

LES INSTITUTIONS DE MISE EN OEUVRE DE LA PRIVATISATION

Par

Ramzi JOREIGE*

La privatisation est un phénomène récent de portée universelle dans la mesure où elle touche depuis 1985-1986 une centaine de pays aussi bien industrialisés que du tiers monde, quels que soient leur niveau de développement ou la nature de leur régime politique. Partout, le secteur privé prend le relais de l'Etat qui peut ainsi se concentrer sur ses activités traditionnelles de puissance publique.

Les principaux objectifs de la privatisation sont la recherche de structures d'entreprises plus performantes, le souci de dynamiser les places financières nationales, tout en encourageant l'actionnariat populaire, et enfin la recherche d'une contribution intéressante à la solution de problèmes budgétaires.

Ces différents objectifs reposent sur un postulat illustré par une belle formule d'Edouard Balladur, ancien premier ministre français, qui a intitulé son ouvrage consacré aux privatisations :

«Je crois en l'homme plus qu'en l'Etat»

Comme l'ont précisé les intervenants qui m'ont précédé, dans de nombreux pays, la Constitution exige le vote par le Parlement d'une loi d'habilitation pour la réalisation d'un programme de privatisations. Cependant, même lorsque la Constitution n'impose pas l'adoption d'une loi de privatisation, celle-ci peut se révéler indispensable pour modifier certaines dispositions législatives en vigueur, comme transformer par exemple une entreprise publique en société soumise au droit des sociétés.

Lorsqu'il faut légiférer pour privatiser, il est préférable de limiter les dispositions de la loi aux grands principes en laissant à des décrets le soin de régler les modalités d'application. Dans ce cadre, le Parlement devra choisir entre une loi de portée générale, applicable à toutes les entreprises publiques privatisables, et une loi particulière à certaines entreprises nommément désignées.

Quel que soit le caractère de la loi, celle-ci devra prévoir le cadre institutionnel des privatisations, c'est-à-dire les compétences respectives des différentes autorités concernées par le processus de privatisation.

C'est l'autorité politique qui, d'une manière générale, arrête le programme de privatisation. Cette autorité est constituée soit d'un ministre chargé de cette tâche, soit d'un organe ad hoc comprenant des membres du gouvernement, soit de l'ensemble du gouvernement.

Cependant, l'exécution d'un programme de privatisation requiert une expertise et une disponibilité que les services de l'administration n'ont pas toujours ; dès lors, la loi de privatisation prévoit, en général, l'intervention de certaines autorités existantes ou la création d'institutions spécifiques pour la mise en œuvre des privatisations envisagées.

Il n'existe ni type idéal, ni modèle universel de structure institutionnelle propre à assumer l'exécution d'un programme de privatisation. Mais le cadre juridique établi par la loi de privatisation doit permettre de déterminer respectivement qui a le pouvoir

* Avocat à la Cour.

d'initier une opération de privatisation, de préparer les différentes transactions, de sélectionner les acquéreurs, de négocier la mise sur le marché des entreprises à privatiser, de signer les accords nécessaires, de les mettre en œuvre et enfin d'assurer le contrôle de leur bonne exécution.

Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, lorsqu'elle touche des secteurs à caractères monopolistiques tels que l'électricité, les transports, les autoroutes, c'est-à-dire les grandes infrastructures liées à la notion de service public, la privatisation est souvent abordée de manière affective et quasi idéologique, de sorte que privatiser un service public s'apparente dans l'esprit de certains, selon la formule de Pierre Guislain, conseiller auprès de la Banque Mondiale, à une « vente de bijoux de famille ».

A cet égard, la mise en place d'une structure différenciée chargée de mener les procédures de privatisation est un gage de la transparence qui constitue, à travers l'expérience mondiale dans ce domaine, un élément indissociable du programme de privatisation.

Ce double élément de spécialisation et de transparence caractérise en principe la structure chargée de mettre en oeuvre la privatisation décidée par l'autorité politique.

Nous envisagerons donc dans un premier temps les divers organes susceptibles d'être appelés à mettre en oeuvre le processus de privatisation (I), avant d'examiner plus particulièrement ce que nous appellerons par commodité la « commission de privatisation », par référence au modèle chargé de cette tâche en France (II).

I. DIVERSITE DES STRUCTURES

Les modèles de structures destinées à gérer le processus de privatisation sont donc multiples et directement tributaires de l'étendue du rôle assigné par l'autorité politique à l'entité chargée de cette mission.

Schématiquement, on peut noter deux tendances quant aux structures institutionnelles qui ont été mises en place dans différents pays pour assurer l'exécution de programmes de privatisation.

Ainsi, certains pays comme la Pologne ou le Mexique ont-ils mené les privatisations au sein d'organes préexistants appuyés par des experts externes, alors que d'autres comme les Philippines mais aussi l'Allemagne ou la France ont créé à cet effet de nouveaux organismes.

Quelle que soit la structure adoptée, la présence d'autres intervenants est indispensable, notamment celle de cabinets d'audit et de banques-conseil, sélectionnés pour entreprendre des études d'évaluation des entreprises à privatiser ainsi que pour déterminer les procédures adéquates de mise sur le marché. De fait, le recours à des experts privés (banquiers, juristes, experts-comptables etc.) permet de fournir à l'autorité chargée du processus de privatisation le support technique nécessaire à l'accomplissement de sa tâche.

Le choix des structures adéquates dépend, selon la Banque Mondiale, de l'organisation du pouvoir politique en place et du degré d'autonomie effective dont peut bénéficier l'organe de mise en oeuvre de la privatisation. Ainsi il apparaît inutile de créer des organismes spécifiques si la décision effective doit être finalement arrêtée à tous égards par le pouvoir politique; dans de tels cas ces organismes ne peuvent qu'alourdir le processus qui de toute manière se déroule en dehors d'eux.

D'un autre côté, il faut également pouvoir assurer l'indépendance d'un tel organe vis-à-vis des acquéreurs potentiels.

En effet, l'un des problèmes majeurs de la privatisation est le conflit d'intérêts entre l'Etat vendeur qui souhaite éviter d'être accusé de brader le patrimoine national et les acquéreurs qui souhaitent évidemment réaliser une affaire avantageuse.

Cette nécessaire indépendance suppose que l'on soit disposé à assurer une rémunération adéquate aux membres de l'organe mis en place afin d'éviter toute tentation de captation de la part des acquéreurs potentiels.

Si une indépendance relative d'un organisme spécifique à l'égard du pouvoir politique et une indépendance absolue à l'égard du secteur privé ne peuvent être concrètement assurées, il semblerait préférable de recourir à la voie contractuelle directe entre l'Administration et les acquéreurs potentiels sans passer par le truchement d'un organe spécialisé.

Si en revanche cette indépendance est assurée, le modèle d'un organe spécifique peut être adopté. Cette formule paraît attrayante en raison du gage de transparence qu'elle présente ; c'est pourquoi elle est le plus souvent préférée par les gouvernements.

Nous nous attarderons donc sur cette dernière structure en nous inspirant du modèle français, dont l'exemplarité se justifie par une expérience de plus d'une décennie dans ce domaine, laquelle a permis de souligner les problèmes proprement juridiques posés par l'existence d'un tel organe spécifique au sein du processus de privatisation.

II. LA COMMISSION DE PRIVATISATION

Nous aborderons successivement son rôle (1), sa composition (2), la nature des décisions qu'elle est susceptible de rendre (3) et enfin sa nature juridique (4).

1. Rôle de la Commission

Le rôle de la Commission consiste essentiellement dans l'évaluation de l'entreprise publique destinée à être transférée au secteur privé. En effet, l'Etat ne peut pas vendre ses biens à un prix arbitraire. Si le prix est trop élevé, il risquerait de décourager les acheteurs éventuels; par contre, s'il est trop bas, il avantagerait ces derniers au détriment de l'ensemble des citoyens, portant ainsi atteinte au principe d'égalité.

Mais selon les pays, les attributions de la Commission peuvent être élargies au choix des acquéreurs comme aux procédures de mise sur le marché.

Il faut souligner par ailleurs que les gouvernements ont en principe tendance à privilégier le transfert d'entreprises déjà rentables ou du moins potentiellement rentables et susceptibles d'un développement ultérieur.

C'est pourquoi, dans les pays devant fondamentalement restructurer leur secteur public, l'organe compétent devra superviser la gestion des entreprises privatisables durant la période qui précède la privatisation. Ainsi, outre son rôle d'agence de privatisations cet organe pourra également assumer un rôle de restructuration et de gestion des entreprises destinées à être privatisées.

La Commission de privatisation française est pour sa part chargée, en premier lieu, de l'évaluation des entreprises privatisables en pratique ce rôle consiste à fixer le prix plancher de vente de ces entreprises.

Elle donne, en second lieu, son avis sur les prix d'offre ou d'échange reçus par le ministre de l'Economie et sur les procédures de mise sur le marché.

Elle se prononce, en troisième lieu, sur le choix des acquéreurs, c'est-à-dire des actionnaires stables, hors marché, qui constitueront les «noyaux durs». Ils s'agit dans cette hypothèse de cession de gré à gré permettant de mettre en place des noyaux d'actionnaires stables selon le choix discrétionnaire du ministre, permettant de déterminer les contrôlares des entreprises.

Dans tous les cas, la Commission est saisie par le ministre de l'Economie chaque fois qu'une privatisation est décidée, mais n'a pas le pouvoir de se saisir d'office.

2. Composition de la Commission

La Commission de privatisation française est composée de sept membres dont un président, nommés par décret pour une durée de cinq ans et choisis en fonction de leur compétence et de leur expérience en matière économique, financière ou juridique. Il est également tenu compte dans le choix des membres de la commission de leur indépendance. Celle-ci s'apprécie surtout vis-à-vis des acquéreurs éventuels; aussi un certain nombre d'incompatibilités, assorties de sanctions pénales, est-il prévu d'une part pendant la durée de fonction des membres (a) et d'autre part après la cessation de leurs fonctions (b).

a) Les fonctions de membre de la Commission sont incompatibles avec tout mandat de membre du Conseil d'administration, du directoire ou du Conseil de surveillance d'une société commerciale par actions ou avec toute autre activité rétribuée par une telle société de nature à le rendre dépendant des acquéreurs éventuels.

b) Pendant un délai de cinq ans à compter de la cessation de leurs fonctions, il est interdit aux membres de la Commission de devenir membres du Conseil d'administration, du directoire ou du Conseil de surveillance d'une entreprise qui s'est portée acquéreur de participations antérieurement détenues par l'Etat ou de l'une de ses filiales ou d'exercer une activité rétribuée dans une telle entreprise.

Afin d'assurer l'effectivité de ces incompatibilités, une procédure d'information oblige chaque membre, dès sa nomination et pendant toute la durée de son mandat, à notifier le président de la Commission des différentes activités professionnelles qu'il exerce, des mandats sociaux qu'il détient ainsi que des intérêts qu'il représente. Tout membre ayant manqué à ses obligations en matière d'incompatibilités est déclaré démissionnaire d'office par la Commission statuant dans ce cas à la majorité de ses membres.

En outre, et pour mieux marquer son indépendance vis-à-vis du gouvernement, la Commission est installée dans des locaux distincts de ceux du ministère de l'Economie et des Finances.

3. Nature des décisions de la Commission

Le problème le plus épineux que pose la Commission de privatisation réside dans la valeur juridique qui doit être attachée aux avis quelle émet en exécution de sa mission.

En France, la loi de 1986 exigeait, pour toute procédure de privatisation, la saisine de la Commission, dont l'avis cependant était simplement consultatif. En effet, l'autorité politique (en l'occurrence le ministre de l'Economie) avait en la matière une compétence discrétionnaire, notamment quant au choix des groupes d'actionnaires stables devant constituer ce que l'on a appelé les «noyaux durs» des entreprises privatisées. Ce pouvoir discrétionnaire a fait l'objet de nombreuses critiques lors des

privatisations de 1986-1988, ce qui a conduit le législateur français, dans la loi de 1993, à exiger l'avis conforme de la Commission tant sur l'évaluation de l'entreprise et les procédures de mise sur le marché que sur la sélection des groupes d'actionnaires stables dans le cadre d'une procédure de gré à gré.

Certes la décision définitive en ce qui concerne toutes ces questions appartient à l'autorité politique, mais l'avis conforme implique que l'autorité politique doit se plier à la position de la Commission si elle décide de conduire le processus de privatisation à son terme; si en revanche l'avis de la Commission ne correspond pas à ses vues, elle peut déclarer la procédure infructueuse.

N'ayant pas le caractère d'une décision, les avis de la Commission sont, en principe, susceptibles de recours. Toutefois, s'ils sont méconnus par l'autorité politique dans sa décision, un recours contentieux peut être introduit contre cette décision devant le juge administratif.

De même, dans le cas d'un avis favorable, une contestation juridictionnelle est possible, l'irrégularité de l'avis étant invoquée à l'appui du recours exercé contre la décision qui l'a suivi; en revanche, une telle contestation est exclue en cas d'avis défavorable.

Il convient de relever que certains parlementaires français ont estimé que la Commission jouissait désormais d'un pouvoir «exorbitant et anti-démocratique»). Ces critiques ne nous semblent pas fondées dans la mesure où l'évaluation de l'entreprise et la sélection des actionnaires stables doivent être effectuées selon des méthodes et des critères objectifs, de façon à éviter tout risque de suspicion. L'autorité politique, quant à elle, conserve la responsabilité d'engager la privatisation, de décider du pourcentage à mettre en vente et de prendre la décision définitive

4. Nature de la Commission

Malgré l'extension de ses pouvoirs, la Commission de privatisation ne peut être rangée parmi les « autorités administratives indépendantes », à l'instar de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés ou de la commission des Opérations de Bourse, car elle ne bénéficie pas d'une compétence décisive. Les avis qu'elle émet restent de nature consultative et n'entraînent aucun effet juridique direct vis-à-vis des tiers. Leur portée consiste à lier l'autorité politique dans sa décision. En conséquence, les avis de la Commission ne peuvent être considérés comme des décisions administratives à l'égard de l'autorité politique ni à l'égard des tiers. Faute de caractère décisionnel des avis qu'elle rend, la Commission est un simple organe administratif consultatif.

Le gouvernement libanais, dans le projet de loi qu'il va soumettre au Parlement, semble, d'une part, opter pour une commission ministérielle qui arrêterait le programme de privatisation et, d'autre part, pour une commission indépendante qui jouerait le rôle d'une agence d'exécution de ce programme et d'organe de régulation des entreprises privatisées en vue de sauvegarder les intérêts nationaux.

C'est ce que laissent entendre les récentes déclarations des responsables, confirmées ce matin par Dr. Nasser SAIDI, ministre de l'Economie, qui indiquent que le gouvernement s'oriente, dans son projet, vers la création d'une commission gouvernementale et d'un organe indépendant, chargé de ces différentes tâches.

Tout le problème est de déterminer le rôle et les pouvoirs de l'organisme indépendant, prévu par le projet de loi, Aura-t-il au niveau de la mise en oeuvre de la privatisation un mandat simplement consultatif, à l'instar du Conseil national de l'Audiovisuel? Ou aura-t-il, comme la Commission française, un rôle important dans la mesure où la décision de l'autorité politique devra être conforme à ses avis?

Ne peut-on même envisager que le législateur libanais, allant plus loin que son homologue français, érige cet organisme en une véritable autorité administrative indépendante investie d'un pouvoir décisionnel?

Il ne faut cependant pas oublier que toutes les structures étatiques ne s'accommodent pas forcément de la présence d'une autorité administrative indépendante disposant de pouvoirs étendus qui peuvent être perçus comme faisant ombrage au pouvoir des dirigeants.

Dès lors, il convient de privilégier la relative souplesse que permet d'assurer un organe consultatif dont la saisine serait obligatoire en cas de privatisation et les avis «conformes», en ce sens que le pouvoir politique peut refuser d'en tenir compte mais seulement au prix d'une renonciation à la procédure de privatisation, quitte à déclencher le cas échéant une nouvelle procédure. En effet, le pouvoir politique, en cas d'avis conforme, n'a d'autre alternative que d'avaliser cet avis ou de surseoir à l'opération de privatisation.

A l'issue de ces développements, il convient de ramener le thème que les organisateurs de cette journée d'actualité m'ont demandé de traiter à ses justes proportions, c'est-à-dire à une ébauche de réflexion sur les modèles de structures institutionnelles de mise en oeuvre d'un programme de privatisation.

Cette réflexion qui suscite peut-être plus de questions qu'elle n'en résout nous paraît toutefois plus utile à ce stade qu'une étude qui avancerait des réponses catégoriques. Elle nous montre qu'il n'existe pas un seul modèle de référence en la matière. Il appartient à chaque pays d'opter pour la structure la mieux adaptée à ses objectifs, à ses besoins et aux contraintes auxquelles il se heurte, en s'inspirant de l'expérience des pays qui l'ont précédé dans cette voie.