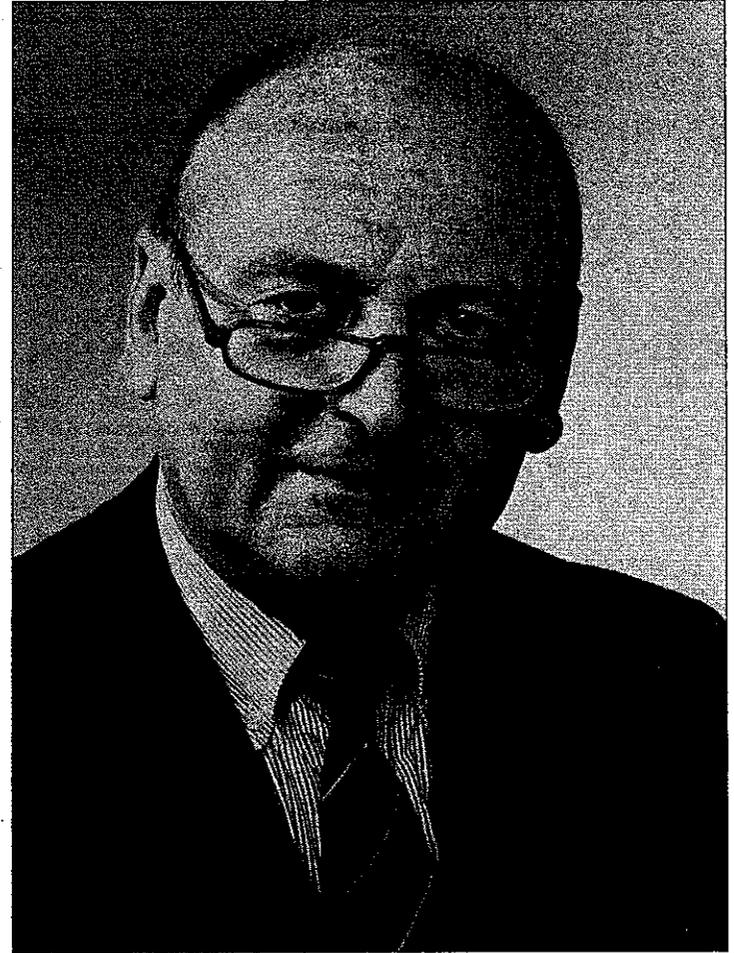


- Yepes, J. M., *La codificación del derecho internacional americano y la Conferencia de Río de Janeiro*, Bogotá, 1927.
- , *El panamericanismo y el derecho internacional*, Bogotá, 1930.
- , « La contribution de l'Amérique latine au développement du droit international public et privé », *Recueil des cours*, tome 32 (1930-II), pp. 691-799.
- , « Les problèmes fondamentaux du droit des gens en Amérique », *Recueil des cours*, tome 47 (1934-I), pp. 1-143.

LES PRIVATISATIONS EN DROIT COMPARÉ  
ET EN DROIT INTERNATIONAL (PRIVÉ)

par

BERND VON HOFFMANN



**B. VON HOFFMANN**

## TABLE DES MATIÈRES

Avant-propos . . . . .	241
Chapitre I. Introduction . . . . .	245
I. La situation générale des entreprises d'Etat . . . . .	245
1. L'entreprise publique . . . . .	245
2. Le débat politique de la privatisation . . . . .	247
3. La dérégulation . . . . .	248
a) Aux Etats-Unis d'Amérique . . . . .	248
b) Dans d'autres pays . . . . .	248
II. Les mouvements de privatisation . . . . .	249
1. L'Europe occidentale . . . . .	249
a) L'Angleterre . . . . .	250
b) La France . . . . .	251
2. Les pays ex-socialistes . . . . .	252
a) La situation actuelle . . . . .	252
b) Les expériences pratiques . . . . .	255
3. L'Allemagne de l'Est . . . . .	256
4. Les pays en voie de développement . . . . .	258
III. La privatisation des services publics internationaux . . . . .	260
1. L'utilisation commerciale des satellites de télécommunication . . . . .	261
2. Le tunnel sous la Manche . . . . .	262
IV. La notion de privatisation . . . . .	264
1. La privatisation au sens large . . . . .	264
2. La privatisation formelle . . . . .	265
3. La privatisation au sens étroit . . . . .	266
Chapitre II. Les techniques de privatisation . . . . .	268
I. Les structures juridiques des entreprises publiques . . . . .	268
1. L'incorporation dans l'administration publique . . . . .	268
2. L'établissement public . . . . .	269
3. La personne juridique de droit privé . . . . .	269
4. La forme juridique et le contrôle . . . . .	270
II. Les étapes de la privatisation . . . . .	271
1. La décision politique . . . . .	272
2. La détermination des autorités compétentes et l'évaluation . . . . .	273
3. Les méthodes de commercialisation . . . . .	273
4. Conclusions : le droit applicable aux privatisations . . . . .	275
Chapitre III. L'accès des étrangers aux entreprises privatisées . . . . .	278
I. Considérations générales . . . . .	278
1. Le statut des étrangers . . . . .	278
2. La détermination de la nationalité des personnes morales . . . . .	279
3. La privatisation et les étrangers . . . . .	279

II. Les restrictions dans les droits nationaux . . . . .	279
1. L'Allemagne . . . . .	279
2. La Hongrie, la Tchécoslovaquie, la Pologne . . . . .	279
3. L'Angleterre . . . . .	280
4. La France . . . . .	281
III. Le droit de la Communauté économique européenne . . . . .	283
Chapitre IV. Les questions du droit international privé . . . . .	286
I. La vente de titres de société . . . . .	286
1. Le changement d'actionariat et l'identité de la société . . . . .	286
2. Les dettes des sociétés et le changement d'actionariat . . . . .	287
3. Le droit applicable . . . . .	288
II. La vente d'entreprise proprement dite . . . . .	289
1. L'entreprise . . . . .	289
2. Le droit de travail . . . . .	289
3. Le placement des titres nationaux sur les marchés étrangers . . . . .	291
Chapitre V. Les résultats . . . . .	294
Bibliographie . . . . .	296

## NOTICE BIOGRAPHIQUE

*Bernd von Hoffmann*, né en 1941 à Schlackenwerth/Karlsbad (Allemagne).  
 Etudes de droit à Heidelberg, à Aix-en-Provence et à Munich (1961-1966).  
 Assistant du professeur Firsching à l'Université de Ratisbonne (1966-1971).  
 Maître de recherche à l'Institut Max-Planck de droit étranger et de droit international privé, Hambourg (1971-1979). *Visiting Fellow*, European Law Programme, Wolfson College, Cambridge (1977).  
 Observateur de la Chambre de commerce internationale à la quatorzième Conférence de La Haye de droit international privé (1980).  
 Professeur ordinaire de droit civil, de droit international privé et de droit comparé à l'Université de Trèves (depuis 1979).  
 Membre du Conseil allemand de droit international privé; de la Société allemande de droit international (vice-président); de l'Institute of International Business Law and Practice (*corresponding member*), Paris; du Comité de direction de l'Institut allemand de l'arbitrage; de la Commission de l'arbitrage international; de la Chambre de commerce internationale, Paris; de la Commission pour l'Europe du premier ministre de la Rhénanie-Palatinat (1989-1990); du Curatorium de l'Institut universitaire international du Luxembourg.

## PRINCIPALES PUBLICATIONS

- Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit. Die Bestimmung des massgeblichen Rechts* (1970), 143 pages.
- «Zur Auslegung von Formularbedingungen des internationalen Handelsverkehrs», *AWD*, 1970, pp. 247-253.
- «Vertragsannahme durch Schweigen im internationalen Schuldrecht», *RabelsZ*, 36 (1972), pp. 510-525.
- «Das EWG-Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen. Anwendungsbereich und internationale Zuständigkeit», *AWD*, 1973, pp. 57-64.
- «Über den Schutz des Schwächeren bei internationalen Schuldverträgen», *RabelsZ*, 38 (1974), pp. 755-782.
- Das spanische Aktienrecht*. Introduction de B. von Hoffmann; traduction de G. von Waldheim et B. von Hoffmann, 3<sup>e</sup> éd., 1975 (*Ausl. Aktiengesetze*, vol. 2).
- «General Report on Contractual Obligations», dans O. Lando, B. von Hoffmann, K. Siehr (éd.), *European Private International Law of Obligations* (1975), pp. 1-41 (*Mater z. ausl. und intern. Privatrecht*, vol. 23).
- «Das neue spanische IPR», *RabelsZ*, 39 (1975), pp. 647-691 (avec A. Ortiz-Arce).
- «UNCITRAL Rules für internationale Schiedsverfahren», *RWI/AWD*, 1976, pp. 1-7.
- «Verträge über gewerbliche Schutzrechte im internationalen Privatrecht», *RabelsZ*, 40 (1976), pp. 208-218.
- «Zur internationalen Joint Venture», dans *Festschrift Martin Luther* (1976), pp. 203-212 (avec K. Zweigert).
- «El nuevo sistema español de derecho internacional privado», *Revista Española de Derecho Internacional*, 30 (1977) pp. 59-89.
- «Das Recht des Grundstückskaufs. Eine rechtsvergleichende Untersuchung», *Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, 47, publication du Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1982, 314 pages.
- «Assessment of the EEC Convention from a German Point of View», dans P. M. North (éd.), *Contract Conflicts*, North Holland Publishing Company, 1982, pp. 221-235.
- «Gegenwartsprobleme internationaler Zuständigkeit», *IPRax*, 1982, pp. 217-222.
- «Das auf die Geschäftsführung ohne Auftrag anzuwendende Recht», *Vorschläge und Gutachten zur Reform des deutschen internationalen Privatrechts der ausservertraglichen Schuldverhältnisse vorgelegt im Auftrag der Zweiten Kommission des Deutschen Rates für internationales Privatrecht* (éd.: Ernst von Caemmerer), J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, pp. 80-96.
- «Staatsunternehmen im internationalen Privatrecht», dans *Staatsunternehmen im Völkerrecht und im internationalen Privatrecht* (State Enterprises in Public and Private International Law), Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, vol. 25, C. F. Müller, Heidelberg, 1984, pp. 35-74.
- «Deliktischer Schadensersatz im internationalen Währungsrecht — zugleich ein Beitrag zum Währungsrecht der Wertschulden», *Festschrift für Karl Firsching zum 70. Geburtstag*, pp. 125-141, C. H. Beck, Munich, 1985 (éd.: Dieter Henrich, Bernd von Hoffmann).
- «Passing of Risk in International Sales of Goods», dans *International Sale of Goods, Dubrovnik Lectures* (éd.: Petar Sarcevic, Paul Volken), Oceana Publications, Inc., New York (1986), pp. 265-303.

- «Grundsätzliches zur Anwendung der "lex mercatoria" durch internationale Schiedsgerichte», dans *Festschrift für Gerhard Kegel zum 75. Geburtstag*, W. Kohlhammer, Stuttgart (1987) (éd.: H.-J. Musielak, K. Schurig), pp. 215-233.
- «Mehrparteienschiedsgerichtsbarkeit und internationale Handelskammer», dans *Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag*, Aschendorff, Münster (1987) (éd.: W. J. Habscheid, K. H. Schwab), pp. 112-122.
- «Gewährleistungsansprüche im UN-Kaufrecht — verglichen mit dem EGK und BGB», dans *Einheitliches Kaufrecht und nationales Obligationsrecht, Referate und Diskussionen der Fachtagung Einheitliches Kaufrecht am 16.11.7.1987*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden (1987) (éd.: Peter Schlechtriem), pp. 293-303.
- «International Construction Arbitration», dans *Essays on International Commercial Arbitration* (éd.: Petar Sarcevic), Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, Londres, Dordrecht, Boston (1989), pp. 223-240.
- «Inländische Sachnormen mit zwingendem internationalem Anwendungsbereichs», *IPRax*, pp. 261-271.
- «Produkthaftung des Importeurs und Freihandel», dans *Conflicts et harmonisation/Kollision und Vereinheitlichung/Conflicts and Harmonization. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck à l'occasion de son soixante-cinquième anniversaire*, faculté de droit de l'Université, Editions universitaires de Fribourg (Suisse), 1990, pp. 770-786.
- «Internationales Privatrecht im Einigungsvertrag», *IPRax*, 1991, pp. 1-10.
- «Internationales Schuldrecht II» (Délits internationaux), dans J. von Staudingers, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. EGBGB, Dd Ic*, 10<sup>e</sup>, 11<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> éd., 1992, 446 pages.
- «Das Rechtssystem: Zwischen Common Law und Civil Law», dans *Kanada: Eine interdisziplinäre Einführung* (éd.: H. Braun, W. Kloß), WVT — Wissenschaftlicher Verlag Trier (1992), pp. 89-103.
- «Kommentierung Art. 27-37 EGBGB» (Contrats internationaux), dans *Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch: mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 12<sup>e</sup> éd. (sous presse).

## AVANT-PROPOS\*

La notion de «privatisation» est un slogan de la langue courante actuelle. C'est un néologisme d'origine américaine qui se trouve dans les dictionnaires depuis le début des années quatre-vingt<sup>1</sup>.

Ce slogan décrit un mouvement de la politique économique récente et actuelle, une véritable révolution — ou contre-révolution — dans le rapport entre l'Etat et l'économie.

Lorsque j'ai reçu l'invitation de donner un cours à La Haye sur «les privatisations en droit international» je ne savais pas ce qu'étaient les rapports entre la privatisation en tant que phénomène de l'économie politique et le droit international. Je me demandais aussi s'il correspondait au style d'une institution aussi classique et vénérable que l'Académie de droit international de traiter un sujet qui peut susciter des controverses plutôt politiques que savantes, la vocation de l'Académie étant «de tenir compte de l'intérêt d'actualité des problèmes juridiques internationaux»<sup>2</sup>. Les savants du droit international, d'ailleurs, ont négligé le sujet de la privatisation.

Certainement la privatisation intéresse le juriste. Il est nécessaire de transformer les décisions politiques en lois pour réaliser la privatisation.

La privatisation est un phénomène international sous plusieurs aspects. D'abord les idées politiques sont comme les maladies contagieuses: on ne peut pas les enfermer dans les frontières nationales. Il existe un transfert international des idées, ainsi que des techniques juridiques de privatisation. Il revient au *droit comparé* de décrire cette harmonisation des techniques juridiques.

Est-ce que ce mouvement global intéresse aussi le *droit international*? On pourrait en douter. D'abord il faut se demander ce que l'on comprend par droit international. Suivant la terminologie classique le *droit international public* s'occupe des rapports entre les

\* Dans le remaniement du manuscrit pour l'impression, l'auteur a bénéficié de la collaboration de M<sup>lle</sup> Christine Macha. La dactylographie a été l'œuvre soignée de M<sup>me</sup> Bärbel Krafczyk.

1. Cf. E. Smith, «Remarques sur la notion de "privatisation"», *J. soc. légis. comp.*, 12 (1990), pp. 344 ss.

2. Voir *Recueil des cours*, tome 226 (1991-I), p. 6.

Etats, mais non pas des rapports entre les Etats et les particuliers<sup>3</sup>; le droit international privé, lui, s'occupe des rapports entre les particuliers<sup>4</sup>. La privatisation concerne la délimitation du rôle respectif de l'Etat et des particuliers dans la gestion de l'économie. Les rapports entre l'Etat et les particuliers échappent aussi bien au droit international public qu'au droit international privé. On peut argumenter que la décision sur la privatisation et sur sa mise en œuvre est une question de droit national — laissée à l'appréciation souveraine de l'Etat concerné — qui n'est soumise à aucun contrôle du droit international public. On peut renforcer cette position du désintérêt du droit international par un renvoi à la pratique internationale: dans le monde d'après 1945 il y a une coexistence entre les systèmes économiques des Etats capitalistes et socialistes<sup>5</sup>. Néanmoins, il me semble qu'il y a deux tendances qui tirent dans deux sens contraires. L'une c'est le débat sur les droits de l'homme. La société internationale montre un certain intérêt aux rapports entre l'Etat et les particuliers<sup>6</sup>. Les droits de l'homme — aujourd'hui — limitent l'omnipotence de l'Etat vis-à-vis de ses citoyens. L'objet principal sont les libertés publiques, y inclus la protection de la propriété.

L'autre tendance de l'emprise du droit international public peut être décrite par la formule du «nouvel ordre économique international»<sup>7</sup>. S'il y a des principes de droit international public qui mettent des limites à la souveraineté étatique on peut concevoir que le droit international public donne un cadre qui définit les activités économiques qui sont des activités d'Etat proprement dites et celles qui sont des activités de particuliers, même si ces dernières sont exercées par une entreprise étatique<sup>8</sup>.

3. L. Henkin, «International Law: Politics, Values and Functions», *Recueil des cours*, tome 216 (1989-IV), p. 21.

4. Voir B. Audit, *Droit international privé*, Paris (1991), n° 7.

5. D. Carreau, T. Flory, P. Juillard, *Droit international économique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris (1990), pp. 59-61.

6. F. Rigaux, «Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale», *Recueil des cours*, tome 213 (1989-I), pp. 56-61. Voir L. Henkin (*supra* note 3), pp. 208 s.

7. Voir le colloque de 1980 de cette Académie sur *Le nouvel ordre économique international* (préparé par R.-J. Dupuy), 1981.

8. Voir P. Verloren van Themaat, «Some Problem Areas in the Changing Structure of International Economic Law», dans *Colloque 1980 (supra note 7)*, p. 50:

«In view of the requirements of a new economic order it will be necessary to rethink the role of the market and the role of planning, regulation and other interventions in the economic process.»

Voir aussi D. Ehlers, «Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland», *JZ*, 23 (1990), pp. 1090 s.

Le droit international public (et privé) traditionnel s'occupe déjà de cette question dans le contexte de l'immunité. L'égalité entre les Etats commande qu'aucun Etat ne puisse soumettre un autre Etat à sa propre juridiction: *par in parem non habet jurisdictionem*. Mais, suivant la doctrine et la pratique récentes, cette immunité est restreinte aux activités de l'Etat *jure imperii*; elle est refusée quand l'Etat agit *jure gestionis*<sup>9</sup>. La délimitation entre *jus imperii* et *jus gestionis* est difficile à tracer; elle est faite par les tribunaux étatiques qui s'inspirent de leur droit interne<sup>10</sup>. On peut illustrer cela par un exemple récent de la jurisprudence française<sup>11</sup>, la Cour de cassation ayant fait bénéficier, dans ce cas, la Société nationale iranienne de gaz du privilège d'immunité dans un contrat conclu avec une société française, portant sur la fourniture et l'installation d'un système de protection cathodique de gazoducs, avec le motif que la société iranienne accomplissait un service public.

Il me semble que le mouvement de privatisation pourra contribuer à la formation des principes généraux de la délimitation entre *jus imperii* et *jus gestionis*. Si par exemple des services de télécommunication internationaux sont privatisés, il sera difficile de maintenir en même temps qu'ils font partie d'activités s'accomplissant sous le régime du *jus imperii*.

Suivant une définition française<sup>12</sup>, le service public est «une activité d'intérêt général exercée par une personne publique ou par une personne privée sous le contrôle d'une personne publique». Ainsi l'exercice d'une activité par une personne privée n'exclut pas sa qualification de service public. Transposée au plan du droit international, l'activité d'une personne privée qui exerce un service public pourrait être couverte par l'immunité. La privatisation d'une activité ne permet pas une conclusion définitive sur sa qualification en droit international.

Au surplus, le droit international privé est toujours mis en jeu quand il s'agit des mouvements de biens, de services et de capitaux à travers les frontières<sup>13</sup>. Ainsi une différence juridique peut être

9. I. Sinclair, «The Law of Sovereign Immunity. Recent Developments», *Recueil des cours*, tome 167 (1980-II), pp. 113-264; P. D. Trooboff, «Foreign State Immunity: Emerging Consensus on Principles», *Recueil des cours*, tome 200 (1986-V), pp. 235-432.

10. F. Rigaux (*supra* note 6), p. 53.

11. Civ. 2 mai 1990, *Rev. crit. dr. int. priv.* (1991), p. 140, note P. Bourel.

12. Cf. J. Rivero, *Droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris (1990), par. 445-449.

13. Sur la définition du contrat international, B. Audit (*supra* note 4), n° 794, n. 11.

relevée si un contrat de transport international est réalisé par une compagnie aérienne étatique ou par une compagnie privée<sup>14</sup>. La privatisation d'une entreprise a souvent le but d'attirer des capitaux étrangers<sup>15</sup>.

Ces quelques réflexions démontrent que les mouvements de privatisation n'intéressent pas seulement le droit national mais aussi le droit international.

14. Sur le contrat d'Etat, F. Rigaux (*supra* note 6), pp. 214-220.

15. L. Rapp, « Le contexte financier et international des opérations de privatisation », *Rev. dr. aff. int.*, 3 (1987), pp. 287, 291.

## CHAPITRE I

### INTRODUCTION

Il y a trente ans, en 1963 exactement, que le professeur égyptien Riad a donné un cours à La Haye sur « L'entreprise publique en droit international privé »<sup>16</sup>. Il a expliqué que l'entreprise publique était un phénomène relativement nouveau.

La privatisation présuppose l'existence d'entreprises publiques. Ainsi il me semble d'abord utile de donner un bref aperçu de ce type d'entreprise.

#### *I. La situation générale des entreprises d'Etat*

##### *1. L'entreprise publique*<sup>17</sup>

Les fonctions de l'Etat sont variables. La distinction classique est celle entre l'Etat gendarme et l'Etat providence<sup>18</sup>. L'Etat gendarme se borne à garantir la sécurité à l'égard de l'extérieur par l'armée et à l'égard de l'intérieur par la police. Mais il n'intervient pas dans le jeu des forces intellectuelles, sociales et économiques. Dans l'Etat providence, l'Etat est responsable du bien-être des citoyens. Cette responsabilité inclut des interventions systématiques dans la vie culturelle, sociale et économique. L'un des moyens de l'intervention de l'Etat dans la vie économique est la prestation de services par des entreprises publiques aux particuliers et aux entreprises.

Dans les pays d'Europe occidentale, il y a des services typiquement rendus par des entreprises publiques.

16. Fouad A. M. Riad, « L'entreprise publique et semi-publique en droit international privé », *Recueil des cours*, tome 108 (1963-I), pp. 561-668.

17. D. Ehlers (*supra* note 8), pp. 1092 s.; A. Bizaguet, « The French Public Sector and the 1986 to 1988 Privatizations », *Int. Rev. Adm. Sc.* (1988), pp. 554 s.; O. d'Ormesson, D. Martin, « L'élaboration des lois de privatisations. Présentation générale du cadre juridique », *Dr. prat. comm. int.*, 3 (1987), pp. 407 s.; B. von Hoffmann, « Staatsunternehmen im internationalen Privatrecht », dans P. Fischer, B. von Hoffmann, « Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht », *Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht*, 25 (1984), pp. 35-40.

18. Voir C. Debbasch *et al.*, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris (1983), p. 23.

Les services de la poste<sup>19</sup> et des chemins de fer<sup>20</sup> sont assurés par des entreprises d'Etat. Les services de transport locaux, de distribution de gaz, d'eau et d'électricité sont garantis par des entreprises communales<sup>21</sup>. La «dépollution», c'est-à-dire l'enlèvement des déchets industriels et privés, est aussi devenue un service public. Les services des hôpitaux, des universités et généralement l'enseignement sont assurés par des établissements de l'Etat. La plupart de ces services sont rendus par des entreprises d'Etat ayant un monopole, et il n'existe pas de concurrence avec des entreprises privées.

Dans d'autres secteurs de l'activité économique les entreprises d'Etat sont les concurrentes des entreprises privées. Ainsi il y a dans plusieurs pays une coexistence entre banques et assurances publiques et privées<sup>22</sup>. Dans plusieurs pays comme l'Italie<sup>23</sup>, l'Espagne<sup>24</sup> ou le Portugal<sup>25</sup> une large partie de l'industrie se trouve entre les mains de l'Etat.

Dans les pays en voie de développement, la tâche de l'industrialisation fut souvent confiée aux entreprises d'Etat, cela afin d'empêcher un contrôle de l'industrie nationale par les entreprises étrangères ou multinationales<sup>26</sup> et aussi à cause du manque de savoir-faire et de capitaux parmi les personnes privées nationales<sup>27</sup>.

Il y a des organisations spécialisées des Nations Unies<sup>28</sup> qui —

19. W. Schatzschneider, «Die Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens», *NJW* (1989), p. 2371; A. Bizaguet (*supra* note 17), p. 556. Cf. K. Hailbronner, «Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt — Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht», *NJW* (1991), pp. 593-601.

20. A. Bizaguet (*supra* note 17), p. 556.

21. D. Ehlers (*supra* note 8), p. 1091; T. Prosser, «Constitutions and Political Economy: The Privatisation of Public Enterprises in France and Great Britain», *Mod. L. Rev.* (1990), p. 310.

22. Cf. H. Le Roy, «Quelques aspects juridiques des problèmes soulevés à propos de la privatisation des sociétés françaises d'assurance», *Dr. prat. comm. int.*, 4 (1987), pp. 657-680; A. Dunsire, «The Public/Private Debate: Some United Kingdom Evidence», *Int. Rev. Adm. Sc.* (1990), p. 35.

23. D. D'Angelo, «Privatisation: Italy», *IFL Rev.*, supplément n° 9 (1992), pp. 27-32, p. 28; E. Del Casale, «Privatization in Italy», *Int. Rev. Adm. Sc.* (1988), p. 574.

24. Cf. F. Moderne, «Les privatisations en Espagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris (1989), pp. 93 ss.

25. Cf., pour le mouvement de privatisation au Portugal, G. Humphreys, «Portugal Moves On», *Euro money* (1992), mars, supplément n° 2, pp. 7 ss.

26. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 37.

27. R. Hemming, A. M. Mansoor, «Privatization and Public Enterprises», *Int. Monetary Fund*, 56 (1988), pp. 3 s.; V. V. Ramanadham (éd.), *Privatisation in Developing Countries*, Londres (1989), pp. 240 ss.

28. United Nations, ECOSOC, *The Role of the Public Sector in Promoting the Economic Development of Developing Countries*, Report of the Secretary-General (E/S988); UNIDO, *World Industry Since 1960: Progress and Prospects* (1979), pp. 319 ss.

dans les années soixante-dix — recommandaient le renforcement de la tendance de se servir des entreprises d'Etat comme moyen d'industrialisation des pays en voie de développement.

## 2. Le débat politique de la privatisation

Depuis le début des années quatre-vingt, il y a une discussion à l'échelon international portant sur l'efficacité relative des entreprises d'Etat par comparaison avec les entreprises privées<sup>29</sup>. Les principaux reproches faits aux entreprises publiques sont les suivants:

- Elles travaillent moins dans un but de profit que les entreprises privées; leurs bilans sont souvent en déficit.
- Elle rendent un service inférieur — c'est-à-dire moins innovateur — que celui des entreprises privées.

Des raisons diverses sont avancées pour expliquer ces défauts: les cadres des entreprises publiques sont souvent des hommes politiques ou des fonctionnaires et non pas des entrepreneurs; l'absence de stimulation pour rendre ces entreprises efficaces: ainsi il n'y a ni le risque de faillite, ni une récompense des fonctionnaires par des salaires liés au profit.

Les services dont il s'agit ont souvent le monopole et les utilisateurs n'ont pas le choix de services concurrents.

On reproche aux services qui ont le monopole de coûter cher et d'être de mauvaise qualité; les clients ne sont traités qu'en simples utilisateurs<sup>30</sup>.

C'est de cette analyse que dérive la privatisation des entreprises publiques<sup>31</sup>. Il faut noter tout de même que la preuve finale de la supériorité des entreprises privées n'est pas encore fournie; le débat reste encore plus basé sur des conceptions théoriques que sur l'expérience<sup>32</sup>.

29. T. E. Borchering, W. W. Pommerehner, F. Schneider, «Comparing the Efficiency of Private and Public Production. The Evidence from Five Countries», *Zeitschrift für Nationalökonomie*, supplément n° 2 (1982), pp. 127-156; R. Millward, «The Comparative Performance of Public and Private Ownership», dans E. Roll (éd.), *The Mixed Economy*, Londres (1982); G. Yarrow, «Privatization in Theory and Practice», *European Policy*, 1 (1986), pp. 323-362. Voir R. Hemming, A. M. Mansoor (*supra* note 27), pp. 3-5.

30. R. Hemming, A. M. Mansoor (*supra* note 27), p. 5.

31. *Ibid.*, p. 6.

32. *Ibid.*, p. 4.

### 3. La dérégulation<sup>33</sup>

#### a) Aux Etats-Unis d'Amérique<sup>34</sup>

Aux Etats-Unis d'Amérique l'entreprise d'Etat est presque inconnue et tous les services rendus en Europe continentale par des entreprises d'Etat y sont réalisés par des entreprises privées. Toutefois l'action de ces entreprises privées est depuis longtemps soumise au contrôle de l'Etat<sup>35</sup>. En 1887 déjà, le Congrès avait établi la première agence fédérale pour le contrôle des tarifs des chemins de fer et en 1910 pour le contrôle des tarifs de téléphone. En 1977, on comptait quatorze autorités fédérales et plus de cent autorités des Etats qui étaient chargées de surveiller l'activité des entreprises privées. On peut dire que, dans les années soixante, les services de transport (chemins de fer, transports routier et aérien), de télécommunication ainsi que de distribution d'électricité et de gaz étaient soumis au contrôle d'autorités étatiques. Ce contrôle se servit principalement de quatre techniques juridiques :

- 1) la concession aux entreprises privées;
- 2) le contrôle des prix;
- 3) la définition des conditions générales;
- 4) le contrôle du fonctionnement des services.

Dans les années soixante-dix, un vif débat concernant l'utilité de la régulation étatique s'est déroulé aux Etats-Unis. On avait constaté que la régulation de certains services n'avait pas l'effet d'éviter les abus mais au contraire de les aggraver. On a ainsi proposé de déréguler ces services et, en effet, cette privatisation fut réalisée pour les services de télécommunication et de transport.

#### b) Dans d'autres pays

La régulation des services privés est une méthode pour sauvegarder l'intérêt public; la surveillance publique des entreprises privées est une alternative à la prestation de ces services par les entreprises publiques. En Angleterre, la privatisation des services de l'eau,

33. W. Möschel, «Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung», *JZ* (1988), pp. 888 ss.

34. Voir A. S. Miller, «Public and Private Enterprise in the US: Co-existence in an Unsteady Equilibrium», dans W. Friedmann (éd.), *Public and Private Enterprise in Mixed Economies*, Londres (1974), pp. 291-356.

35. Le texte est basé sur Breyer/Avoy, «Regulation and Deregulation», dans *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, New York (1987), pp. 128-133.

d'électricité et de transport par autocar fut accompagnée de l'installation d'autorités de surveillance des entreprises privées, munies d'un fort pouvoir d'intervention<sup>36</sup>. Il semble qu'une surveillance soit nécessaire quand il y a monopole naturel d'un service — mais aussi pour les services qui font appel à l'épargne publique, comme les banques et les assurances<sup>37</sup>. Le débat américain sur la dérégulation a une influence indirecte sur le débat mondial sur la privatisation. Les résultats — positifs ou négatifs — de la dérégulation américaine fournissent surtout une preuve empirique sur le besoin de soumettre ou de soustraire des services particuliers aux lois du marché. En Allemagne, le débat sur la dérégulation à l'américaine a commencé<sup>38</sup>.

## II. Les mouvements de privatisation

En Europe occidentale il y a peu de pays qui ont réalisé la privatisation des entreprises publiques d'une manière aussi systématique et exemplaire que l'Angleterre et la France.

Le désastre récent du système économique des Etats socialistes a mené à un autre type de privatisation dans les pays qui furent autrefois modelés sur l'Union soviétique, notamment l'Allemagne de l'Est, la Hongrie, la Tchécoslovaquie et la Pologne. Il faut aussi mentionner des exemples de privatisation dans des pays en voie de développement.

### I. L'Europe occidentale

Les privatisations en Angleterre et en France sont caractérisées par quelques traits communs. Premièrement, dans les deux cas on se trouvait en présence de systèmes à économie mixte<sup>39</sup> caractérisés par la coexistence d'entreprises privées et d'entreprises publiques. Dans les deux pays une certaine partie de l'industrie, naguère privée, avait été nationalisée après la seconde guerre mondiale. L'arrivée des gouvernements conservateurs ou libéraux devait conduire à des pro-

36. T. Prosser, «Les privatisations en Grande-Bretagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris (1989), pp. 110, 117.

37. Cf. *Deregulierungskommission, Marktöffnung und Wettbewerb*, Stuttgart (1991), p. 31, n. 108 s.: pour le maintien et l'expansion du contrôle de solvabilité des assurances.

38. Voir *Deregulierungskommission...* (*supra* note 37).

39. M. Fornacciari, «L'ouverture du secteur public au capital privé en France», *J. soc. légis. comp.*, 12 (1990), p. 369; B. von Hoffman (*supra* note 17), p. 36.

grammes politiques visant à la privatisation de ces entreprises publiques nationalisées, mais aussi d'entreprises qui n'avaient jamais été aux mains de particuliers.

a) *L'Angleterre*<sup>40</sup>

Après la seconde guerre mondiale, le gouvernement travailliste, qui a été au pouvoir de 1945 à 1951, nationalisait les services de transport (chemin de fer, autocar, avion), de l'énergie (charbon, électricité, gaz<sup>41</sup>) ainsi que l'industrie sidérurgique<sup>42</sup>. Dans les années soixante-dix, même le gouvernement conservateur acquit des entreprises anciennement privées, notamment Rolls Royce<sup>43</sup>, pour éviter des faillites. Ensuite le gouvernement travailliste nationalisa systématiquement l'industrie des chantiers navals<sup>44</sup> et de la construction des avions<sup>45</sup>. A la fin des années soixante-dix, le taux des entreprises nationalisées par rapport au produit social s'approchait des 12%<sup>46</sup> et comprenait environ 9% de la main-d'œuvre.

Avec l'arrivée au pouvoir du premier ministre conservateur Margaret Thatcher, la privatisation des entreprises précitées commença en Angleterre<sup>47</sup>. On a privatisé l'industrie sidérurgique (British Steel), automobile (British Leyland/Rover, Jaguar), navale et aéronautique (British Aerospace, Rolls Royce), et au-delà de ces industries les services de télécommunication (British Telecom) — ce qui semble révolutionnaire —, les services de transport par autocar et les services communaux d'infrastructure.

En ce qui concerne les services de télécommunication<sup>48</sup>, il faut mentionner qu'on a vendu la majorité (50,2%) des actions de British Telecom, mais que l'Etat a gardé une influence importante par deux mesures: premièrement, le gouvernement, qui détient 49,8% des actions, influence la structure du groupement des actionnaires et, deuxièmement, il dispose d'un pouvoir de régulation qui a été confié

40. Cf. A. Dunsire (*supra* note 22), p. 61.

41. J. Kay, C. Mayer, D. Thompson (éd.): Hammond, Helms, Thompson, pp. 241-266.

42. A. Dunsire (*supra* note 22), p. 29.

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. La base juridique était l'*Aircraft and Shipbuilding Act 1979*.

46. A. Dunsire (*supra* note 22), p. 29.

47. Voir «Thatcher»: *Encyclopedia Britannica*, 15<sup>e</sup> éd.; *Micropedia*, XI (1989), p. 676; A. Dunsire (*supra* note 22), pp. 30 ss.

48. A. Dunsire (*supra* note 22), pp. 31 s., 41.

à l'Office of Telecommunication. Ainsi la privatisation partielle a été accompagnée par l'introduction d'une régulation étatique sur les activités de l'entreprise privatisée<sup>49</sup>.

b) *La France*

Il faut noter que l'activité de l'Etat dans l'industrie est une constante dans la tradition nationale française, indépendamment du socialisme. Au XVII<sup>e</sup> siècle déjà, le ministre Colbert avait fondé une manufacture royale ainsi que la Compagnie des Indes comme des entreprises d'Etat<sup>50</sup>. A la suite de la seconde guerre mondiale, c'est le général de Gaulle qui a nationalisé quatre banques commerciales (Crédit lyonnais, Société générale, Banque du commerce et de l'industrie, Banque nationale de Paris) ainsi que trente-quatre entreprises d'assurance et les grandes entreprises de l'énergie<sup>51</sup>.

En 1981, la gauche politique a, pour la première fois dans la V<sup>e</sup> République, gagné les élections et, à la suite, a réalisé une nouvelle vague de nationalisations. Cette vague comprenait le système bancaire pratiquement dans sa totalité, le nombre des banques nationalisées passant à trente-neuf<sup>52</sup>. La nationalisation comprenait aussi une partie importante des entreprises industrielles<sup>53</sup>.

En 1985, le secteur étatique industriel (sauf l'énergie) représentait 24% du produit social<sup>54</sup>. Il occupait 20,2% des travailleurs industriels. Des élections de 1986 est issu un gouvernement conservateur, avec comme premier ministre Jacques Chirac, qui faisait accepter deux lois, l'une du 2 juillet 1986 et l'autre du 6 août 1986<sup>55</sup>, en tant que base de privatisation.

L'article 4 de la loi du 2 juillet 1986 prévoit le transfert de la

49. R. Hemming, A. M. Mansoor (*supra* note 27), p. 12.

50. Voir «Indes orientales, Compagnie française des»: *Encyclopedia Britannica*, 15<sup>e</sup> éd.; *Micropaedia*, VI (1989), p. 284.

51. Cf. J.-M. Schlessler, «Privatisations en France», *Int. Bus. Lawyer* (1992), pp. 295 s.

52. M.-M. Lederer, «Die Internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten unter besonderer Berücksichtigung der französischen Enteignungen 1982», *Studien zum vergleichenden und Internationalen Recht*, 5, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris (1989), p. 19, n. 2, 3.

53. M.-M. Lederer (*supra* note 52).

54. A. Bizaguet (*supra* note 17), p. 557.

55. Loi n° 86.793 du 2 juillet 1986, *JO*, 3 juin 1986, p. 8340; loi n° 82.912 du 6 août 1986, *JO*, 7 août 1986, p. 9695; M. Durupty, «L'actualité en droit économique. Les relations entre le secteur public et le secteur privé: la privatisation du secteur public en France», *DS Chron.* (1988), pp. 79 s.; O. d'Ormesson, D. Martin (*supra* note 17), pp. 407 ss.; 426 ss.

majorité du capital de soixante-cinq entreprises au secteur privé<sup>56</sup>. La plupart de ces entreprises étaient des sociétés qui avaient été nationalisées en 1982<sup>57</sup> (par exemple les banques Paribas et Compagnie financière de Suez ainsi que l'entreprise industrielle Saint-Gobain).

Entre les mois de novembre 1986 et de février 1988 le programme de privatisation a été réalisé à moitié. Vingt-neuf des soixante-cinq entreprises ont été transférées au secteur privé, par exemple Saint-Gobain, Paribas, la Société générale, Havas, Suez et Matra. Il faut aussi mentionner la société de télévision TF1<sup>58</sup>. Plus d'un demi-million d'ouvriers sont ainsi passés du secteur public au secteur privé.

Les élections présidentielles de 1988 marquaient la fin du programme de privatisation: les conservateurs perdirent la majorité et François Mitterrand fut réélu président. Il a déclaré qu'il n'approuverait ni nationalisation des entreprises privées ni continuation de la privatisation: *ni nationalisation ni privatisation*<sup>59</sup>.

Le fait est que la privatisation n'aboutissait pas. Par la loi du 4 juillet 1990 l'entreprise Renault<sup>60</sup>, qui avait été nationalisée à la fin de la seconde guerre mondiale, a été restructurée en société anonyme. Par ce procédé l'entreprise devenait ouverte à une participation du capital privé à concurrence de 25 %, ce qui incluait une participation étrangère: par conséquent, l'entreprise suédoise Volvo prit une participation dans le capital de Renault. En plus, en 1992, une partie de l'entreprise ELF, une société pétrolière nationalisée, a été vendue<sup>61</sup>.

## 2. Les pays ex-socialistes<sup>62</sup>

### a) La situation actuelle

Les structures des anciens pays socialistes du bloc soviétique étaient caractérisées par les traits suivants<sup>63</sup>: en premier, tout le sec-

56. O. d'Ormesson, D. Martin (*supra* note 17), pp. 414 ss.

57. M. Durupt (*supra* note 55), p. 79.

58. *Ibid.*, pp. 80, 82; M. Durupt, « Les techniques de privatisation en France », *J. soc. légis. comp.*, 12 (1990), pp. 321; G. Tantin, « Problèmes spécifiques aux salariés posés par les lois de privatisation », *Dr. prat. comm. int.*, 4 (1987), pp. 609 ss.

59. M. Fornacciari (*supra* note 39), p. 371.

60. *Ibid.*, p. 379.

61. A. Bizaguet (*supra* note 17), p. 561.

62. *World Economic Outlook*, octobre 1992 (International Monetary Fund), pp. 48-50, fournit un sommaire utile des efforts de privatisation.

63. Cf. V. Andreev, « The Privatization of State Enterprises in Russia », *Rev. Cent. EEL*, 18, n° 3 (1992), pp. 265-275.

teur de production était aux mains de l'Etat ou des organisations socialistes; la propriété privée des moyens de production était abolie. Deuxièmement, la production et la vente des produits et des services n'étaient pas réglées par le marché, mais par un plan qui était déterminé par les gouvernements. Troisièmement, les produits et les services rendus par les entreprises socialistes n'étaient pas soumis à la concurrence internationale. Par exemple, les voitures produites par les entreprises socialistes ne devaient pas concourir avec les produits étrangers, et le marché commun des pays socialistes (CAEM, ou Comecon) était une forteresse économique qui excluait l'importation des biens provenant de l'étranger.

Après l'effondrement de ce système politique et économique les populations des pays ex-socialistes eurent le besoin d'atteindre un standard de vie comparable à celui de l'Ouest et ainsi surgit le mouvement pour transformer les économies des pays socialistes en économies de marché. Le changement des entreprises publiques en entreprises privées fut l'une des demandes primordiales de tous les gouvernements dans les pays ex-socialistes.

Une telle privatisation est tout de même une tâche gigantesque. Elle est qualitativement différente de la privatisation comme elle fut réalisée au Royaume-Uni ou en France. Tout d'abord, elle englobe non seulement la production industrielle mais aussi le commerce, l'artisanat et les professions libérales.

Un observateur polonais a justement remarqué qu'au Royaume-Uni la tâche de la privatisation était limitée à 10 % de l'industrie<sup>64</sup>. Cela veut dire que, alors que 90 % de l'industrie se trouvaient déjà dans le secteur privé, la privatisation, qui comprenait environ une vingtaine d'entreprises, avait duré dix années. Comme dans les sociétés de type soviétique presque cent pour cent de l'industrie étaient aux mains de l'Etat, si l'on procédait sur le style anglais la privatisation serait achevée autour de la moitié du siècle prochain.

En outre, le fonctionnement économique de ces entreprises publiques était garanti par le système d'économie de plan et par le système du Comecon<sup>65</sup>. Ainsi la production sidérurgique de la Pologne et celle des machines de l'Allemagne de l'Est étaient attribuées à des acheteurs soviétiques ou bulgares par les dispositions du

64. T. Gruszecki, J. Winięcki, « Privatization in East-Central Europe: A Comparative Perspective », *Aussenwirtschaft*, 1 (46) (1991), p. 70.

65. Cf. F. Mádl, « Foreign Commerce and Investment in Socialist Countries », *Int. Enc. Comp. L.*, XVII, ch. 23, pp. 64-78.

plan du Comecon. Avec l'effondrement du système de ce dernier la garantie de trouver des acheteurs pour la production était abolie, et même s'il y avait eu des clients en Russie qui auraient désiré acheter des machines de l'Allemagne de l'Est, les Allemands n'auraient accepté que de la monnaie convertible. Cela aurait présupposé que la Russie elle-même disposât de devises étrangères. D'autre part, les produits industriels provenant de l'ancien bloc soviétique n'étaient pas capables de concurrencer ceux du marché libre international. Pour ces raisons, la grande majorité des entreprises de l'ancien bloc soviétique, au moment d'être soumises au marché international, furent poussées dans une crise menant soit à la faillite soit à l'assainissement.

Dans cet état de choses, se pose le problème de trouver des cadres qui seraient à même de diriger les entreprises comme des entreprises privées<sup>66</sup>. Même s'il y avait eu de grandes entreprises d'Etat florissantes (comme en Angleterre ou en France), il n'y avait ni un marché de capitaux (des banques, une bourse) pour réaliser la vente des titres des entreprises publiques ni des capitaux d'épargne — tout du moins en ce qui concerne ces pays — pour fournir des capacités d'investissement dans ces titres.

Partout dans les pays de l'ancien bloc soviétique il y a des lois ou des règlements de privatisation; leur état de développement n'est toutefois pas uniforme. La Hongrie a commencé par une loi de transformation de 1989<sup>67</sup>, la Pologne par une loi sur la privatisation des entreprises étatiques du 30 juillet 1990<sup>68</sup> et la République démocratique allemande<sup>69</sup> par une loi de privatisation et de réorganisation du patrimoine du peuple du 17 juin 1990. En octobre 1990, la Tchécoslovaquie a promulgué une loi de transformation<sup>70</sup> tout en faisant

66. K. Barth, « Grundsätzliche Überlegungen zum Übergang aus der Staatswirtschaft in die private Marktwirtschaft nach dem Umbruch des Sozialismus », *BB* (1992), p. 1436.

67. Cf. G. Biro, « Privatisierung in Ungarn », *Südosteuropa*, 11-12 (1990), pp. 673-685; B. Boissevain, « Hungary Compensates Former Landowners (The Compensation Act and Its Effect on Purchasing Real Estate and Privatisation) », *IFL Rev.*, 10 (1991), pp. 33-35; P. S. Szabo, « Hungary (A Report about the New Law of Business Associations and Its Impact on Foreign Investors) », *Int. Lawyer* (1991), p. 1065.

68. Z. M. Czarny, « Privatisation of State Industries in Poland », *Int. Bus. Lawyer* (1992), p. 152.

69. B. Bastuck, « Unity, Law, and Freedom: Legal Aspects of the Process and Results of German Unification », *Int. Lawyer*, 1 (1991), p. 262.

70. Z. Drabek, « Grundzüge des Wirtschaftlichen Umwandlungsprozesses in der Tschechoslowakei », dans S. Breidenbach (éd.), *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, Munich (1993), CS par. 16 s.

une distinction entre les petites et moyennes entreprises, d'une part, et la « grande privatisation » concernant les grandes entreprises industrielles, d'autre part. La Roumanie<sup>71</sup>, la Croatie<sup>72</sup> et la Russie<sup>73</sup> ont promulgué des lois de réorganisation et de privatisation.

#### b) Les expériences pratiques

Il semble que la vente des petites entreprises, c'est-à-dire le commerce et l'artisanat, a partout un succès remarquable. Comme en Tchécoslovaquie<sup>74</sup>, le problème difficile est la vente des grandes entreprises industrielles pour lesquelles il n'y a pas d'acheteurs nationaux. La privatisation des grandes entreprises présuppose l'admission d'acheteurs étrangers. En Hongrie<sup>75</sup>, il n'y a pas encore de politique générale pour la vente des grandes entreprises, mais il paraît qu'il y avait une affluence remarquable de grands capitaux étrangers dans les années passées. Ainsi, plus de 3 milliards de dollars ont été investis par des entreprises multinationales dans des entreprises hongroises entre 1988 et 1991, ce qui équivaut à 60% du capital investi par les entreprises multinationales dans les pays de l'Europe de l'Est<sup>76</sup>. Les plus grands investisseurs sont venus des Etats-Unis, suivis par l'Allemagne et l'Autriche, la France et le Japon. La Tchécoslovaquie trouvait dans ce même laps de temps un investissement étranger d'environ un milliard de dollars, dans lequel le capital allemand représente environ un tiers<sup>77</sup>.

En Hongrie, il semble que — suivant le modèle français — on prépare une liste d'entreprises qui sont destinées à la privatisation. La politique hongroise paraît aller vers une économie dans laquelle 20 à 30% des entreprises industrielles resteront aux mains de l'Etat.

En Russie, le ministre de la privatisation a annoncé une initiative primordiale pour l'année 1993<sup>78</sup>: la privatisation des petites entre-

71. *Financial Times*, supplément du 3 juillet 1992, III/6.

72. H. Roggemann, « Unternehmensumwandlung und Privatisierung in Osteuropa und Ostdeutschland », *ROW* (1992), pp. 41 s.

73. V. Andreev (*supra* note 63), pp. 266 ss. Cf. B. Scheifele, « Grundzüge des russischen Privatisierungsgesetzes », *RIW* (1992), pp. 20-23.

74. Voir Drabek (*supra* note 70).

75. K. Ashton, Z. Kovacs, « International Briefings, Europe and EC/Hungary », *IFL Rev.*, 5 (1992), p. 46. Cf. R. J. Hanson, « The Legal Framework for Privatization in Hungary », *Law and Pol. Int. Bus.* (1992), pp. 465 s.

76. *Financial Times*, 21 avril 1992, p. 31.

77. *Financial Times*, 27 février 1992.

78. *Financial Times*, 12 mai 1992, p. 3; *Financial Times*, 13 mai 1992, supplément III/4.

prises par vente aux enchères ou appel d'offres, la transformation des grandes entreprises en sociétés anonymes et la création d'un système de participation des citoyens dans les grandes compagnies. On a l'intention de distribuer 27% des actions des grandes entreprises entre les travailleurs et 20% entre les cadres; le reste sera offert au grand public.

Toutefois, on se plaint en Russie, mais aussi dans les autres pays de l'Est, surtout en Pologne, d'une privatisation semi-légale appelée la «privatisation nomenklatura»<sup>79</sup>.

### 3. L'Allemagne de l'Est

La transformation des entreprises socialistes de l'ancienne République démocratique allemande vaut un paragraphe particulier dans cette énumération. Il faut tout d'abord prendre en compte les dates politiques principales.

Comme conséquence des manifestations permanentes du peuple de l'Allemagne de l'Est s'ouvraient, en novembre 1989, les frontières de l'Ouest qui étaient rigoureusement fermées depuis 1961. Ensuite il y eut un mouvement considérable des habitants de l'Allemagne de l'Est vers l'Allemagne de l'Ouest, dont la plupart ne connaissaient pas encore le développement de ce pays. Cet exode vers l'Ouest fut le coup de grâce pour le système socialiste. Dans les élections — les premières élections libres depuis la guerre — les partis qui préconisaient l'unification ont obtenu une victoire énorme. Il s'ensuivit un développement d'une rapidité et d'un radicalisme colossaux: par un acte conjoint des nouveaux gouvernants de la République démocratique allemande et de la République fédérale, on a d'abord procédé à la création d'une union économique par le traité du 18 mai 1990<sup>80</sup>, puis, par le traité du 31 août 1990<sup>81</sup>, à l'unification des deux Etats, qui a eu lieu le 3 octobre 1990.

Ce dernier traité du 31 août 1990 a englobé la conception la plus radicale et la plus étendue de transformation et de privatisation d'entreprises socialistes que l'on n'ait jamais connue<sup>82</sup>. D'abord on a prévu une transformation de toutes les entreprises socialistes en

79. *Financial Times*, 12 mai 1992, p. 3; *Financial Times*, 3 juillet 1992, supplément III/5.

80. B. Bastuck (*supra* note 69), p. 254.

81. *Ibid.*, p. 257.

82. *Ibid.*, pp. 261 ss.

sociétés de capitaux. Les groupements socialistes (*Kombinate*) ont été transformés en sociétés anonymes, les entreprises elles-mêmes en sociétés à responsabilité limitée. En vue de l'unification, le parlement de la République démocratique allemande a voté le 17 juin 1990 pour la transmission de la propriété des entreprises socialistes à une organisation étatique de droit public, la «fiducie - Treuhandanstalt»<sup>83</sup>. Depuis la date de l'unification cette organisation est une personne juridique de droit public sous contrôle du ministre fédéral des Finances. La tâche de cette Treuhandanstalt est de structurer selon les conditions de la compétitivité les anciennes entreprises en propriété du peuple et de les privatiser<sup>84</sup>.

Il n'en résulte pas nécessairement de cette tâche que toutes les entreprises socialistes devront être privatisées. Néanmoins le Gouvernement de la République fédérale a déterminé que la Treuhand devait immédiatement privatiser toutes les entreprises publiques et liquider les entreprises incapables de survivre dans une économie de marché, ce qui est radical et conservateur en même temps. La poste, les chemins de fer, les autres entreprises de transport et les services communaux en ont été exclus<sup>85</sup>. Ainsi la privatisation est restreinte aux entreprises industrielles, commerciales, artisanales et de la restauration.

Entre le mois de juin 1990, la date de la fondation de la Treuhand, et la fin de juin 1992 on a transféré plus de sept mille six cents entreprises et parties d'entreprises à de nouveaux propriétaires, mais la moitié des entreprises existantes a été liquidée<sup>86</sup>. A la fin de 1990 les entreprises administrées par la Treuhand comprenaient une force de travail de 2,8 millions d'ouvriers. A la fin de 1991, près de la moitié de ces ouvriers avaient perdu leur travail, desquels 13% sont encore au chômage<sup>87</sup>. La privatisation et des programmes étatiques de tra-

83. *Bundessstelle für Außenhandelsinformationen, Unternehmenskauf von der Treuhandanstalt*, Cologne (1992), 5 (I, 1); B. Bastuck (*supra* note 69), p. 253; W. Spoerr, *Treuhandanstalt und Treuhandunternehmen zwischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Gesellschaftsrecht*, Cologne (1993), pp. 17 ss.

84. Art. 25, I, Einigungsvertrag:

«Die Treuhandanstalt ist auch Künftig damit beauftragt, gem. den Bestimmungen des Treuhandgesetzes die früheren volkseigenen Betriebe wettbewerblich zu strukturieren und zu privatisieren.»

Cf. B. Bastuck (*supra* note 69), p. 253; W. Spoerr (*supra* note 83), pp. 31 ss.

85. M. Roggemann (*supra* note 72), p. 43.

86. *Ibid.*, pp. 45 ss.

87. *Ibid.*, p. 46.

vail ont créé un million de nouveaux postes de travail environ<sup>88</sup>. Les moyens financiers pour supporter cette transformation sont considérables. En la seule année 1991, 200 milliards de Deutsche Mark de l'ancienne République fédérale ont été investis dans la nouvelle partie de l'Allemagne, ce qui représente une somme cent fois plus grande que l'investissement des entreprises multinationales en Hongrie<sup>89</sup>.

Il reste encore près de deux mille cent entreprises à privatiser ou à liquider. La privatisation devrait être achevée en 1994.

Certainement, la dimension, la vitesse et les frais de cette privatisation sont uniques. Elle se déroule quand même dans un cadre économique incomparable. Cela n'a pu être rendu possible que grâce à l'accompagnement de cette restructuration par des moyens sociaux d'une dimension sans pareille provenant de l'économie florissante de l'Allemagne occidentale. Ainsi une privatisation aussi rigoureuse et aussi rapide n'est certainement pas un exemple à imiter par d'autres pays.

#### 4. Les pays en voie de développement<sup>90</sup>

L'on trouve un mouvement de privatisation des entreprises publiques dans les pays en voie de développement aussi bien en Amérique latine, en Asie qu'en Afrique. Cela est étonnant parce que dans les années soixante-dix l'entreprise publique avait été préconisée comme la voie propre à l'industrialisation des pays en voie de développement<sup>91</sup>. La seule privatisation remarquable dans les années soixante-dix fut celle faite au Chili, après la prise de pouvoir du régime militaire du général Pinochet<sup>92</sup>.

A la différence des privatisations dans les pays industrialisés, cela n'était pas un retour volontaire au libéralisme dans la politique interne mais plutôt un abandon des contraintes dues à l'économie internationale et aux forces politiques extérieures.

88. M. Roggemann (*supra* note 72), p. 46.

89. *Ibid.*

90. Cf. A. Abed, «Restructuration du secteur parapublic à participation étrangère dans les pays en voie de développement — Approche globale et juridique», *Hague Yb. Int. L.*, 2 (1989), pp. 225-234.

91. United Nations, ECOSOC, *The Role of the Public Sector in Promoting the Economic Development of Developing Countries*, Report of the Secretary-General (E/5985); UNIDO, *World Industry Since 1960: Progress and Prospects* (1979), pp. 319 ss.

92. R. Hemming, A. M. Mansoor (*supra* note 27), p. 9.

A la suite des crises pétrolières des années soixante-dix, les « euro-marchés » se sont ouverts aux Etats dans les pays en voie de développement. L'endettement de ces pays culminait dans une crise d'endettement internationale<sup>93</sup> depuis l'année 1982. Le Fonds monétaire international a la vocation d'aider les pays membres qui se trouvent dans des difficultés temporaires de balance des paiements<sup>94</sup>. Un tel accord de crédit (*stand-by arrangement*) conclu avec le Fonds monétaire international est typiquement accompagné d'une lettre d'intention de la part du gouvernement du pays membre dans laquelle il s'engage à suivre une certaine politique financière.

Un des engagements que doit prendre spécifiquement le pays demandeur de crédits envers le FMI est la privatisation des entreprises publiques<sup>95</sup>. Tel fut le cas — entre autres — du Ghana<sup>96</sup>, de l'Ouganda<sup>97</sup>, de l'Argentine<sup>98</sup> et des Philippines<sup>99</sup>.

On ne s'étonnera pas que cette politique du FMI suscite de vives critiques de la part des porte-paroles du tiers monde: on lui reproche de prendre comme point de départ un modèle libéral de l'ordre économique international qui favorise les pays industrialisés et leurs entreprises<sup>100</sup>.

93. R. G. MacLean, «Legal Aspects of the External Debt», *Recueil des cours*, tome 214 (1989-II), pp. 31-125.

94. Voir D. Carreau, T. Flory, P. Juillard (*supra* note 5), pp. 373 s.; F. Gianviti, «The International Monetary Fund and External Debt», *Recueil des cours*, tome 215 (1989-III), pp. 205-286.

95. Cf. D. Babai, «The World Bank and the IMF: Rolling Back the State or Backing Its Role?» dans R. Vernon (éd.), *The Promise of Privatization*, New York (1988), pp. 254-285.

96. Cf. J. R. A. Ayee, «A Note on the Privatization of State Enterprises in Ghana», *Verf. R. Uebersee*, 22 (1989), pp. 121-130.

97. J. Loxley, «The IMF, the World Bank and Reconstruction in Uganda», dans B. K. Campbell (éd.), *Structural Adjustment in Africa*, Basingstoke (1989), p. 85.

98. Voir, d'une part, P. Markey, «A Practitioner's Guide to Debt for Equity Swaps: The Argentine Model», *L. Pol. Int. Bus.*, 23 (1991/1992), pp. 239-257, et A. Gelpern, M. Harrison, «Ideology, Practice, and Performance in Privatization: A Case Study of Argentina», *Harv. Int. LJ* (1992), pp. 240-254; et, d'autre part, International Monetary Fund, *World Economic Outlook* (octobre 1992), pp. 37, 41.

99. J. Shilling, *Debt Equity Conversion Analysis. A Case Study of the Philippine Program*, Washington (1990).

100. J. Loxley (*supra* note 97), p. 67:

«A recurring theme in critiques of IMF and World Bank policies for stabilisation and adjustment is that such policies undermine national economic integration and self-reliance by promoting the greater internationalisation of trade and capital flows. At issue here is the question of the appropriate strategy of economic development and the extent to which countries borrowing from the international institutions to manage immediate crises for-

Une technique nouvelle de privatisation prit naissance dans la crise de l'endettement de l'Amérique latine<sup>101</sup>. L'idée de base est très simple: on permet aux entreprises étrangères d'acquérir des entreprises publiques. Le prix d'achat est payé en devises; ces devises servent à rembourser les dettes. Ainsi la dette est convertie en titres de société (*debt-equity swap*). Les premières transactions de ce type eurent lieu au Chili<sup>102</sup> et au Mexique<sup>103</sup>; en outre, elles eurent lieu aussi dans des pays comme le Venezuela<sup>104</sup>, le Brésil<sup>105</sup> et l'Argentine<sup>106</sup>. En 1990, le Gouvernement de l'Argentine a vendu — entre autres — la compagnie nationale de téléphone (ENTEL), la compagnie nationale de navigation aérienne (Aerolineas Argentinas) et des parties de l'industrie chimique et des chantiers navals<sup>107</sup>.

### III. La privatisation des services publics internationaux

L'un des domaines classiques du service public est l'infrastructure du transport et de la communication (courrier, télex, téléphone). Le transport et la communication ont une dimension internationale, même mondiale, qui est renforcée par le développement des techno-

fait control over choice of long term economic strategy. Critics contend that integration into the international Economy on the basis of static comparative advantage exposes Third World countries to instability and to constrained long term growth possibilities. IMF and IBRD policies of reducing state intervention in the economy and of allowing market forces and world prices to dictate resource allocation serve, it is claimed, to reassert the logic of the (in Africa's case) colonial division of labour and promote the interests of international capitalism at the expense of the ordinary people and the Third World. The Fund and the Bank are seen, therefore, as agents of imperialism whose role is that of ensuring the most favourable conditions for the accumulation of capital at the international level. Governments dealing with them are seen, in the extreme, as conspiring against the best interests of the people they claim to serve.»

Cf. J. R. A. Ayee (*supra* note 96), p. 121; plus favorable au rôle du FMI: Don Babai (*supra* note 95).

101. Voir R. G. MacLean (*supra* note 93), pp. 122-125.

102. Cf. P. Markey (*supra* note 98), pp. 240, 243, 246; R. G. MacLean (*supra* note 93), pp. 123 ss.

103. L. Glynn, «Privatization Fever Hits Latin America», *Global Finance*, mars 1990, pp. 54 s.

104. R. G. MacLean (*supra* note 93), pp. 124 s.

105. R. Hemming, A. M. Mansoor (*supra* note 27), p. 11. Cf. S. Vahl, «Die Umwandlung von Auslandsschulden in Investitionen: Rechtsgrundlagen und Praxis in Brasilien», *Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, vol. 13, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris (1991).

106. P. Markey (*supra* note 98); A. Gelpern, M. Harrison (*supra* note 98).

107. P. Markey (*supra* note 98), p. 253, et — plus en détail — A. Gelpern, M. Harrison (*supra* note 98), pp. 250-254.

logies<sup>108</sup>. Ainsi se développent de nouvelles formes d'organisation internationale de ces services. On va illustrer ce développement par l'exemple de l'usage commercial des satellites de télécommunication (1) et le tunnel sous la manche (2).

#### 1. L'utilisation commerciale des satellites de télécommunication

L'exploration de l'espace ouvrait la voie à l'utilisation commerciale de satellites pour les télécommunications mondiales. Plusieurs Etats exprimaient le désir de créer et d'exploiter un système mondial de communication par satellites. Ce système international, nommé Intelsat<sup>109</sup>, fut créé provisoirement en 1964 et définitivement en 1971<sup>110</sup>. Le moteur en étaient les Etats-Unis d'Amérique, qui disposaient de la technologie spatiale la plus avancée; le Congrès avait déjà en 1962 créé, par loi, une société privée, la Comsat (Communication Satellite Corporation). Dans le système provisoire, les Etats-Unis avaient un droit de vote de 61 % qui fut exercé par Comsat; les droits de vote des autres pays membres furent exercés par leurs services de poste et de télécommunication respectifs. Comsat était responsable de la gestion. Dans le système définitif, le droit de vote des pays membres fut lié à leur contribution financière, qui dépend de la fréquence d'utilisation de ses services. Les Etats-Unis, dans ce système, disposent d'un droit de vote de 25 % approximativement. La gestion en est confiée à un directeur et à une administration propres. Intelsat est une personne morale de droit international public; elle est propriétaire des satellites et titulaire des droits d'exploitation dans l'espace. Elle n'a pas de but lucratif propre; ce sont les organisations membres qui profitent de ses activités. Ainsi on peut comparer sa fonction à une coopérative d'entreprises nationales de télécommunication<sup>111</sup>. Elle fut aussi comparée à un cartel: l'accès au service est limité aux entreprises (publiques ou privées) nommées par les pays membres. Les Etats membres s'engagent à consulter Intelsat

108. A. E. Gotlieb, «The Impact of Technology on the Development of Contemporary International Law», *Recueil des cours*, tome 170 (1981-I), pp. 114-329.

109. J. E. S. Fawcett, «Intelsat», dans Bernhardt (éd.), *Encyclopedia of Public International Law*, V (1983), pp. 37-41; N. Matte, «Aerospace Law: Telecommunications Satellites», *Recueil des cours*, tome 166 (1980-I), pp. 167 ss.

110. Les accords sont reproduits dans *ILM*, 10 (1971), pp. 909 ss.

111. Voir D. T. Tudge, «Financial Initiatives to Enhance Competitiveness in an International Nonprofit Cooperative. The Case of the New Intelsat», *Annalen der Gemeinwirtschaft*, 55 (1986), pp. 523-530.

avant la mise en œuvre d'un système alternatif, qui ne devrait pas causer « significant economic harm » à l'existence et au développement d'Intelsat<sup>112</sup>. Il appartient à l'Assemblée des parties de voter par majorité des deux tiers pour l'admission d'un système alternatif.

Les privatisations des services de télécommunication nationaux aux Etats-Unis, en Angleterre et au Japon ont favorisé dans ces pays un mouvement politique pour briser le monopole d'Intelsat tout en permettant aux entreprises privées d'exploiter des satellites de télécommunication dans l'espace<sup>113</sup>.

## 2. Le tunnel sous la Manche

Traditionnellement la construction et le maintien des routes et des chemins de fer est une tâche publique. En droit administratif français on parle même de services publics. Toutefois, les contraintes financières limitant la possibilité des entités publiques à entamer des projets ambitieux d'infrastructure, l'alternative est de confier la mise en œuvre et le maintien de ces projets d'infrastructure à des entreprises privées et de leur donner le droit de recevoir une rémunération payée par les utilisateurs de ces services. Il y a deux exemples ambitieux en Europe: le projet interne, le plus connu, de la connexion de chemin de fer entre le centre de Paris et l'aéroport d'Orly et, à l'échelon international, le projet de tunnel sous la Manche.

Cette technique de financement de projets d'infrastructure est appelée en anglais « build-own-operate and transfer (BOT) »<sup>114</sup>. Dans le cas du tunnel sous la Manche, le premier ministre Thatcher et le président Mitterrand ont d'abord signé un traité de droit inter-

112. Voir, pour la discussion de ces provisions, N. Matte (*supra* note 109), pp. 178-184. Pour la classification de cartel, P. F. Cowhey, « The International Telecommunications Regimes: the Political Roots of Regimes for High Technology », *International Organisation*, 44 (1990), p. 169:

« The International telecommunications regime provided a multilateral framework that reinforced domestic monopolies and bilateral agreements in the global market and thereby created one of the most lucrative and technologically significant international cartels in history. »

113. P. F. Cowhey (*supra* note 112), pp. 191-195; S. D. Krasner, « Global Communications and National Power », *World Politics*, 43 (1990/1991), pp. 336, 359-360; P. H. Trezise, « INTELSAT and Competing Private Satellite Systems », dans E. J. Mestmäcker (éd.), *The Law and Economics of Transborder Telecommunications* (Baden-Baden, 1987), pp. 333-345.

114. Cf. J. D. Appiah, « Infrastructure Projects: BOT Projects Developed Country Structuring », *Int. Bus. Lawyer* (1991), pp. 206-211; L. Caesar, « Privatisation: Malaysia », *EFL Rev.*, supplément n° 9 (1992), p. 34.

national public; ensuite les deux gouvernements ont accordé une concession à Euro-Tunnel, une société civile composée par la Channel-Tunnel-Group Ltd et France Manche S.A. Dans les contrats de concessions Euro-Tunnel a obtenu le droit de construire et de maintenir le tunnel pour une période de cinquante-cinq ans; Euro-Tunnel est libre de déterminer sa propre politique commerciale, ce qui inclut la fixation des tarifs<sup>115</sup>.

Il y a beaucoup de projets typiquement internationaux qui pourraient être financés de la même manière<sup>116</sup>, par exemple une connexion entre Malmö en Suède et Copenhague au Danemark, des projets de train à grande vitesse entre Bruxelles, Amsterdam, Paris et Cologne, le tunnel du Brenner entre l'Autriche et l'Italie et un nouveau tunnel entre la Suisse et l'Italie.

Cette formule de financement et de gérance pourrait aussi servir de modèle pour les projets d'infrastructure dans les pays en voie de développement, soit pour les constructions de routes soit pour les conduites souterraines de pétrole ou de gaz, par exemple à travers la Méditerranée<sup>117</sup>.

Cette privatisation des services publics internationaux est une technique qui fut déjà utilisée au siècle passé pour la construction du canal de Suez<sup>118</sup> et on peut assumer qu'elle aura un grand avenir.

Il s'agit d'investissements gigantesques. Juridiquement la sécurité des investisseurs est garantie par un traité de droit international public assurant le maintien de la concession, qui ne peut pas être retirée unilatéralement par l'Etat concessionnaire comme c'était le cas des concessions minérales et pétrolières. La libre détermination des tarifs de passage fournit une incitation économique aux investisseurs. Néanmoins, le problème consiste dans une possibilité de monopole du concessionnaire qui lui permettrait de déterminer les prix d'utilisation à son gré<sup>119</sup>. S'agissant du projet du tunnel sous la

115. Pour une étude de droit international public, R. Goy, « Le tunnel sous la Manche », *Ann. français dr. int.* (1986), pp. 741-759; pour une analyse économique, J. D. Appiah (*supra* note 114). Ce projet fut déjà l'objet d'une décision de la House of Lords anglaise: *Channel Tunnel Group Ltd v. Balfour Beatty Construction Ltd* (1993), *WLR*, 2, p. 262.

116. J. D. Appiah (*supra* note 114), pp. 206, 208.

117. Voir *ibid.*, p. 208.

118. Voir B. Broms, « Suez Canal », dans *Encyclopedia of Public International Law*, XII (1990), p. 360.

119. Le traité donne aux concessionnaires la liberté commerciale pour la fixation des tarifs tout en les laissant soumis aux règles relatives à la concurrence et aux abus de position dominante. Voir R. Goy (*supra* note 115), p. 757.

Manche on pourrait plaider que ce monopole n'existera pas, étant donné la concurrence des services traditionnels de transport par bateau, mais il apparaît des renseignements de la presse quotidienne que la Commission de la Communauté économique européenne semble être réticente à accepter cet argument.

#### IV. La notion de privatisation<sup>120</sup>

La notion de privatisation est plutôt utilisée dans un sens économique; elle n'a pas de sens juridique précis. Trois sens différents peuvent être distingués:

##### 1. La privatisation au sens large

Au sens le plus large la privatisation consiste dans la décision de l'administration publique d'abandonner une activité économique au profit du secteur privé. Ainsi, par exemple, l'administration d'un hôpital communal peut décider de confier le service de cuisine à une entreprise privée, ou une université peut décider que l'entretien des jardins ne sera plus exercé par ses propres jardiniers mais par une entreprise privée. Le tunnel sous la Manche peut encore une fois servir d'exemple: par un contrat de concession les administrations publiques confient la construction et la maintenance des infrastructures à des entreprises privées. A la différence des exemples antérieurs, la rémunération de l'entreprise privée n'est pas effectuée par l'administration publique mais directement par les clients.

Dans quelques pays en voie de développement, on peut trouver des exemples intéressants, comme celui-ci: les usines de production de vêtements, qui appartiennent à l'Etat, étant toujours en déficit, l'administration décide de conserver la propriété étatique des usines, mais d'en confier la gérance à une entreprise étrangère apte à une telle activité industrielle<sup>121</sup>. De cette manière les déficits sont éliminés et les rentrées de l'Etat sont accrues par la voie des impôts.

120. W. Möschel (*supra* note 33), pp. 885-888; E. Smith (*supra* note 1), pp. 344-350; T. Prosser (*supra* note 36), pp. 108 s. (pour la Grande-Bretagne); J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci, «Les privatisations en France», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris (1989), pp. 123 s. (pour la France); M. Fromont, H. Siedentopf, «Les privatisations en République fédérale d'Allemagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris (1989), p. 160 (pour la RFA).

121. A. Abed (*supra* note 90), pp. 227 ss.

##### 2. La privatisation formelle

Ce terme tente de décrire l'emploi des modes d'organisation ou de gestion propres du secteur privé par le secteur public.

La forme la plus connue est la transformation de la personnalité juridique de droit public en personnalité juridique de droit privé. Cela signifie le changement d'une personnalité juridique de droit public en société anonyme ou en société à responsabilité limitée. Ainsi on peut médiatiser l'influence politique; la gérance de l'entreprise est nettement distinguée de l'organe de surveillance. Un exemple récent est la transformation des statuts de l'usine automobile Renault en France<sup>122</sup>. Elle a été transformée par une loi de 1990 d'entreprise de régie — c'est-à-dire partie intégrale de l'administration publique — en société anonyme. Cette même loi a rendu possible la participation minoritaire (25%) d'une société étrangère au capital de l'entreprise.

En France, la transformation d'un établissement public en société anonyme a un effet considérable. La Cour de cassation reconnaît une immunité d'exécution à tous les établissements publics, y inclus les entreprises industrielles et commerciales (mais non pas aux entreprises publiques organisées comme sociétés anonymes).

La privatisation formelle est aussi un moyen de réorganisation interne des groupes d'entreprises étatiques, notamment à l'égard d'une meilleure maîtrise des problèmes d'efficacité et de comptabilité. Ainsi, on a récemment regroupé les services de télécommunication en Allemagne<sup>123</sup> en trois branches avec personnalité juridique partielle (*Sondervermögen mit Teilrechtsfähigkeit*): services de courrier traditionnel; services de télécommunication moderne (téléphone); services de banque.

La transformation pure et simple en trois sociétés anonymes était exclue par la Constitution<sup>124</sup>. Le but primordial de cette réorganisation était une transparence de la comptabilité, car on voulait démontrer la différence entre le service de courrier qui est déficitaire partout et le service de téléphone qui est plutôt rentable. Finalement, on

122. B. Oppetit, «L'application du droit commercial par les entreprises publiques en France», *J. soc. légis. comp.*, 12 (1990), p. 208; cf. J. Rideau, «Aperçu du point de vue communautaire sur les privatisations dans les Etats membres», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris (1989), p. 227.

123. Cf. W. Schatzschneider (*supra* note 19).

124. Voir *infra*, p. 272.

voulait forcer les services de banque postale à démontrer leur rentabilité en comparaison avec le marché des banques privées. Ainsi, cette réorganisation des services postaux mène au fait que désormais chaque branche établira son budget séparément et sera obligée de travailler sous bénéfice d'inventaire, ou plutôt de faire des bénéfices. En conséquence, les rabais réciproques ne seront plus accordés, de sorte que, par exemple, le service de banque postale paiera les mêmes prix pour les services de courrier et de télécommunication que les autres concurrents privés.

Cette privatisation formelle implique aussi l'abandon des privilèges fiscaux ou des garanties étatiques qui ne sont pas accordées aux concurrents privés. De cette manière la non-discrimination des entreprises privées par rapport aux entreprises publiques peut être réalisée.

### 3. La privatisation au sens étroit

Finalement — dans le sens le plus étroit et le plus précis du mot — la privatisation est entendue comme le transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé. C'est la définition légale de l'article 34 de la Constitution de la V<sup>e</sup> République. Cet article dispose que

« la loi fixe les règles concernant ... les nationalisations d'entreprises et les transferts des propriétés d'entreprises du secteur public au secteur privé ».

Le Conseil d'Etat, dans deux décisions célèbres du 24 novembre 1978<sup>125</sup>, a défini la notion de secteur public. Suivant ces décisions l'entreprise publique est celle dont la majorité du capital appartient à l'Etat, aux collectivités publiques, aux établissements publics ou à d'autres entreprises du secteur public. Il semble que dans ces affaires le Conseil d'Etat ait retenu deux critères cumulatifs qui sont la *majorité du capital* et la *majorité des sièges* au conseil d'administration. Plus tard il est revenu au seul critère de la majorité du capital. Ainsi, une entreprise dont les 51% du capital appartiennent au secteur public mais les 51% des droits de vote au secteur privé n'est pas considérée comme entreprise privée selon l'article 34. Par conséquent, la cession de 51% des droits de vote ne nécessite pas le

125. J. Bourdon, J.-M. Pontier, J.-C. Ricci (*supra* note 120), pp. 134 s.

consentement du législateur<sup>126</sup>. Il faut noter tout de même que la notion d'entreprise publique tient généralement plus au contrôle par l'administration publique qu'au droit de propriété et il me paraît qu'une conception qui regarde comme privatisation le transfert de la majorité des droits de vote au secteur privé soit plus appropriée.

126. M. Fornacciari (*supra* note 39), pp. 372 s.

## LES TECHNIQUES DE PRIVATISATION

I. Les structures juridiques des entreprises publiques<sup>127</sup>

En droit comparé, on connaît trois formes d'organisation des entreprises publiques :

- l'entreprise est incorporée dans l'administration étatique ou locale ;
- l'entreprise a une personnalité juridique distincte de l'administration (établissement public) ;
- l'entreprise est personne juridique de droit privé.

## 1. L'incorporation dans l'administration publique

L'entreprise forme partie intégrante de l'administration publique, sans personnalité juridique distincte. Elle passe des contrats avec les particuliers au nom de l'Etat, elle est intégrée dans la hiérarchie de l'administration soit dans un ministère de l'administration centrale soit dans l'administration communale. Ainsi l'administration a une influence immédiate sur la gestion de l'entreprise. Le parlement, en exerçant son pouvoir de contrôle sur le gouvernement, peut influencer la direction de l'entreprise.

Cette structure d'entreprise est choisie en Allemagne pour l'administration des chemins de fer et des forêts. Elle a été utilisée jusqu'à récemment pour les services des postes et de télécommunication. En France aussi l'administration des postes et télécommunications est intégrée dans un ministère. D'autre part, plusieurs entreprises industrielles de régie étatique, comme le constructeur d'automobiles Renault<sup>128</sup> et le Groupe industriel des armements terrestres (GIAT)<sup>129</sup>, furent transformées en sociétés anonymes.

127. B. von Hoffmann (*supra* note 17), pp. 37 ss.

128. J.-M. Schlessler (*supra* note 51), pp. 297, 300; B. Oppetit (*supra* note 122), p. 208.

129. Loi n° 89.924 du 23 décembre 1989, *Journal officiel* du 27 décembre 1989, pp. 16, 103; J.-M. Schlessler (*supra* note 51), p. 298.

## 2. L'établissement public

L'établissement public a une personnalité juridique distincte de l'Etat. Il est créé par une loi ou par un règlement. Très souvent les banques centrales sont organisées comme établissements publics. En Italie<sup>130</sup>, les grands groupements d'entreprises industrielles publiques (Istituto per la ricostruzione industriale (IRI)<sup>131</sup>, Ente nazionale idrocarburi (ENI)) sont des établissements publics fondés par des lois spéciales. En France, les entreprises nationalisées en 1946 — Electricité et gaz de France — sont aussi des établissements publics<sup>132</sup>.

Dans les pays de l'ancien bloc soviétique, les entreprises industrielles furent fondées par des règlements basés sur des lois<sup>133</sup>.

Enfin, les sociétés de développement dans les pays en voie de développement ainsi que les sociétés étatiques de pétrole sont des entreprises publiques<sup>134</sup>. Il faut noter qu'en Angleterre, dans les années quatre-vingt, les services des postes, qui à l'origine faisaient partie de l'administration publique, ont d'abord été changés en « Public Limited Company » avant d'être privatisés<sup>135</sup>. En France, en revanche, le service des chemins de fer fut d'abord organisé comme personne juridique de droit privé, mais a été transformé en 1982 en établissement public<sup>136</sup>.

## 3. La personne juridique de droit privé

La plupart des compagnies étatiques dans les pays occidentaux sont organisées comme sociétés anonymes: En Suède, le monopole du tabac est organisé en société anonyme<sup>137</sup>; en Allemagne, les entreprises étatiques de production d'électricité sont organisées comme sociétés anonymes ou sociétés à responsabilité limitée (S.a.r.l.)<sup>138</sup>, contrairement à ces entreprises en France. Il faut rele-

130. Cf. D. d'Angelo (*supra* note 23); E. Del Casale (*supra* note 23), pp. 573 s.

131. F. Calabria, « Istituto per la Ricostruzione Industriale », *Enciclopedia del diritto*, XXIII, Milan (1973), pp. 38-51.

132. J. Rivero (*supra* note 12), pp. 495 ss., 503.

133. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 38.

134. *Ibid.*, pp. 37 s.

135. C. Graham, T. Prosser, « Privatising Nationalised Industries: Constitutional Issues and New Legal Techniques », *Mod. L. Rev.*, 50 (1987), p. 21; B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 38.

136. G. Braibant, *Le droit administratif français* (1984), p. 162.

137. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 39.

138. Voir Hoppenstedt (éd.), *Handbuch der Grossunternehmen*, vol. 2 (1992), annexes B23-B24.

ver que l'organisation de la Banque nationale suisse comme société anonyme<sup>139</sup> est une exception.

Il faut remarquer que dans les pays de l'ancien bloc socialiste la forme de société anonyme ne fut presque jamais utilisée pour l'organisation des entreprises publiques<sup>140</sup>.

Dans les pays en voie de développement, la forme de personne juridique de droit privé est bien répandue pour les entreprises d'Etat<sup>141</sup>. Ainsi aux Indes les entreprises qui font la gestion du service public ont généralement la forme de l'établissement public, tandis que les entreprises industrielles sont typiquement organisées comme sociétés anonymes<sup>142</sup>.

Finalement, dans les pays en voie de développement l'organisation des entreprises industrielles en la forme de sociétés privées est favorisée parce qu'elle ouvre la possibilité à la participation du capital privé sans la condition préalable de la réorganisation de l'entreprise.

#### 4. La forme juridique et le contrôle

En général chaque forme juridique d'entreprise publique correspond à un certain type de contrôle étatique<sup>143</sup>. Le contrôle est plus fort si l'entreprise est intégrée hiérarchiquement dans l'organisation gouvernementale. Une entreprise est spécifiquement dotée de la personnalité juridique distincte afin de la rendre plus indépendante de l'emprise du gouvernement dans les décisions quotidiennes, alors que l'objectif de l'entreprise et sa stratégie générale sont définis par le gouvernement. Finalement, l'organisation en personnalité juridique de droit privé oblige les organes à œuvrer pour le bien-être de l'entreprise. Il leur est interdit par la loi de poursuivre des fins qui seraient dans l'intérêt général si cet intérêt général contredisait les intentions de l'entreprise. Un conflit d'intérêts entre le bien-être de l'entreprise et l'intérêt général peut surgir par exemple pour les dirigeants d'une entreprise d'électricité. On peut citer l'exemple d'un gouvernement ayant une tendance politique qui est contre les instal-

139. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 39.

140. V. Laptev, « Concept and Importance of Socialist Enterprises », *Int. Enc. Comp. L.*, vol XVII, ch. 16 s.

141. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 39.

142. *Ibid.*

143. *Ibid.*, pp. 39 s.

lations d'électricité nucléaires et, comme la production nucléaire d'électricité est moins chère comparée aux autres sources d'énergie, les dirigeants de l'entreprise qui doivent viser un but de rentabilité sont forcés de favoriser l'expansion de l'énergie atomique alors que le gouvernement poursuit un objectif opposé.

Le modèle anglais de la « golden share »<sup>144</sup> offre la possibilité de sauvegarder l'intérêt public même dans les entreprises privatisées: l'Etat détient des actions prévoyant un droit de veto. De cette manière il peut défendre l'intérêt général. En France, d'ailleurs, ce but est poursuivi par un mécanisme semblable, nommé l'action spécifique<sup>145</sup>.

A vrai dire, ce pouvoir d'intervention étatique dans la politique de l'entreprise en faveur des intérêts publics déroge au système d'une privatisation digne de ce nom.

Il faut quand même noter que dans la pratique cette distinction entre les diverses formes juridiques d'entreprises publiques par rapport au contrôle étatique n'existe pas. Par manipulation des statuts de la société et par sélection des personnes qui ont la gérance et la surveillance de l'entreprise la distinction entre les fins de la société et les buts politiques peut être éliminée. Ainsi, on ne peut pas tirer de conclusions sérieuses de la forme juridique de l'entreprise publique pour le degré du contrôle politique<sup>146</sup>.

#### II. Les étapes de la privatisation

La privatisation est un processus qui se déroule en plusieurs étapes distinctes, et c'est le mérite de la législation française de les avoir distinguées systématiquement.

Il paraît utile de les énumérer:

- 1) la décision politique sur l'opportunité;
- 2) la sélection des entreprises à privatiser;
- 3) la détermination des autorités compétentes pour la mise en œuvre de la privatisation;
- 4) l'évaluation de la valeur de l'entreprise;
- 5) la détermination de la méthode de commercialisation.

144. C. Graham, T. Prosser (*supra* note 135), pp. 36 ss.; J.-L. Delahaye, « La Golden Share à la française: l'action spécifique », *Dr. prat. comm. int.* (1987), pp. 579-587, pp. 579 ss.

145. J.-L. Delahaye (*supra* note 144), pp. 582 ss.

146. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 40.

### 1. La décision politique

Il faut d'abord tenir compte des décisions constitutionnelles. Evidemment, dans les anciens pays du bloc soviétique la privatisation était interdite par la Constitution<sup>147</sup>. Ainsi tout mouvement de privatisation présuppose qu'elle soit admise par cette dernière.

En Russie, une restriction constitutionnelle à la privatisation n'est toujours pas abolie: le régime privé de la propriété immobilière n'a pas encore été établi<sup>148</sup>. Au Portugal, la Constitution issue de la révolution de 1974 comprenait un article qui excluait la privatisation des entreprises nationalisées pendant la révolution<sup>149</sup>. Pour cette raison les initiatives du Gouvernement portugais pour privatiser les entreprises nationales ont commencé par un changement dans la Constitution.

En Allemagne, la Loi fondamentale, dans l'article 87, I, 1, détermine que les services de chemins de fer et de poste sont gérés sous la forme d'administration publique<sup>150</sup>. Ainsi il est exclu par la Constitution que les chemins de fer et la poste soient gérés sous la forme de société anonyme — même par voie de privatisation formelle avec une participation de cent pour cent de l'Etat au capital social — et une révision constitutionnelle requiert une majorité parlementaire des deux tiers.

La Constitution française de la V<sup>e</sup> République n'exclut pas la privatisation, mais elle en a réservé la compétence au parlement, de sorte que la privatisation ne pourrait désormais pas être effectuée par la seule décision du gouvernement<sup>151</sup>. En outre, il existe des principes constitutionnels qui déterminent les modalités de la privatisation.

Dans ce contexte, le Conseil constitutionnel français<sup>152</sup> a rappelé que

«la Constitution s'oppose à ce que des biens ou des entreprises faisant partie de patrimoines publics soient cédés à des per-

147. Voir, par exemple, l'article 9/14 de la Constitution de l'ancienne République démocratique allemande.

148. H. Roggemann (*supra* note 72), p. 42.

149. T. Prosser (*supra* note 21), p. 311.

150. W. Schatzschneider, *Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts? Zum rechtlichen Handlungsrahmen einer Neuordnung der deutschen Bundespost*, Berlin (1988).

151. T. Prosser (*supra* note 21), p. 306.

152. M. Durupty (*supra* note 55), p. 79; T. Prosser (*supra* note 21), pp. 313 ss.

sonnes poursuivant des fins d'intérêt privé pour des prix inférieurs à leur valeur»<sup>153</sup>.

Le principe d'acquisition à la juste valeur dérive aussi du principe d'égalité qui prohibe des avantages injustifiés à des particuliers au détriment de l'ensemble des citoyens.

### 2. La détermination des autorités compétentes et l'évaluation

En France, les modalités de la privatisation sont réglées dans la loi du 6 août 1986<sup>154</sup>. Le ministre de l'Economie et de la privatisation est l'autorité compétente.

L'évaluation de la valeur de l'entreprise est confiée à une commission indépendante de privatisation qui doit surveiller la sauvegarde des intérêts de l'Etat lors de la privatisation<sup>155</sup>.

La commission de privatisation ne fait pas elle-même cette évaluation. Elle se sert d'experts-comptables indépendants auxquels il appartient d'examiner l'entreprise selon un cahier des charges qui définit les critères de l'examen. La commission de privatisation — sur la base du rapport des experts-comptables — détermine un prix sur lequel repose la fixation du prix définitif par le ministre. Les conclusions de la commission sont publiées.

### 3. Les méthodes de commercialisation

En France, l'article 4, alinéa 1, de la loi du 6 août 1986 prévoit que la cession de titres soit réalisée «suivant les procédures du marché financier». Cela veut dire que la commercialisation s'effectue par la vente de titres en bourse<sup>156</sup>. En principe, c'est par les forces du marché que se détermine l'acquéreur. L'Etat ne peut pas exercer d'influence sur les futurs propriétaires de l'entreprise.

De toute manière, cette même loi prévoit aussi, à l'alinéa 2, la disposition alternative que le ministre de l'Economie «peut choisir

153. Conseil constitutionnel, décision n° 86-207 DC des 25 et 26 juin 1986, *AJDA*, 1987, p. 579; M. Durupty (*supra* note 55), p. 79; O. d'Ormesson, D. Martin (*supra* note 17), pp. 419 ss.

154. M. Durupty (*supra* note 55), pp. 79 s.; O. d'Ormesson, D. Martin (*supra* note 17), pp. 426 ss.

155. M. Durupty (*supra* note 55), p. 80; O. d'Ormesson, D. Martin (*supra* note 17), pp. 427 ss.

156. Cf. J.-L. Delahaye, «Introduction des titres des sociétés privatisées à la cote officielle», *Dr. prat. comm. int.* (1987), pp. 681-686.

l'acquéreur hors marché». Les modalités d'application sont précisées dans un décret du 24 octobre 1986<sup>157</sup>. Il y a une offre publique de vente annoncée dans la presse financière et les conditions de la vente sont fixées dans un cahier des charges, qui contient un questionnaire dans lequel les soumissionnaires doivent décrire leur conception du développement futur de l'entreprise.

Ainsi, la loi française exclut la vente d'une entreprise par le moyen de négociations individuelles entre l'Etat et l'acquéreur<sup>158</sup>.

Une autre méthode d'aliénation des entreprises admise par le droit français est la vente aux employés de l'entreprise<sup>159</sup>.

Une vue comparative sur les méthodes de privatisation permet les remarques suivantes :

Il n'y a que le droit français qui prévoit une procédure précise d'aliénation des entreprises publiques. En Angleterre, il n'y a pas de principes généraux en la matière. Au contraire, la méthode d'aliénation à suivre est déterminée par la loi qui commande la privatisation. En Allemagne toute provision législative s'occupant des méthodes d'aliénation des entreprises publiques fait défaut, et leur vente demeure entièrement à la discrétion de la Treuhand<sup>160</sup>. Alors qu'en Angleterre et en France les grandes entreprises industrielles sont régulièrement vendues aux marchés financiers, il n'y a pas une seule entreprise publique qui soit vendue en bourse en Allemagne. Même le procédé alternatif de l'offre publique de vente est pratiquement inconnu en Allemagne. Cela veut dire que dans ce pays la vente des entreprises publiques les plus importantes se fait par des négociations individuelles entre la Treuhand et les entreprises intéressées, négociations qui se déroulent dans le secret, ce qui s'explique par l'impératif politique qui donne la supériorité absolue à la rapidité. Toute formalisation des procédures est considérée comme un ralentissement potentiel.

Les mêmes observations sont valables en ce qui concerne la pra-

157. M. Durupty (*supra* note 58), pp. 331 ss.

158. *Ibid.*, p. 326.

159. M. Durupty (*supra* note 55), p. 80; M. Durupty (*supra* note 58), pp. 333 s. Cf. G. Tantin (*supra* note 58).

160. A. v. Drygalski, « Acquisitions in the Former East Germany », *Comp. L. Yb.* (1991), pp. 136 s.; W. Spoerr (*supra* note 83), pp. 208 ss.; quant à l'organisation de la politique de vente de la Treuhand, voir P. Dodds, G. Wächter, *Privatization Contracts with the German Treuhandanstalt*, Cologne (1993), pp. 7-14.

tique de la vente des entreprises publiques en Hongrie<sup>161</sup> et en Tchécoslovaquie<sup>162</sup>.

#### 4. Conclusions : le droit applicable aux privatisations

Après de laborieuses enquêtes préliminaires de droit comparé on arrive, enfin, aux problèmes de droit international.

La question principale est celle du droit applicable à la privatisation. Elle se pose toujours quand la privatisation contient un élément international, par exemple l'acquisition de l'entreprise de la part d'une société étrangère. Il faut qualifier les transactions entre l'Etat d'une part et les particuliers d'autre part : est-ce qu'elles relèvent du droit public ou du droit privé ? Si ce sont des actes de droit public, la souveraineté de l'Etat commande qu'il soit interdit aux tribunaux étrangers de censurer les actes du gouvernement, de sorte que le droit applicable est celui de l'Etat dont l'action est en jeu. S'il s'agit du droit privé, les transactions entre l'Etat et les particuliers sont soumises au droit international privé et aussi à la juridiction des tribunaux étrangers.

J'arrive à la conclusion suivante : le droit public dirige non seulement la décision sur le transfert des entreprises du secteur public au secteur privé mais aussi la sélection de l'acquéreur, des modalités et des conditions de privatisation. Une fois que ces décisions sont prises, le rapport spécial entre l'Etat et les acquéreurs est soumis au droit privé. En France, comme en Angleterre d'ailleurs, le mode de la détermination de la valeur est le placement public des titres des entreprises publiques sur le marché financier. L'acquisition des titres eux-mêmes est conditionnée par le droit commun commercial.

En Allemagne, on a fait usage d'une théorie dite des deux degrés (*Zwei-Stufen-Theorie*) pour expliquer la privatisation<sup>163</sup>. Au premier degré on décide les questions du choix des entreprises à privatiser et du futur propriétaire aussi bien que les conditions financières de l'acquisition. L'adjudication de l'entreprise publique constitue un acte administratif<sup>164</sup>. Ainsi l'administration est liée aux principes

161. Cf. K. Ashton, R. I. Cohen, « Privatisation: Hungary », *IFL Rev.*, supplément n° 9 (1992), pp. 24-26; P. S. Szabo (*supra* note 67), p. 1067; K. Ashton, Z. Kovacs (*supra* note 75).

162. H. Roggemann (*supra* note 72), p. 42.

163. W. Spoerr (*supra* note 83), pp. 177 ss.

164. H. Roggemann (*supra* note 72), pp. 49, 50.

généraux de droit administratif comme le principe d'égalité mais aussi au droit économique<sup>165</sup>. En remplissant les revendications du droit économique, elle doit prévenir par sa politique de vente une concentration des entreprises<sup>166</sup>.

Voici un exemple pour illustrer ces questions: la Treuhand était en train de vendre les raffineries de sucre d'Allemagne de l'Est et tous les producteurs de sucre d'Europe y étaient intéressés. Après avoir vendu plusieurs usines à un groupe allemand la Treuhand s'est décidée à vendre les raffineries restantes à une entreprise danoise. Une entreprise française a mis en cause la décision de la Treuhand. Devant les tribunaux administratifs elle sollicitait une mesure provisoire contre la Treuhand pour qu'elle ne procède pas à la conclusion du contrat de vente avec le compétiteur danois. Le cas fut décidé par le Landgericht de Berlin<sup>167</sup>, et auparavant le tribunal administratif s'était déclaré incompétent en raisonnant qu'il s'agissait d'une affaire civile<sup>168</sup>; mais on connaît aussi des décisions contraires de tribunaux civils<sup>169</sup>. On a l'impression que les tribunaux craignent que le travail de la Treuhand soit paralysé par l'abus des voies de recours contre ses décisions.

Le deuxième degré de la privatisation est la conclusion du contrat privé en cours d'exécution de l'adjudication de l'entreprise.

En Angleterre, on ne fait pas de distinction semblable entre droit public et droit privé concernant la privatisation, cela étant dû à la non-existence de la distinction en tant que telle<sup>170</sup>. Néanmoins, la décision de privatisation est traitée comme un genre d'affaire publique. Ainsi, en 1986, il y eut des négociations secrètes entre le Gouvernement britannique et la société américaine General Motors concernant la vente de British Leyland. Ces négociations découvertes, leur méthode clandestine a été attaquée par l'ancien premier ministre Heath:

«Never again must there be an attempt by the Government to sell off state-owned assets to people of their own choice in a

165. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 7<sup>e</sup> éd. Munich (1990), par. 17, n<sup>os</sup> 11 ss.

166. Art. 25, I, Einigungsvertrag, par. 2, VI, loi sur la Treuhand.

167. La décision n'a pas été publiée.

168. W. Spoerr (*supra* note 83), pp. 174 ss.; OVG Berlin, *Beschluss* du 22 janvier 1991, *NJW* (1991), pp. 715 s.; voir H. Roggemann (*supra* note 72), p. 50.

169. Kammergericht, *Beschluss* du 5 décembre 1990, *ZfP* (1991), p. 407; W. Spoerr (*supra* note 83), p. 177. Voir H. Roggemann (*supra* note 72).

170. David Foulkes, *Administration Law*, 7<sup>e</sup> éd., Londres (1990), pp. 8 s.

behind-the-scene deal. The privatisation of such assets is a public matter requiring public participation either through share purchase or through open bidding.»<sup>171</sup>

La conséquence juridique en droit interne est la suivante: s'agissant de l'adjudication, un concurrent qui a échoué peut attaquer la décision négative devant les tribunaux administratifs. Au contraire, l'acquéreur réclamant des dommages-intérêts doit saisir les tribunaux civils. Concernant le droit international, il en résulte que les tribunaux du pays du siège de l'entreprise sont seulement compétents des actions contre l'adjudication, tandis que les différends contractuels peuvent être décidés par d'autres tribunaux selon leur compétence internationale.

Mais allons plus loin, par un exemple hypothétique: un Etat a décidé de privatiser son système de télécommunications. L'adjudication est consentie à une entreprise de télécommunications étrangère. Dans le contrat de vente il est convenu que tous les litiges seront tranchés par voie d'arbitrage international; le droit applicable serait les principes généraux de droit international. Après un renversement de gouvernement, le nouveau gouvernement veut annuler l'adjudication avec l'argument que l'entreprise étrangère aurait corrompu les fonctionnaires responsables. Est-ce que le litige devra être soumis à l'arbitrage international ou exclusivement aux tribunaux de l'Etat concerné? On connaît le problème parallèle de la révocation des concessions pétrolières de la part de l'Etat. Dans de tels litiges la clause arbitrale fut respectée par les parties<sup>172</sup>. Ainsi — *a fortiori* — il faut assumer aussi dans les cas d'une révocation de la privatisation que la clause d'arbitrage prévaut — même si des questions de droit public sont en cause.

171. C. Graham, T. Prosser (*supra* note 135), pp. 27 s.

172. J.-F. Lalive, «Contrats entre Etats ou entreprises étatiques et personnes privées», *Recueil des cours*, tome 181 (1983-III), pp. 61 ss.

CHAPITRE III  
L'ACCÈS DES ÉTRANGERS  
AUX ENTREPRISES PRIVATISÉES

I. Considérations générales

I. Le statut des étrangers<sup>173</sup>

Bien que les étrangers jouissent aujourd'hui, en général, des mêmes droits que les nationaux, il reste néanmoins beaucoup d'exceptions, car les nationaux sont censés mériter une confiance et des privilèges particuliers. Il y a toujours eu un rapport spécial entre l'Etat et les personnes qui détiennent sa nationalité. Ainsi, l'étranger n'a pas de droits politiques comme le droit de vote ni le droit de devenir fonctionnaire d'Etat. Il y a aussi des restrictions pour les étrangers quant à l'accès à diverses professions: ainsi dans plusieurs pays l'étranger n'a pas le droit d'être avocat. Au surplus, le droit du travail exige un permis de travail de l'étranger. En droit civil, l'accès des étrangers à la propriété immobilière est exclu ou limité, comme en Suède et en Suisse. Dans beaucoup de pays, surtout dans des pays en voie de développement, la participation des étrangers à des sociétés commerciales est limitée en vertu de la loi<sup>174</sup>. Proprement dit, une prohibition pure et simple existe, si l'accès des étrangers à une activité privilégiée est soumise à l'accord préalable de l'administration.

Cette discrimination des étrangers est de pratique courante et ne déroge pas aux règles du droit international public. Il y a des traités bilatéraux qui, sur une base de réciprocité, garantissent l'instauration de l'égalité des étrangers respectifs<sup>175</sup>. L'acte multilatéral le plus important concernant la non-discrimination des étrangers est le Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, qui exclut les discriminations des nationaux des autres Etats membres dans la CEE<sup>176</sup>.

173. D. Carreau, T. Fory, P. Juillard (*supra* note 5), pp. 543 ss.

174. Pour une discussion sur le plan de théorie économique, N. Kofele-Kale, «The Political Economy of Foreign Direct Investment: A Framework for Analysing Investment Laws and Regulations in Developing Countries», *L. Pol. Int. Bus.*, 23 (1992), pp. 619, 671.

175. D. Carreau, T. Fory, P. Juillard (*supra* note 5), pp. 553 ss.

176. Article 7 du traité de la Communauté économique européenne.

2. La détermination de la nationalité des personnes morales

Dans ce contexte, se pose le problème de la détermination de la nationalité des personnes morales. La question soulevée est de déterminer si une société anonyme fondée selon le droit interne d'un certain pays et ayant son siège social dans celui-ci jouit des privilèges des nationaux même si elle est contrôlée par des personnes étrangères.

3. La privatisation et les étrangers

Finalement, il faudra examiner la question de savoir si les lois de privatisation d'entreprises publiques offrent un moyen d'accès non discriminatoire aux nationaux et aux étrangers.

II. Les restrictions dans les droits nationaux

1. L'Allemagne

En Allemagne, il n'y a pas de discrimination des étrangers par la loi quant à l'acquisition des anciennes entreprises socialistes. La présidente de la Treuhand, M<sup>me</sup> Breuel, a qualifié une telle discrimination d'illicite à l'occasion d'une visite d'une délégation de la CEE conduite par le président de la Commission, M. Delors, en mai 1991 à Berlin<sup>177</sup>. Il n'en reste pas moins que le manque de transparence du marché rend plus facile son accès aux intéressés qui connaissent la langue et les lieux. La Treuhand a essayé de compenser ces défauts par des offices de liaison dans les pays étrangers<sup>178</sup>.

2. La Hongrie, la Tchécoslovaquie, la Pologne

Les lois de privatisation de la Hongrie<sup>179</sup>, de la Tchécoslovaquie<sup>180</sup> et de la Pologne<sup>181</sup> admettent la participation — même majo-

177. Cf. H. Roggemann (*supra* note 72), p. 48, n. 91.

178. *Ibid.*, p. 48.

179. K. Ashton, R. I. Cohen (*supra* note 161), p. 25. Cf. G. Biro, «Privatisierung in Ungarn», *Südosteuropa*, 11-12 (1990), pp. 673-685; B. Boissevain, «Hungary Compensates Former Landowners (The Compensation Act and Its Effect on Purchasing Real Estate and Privatisation)», *IFL Rev.*, 10 (1991), pp. 33-35; H. V. Sulkowski, *et al.*, «Privatisation in Hungary: the Art of the Possible», *IFL Rev.*, 4 (1991), p. 33; P. S. Szabo (*supra* note 67), pp. 1065 s.; K. Ashton, Z. Kovacs (*supra* note 75), p. 46; cf. *FT*, 21 avril 1992, p. 31.

180. H. Roggemann (*supra* note 72), p. 42.

181. C. Banasinski, «Poland: Formation of Institutional Structures for the Privatisation Process — Companies with Foreign Participation», *Int. Lawyer* (1992), pp. 244 ss.; Z. M. Czarny, «Privatisation of State Industries in Poland», *Int. Bus. Lawyer* (1992), pp. 153 s.

ritaire — des étrangers à des entreprises privatisées à condition d'un accord préalable du gouvernement.

Il semble que le degré de la participation étrangère dans l'industrie nationale reste bien controversé dans la plupart des pays de l'Europe de l'Est.

### 3. L'Angleterre

Les législations sur la privatisation en Angleterre et en France offrent des exemples très intéressants du traitement des étrangers.

En Angleterre, les lois de privatisation ne s'expriment pas sur les actionnaires de la société anonyme. Néanmoins, les statuts qui sont élaborés par le ministère préparant la privatisation contiennent des déterminations restrictives. Ainsi le statut de la compagnie aérienne British Airways<sup>182</sup> prévoit que le conseil d'administration peut pendant les premiers cinq ans de la privatisation exiger qu'un détenteur de plus de 15 % du capital réduise sa participation à ce pourcentage. Cette restriction concerne aussi bien les nationaux que les étrangers, mais le conseil d'administration a le pouvoir discrétionnaire d'accepter une participation nationale de plus de 15 % et de refuser une participation étrangère. En outre le statut de British Airways délimite un contrôle étranger: si, sur demande du conseil d'administration, le Gouvernement britannique établit que la participation étrangère au capital de British Airways est de telle sorte que celle-ci ne serait plus considérée par le gouvernement comme une compagnie aérienne nationale et ainsi pourrait refuser de lui accorder le statut privilégié d'une telle compagnie quant aux droits d'exploitation, le conseil d'administration peut exiger que certains des actionnaires étrangers se défassent de leurs titres.

Dans la pratique, les dispositions sur la participation étrangère du statut de Rolls Royce ont été utilisées pour forcer les investisseurs allemands (y inclus la Deutsche Bank) et néerlandais à vendre des actions à perte<sup>183</sup>.

La nationalité des actionnaires est contrôlée par une détermination générale du *Companies Act* de 1985<sup>184</sup> qui ne se limite pas aux

182. P. Marcilhacy, F.-E. Dangeard, « Comparaison des modalités du placement international de Saint-Gobain et de British Airways », *Rev. dr. aff. int.*, 3 (1987), pp. 312 s.

183. T. Prosser (*supra* note 21), p. 317.

184. *Halsbury's Statutes*, 4<sup>e</sup> éd., vol. 8, pp. 198-211.

sociétés privatisées. Elle prévoit que tout changement de la composition du groupe des actionnaires doit être inscrit dans un registre des actionnaires qui est géré par la société. Dans les statuts, cette obligation de se faire inscrire est complétée par l'obligation d'indiquer la nationalité. Il y a des registres distincts pour les actionnaires de nationalité anglaise et pour les étrangers. L'infraction à ces dispositions est soumise à une sanction criminelle.

### 4. La France

En France la loi du 6 août 1986<sup>185</sup> a fixé un certain nombre de restrictions à la participation des étrangers dans l'émission des titres des entreprises privatisées. Mais la loi laisse une large marge d'appréciation au ministre de l'Economie qui est chargé de la mise en œuvre de la privatisation, de sorte qu'il puisse déterminer les limitations appropriées à chaque entreprise à privatiser. Selon l'article 9 de cette loi le ministre de l'économie peut décider par un arrêté qu'aucune personne physique ou morale (aussi bien française qu'étrangère) ne pourra acquérir plus de 5 % des titres cédés par l'Etat. Toutefois cette restriction légale est, d'une part, limitée à la première acquisition des titres lors de la privatisation: elle n'englobe pas les cessions ultérieures des premiers investisseurs privés à d'autres investisseurs privés; d'autre part, elle se borne à la vente des titres suivant les procédures du marché financier (offre publique) et ne porte pas sur la vente des actions de gré à gré.

L'article 10, alinéa 1, limite la participation des étrangers à 20 % du capital de la société privatisée<sup>186</sup>. La loi autorise le ministre de l'Economie d'abaisser cette limite « lorsque la protection des intérêts nationaux l'exige », mais en fait le ministre de l'économie ne s'est jamais servi de cette possibilité de réduction.

Il faut définir la notion d'« investisseurs étrangers ». D'abord ce

185. M. Durupty (*supra* note 55), p. 80; M.-C. Boutard-Labarde, « Droit communautaire et privatisation », *Dr. prat. comm. int.*, 3 (1987), pp. 500 s.; J. Loyrette, O. d'Ormesson, « L'achat par des étrangers d'actions de sociétés privatisées au regard du droit français et du droit communautaire », *Rev. dr. aff. int.*, 3 (1987), pp. 315-321.

186. M. Durupty (*supra* note 55), p. 80; M.-C. Boutard-Labarde (*supra* note 185), p. 501; J. Loyrette, O. d'Ormesson (*supra* note 185), pp. 317 ss.; sur le problème d'identification de la nationalité dans les titres au porteur, C. Merkin, « Le contrôle de l'actionariat des sociétés privatisées », *Dr. prat. comm. int.*, 4 (1987), pp. 589-602.

sont des personnes physiques étrangères mais aussi des personnes morales étrangères, c'est-à-dire des personnes morales organisées selon le droit étranger et précisées par l'article 355-1 de la loi du 24 juillet 1966<sup>187</sup>. Selon cet article, une personne morale est considérée comme étrangère si la majorité des droits de vote se trouve aux mains d'étrangers ou bien si un actionnaire étranger détermine en fait les décisions prises dans les assemblées générales de la société par ses droits de vote. Le même article — au surplus — établit une présomption légale qu'une personne qui dispose de droits de vote supérieurs à 40 % exerce ce contrôle sur la société, à moins qu'un autre actionnaire ne détienne une fraction des droits de vote supérieure à la sienne.

Cette limitation des investissements étrangers à 20 % n'intervient qu'au moment où les titres sont mis sur le marché par l'Etat. Elle ne s'applique pas aux achats des sociétés privatisées en bourse au marché secondaire des actions.

L'article 10, alinéa 2, a introduit l'action spécifique<sup>188</sup> si la « protection des intérêts nationaux l'exige ». Cette action spécifique, qui suit le modèle anglais de la *golden share*<sup>189</sup>, est déterminée par le ministre qui pendant une période maximum de cinq ans peut s'opposer à toute prise de participation — française ou étrangère — excédant 10 % du capital de la société privatisée, qu'il s'agisse soit de la première acquisition soit du marché secondaire. On a institué de telles actions spécifiques dans les statuts de la société nationale ELF — une société de pétrole —, de la compagnie des machines Bull — une société fabriquant des ordinateurs — et de l'agence Havas — une entreprise de publicité. Finalement l'article 10, alinéa 6, dispose que toute participation étrangère de plus de 5 % est soumise à l'agrément du ministre chargé de l'économie, dans les sociétés dont l'activité principale relève des articles 55, 56 et 223 du Traité de Rome — c'est-à-dire les sociétés dont l'activité principale concerne l'ordre public, la sécurité, la santé publique ou la production ou le commerce de matériel de guerre. Il paraît que les pouvoirs publics français n'ont pas fait usage de cette possibilité jusqu'à aujourd'hui<sup>190</sup>.

187. J. Loyrette, O. d'Ormesson (*supra* note 185), p. 317.

188. J.-L. Delahaye (*supra* note 144), p. 582; M.-C. Boutard-Labarde (*supra* note 185), p. 501.

189. J.-L. Delahaye (*supra* note 144), pp. 579 ss.; T. Prosser (*supra* note 21), pp. 316 s.

190. Cf. J. Loyrette, O. d'Ormesson (*supra* note 185), pp. 320 s., 324.

### III. Le droit de la Communauté économique européenne

Selon l'article 221 du Traité de Rome instituant la Communauté économique européenne, les Etats membres sont obligés de permettre l'accès au capital des sociétés commerciales nationales aux ressortissants des autres Etats membres de la même manière qu'aux nationaux. Par conséquent, les ressortissants des autres Etats membres bénéficient du traitement national. La Commission de la CEE a déclaré<sup>191</sup> à plusieurs reprises que cet article 221 est applicable à la privatisation<sup>192</sup>. De plus, elle a proclamé qu'elle suit attentivement les programmes de privatisation des Etats membres — comme celui de la France en raison de la loi du 6 août 1986<sup>193</sup> — afin d'assurer le droit du traitement national aux ressortissants des autres Etats membres, selon les articles 52 et 221 du traité CEE, en ce qui concerne la liberté d'établissement et la participation au capital de la société concernée.

Ainsi une limitation de la participation aux nationaux seuls ou une restriction en pourcentage de la participation des nationaux des autres Etats membres déroge à l'article 221<sup>194</sup>. Cependant la Commission des Communautés européennes n'a pas porté plainte contre la France devant la Cour de justice des Communautés européennes — contrairement à la proposition de plusieurs membres de la Commission —, mais le Gouvernement français a promis à la Commission de ne plus appliquer les restrictions de la loi du 6 août 1986 aux

191. Dans ce contexte, une remarque technique serait peut-être utile: Si je constate que la Commission de la CEE a pris position sur l'applicabilité de l'article 221 à la privatisation, vous pourriez me demander l'origine de cette information et la possibilité de sa preuve. Certainement, la presse financière comme par exemple le *Financial Times* est une source indispensable dont proviennent beaucoup de mes informations. Mais pour s'informer de l'avis de la Commission sur des questions d'actualité il y a encore une autre source valable, mais rarement utilisée: ce sont les réponses aux questions des membres du Parlement européen publiées au *Journal officiel de la CEE*. Evidemment il est impossible de parcourir tout le *Journal officiel* pour savoir si la Commission a pris position sur un problème particulier, mais la tâche est facilitée par la banque de données de la CEE CELEX qui est aussi accessible aux universités, et cela gratuitement.

192. Questions écrites n° 1226/87 de Crawley, *JO* (1988), n° C 325, p. 3; n° 1070/86 de Wedekind, *JO* (1987), n° C 149, p. 6; n° 1224/86 de Metten, *JO* (1987), n° C 91, p. 13; n° 2864/86 de Bonaccini *et al.*, *JO* (1987), n° C 212, p. 35; n° 570/85 de von Wijsenbeek et Boot, *JO* (1986), n° C 48, p. 2. Cf. M. C. Boutard-Labarde (*supra* note 185), p. 498.

193. J. Loyrette, O. d'Ormesson (*supra* note 185), p. 325.

194. M.-C. Boutard-Labarde (*supra* note 185), p. 498; J. Loyrette, O. d'Ormesson (*supra* note 185), p. 322.

nationaux des Etats membres<sup>195</sup>. Il n'empêche que la publicité dans des journaux français pour les actions de la société Saint-Gobain, par exemple, contenait la restriction que ces actions étaient réservées aux ressortissants français et aux personnes résidant en France. La Commission a recommandé au Gouvernement français d'éliminer cette limitation dans les publicités futures<sup>196</sup>.

Il est intéressant de constater que l'insertion dans la presse exclut entièrement l'acquisition d'actions de Saint-Gobain par des étrangers, ce qui signifie une restriction plus grande que celle prévue par la loi, qui permet une participation étrangère de 20 %. Cette exclusion absolue des étrangers de l'émission des titres à la Bourse de Paris — il est vrai — pourrait être inspirée par la préoccupation d'éviter l'intervention des autorités américaines du marché des capitaux, la Securities and Exchange Commission (SEC)<sup>197</sup>.

La Commission a mis en évidence que les Etats membres sont obligés de donner accès aux informations et aux prospectus sur les privatisations aux nationaux des autres Etats membres<sup>198</sup>. De ce point de vue la pratique de la Treuhand de négocier les privatisations clandestinement<sup>199</sup> pourrait déroger à l'article 221 du traité CEE. On pourrait considérer la pratique de la Treuhand d'établir des bureaux d'information dans les pays étrangers comme un moyen d'éliminer ces insuffisances.

La question se pose de savoir comment la notion: «les nationaux des autres Etats membres», est définie dans la mesure de l'article 221. L'article 58 du traité CEE assimile les sociétés constituées en conformité avec le droit d'un Etat membre et ayant leur siège à l'intérieur de la Communauté aux personnes physiques ressortissant des Etats membres. Ainsi il semble que la loi française de 1966 qui applique la théorie du contrôle<sup>200</sup> soit contraire à l'article 58<sup>201</sup>. L'entreprise automobile Opel est, par exemple, une société anonyme de droit allemand qui a son siège en Allemagne mais dont le capital social est tenu à cent pour cent par la société américaine General

195. Question écrite n° 2737/86 de Cassidy, *JO* (1989), n° C305, p. 1; J. Rideau (*supra* note 122), p. 226.

196. Question écrite n° 2737/86 de Cassidy, *JO* (1987), n° C295, p. 4.

197. Sur l'intervention de la SEC voir *infra*, pp. 292 s.

198. Voir question écrite n° 1047/89 de Ford, *JO* (1990), n° C233, pp. 3 s.

199. A. v. Drygalski (*supra* note 160), p. 138; W. Spoerr (*supra* note 83), pp. 159 s.

200. Voir *supra*, p. 282.

201. Von der Groeben/Thiesing/Ehlermann, 4<sup>e</sup> éd, Troberg; devant art. 52-58, par. 11, n. 16, art. 58, par. 14 ss.

Motors. Au lieu de considérer Opel comme une société américaine, l'article 58 exige qu'elle soit traitée comme une personne physique qui a la nationalité d'un pays membre.

Il est vrai que l'article 56 accepte un régime particulier pour les étrangers s'il est justifié par des raisons d'ordre public, de sécurité ou de santé; mais cette disposition ne permet pas de discrimination pure et simple des étrangers pour ces raisons; la Cour de justice de la Communauté européenne applique toujours le critère de la proportionnalité<sup>202</sup>. L'article 223, I b), réserve aussi des mesures qui sont nécessaires pour la sauvegarde des intérêts de la sécurité concernant la production d'armes, de munitions ou de matériel de guerre. Il semble que les restrictions permanentes anglaises à la participation des étrangers soient partiellement inspirées par l'article 223. Mais en ce qui concerne British Airways cet article ne paraît pas être applicable. Cependant la production des moteurs d'avions par Rolls Royce concerne les dispositions de l'article 223<sup>203</sup>.

202. CJCE, du 25 juillet 1991, affaire C-288/89 (*Collectieve Antennevoorziening Gouda*), *Rec.* 1991-I, p. 4007, n° 15.

203. Cf. J. Rideau (*supra* note 122), p. 225.

## CHAPITRE IV

## LES QUESTIONS DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Après avoir défini la privatisation comme le transfert de propriété d'entreprises du secteur public au secteur privé, il convient maintenant d'analyser ce transfert de manière détaillée.

Il y a deux méthodes juridiques fondamentalement différentes pour arriver à un transfert de la propriété d'une entreprise. La vente des titres d'une société se distingue de la vente du patrimoine d'une entreprise.

## 1. La vente de titres de société

## 1. Le changement d'actionnariat et l'identité de la société

Dans les privatisations des grandes entreprises en Angleterre et en France, le transfert de propriété au secteur privé s'est effectué par la vente de titres des sociétés anonymes. Ce procédé ne signifie pas que la propriété des biens (immeubles ou meubles) est transférée au sens du droit civil, puisque même l'acquéreur de cent pour cent des titres d'une société anonyme n'est pas le propriétaire du patrimoine social. Ainsi, le seul actionnaire d'une société anonyme n'a pas le droit de vendre un terrain en propriété de la société anonyme, car c'est la société anonyme elle-même qui tient le titre de propriété du terrain et ce sont ses organes qui ont le pouvoir de transférer la propriété de la société anonyme à un acquéreur. Par conséquent, le changement des actionnaires n'affecte ni le patrimoine de la personne morale ni ses droits et ses obligations de manière que des modifications dans l'actionnariat de la société anonyme ne touchent pas aux droits des créanciers ou aux droits des ouvriers. Si la société est la mère d'un groupe de sociétés — par exemple, la banque Paribas<sup>204</sup>, qui possède des filiales à l'étranger (Suisse, Etats-Unis) — l'acquéreur des actions de la société mère gagne le contrôle des sociétés affiliées sans qu'un acte particulier de transmission des titres des filiales ne soit nécessaire.

204. M.-M. Lederer (*supra* note 52), p. 21.

Le même mécanisme s'est révélé dans le processus inverse lors des nationalisations françaises en 1982: la nationalisation des sociétés mères situées en France avait l'effet automatique que les sociétés affiliées situées à l'étranger arrivaient sous le contrôle de l'Etat français. Des actionnaires privés de ces filiales revendiquaient que l'expropriation par le gouvernement devait se limiter territorialement à la France de sorte qu'elle ne pourrait pas toucher à leurs droits. Les tribunaux en Suisse<sup>205</sup> et en Belgique<sup>206</sup> ont décidé que les actionnaires de la société mère n'avaient pas des droits sur les sociétés affiliées, mais que les actions des filiales faisaient partie du patrimoine de la société mère. Ainsi la nationalisation de la société mère par l'Etat français n'affectait pas les droits de la société mère sur le patrimoine situé à l'étranger.

## 2. Les dettes des sociétés et le changement d'actionnariat

Les dettes de la société ne sont pas non plus touchées par une privatisation. L'actionnaire n'est pas responsable des dettes de la société anonyme; ainsi un changement d'actionnaires n'a pas d'effet sur la personne du débiteur.

Les sociétés endettées représentent un problème, car les chances d'une vente des actions à des investisseurs privés sont réduites. L'Argentine a trouvé une solution ingénieuse lors de la privatisation d'une entreprise d'Etat<sup>207</sup>. Par une loi spéciale l'Argentine a transféré les dettes de la société à l'Etat et ainsi libéré l'entreprise de ces obligations. A mon avis, cet acte d'échange de la personne du débiteur consiste en deux démarches: il faut qualifier la première, l'extinction de la créance originale, d'expropriation. Une mesure de compensation constitue le second pas: c'est la création d'une nouvelle créance envers l'Etat. Il se pose la question de savoir si la créance envers l'Etat est une mesure de compensation suffisante.

Au cours des privatisations en Allemagne les investisseurs craignent souvent les anciennes dettes des entreprises, dont la

205. Tribunal civil de Fribourg (non publié, voir *Le Monde* du 23 septembre 1982, p. 41); App. Bâle, 27 mars 1992, *Basler Juristische Mitteilungen* (1993), pp. 17-35.

206. M.-M. Lederer (*supra* note 52), p. 23, n. 3; Tribunal de commerce de Namur, *Urt. v.*, 14 octobre 1986, *Rev. prat. soc.* (1986), 265, 283.

207. Cf. A. Boggiano, «La protección de los acreedores en el proceso de privatización de las empresas del estado, El caso ENTEL», *El Derecho*, 138 [1991], pp. 931-939.

dimension est inconnue. Il est de pratique courante que la Treuhand — dans le contrat de vente — prenne la responsabilité des éventuelles dettes envers l'acheteur de l'entreprise<sup>208</sup>.

### 3. Le droit applicable

Quant aux buts de droit international privé il faut distinguer le contrat de vente des actions — qui ne constitue pas un contrat de vente de biens corporels — du transfert de titres. Le transfert de titres est réglé par le statut de la société (*lex societatis*) tandis que le contrat de vente est soumis au statut contractuel. Si les parties du contrat n'ont pas choisi la loi applicable il s'ensuit l'alternative — sous le régime de la Convention de Rome de 1980 sur le droit applicable aux relations contractuelles<sup>209</sup> — de la loi de la résidence habituelle du vendeur ou de la loi du siège de la société. Un exemple hypothétique pourrait éclairer la situation: une entreprise d'armement maritime de l'ancienne Allemagne de l'Est détient les titres d'une société à responsabilité limitée en Suède. Ces titres sont vendus à un acheteur danois. Il ne me semble pas que l'application du statut de la société soit préférable — par analogie avec l'application de la *lex rei sitae* en cas de vente d'immeubles<sup>210</sup> (art. 4, al. 3). Ainsi le contrat de vente des titres est soumis au droit allemand et non au droit suédois. D'ailleurs, la Convention de Rome ne donne pas préférence au droit du partenaire étatique dans les contrats privés entre l'Etat et des particuliers<sup>211</sup>.

Tout de même, dans les contrats conclus en exécution des programmes de privatisation, une application des dispositions des lois de privatisation s'impose — que les parties aient choisi la loi applicable au contrat de vente ou non —, par exemple à l'égard du prix de base ou de la nécessité d'une offre publique d'achat. Les lois de

208. P. Dodds, G. Wächter (*supra* note 160), p. 28; quant aux dettes fiscales, cf. G. H. Wächter, T. Kaiser, M. Krause, « Les contrats de privatisation des entreprises est-allemandes » (1<sup>re</sup> partie), *Dr. et aff.* (1992), pp. 110-114, 146-149, 113.

209. *JOCE*, L266, du 9 octobre 1980.

210. Staudinger/Grossfeld, *Internationales Gesellschaftsrecht*, 12<sup>e</sup> éd. (1981), par. 541.

211. B. von Hoffmann (*supra* note 17), p. 57; C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. II, Munich (1991), p. 362, par. 492 (n. 378); contre: F. Rigaux, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », *Cah. dr. eur.*, (1988), pp. 306-321, 314.

privatisation contiennent des normes qui sont applicables à tout contrat conclu en exécution des privatisations indépendamment du droit applicable. Ce sont des lois dites d'application immédiate<sup>212</sup>.

## II. La vente d'entreprise proprement dite

Il faut distinguer la vente des actions d'une société anonyme de la vente d'une entreprise.

### 1. L'entreprise

Quand on regarde les problèmes juridiques de la vente d'une entreprise, il faut prendre en compte sa conception plutôt économique que juridique: l'entreprise consiste en un ensemble de moyens de production (machines, immeubles, travailleurs), de savoir-faire (droits de propriété industrielle) et de capital. Par conséquent, la vente d'une entreprise est à la fois un événement économiquement homogène et un processus juridiquement complexe. Elle peut s'effectuer par deux voies bien distinctes quant à la méthode mais non pas quant aux résultats. Premièrement, l'entreprise peut être transformée en une société à responsabilité limitée dont tous les titres seront ensuite transférés à l'acquérant, de sorte qu'il devient propriétaire par la voie indirecte. Deuxièmement, il existe la possibilité de vendre les parties constituant l'entreprise (telles que les moyens de production) l'une après l'autre. C'est dans ce dernier cas que se révèle la complexité juridique: tout transfert de biens doit être considéré séparément, non seulement en droit national mais aussi en droit international privé. Il s'ensuit que, par exemple, la *lex rei sitae* s'applique à la vente du terrain d'une usine, alors que le statut contractuel régit l'acquisition des machines.

### 2. Le droit de travail

Le transfert d'une entreprise à un nouveau propriétaire — à cause d'une privatisation, par exemple — représente une menace des postes de travail dans l'usine intéressée. Afin de sauvegarder homogénéité des droits des travailleurs lors du transfert, la CEE a promulgué la directive du 14 février 1977 fixant la transmission des rela-

212. C. von Bar, *Internationales Privatrecht*, vol. I, Munich (1987), par. 28.

tions de travail à l'acquéreur<sup>213</sup> : le transfert d'entreprise ne constitue pas un motif de congédiement suffisant (article 4 de la directive). L'acquéreur est obligé d'observer les conditions de travail négociées avec l'ancien employeur.

En plus, la directive prévoit dans son article 6 des droits d'information et de consultation des travailleurs en ce qui concerne le vendeur et l'acheteur de l'entreprise.

Ces dispositions ont été adressées aux Etats membres de la CEE pour être transposées dans le droit national — un trait caractéristique de toutes les directives. En Angleterre, cette transposition s'est faite par les *Transfer of Undertakings (Protection of Employment) Regulations* (1981)<sup>214</sup>. Cependant, des problèmes d'application se sont élevés dans le cadre de la privatisation d'un chantier naval. Il y avait des doutes quant à savoir si les dispositions des *Regulations* étaient vraiment applicables à ce cas distinct de privatisation, et ce fut lord Denning qui obtint une solution en proposant un amendement incorporant explicitement les dispositions concernant l'information des employeurs dans la loi concrète de privatisation<sup>215</sup>.

En Allemagne de l'Est, un autre problème est apparu par rapport à cette directive : quant aux privatisations dans l'ancienne République démocratique allemande, le paragraphe 613a BGB, qui transpose les dispositions de la directive dans le droit allemand, fut suspendu jusqu'à la fin de l'année 1992 par la loi du 5 avril 1991<sup>216</sup>. A mon avis, cette méthode d'accélérer et d'alléger le processus de privatisation constitue une infraction claire à la directive de la CEE.

L'article 1 de la directive détermine son champ d'application. Selon l'alinéa 2, il est décisif si l'entreprise concernée est située à l'intérieur de la CEE. Quant au droit international privé, cette disposition peut servir de base pour une règle de conflit de lois : on peut en déduire le point de rattachement de l'emplacement de l'entreprise, de sorte que la loi applicable est celle du pays où l'entreprise est située<sup>217</sup>.

213. *JOCE*, L61, du 5 mars 1977, p. 26.

214. C. Graham, T. Prosser (*supra* note 135), p. 29.

215. *Ibid.*

216. Par. 16, II, Sp. Tr. UG ; art. 232, par. 5, II, EGBGB.

217. Voir pour une discussion générale K. Rebmann, F. J. Säcker (éd.), D. Martiny, *Münchener Kommentar*, vol. 7, 2<sup>e</sup> éd., Munich (1990), art. 33, n. 39 ; voir aussi G. Kegel, *Internationales Privatrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Munich (1985), par. 18 VII 4, p. 431.

### 3. Le placement des titres nationaux sur les marchés étrangers<sup>218</sup>

En Angleterre et en France, la forme classique de privatisation a été la transformation en société anonyme et la vente des titres au public en bourse. Cette politique visait à placer des titres non seulement à la bourse nationale, cela veut dire à la bourse de Londres ou de Paris respectivement, mais aussi aux bourses étrangères. Les objectifs poursuivis par ce placement international des actions étaient multiples.

Premièrement, la vente simultanée de plusieurs grandes entreprises surcharge le marché financier local et peut être effectuée de meilleure manière sur le marché financier international.

Deuxièmement, les entreprises privatisées comme British Airways ou le groupe industriel Saint-Gobain ont une activité internationale importante. Ainsi, la diffusion de leurs actions dans les bourses étrangères leur donne une publicité dans les pays concernés et augmente leur présence sur les marchés étrangers<sup>219</sup>.

Finalement, la diffusion internationale du capital rend les actions moins susceptibles à l'effet des crises des marchés financiers locaux et aussi plus difficile la prise de contrôle<sup>220</sup>.

Au surplus, il est plus facile pour les investisseurs étrangers de procéder sur le marché local où les informations nécessaires sont aisément accessibles et les transactions sont moins coûteuses.

Actuellement les bourses les plus importantes quant à la dimension des transactions sont celles de New York, de Tokyo et de Londres, suivies de celles de Francfort, d'Amsterdam et de Paris.

La préparation d'une émission qui sera placée aux bourses de différents pays en même temps demande que l'on se rende compte des contraintes réglementaires propres à chaque marché. Ainsi dans le but de protéger les investisseurs chaque pays connaît des dispositions coercitives concernant les conditions d'une cotation officielle aux bourses nationales<sup>221</sup>.

Dans plusieurs pays la protection des investisseurs va même si loin qu'il y a des conditions réglementaires non seulement pour la

218. Cf. L. Rapp (*supra* note 15) ; cf. L. D. Weisman, « Objectifs et contraintes de l'introduction des actions d'une entreprise en cours de privatisation sur un marché étranger », *Rev. dr. aff. int.*, 3 (1987), pp. 293-294.

219. L. Rapp (*supra* note 15), p. 287 ; L. D. Weisman (*supra* note 218), p. 293.

220. L. D. Weisman (*supra* note 218), p. 293.

221. J.-L. Delahaye (*supra* note 156), p. 682.

cotation officielle mais aussi pour le placement privé des actions. Un exemple de ces lois de protection des investisseurs est donné par le *Securities Act* de 1933 et le *Securities Exchange Act* de 1934 qui sont administrés par une autorité étatique, la Securities and Exchange Commission (SEC)<sup>222</sup>. En principe toute valeur mobilière offerte aux Etats-Unis doit être enregistrée auprès de la Securities and Exchange Commission. Selon l'article 5 de la loi de 1933, l'offre d'une valeur mobilière au public est interdite à moins qu'une déclaration d'enregistrement (*registration statement*) ne soit soumise à la SEC; la vente des valeurs mobilières est interdite à moins que la déclaration d'enregistrement n'ait reçu le consentement de la SEC et qu'une note d'information — le prospectus — n'ait été distribuée au public.

Il y a certaines exceptions à l'obligation de l'enregistrement préalable, par exemple pour un placement privé. La loi de 1934 demande l'enregistrement de toute valeur mobilière, cotée à la bourse ou au marché, dont le nombre des actionnaires aux Etats-Unis atteint une certaine ampleur. En plus, tous les organismes dont les valeurs mobilières sont enregistrées doivent publier périodiquement un certain nombre d'informations.

Ainsi dans les privatisations anglaises l'Etat anglais s'est soumis à la procédure américaine de la Securities and Exchange Commission pour permettre la cotation, par exemple, des actions de British Airways à la bourse américaine<sup>223</sup>. Les autorités françaises, elles, étant soucieuses de ne pas réclamer la cotation officielle aux Etats-Unis, se sont restreintes à un placement privé auprès des investisseurs institutionnels américains qui sont exclus du champ d'application de la réglementation américaine<sup>224</sup>. Néanmoins, il subsistait le problème de savoir si la vente des actions à la cote officielle à Paris à des investisseurs américains faisait entrer la transaction dans le champ d'application de la réglementation américaine. Le même problème se posait concernant la revente potentielle des actions qui avaient été achetées par des investisseurs institutionnels américains à

222. Cf. J. Chubb, E. J. Kelly, « SEC No-Action Letter Relaxes the Market », *IFL Rev.*, 4 (1987), pp. 21-23; J. M. Bartos, « US Market Regulation and Global Offerings with a US Tranche », *IFL Rev.*, 7 (1987), pp. 16-18.

223. P. Marcihacy, F.-E. Dangeard (*supra* note 182), p. 309.

224. Cf. W. L. Lee, J. M. Bartos, « Les placements privés aux Etats-Unis de titres des sociétés françaises privatisées », *Dr. prat. comm. int.* (1987), pp. 485-491, pp. 486 ss.

la bourse de Paris. Le Gouvernement français a sollicité une réponse de la Securities and Exchange Commission et a reçu une attestation négative disant que dans les deux situations la loi américaine ne s'appliquerait pas<sup>225</sup>.

225. J. Chubb, E. J. Kelly (*supra* note 222), pp. 21 s.

## CHAPITRE V

### LES RÉSULTATS

En fin de compte, on arrive aux résultats de l'analyse entreprise.

1. L'analyse de droit comparé montre que la privatisation des entreprises publiques est devenue un mouvement mondial. Le précurseur sur le plan des idées a été la dérégulation des services aux Etats-Unis d'Amérique. La privatisation proprement dite a connu ses vedettes dans l'Ancien Monde, au Royaume-Uni et en France, depuis le début des années quatre-vingt.

Depuis 1985, la deuxième étape dans le mouvement mondial est la pénétration du mouvement de privatisation dans les pays du tiers monde. Des privatisations spectaculaires ont eu lieu aussi bien en Amérique latine qu'en Asie et en Afrique. Cette pénétration d'un changement profond de la politique de développement dans le tiers monde n'a pas été spontanée; elle a été incluse dans les programmes d'adaptation négociés à la suite de la crise de l'endettement de certains pays avec le Fonds monétaire international. Dans les pays en voie de développement il y a même des voix critiques qui parlent d'une privatisation « imposée ».

Le troisième stage de la mondialisation du mouvement de privatisation a été le résultat de l'effondrement de l'empire soviétique vers 1990. Dans tous les pays ex-socialistes il y a des programmes ambitieux de privatisation de l'économie étatique; néanmoins dans la plupart de ces pays leur mise en œuvre n'a pas encore sérieusement commencé. Seulement en Tchécoslovaquie et en Hongrie se signalent déjà des succès remarquables.

2. Une mondialisation du mouvement de privatisation — quand sa mise en œuvre sera achevée — aura des répercussions sur le *droit international économique*.

Premièrement, elle permettra de déterminer avec plus d'exactitude le domaine propre de l'activité de l'Etat et de tracer la limite entre le *jus imperii* et le *jus gestionis*.

La mise en œuvre de la privatisation des entreprises publiques renforcera la mondialisation de l'activité économique et financière. D'une part, la privatisation force les Etats à abolir les restrictions

existantes à l'accès des étrangers à l'investissement dans les entreprises nationales, aux marchés nationaux des capitaux et à la rapatriation des profits à l'étranger. Dans beaucoup de pays il n'y a ni capitaux ni savoir-faire locaux pour la gestion des entreprises privatisées, or la privatisation nécessite l'attraction du capital étranger. D'autre part, le capital nécessaire pour le placement des titres des entreprises privatisées est d'une importance telle qu'il ne peut pas être mobilisé sur le seul marché de capitaux national. Il doit être placé simultanément en plusieurs tranches sur plusieurs marchés de capitaux nationaux. Ce placement mondial des titres des entreprises privatisées renforcera le courant vers une harmonisation internationale des législations nationales sur la cotation officielle des titres de sociétés étrangères. La commercialisation des titres des sociétés privatisées françaises et anglaises aux Etats-Unis en est un exemple.

3. La privatisation d'une entreprise publique est un procédé complexe. Son point de départ est une décision politique, son point final est la transmission de l'entreprise dans le patrimoine d'une personne privée. Dans ce procédé il y a une interaction du droit public et du droit privé. Quand la privatisation contient un élément international il paraît utile de distinguer entre les actes soumis au *droit public* et ceux soumis au *droit privé*. Les premiers sont nécessairement soumis au droit de l'Etat dont l'entreprise est privatisée; les autres sont gouvernés par le jeu ordinaire du *droit international privé*.

Quand la privatisation contient un élément international, les parties ont la faculté de prévoir une clause d'*arbitrage international*. Grâce à cette clause, le tribunal arbitral international a la compétence de trancher les litiges soit sur des éléments de droit public soit sur des éléments de droit privé.

## BIBLIOGRAPHIE

- Abed, A., «Restructuration du secteur parapublic à participation étrangère dans les pays en voie de développement — approche globale et juridique», *Hague Yb. Int. L.*, 2, 1989, pp. 225-234.
- Andreev, V., «The Privatization of State Enterprises in Russia», *Rev. Cent. EEL*, 18, n° 3, 1992, pp. 265-275.
- Appiah, J. D., «Infrastructure Projects: BOT Projects Developed Country Structuring», *Int. Bus. Lawyer*, 1991, pp. 206-211.
- Ashton, K./R. I. Cohen, «Privatisation: Hungary», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 24-26.
- Ashton, K./Z. Kovacs, «International Briefings, Europe and EC/Hungary», *IFL Rev.*, 5, 1992, p. 46.
- Ayee, J. R. A., «A Note on the Privatization of State Enterprises in Ghana», *Verf. R. Uebersee*, 22, 1989, pp. 121-130.
- Babai, D., «The World Bank and the IMF: Rolling Back the State or Backing Its Role?», dans R. Vernon (éd.), *The Promise of Privatization*, New York, 1988, pp. 254-285.
- Banasinski, C., «Poland: Formation of Institutional Structures for the Privatisation Process — Companies with Foreign Participation», *Int. Lawyer*, 1992, pp. 243-246.
- Bartos, J. M., «US Market Regulation and Global Offerings with a US Tranche», *IFL Rev.*, 7, 1987, pp. 16-18.
- Barth, K., «Grundsätzliche Überlegungen zum Übergang aus der Staatswirtschaft in die private Marktwirtschaft nach dem Umbruch des Sozialismus», *BB*, 1992, pp. 1433-1438.
- Bastuck, B., «Unity, Law, and Freedom: Legal Aspects of the Process and Results of German Unification», *Int. Lawyer*, 1, 1991, pp. 251-266.
- Bazex, M., «L'entreprise publique et le droit européen», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 245-265.
- Bernhard, P., «Albanien auf dem Weg zur Marktwirtschaft: Das "Gesetz über Grund und Boden" vom 19.07.91», *RiW*, 1992, pp. 23-29.
- Biro, G., «Privatisierung in Ungarn», *Südosteuropa*, 11-12, 1990, pp. 673-685.
- Bizaguet, A., «The French Public Sector and the 1986 to 1988 Privatizations», *Int. Rev. Adm. Sc.*, 1988, pp. 553-570.
- Boggiano, A., «La protección de los acreedores en el proceso de privatización de las empresas del estado. El caso ENTEL», *El Derecho*, 138 [1991], pp. 931-939.
- Boissevain, B., «Hungary Compensates Former Landowners (The Compensation Act and Its Effect on Purchasing Real Estate and Privatisation)», *IFL Rev.*, 10, 1991, pp. 33-35.
- Borensztein, E./M. S. Kumar, «Proposals for Privatization in Eastern Europe», *IMF-Staff-Papers*, 2, 1991, pp. 300-326.
- Bourdon, J./J.-M. Pontier/J.-C. Ricci, «Les privatisations en France», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 119-142.
- Boutard-Labarde, M.-C., «Droit communautaire et privatisation», *Dr. prat. comm. int.*, 3, 1987, pp. 493-504.
- Brabant, J. M. van, «Privatisation en Europe centrale et orientale», *Probl. écon.*, 1991, pp. 1-11.
- Brede, H. (éd.), *Privatisierung und die Zukunft der öffentlichen Wirtschaft*, Baden-Baden, 1988.
- Caesar, L., «Privatisation: Malaysia», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 33-40.

- Carsten-Licherfelde, F. von, «Investitionen ausländischer öffentlicher Unternehmen in Spanien», *RiW*, 1991, pp. 984-987.
- Cartelier, L., «La privatisation des entreprises publiques françaises: problèmes et enjeux», *Rev. int. dr. écon.*, 2, 1987, pp. 377-402.
- Case, D. O./J. H. Ferreira, «Portuguese Telecommunications and Information Technologies — Development and Prospects», *Telecom. Policy*, 1990, pp. 290-302.
- Cassese, S., «Les privatisations en Italie», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 69-79.
- Chapin, A. M./F.-E. Dangeard, «La vente d'actions étrangères aux Etats-Unis», *Rev. dr. aff. int.*, 1986, pp. 241-265.
- Christensen, B., «La privatisation et le secteur public — Pays nordiques», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 381-387.
- Chubb, J./E. J. Kelly, «SEC No-action Letter Relaxes the Market», *IFL Rev.*, 4, 1987, pp. 21-23.
- Czarny, Z. M., «Privatisation of State Industries in Poland», *Int. Bus. Lawyer*, 1992, pp. 151-154.
- D'Angelo, D., «Privatisation: Italy», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 27-32.
- d'Ormesson, O., «Le placement au Japon d'actions de sociétés privatisées», *Rev. dr. aff. int.*, 3, 1987, pp. 295-305.
- d'Ormesson, O./D. Martin, «L'élaboration des lois de privatisations. Présentation générale du cadre juridique», *Dr. prat. comm. int.*, 3, 1987, pp. 405-456.
- Dargentas, E., «La participation des travailleurs à la gestion dans l'entreprise publique: aspects du droit public hellénique», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 299-310.
- Del Casale, E., «Privatization in Italy», *Int. Rev. Adm. Sc.*, 1988, pp. 571-583.
- Delahaye, J.-L., «Certificats d'investissements et privatisation», *Dr. prat. comm. int.*, 1987, pp. 469-483.
- , «Introduction des titres des sociétés privatisées à la cote officielle», *Dr. prat. comm. int.*, 1987, pp. 681-686.
- , «La Golden Share à la française: l'action spécifique», *Dr. prat. comm. int.*, 1987, pp. 579-587.
- Delpérée, F., «Les privatisations en Belgique», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 13-22.
- Dodds, P./G. Wächter, *Privatization Contracts with the German Treuhandanstalt*, Cologne, 1993.
- Drabek, Z., «Grundzüge des Wirtschaftlichen Umwandlungsprozesses in der Tschechoslowakei», dans S. Breidenbach (éd.), *Handbuch Wirtschaft und Recht in Osteuropa*, Munich, 1993.
- Drygalski, A. v., «Acquisitions in the Former East Germany», *Comp. L. Yb.*, 1991, pp. 133-149.
- Duffau, J. M., «Les privatisations aux Etats-Unis», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 209-221.
- Duncan, D., «Privatization of the Air Traffic Control System — Its Rationale, Implementation and Implications», *J. Air L. Comm.*, 54, 1989, pp. 795-825.
- Dunsire, A., «The Public/Private Debate: Some United Kingdom Evidence», *Int. Rev. Adm. Sc.*, 1990, pp. 29-61.
- Durupty, M., «L'actualité en droit économique. Les relations entre le secteur public et le secteur privé: La privatisation du secteur public en France», *DS Chron.*, 1988, pp. 79-84.
- , «Les techniques de privatisation en France», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 317-339.
- Ehlers, D., «Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland», *JZ*, 23, 1990, pp. 1089-1100.
- Elsing, S. H., «Acquisition of German Enterprises from the Treuhandanstalt/Acquisition d'entreprises allemandes du Treuhandanstalt», *Rev. dr. aff. int.*, 6, 1991, pp. 771-783.

- Elverfeld, D.-J., *Europäisches Recht und kommunales öffentliches Auftragswesen*, Munich, 1992, 243 pages.
- Eriksen, S., «Arbeidet med privatisering i Norge» (Le travail au domaine des privatisations en Norvège), *Nord. Admin. T.*, 4, 1984, pp. 343-351.
- Euzeby, A./J. van Langendonck, «Néo-libéralisme et protection sociale: la question de la privatisation dans les pays de la CEE», *Dr. soc.*, 1989, pp. 256-265.
- Fornacciari, M., «L'ouverture du secteur public au capital privé en France», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 369-379.
- Fromont, M./H. Siedentopf, «Les privatisations en République fédérale d'Allemagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 159-168.
- Gaudemet, Y., «La participation des travailleurs à la gestion de l'entreprise publique en France», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 275-287.
- Gayer, G./J. Rajski/J.-J. Lecat/T. Desjobert, «Europe de l'Est: nouveaux partenaires», II, *Rev. dr. aff. int.*, 1990, pp. 521-578.
- Gelpern, A./M. Harrison, «Ideology, Practice, and Performance in Privatization: A Case Study of Argentina», *Harv. Int. LJ*, 1992, pp. 240-254.
- Gianviti, F., «The International Monetary Fund and External Debt», *Recueil des cours*, tome 215 (1989-III), pp. 205-286.
- Gjijara, M., «Les privatisations en Yougoslavie», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 49-68.
- Glynn, L., «Privatization Fever Hits Latin America», *Global Finance*, mars 1990, pp. 49-56.
- Goy, R., «Le tunnel sous la Manche», *Ann. français dr. int.*, 1986, pp. 741-759.
- Graham, C./T. Prosser, «Golden Shares: Industrial Policy by Stealth?», *Pub. Law*, automne 1988, pp. 413-431.
- /—, «Privatising Nationalised Industries: Constitutional Issues and New Legal Techniques», *Mod. L. Rev.*, 50, 1987, pp. 16-51.
- /—, *Privatizing Public Enterprises: Constitutions, the State, and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford, 1991, 275 pages.
- Griffin, A./L. Soderquist, «Private Companies in the Soviet Union: Cooperatives in the Era of Perestroika», *Harv. Int. LJ*, 1991, pp. 201-225.
- Groni, E. J., «Privatizaciones — Empresas petroquímicas del Estado», *Real Econ.*, 1986, pp. 10-13.
- Gruszecki, T./J. Winiecki, «Privatization in East-Central Europe: A Comparative Perspective», *Aussenwirtschaft*, 1 (46), 1991, pp. 67-100.
- Hailbronner, K., «Öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt — Dienstleistungsmonopole und Gemeinschaftsrecht», *NJW*, 1991, pp. 593-601.
- Hanson, R. J., «The Legal Framework for Privatization in Hungary», *Law and Pol. Int. Bus.*, 1992, pp. 441-468.
- Hawkins, F., «Selling British Telecom», *Policy Studies*, 7 (3), 1987, pp. 1-20.
- Hawlik, J./W. Schüssel, *Staat lass nach. Vorschläge zur Begrenzung und Privatisierung öffentlicher Aufgaben*, Vienne, 1985.
- Heath, J. (éd.), *Public Enterprise at the Crossroads: Essays in Honour of V. V. Ramanadham*, Londres, 1990, XI+304 pages.
- Hemming, R./A. M. Mansoor, *Privatization and Public Enterprises*, Int. Monetary Fund, 56, 1988, 22 pages.
- Hoffmann, B. von, «Staatsunternehmen im Internationalen Privatrecht», dans P. Fischer/B. von Hoffmann, *Staatsunternehmen im Völkerrecht und im Internationalen Privatrecht*, Berichte der deutschen Gesellschaft für Völkerrecht, 25, 1984, pp. 35-74.
- Holstrom, L./A. Benard/A. Morton, «Breakthrough: the Story Behind Euro-tunnel's Funding», *Euromoney*, mars 1991, 1-15.
- Ioannou, K., «Entreprises publiques et droit communautaire», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 267-272.
- Kabas de Martorell, M. E./E. E. Martorell, «Política, derecho y privatizaciones», *La Ley*, 1986, C, pp. 792-799.

- Katznelson, I., «Une étude de cas de privatisation au Danemark: la compagnie d'assurance-vie de l'Etat», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 389-401.
- Kay, J./C. Mayer/D. Thompson, *Privatisation and Regulation — The UK Experience*, Oxford, 1986.
- Klemm, B. U., «Die neue russische Ordnung über Aktiengesellschaften», *RiW*, 1992, pp. 189-199.
- Knapp, B., «Les privatisations en Suisse», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 35-47.
- König, K., «Die Übertragung öffentlicher Aufgaben: Eine europäische Sicht», *Verw. Arch.*, 81, 1990, pp. 436-449.
- , «Entwicklung der Privatisierung in der Bundesrepublik Deutschland — Probleme, Stand, Ausblick», *Verw. Arch.*, 79, 1988, pp. 241-271.
- Kofele-Kale, N., «The Political Economy of Foreign Direct Investment: A Framework for Analysing Investment Laws and Regulations in Developing Countries», *Law and Pol. Int. Bus.*, 23, 1992, pp. 619-671.
- Konijnenbelt, W., «Les privatisations aux Pays-Bas», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 189-199.
- Kravaritou, Y., «La participation des travailleurs à la gestion dans l'entreprise publique: aspects des relations de travail helléniques», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 289-298.
- Kristensen Ole, P., «Privatisering: Modernisering af den offentlige sektor eller ideologisk korstog?» (Privatisation: Modernisation du secteur public ou croisade idéologique?), *Nord. Admin. T.*, 2, 1984, pp. 96-117.
- Kuhlmann, A., *Die Struktur von British Telecom*, Munich, 1993, 99 pages.
- Langendonck, J. van, «Les tendances de la privatisation en Europe», *Rev. belge séc. soc.*, 1-2, 1989, pp. 9-24.
- Laurer, H. R., «Das öffentliche Unternehmen», *ÖJZ*, 1978, pp. 94 ss.
- Le Roy, H., «Quelques aspects juridiques des problèmes soulevés à propos de la privatisation des sociétés françaises d'assurance», *Dr. prat. comm. int.*, 4, 1987, pp. 657-680.
- Lederer, M.-M., «Die internationale Enteignung von Mitgliedschaftsrechten unter besonderer Berücksichtigung der französischen Enteignungen 1982», *Studien zum vergleichenden und internationalen Recht*, 5, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris, 1989.
- Lee, W. L./J. M. Bartos, «Les placements privés aux Etats-Unis des titres des sociétés françaises privatisées», *Dr. prat. comm. int.*, 1987, pp. 485-491.
- Loesch, A. von, *Privatisierung öffentlicher Unternehmen*, 2<sup>e</sup> éd., Baden-Baden, 1987, 144 pages.
- Lord, R./K. Hughes/D. Plionis, «The Global Sweep of Privatization», *Euro-money*, supplément juillet 1990, pp. 1-21.
- Loxley, J., «The IMF, the World Bank and Reconstruction in Uganda», dans B. K. Campbell (éd.), *Structural Adjustment in Africa*, Basingstoke, 1989, pp. 67-91.
- Loyrette, J./O. D'Ormesson, «L'achat par des étrangers d'actions de sociétés privatisées au regard du droit français et du droit communautaire», *Rev. dr. aff. int.*, 3, 1987, pp. 315-325.
- Madero, J. F., «Privatisation: Argentina», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 8-12.
- Malatesta, A., «Rapporti tra fonti normative negli accordi di joint venture con particolare riferimento ai Paesi europei già socialista», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1991, pp. 925-952.
- Marcilhacy, P./F.-E. Dangeard, «Comparaison des modalités du placement international de Saint-Gobain et de British Airways», *Rev. dr. aff. int.*, 3, 1987, pp. 307-313.
- Markey, P., «A Practitioner's Guide to Debt for Equity Swaps: The Argentine Model», *Law and Pol. Int. Bus.*, 23, 1991/1992, pp. 239-257.
- Maskow, D., «Die Umwandlung von volkseigenen Betrieben in Kapitalgesellschaften», *RiW*, 4, Beil. 5, 1990, 8 pages.

- McEldowney, J., «The National Audit Office and Privatisation», *Mod. L. Rev.*, 1991, pp. 933-955.
- McGown, D., «Privatisation: Sweden», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 45-50.
- McLean, R. G., «Legal Aspects of the External Debt», *Recueil des cours*, t. 214 (1989-II), pp. 31-125.
- Meier, N., «Die Vermögensübernahme nach französischem, englischem, schweizerischem und österreichischem Recht», *Zvgl. RW*, 1985, pp. 54-79.
- Merkin, C., «Le contrôle de l'actionariat des sociétés privatisées», *Dr. prat. comm. int.*, 4, 1987, pp. 589-602.
- Merten-Beissel, S., «Les privatisations au Grand-Duché de Luxembourg», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 23-34.
- Miller, A. S., «Public and Private Enterprise in the US: Co-existence in an Unsteady Equilibrium», dans W. Friedmann (éd.), *Public and Private Enterprise in Mixed Economies*, Londres, 1974, pp. 291-356.
- Modeen, T., «Les privatisations en Finlande», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 201-207.
- Moderne, F., «Les privatisations en Espagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 91-105.
- Moreau-Bourles, M.-A., «Privatisation et actionariat des salariés: l'incidence de la loi étrangère», *Dr. prat. comm. int.*, 4, 1987, pp. 635-655.
- Morscher, S., «Staatstheoretische und verfassungsrechtliche Aspekte der (Re) Privatisierung öffentlicher Unternehmen», *ÖJZ*, 1979, pp. 141-148.
- Möschel, W., «Postreform im Zwielficht», *Wirtschaftswissenschaftliches Studium*, 4, 1989, pp. 173-179.
- Möschel, W., «Privatisierung, Deregulierung und Wettbewerbsordnung», *JZ*, 1988, pp. 885-893.
- N. N., *Polen, Niederlassungsrecht*, Teil 2 — *Gesetz über die Privatisierung staatlicher Unternehmen — Ausländisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, 1992, 54 pages.
- Noya, I./J. Ossio/J. Amado, «Privatisation: Peru», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 41-44.
- O'Connell, P./J. Steven, «Privatisation: Australia», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 13-23.
- Oppetit, B., «L'application du droit commercial par les entreprises publiques en France», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 203-210.
- Pasquini, N., «Telecommunications Act 1984: verso la liberalizzazione e privatizzazione del sistema delle comunicazioni via cavo nel Regno Unito», *Dir. inf.*, 2, 1986, pp. 234-238.
- Pera, A., «Deregulation and Privatisation in an Economy-Wide Context», bibl. charts, *OECD Economic Studies*, printemps 1989, pp. 159-204.
- Persson, P., «Les techniques de privatisation: qu'est-ce que la privatisation et comment s'opère-t-elle?», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 357-366.
- Petit, B./G. Garczynski, «Panorama des méthodes actuelles d'évaluation lors des introductions en Bourse», *Dr. prat. comm. int.*, 3, 1987, pp. 457-467.
- Platzer, R., «Zur Privatisierungsdiskussion in Österreich», *Wiso*, 1, 1985, pp. 61-79.
- Pochet, P., «Réflexions sur le régime juridique des privatisations», *Rev. trim. droit comm.*, 1988, pp. 369-418.
- Pontarollo, E., «Le privatizzazioni in Europa», *Agg. Soc.*, 11, 1990, pp. 691-706.
- Preu, P., «Wie wirksam schützt § 3a VermG den Käufer eines Treuhandunternehmens vor Rückgabeansprüchen?», *DB*, 1992, pp. 513-517.
- Prosser, T., «Constitutions and Political Economy: The Privatisation of Public Enterprises in France and Great Britain», *Mod. L. Rev.*, 1990, pp. 304-320.
- , «Les privatisations en Grande-Bretagne», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 107-118.
- , *Nationalised Industries and Public Control*, Basil Blackwell, 1986.
- Rajski, J., «Privatisation des entreprises d'Etat en Pologne: de nouvelles opportunités pour les investissements étrangers», *Rev. dr. aff. int.*, 27, n° 2, 1991, p. 213.
- Ramanadham, V. V. (éd.), *Privatisation in Developing Countries*, Londres, 1989.
- , (éd.), *Privatisation in the UK*, Londres, 1988, XI+307 pages.
- , *Studies in Public Enterprise: From Evaluation to Privatisation*, Londres, 1987, X+221 pages.
- Rapp, L., «Le contexte financier et international des opérations de privatisation», *Rev. dr. aff. int.*, 3, 1987, pp. 287-292.
- Reinhold, A. L., «Privatizaciones — Formas de intervención del Estado en la economía», *Real. Econ.*, 1986, pp. 6-9.
- Rideau, J., «Aperçu du point de vue communautaire sur les privatisations dans les Etats membres», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 223-228.
- Rivero, J., «Rapport de synthèse», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 229-237.
- , *Droit administratif*, 13<sup>e</sup> éd., Paris, 1990.
- Roggemann, H., «Unternehmensumwandlung und Privatisierung in Osteuropa und Ostdeutschland — Rechtliche Probleme und Voraussetzungen», *ROW*, 1992, pp. 36-53.
- Salah, M., «Le disfonctionnement de l'entreprise publique économique en Algérie», *Rev. int. dr. comp.*, 1991, pp. 627-674.
- San Pedro, M. J., «Privatizaciones: un instrumento apto para el crecimiento independiente?», *Real. Econ.*, 1986, pp. 19-27.
- Sarrau, X. de, «Aspects fiscaux des privatisations en France», *Dr. prat. comm. int.*, 4, 1987, pp. 687-695.
- Sas, B., «Regulation and the Privatised Electricity Supply Industry», *Mod. L. Rev.*, 1990, pp. 485-498.
- Schäffer, H., «Les privatisations en Autriche», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 169-188.
- Schatzschneider, W., «Die Neustrukturierung des Post- und Fernmeldewesens», *NJW*, 1989, pp. 2371-2374.
- , «Fernmelde monopol und Verfassungsrecht. Einige Anmerkungen zur beachteten Deregulierung der Deutschen Bundespost», *MDR*, 42, 1988, pp. 529-534.
- , *Privatisierung des Fernmeldehoheitsrechts? Zum rechtlichen Handlungsrahmen einer Neuordnung der deutschen Bundespost*, Berlin, 1988.
- Scheifele, B., «Grundzüge des russischen Privatisierungsgesetzes», *RIW*, 1992, pp. 20-23.
- , «Privatising Russia», *IFL Rev.*, 4, 1992, pp. 30-33.
- Scherer, J., «Suppl. Telecommunications Regulations: Germany», *IFL Rev.*, supplément n° 3, 1992, pp. 55-62.
- Schlesser, J.-M., «Privatisations en France», *Int. Bus. Lawyer*, 1992, pp. 295-303.
- Schwarz-Schilling, C., «Die Postbank: Spezialinstitut in neuer Struktur», *Zges. Kredw.*, 16, 1988, pp. 737-739.
- Schwarz-Schilling, C./F. Arnold/E. H. Schäfer/R. Vetter, et autres, «Reform der Bundespost», *Office Management*, 5, 1989, pp. 6-34.
- Shilling, J., *Debt Equity Conversion Analysis. A Case Study of the Philippine Program*, Washington, 1990.
- Smith, E., «Les privatisations en Norvège», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 143-157.
- , «Remarques sur la notion de "privatisation"», *J. soc. légis. comp.*, 12, 1990, pp. 341-356.
- Spiliotopoulos, E., «Les privatisations en Grèce», dans C. Debbasch (éd.), *Les privatisations en Europe*, Paris, 1989, pp. 81-90.

- Spoerr, W., *Treuhandanstalt und Treuhandunternehmen zwischen Verfassungs-, Verwaltungs- und Gesellschaftsrecht*, Cologne, 1993.
- Stadlmann, H., «The Treuhand's Troubles. Privatising the Economy of the Former East Germany Is Harder, Costlier and More Time-consuming Than Anyone Imagined», *Eur. Aff.*, 3, 1991, pp. 9-16.
- Steedman, C.M., «Recent Developments in Relation to Investment, Privatisation and Economic Restructuring in Romania», *Int. Bus. Lawyer*, 1992, pp. 20-24.
- Steiner, U., *Öffentliche Verwaltung durch Private* (Administration publique par des personnes privées), Hambourg, 1975, 344 pages.
- Sulkowski, H. V., et autres, «Privatisation in Hungary: the Art of the Possible», *IFL Rev.*, 4, 1991, pp. 32-35.
- Szabo, P. S., «Hungary (A Report about the New Law of Business Associations and Its Impact on Foreign Investors)», *Int. Lawyer*, 1991, pp. 1065-1067.
- Tantin, G., «Problèmes spécifiques aux salariés posés par les lois de privatisation», *Dr. prat. comm. int.*, 4, 1987, pp. 603-633.
- Toms, B.C./O. Campbell, «Privatisation: Ukraine», *IFL Rev.*, supplément n° 9, 1992, pp. 51-55.
- Treize, P. H., «Intelsat and Competing Private Satellite Systems», dans E.-J. Mestmäcker (éd.), *The Law and Economics of Transborder Telecommunications*, Baden-Baden, 1987, pp. 333-345.
- Tudge, D. T., «Financial Initiatives to Enhance Competitiveness in an International Nonprofit Cooperative. The Case of the New Intelsat», *Annalen der Gemeinwirtschaft*, 55, 1986, pp. 523-530.
- Vahl, S., *Die Umwandlung von Auslandsschulden in Investitionen: Rechtsgrundlagen und Praxis in Brasilien*, *Schriften der Deutsch-Brasilianischen Juristenvereinigung*, Band 13, Francfort-sur-le-Main, Berne, New York, Paris, 1991.
- Veljanovski, C., *Selling the State: Privatisation in Britain*, Londres, 1987.
- Vernon, R. (éd.), *The Promise of Privatization*, New York, 1988.
- Vickers, J./G. Yarrow, «The British Electricity Experiment», *Econ. Policy*, 12, 1991, pp. 187-232.
- Wächter, G. H., «Verfügungsverbot und Privatisierung — Rechtsfragen zu § 3 Abs 3 Vermögensgesetz», *DWiR*, 1991, pp. 265-275.
- Wächter, G. H./T. Kaiser/M. Krause, «Les contrats de privatisation des entreprises est-allemandes» (1<sup>re</sup> partie), *Dr. et aff.*, 1992, pp. 110-114, 146-149.
- Weimar, R., «Aktuelle Fragen zur Restitution von Unternehmen in den neuen Bundesländern nach der Unternehmensrückgabeverordnung», *DB*, 1992, pp. 77-80.
- Weisman, L. D., «Objectifs et contraintes de l'introduction des actions d'une entreprise en cours de privatisation sur un marché étranger», *Rev. dr. aff. int.*, 3, 1987, pp. 293-294.
- Welter, R., «Spaltung von Treuhandunternehmen», *DWiR*, 1992, pp. 265-273.
- Wenger, K., *Die öffentliche Unternehmung*, Vienne, New York, 1969.
- Yarrow, G., «Privatization in Theory and Practice», *European Policy*, 1, 1986, pp. 323-362.

## SELF-EXECUTING AND NON-SELF-EXECUTING TREATIES IN NATIONAL AND INTERNATIONAL LAW

by

THOMAS BUERGENTHAL