. THOUVENOT, *op. cit.*, p. 13.

B/ Les risques liés aux PPP

447. Dans un contexte où la croissance économique a sans cesse besoin d'être stimulée, mais où les ressources budgétaires sont malheureusement limitées, la recherche d'une meilleure efficience de l'investissement public est évidemment indispensable. Les partenariats public-privé occupent une place particulière parmi les modalités d'investissement public. Au départ, ils ont été présentés comme des leviers de modernisation, grâce essentiellement à l'apport de l'expertise du secteur privé. Mais, depuis peu, ils font l'objet de nombreuses critiques liées à leurs risques intrinsèques. Si certains risques sont dus au montage contractuel et financier des contrats, d'autres ont trait à l'impact budgétaire et à la durée des engagements contractuels qu'ils engendrent¹⁰⁶¹.

448. L'expérience britannique en matière de partenariats public-privé fournit des indications précieuses sur la fragilité financière à terme de ces nouvelles « formes » de contrats. En premier lieu, elle peut provenir d'un transfert de risque parfois excessif, dans la mesure où certains de ces aléas ne sont que difficilement contrôlables par le prestataire¹⁰⁶². Un second facteur de fragilité tient à la recrudescence de la concurrence autour des PPP. Les prestataires sont incités à mettre en place des montages financiers sans cesse plus audacieux. Ces montages à fort effet de levier contribuent à diminuer la marge de sécurité entre le flux de revenus et la dette, accroissant de la sorte le risque de défaillance en cas de réalisation d'un aléa d'exploitation.

Le risque de voir le consortium dans l'impossibilité matérielle de faire face à sa dette peut avoir une double origine. D'une part, les ressources dégagées de l'exploitation ne permettent pas de faire face aux échéances du fait d'hypothèses de constructions contractuelles trop optimistes ou d'un choc macroéconomique bouleversant les conditions d'exploitation¹⁰⁶³.

¹⁰⁶¹ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 78.

¹⁰⁶² À titre d'exemple, la capacité du prestataire à assumer sa dette peut être remise en cause si les prévisions de recettes assurant l'équilibre économique du contrat reposent sur des hypothèses de trafic improbables.

¹⁰⁶³ L'exemple le plus emblématique est le contrat de partenariat britannique relatif au contrôle aérien. L'économie du contrat se fondait sur des prévisions de trafic aérien à la hausse, notamment sur le segment des vols transatlantiques. Or, les attentats du 11 septembre 2001 ont entraîné une réduction considérable du trafic sur ces lignes. L'Etat britannique a dû choisir entre secourir directement le prestataire, au risque de donner un signal dangereux aux exploitants des autres PPP sur son rôle d'assureur de dernier ressort, et assumer les conséquences d'une rupture de la continuité du service public. Il a préféré se cantonner à son rôle d'actionnaire tout en faisant entrer dans le montage de nouveaux partenaires privés.

D'autre part, la non-réalisation des objectifs contractuels de qualité ou de performance se traduit par l'allocation de pénalités sur les flux de paiements versés par l'administration, de telle sorte que le consortium n'est plus en mesure d'honorer ses échéances¹⁰⁶⁴.

Les risques liés à la complexité des montages des partenariats doivent être pris en compte. L'intérêt des mécanismes de PPP pour le prestataire privé réside dans l'anticipation des recettes régulières à faible aléa. Par conséquent, un transfert de risque excessif engendrerait un retournement de ces prévisions. À titre d'exemple, des risques d'exploitation liés à des équipements difficiles à faire fonctionner peuvent donner lieu à des pénalités financières. Or, l'équilibre économique des PPP repose sur l'anticipation des ressources qui serviront à couvrir la dette. Le partenaire public doit donc identifier et valoriser l'ensemble des risques du projet afin de transférer au partenaire privé ceux qu'il est le mieux à même de gérer tout en conservant ceux que la collectivité publique peut maîtriser.

449. Outre les enjeux qui viennent d'être développés, la durée dans l'exécution des contrats de partenariats peut soulever des difficultés. D'une part, il est difficile de spécifier tant les objectifs que les résultats à atteindre sur trente ans. L'acheteur public s'expose à des renégociations des contrats, voire à des contentieux avec ses cocontractants. Même si des indicateurs de performance et de qualité sont correctement identifiés en début de contrat, les normes environnementales et sanitaires sont susceptibles d'évoluer, pouvant conduire à modifier le contrat initial. D'autre part, il est bien sûr impossible de prévoir au moment de la conclusion du contrat, l'ensemble des événements capables de se produire durant son exécution. Cette impossibilité provient des aléas imprévus ainsi que de l'évolution dans le temps des besoins de la personne publique¹⁰⁶⁵.

450. Dans le courant de l'année 2012, l'Inspection générale des Finances a été chargée d'évaluer les PPP français¹⁰⁶⁶. Ses conclusions ne condamnent pas la formule, puisque les

¹⁰⁶⁴ Fr. MARTY et J. SPINDLER, « Bilan et perspectives des contrats de *PFI* britanniques (1992-2012) » art. préc., p. 53. L'exemple le plus significatif de PPP ayant dû être renégocié est la ligne à grande vitesse entre Douvres et Londres (le *Channel Tunnel Rail Link*). Le consortium en charge de la construction de la liaison depuis la sortie du tunnel sous la Manche n'a plus été en mesure de faire face à sa dette, ni de réaliser les investissements nécessaires à cause de la faiblesse des redevances liées au trafic. La faillite du prestataire fut évitée grâce à l'injection indirecte de capitaux publics dans le cadre de la constitution d'une société commune.

¹⁰⁶⁵ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 86.

¹⁰⁶⁶ Rapport d'activité de l'IGF, « Chargée d'évaluer les Partenariats public-privé », déc. 2012.

partenariats répondent à des besoins spécifiques des personnes publiques. Néanmoins, les problèmes qu'ils posent sont étroitement liés à l'inefficience persistante et à la nécessaire professionnalisation de la commande publique.

Selon l'IGF, l'utilisation grandissante des PPP justifie un encadrement plus strict et plus sécurisant. Ils soulèvent de multiples risques financiers et juridiques et, à ce titre, nombre d'entre eux sont inadaptés à certains acheteurs publics et à certains projets. En effet, le recours à un PPP incite l'acheteur public à investir au-delà de ses capacités financières.

L'IGF recommande donc de faire évoluer le cadre juridique des PPP dans un souci de clarification et d'unification. En d'autres termes, consolider toutes les formes de PPP¹⁰⁶⁷ au profit d'une forme unique : le contrat de partenariat. Ce dernier pourrait être utilisé par toutes les personnes publiques et dans n'importe quel secteur.

451. La Grande-Bretagne et la France sont les deux plus gros marchés européens dans le domaine des PPP. Ils ont donc de quoi enrichir mutuellement leurs approches et leurs bonnes pratiques pour continuer de faire avancer les partenariats public-privé au service de la gestion publique.

Les principaux paramètres concernant la décision de s'engager dans un partenariat et les risques liés étant identifiés à travers les expériences britannique et française, il convient à présent de s'étendre sur les contrats de partenariat tels qu'ils sont susceptibles de se développer dans une Tunisie post-révolution.

Section 2 : Les PPP : un modèle pour les pays émergents ?

452. Les unités en charge des partenariats public-privé ayant vocation à gérer les investissements dans les infrastructures sont en place depuis plusieurs années dans de nombreux pays développés. Depuis une vingtaine d'années, elles déploient leurs services dans le monde en développement. Ce déploiement est en partie motivé par l'accroissement des investissements dans les infrastructures.

Les pays en voie de développement constituent la principale région géographique de recours aux partenariats public-privé. Les institutions financières internationales, telles que la Banque Mondiale et le Fonds Monétaire International, les présentent comme étant l'un des principaux

¹⁰⁶⁷ Autorisation d'occupation temporaire (AOT), location avec option d'achat (LOA), contrats sectoriels tels que les baux emphytéotiques hospitaliers, les baux emphytéotiques administratif...

instruments de réforme de la gestion publique¹⁰⁶⁸. La définition des partenariats retenus par ces institutions concerne l'ensemble des solutions contractuelles d'association entre le secteur public et le secteur privé pour la réalisation d'une mission de service public. Sont incluses dans ce périmètre non seulement les formes anciennes de relation (à savoir les concessions), mais également les nouvelles (c'est-à-dire les PPP d'origine anglo-américaine). Par conséquent, ces pays connaissent une grande variété de PPP et ont accumulé une expérience appréciable¹⁰⁶⁹.

453. Les gouvernements des pays en voie de développement doivent arbitrer entre la demande croissante d'infrastructures et de services publics de la part de leurs citoyens et la limitation des ressources budgétaires disponibles. Le recours aux PPP vise à concilier les objectifs de stabilisation macroéconomique et l'amélioration de la qualité des services rendus aux usagers.

Néanmoins, l'utilisation sans cesse croissante des PPP ne se fait pas sans obstacle, en raison du type de financement et de gestion qui est relativement nouveau dans la zone méditerranéenne. Le contexte financier et juridique des PPP étant différent d'un pays à l'autre et les éventuels projets de PPP n'étant pas clairement identifiés, il est plus prudent de mettre en œuvre et d'adopter un cadre réglementaire adéquat qui reste évidemment encore à définir. Par ailleurs, le secteur privé national ne semble pas détenir les outils nécessaires pour accompagner des projets d'une telle envergure¹⁰⁷⁰.

L'objet de cette deuxième section est d'exposer, dans un premier paragraphe, l'état des lieux des PPP dans les pays en développement (**Paragraphe 1**), puis dans un second temps, de présenter le nouveau mode de financement et de gestion dans la Tunisie postrévolutionnaire (**Paragraphe 2**).

¹⁰⁶⁸ Fr. MARTY et A. VOISIN, « Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels », *Document de travail du GREDEG*, n° 2009-5, nov. 2005, p. 1.

¹⁰⁶⁹ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *Les partenariats public-privé*, Coll. Repères, éd. La Découverte, 2006, p. 24.

¹⁰⁷⁰ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *Partenariats public-privé en Méditerranée : État des lieux et recommandations pour développer les PPP dans le financement de projets dans le Sud et l'Est de la Méditerranée*, IPEMED, févr. 2012, p. 4.

Paragraphe 1 : État des lieux des PPP

454. Dans un partenariat public-privé, l'autorité publique et l'opérateur privé collaborent ensemble avec un objectif commun, mais des motivations distinctes. Si la puissance publique a naturellement la volonté de fournir à la collectivité un service de qualité au meilleur coût, l'opérateur privé recherche quant à lui un profit proportionnel aux capitaux investis, à ses compétences et à sa prise de risque.

Les partenariats public-privé constituent un moyen de créer les conditions de la croissance d'une manière plus efficace et plus fructueuse que par le recours à des structures publiques classiques, aussi bien dans les pays avancés que dans les pays en voie de développement (A). Néanmoins, si les gouvernements des pays en développement semblent souvent désireux de promouvoir les partenariats public-privés, certains intervenants sur le marché mondial des PPP doutent de l'intérêt de la formule pour ces États (B). Les résultats obtenus ont en effet été mitigés lorsque les gouvernements se sont contentés de transplanter les modèles ayant fait leurs preuves au Royaume-Uni ou en France.

A/ Le recours au PPP dans les pays en développement

455. Les gouvernements des pays en développement doivent concilier entre une demande sociale sans cesse croissante d'infrastructures et de services publics avec la limitation des ressources budgétaires disponibles. Ce phénomène est d'autant plus fort que la capacité de ces pays à lever les fonds nécessaires sur les marchés de capitaux internationaux est nettement réduite par rapport à celle des pays industrialisés. Le manque d'investissement en infrastructures a un impact négatif sur le potentiel de croissance économique d'un pays. Les bailleurs de fonds internationaux¹⁰⁷¹ ont donc incité le recours aux PPP dans ces pays. L'appel aux capitaux privés est préféré aux aides publiques, ces dernières étant trop souvent associées à la corruption ou aux investissements inutiles.

Les institutions internationales ont une approche plus large de la notion de partenariat public-privé. En effet, elle recouvre pour elles l'ensemble des solutions contractuelles qui associent

¹⁰⁷¹ FMI et Banque Mondiale.

le public et le privé pour la réalisation d'une mission de service public. Par conséquent, elle englobe tant les anciennes¹⁰⁷² que les nouvelles¹⁰⁷³ formes de partenariat. Les pays en développement présentent donc une variété et une expansion considérable de PPP.

On constate que les flux de financements privés ne sont pas uniformément répartis entre les différents pays en développement. En effet, il existe des inégalités géographiques et sectorielles dans l'utilisation des PPP. Les partenariats se sont essentiellement développés dans les États les plus attractifs sur le plan financier. Près de la moitié des projets et surtout les deux tiers des montants investis se sont concentrés dans les régions de l'Asie du Sud-Est et de l'Amérique du Sud¹⁰⁷⁴. Selon la Banque Mondiale, le Chili est considéré comme étant le pionnier dans l'utilisation des partenariats public-privé, parmi les pays en développement¹⁰⁷⁵.

456. Les deux secteurs ayant connu un engouement en faveur des contrats de PPP sont les secteurs de l'électricité et des télécommunications. Les meilleures opérations quant à leur montant financier concernent les constructions d'infrastructures¹⁰⁷⁶.

Une des caractéristiques les plus marquantes réside dans la faible part du secteur de l'eau potable et de l'assainissement. En effet, celui-ci ne représente que 5 % des contrats, alors même que ces conventions sont, comme dans le domaine des transports, particulièrement sujettes aux difficultés d'exécution. La Banque Mondiale explique ce phénomène comme étant la résultante de trois facteurs : l'absence de rupture technologique majeure, la sensibilité politique de la question et la difficulté liée à la définition des droits de propriété sur les réseaux (souvent détenus par les collectivités territoriales). Les incitations ne peuvent être idéales si les droits de propriété sont mal spécifiés, dans la mesure où les contractants n'ont pas la garantie de récupérer le rendement de leurs investissements¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷² Les concessions.

¹⁰⁷³ Les partenariats public-privé d'origine anglo-américaine.

¹⁰⁷⁴ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁷⁵ V. Rapport de la Banque Mondiale, *Private Participation in Infrastructure in Developing Countries : Trends, Impacts, and Policy Lessons*, Avril 2003.

¹⁰⁷⁶ Fr. MARTY et A. VOISIN, « Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels », art. préc., p. 8.

¹⁰⁷⁷ Fr. MARTY, S. TROSA et A. VOISIN, *ibid.*

457. Le type de partenariat diffère selon la région. En Asie du Sud-Est, les principaux investissements concernent des projets de type *greenfield*¹⁰⁷⁸. Dans ce genre de projet, une entreprise privée ou une entreprise commune public-privé conçoit, finance, construit, exploite et maintient un nouvel équipement support d'un service public pour une période fixée dans le contrat. À l'expiration du délai, l'équipement peut éventuellement revenir au secteur public. À l'inverse, en Europe centrale et orientale, les partenariats les plus fréquents relèvent plus de la catégorie des privatisations et des concessions de service public.

Le mode d'association du privé et du public diffère selon le secteur d'activité. L'utilisation des projets de type *greenfield* est liée au poids des investissements dans les réseaux de téléphonie mobile ainsi que dans la génération indépendante d'électricité.

458. La gestion efficace d'un programme de PPP dépend d'une série de fonctions spécialisées, que tous les gouvernements n'ont pas ou ne sont pas en mesure d'exercer efficacement. Les États dépourvus des capacités fonctionnelles nécessaires à la mise en œuvre d'un programme de PPP, en d'autres termes présentant des carences administratives, instaurent des unités PPP afin de remédier à ces insuffisances. Ces carences administratives étant propres à chaque État, il convient de créer des services de PPP sur mesure. L'organisme doit être à même d'assurer efficacement ses fonctions, ce qui implique qu'il ne soit pas un simple organe consultatif, mais qu'il se voit véritablement conférer le pouvoir exécutif¹⁰⁷⁹.

Une unité PPP a pour fonction d'encourager l'établissement de nouveaux PPP ou d'améliorer les partenariats qui existent déjà, en s'assurant qu'ils répondent à certains critères (coût abordable, coût-efficacité, transfert des risques). Elle est dotée d'un mandat durable lui permettant de gérer diverses transactions liées aux PPP, souvent dans différents secteurs¹⁰⁸⁰. En résumé, une unité PPP performante est celle qui contribue à la réussite d'un programme de partenariat.

¹⁰⁷⁸ La Banque Mondiale distingue quatre typologies de PPP : les *management and lease contracts*, les *concession contracts*, les *greenfield projects* et les *divestitures*.

¹⁰⁷⁹ A. SANGHI, A. SUNDAKOV et D. HANKINSON, « Conception et utilisation des unités PPP dans le secteur des infrastructures : Enseignements tirés d'études de cas dans divers pays », *Gridlines-PPIAF* sept. 2007, p. 3.

¹⁰⁸⁰ C'est ce qui distingue les unités PPP des équipes de PPP relevant d'un seul ministère, ou des comités créés pour s'occuper de transactions spécifiques.

En général, moins l'administration est efficace, moins ses unités PPP sont performantes. En effet, le manque de volonté politique pour promouvoir les PPP et l'absence de transparence et de coordination des organismes publics amenuisent les chances de succès des unités PPP. Dans un tel contexte, même si elles sont bien conçues, ces unités ne sont pas efficaces.

Les unités PPP performantes sont celles qui ciblent directement les carences administratives spécifiques. De plus, elles doivent être investies de l'autorité nécessaire pour s'acquitter des fonctions qui leur sont attribuées¹⁰⁸¹.

459. S'ils veulent encourager l'utilisation des PPP, les pays en développement doivent améliorer le climat des affaires. En effet, de sérieuses contraintes existent encore à l'heure actuelle dans de nombreux pays. Elles tiennent essentiellement à l'inadéquation du cadre juridique et réglementaire des PPP, à l'absence de compétences techniques à même de gérer les programmes et projets de PPP et à la perception défavorable du risque pays chez les investisseurs privés. La taille réduite des marchés financiers et l'insuffisance des infrastructures constituent également des freins à l'essor des PPP.

B/ Une possible remise en cause des PPP dans les pays en développement

460. Un programme de PPP performant est un programme favorisant la mise en œuvre de partenariats successifs qui fournissent à l'État les services dont il a besoin. Par ailleurs, les partenariats doivent être conformes aux normes habituelles de bonne gouvernance et aux principes de lutte contre la corruption, de prudence budgétaire et de respect des régimes juridiques et réglementaires applicables.

Parmi les promesses des partenariats public-privé figurait l'accroissement de l'offre des biens publics dans le respect des objectifs de stabilisation fiscale et tout en bénéficiant d'un coût bas du capital privé. Ils devaient également permettre d'améliorer l'efficience de la gestion des équipements publics, d'introduire des normes de gouvernance appliquée dans le secteur privé et de perfectionner la qualité des services rendus aux usagers. Les éventuels gains pour les pouvoirs publics sont considérables. Outre les gains financiers immédiats provenant de la

¹⁰⁸¹ Si une unité est censée assurer une fonction de contrôle ou de surveillance de qualité, elle doit être investie du pouvoir de modifier le PPP qu'elle juge mal conçu, voire même d'y mettre un terme.

cession des actifs publics concernés, les États pouvaient prétendre limiter leurs engagements budgétaires futurs liés aux nouveaux investissements dans les infrastructures et à l'exploitation de celles-ci.

Les partenariats étaient susceptibles de résoudre les problématiques liées à la limitation des engagements financiers publics, face à des besoins d'investissements massifs et sans cesse croissants¹⁰⁸².

461. Les difficultés rencontrées lors de l'exécution des contrats, la contestation sociale et les débats soulevés par les partenariats constituent, dans une large mesure, les facteurs ayant contribué à remettre en cause le modèle partenarial en grande partie prôné par les institutions internationales.

Selon la Banque Mondiale, l'échec des PPP dans les pays en développement tient essentiellement à la sensibilité de l'équilibre économique des contrats aux crises financières en raison du caractère inachevé des réformes du cadre juridique et institutionnel. De plus, le faible poids du capital national n'est pas en mesure de jouer un rôle d'amortisseur à l'égard des capitaux internationaux qui sont instables par nature et qui subissent des mouvements de défiance et de spéculations¹⁰⁸³.

Le développement des contrats de partenariats est souvent présenté comme susceptible de favoriser l'émergence du marché financier national, attirant l'épargne locale en créant des titres financiers peu risqués. Cependant, ce scénario peut rapidement présenter des limites si l'utilisation des partenariats n'est pas suivie par la mise en place d'un ensemble de normes et de dispositifs institutionnels permettant une exécution efficiente des contrats. Il est donc recommandé de disposer d'un cadre institutionnel stable, assurant une sécurité juridique satisfaisante aux investisseurs. En d'autres termes, le cadre réglementaire doit être lisible en matière de procédures de mise en concurrence, de définition des droits de propriété et de systèmes de résolution des litiges, tandis que la mise en œuvre de dispositifs de régulation doit assurer l'activation des mécanismes juridiques efficaces et rassurants pendant l'exécution du contrat¹⁰⁸⁴.

¹⁰⁸² A. SANGHI, A. SUNDAKOV et D. HANKINSON, *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸³ A.-K., IZAGUIRRE, « *Private infrastructure : activity down by 13 % in 2003* », *Public Policy for the Private Sector*, note n° 275, Banque Mondiale, sept. 2004, p. 3.

¹⁰⁸⁴ Fr. MARTY et A. VOISIN, « Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels », art. préc., p. 15.

462. L'échec flagrant des PPP au Portugal, pourtant promus par les institutions internationales, est un exemple pertinent, et montre que ce mode de relation n'est pas nécessairement la solution aux problèmes des pays en crise. Le FMI a lui-même remarqué que le programme de PPP portugais avait échoué. La Banque Centrale européenne, la Commission européenne et le FMI ont forcé le gouvernement portugais à suspendre provisoirement tout recours à ce mode financement.

Depuis le début des années 1990, le Portugal a eu largement recours aux PPP, essentiellement pour assurer le développement de ses infrastructures routières, ferroviaires et hospitalières. Selon certains économistes¹⁰⁸⁵, le Portugal en a trop usé, ce qui fait de lui le pays européen, qui proportionnellement à son PIB, a eu le plus recours à ce type de contrats. Un audit, non publié, réalisé en juillet 2010 pointe du doigt les erreurs commises. Sont en cause : l'absence de clauses préservant l'intérêt public, les infractions aux règles des marchés publics, ou encore la dépendance excessive à l'égard des consultants extérieurs. Les PPP provoquent une dégradation des comptes publics liée aux nombreux retards et aux surcoûts réclamés par les entreprises concernées, qui bénéficient à ce titre d'une rente. Par ailleurs, l'audit constate que la qualité du service public n'a pas été améliorée.

463. Transposer dans les pays en développement les modèles de PPP ayant fait leurs preuves dans les pays industrialisés nécessite une conception institutionnelle rigoureuse et une parfaite compréhension des besoins, des capacités, de la culture et des traditions administratives du pays concerné. De plus, il n'existe pas d'approche universelle de la notion ou de l'utilisation des PPP. Avant de lancer un projet sous la forme d'un PPP, les pouvoirs publics doivent identifier les facteurs de risques susceptibles de se manifester et de contrarier l'exécution future de la convention. S'il existe des problèmes que le PPP ne pourra pas régler, le gouvernement sera contraint de les résoudre avant de s'engager dans la voie du PPP ou d'envisager des solutions alternatives.

¹⁰⁸⁵ Dont M. José Manuel Viegas.

Paragraphe 2 : Enjeux et perspectives de la Tunisie post-révolution

464. En comparaison avec les autres pays en développement, la Tunisie a introduit plus tardivement les partenariats public-privé, puisqu'elle a d'abord lancé une vague de privatisation. La première expérience tunisienne en matière de partenariat date de 2008 et ne concernait que les concessions (A).

De nos jours, dans une Tunisie post-révolution, tout le monde s'accorde sur l'importance de recourir aux PPP classiques¹⁰⁸⁶ qui sont des facteurs et des outils de relance économique. Néanmoins, les avis divergent quant à la manière de les installer : quelle réglementation y a-t-il lieu de mettre en place et quels projets faut-il imaginer (B) ?

A/ Les premiers partenariats tunisiens

465. Dès le début des années 1980, les pouvoirs publics tunisiens envisagent la privatisation des entreprises publiques comme la solution à l'endettement. Le cadre juridique et institutionnel tunisien n'était pas approprié aux PPP jusqu'à l'adoption de la loi relative aux concessions en 2008¹⁰⁸⁷. Avant cette réforme, les projets de concessions ont été traités au cas par cas, en se fondant sur des lois, des décrets, des cahiers des charges et des arrêtés ministériels. La concurrence et la transparence des procédures devant être garanties, l'instauration d'un cadre réglementaire en la matière s'imposait donc. La nouvelle loi organise la participation du secteur privé à la réalisation des projets d'infrastructures et d'équipements collectifs.

466. La concession est un type de PPP dans lequel les revenus proviennent des redevances versées par les utilisateurs, alors que le PPP classique est financé par des loyers versés par l'État sur plusieurs années. La loi tunisienne définit la concession comme étant « le contrat par lequel une personne publique dénommée concédant délègue, pour une durée limitée, à une personne publique ou privée dénommée concessionnaire, la gestion d'un service public ou l'utilisation et l'exploitation des domaines ou des outillages publics, en contrepartie d'une

¹⁰⁸⁶ A l'image des *PFI* britanniques.

¹⁰⁸⁷ L. n° 2008-23, 1er avril 2008, relative au régime des concessions.

rémunération qu'il perçoit sur les usagers à son profit dans les conditions fixées par le contrat »¹⁰⁸⁸.

La loi relative aux concessions prévoit la répartition des risques entre le concédant et le concessionnaire. Elle fixe également les procédures de choix des concessionnaires¹⁰⁸⁹. La sélection ne se fait qu'après appel à la concurrence : le contractant peut être retenu soit à la suite d'une consultation, soit par voie de négociation directe lorsque l'appel à la concurrence a été déclaré infructueux, ou lorsqu'il y a urgence à assurer la continuité du service public. Le concessionnaire peut aussi être choisi *intuitu personae*, lorsque l'exécution de l'objet du contrat se rapporte à des prestations dont la mise en œuvre ne peut être confiée qu'à une personne déterminée ou à une activité dont l'exploitation est exclusivement réservée à un porteur de brevet d'invention. Les projets de concession sont ouverts aux étrangers.

467. En Tunisie les PPP, sous forme de concessions, ont principalement été développés dans les transports¹⁰⁹⁰ et l'énergie¹⁰⁹¹. Ces domaines sont les plus attractifs pour le secteur privé au regard des revenus qu'ils génèrent¹⁰⁹². Les concessionnaires se rémunèrent directement auprès des usagers-clients. Par conséquent, une insuffisante fréquentation fera courir un risque de manque de financement¹⁰⁹³. Et ce « risque trafic » se répercute sur le coût payé par les utilisateurs. C'est pourquoi l'utilisation d'une infrastructure conçue selon le mécanisme de concession est en général plus chère pour les usagers.

468. La Tunisie comptait en 2007 six aéroports internationaux, dont un à Monastir et un à Tunis-Carthage, à proximité de la capitale. Cependant, face au nombre croissant de touristes, leur capacité d'accueil a atteint ses limites. L'aéroport de Monastir ne pouvant être étendu, les pouvoirs publics tunisiens ont envisagé, dès la fin des années 1990, de construire un nouvel aéroport à Enfidha et d'associer ce projet à une amélioration de l'exploitation de l'aéroport de Monastir, situé à 40 km d'Enfidha. Le projet prévoyait de regrouper deux concessions : une

¹⁰⁸⁸ Loi préc., art. 2.

¹⁰⁸⁹ Loi préc., art. 10.

¹⁰⁹⁰ Construction de l'aéroport d'Enfidha, et amélioration et exploitation de l'aéroport de Monastir.

¹⁰⁹¹ Projet de production indépendante (IPP) de Radès II.

¹⁰⁹² N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *Partenariats public-privé en Méditerranée : État des lieux et recommandations pour développer les PPP dans le financement de projets dans le Sud et l'Est de la Méditerranée*, IPEMED, févr. 2012, p. 19.

¹⁰⁹³ Ce risque est appelé « risque trafic ».

première pour la construction et l'exploitation de l'aéroport d'Enfidha, et une seconde pour l'amélioration et l'exploitation de celui de Monastir.

Le premier appel d'offres a été lancé en 2004. Il n'a pas abouti en raison de désaccords entre l'État tunisien et les opérateurs intéressés relativement aux termes et aux conditions de la construction de l'établissement. Un second projet, simplifié, fut élaboré en 2005. La capacité d'accueil a été revue à la baisse, ainsi que les critères de conception ultra-modernes que les pouvoirs publics avaient inclus dans l'appel d'offres. En effet, ces critères étaient décourageants et ont donc été redéfinis dans une optique plus sobre. En 2007, un nouvel appel d'offres a été lancé par le ministère des Transports, remporté par une société turque, reconnue pour son expérience dans la construction et la gestion d'aéroports en Turquie. Les deux concessions ont été conclues pour une durée de quarante ans.

Les travaux de construction ont débuté en juin 2007 et se sont achevés en 2009 en respectant les délais impartis. Initialement, le financement des deux concessions devait être assuré par les banques commerciales. Mais, en raison de la faiblesse des marchés financiers durant la crise, ce sont les institutions de financement du développement qui ont assuré le relais en fournissant les ressources nécessaires¹⁰⁹⁴.

Ces deux concessions avaient pour objectif de développer le tourisme en Tunisie, de soutenir l'activité industrielle de la ville d'Enfidha, de désengorger l'aéroport de Monastir, de coordonner l'allocation du trafic entre les deux aéroports dans un but d'accueillir 8,5 millions de passagers par an, et enfin de servir d'exemple de partenariat public-privé dans le domaine aéroportuaire dans la région du Maghreb¹⁰⁹⁵.

469. Durant les années 2000, la demande en électricité a connu une forte croissance en Tunisie. La société tunisienne de l'électricité et du gaz a pour mission de produire et de distribuer ces sources d'énergie. Afin de faire face à cette demande croissante, elle a dû augmenter ses capacités de production par le biais du renouvellement de ses infrastructures, tout en maintenant des tarifs convenables pour ses usagers. Par conséquent, les pouvoirs

¹⁰⁹⁴ La société financière internationale, appartenant à la Banque Mondiale (SFI), la Banque Africaine de développement, la Banque européenne d'investissement, le Proparco et le Fonds de l'OPEP pour le développement international.

¹⁰⁹⁵ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *op. cit.*, p. 26.

publics ont mis en place le premier *Independent Power Project* (IPP) tunisien, dans la ville industrielle de Radés. Disposant déjà d'une centrale électrique, cette cité est reliée aux réseaux de distribution de gaz et de transport d'électricité. Dans le cadre de l'IPP Radès II, la nouvelle centrale électrique a pour objectif d'augmenter la production d'énergie.

En 2007, un consortium composé de deux sociétés américaines¹⁰⁹⁶ et d'une société japonaise¹⁰⁹⁷ a remporté l'appel d'offres lancé par le ministère de l'Industrie tunisien. Le consortium s'est vu attribuer un BOO¹⁰⁹⁸ d'une durée de vingt ans pour la construction de la deuxième centrale électrique. Le projet s'est matérialisé par la constitution d'une société (CPC)¹⁰⁹⁹ chargée d'exploiter la centrale et de vendre l'électricité produite à la Steg, entreprise ayant le monopole de la distribution de l'électricité en Tunisie. La centrale, dont la construction a été confiée Alstom Power, est entrée en activité en 2002¹¹⁰⁰.

470. Une nouvelle loi portant sur le partenariat public-privé est actuellement en cours de discussion. Elle viendra combler le vide juridique créé par l'absence de définition claire des PPP dans la loi de 2008 relative au régime des concessions.

B/ Le développement des PPP : un enjeu après la Révolution

471. L'intérêt du recours aux PPP n'est pas seulement d'ordre financier, car il permet de diversifier les sources de financement en dehors du budget de l'État, et de garantir la performance des projets. L'absence d'infrastructures peut s'avérer être plus coûteuse pour les États que la mise en place de PPP.

472. En octobre 2012, un projet de loi fut déposé à l'Assemblée Nationale Constituante dans le but d'instaurer un cadre juridique pour les partenariats public-privé¹¹⁰¹. Ce projet de loi

¹⁰⁹⁶ PSEG Global et Sithe Energies.

¹⁰⁹⁷ Marubeni Corporation.

¹⁰⁹⁸ Buid Own Operate.

¹⁰⁹⁹ La société *Carthage Power Company*, dans le capital de laquelle sont entrées les sociétés américaines et la société japonaise du consortium.

¹¹⁰⁰ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *op. cit.*, p. 31.

¹¹⁰¹ Projet de loi n° 69-2012, portant création des contrats de partenariat entre le secteur public et le secteur privé.

a été amorcé sous le deuxième gouvernement provisoire¹¹⁰², et ce dès les premiers mois consécutifs à la révolution. À cette époque, malgré le caractère transitoire du gouvernement, les pouvoirs publics ont évoqué la nécessité d'élaborer un programme et une stratégie de partenariat public-privé sur plan national. Le projet de loi bénéficie d'un important soutien des bailleurs de fonds internationaux. De plus, sa mise en œuvre est une des conditions de l'octroi de prêts à la Tunisie par la Banque Européenne d'Investissement¹¹⁰³, la Banque Africaine de Développement et l'OCDE¹¹⁰⁴.

Ainsi à la fin de l'année 2011, plus d'une vingtaine de conventions de partenariat a été signée non seulement dans les domaines des télécommunications et du transport écologique, mais également dans celui de la banque¹¹⁰⁵.

473. Une réforme institutionnelle et réglementaire a donc été engagée, dont le but est de doter la Tunisie d'un cadre favorable à l'émergence des PPP sur une base solide et durable.

Même si en France les partenariats public-privé furent dans un premier temps développés en s'appuyant sur la jurisprudence et non pas sur un support législatif bien défini, la création d'un environnement réglementaire spécifique aux PPP est primordiale. En effet, celui-ci permettra de clarifier et de faciliter les procédures, tout en favorisant la mise en œuvre des projets sous forme de PPP. Le socle nécessaire au développement des PPP requiert un paysage législatif unifié, ainsi qu'une unité PPP¹¹⁰⁶.

474. Concernant l'unité PPP, l'idéal serait qu'elle concentre un éventail de compétences assez large : la présence de juristes est inévitable, mais pas uniquement, puisqu'il faut aussi s'appuyer sur l'expérience d'économistes, de financiers, d'ingénieurs et de techniciens. L'unité doit disposer d'un positionnement central au sein de l'appareil d'État, ceci lui permettant d'avoir une autorité suffisante à l'égard des différentes administrations porteuses de projets. Selon la tradition de chaque pays, cette unité peut être rattachée soit au Premier ministre, soit au ministre des Finances.

¹¹⁰² Gouvernement de Béji Caid Essebsi.

¹¹⁰³ Dans le cadre d'un programme d'assistance technique, la BEI a choisi quatre pays pilotes pour la promotion des PPP : le Maroc, la Tunisie, l'Égypte et la Jordanie.

¹¹⁰⁴ *Ann 2 de la révolution tunisienne : Les intérêts économiques privés*, L'Observatoire Tunisien de l'Économie, juill. 2013, p. 1.

¹¹⁰⁵ *Tunisie, Rapport sur les PPP : une bombe à retardement ?*, L'Observatoire Tunisien de l'Économie, décembre 2012, p. 4.

¹¹⁰⁶ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *op. cit.*, p. 38.

La Tunisie a fait le choix de se doter une unité PPP¹¹⁰⁷, rattachée au ministère des Finances avant même la mise en place de son cadre réglementaire. En effet, celle-ci a été créée par décret en octobre 2011, à l'occasion de la réorganisation du ministère des Finances¹¹⁰⁸.

La direction générale des PPP a pour mission :

- de moderniser et adapter la réglementation nationale et de superviser la mise en œuvre des réformes en la matière ;
- de planifier à long terme les besoins et d'enrichir des modèles de PPP, particulièrement dans le cadre de la coopération internationale ;
- et enfin, d'assurer l'organisation des relations entre les opérateurs et les collectivités publiques, en établissant des règles claires et rigoureuses, tout en respectant les exigences de la concurrence.

475. De plus, il est indispensable de présenter aux investisseurs intéressés un régime juridique cohérent, assurant de façon satisfaisante la protection de l'investissement et le règlement des litiges éventuels. Par ailleurs, il est possible de mettre en place un accord définissant un cadre juridique uniforme, mais pouvant comprendre des parties optionnelles. Adopter un droit protecteur offre un double avantage. D'une part, l'attractivité de la région est améliorée et, d'autre part, l'accès aux marchés financiers pour le financement de projets ou la constitution de fonds d'investissement destinés à la région est facilitée¹¹⁰⁹.

Le projet de loi tunisienne énonce qu'un partenariat public-privé peut être conclu « pour le financement, la conception, la réalisation ou la modification, la maintenance, l'exploitation ou la gestion de l'ouvrage ou des équipements ou des infrastructures ou de biens indispensables pour subvenir à des besoins d'une personne publique en échange de versement effectués par la personne publique »¹¹¹⁰. Les personnes publiques habilitées à contracter des partenariats public-privé sont l'État, les collectivités locales et les entreprises publiques sous condition d'y être autorisées par l'autorité de tutelle.

¹¹⁰⁷ La direction générale de partenariat public-privé (D.G.P.P.P), D. n° 2011-2856, 7 oct. 2011, portant organisation du ministère des Finances.

¹¹⁰⁸ D. n° 2011-2856, 7 oct. 2011, modifiant et complétant D. n° 91-556, 23 avril 1991, portant organisation du ministère des Finances.

¹¹⁰⁹ N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *op. cit.*, p. 39.

¹¹¹⁰ Le projet de loi est consultable sur le site : www.anc.tn.

476. Les secteurs des télécommunications, de l'énergie, du transport, des services liés à l'eau et à son assainissement ou au traitement des déchets peuvent faire l'objet de partenariats public-privé.

Les PPP ne constituent pas l'unique moyen pour mener à bien tout type de projet. Un PPP prend en général plus de temps que des passations de marchés classiques en raison de la complexité des montages. Par conséquent, il est primordial de bien choisir les propositions pouvant être effectuées sous forme de PPP et de bénéficier de conditions favorables tant du point de vue des acteurs publics et privés qui doivent être compétents et solvables, que de celui de l'environnement réglementaire et macroéconomique qui doit être stable. Si les conditions sont réunies, et que le partage des risques est optimal, le PPP permettra de gérer des opérations lourdes et complexes, d'accélérer le rythme de leur réalisation et de croiser les financements, sans pour autant diminuer les responsabilités des dirigeants politiques dans l'amélioration des services publics.

CONCLUSION GÉNÉRALE

477. La privatisation des entreprises publiques a été présentée comme étant la meilleure solution aux divers problèmes engendrés par ces dernières sur le plan des finances publiques. Ce choix n'a pas eu, de la part des pouvoirs publics, l'attention qui devait être la sienne. En effet, il n'a été ni bien réfléchi quant à son adoption, ni bien mesuré quant à ses implications. L'étude des textes juridiques encadrant la privatisation révèle une certaine précipitation, tant sur le plan du domaine que sur celui des modes de privatisation. Par ailleurs, il dévoile des lacunes, des ambiguïtés, voire même des incohérences.

478. Dans sa mise en œuvre pratique, le programme a connu une lenteur indéniable. Cette lenteur s'explique par l'inexpérience des pouvoirs publics dans ce domaine et la complexité du processus décisionnel. La lenteur n'est malheureusement pas la seule faiblesse, puisque ce processus décisionnel a souffert d'une grande confidentialité et a été dénué de tout contrôle, offrant aux autorités concernées une grande liberté de manœuvre.

479. Partant des faiblesses et lacunes du programme actuel ainsi soulevées, les perspectives d'évolution dans les années à venir peuvent être envisagées selon deux grandes hypothèses : *le statu quo* ou la réorganisation du processus.

Dans la première hypothèse de *statu quo*, il est permis de penser que le programme de privatisation tunisien ne connaîtra pas une grande avancée et que le nombre de transferts restera limité. Dans la seconde hypothèse, si de nouvelles approches sont définies, à savoir des objectifs mesurés et une stratégie claire, un programme réaliste et cohérent avec l'incorporation d'un maximum de conditions techniques et environnementales, la privatisation en Tunisie aura de fortes chances d'avoir des avancées remarquables sur le plan tant qualitatif que quantitatif. Dans cette approche, le rôle de l'État est déterminant dans la sauvegarde des entreprises n'ayant pas trouvé de repreneurs et dans la recherche de partenariats avec des investisseurs stratégiques, tant nationaux qu'étrangers.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

BEN ACHOUR (Y.), *Politique, Religion et Droit dans le monde arabe*, Cérès Productions, CERP, Tunis, 1993.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, Tome 4, Les Obligations, 22^{ème} éd., PUF, 2000.

CHAPUS (R.) :

- *Droit administratif général, t. I*, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2001.

- *Droit administratif général, t. II*, 15^{ème} éd., Montchrestien, 2002.

COLSON (J.-Ph.) et IDOUX (P.), *Droit public économique*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2012.

CORNU (G.), *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF Delta, éd., 2011.

COZIAN (M.), VIANDIER (A) et DEBOISSY (F.), *Droit des sociétés*, 26^{ème} éd., Litec, 2013.

DE LAUBADÈRE (A.) et DELVOLVÉ (P.), *Droit public économique*, 5^{ème} éd., Précis Dalloz, 1986.

DELVOLVÉ (P.) :

- *Le droit administratif*, 5^{ème} éd. Dalloz-Sirey, 2010.

- *Droit public de l'économie*, Dalloz, 1998.

DIDIER (P.), Droit commercial, Tome 2 : L'entreprise en sociétés, Les groupes de sociétés, 3^{ème} éd., PUF, 1999.

DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.) :

- *Droit commercial*, Tome 1 : Introduction générale, l'entreprise commerciale, Économica, 2005.

- *Droit commercial*, Tome 2 : Les sociétés commerciales, Économica, 2011.

FAVOREU (L.), GAÏA (P.), GHEVONTIAN (R.) et MESTRE (J.-L.), *Droit constitutionnel*, Dalloz, 2006.

FRANGI (M.), *Constitution en droit privé : les droits individuels et les droits économiques*, Économica, 1999.

GERMAIN (M.), MAGNIER (V.), *Traité de droit commercial*, Tome 1, 19^{ème} éd., LGDJ, 2009.

GUYON (Y.) :

- *Droit des affaires*, Tome I : Droit commercial général et sociétés, 12^{ème} éd. Économica, 2003.

- *Traité des contrats, Les sociétés. Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1999.
- HAMEL (J.), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.), *Droit commercial*, Tome I, Vol. 2 : Sociétés, GIE, Entreprises publiques, 2^{ème} éd. Dalloz, 1980.
- JAUFFRET (A.), *Droit commercial*, 22^{ème} éd. par J. Mestre, LGDJ, 1996.
- JEANTIN (M.), *Droit des sociétés*, 3^{ème} éd., Montchrestien, 1994.
- LE CANNU (P.) et DONDERO (B.), *Droit des sociétés*, 4^{ème} éd., Montchrestien, 2011.
- MERLE (Ph.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^{ème} éd., Précis Dalloz, 2012.
- MESTRE (A.), *Les services publics de l'administration tunisienne*, CREA, Tunis, 1997.
- THOMAS (J.), *Le droit de l'entreprise en Tunisie*, CREA, Tunis, 1976.
- VIDAL (D.), *Droit des sociétés*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2010.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX

- ANASTASSOPOULOS (J.-P.), *La stratégie des entreprises publiques*, Dalloz-Gestion, 1980.
- ARISTOTE, *Politique*, coll. Bibliothèque de la Sciences politique, PUF, 1950.
- ALBERT (S.) et BUISSON (C.), *Entreprises publiques. Le rôle de l'Etat actionnaire*, La Documentation française, Paris, 2002.
- ANDREFF (W.), *Privatisations et secteur public dans les pays de l'Est*, éd. Centre Français du Commerce Extérieur, 1992.
- AOUIJ-MRAD (A.), *Droit des entreprises publiques*, Centre de Publication Universitaire, Tunis, 2009.
- AYADI (H.), *Droit fiscal*, Centre d'études de recherches et de publication, Tunis, 1989.
- AYARI (C.), *La Méditerranée économique. Premier rapport général sur la situation des riverains au début des années 1990*, Économica, Paris, 1992.
- BAUDEU (G.), *Les privatisations : Réglementation et premières opérations*, éd. La Revue Banque, Paris, 1987.
- BEN SALAH (H.), *L'organisation administrative de la Tunisie*, CREA-ENA, Tunis, 1993.
- BEZANÇON (X.), *Les services publics en France : du Moyen-Age à la Révolution*, Presse de l'ENPC, Paris, 1995.
- BEZANÇON (X.), DERUY (L.), FISZELSON (R.) et FORNACCIARI, *Le guide opérationnel des PPP*, 3^{ème} éd., Le moniteur, 2010.
- BOUACHIC (A.), *Les privatisations au Maroc*, Marocco printing and publishin.co, 1982.

- BOUIN (O.) et MICHALET (C.-A.), *Le rééquilibrage entre secteur secteurs public et privé : L'expérience des pays en développement*, Études du centre de développement, Paris, OCDE, 1991.
- BRENET (Fr.) et MELLERAY (F.), *Les contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004 : Une nouvelle espèce de contrat administratif*, Litec, 2005.
- BREVILLE (A.), *Les contrats de partenariat public-privé : Guide pratique, Découvrir et comprendre les PPP*, Éditions du Secteur Public, 2008.
- BROU (J.-Cl. K.), *Privatisation en Côte d'Ivoire : défis et pratiques*, éd. L'Harmattan, 2008.
- BYE (M.), *Les nationalisations en France et à l'étranger*, Sirey, 1948.
- CAMAU (M.) (dir.), *Tunisie au présent : une modernité au-dessus de tout soupçon ?*, CNRS, Paris, 1987.
- CAUSSAIN (J.-J.), *Le gouvernement d'entreprise*, Litec, 2005.
- CHADEFAUX (M.), *Les fusions de sociétés, Régime juridique et fiscal*, 6^{ème} éd., Groupe La revue fiduciaire, Paris, 2008.
- CHATTI (M.-A.) et KHEDHER (S.), *La privatisation des entreprises publiques : cas de la Tunisie*, Éditions Universitaires Européennes, 2011.
- CHAVANE (B.), *Bilan et perspectives des privatisations en Afrique francophone : une étape de la démocratisation ?*, Bureau international du travail, Genève, Avril 1996.
- CHERIF (S.) et KAMMOUN (M.), *L'entreprise publique en Tunisie*, éd. CERP, Tunis, 1994.
- DE BORNIER (J.-M.), *Le monopole*, Que sais-je ?, PUF, 1986.
- DELION (A.), *Droit des entreprises et participations publiques*, LGDJ, coll. Systèmes, 2003.
- DEMBINSKI (P.-H.), *La privatisation en Europe de l'Est*, Paris, PUF, 1995.
- DENIS-JUDICIS (X.) et PETIT (J.-P.), *Les privatisations*, Montchrestien, 1998.
- DION (F.), (coord.), *Les privatisations en France, en Allemagne, en Grande-Bretagne et en Italie*, La documentation française, Paris, 1995.
- DURUPTY (M.) :
- *Les entreprises publiques*, PUF, coll. Thémis, 1986, T. II.
 - *Les privatisations en France*, Notes et Études documentaires, La documentation française, Paris, 1998.
- GRIOTTERAY (A.), *Mieux privatiser. Évolution du secteur public en France et en Europe : bilan et perspectives*, La documentation française, Paris, 1994.
- GUELMANI (A.), *La politique sociale en Tunisie de 1881 à nos jours*, L'Harmattan, 1996.

- GUERRAOUI (D.) et RICHET (X), *Stratégies de privatisation : comparaison Maghreb-Europe*, L'Harmattan, 1995.
- JACQUEMOT (P.) et RAFFINOT (M.), *La nouvelle politique économique en Afrique*, éd. EDICEF-AUPELF, 1993.
- JEANNEAU (B.), *Droit des services publics et des entreprises nationales*, Précis Dalloz, 1984.
- LESCUYER (G.), *Le contrôle de l'État sur les entreprises nationalisées*, LGDJ, 1958.
- L'HÉRITAU (M.-F.) et CHAVAGNEUX (Ch.), *Le Fonds Monétaire International et les pays du tiers-monde*, PUF, 2^{ème} éd., 1986.
- LICHÈRE (Fr), MARTOR (B.), PEDINI (G.) et THOUVENOT (S.), *Pratique des partenariats public-privé : choisir, évaluer monter et suivre son PPP*, Litec, 2^{ème} éd., 2009.
- LIGNIÉRES (P.), *Partenariats public-privé*, Litec, coll. Affaires Finances, 2^{ème} éd., 2005.
- LONGUEVILLE (G.), *Les deux voies de la privatisation à l'italienne*, La Documentation française, coll. Notes et études documentaires, Paris, 1986.
- LONGUEVILLE (G.), *Les privatisations en Espagne : entreprises déficitaires et transferts publics*, coll. Notes et études documentaires, La Documentation française, Paris, 1986.
- LONGUEVILLE (G.) et SANTINI (J.-J.), *Les privatisations à l'étranger*, Notes et Études Documentaires, La documentation française, Paris 1986.
- LOUSSOUARN (Y.), DRAGO (R.) et DELVOLVÉ (P.), consultation in FAVOREU (L.), *Nationalisations et constitutions*, Économica et PUAM, 1982.
- MAGNAN du BORNIER, (J.), *Le monopole*, PUF, Que sais-je ? n° 2324, 1986.
- MARTY (Fr.), TROSA (S.) et VOISIN (A.), *Les partenariats public-privé*, Coll. Repères, éd. La Découverte, 2006.
- NOZICK (R.), *Anarchie, État et Utopie*, PUF, 1988.
- PARRAT (F.), *Le gouvernement d'entreprise : ce qui a déjà changé, ce qui va encore évoluer*, éd. Maxima, Paris, 1999.
- PELLETIER (M.-L.) et AUSTIN (J.-L.), *L'entreprise publique de service public : Déclin et mutation*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2009.
- PESQUEUX (Y.), *Gouvernance et privatisation*, éd. La politique éclatée, 2007
- POULLE (J.-B.), *Réflexions sur le droit souple et le gouvernement d'entreprise, Le principe "se conformer ou expliquer" en droit boursier*, L'Harmattan, 2011.
- RAPP (L.), *Techniques de privatisation des entreprises publiques*, LITEC, 1986.

RAULIER (A.), *Stratégie de développement économique en Tunisie*, Les cahiers du centre d'études et de documentation africaine, n° 3-4, Bruxelles, 1985.

REY (M.-E.) et TEBAR (C.), *Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement : Tunisie 2012*, éd. OCDE, 2012.

RICHARD (B.), MIELET (D.), *La dynamique du gouvernement d'entreprise*, éd. d'organisations, 2003.

RIPERT (G.), *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2^{ème} éd., 1951.

SANTINI (J.-J.) :

- *Les dénationalisations au Royaume-Uni*, Notes et Études documentaires, La documentation française, Paris, 1986.

- *L'économie britannique. Le choix libéral*, La Documentation française, Paris, 1988, coll. Notes et études documentaires, n° 4853.

SAPIR (J.), *Le chaos russe*, Coll. Le repère, éd. La découverte, Paris, 1996.

SORMAN (G.) :

- *La nouvelle solution libérale*, Fayard, Paris, 1998.

- *L'État minimum*, Albin Michel, Paris, 1985.

STIGLITZ (J.-E.), *La grande désillusion*, Fayard, Paris, 2002.

THIRION (N.) (sous dir.), *Libéralisations, privatisations, régulations : aspects juridiques et économiques des régulations sectorielles*, éd. Larcier, Bruxelles, 2007.

WILD (A.), *Le rôle des organisations d'employeurs dans la privatisation*, Organisation internationale du travail, Genève, 1998.

YAYA (H.-S.) et KENNEDY (A.-G.), *La privatisation des entreprises publiques dans les économies en développement : L'intérêt général peut-il être soluble dans la concurrence ?*, éd. Publibook, 2008.

III. THÈSES

Publiées

ABDELADIM (L.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans les pays du Maghreb (Maroc, Algérie, Tunisie) : étude juridique*, Les éditions internationales, Paris, 1998.

BEN LETAIEF (M.), *L'État et les entreprises publiques en Tunisie : les mutations du contrôle*, préf. H. Ben Saleh et G. Marcou, L'Harmattan, Paris, 1998.

BICHARA (J.-Ph.), *La privatisation au Brésil : Aspects juridiques et financiers*, préf. D. Carreau, L'Harmattan, 2008.

- CARTIER-BRESSON (A.), *L'État actionnaire*, préf. D. Truchet, LGDJ, 2010.
- CHAMPAUD (Cl.), *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, Paris, 1962.
- DE VROEY (M.), *Propriété et pouvoir dans les grandes entreprises*, Bruxelles, CRISP, 1973.
- GUISLAIN (P.), *Les privatisations : un défi stratégique, juridique et institutionnel*, De Boeck Université, Bruxelles, 1995.
- KIRAT (T.), BAYON (D.) et BLANC (H.), *Maîtriser les coûts des programmes d'armement : une analyse comparative de la réglementation des marchés industriels d'armement en France, au Royaume-Uni et aux États-Unis*, La Documentation française, 2003.
- MOLFESSIS (N.), *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, préf. M. Gobert, LGDJ, 1997.
- SADI (N.-E.), *La privatisation des entreprises publiques en Algérie : Objectifs, modalités et enjeux*, préf. J. Fontanel et V. Plauchu, L'Harmattan, Paris, 2005.
- THIRION (N.), *Les privatisations d'entreprises publiques dans une économie sociale de marché : aspects juridiques*, préf. Cl. Champaud, LGDJ, Paris, 2002.

Non publiées

- BEN MRAD (H.), *La liberté du commerce et de l'industrie*, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 1998.
- ABELKADER (G.), *Valeur de l'entreprise et méthode de privatisation dans un contexte de transition vers l'économie de marché*, (dir.) A. LAMIRI et M. DAYNAC, Thèse Faculté des sciences économiques et des sciences de gestion, Alger, 2001.
- BEN MESSAOUD (K.), *Le désengagement de l'État des entreprises publiques et à participations publiques*, (dir.) L. BOUONY, Thèse Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, 2001.
- CHÉRIF (S.), *Fondements et faisabilité des programmes d'ajustement : une approche analytique avec quelques éclairages sur le cas tunisien*, (dir.), P.-Y. HENIN, Thèse Paris 1, 1993.

IV. ARTICLES ET CONTRIBUTIONS

ANDREFF (W.) :

- « Les contraintes systémiques et les contraintes externes des privatisations », *RIDE*, 1992, n°3, p. 295.
- « Une approche comparative des privatisations : l'exemple français est-il transposable ? », *Reflets et perspective de la vie économique*, Tome XXXII, 1993, p. 170.
- « Le contrôle des entreprises privatisées dans les économies en transition : une approche théorique », *Revue économique*, vol. 46, n° 3, 1995, p. 763 et s.

AOUADI (S.), « Privatisation des entreprises publiques et crise du système productif en Tunisie », *Revue tunisienne d'économie et de gestion*, vol. 7, n° 10, déc. 1992, p. 203.

AOUIJ-MRAD (A.), « Intérêt général et intérêts professionnels dans la représentation des intérêts professionnels en Tunisie », *Publications de la Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis*, Tunis, 1995, p. 17.

AUBY (J.-B.) :

- « Partenariats public-privé institutionnalisés », *DA*, n° 2, févr. 2010, p. 2.
- « Les décisions administratives intervenant sur proposition », *D.* 1981, p. 179.

AYARI (C.) :

- « Privatisation et débat entreprises publiques-entreprises privées en Tunisie », *Le Maghreb*, n° 205, 8 juin 1990, p. 26.
- « Crise et ajustement : un bref aperçu », *Revue tunisienne d'économie et de gestion*, vol. 7, n° 10, déc. 1992, p. 11.

AZZAM (M.), « État, secteur public et privatisation en Tunisie », *Annuaire de l'Afrique du Nord*, 1987, p. 299.

BACCOUCHE (N.), « Le domaine de la loi à la lumière de la révision du 27 octobre 1997 », *Revue Études Juridiques*, Faculté de droit de Sfax, 1998-1999, p. 8.

BAGBAG (M.), « De la possible réception de la notion de la clause pénale par le Code des obligations et des contrats », *RTD*, 1998, p. 41.

BAJ (C.), « Privatisation : les groupes d'actionnaires stables », *RD bancaire et bourse*, janv.-févr. 1994, p. 8.

BARRET (O.), « À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *Mélanges J. Jeantin*, Dalloz, Paris, 1999, p. 109.

BAZEX (M.) :

- « Contrats de plan entre l'État et les entreprises publiques », *AJDA*, 1984, p. 68.
- « La Privatisation stade suprême de l'interventionnisme ? », *RFDA*, 1994, p. 285.
- « L'État simple actionnaire ? » in : *La sécurité financière et l'État*, L'Harmattan, 2004, p. 169.

BAZEX (M.) et BLAZY (S.), « L'institutionnalisation de l'État actionnaire », *DA*, déc. 2004, p. 28.

BEDOUI (A.), « La question de la frontière et du rapport public/privé en Tunisie », *Recherches internationales*, n° 77, 2006, p. 103.

BEFFA (J.-L.), « Gouvernance d'entreprise ou régime de gestion ? Les grandes entreprises de l'Europe continentale au fondement de la citoyenneté industrielle », *Rev. éco. pol.*, 2002, vol. 112, p. 463.

BELKAID (A.), « Après les révolutions, les privatisations... », *Le Monde diplomatique*, oct. 2011, pp. 8 et 9.

BERNARD (S.), « L'actionnariat public et la crise », *RFDA*, 2010, p. 756.

BERROD (F.), « Monopoles publics », *J.-Cl. Europe*, fasc. 1510, nov. 2008.

BESSIS (S.), « Banque Mondiale et FMI en Tunisie : une évolution sur trente ans », *Éditions du CNRS*, Annuaire de l'Afrique du Nord, Tome XXVI, 1987, p. 135.

BÉZARD (B.) et PREISS (E.), « L'Agence des participations de l'État », *RFAP*, 2007, n° 124, p. 601.

BISSARA (P.), « Les véritables enjeux du débat sur le « gouvernement de l'entreprise », *Rev. sociétés*, 1998, p. 5.

BORDMAN (A.-E.) et VINING (A.-R.), « Ownership and Performance in Competitive Environments : A Comparison of the Performance of Private, Mixed and State-Owned Enterprises », *Journal of Law and Economics*, 1989, p. 1-32.

BOUBAKRI (N.), COSSET (J.-C.) et GHEDAMI (O.), « The performance of newly privatized firms : Evidence from Asia », *Pacific-Basin Finance Journal*, January, 2004, p. 65-90.

BOUIN (O.) :

- « La privatisation dans les pays en développement : réflexions sur une panacée », *Cahier de politique économique*, n° 3, OCDE, 1992, p. 3.
- « Transférer la propriété privée par la méthode des coupons : l'expérience de l'ex-Tchécoslovaquie », *Revue économique*, vol. 45, n° 3, 1994, p. 845.

BOUSLAH (E.), « Le désengagement de l'État entre le discours et le réel : le cas tunisien », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 40, 1992, p. 13.

BOY (L.), « Réflexions sur le droit de la régulation », *D*, 2001, p. 3031.

BOYLAUD (O.), NICOLETTI (G.), « Le secteur des télécommunications : réglementation, structure du marché et performance », *Revue économique de l'OCDE*, 2001, p. 111.

BRACONNIER (S.) :

- « La régulation des services publics », *RFDA*, 2001, p. 43.
- « Les contrats de partenariat et les collectivités locales : entre mythe et réalités », *Bull. juridique des contrats publics*, n° 36, sept. 2004, p. 340.
- « Ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat », *JCP E*, 2004, n° 28-29, p. 1121.

BROUSSOLLE (D.), « Privatisations », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 178-3-E.

BUFFELAN-LANORE (J.-P.) :

- « L'entreprise publique perdue et retrouvée », *LPA*, 11 août 1995, n° 96, p. 4.
- « Privatisations », *J.-Cl. administratif*, fasc. 156.
- « Entreprises publiques », *J.-Cl. administratif*, fasc. 155, 1994.

CAMAU (M.) :

- « L'État tunisien : de la tutelle au désengagement », *Maghreb-Machrek*, n° 103, 1984, p. 8.
- « Propos sur le désengagement de l'État en Tunisie », *Bull. du CEDEJ*, n° 23, 1988, p. 94.

CAMBY (J.-P.) et VINCENT (P.), « La loi relative au dénoyautage des entreprises privatisées », *AJDA*, 1990, p. 347.

CAMPAGNAC (E.), « Contributions à l'analyse des contrats de partenariat public-privé en France et au Royaume-Uni », *RFAP*, vol. 2, n° 130, 2009, p. 365.

CARREAU (D.) et MARTIN (J.-Y.), « Offres publiques », *Rép. Dalloz, sociétés*, n°112.

CARREAU (D.) et TREUHOLD (R.) :

- « La nouvelle loi de privatisation ou l'annonce prématurée de la mort de Colbert », *D. chron.*, 1993, p. 231.
- « Privatisation, droit boursier et pratiques des marchés », *Rev. sociétés*, 1994, p. 1.

CARTELIER (L.), « L'expérience française de privatisation : Bilan et enseignement », *RIDE*, 1992, p. 389.

CAUSSAIN (J.-J.), « Fusions transfrontalières », *JCP E*, 1999, p. 898.

CAVERIVIÈRE (R.) et DEBÈNE (M.), « Sociétés privatisées et stratégies actionnariales », *Rev. sociétés*, 1989, p. 589.

CHAKER (S.), « Impacts sociaux de l'ajustement structurel : cas de la Tunisie », *Nouvelles pratiques sociales*, vol. 10, n° 1, 1997, p. 151.

CHAMKHI (F.), « La politique de privatisation en Tunisie », *Confluences méditerranée*, n° 35, 2000, p. 103.

CHAMPAUD (Cl.), « Droit économique comparé et privatisation des économies administrées », in *L'internationalisation du droit*, Mélanges Y. Loussouarn, Dalloz, 1994.

CHAPPEZ (J.), « Le contrat de programme entre l'État et l'ORTF », *AJDA*, 1972, p. 565.

CHARBIT (N.) et GAUVIN (A.), « *Les golden shares* sous l'œil de la Commission européenne », *Les échos*, 7 janvier 1999, p. 41.

CHASSAGNE (F.), « Actionnariat individuel et sociétés privatisées », *Banque*, oct., 1994, p. 30.

CHAVIGNY (R.), « Économies en transition et économies en développement : une comparaison », in *Tiers-Monde*, 1997, tome 38, n° 152, p. 727.

CHEVALIER (J.), « Le pouvoir de monopole et le droit administratif », *RDP*, 1974, p. 23.

CHOURAQUI (G.), « Les privatisations en Grande-Bretagne : les leçons d'une expérience », in *Revue française d'économie*, vol. 4, 1989, p. 43.

COURET (A.), « Le gouvernement d'entreprise : la *corporate governance* », *D. chron.*, 1995, p. 163.

DEBENE (M.), « Modification du statut du S.E.I.T.A. », *AJDA*, 1980, p. 475.

DEHOUSSE (F.), « La politique européenne des télécommunications », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, 1995, n° 1493-1494.

DELAHAYE (J.-L.), « La *golden share* à la française : l'action spécifique », *DPCI*, 1987, p. 579.

DELION (A.) :

- « La notion d'entreprise publique », *AJDA*, 1979, p. 3.
- « L'évolution du contrôle des entreprises publiques en France », *RFAP*, 1984, n° 32, p. 689.
- « Notion de régulation et droit de l'économie », *Annales de la régulation de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne*, n° 1, LGDJ, 2006.
- « De l'État tuteur à l'État actionnaire », *RFAP*, n° 124, 2007, p. 537.

DELION (A.) et DURUPTY (M.) :

- « Chronique des entreprises publiques », *RFAP*, 1991, p. 153.
- « Le rapport du groupe de travail Barbier de la Serre », *RFAP*, n° 104, 2002, p. 703.

DEME (M.), « Les privatisations, une solution pour l'Afrique ? », *Revue politique et management public*, vol. 13, n° 2, juin 1995, p. 97.

DEVEY (M.), « Bilan des privatisations en Afrique : l'exemple des pays de la zone franc », *Marché tropicaux*, sept. 1996, p. 1907.

DIDIER (P.), « Théorie économique et droit des sociétés », *Mélanges A. SAYAG*, 1997, Litec, p. 227.

DINER (A.) et TRICOU (J.), « Les procédures de privatisation », *Rev. banque*, déc. 1986, p. 1092.

DIMASSI (H.), « La crise économique en Tunisie : une crise de régulation », *Maghreb-Machrek*, n° 103, 1984, p. 57.

DORMOY (D.) et MARCHIARO (R.), « Les nouvelles orientations du contrôle de l'État sur les entreprises publiques », *JCP* 1984, I, n° 3150.

DREYFUS (J.-D.) :

- « Privatisation. Rencontre d'une société du troisième type : la société à action spécifique », *LPA*, 21 déc. 1994, n° 152, p. 11.

- « Entreprises du secteur public », *Rép. commercial.*, sept. 2009.

DRUMAUX (A.) et GOETHALS (Ch.), « Qui profite de l'ouverture à la concurrence des monopoles publics ? », in *Politiques et management public*, vol. 24, n° 3, 2006, p. 14.

DUHAMEL (J.-C.), « Bilan de l'application du *comply or explain* par les sociétés françaises du SBF 120 », *Bull. Joly Bourse*, déc. 2009, n°6, p. 524.

DUHAMEL (J.-C.) et FASTERLING (B.), « Le *comply or explain* : la transparence conformiste en droit des sociétés », *RIDE*, 2009, p 129.

DUGRIP (O.), « La notion de “règles concernant la création de catégories d'établissements publics” dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État », *Mélanges R. DRAGO*, Paris, Économica, 1996, p. 370.

DUPAS (N.), MARTY (Fr) et VOISIN (A.) :

- « Partenariats public-privé, crise financière et refinancement », *Revue Bancaire et Financière*, janv. 2010, p. 62.

- « D'une crise à l'autre : quels enseignements de la crise de 2008 pour les partenariats public-privé ? », *Gestion et Finances Publiques*, n° 1, janv. 2012, p. 51.

DURUPTY (M.) :

- « Existe-t-il un critère de l'entreprise publique ? », *RA*, 1984, p. 7.

- « La restructuration du secteur public en Tunisie », *RA*, 1986, p. 285.

- « Commentaire de la loi de privatisation n° 93-923 du 19 juillet 1993 », *AJDA* 1993, p. 712.
- « Faut-il réaménager le contrôle de l'État sur les entreprises publiques ? », *AJDA*, 1995, p. 3.
- ECKERT (G.) et KOVAR (J.-P.), « Entreprises publiques », *Rép. de droit communautaire*, sept. 2011.
- EMERY (C.), refonte par PEYRICAL (J.-M.), « Les contrats de partenariat », *Encyclopédie des collectivités locales*, sept. 2013.
- ENCAOUE (D.) et SANTINI (J.-J.), « Les privatisations en France : éléments d'analyse et bilan », *L'actualité économique*, 1989, vol. 65, p. 32.
- ENNACEUR (M.), « La politique Sociale de la Tunisie depuis l'Indépendance et sa place dans Développement », *Revue Travail et Développement*, n° 10, 1987, p. 7.
- EPRON (Q.), « Le statut des autorités de régulation et la séparation des pouvoirs », *RFDA*, 2011, p. 1007.
- FAGES (B.), « Rôle, valeur et bon usage des codes de gouvernement d'entreprise », *Bull. Joly sociétés*, avril 2009, n° 4, p. 428.
- FAVOREU (L.), « Service public et Constitution », *AJDA*, 1997, n° spécial « Service public », p. 16.
- FINIFTER (R.) et TREVOUX (M.), « Les spécificités des privatisations en Afrique », *Marchés Tropicaux et Méditerranéens*, mars 1992, n° 2418, p. 627.
- FLEURIER (V.-M.), « Le placement des actions à l'occasion des opérations de privatisation », *DPCI*, 1993, tome 19, p. 546.
- FRISON-ROCHE (M.-A.) :
- « Le droit de la régulation », *D*, 2001, chron., p. 610.
- « Les conditions communautaires de validité des *golden shares* dans les entreprises publiques privatisées », *D*, 2002, p. 2242.
- GAUDEMEL (Y.), « Les contrats de partenariat public-privé : une étude historique et critique », *BJCP*, n° 36, sept. 2004, p 331.
- GEISSE (V.) et GOBE (E.), « Des fissures dans la maison Tunisie ? Le régime de Ben Ali face aux mobilisations protestataires », *L'Année du Maghreb*, II, 2007, p. 353.
- GOLDSTEIN (A.), « Privatisations et contrôle des entreprises en France », *Rev. éco.*, 1996, vol. 47, n° 6, p. 1309.
- GOUIA (R.), « Les modalités de privatisation des entreprises publiques, objectifs et obstacles : une étude comparative », in *La restructuration des entreprises publiques*, Actes de

colloque du 16 et 17 mai 1990, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, coll. Forum des juristes, 1991, vol. 4, p. 13.

GRISSA (A.), « Le secteur public et le rôle de l'État », *IACE*, 1992, p. 161.

GUENGUANT (A.), « Aménagement du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions », *JCP E*, 2008, p. 1997.

GUYON (Y.) et CORAPI (D.), « Le régime juridique des sociétés privatisées en France et en Italie », *LPA*, 15 décembre 1997, n° 150, p. 4.

HAURIOU (A.), « Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa justification », *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Dalloz, 1933, p. 233.

HEMMING (R.) et MANSOOR (A.), « *Privatization and public enterprises* », I.M.F. *occasional paper* n°56, janv. 1988, p. 10.

HENRI (J.-P.), « La fin du rêve prométhéen ? Le marché contre l'État », *RDP*, 1991, p. 631.

HIDOUESSI (A.), « La privatisation des entreprises publiques en Tunisie », conférence donnée à Londres dans le cadre du panel consacré à : *Evaluating the latest opportunities and challenges in the capital markets of North Africa*, Londres les 10-11 décembre 1997, inédit.

HORCHANI (F.), « La politique législative en matière d'investissement étranger en Tunisie », *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, 1992, p. 66.

HOWLES (K.) et HARVEY (N.), « L'expérience britannique des privatisations : questions de principe et méthodes de placement », *DPCI*, 1993, tome 19, p. 553 et s.

IDOUX (P.), « Les spécificités de l'actionnariat public », *RFDA*, 2012, p. 1101.

ISSAOUI (F.), « Restructuration des entreprises publiques et Dynamique boursière », *Revue Congolaise d'Économie*, oct. 2010, vol. 5, n° 1, p. 20.

IZAGUIRRE (A.-K.), « *Private infrastructure : activity down by 13% in 2003* », *Public Policy for the Private Sector*, note n° 275, Banque Mondiale, sept. 2004, p. 3

JENAYAH (R.), « De l'existence des règlements autonomes », in *Mélanges A. Ben Salem, RTD*, Tunis, 1979, II, p. 233.

KARPENSCHIF (M.), « La privatisation des entreprises publiques : une pratique encouragée sous surveillance communautaire », *RFDA*, 2002, p. 95.

KELLER (D.), « Le gouvernement d'entreprise », *Les notes bleues de Bercy*, n° 79, janv. 1996, p. 1.

KNANI (Y.), « L'entreprise, l'État et le droit : réflexions sur les insuffisances du droit commercial tunisien », in *L'État et l'entreprise*, I.A.C.E., 1992, p. 77.

KOVAR (R.), « Monopoles publics », *Rép. de droit communautaire*, janv. 2006.

LAGARDE (G.), « De la société anonyme à l'entreprise publique », in *Le droit privé au milieu du XXème siècle*, Études offertes à G. RIPERT, T. 2, LGDJ, 1950, p. 136.

(de) LAUBADÈRE (A.), « Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat français », *Mélanges A. Waline*, Paris, LGDJ, 1974, p. 531.

LAROUSSI (H.), « Politiques publiques et bonne gouvernance en Tunisie », *Monde en développement*, n° 145, 2009, p. 93.

LAURIN (B.), « Quelques aspects de la négociation des contrats d'acquisition par la *Treuhandanstalt* dans le cadre de la privatisation de l'économie Est-allemande », *RDA*, 1993, p. 211.

LECOURT (B.) :

- « Gouvernement d'entreprise dans les établissements financiers de l'Union européenne : publication des réponses reçues dans le cadre de la consultation », *Rev. sociétés*, 2011, p. 125.
- « Avenir du droit européen des sociétés : la commission européenne lance une vaste consultation publique », *Rev. sociétés*, 2012, p. 323.

LESCUYER (G.), « Le contrat de programme d'EDF », *CJEG*, 1971, p. 31.

LIGNÈRES (P.) et THOMAS (B.), « Entreprises publiques : l'État va-t-il devenir un actionnaire comme les autres ? », *DA* juin 2003, p. 46.

LIMOUSIN (P.) et CANTIER (P.), « Libéralisation du secteur ferroviaire : l'adoption de trois nouvelles directives renforce la concurrence », *LPA*, 2001, n° 98.

LOKSAIER (F.), « La clause pénale en droit tunisien », *Études Juridiques*, 2000, p. 75.

LOUVARIS, (A.), « Les raisons et l'objet de l'intervention de l'État », *JCP E*, 2010, n° 41.

MAGNIER (V.) :

- « Le principe “se conformer ou s'expliquer”, une consécration en trompe l'œil ? », *JCP E*, juin 2008, n° 23, p. 3.
- « Gouvernance des sociétés cotées », *Rép. sociétés*, 2012, p. 1.

MAHJOUB (A.), « État, secteur public et privatisation en Tunisie », *Annuaire de l'Afrique du nord* », Tome XXV, CNRS, 1987, p. 308.

MAISL (H.), « La régulation des télécommunications, changements et perspectives », *RFDA*, 1995, p. 449.

MALECKI (C.), « L'État actionnaire et la gouvernance des entreprises publiques », *D*, 2005, p. 1028.

MANSON (C.), « Privatisations », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 178-50, juin 2010.

MARTY (Fr.), TROSA (S.) et VOISIN (A.), « Les partenariats public-privé : démission ou retour de la puissance publique ? », *La lettre du management public*, n° 45, mai-juin 2003, p. 4.

MARTY (Fr.) et VOISIN (A.) :

- « Les partenariats public-privé dans les pays en développement : Les enjeux contractuels », *Document de travail du GREDEG*, n° 2009-5, nov. 2005, p. 1.

- « L'évolution des montages financiers des *PFI* britanniques : la montée des risques », *Revue Française de Finances Publiques*, n° 94, mai 2006, p. 107.

MARTY (Fr.) et SPINDLER (J.), « Bilan et perspectives des contrats de *PFI* britanniques (1992-2012) », *Gestion et Finances publiques*, juin, 2013, p. 43.

MASSOL (J.), « La *Treuhandanstalt* et son rôle dans la privatisation est-allemande : un cas exemplaire ? », in *Revue d'études comparatives Est-Ouest*, vol. n° 33, 2002, p. 79.

MERTEN-BEISSEL (S.), « Les privatisations au Grand-duché du Luxembourg », *Annuaire européen d'administration publique*, vol. XI, 1988.

MESTRE (A.), « Les problèmes juridiques posés par les entreprises publiques tunisiennes », *RFAP*, n° 15, 1980, p. 515.

MIDOUN (M.) :

- « Entreprises publiques et développement économique », in *Administration et développement en Tunisie I.I.S.A./ A.T.S.A.* 1985, p. 95.

- « La privatisation des entreprises publiques : le cas de la Tunisie », *Vues Économiques*, n° 3, 1993, p. 131.

MOKADEM (M.), « La privatisation est-elle un moyen de promotion des investissements ? Cas de la Tunisie », in 10^{ème} assemblée générale *L'Afrique dans le nouveau millénaire*, CODESRIA, 2002.

MONÉGER (J.), « Rapport de synthèse de la commission sur les techniques de privatisation », *RIDE*, 1992, p. 376.

MORIN (F), « Privatisation et dévolution des pouvoirs : le modèle français du gouvernement d'entreprise », *Revue économique*, vol. 47, 1996, p. 1253.

MOULIN (J.-M.) :

- « Sociétés anonymes. Gouvernance des sociétés », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 1350, avr. 2010.

- « Sociétés anonymes. Gouvernance des sociétés », *J.-Cl. sociétés*, fasc. 1350-28, avr. 2010.

MUREL (A.-M.), « La fin de l'État actionnaire », *Esprit*, oct. 1997, n° 10, p. 85.

(de) NAYER (M.-C.), « Les privatisations », *Bull. Joly Bourse*, nov. 1993, n° 6, p. 707.

NICINSKI (S.), « L'État actionnaire : état des réflexions », *in Terres du droit, Mélanges en l'honneur de Y. JEGOUZO, D.* 2009, p. 157.

OMRAN (M.), « Post-privatization corporate governance and firm performance : The role of private ownership concentration, identity and board composition », *Journal of Comparative Economics*, Vol. 37, Issue 4, déc. 2009, p. 658.

PASSERIEUX (R.) et THIN (B.), « Une procédure simplifiée et unifiée pour les PPP institutionnels », *Lamy Collectivité territoriales*, janv. 2010, n° 53, p. 39.

PELTIER (F.), « L'entreprise privatisée : les incidences juridiques », *Banque*, n° 543, déc. 1993, p. 45.

PÉNARD (T.), « L'accès au marché dans les industries de réseau : enjeux concurrentiels et réglementaires », *RIDE*, 2002, p. 293.

PIRON (V.), « La dimension économique du partenariat public-privé dans les transports », *Transports*, n° 424, mars-avril 2004, p. 93 et s.

POCHET (A.), « Réflexions sur le régime juridique des privatisations », *RTD com.*, 1988, p. 380.

QUEROL (F.), « Le paradoxe des privatisations en France ou l'art d'accommoder l'interventionnisme de l'État », *in Les finances publiques instrument des politiques publiques, les expériences française et tunisienne*, (Dir.) L. Bouony et G. Tournie, Presse de l'Université des Sciences sociales de Toulouse, Toulouse, 1998, p. 243.

RAPP (L.), « Télécommunications et communications », *Rép. droit communautaire*, sept. 2005.

REES (R.), « Théories économiques des privatisations : exemple de la Grande-Bretagne », *in Les privatisations en Europe. Programmes et problèmes*, (dir.) V. WRIGHT, Actes Sud, Paris, 1993, p. 68.

RICHET (X.), « Privatisation et restructuration des entreprises en Europe de l'Est », *Reflets et perspectives de la vie économique*, n° 314, p. 165.

SALAÜN (F.), « Privatisation et réglementation : le cas de *British Gas* », *Économies et Sociétés*, 1990, p. 56.

SAMUEL-LAJEUNESSE (D.), « La création de l'Agence des participations de l'État », *RF fin. publ.*, n° 89, févr. 2005, p. 63.

SAMUEL-LAJEUNESSE (D.) et PREISS (E.), « L'agence des participations de l'État. L'État actionnaire », *La revue du Trésor*, juill. 2005, n° 7, p. 355.

SANGHI (A.), SUNDAKOV (A.) et HANKINSON (D.), « Conception et utilisation des unités PPP dans le secteur des infrastructures : Enseignements tirés d'études de cas dans divers pays », *Gridlines-PPIAF* sept. 2007, p. 1.

SEKFALI (Z.), « Le droit français des privatisations : l'heure anglo-saxonne », *Banque et droit*, mars-avr., 1994, p. 3.

SMITH (M.), « *Shareholder activism by institutional investors* : evidence from Calpers », *Journal of Finance*, 1996, vol. 51, n° 1, p. 227.

THIRION (N.), « Existe-t-il des limites juridiques à la privatisation des entreprises publiques ? », *RIDE*, 2002, n° 4, p. 641.

TUNC (A.), « Le gouvernement des sociétés anonymes, le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni », *RIDC*, 1996, p. 113.

TURRINI (R.), « Privatisations et droit communautaire », *RDAI*, 1993, n° 7, p. 813.

VALUET (J.-P.), « Privatisation et société privatisée », *Rép. sociétés*, avr. 1999.

VAN TUONG (N.), « La nouvelle Société nationale d'imprimerie », *LPA*, 25 mai 1994, n°62, p. 203.

VEDEL (G.) :

- « La technique des nationalisations », *Droit soc.*, févr.-mars, 1946, p. 8.

- « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges R. Chapus*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 647.

VOISSET (M.), « Un essai de renouvellement des relations entre l'État et les entreprises publiques : les contrats de plan », *Mélanges G. Péquignot*, Montpellier, 1984, p. 717.

ZIADY (H.), « Le mouvement des privatisations dans les pays du Maghreb », *Problèmes économiques*, n° 2086, 10 août 1988, p. 28.

V. NOTES DE JURISPRUDENCES ET CONCLUSIONS

FAVOREU (L.) et PHILIP (L.), note sous Cons. Constit., décision n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, in « Les grandes décisions du Conseil constitutionnel », Dalloz, 16^{ème} éd., p. 201.

GUILLAUME (E.), « Libre circulation des capitaux : les enseignements des arrêts de la Cour européenne de justice du 4 juin 2002 », note sous CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99 ; *Commission c/ Belgique*, aff. C-367/98 ; *Commission c/ Portugal*, aff. C-503/99, *CDE*, déc. 2002, p. 640.

GUYON (Y.), note sous Cons. constit., décision n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *Rév. sociétés*, 1986, p. 608.

HATZOPOULOS (V.), note sous CJCE, 20 févr. 1979, *Rewe-Zentral, Cassis de Dijon*, aff. 120/78, « Exigences essentielles, impératives ou impérieuses : une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ? », *RTD eur.*, 1998, p. 191.

KOVAR (R.), « Actions spécifiques et entreprises privatisées : donner et retenir ne vaut ? », note sous CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99 ; *Commission c/ Belgique*, aff. C-367/98 ; *Commission c/ Portugal*, aff. C-503/99, *CJEG*, n° 593, déc. 2002, p. 625.

RIVERO (J.), note sous Cons. constit., décision n° 86-207 DC, 25 et 26 juin 1986, *AJDA* 1986, p. 575.

THIRION (N.), « *Golden shares*, droit des sociétés et marché intérieur », note sous CJCE, 4 juin 2002, *Commission c/ France*, aff. C-483/99 ; *Commission c/ Belgique*, aff. C-367/98 ; *Commission c/ Portugal*, aff. C-503/99, *CDE*, 2003, n° 3, p. 225.

VI. RAPPORTS

- Rapport n°475, fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation, E. Bonnefous, 1963.
- *Les entreprises publiques*, Rapport au Premier ministre, S. Nora (ss. dir.), La documentation française, 1968.
- Rapport *Zidi*, rapport de la Commission d'étude chargée de l'examen du fonctionnement des entreprises publiques et de leurs relations avec l'État, juill. 1973.
- Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, éd. Économica, Paris, 1983.
- Document du FMI, « Privatisation des entreprises publiques », Richard HEMMING et Ali MANSOOR, févr. 1987, pp. 1-70.
- Banque Mondiale, *Rapport sur le développement dans le monde*, 1988.
- Rapport n° 1480 de la Commission d'enquête de l'Assemblée Nationale présidée par P. Seguin sur *Le Crédit Lyonnais*, juill. 1994.
- Rapport d'information de la Commission des finances du Sénat n° 591 sur *Les conditions d'exercice par l'État de ses responsabilités d'actionnaire* établi par J. Arthuis, C. Belot et P. Marini, juill. 1994.

- Rapport « *sur le gouvernement d'entreprise* », présidé par M. Viénot, à la demande de l'Association française des entreprises privées (AFEP) et du Mouvement des entreprises de France (MEDEF), juill. 1999.
- Banque Mondiale, *Rapport sur l'Actualisation de l'Évaluation du Secteur Privé : relever le défi de la mondialisation*, vol. I : Résumé analytique et Programme de réformes proposé, déc. 2000.
- Banque Mondiale, *Rapport sur l'Actualisation de l'Evaluation du Secteur Privé : relever le défi de la mondialisation*, vol. II : Rapport principal, déc. 2000.
- Rapport n° 1004 de la commission d'enquête de l'Assemblée nationale présidée par Ph. Douste-Blazy, 2001.
- Rapports sur *l'État actionnaire* adressés chaque année par le ministère de l'Économie au Parlement français en application de l'article 142 de la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques.
- Rapport *Pour un meilleur gouvernement des entreprises cotées*, présidé par D. Bouton, président de la Société Générale, sept. 2002.
- AFEP-MEDEF, *Rapport sur le gouvernement d'entreprise des sociétés cotées*, Paris, 2003.
- Rapport *L'État actionnaire et le gouvernement des entreprises publiques*, établit par R. Barbier de La Serre, A. Joly, J.-H. David, Ph. Rouvillois, févr. 2003.
- Banque Mondiale, *Rapport sur la Private Participation in Infrastructure in Developing Countries : Trends, Impacts, and Policy Lessons*, avril 2003.
- Rapport Douste-Blazy Sur la gestion des entreprises publiques, afin d'améliorer le système de prise de décision, juill. 2003.
- Rapport de l'Agence Française de Développement, « Les privatisations en zone franc : synthèse des travaux du groupe de travail MINEFI/AFD », (dir.) J.-C., Berthelemy, sept. 2006.
- *La réforme des entreprises publiques*, Notes d'orientation des Nations Unies, 2007.
- Rapport de la Cour des comptes, *L'État actionnaire : Apports et limite de l'Agence des participations de l'État*, in Rapport public 2008, p. 3.
- Rapport sur *La privatisation et le développement du secteur privé*, Ministère tunisien du Développement Régional et de la planification et l'Institut Tunisien de la Compétitivité et des Études Quantitatives, déc. 2010.
- Rapport de la Banque Africaine de Développement, *Tunisie : défis économiques et sociaux post-révolution*, 2012.

- N. BEAUSSÉ et M. GONNET, *Partenariats public-privé en Méditerranée : État des lieux et recommandations pour développer les PPP dans le financement de projets dans le Sud et l'Est de la Méditerranée*, IPEMED, févr. 2012.
- Rapport Final sur *l'évaluation du système national de passation des marchés publics en Tunisie*, Commission supérieure des marchés, juin 2012.
- Rapport d'activité de l'IGF, *Chargée d'évaluer les Partenariats public-privé*, déc. 2012.
- Tunisie, *Rapport sur les PPP : une bombe à retardement ?*, L'Observatoire Tunisien de l'Économie, déc. 2012.

VII. ACTES DE COLLOQUES

« L'évaluation du programme d'ajustement structurel », Actes du séminaire de la Faculté des sciences économiques et de gestion de Tunis, 8 et 9 décembre 1989, éd. Salambo, Tunis, 1990.

AOUIJ-MRAD (A.), « Le champ d'application de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, 1991, vol. 4, Tunis, p. 33.

ATTAR (Z.), « Le cadre structurel de la restructuration », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, 1991, vol. 4, Tunis, p. 7.

BEN LETAIEF (M.), « La signification de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 13.

CHAABANE (A.), « Cadre structurel. Présentation de la CAREPP et des divers organes intervenant dans le processus de restructuration », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 45.

CHELLY (S.), « L'évaluation du contrôle financier en Tunisie », Actes du colloque du 25^{ème} anniversaire de la Cour des comptes, 24 et 25 mai 1993, *IORT*, Tunis, 1994, p. 26.

« L'État actionnaire », Colloque à l'Université Paris Dauphine le 3 juin 2010, in *JCP E*, n° 41, Paris, 2010.

ESSOUSSI (A.), « Fiscalité et restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol.4, Tunis, 1991, p. 91.

GOUIA (R.), « Les modalités de privatisation des entreprises publiques. Objectifs et obstacles : une étude comparative », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur La restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *coll. Forum des juristes*, vol. 4, Tunis, 1991, p. 13.

LARGUET (L.), « Fondement et cadre juridique de la restructuration des entreprises publiques », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol.4, Tunis, 1991, p. 23.

YOUNGBAI (A.), « Restructuration, emploi et législation du travail », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol.4, Tunis, 1991, p. 93.

ZOUHEIR (A.), « Le cadre structurel de la restructuration », Actes du colloque des 16 et 17 mai 1990 sur la restructuration des entreprises publiques, Faculté de droit et des sciences politiques de Tunis, *Coll. Forum des juristes*, vol.4, Tunis, 1991, p. 7.

VIII. DIVERS

- Étude de diagnostic et de recommandations pour le développement des marchés de capitaux en Tunisie, réalisée par SMART finance et GMA *capital markets*, mai 2002.
- « Du monopole public à la concurrence », texte rédigé à partir d'une intervention prononcée par P. Champsaur, Président de l'ART, dans le cadre des rencontres économiques de l'Institut de la Gestion Publique et du Développement Économique du Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, juin 2004.
- Le rôle de la BEI dans les partenariats public-privé, Banque Européenne d'Investissement, juill. 2004.
- Recueil de textes relatifs aux entreprises publiques, *Imprimerie Officielle de la République Tunisienne*, Tunis, 2005.
- OCDE, Lignes directrices de l'OCDE sur le gouvernement d'entreprise des entreprises publiques, éd. OCDE, 2005.

- OCDE, L'intégrité dans les marchés publics : Les bonnes pratiques de A à Z, éd. OCDE, 2007.
- *L'entreprise tunisienne face à la conduite de la politique monétaire : Réflexions et pistes de réformes*, par S. MOULEY, Centre tunisien des études économiques et Institut arabe des chefs d'entreprises, juin 2010.
- OCDE, Examens de l'OCDE des politiques de l'investissement : Tunisie, 2012, éd. OCDE, sept. 2012.
- *Des entreprises compétitives pour plus de croissance*, UTICA Vision 2020, déc. 2012.
- OCDE, Examens de l'OCDE du cadre d'intégrité dans le secteur public en Tunisie, éd. OCDE, avril, 2013.
- *An 2 de la révolution tunisienne : Les intérêts économiques privés*, L'Observatoire Tunisien de l'Économie, juill. 2013.
- Étude élaborée par la Banque Mondiale, sur *La gouvernance des entreprises publiques en Tunisie*, Janvier 2014.

IX. PRINCIPAUX SITES INTERNET

www.finances.gov.tn

www.tresor.economie.gouv

www.privatisation.gov.tn

www.oecd.org

www.wdronline.worldbank.org

INDEX ALPHABÉTIQUE

A

Actionnariat des salariés : 86 s, 174, 203, 257.

Actionnariat populaire : 83 s, 153, 172, 174, 178, 307, 312, 325, 332 s, 339, 355.

Agence des participations de l'État : 407 s.

C

CAREPP : 107 s, 113, 122 s, 130 s, 188, 193.

Commissaires du gouvernement : 393 s, 399.

Commission européenne : 76, 235, 259.

Commission des participations et des transferts : 107, 129 s, 139, 142, 152, 177, 225, 234, 237.

Corporate governance :

- notion : 247 s.
- en droit français : 256 s.
- et droit tunisien : 264 s.

Cour des comptes : 131 s, 399, 403, 417.

Crise financière : 392, 403, 440.

CTP : 126.

D

Direction du Trésor : 399, 413 s.

Distribution d'actions : 82, 84, 333.

E :

Entreprise à participations publiques : 101 s, 193, 196.

Entreprise publique :

- notion : 104.
- liste : 96 s.
- entreprise publique locale : 149, 150, 300.
- poids financier : 44, 56.

Entreprise privatisée : 47, 78, 83, 216 s, 220, 223 s, 239 s.

Établissement public : 109, 115, 117, 148, 150, 203, 226, 286, 415 s.

État actionnaire :

- notion : 388 s.
- missions : 401 s.
- stratégie : 416 s.

État actionnaire minoritaire : 11, 416.

État interventionniste : 34 s.

État tuteur : 389, 391, 394, 400 s.

F**FREP** : 421 s.**G****Gestion publique** : 33 s, 45, 52, 61 s, 201, 428 s, 451.**Golden share** : 222, 229.**Gouvernement d'entreprise** : 49, 238, 247, 256 s, 264 s, 406.**Gré à gré** : 175 s, 234 s, 338 s.**Groupes d'actionnaires stables** : 178 s, 237.**I****Investisseurs institutionnels** : 167 s, 175, 238, 251, 256, 259, 340.**L****Liquidation** : 45, 149, 161, 163 s, 200, 242, 298.**M****Marché financier** : 9, 83, 166 s, 175 s, 179, 187, 203, 233, 270, 287, 303, 312, 326, 338, 354, 356, 441.**Monopoles** :

- de fait : 274 s.
- de droit : 274 s.

Monopole public :

- privatisation : 281 s, 286 s.
- remise en cause : 277 s.

Monopole privé : 272, 317, 278, 289.**N****Nationalisation** :

- vagues de nationalisations : 23 s.

« Noyaux durs » : 179, 211, 234, 236 s, 256.**« Ni-ni »** : 31.**O****Offre publique d'achat** : 238.**Offre publique de vente** : 83, 167 s, 172 s, 185 s, 203 s, 246, 306.**P****Partenariats public-privé** :

- notion : 430 s.
- caractéristiques : 443 s.
- risques : 447 s.

PAS : 17, 309, 321.**PFI** : 432 s.**Planification** : 3, 294, 397.**Privatisation** :

- notion : 4 s, 44 s.
- causes : 13 s, 48 s, 51 s.

- critère d'éligibilité des entreprises : 351 s.
- domaine : 345 s.
- procédure : 146 s, 331 s.
- techniques : 158 s, 337 s.

Prix de cession : 133, 151 s, 170, 186, 192, 199, 334, 337, 376, 380.

T

Transformation : 2, 46, 121, 147 s, 167, 190, 201, 246, 315, 333, 380, 383, 438.

Transmission :

- patrimoine (société) : 49, 161 s, 195.

Tutelle administrative : 396 s.

R

Rentabilité : 2, 26, 62, 155, 178, 270, 305, 323, 332, 380, 385, 397, 401, 424.

S

Secteur concurrentiel : 96, 101, 109 s, 124, 280, 282, 306, 309, 398.

Secteur public : 42, 45, 48 s, 58, 73, 102, 104, 114, 124 s, 139 s, 175, 215, 232, 275, 279, 288 s, 305, 314 s.

- mission (de) : 34, 272, 397, 452, 455.

Service des participations : 413 s.

Société :

- transformation : 147 s.

Société anonyme :

- notion : 148.

Société privatisée :

- actionnaires : 232 s.

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION GÉNÉRALE	8
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE : LES CAUSES THÉORIQUES ET PRATIQUES DE LA PRIVATISATION.....	15
Section 1 : Les causes théoriques de la privatisation	16
Paragraphe 1 : Un phénomène mondial en pleine expansion	16
A/ En Tunisie : une pression venue de l'extérieur.....	17
B/ En France : des contraintes endogènes.....	21
Paragraphe 2 : Les enjeux des privatisations	27
A/ Les différentes conceptions de la gestion publique	27
B/ Les contours théoriques de la privatisation	34
Section 2 : Les causes pratiques de la privatisation	39
Paragraphe 1 : Le poids financier des entreprises publiques	39
A/ L'État, mauvais régulateur de la vie économique	40
B/ Les vicissitudes de la gestion publique.....	45
Paragraphe 2 : Les privatisations : un remède pour redresser les déséquilibres économiques et financiers	51
A/ Les remèdes économiques et financiers.....	51
B/ Des objectifs de nature disparate	58
PREMIÈRE PARTIE : LE RÉGIME JURIDIQUE DES PRIVATISATIONS	63
TITRE I : LA PROCÉDURE D'UNE OPÉRATION DE PRIVATISATION	65
CHAPITRE 1 : LE CADRE CONSTITUTIONNEL DES PRIVATISATIONS	66
Section 1 : Le domaine des privatisations	67
Paragraphe 1 : Un domaine incertain	67
A/ L'absence de liste des entreprises éligibles	67
B/ Les critères d'éligibilité	71
Paragraphe 2 : Un domaine flexible	76

A/ Des paramètres faussement réducteurs.....	76
B/ Une tendance à l'extension	83
Section 2 : La décision de privatiser	88
Paragraphe 1 : Le processus juridique	88
A/ Une rigidité certaine.....	89
B/ Un déficit démocratique.....	93
Paragraphe 2 : Les acteurs politiques	100
A/ Les instances administratives	101
B/ Les instances gouvernementales.....	103
CHAPITRE 2 : LES MODALITÉS DES PRIVATISATIONS	107
Section 1 : Les modalités et techniques courantes dans les programmes de privatisation	108
Paragraphe 1 : Les modalités du transfert	108
A/ Les opérations préalables au transfert	108
B/ L'éventail des techniques de cession	115
Paragraphe 2 : La diversification des techniques de privatisation.....	119
A/ Les procédures du marché financier	120
B/ Les procédures hors marché financier	127
Section 2 : Les modalités et techniques privilégiées en Tunisie	132
Paragraphe 1 : Les formes de privatisation en Tunisie	133
A/ Les techniques de cession d'actions	133
B/ Les autres modes de privatisation.....	138
Paragraphe 2 : Les spécificités de la mise en œuvre	144
A/ Un modèle peu cohérent	145
B/ Une application singulière des techniques.....	148
TITRE II : LES EFFETS D'UN PROGRAMME DE PRIVATISATION	155
CHAPITRE 1 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DE L'ÉTAT ET DE LA NATION.....	156
Section 1 : Le particularisme des sociétés privatisées	158
Paragraphe 1 : Le régime juridique des sociétés privatisées	158
A/ Les statuts des sociétés privatisées en France	159
B/ Les sociétés privatisées dans les économies en transition	160
Paragraphe 2 : L'action spécifique de l'État	163

A/ Le champ d'application	163
B/ La limitation par le droit communautaire	167
Section 2 : Les actionnaires de la société privatisée	170
Paragraphe 1 : Le groupement d'actionnaires stables	170
A/ Le choix des futurs acquéreurs	171
B/ La stabilisation de l'actionnariat après la privatisation	173
Paragraphe 2 : La spécificité tunisienne	175
A/ Des obligations exorbitantes	175
B/ Des garanties défaillantes	177
CHAPITRE 2 : LA PROTECTION DES INTÉRÊTS DES SOCIÉTÉS ET DU MARCHÉ	180
Section 1 : L'intégration des principes du <i>corporate governance</i> dans les sociétés privatisées	181
Paragraphe 1 : Le corporate governance : un phénomène mondial	181
A/ La délimitation de la notion	181
B/ Le modèle français du gouvernement d'entreprise	186
Paragraphe 2 : Le corporate governance et le droit tunisien	193
A/ La réception de la doctrine de <i>corporate governance</i> par le droit tunisien	193
B/ L'assimilation des pratiques de bonne gouvernance en Tunisie	196
Section 2 : Le risque d'émergence de monopoles privés	199
Paragraphe 1 : L'identification des monopoles publics	199
A/ Le régime juridique des monopoles publics	200
B/ Vers une remise en cause des monopoles publics ?	203
Paragraphe 2 : Le mouvement vers la privatisation des monopoles publics ..	205
A/ La privatisation des monopoles publics en France	206
B/ La privatisation d'un monopole public en Tunisie : l'exemple de Tunisie Télécom	209
DEUXIÈME PARTIE : LES ALTERNATIVES AU RÉGIME ACTUEL DES PRIVATISATIONS	212
TITRE 1 : LES RÉFORMES DU CADRE GÉNÉRAL DES PRIVATISATIONS ...	214
CHAPITRE 1 : LES OPTIONS FONDAMENTALES	215
Section 1 : Les motifs d'un échec d'un programme de privatisation	216

Paragraphe 1 : Des raisons multiples	216
A/ Les motifs juridiques et institutionnels	216
B/ Les motifs économiques	219
Paragraphe 2 : Les motifs spécifiques à la Tunisie	222
A/ Les motifs juridiques et institutionnels	223
B/ Les motifs économiques	225
Section 2 : La recherche de l'objectif du programme de privatisation	227
Paragraphe 1 : La définition de l'objectif	228
A/ Les préalables à la poursuite de l'objectif.....	228
B/ Le choix de l'objectif	231
Paragraphe 2 : La mise en œuvre d'un tel objectif	234
A/ Les modalités répondant au mieux à l'objectif poursuivi	234
B/ Les techniques s'accordant au mieux à l'objectif poursuivi.....	237
CHAPITRE 2 : LES RECOMMANDATIONS	242
Section 1 : Les éléments nécessitant des réformes.....	244
Paragraphe 1 : Le domaine des privatisations	244
A/ Le choix des secteurs économiques	245
B/ Le choix des entreprises	247
Paragraphe 2 : Les modalités des privatisations	248
A/ Les mesures contractuelles	248
B/ Les mesures institutionnelles	250
Section 2 : Les conditions de réussite d'un programme de privatisation	256
Paragraphe 1 : Les conditions politico-juridiques	256
A/ Les conditions politiques.....	257
B/ Les conditions juridiques	258
Paragraphe 2 : Les conditions économiques et sociales.....	261
A/ Les conditions économiques	262
B/ Les conditions sociales.....	265
TITRE 2 : LES RÉFORMES DE L'INTERVENTION ÉTATIQUE DANS LE SECTEUR MARCHAND.....	268
CHAPITRE 1: LA CONFIRMATION DE LA FONCTION DE L'ÉTAT ACTIONNAIRE	270
Section 1 : D'un État tuteur vers un État actionnaire	271

Paragraphe 1 : Les phases de la mutation	271
A/ L'évolution du rôle de l'État	271
B/ D'une tutelle administrative à une direction actionnariale	274
Paragraphe 2 : L'identification de la fonction d'actionnaire.....	277
A/ Les missions de l'État actionnaire	278
B/ L'État actionnaire et la gouvernance d'entreprise.....	280
Section 2 : La défense des intérêts patrimoniaux de l'État actionnaire	282
Paragraphe 1 : En France : à travers l'Agence des participations de l'État..	283
A/ L'incarnation de l'État actionnaire	283
B/ La stratégie de l'État actionnaire.....	287
Paragraphe 2 : En Tunisie : l'absence d'incarnation de l'État actionnaire ...	290
A/ L'imparfaite incarnation de l'État actionnaire	290
B/ Améliorer la fonction de l'État actionnaire	294
CHAPITRE 2 : LES ALTERNATIVES À LA PRIVATISATION.....	296
Section 1 : Les principales caractéristiques des PPP	298
Paragraphe 1 : L'étendue du phénomène des PPP	299
A/ Les PPP en Grande-Bretagne.....	299
B/ Les PPP en France.....	303
Paragraphe 2 : Le recours aux PPP	307
A/ La justification de l'utilisation des PPP	307
B/ Les risques liés aux PPP.....	310
Section 2 : Les PPP : un modèle pour les pays émergents ?	312
Paragraphe 1 : État des lieux des PPP	314
A/ Le recours au PPP dans les pays en développement	314
B/ Une possible remise en cause des PPP dans les pays en développement	317
Paragraphe 2 : Enjeux et perspectives de la Tunisie post-révolution	320
A/ Les premiers partenariats tunisiens	320
B/ Le développement des PPP : un enjeu après la Révolution.....	323
CONCLUSION GÉNÉRALE	327
BIBLIOGRAPHIE	328
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	350
TABLE DES MATIÈRES	353