

DE L'ETAT ENTREPRENEUR A L'ETAT PROTECTEUR Articles 152 et 153 du PACTE

Lucien Rapp
Professeur
Directeur de l'IDETCOM
Université Toulouse-Capitole

La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises¹ présente deux particularités notables pour les observateurs attentifs du secteur public productif. La première est liée à son objet qui finit par absorber le texte qui le porte. Il s'agit bien d'un Plan d'Action pour la Croissance et la Transformation des Entreprises (PACTE), dont l'ambition dépasse la forme législative du texte par lequel il a été adopté, en un renversement de situations d'autant plus marquant qu'il a pour conséquence de substituer un masculin (« le PACTE ») au féminin (« la loi PACTE »). En une époque où l'on cherche à corriger l'injustice faite aux femmes par des siècles de domination masculine, jusqu'à la révision de la langue, nul doute que ce résultat ne laissera de susciter le débat ...

La deuxième particularité du texte adopté le 11 avril 2019, tient à sa portée. Le PACTE constitue assurément une étape de l'évolution récente du *Colbertisme à la française*. Elle n'est certes pas la seule et s'inscrit dans un contexte réglementaire, notamment marqué par deux autres textes d'égale importance : le décret n°2018-1057 du 29 novembre 2018 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable² et le règlement (UE) 2019/452 du Parlement européen et du Conseil du 19 mars 2019 établissant un cadre pour le filtrage des investissements étrangers dans l'Union européenne³.

Longtemps, le rôle de l'Etat dans l'économie française s'est limité à celui d'un entrepreneur de biens ou de services. *L'Etat-entrepreneur* se confondait avec les entreprises du secteur public. Ces dernières étaient articulées autour de leurs deux formes juridiques traditionnelles : les établissements publics industriels et commerciaux et les sociétés commerciales. La première était celle de personnes morales de droit public correspondant aux grands services publics nationaux, généralement monopolistiques (l'eau, l'énergie, les transports, les communications). Les secondes, personnes morales de droit privé à participation publique exclusive, majoritaire ou même minoritaire, étaient issues d'opérations de nationalisations ou de regroupements d'entreprises au sein du secteur public. L'Etat y maintenait sa présence au capital pour des raisons principalement politiques, liées à la conduite d'une stratégie industrielle ou financière ou à la mise en place de laboratoires sociaux⁴.

Les vagues de privatisations de la fin des années 80 et surtout du début de la décennie 2000 ont eu raison d'une partie des sociétés nationales ou d'économie mixte qui pour beaucoup d'entre elles étaient déjà gagnées par un mouvement de financiarisation. Il allait transformer le secteur public.

Au cours des années 80, les entreprises publiques avaient créé de nombreuses filiales, s'étaient pour beaucoup d'entre elles constituées en holding d'Etat, gérant et contrôlant un portefeuille de participations financières, avaient formé de puissants groupes publics. C'était à l'Etat de se transformer à son tour. Il le fit au détour du siècle. D'entrepreneur, il devint investisseur. Une agence des participations de l'Etat fût créée. La Caisse des Dépôt et Consignations devint un investisseur institutionnel de long terme au service de l'Etat. Un véhicule financier de prise de participations minoritaires fût mis en place à la manière d'un fonds souverain, le Fonds Stratégique d'Investissement. Le tout fit enfin l'objet au cours des dernières années, de mesures de réorganisation avec la création d'une banque publique d'investissement, la BPI, aujourd'hui structurée autour de ses trois pôles : BPI

¹ JORF 23 mai 2019

² JORF 1^{er} décembre 2018

³ JOUE, 21 mars 2019, n°L79/1

⁴ Sur l'ensemble de ces éléments, voir notamment Jennifer Marchand, *Recherches sur le régime des actions et des participations financières publiques*, Bibliothèque du droit public, n°279, préface L.Rapp, LDGJ, 2014 ; adde Alice Philippe, *Le monopole de fait*, Thèse multigraphiée, Université Toulouse-Capitole, décembre 2018.

Financement (ex-OSEO), BPI Investissement (ex-FSI) et BPI Export (ex-COFACE)⁵. Tel est aujourd'hui l'*Etat-investisseur*.

Depuis quelques mois et en dépit des réserves émises par la Cour de justice de l'Union européenne sur la garantie implicite de l'Etat⁶, la forme juridique de l'établissement public revient en force à la faveur d'opérations de réorganisation d'anciens services publics monopolistiques qu'il faut désormais soutenir pour leur permettre de lutter à armes égales contre des concurrents nationaux et étrangers. La SNCF ou EDF, après avoir été des sociétés commerciales, sont redevenues ou s'apprêtent à redevenir des établissements publics faitiers, gérant et contrôlant des participations financières dans des sociétés portant leurs infrastructures, désormais accessibles aux tiers ou fournissant des services commerciaux sur un marché concurrentiel.

C'est une façon de les aider à se reconstruire dans le respect des règles de concurrence, tout comme l'Etat ne peut se désintéresser d'entreprises privées, exerçant dans des secteurs stratégiques pour l'économie nationale et qui pourraient être la cible d'investisseurs étrangers. Jadis, il en devenait actionnaire, en les nationalisant comme il le fit en 1982. Aujourd'hui, il est respectueux du marché et agit de manière plus subtile, qui le conduit à chercher un nouvel équilibre entre sa participation au capital d'une entreprise et son rôle de régulateur de ses activités.

Voici donc venu le temps de l'*Etat protecteur*, aux côtés de ceux de l'*Etat entrepreneur* et de l'*Etat investisseur*. A l'*entreprise à participation publique*⁷ est substituée l'*entreprise stratégique*, comme la revendication d'une souveraineté économique ou financière, voire numérique s'ajoute, dans le discours public, à celle de la souveraineté politique.

L'originalité de ce colbertisme-là vient de ce qu'il est construit sur un paradoxe : le domaine d'action de l'Etat-protecteur n'a plus de limite, toute entreprise privée étant susceptible de faire l'objet de mesures de protection selon les nécessités de la conjoncture politique, économique ou financière, mais les moyens d'action de l'Etat se sont simplifiées.

Ils sont de deux types : le contrôle des investissements étrangers et l'action spécifique.

Sans surprise, le PACTE intervient sur ces deux instruments juridiques qu'il renforce, sous un chapitre intitulé de manière significative : « *Protéger nos entreprises stratégiques* » pour donner à l'*Etat protecteur*, les moyens de sa politique.

I. PACTE et Régime des investissements étrangers.

Le premier des devoirs de l'*Etat protecteur*, c'est d'empêcher que des entreprises nationales privées évoluant dans des secteurs stratégiques pour l'économie du pays, soient victimes de prédateurs de la part d'investisseurs étrangers. Or, cette éventualité est loin d'être hypothétique dans une économie globale, organisée en un vaste marché ouvert et concurrentiel sur lequel le principe dominant est celui de la libre circulation des capitaux. Et le danger est d'autant plus réel que le prédateur est lui-même une entreprise d'Etat ou un fonds souverain relevant d'un système politique très hiérarchisé, vertébré par un parti dominant.

Bien souvent, la cible est un groupe privé disposant de brevets, d'un savoir-faire, de capacités uniques, auxquels l'Etat n'est pas peut-être pas étranger, qu'il ait accompagné, voire suggéré la restructuration qui l'a créée, favorisé son émergence, par ses aides ou ses outils d'incubation, possédé tout ou partie de son capital social, ultérieurement privatisé. Ce groupe évolue désormais hors du contrôle de l'Etat. Il en devient vulnérable. Quels que soient son degré d'ouverture au capital étranger ou ses engagements internationaux, l'Etat ne peut se résoudre à le laisser passer sous contrôle étranger et

⁵ Sur l'ensemble de ces réformes voir notamment nos analyses in Lamy Droit Public des affaires, 2019, n°660 et s.

⁶ CJUE, 3 avril 2014, France c/ Commission, aff. C-559/12 P ; CJUE, 13 septembre 2018, Commission c/ République française et IFP Énergies nouvelles, aff. C-438/16

⁷ Selon l'expression introduite par l'ordonnance modifiée n°2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique (JO 23 août 2014)

qui sait à terme, découpé à l'encan, au prix d'une destruction nette d'emplois, d'une érosion de bases fiscales, d'une évaporation de matière grise.

C'est pourquoi dès 2005⁸, sous couvert de « *patriotisme économique* », et sans remettre en cause pour autant, le principe posé à l'article L151-1 du Code monétaire et financier selon lequel les relations financières entre la France et l'étranger sont libres, le gouvernement a entrepris de définir une liste de secteurs dits sensibles dans lesquels il soumet à son autorisation les investissements étrangers en France. Le décret dit Villepin du 30 décembre 2005 définit tout à la fois les opérations soumises à autorisation et les investisseurs étrangers qui y sont assujettis. Il s'autorise des dispositions du Traité de l'Union européenne⁹ et du Code monétaire et financier qui les reprend¹⁰ et qui prévoit la possibilité pour le gouvernement de soumettre à son autorisation les opérations et les secteurs dans lesquelles elles sont conduites, susceptibles de « *porter atteinte à l'ordre public, à la sécurité publique et aux intérêts de la défense nationale* ». Cette liste a été complétée et singulièrement élargie par le décret du 14 mai 2014¹¹, plus connu sous la dénomination de « *Décret Montebourg* » ou encore « *Décret Alstom* ». Pris en effet dans le contexte d'une opération sensible concernant le groupe Alstom, ce décret étend le champ de l'autorisation préalable aux secteurs réglementés de l'énergie, des transports et des communications électroniques.

Le décret du 29 novembre 2018 complète ce dispositif, en intégrant une nouvelle liste de secteurs stratégiques, à commencer par le secteur spatial.

Le contrôle des investissements étrangers en France s'est à ce point institutionnalisé qu'au motif de simplification des formalités des entreprises, un décret du 10 mai 2017¹² a supprimé, dans l'intervalle, la procédure de déclaration administrative qui précédait, alternativement au mécanisme de l'autorisation préalable, au profit d'une déclaration de réalisation. Elle permet à la direction du Trésor d'être informée des opérations conduites par des investisseurs étrangers sur le territoire français et de pouvoir réagir¹³.

Encore était-il nécessaire de donner au ministre de l'économie et des finances, au-delà de la nécessité de son autorisation, les moyens de contraindre l'investisseur étranger qui refuse de s'y soumettre à son respect

L'article 152 du PACTE complète ce dispositif, en renforçant les prérogatives du ministre. Il introduit dans la partie législative du Code monétaire et financier deux nouveaux articles : les articles L153-3-1 et L153-3-2.

L'article L153-3-1 « *muscle* » selon la terminologie utilisée lors de la présentation du texte de la loi à la presse, le pouvoir d'injonction du Ministre à l'égard d'un investisseur étranger assujetti au régime d'autorisation et qui ne s'est pas rapproché de la direction du Trésor, comme il le devait. Ce pouvoir lui permet désormais de le contraindre au dépôt d'une demande formelle d'autorisation, sous astreinte, de faire rétablir à ses frais la situation antérieure ou de modifier son investissement.

Ce pouvoir d'injonction est d'autant plus efficace qu'il est assorti de la possibilité pour le Ministre de prendre toute une série de décisions nouvelles dans l'intérêt national, parmi lesquelles la faculté de

- suspendre les droits de vote attachés à la fraction des parts sociales acquises par l'investisseur direct étranger,
- interdire la distribution des dividendes qui y correspondent,
- suspendre, restreindre ou interdire temporairement la libre disposition des titres détenus ;

⁸ Décret n° 2005-1739 du 30 décembre 2005 réglementant les relations financières avec l'étranger et portant application de l'article L. 151-3 du code monétaire et financier, JORF 31 décembre 2005.

⁹ TFUE, Article 64

¹⁰ Code monétaire et financier, art. L151-2 et L151-3

¹¹ Décret n° 2014-479 du 14 mai 2014 relatif aux investissements étrangers soumis à autorisation préalable, JORF 15 mai 2014

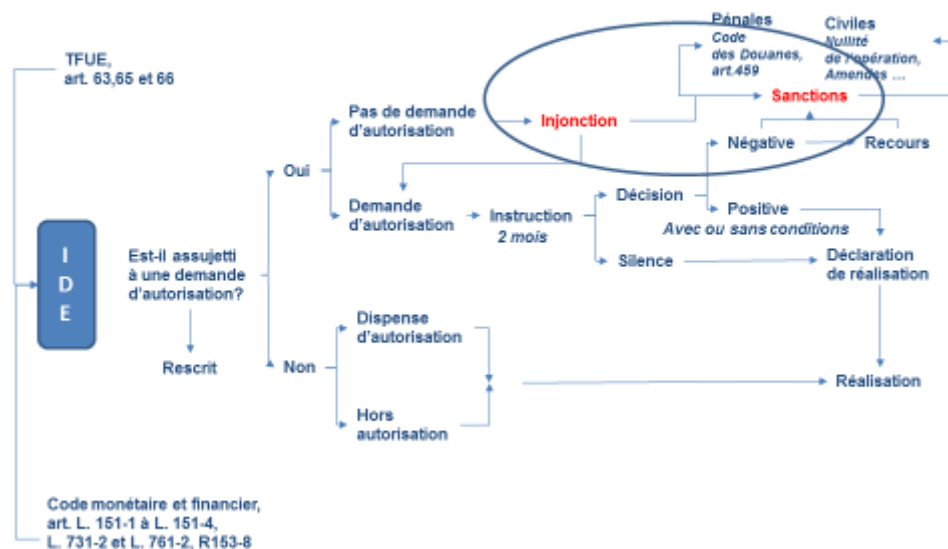
¹² Décret n° 2017-932 du 10 mai 2017 portant diverses mesures de simplification pour les entreprises, JORF 11 mai 2017

¹³ Sur l'ensemble de ces éléments, voir not. Pascal Bine Investissements étrangers. Les tendances de fond en matière de contrôle des investissements étrangers, JCP 2018 n°405

- désigner un mandataire ad hoc chargé de veiller au sein de l'entreprise-cible à la protection des intérêts nationaux.

L'article L153-3-2 renforce les sanctions qui peuvent être prononcées, en cas de réalisation d'une opération sans autorisation préalable, d'obtention d'une autorisation préalable par fraude, de manquement aux conditions d'une autorisation assortie d'obligations ou de non-respect d'une injonction. Ces infractions sont passibles d'une amende dont le montant peut atteindre la plus forte des trois sommes qui suivent : le double du montant de l'investissement irrégulier, 10% du chiffre d'affaires hors taxe annuel de l'investisseur ou du groupe auquel il appartient ou 5M€ (s'il s'agit d'une personne morale)/1M€ (s'il s'agit d'une personne physique). Ces sanctions viennent s'ajouter aux sanctions pénales telles que prévues par le Code des douanes (art.459) et surtout aux sanctions civiles, à commencer par la nullité de l'opération d'investissement réalisée sans autorisation.

Le tableau reproduit ci-dessous retrace la procédure d'autorisation telle que prévue par le Code monétaire et financier et met en évidence le caractère central des dispositions qui précèdent relatives aux pouvoirs d'injonction et de sanction, désormais reconnus au ministre chargé de l'économie et des finances.



Ce renforcement des pouvoirs du ministre compétent s'inscrit désormais dans un contexte institutionnel en cours de transformation.

A la faveur du PACTE, le Parlement français a retrouvé droit de cité dans le régime de contrôle des investissements étrangers puisque le texte de la loi adoptée le 19 avril 2019 fait obligation au Gouvernement de transmettre chaque année aux présidents des commissions chargées des affaires économiques et aux rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée, un rapport portant sur l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, ainsi qu'en matière de contrôle des investissements étrangers dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 151-3. Ce rapport est documenté. Il comporte

« 1° Une description de l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des intérêts économiques, industriels et scientifiques de la Nation, notamment des mesures prises en matière de sécurité économique et de protection des entreprises stratégiques, des objectifs poursuivis, des actions déployées et des résultats obtenus ;

« 2° Des informations relatives à la procédure d'autorisation préalable des investissements étrangers dans une activité en France, comprenant notamment des éléments détaillés relatifs au nombre de

demandes d'autorisation préalables adressées au ministre chargé de l'économie, de refus d'autorisation, d'opérations autorisées, d'opérations autorisées assorties de conditions », ainsi que tous éléments relatifs à l'exercice par le ministre de son pouvoir de sanction

Les présidents des commissions chargées des affaires économiques et les rapporteurs généraux des commissions chargées des finances de chaque assemblée peuvent en retour conjointement entendre les ministres compétents, le commissaire à l'information stratégique et à la sécurité économiques et les directeurs des administrations centrales concernées, accompagnés des collaborateurs de leur choix, dans leurs champs de compétences respectifs. Ils peuvent encore procéder à toutes investigations, sur pièces et sur place, de l'action du Gouvernement en matière de protection et de promotion des investissements étrangers en France.

Plus encore, les dispositifs nationaux de contrôle des investissements étrangers seront dès la fin de l'année 2020, renforcés par un mécanisme de filtrage des investissements étrangers dans l'Union européenne. Ce mécanisme résulte d'un règlement européen adopté le 14 février 2019 (Règlement (UE) n°2019/452 du 19 mars 2019). Avec ce règlement, le droit européen s'enrichit d'une définition de l'investissement direct étranger (art.1), qui lui faisait défaut : *« les investissements de toute nature auxquels procède un investisseur étranger et qui visent à établir ou à maintenir des relations durables et directes entre l'investisseur étranger et l'entrepreneur ou l'entreprise à qui ces fonds sont destinés en vue d'exercer une activité économique dans un État membre, y compris les investissements permettant une participation effective à la gestion ou au contrôle d'une société exerçant une activité économique »*. Cette définition insiste sur les deux caractères de l'investissement direct étranger qui le distinguent de l'investissement de portefeuille, à but généralement spéculatif : son caractère durable et l'intention de l'investisseur de participer aux organes de gouvernance et/ou à la gestion de la société-cible. Le cadre juridique pour les dispositifs de filtrage nationaux ou européen comporte désormais une énumération des quatre facteurs qui peuvent être pris en considération par les Etats : infrastructures critiques, technologies critiques, sécurité et approvisionnement en intrants essentiels, accès à des informations sensibles (art.4). Le nouveau règlement européen impose quelques éléments de procédure susceptibles de donner des garanties aux investisseurs étrangers qui y sont soumis (art.6) : objectivité, transparence, non-discrimination, faculté de recours contre les décisions des autorités nationales de contrôle. Le cadre qu'il fixe inclut également l'obligation faite aux Etats qui ont mis en place des dispositifs de filtrage d'en notifier l'existence à la Commission et de lui adresser un rapport annuel sur son application (art.7). Un dispositif de coopération entre Etats-membres (art.8) vise à assurer la circulation de l'information entre les Etats-membres, en faisant naître l'obligation pour l'Etat qui déclenche son dispositif national de filtrage d'en informer la Commission, dans un délai de 5 jours ouvrables à compter du début du filtrage et en mettant en place des procédures d'information, d'intervention ou d'assistance mutuelles, par exemple de l'Etat qui s'estime concerné par les décisions de celui qui a déclenché sa procédure de contrôle national pour que le premier puisse faire connaître ses propres observations au second ou encore de la Commission elle-même pour les investissements qu'elle estime susceptible de porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public d'un ou de plusieurs Etats-membres. Enfin la Commission elle-même est investie de compétence pour filtrer les investissements susceptibles de porter atteinte à des projets ou des programmes présentant un intérêt pour l'Union (art.9). Il s'agit d'un dispositif original qui ne dépossède pas les Etats de leurs pouvoirs de contrôle respectifs sur le fondement de leurs dispositifs nationaux et reste sans équivalent avec eux. Il confère seulement à la Commission la faculté d'émettre un avis à l'Etat dans lequel l'investissement direct étranger est prévu ou a été réalisé. Cet avis lui est communiqué *« dans un délai raisonnable »* indique le texte de l'article 9 du Règlement et au plus tard, 25 jours ouvrables après réception de la part de l'Etat hôte de l'investissement des informations qui lui ont été demandées par la Commission pour émettre son avis.

II. PACTE et Régime de l'action spécifique

Une *entreprise stratégique* ne se reconnaît pas seulement au secteur d'activité dans lequel elle évolue et qui justifie un régime d'autorisation des opérations d'investissement dont elle peut faire l'objet de la part d'investisseurs étrangers. Elle peut être une entreprise à participation publique, dans laquelle l'Etat n'est plus qu'un actionnaire minoritaire, bien souvent en deçà de la minorité de blocage. Il fût un temps où même actionnaire minoritaire, l'Etat pouvait revendiquer le bénéfice d'actions de préférence à droits de vote double ou parfois triple. Ce temps est révolu : l'Etat entend se comporter comme un actionnaire ordinaire et quand il l'oublierait, le droit de la concurrence qui lui est applicable, est là pour le lui rappeler.

Protéger une entreprise dont on n'est plus qu'un actionnaire minoritaire peut dès lors se révéler une gageure, si l'on souhaite exercer ses prérogatives dans le respect des règles du marché. L'Etat ne peut oublier que s'il en est désengagé, en cédant tout ou partie de ses actions, l'activité de l'entreprise dont il s'agit est à ce point importante pour la souveraineté nationale, qu'elle a justifié à un moment de son histoire, sa présence majoritaire - sinon exclusive - dans le capital social.

Le PACTE met en œuvre un programme de privatisation. Il concerne trois des quatre-vingt-une entreprises publiques gérées par l'Agence des Participations financières de l'Etat. Non des moindres : ADP, La Française des Jeux et Engie. La cession des participations qu'en détient l'Etat dans le capital, est présentée comme relevant d'une opération de redéfinition de son portefeuille et au-delà de ce portefeuille et de sa gestion patrimoniale, de son rôle comme Etat-actionnaire. L'Etat n'entend rester au capital que d'entreprises qui contribuent à la souveraineté nationale, notamment dans le secteur énergétique, assurent des services publics pour garantir la qualité du service fourni à l'utilisateur, relèvent de l'ordre public économique dont il est le gardien. Ces cessions s'inscrivent en outre dans le cadre d'opérations délicates de gestion budgétaire, qui permettront à l'Etat de se désendetter tout en assurant le financement de l'innovation nécessaire au développement de l'économie nationale.

La privatisation d'ADP répond à un double objectif d'opportunité financière puisque le rendement de sa participation est suffisamment significatif pour attirer des investisseurs et d'impasse financière, puisque la stratégie de développement d'ADP requiert sa recapitalisation. L'Etat peut abandonner la totalité de ses participations financières parce qu'il continuera à exercer son contrôle sur le fonctionnement de l'entreprise via la concession domaniale qu'il lui consent et la réglementation de l'activité de transport aérien. Le contrôle de l'Etat par la régulation de l'entreprise est ici préféré à celui que donne sa présence à son capital.

Celle de *La Française des Jeux* répond à un objectif différent. L'entreprise est confrontée à la nécessité de sa modernisation pour faire face à la concurrence ainsi qu'à de profondes mutations sectorielles. Elles appellent des investissements importants qui justifient l'élargissement de son capital et l'entrée de capitaux nationaux ou étrangers. Cet élargissement autant que cette entrée ne peuvent en aucune façon signifier le retrait de l'Etat d'une activité qui implique sa police et au-delà de cette police, le maintien d'un régime de monopole. L'Etat conservera une participation minoritaire, pour lui permettre de participer de l'intérieur à la gouvernance de l'entreprise privatisée, cependant qu'une autorité indépendante exercera sa vigilance sur le respect de ses obligations statutaires. Sans lui être totalement substituée, le contrôle de l'entreprise par sa régulation extérieure renforcera les prérogatives que l'Etat-actionnaire continuera d'exercer de l'intérieur.

La cession de la participation minoritaire de l'Etat (24,1%) dans le capital d'Engie s'inscrit, à la vérité, dans le cadre d'une réorganisation du groupe EDF, dont l'entreprise-mère devrait, à terme, redevenir un établissement public industriel et commercial, exerçant son contrôle sur deux ensembles d'actifs industriels, les uns regroupant les infrastructures de transport et de distribution, les autres fédérant autour d'Engie, toutes les activités commerciales du groupe. S'agissant d'une entreprise évoluant dans un secteur sensible, aujourd'hui très largement déréglementé, le contrôle de l'Etat sur l'entreprise est requis ; il s'exercera, au moins dans une phase intermédiaire, à travers une *action spécifique* introduite dans le capital de l'entreprise. Régulation et participation au capital se rejoignent au point de se confondre, l'une et l'autre identifiant cet *Etat-protecteur* qui est le nouveau visage du colbertisme français.

L'*action spécifique* est l'homologue français de la *golden share* britannique¹⁴. Alors qu'en apparence tout au moins, rien ne la distingue des autres actions, à la différence des actions de préférence, elle est spécifique en ce qu'elle confère à son titulaire certains droits énumérés par l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique. Au nombre de ces droits figure le pouvoir donné au ministre chargé de l'économie de s'opposer aux décisions de cession d'actifs ou de certains types d'actifs de la société ou de ses filiales ou d'affectation de ceux-ci à titre de garantie.

Pour preuve, un décret n° 2015-1482 du 16 novembre 2015 pris pour l'application de l'article 31-1 de l'ordonnance n° 2014-948 du 20 août 2014 relative à la gouvernance et aux opérations sur le capital des sociétés à participation publique modifiée et relatifs à certains des droits attachés à l'action spécifique¹⁵ est venu en modifier profondément le régime. D'abord en permettant son introduction dans les filiales et sous filiales des entreprises du secteur public. Ensuite en liant les prérogatives qu'elle confère à des actifs industriels ou financiers et non, à des entreprises. Mais plus encore, en faisant en sorte que toute action ordinaire détenue par l'Etat dans une société à participation publique, puisse devenir une action spécifique « *lorsque la protection des intérêts essentiels du pays est en jeu* ».

Sans surprise, le PACTE perfectionne cet instrument juridique de l'Etat-protecteur, en contribuant à son efficacité. Il en précise tout d'abord le contenu en indiquant que le pouvoir que l'action spécifique confère à son titulaire est celui de s'opposer, dans des conditions fixées par voie réglementaire, aux décisions qui seraient de nature à porter atteinte aux intérêts essentiels du pays, ayant pour effet, directement ou indirectement, de :

- céder, apporter ou transmettre, sous quelque forme que ce soit, y compris par dissolution ou fusion, des actifs ou types d'actifs de la société ou de ses filiales ;
- modifier les conditions d'exploitation des actifs ou types d'actifs ou d'en changer la destination
- affecter ces actifs ou types d'actifs à titre de sûreté ou garantie.

Il en limite ensuite la portée pour que l'introduction d'une action spécifique dans le capital d'une entreprise à participation financière publique reste compatible avec les engagements internationaux de la France et notamment avec les principes généraux de l'Union européenne et ses règles de concurrence : tous les cinq ans, l'Etat apprécie si les droits attachés à l'action spécifique sont nécessaires, adéquats et proportionnés à l'objectif de protection des intérêts essentiels du pays.

Il introduit dans le dispositif juridique de l'action spécifique un droit de suite au cas de scission, fusion ou cession, apport ou transmission d'actifs à une filiale, sous quelque forme que ce soit.

Ainsi réorganisé, le régime de l'action spécifique est appelé à constituer le nouveau marqueur de l'Etat-protecteur.

Il y a plus d'un siècle désormais Léon Duguit défendait l'existence d'une « *échelle de la domanialité* »¹⁶, qu'il faut comprendre comme un degré de publicisation plus ou moins marqué de leur régime juridique selon la nécessité de leur protection. Plus les biens dont il s'agit sont indispensables à l'exercice des missions essentielles de l'Etat et plus leur protection est requise par un régime juridique adéquate, qui peut aller jusqu'à leur sanctuarisation sous un régime d'inaliénabilité. Moins ils le sont ou et moins ce type de précautions juridiques se justifie. La subtilité de la théorie de l'échelle de domanialité tient au fait que ce régime de protection est évolutif dans le temps, ce qui explique qu'un bien désaffecté retrouve le régime de droit commun. Il doit en aller de même d'un bien indispensable, mais dont le régime de protection est assuré par d'autres règles ou d'autres techniques juridiques qui garantissent sa pérennité au service de l'intérêt général, sans que cette dernière passe par un régime d'inaliénabilité. C'est tout le sens d'une partie de la jurisprudence récente sur les biens de retour dans les contrats de concession.

Le PACTE construit une échelle équivalente, ouvrant ainsi deux solutions alternatives à la propriété du capital d'une entreprise stratégique nécessairement coûteuse pour les finances publiques : celle de son contrôle *de l'extérieur*, principalement par la protection de son capital contre toute tentative de

¹⁴ Lamy Droit public des affaires, 2019, op. cit. n°711

¹⁵ JORF 17 novembre 2017

¹⁶ Les Transformations du droit public, 1913

prédation extérieure et celle de son contrôle *de l'intérieur* par le jeu des prérogatives que confère l'action spécifique.

Lucien Rapp