

Des garde-fous pour les entreprises publiques

Les entreprises publiques sont tiraillées entre les contraintes de l'État et celles du marché. Le droit constitutionnel ainsi que diverses lois et directives de gouvernance codifient les règles du jeu. *Andreas Lienhard*

Abrégé Dans un régime constitutionnel conçu en principe pour l'économie privée, les entreprises publiques posent un défi particulier. Alors que le monde politique leur demande de se positionner avec succès sur le marché, l'économie privée voit dans leur activité une forme de concurrence déloyale. Cette situation appelle des correctifs juridiques et conceptuels. Ceux-ci émanent notamment du droit constitutionnel économique, du droit de la concurrence, du droit d'organisation et des principes régissant la bonne gouvernance des entreprises publiques. Le débat sur ces entreprises doit tenir compte à la fois de leurs avantages et de leurs handicaps concurrentiels.

Le monde politique demande aux entreprises publiques de se positionner efficacement sur le marché, de trouver de nouveaux débouchés, de rémunérer le capital investi et de générer des rentrées fiscales. Elles doivent, dans le même temps, se développer conformément aux principes de durabilité et assurer un service public de haute qualité, même en cas de baisse ou de suppression des indemnités¹.

Dans les débats sur l'activité économique de l'État, la nouvelle gestion publique (NGP) est souvent présentée comme un moteur et un modèle à suivre. Ce concept, qui s'applique en Suisse aux services de l'administration centrale, viserait avant tout à clarifier les normes de fonctionnement et à encourager une utilisation judicieuse de l'argent public. Or, ce n'est pas le cas : le renforcement de l'activité économique de l'État s'inscrit dans un processus de libéralisation et de déréglementation (partielle) qui contraint les entreprises publiques à affronter la concurrence et à se battre pour rester compétitives².

Bases constitutionnelles

Comme l'activité économique de l'État est en compétition avec le secteur privé et peut même

fausser la concurrence³, un certain nombre d'aménagements doivent être apportés à un dispositif normatif conçu prioritairement pour le secteur privé⁴. En premier lieu, il convient de disposer d'une base juridique conforme aux domaines de compétence qui autorise l'État à exercer une activité économique et lui confère une légitimité démocratique. Des lois spécifiques ont été édictées à cette fin pour les entreprises publiques (par ex. les CFF, la Poste et Swisscom). Les mandats de prestations légaux, qui définissent les activités publiques, à savoir le mandat de service universel et les tâches à effectuer en régime de monopole ou de concurrence, jouent à cet égard un rôle important. Ils précisent également si des activités relevant du secteur privé sont autorisées dans d'autres segments de marché. Le principe suivant prévaut dans ce contexte : les activités économiques de l'État ne sont conformes au droit constitutionnel que si elles répondent à un intérêt public et sont proportionnées au but. Celles qui poursuivent un objectif purement budgétaire ne sont pas autorisées.

On peut se demander si une activité économique de l'État est réellement nécessaire – par exemple en cas de défaillance du marché –, mais cela ne doit pas uniquement être débattue sous l'angle des principes fondamentaux. L'État doit aussi songer, pour des considérations de droit public, à limiter son rôle à des tâches de régulation et de surveillance. En pareil cas, la responsabilité d'émettre des prestations (production par l'État) se transforme en responsabilité de garantie, les prestations étant confiées à l'économie privée. À cet égard, l'attribution des mandats de prestations ou de concessions à des tiers dans une procédure de

1 Cf. Lienhard (2017).

2 Lienhard (2007).

3 Hettich et al. (2017).

4 Art. 5 Cst.; Biaggini et al. (2016), p. 37 ss.



mise en concurrence est une solution envisageable. Il est toutefois évident qu'une telle appréciation juridique peut entrer en conflit avec la faisabilité politique du projet.

L'économie privée doit pouvoir se battre à armes égales

Compte tenu des rentes de monopole et autres avantages concurrentiels potentiels de l'État (garanties juridiques ou de facto de l'État, avantages fiscaux, de financement ou informationnels), d'autres garde-fous constitutionnels doivent être pris en considération. Certes, la liberté économique définie par la jurisprudence du Tribunal fédéral ne protège pas, en principe, l'économie privée contre la concurrence de l'État⁵. Cependant, la neutralité concurrentielle, qui va de pair avec la liberté économique⁶, exige un comportement équitable des entreprises publiques actives sur le marché et interdit les distorsions de concurrence liées aux réglementations. Ainsi, une entreprise publique ne doit pas utiliser des données obtenues grâce à son mandat officiel au profit de ses activités économiques privées sans en faire bénéficier la concurrence aux mêmes conditions.

Un autre correctif s'impose du point de vue du droit de la concurrence⁷ : qu'elles relèvent du droit public ou privé, les entreprises sont soumises à la loi sur les cartels. Certaines sociétés en position dominante peuvent donc avoir des comportements répréhensibles, comme celui d'imposer des prix ou des conditions commerciales inadéquats. Le droit des cartels interdit également les subventions croisées – le prix des activités économiques privées étant systématiquement réduit grâce aux recettes générées par le mandat de service universel – dans les cas où l'interdiction des subventions croisées ne figure pas déjà dans une loi spécifique⁸. La tenue de comptes séparés ou la création d'unités d'organisation spécifiques peuvent pallier cet inconvénient. La loi fédérale sur la surveillance des prix et celle destinée à contrer la concurrence déloyale, qui ciblent notamment les prix abusifs et les méthodes de vente trop agressives, s'appliquent également aux entreprises publiques.

Le gouvernement et le Parlement sont concernés

Outre ces normes relevant du droit économique, divers instruments de pilotage et mécanismes de surveillance du droit organisationnel dynamiques peuvent contribuer à maintenir l'équilibre entre les intérêts politiques et économiques des entreprises publiques : il convient en particulier de citer les objectifs relevant de la stratégie de propriétaire, les contrats de subvention et les possibilités d'exercer une influence par le biais de membres de conseils d'administration (éventuellement mandatés) ou lors d'assemblées générales (en cas de participation majoritaire notamment). À cet égard, les sociétés de droit privé doivent respecter les dispositions impératives du code des obligations⁹. Les acteurs publics sollicités sont les organes exécutifs dans leur rôle de propriétaire et d'acheteur, ainsi que les corps législatifs dans leur mission de supervision. La surveillance tout comme la haute surveillance peuvent et doivent être exercées efficacement non seulement par des unités départementales (administrations des finances, offices compétents, secrétariats généraux), des autorités normatives (Postcom, etc.), des commissions de surveillance ou des services parlementaires, mais aussi par les organes de contrôle des finances¹⁰.

Les bases conceptuelles régissant l'organisation et le pilotage des entreprises publiques dans ce champ de tension entre l'État et le marché, mais aussi le traitement des conflits de rôles potentiels de l'État (tour à tour législateur, régulateur, garant, propriétaire, acheteur et client), existent déjà : l'OCDE a publié en 2005 des lignes directrices sur la gouvernance des entreprises publiques qui ont été actualisées en 2015¹¹. Au niveau de la Confédération, le Conseil fédéral a jeté des bases importantes en 2006, avec son rapport sur le gouvernement d'entreprise. Il a également montré l'impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels dans un autre rapport adopté à la fin de l'année dernière¹². De même, des cantons (Argovie, Bâle-Ville, Zurich) ou des villes (Bienne, Liestal, Baden) codifient l'organisation et la gestion des entreprises publiques. Il convient d'appliquer et de développer ces règles de manière cohérente et ciblée¹³.

5 Art. 27 Cst.; ATF 138 I 378, Glarnersach.

6 Art. 94 Cst.

7 Heinemann (2015).

8 Voir l'art. 19 de la loi sur la poste.

9 Gutzwiller (2017).

10 Lienhard (2009).

11 OCDE (2005/2015).

12 Conseil fédéral (2006); Conseil fédéral (2017).

13 Lienhard/Wichtermann (2015).

Ne pas perdre de vue les désavantages concurrentiels

Rappelons que si les entreprises publiques possèdent certains avantages en matière de concurrence, elles sont également confrontées à des inconvénients de taille. Ainsi, leurs normes de fonctionnement les obligent à vouer une attention particulière à certains aspects de la politique régionale alors que leurs stratégies de propriétaire restreignent leurs engagements à l'étranger. En outre, selon une opinion largement répandue, les entreprises qui assument des tâches publiques seraient subordonnées au respect de droits fondamentaux (comme le principe de l'égalité devant la loi) même lorsqu'elles opèrent dans un contexte de concurrence – alors qu'elles ne sont elles-mêmes pas autorisées à se réclamer de ces droits (p. ex. la liberté économique). De plus, certaines dispositions touchant la structure des salaires ou la composition des conseils d'administration sont susceptibles de réduire leur marge de manœuvre entrepre-

neuriale. Les entreprises publiques sont également soumises à de fastidieuses obligations de rendre des comptes à l'égard de l'exécutif et du Parlement. Enfin, il n'est pas rare que les revenus générés par les activités du secteur privé contribuent à couvrir les coûts générés par la mission de service public – une pratique en soi souhaitable du point de vue de la politique financière. Il convient donc de tenir compte de ces handicaps concurrentiels au moment d'exiger l'équité dans le champ de tension entre l'État et le marché.



Andreas Lienhard

Professeur de droit public et administratif au Centre de compétences en administration publique et à l'Institut de droit public de l'université de Berne.

Bibliographie

- Biaggini Giovanni, Lienhard Andreas, Schott Markus et Uhlmann Felix, *Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes*, 6^e éd., Bâle, 2016.
- Conseil fédéral, Rapport sur l'externalisation et la gestion de tâches de la Confédération. (Rapport sur le gouvernement d'entreprise), 13 septembre 2006, FF2006 8233 ss.
- Conseil fédéral, *État et concurrence: impact des entreprises contrôlées par l'État sur les marchés concurrentiels*, 8 décembre 2017.
- Gutzwiller Roman S., *Die Einflussmöglichkeiten des Staates auf die Strategie einer Aktiengesellschaft mit staatlicher Beteiligung*, Zurich/Saint-Gall, 2017.
- Heinemann Andreas, «Das Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien aus Schweizer Perspektive», dans Bien Florian et Ludwigs Markus (éd.), *Das europäische Kartell- und Regulierungsrecht der Netzindustrien: eine inter- und intradiziplinäre Disziplin*, Baden-Baden, 2015, pp. 205–239.
- Hettich Peter, Kolmar Martin, Hofmann Magnus, Koller Jannick et Mathis Lukas, *Wettbewerbsverzerrungen durch öffentliche Unternehmen, Angewendet auf den Schweizer Telekommunikationsmarkt*, Zurich/Saint-Gall, 2017.
- Lienhard Andreas, «Deregulierung von Marktregulierungen im schweizerischen Bundesverwaltungsrecht», dans Koller Heinrich et al. (éd.), *Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, 2^e éd., Bâle/Francfort, 2007, pp. 335–397.
- Lienhard Andreas, «Grundlagen der Public Corporate Governance», dans Association suisse du droit public de l'organisation ASDPO (éd.), *Droit public de l'organisation – responsabilité des collectivités publiques – fonction publique Annuaire 2008*, Berne, 2009, p. 43 ss.
- Lienhard Andreas, «Zwischen Staat und Markt», *NZZ*, 26 septembre 2017.
- Lienhard Andreas et Wichtermann Jürg, «Public Corporate Governance», dans Bergmann Andreas et al. (éd.), *Praxishandbuch Public Management*, Zurich, 2016, p. 823 ss.
- OCDE, *Lignes directrices de l'OCDE sur la gouvernance d'entreprise des entreprises publiques*, Paris, 2015.