

Section 1

De l'État entrepreneur à l'État régulateur

7. Pour l'essentiel, la figure de l'État entrepreneur, confortée par les nationalisations et titulaire d'un vaste secteur public économique, s'estompe rapidement. Les politiques de privatisations qui ont accompagné la libéralisation des économies conduisent à la quasi-disparition du secteur public industriel. L'entreprise privatisée, ou du moins l'entreprise à simple participation publique, remplace l'entreprise publique, y compris lorsque celle-ci n'était pas issue de la nationalisation. Demeurent aujourd'hui publiques seulement quelques grandes entreprises en charge de services publics (principalement EDF, La Poste, la SNCF, la RATP) ou exerçant leur activité dans des secteurs stratégiques (notamment Areva). De ce fait, les contours actuels du secteur public sont encore plus restreints que ceux des grands services publics, alors que jadis la première notion était beaucoup plus large que la seconde.

Le maintien prolongé dans le secteur public de bon nombre de ces entreprises s'explique en grande partie par la situation de monopole naturel du service qu'elles exploitent et qui fonctionne généralement en réseau (La Poste, EDF, la SNCF, notamment), sans que cette caractéristique empêche toutefois leur privatisation (par exemple pour ce qui concerne France Télécom ou, plus récemment, GDF).

8. Cette première évolution a d'abord été interprétée comme une remise en cause de l'action de la puissance publique dans le domaine économique et une diminution corrélative du champ offert aux règles du droit public économique. Non seulement l'État est donc devenu moins présent en tant qu'opérateur économique direct, ce recul se traduisant par la disparition progressive du secteur public industriel, mais les règles qui lui sont appliquées découlent de plus en

plus souvent du droit privé. Cette éviction du droit public se vérifie par exemple en matière de droit de la concurrence, de gestion des entreprises publiques, de domanialité, de modernisation des services publics.

La conjonction de ces deux mouvements – déclin de l'État entrepreneur et éviction ou banalisation croissante du droit public applicable aux activités économiques entreprises par des personnes publiques – a pu très légitimement sembler annoncer la fin prochaine de ce droit.

Or, il apparaît aujourd'hui que l'annonce de la « mort de Colbert » était effectivement prématurée². Plusieurs indices confortent cette certitude.

9. Le mouvement même de désengagement de l'État entrepreneur, sous l'effet des politiques de privatisation et de déréglementation atteignant des secteurs d'intervention publique autrefois monopolistiques ou protégés, s'accompagne de l'édiction de règles nouvelles qui viennent directement enrichir le droit public économique. Celui-ci n'est plus principalement le droit des nationalisations ou même du secteur public. Il organise, souvent avec beaucoup de minutie, le mouvement des privatisations, comme celui des ouvertures à la concurrence. Certains ont même cru pouvoir déceler dans cette nouvelle politique une forme suprême de l'interventionnisme³.

Ce premier indice n'est-il pas cependant fragile ? Cette présence ponctuelle de l'État, et par voie de conséquence du droit public économique, peut sembler relative :

Relative dans le temps d'abord car, passée une période de transition, plus ou moins longue selon les cas, la privatisation épuise avec la réalisation de son objet la plupart des effets juridiques particuliers qui avaient pu l'accompagner. C'est évident pour les effets budgétaires des privatisations, mais ça l'est également pour les diverses incitations à la démocratisation des entreprises en cours de privatisation, une fois acquise leur installation dans le secteur privé.

Relative dans l'espace aussi, car bon nombre d'opérations de privatisations ne s'accompagnent pas de la mise en place de l'action spécifique qui réserve à l'État un pouvoir d'influence important sur la marche de l'entreprise privatisée. S'ajoute à cela le fait que les participations publiques au capital des entreprises privatisées tendent généralement à diminuer après quelques années, à la suite de diverses opérations de restructuration par lesquelles l'État choisit de poursuivre son désengagement patrimonial. On conviendra donc que, comparé aux moyens d'action considérables que procurait à l'État l'existence d'un secteur public industriel développé et diversifié, le bilan des privatisations, en ce qui concerne la présence étatique, ne doit pas être surestimé.

Faut-il alors se résoudre à l'idée que, l'État n'ayant plus vocation à être un entrepreneur important, le droit public économique, qui reposait largement sur cette vocation, est effectivement en voie de disparition ou de banalisation ?

Nous ne le pensons pas.

10. En effet, si l'État disparaît progressivement en tant qu'entrepreneur, un nouveau champ s'offre désormais à une autre forme de présence étatique à

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

3. M. BAZEX, « La privatisation, stade suprême de l'interventionnisme ? », *RFDA* 1994.285.

travers la régulation et le partenariat. Le libéralisme économique a marginalisé l'État entrepreneur ; il justifie aujourd'hui l'émergence de l'État régulateur et partenaire.

La légitimité du recours à la régulation est aujourd'hui très largement admise. Le procédé paraît en effet bien adapté à la libéralisation contemporaine des divers secteurs économiques (communications électroniques, énergie, transports, etc.). Cette unanimité laisse cependant entière la question du contenu précis de la régulation, qui donne lieu à bien des interprétations et controverses.

Beaucoup n'y voient qu'un simple substitut à des mécanismes d'autorégulation des marchés, souvent évoqués, mais plus rarement vérifiés. Il faut bien se résoudre à constater que « *la main invisible* » ne fait pas tout et qu'une discipline est nécessaire dans l'intérêt même du respect de la concurrence. Pour être minimale, cette conception de la régulation n'écarte pas totalement l'État, ne serait-ce que par son choix d'organiser les conditions d'une régulation indépendante dans tel ou tel secteur. Ainsi, il n'est pas indifférent, par exemple, de constater que les conditions dans lesquelles s'effectue actuellement la régulation des communications électroniques par l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) ne sont pas réductibles à celles qui président à l'action de la Commission de régulation de l'énergie (CRE), ou encore à celle de l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER).

Mais on peut estimer aussi que la régulation ne doit pas se limiter à cette vision minimaliste et exclusivement concurrentielle. L'État, précisément parce qu'il n'est plus que marginalement entrepreneur, conserve la responsabilité de veiller à ce qu'il faut bien encore appeler l'intérêt général⁴, même si sa détermination est moins autoritaire qu'autrefois et doit beaucoup aux nouvelles formes de démocratie participative. L'équilibre du territoire, le maintien de certains services publics, la préservation de la cohésion sociale, la protection de l'environnement, la recherche d'un développement durable, le contrôle de la sécurité sanitaire et alimentaire, la prise en compte des droits des générations futures, etc. sont quelques-unes des composantes de cet intérêt général qu'il revient à l'État de faire respecter, soit par le marché, soit en dehors de celui-ci, par une régulation appropriée utilisant une palette variée d'instruments. Ce rôle, y compris dans la dimension économique, peut même être particulièrement important face aux externalités négatives du marché.

Le rôle de la régulation n'est plus alors seulement d'assurer le respect de la concurrence, il consiste à créer, globalement, les conditions d'une conciliation de l'intérêt général avec d'autres finalités animant le marché, voire d'une substitution à celui-ci lorsqu'il est défaillant ou court-termiste – ainsi que l'a rappelé l'épisode récent de crise financière et économique, qui a vu se réactiver momentanément des techniques d'intervention publique directe que l'on pouvait croire tombées en désuétude⁵. Loin d'écarter l'État, la régulation lui offre ainsi un rôle central et un champ d'action paradoxalement élargi, qui l'oblige, certes, à transformer ses

4. Sur la permanence de cette finalité de l'action publique, v. par exemple M. LOMBARD, « Irréductible intérêt général », *AJDA* 2006, Tribune, p. 1809.

5. P. IDOUX, « Le droit public économique vu à travers la crise », *Dr. adm.* 2010, Étude 5 ; « Crise : le retour de l'État », *Regards sur l'Actualité*, n° 262, juin-juillet 2010 ; A. DELON, « La crise financière et les régulations », in T. REVER et L. VIDAL (dir.), *Annales de la régulation*, vol. 2 (2009), IRJS éditions, p. 106 s.

modes d'intervention traditionnels au profit d'actions pragmatiques et finalisées, mais qui pérennise, en la renouvelant, sa présence dans le secteur économique.