

*EXISTE-T-IL UN IMPERATIF D'ACTION NEUTRE
DANS LES SYSTEMES ECONOMIQUES REGULES ?*

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités à Sciences Po (Paris)

Directeur de *The Journal of Regulation*

1. La question se pose aujourd'hui parce qu'elle prend la forme d'une revendication.
2. En effet, dans la mesure où les réglementations dont le but avait été de construire des marchés ou d'en pallier les défaillances, ce qui présuppose que leurs concepteurs avaient revendiqué le caractère interventionniste et artificiel de la régulation, soit parce que les circonstances ne permettaient pas à la concurrence de se mettre par ses propres forces de se mettre en place, soit parce que ses défaillances étaient définitives¹. La régulation était donc artificielle, constitutive d'un choix ayant un effet sur les comportements des agents.
3. Or, la crise financière aurait révélé à rebours ce que certains ont considéré comme des défaillances définitives de la réglementation elle-même, dont le coût était l'entrave du dynamisme marchand². Dans cette conception, notamment britannique, il conviendrait que les systèmes de régulation deviennent « neutral business », c'est-à-dire, sans effet sur la façon dont les entreprises agissent pour atteindre leur finalité naturelle, à savoir la réalisation de profit. Dans quelle mesure une telle revendication est-elle légitime ? Si on la suppose réalisable, dans quelle mesure est-elle recevable ?
4. En outre, dans un tout autre secteur, ce qui serait un nouveau principe, à savoir la « neutralité d'Internet », est présenté comme une règle structurelle et non pas d'action³. S'il en est ainsi, le principe n'entre plus dans la présente étude qui se limite à la neutralité comme principe d'action. Pourtant, en premier lieu, la neutralité d'Internet ne relève pas d'un effet de nature mais d'une construction, puisqu'il

¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Ambition et efficacité de la régulation économique, *in* le droit face au risque financier, *Revue de droit bancaire et financier*, n°6, nov-déc 2010, études n°34, p.59-66

² CAZENAVE, Thomas et MORTIMARD, David, Crise de régulation, *in* FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », Presses de Sciences Po / Dalloz, 2005, pp.1-10.

³ V. not. CURIEN, Nicolas, Innovation and Regulation serving the digital Revolution, *The Journal of Regulation*, I-1.32, 2011, vol.7.

s'agirait de poser que tout internaute pourrait, sans contrepartie spécifique, avoir accès à tout contenu à tout instant. La neutralité d'Internet serait donc non pas un fait mais une règle fondamentale de droit, si elle était posée. Il y a des arguments pour et des arguments contre : c'est ce qui caractérise le droit par rapport au fait qui quant à lui s'impose une fois prouvé.

5. En outre, la neutralité de l'internet interfère effectivement avec la question de savoir ce qu'est qu'agir d'une façon neutre : en effet, si le principe de neutralité était posée, par exemple parce qu'on préférerait le droit fondamental d'accès des internautes sur le droit fondamental de contracter des fournisseurs d'accès, alors cela permettrait des actions aux uns et non aux autres et réciproquement. Donc, un choix structurel a nécessairement un impact sur les marges des comportements possibles.
6. Pour l'instant, on constate que la notion de neutralité est relativement mal maîtrisée alors qu'elle est sans cesse évoquée, par exemple en matière comptable. Le choix méthodologique du présent article est de reprendre les termes à la base, pour les mêler ensuite à la théorie économique.
7. Or, au départ, la notion même d' « action neutre » est un oxymore. Cela tient à deux raisons.
8. En premier lieu, l'action suppose un choix, une décision. En effet, dans le vocabulaire courant, agir exprime le fait de « réaliser une volonté, une intention ». Ce faisant, la personne accroît sa puissance sur le monde et, dans le même temps, la diminue puisqu'elle renonce à toutes les autres actions qu'elle aurait pu entreprendre, toutes les autres intentions qu'elle aurait pu concrétiser. Ainsi, l'action suppose un choix, donc une préférence par rapport à sa propre volonté, donc un engagement qui restreint celui qui agit. L'action est donc le contraire de la neutralité par rapport à soi-même.⁴
9. En second lieu, l'action implique par définition un effet sur l'objet, par exemple un effet sur le marché, un effet sur la structure de celui-ci, un effet sur le comportement des autres et son propre comportement ultérieur si l'on est doté de cohérence. Ainsi, les effets économiques globaux sont structurés par une action isolée. Le Doyen Carbonnier l'illustre par l'adage « à petite cause, grands effets ». Avec plus de

⁴ Cette analyse très générale a des conséquences très concrètes en matière de systèmes régulés. En effet, si l'action est le contraire de la neutralité par rapport à soi-même, alors la neutralité du régulateur n'est qu'une illusion, et ce d'autant plus que la personnalité du régulateur est importante dans le fonctionnement de la régulation, ce qui est de plus en plus le cas. Pour une analyse sociologique de cela, v. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Esquisse d'une sociologie du droit boursier, in TERRE, François et FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Sociologie du droit économique*, L'Année sociologique, 1999/2, vol.49, pp.457-494. Pour la résolution de cette difficulté par la notion distincte d'impartialité, v. *infra* n°00.

prétention, on montre désormais que la distinction entre la microéconomie et la macroéconomie est relative.

10. Ces observations sont contraires à la neutralité, si celle-ci se définit comme ce qui n'a pas de conséquence sur une situation constituée par ailleurs, ce qui lui est transparents. Pour prendre des exemples juridiques, les tiers au contrat sont en principe neutres car leur action n'interfère pas dans la constitution du lien contractuel. L'effet relatif du contrat crée la réciprocité, puisque le contrat ne crée pas d'obligation à la charge des tiers. De la même façon, en droit international public, un Etat est neutre, lorsqu'il n'intervient pas dans un conflit qui oppose deux autres Etats.
11. Pour sortir de l'oxymore, il existe une solution pauvre. Elle consiste à définir la neutralité par l'inaction. C'est le plus souvent la définition juridique de la neutralité, telle qu'elle est maniée par le droit public traditionnel, notamment à propos de la religion. Ainsi, l'Etat est neutre par rapport aux religions, en ce qu'il n'interfère pas avec des ordres normatifs, les religions, par rapport auxquels il demeure exogène. De la même façon, dans sa conception traditionnelle, le juge civil est neutre par rapport au litige car le procès civil appartient aux parties (principe dispositif) et il se contente de veiller au respect des règles d'un procès accusatoire, comme l'Etat veille au respect de la liberté religieuse. Gardien, mais non acteur.
12. En matière de régulation, on peut aussi songer à sortir de l'oxymore par une solution forte, dont les deux branches sont les suivantes. En premier lieu, dans les secteurs régulés, certaines personnes ne doivent pas être astreintes à agir de façon neutre, qu'il s'agisse de l'Etat ou des entreprises (I). En second lieu, à l'inverse, l'impératif de neutralité doit être imposé à la fois au régulateur et au juge (II). Ainsi, la répartition se fait selon que l'on a fait affaire aux uns ou aux autres et une confusion entre les différentes situations serait très dommageable.
13. Cette distinction et répartition des situations n'est pourtant pas si aisée à opérer. Il est aisé de commettre des confusions car l'on est souvent à la crête entre les deux catégories contraires, celles où l'absence de neutralité doit être revendiquée et celles où la neutralité doit être imposée. Pour prendre un exemple, un régulateur, qui adopte des normes ou des règlements, exerce un pouvoir régalien, ce qui le place dans la première catégorie et le soustrait à l'obligation de neutralité, tandis que lorsqu'il sanctionne ou tranche un différend, il exerce une fonction juridictionnelle et appartient à la seconde, ce qui l'oblige à la neutralité. Mais l'observation du droit positif montre que les régulateurs n'opèrent pas toujours une si précise et pourtant si fondamentale distinction, ce qui peut être dommageable pour les libertés

publiques. En effet, la neutralité des gardiens a toujours à voir avec la liberté des agents, qui demandent alors qui garde les gardiens, si ceux-ci cessent d'être neutres.

I. LES PERSONNES AYANT LEGITIMITE A AGIR D'UNE FACON NON NEUTRE DANS LES SYSTEMES ECONOMIQUEMENT REGULES

14. C'est sans difficulté que l'on admet l'action de l'Etat sur les secteurs économiques régulés comme étant une action non neutre, notamment lorsqu'il s'agit de préserver des libertés publiques ou d'organiser l'accès à des biens communs, contrariant pour cela les mécanismes ordinaires du marché. C'est pour cela que certains juristes classent la régulation dans le droit public, montrant que l'Etat est une personne légitime à agir d'une façon non neutre dans les systèmes économiques régulés (A). La démonstration est moins aisée concernant les entreprises. En effet, celles-ci ont des comportements qui suivent leur intérêt, ce qui ne correspond pas à la définition du « choix »⁵. Il en est différemment dans les systèmes régulés pour la catégorie particulière d'entreprise que sont les « entreprises cruciales » (B).

A. L'ETAT

15. Concernant le rôle de l'Etat dans les secteurs régulés, sujet immense qu'il convient de resserrer, il convient d'exposer les principes de base et de les appliquer aux secteurs économiques régulés.

1. Rappel de la définition du Politique

16. Le Politique n'est pas une simple externalisation de fonctions, notamment celles que le marché n'arriverait pas à satisfaire, et que la collectivité, par une autre organisation, collective, prendrait *ex post* en charge. Il est l'expression de choix qu'opère le groupe social pour son avenir. Si l'on méconnaît cette définition politique et *ex ante* de l'Etat, pour ne plus retenir qu'une définition économique et managériale de l'administration, la notion de contrat social disparaît au profit de

⁵ V. *infra* n° 00.

l'organisation de marché comme référence, dont il convient de pallier les défaillances s'il en advient⁶.

17. Certes, la technologie a affaibli les frontières et, de ce fait, la capacité des Etats à assurer l'effectivité de leur souveraineté, mais cela s'est traduit également par la construction progressive d'un ordre juridique international dans le maillage d'un ordre international purement politique et par une interdépendance des Etats qui les obligent à se considérer les uns les autres, ce qui réduit leur arbitraire, notion qui doit être distinguée de celle de souveraineté⁷.
18. En outre, ce n'est pas l'intensité de l'intervention régulatrice qui montre le caractère non-neutre de celle-ci. En effet, si l'on prend l'exemple des marchés financiers, la crise a apporté l'information majeure de leur incapacité de s'autodiscipliner. Cela a été notamment relevé par le Président Paul Volker qui en a immédiatement conclu que les marchés financiers étaient incapables de s'autoréguler, avant de concevoir ce que l'on désigne comme « le plan Volker », forme très violente d'interventionnisme en matière bancaire⁸. Mais il s'agit toujours de pallier une défaillance structurelle du marché, des externalités négatives, bref des tâches techniques que l'administration va organiser au mieux parce que le marché en est incapable.
19. Le critère distinctif réside bien plutôt dans la différence fondamentale entre l'administration, comme modalité de prise en charge des défaillances de marchés, et l'Etat comme expression du Politique, reposant sur un Contrat social fondateur entre citoyen. Les deux sont sans commune mesure. C'est parce qu'il repose sur un Contrat social que l'Etat, en tant qu'il est le Politique, n'est pas neutre et ne doit pas l'être. Il doit exprimer des choix pour le futur. C'est certainement le cas en matière de santé ou en matière d'innovation. On mesure à propos de ce dernier exemple les difficultés de frontière car l'innovation est périlleuse dans les secteurs techniquement régulés.
20. Il convient ici de revenir sur la question de la définition ce qu'est un choix. Le choix se définit comme la préférence donnée à une solution donnée plutôt qu'à une autre, alors que la seconde est aussi bonne ou aussi mauvaise que la première. En effet, si des deux solutions, l'une était meilleure que l'autre, il n'y aurait pas exercice de choix

⁶ Cette discussion sous-jacente est particulièrement perceptible à propos de la régulation du médicament et du secteur de la santé, par lequel, au-delà des externalités, il y a en Europe un pacte social pour un traitement hors-marché de ces prestations pourtant marchandes. V. d'une façon générale, FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *La régulation des secteurs de la santé*, collection « Droit et Economie de la Régulation », Presses de Sciences Po / Dalloz, vol.6, 2011, et plus particulièrement les contributions concernant les Etats-Unis, l'Allemagne, la Pologne et la Suisse, p.117 et s.

⁷ PICCIOTTO, Sol, *Regulatin Global Corporate Capitalism*, Cambridge University Press, UK, 2011, 468 p., spec. p. 26 and s.

⁸ VAUPLANE, Hubert de, *The Journal of Regulation*, à paraître.

mais exercice de rationalité, car il est rationnel de préférer le meilleur au moins bon, et tout le monde le ferait, dès l'instant qu'il a toutes les informations et qu'il n'est pas contraint par ailleurs, c'est-à-dire qu'il est, selon le modèle Rousseauiste, libre et rationnel.

21. Le choix se fait notamment à propos du futur, parce que le futur est en partie contenu dans le présent qu'il développa, et en partie nouveau. Dans sa première partie, qu'est la potentialité, le futur est affaire d'expert, puisqu'il relève de la connaissance ; dans sa seconde partie, il relève du choix politique, puisqu'il n'est pas connu. C'est en cela que le Politique construit le futur. L'équilibre entre les experts et les gouvernants tient dans la partie du présent dont la dynamique est déjà présente dans le futur et le véritablement nouveau qui est disponible au Politique. L'enjeu de pouvoir est évident. Les régulateurs, qui se présentent souvent comme des sortes d'experts-bâisseurs, tentent de cumuler les deux profils.
22. Ainsi le Politique se reconnaît dans l'exercice du choix. C'est normalement en cela qu'il est usuel de rattacher l'Etat à la notion de souveraineté. C'est aussi pourquoi c'est une faute conceptuelle que de parler quotidiennement de « dette souveraine », alors que des auteurs avaient avec pertinence parlé de « monnaie souveraine »⁹, car les dettes souveraines ne visent plus que les déficits publics et, par une ironie de vocabulaire l'incapacité désormais des Etats à disposer de leur avenir. Rien n'est moins souverain que les dettes souveraines.
23. Pourtant l'Etat souverain n'est pas arbitraire, du moins dans les pays non capturés par des gouvernements s'étant appropriés le pouvoir. Cela signifie qu'il ne peut pas préférer ce qui convient le mieux à ceux qu'il administre, en prenant l'intérêt de ceux-ci comme seul critère. Dans la mesure où le choix politique est avant tout un choix pour le futur, l'intérêt est aussi celui des personnes futures, les générations à venir, ce qui justifie le caractère politique de la régulation environnementale, dont la responsabilité ne peut demeurer dans la simple sphère de la responsabilité civile¹⁰.
24. Ce que les théories sociologiques et économiques ont désigné comme « l'agenda privé », c'est-à-dire les intérêts propres de la personne qui est en charge de gouverner ne sont pas les critères en considération desquels les critères doivent être pris. Ainsi, si l'Etat n'a pas à être neutre, en tant qu'il exprime un contrat social et non pas une prise en charge technique d'externalités négatives de marché, il ne peut

⁹ AGLIETTA, Michel et ORLEAN, André (dir.), *La monnaie souveraine*, éd. Odile Jacob, 1998, 386 p.

¹⁰ MARTIN, Gilles (dir.), *La régulation environnementale*, coll. « Droit et Economie », Lextenso – LGDJ, à paraître.

pour autant être « capturé », c'est-à-dire que l'Etat lui-même doit être, selon l'affirmation de Raymond Barre, « impartial »¹¹

25. Cette distance entre la personne qui gouverne et l'exercice que celle-ci fait de son pouvoir a mis en place par le droit moderne à travers la notion de légalité, a permis à la règle de remplacer le lien. Ainsi, l'Etat est à la fois impartial car il n'est pas totalitaire mais il n'est pas pour autant neutre, car il fait des choix pour le groupe social entre des solutions d'égale valeur pour l'avenir.
26. Les travaux d'Alain Supiot revendiquent avec une grande force cette absence de neutralité. Ainsi, parce que le droit lui-même est un *artefact*¹², l'auteur s'appuie sur la déclaration nord-américaine de Philadelphie en 1948 pour affirmer que les Etats doivent revendiquer leur absence de neutralité pour établir des règles, donc des réalités sans faits préexistant à leur établissements, à savoir des droits sociaux, afin que ceux-ci puisse exister, par la force du droit et des Etats face à ce qu'Alain Supiot désigne comme « le marché total »¹³.

2. Application du principe de non-neutralité de l'Etat aux secteurs régulés

27. La régulation est un triangle entre droit, économie et politique. Elle peut intervenir s'il y a une défaillance technique de la mécanique concurrentielle qui ajuste ordinairement l'offre et la demande. C'est notamment le cas lorsqu'existe structurellement un monopole naturel, comme dans le cas des réseaux de transport, des asymétries d'information comme en matière de finance, d'assurances ou de banque, auquel cas, le passage de la concurrence à la régulation est justifiée par l'efficacité.
28. Mais il peut aussi s'agir, et l'hypothèse n'a rien à voir, d'une volonté de nature politique, parce que le Gouvernant exprime alors un Contrat social qui ne supporte pas le caractère naturellement excluant du marché. En effet, un marché ne peut bien fonctionner que s'il exclut, et les offreurs qui ne peuvent offrir des biens et servir à des prix attractifs et de bonne qualités (la faillite les élimine), et les demandeurs, qui ne peuvent acquérir ces biens et services faute d'argent pour le faire.
29. La faillite sort l'offreur affaibli du marché. La barrière de l'argent, de la connaissance ou de la distance (ces deux dernières pouvant se ramenant à l'argent car celui-ci

¹¹ Sur les rapports entre la neutralité et l'impartialité, v. *infra* n°00.

¹² SUPIOT, Alain, *L'homo juridicus*, Paris, Le Seuil, 2005.

¹³ SUPIOT, Alain, *L'esprit de Philadelphie. Les droits sociaux face au marché total*, Paris, Le Seuil, 2010, 178 p.

permet d'apprendre et de se déplacer) interdit au demandeur faible d'y entrer. Comme l'affirme le droit traditionnel, le droit commercial est « le droit des forts ».

30. Mais les citoyens peuvent ne pas le vouloir et mandater le Politique pour qu'il n'en soit pas ainsi. A ce moment-là, le droit va « sauvegarder les entreprises en difficulté ». Le droit positif a montré la difficile articulation entre le droit de la concurrence et le droit des entreprises en difficultés, dès l'instant que celui-ci ne se réduit pas à mener à la liquidation de l'entreprise un temps inadéquate au marché¹⁴.
31. De la même façon, l'Etat peut décider que le prix de certains biens ne résultera pas du point de rencontre entre la courbe de l'offre et celle de la demande, mais de la capacité de l'offreur à payer : cela pourrait être zéro, aboutissant donc à la gratuité. Parce qu'il s'agit alors de ce qu'il convient de désigner comme un « prix politique », c'est au contribuable de payer davantage qu'au consommateur, car c'est le citoyen qui a scellé le pacte social et non le demandeur sur un marché¹⁵.
32. En cela, l'Etat, en tant qu'il est un être fondamentalement politique, agit d'une façon non-neutre à l'égard des marchés, parce que sa logique est d'une autre nature. On comprend pourquoi et à quel point le droit de la concurrence, qui exprime juridiquement ce qui doit être le bon fonctionnement des marchés, rejette cette action non-neutre et pourquoi et à quel point les autorités de concurrence veulent remettre dans ce qui serait le « droit chemin » les Etats.
33. Nous voyons d'une première et radicale façon que l'Etat s'oppose au marché car l'Etat exprime une volonté, en ce qu'il est mandaté par les citoyens au terme d'un contrat social, par exemple pour la régulation de la santé, alors que le marché est une mécanique dont le cœur est l'efficacité, les offreurs et les demandeurs n'étant que des agents qui consentent à contracter d'une façon bilatérale, instantanée et

¹⁴ La difficulté s'accroît lorsque la régulation s'oppose au droit de la concurrence et à la tendance de celui-ci à admettre la faillite comme un phénomène naturel, voire bienfaisant. V. particulièrement en matière bancaire, SAGERS, Chris, *Too Big to Fail: The Role for Antitrust and Bankruptcy Law in Financial Regulation Reform*, Cleveland-Marshall College of Law, Cleveland State University, December 1, 2009, legal studies, paper N°09-181.

¹⁵ En cela est remarquable l'évolution du droit français quant à la tarification par l'Etat des tarifs du gaz naturel pour les résidents domestiques. En effet, le Conseil d'Etat, par une ordonnance du 20 décembre 2011 a suspendu le gel des tarifs auquel avait procédé le gouvernement, le Conseil justifiant sa décision par une atteinte ainsi faite aux droits des concurrents de l'opérateur en charge du service universel. Le droit de la concurrence est en train de gagner sur la souveraineté politique. V. LORME, Gonzague de, *The French Government's price freeze on natural gas prices has been suspended by the French Council of State*, *The Journal of Regulation*, 2012, II-5.11.

intéressée, alors que le contrat social est originel, collectif et couvert du « voile d'ignorance »¹⁶.

34. Ainsi, alors que face à des défaillances mécaniques de marché, les interventions sont similaires quels que soient les pays, parce qu'il s'agit toujours de traiter au mieux des externalités objectives, les différences se faisant sur les façons d'essayer d'atteindre le plus efficacement possible l'optimum, en revanche lorsqu'il s'agit d'une régulation politique, c'est la base et non plus seulement les modalités qui varient. Ainsi, selon les pays, la santé sera laissée ou non au marché ; la culture oui ou non ; l'agriculture oui ou non, etc. Cela dépend des histoires politiques à l'œuvre dans chacun des pays. Lorsque ce n'est plus seulement l'administration qui intervient pour traiter les externalités négatives du marché, mais l'Etat qui intervient en Politique pour poser au nom de son peuple qu'un bien doit être commun, on retrouve alors la définition du droit que donnait Savigny : *Le droit exprime l'esprit des peuples (Volksgeist)*, liant le droit à l'histoire de ceux-ci. Les théories économiques, facilement universelles sous la prégnance des chiffres, si à leur aise dans la première hypothèse, y deviennent étrangères.
35. La seconde opposition entre l'Etat et les marchés, qui font que l'Etat régule ceux-ci, tient au temps. En effet, les marchés dans la conception classique fonctionnent hors du temps : les échanges se font en un instant, le commerce est une accumulation d'échange et, de cet humus que constitue le marché, émerge le juste prix, dont la cotation des titres en bourse est le plus pur exemple walrasien.
36. Le droit renvoie la même image, puisque le contrat, décrit par le professeur Jean-Pierre Mousseron comme un « coup de foudre », s'opère en un instant, l'échange des consentements le formant immédiatement et sans formalité requise, tandis que l'exécution est une question peu développée dans le Code civil. Le contrat s'opère sous l'emprise de la loi, laquelle est censée être abstraite et perpétuelle. Or, l'instant et l'éternité sont les deux notions qui n'appartiennent pas au temps. Ainsi, le marché a été pensé en dehors de la durée et développe peu la notion de situation. Ainsi, pour ne prendre que la théorie de la firme de Ronald Coase, celui-ci montre que l'entreprise est une organisation alternative aux contrats sur un marché¹⁷.
37. Les marchés, en tant qu'ils fonctionnent dans l'instant, ne cessent de s'ajuster. Reprocher aux marchés financiers leur instantanéité, c'est leur reprocher leur nature même. A l'inverse, l'Etat est un être politique qui se développe dans la durée¹⁸. Dès lors, il est vital qu'il ait les moyens de conserver sa nature politique, c'est-à-dire qu'il

¹⁶ RAWLS, John, *The theory of justice*, 1971.

¹⁷ *The nature of the firm*, 1937, *Economica*, New Series, vol.4, n°16, nov.1937, pp.386-405.

¹⁸ C'est la définition qu'en donne HEGEL, notamment dans sa *Philosophie de l'histoire*.

dispose de la souveraineté que continue de lui conférer un Contrat social, une souveraineté non contestée et des finances publiques qui ne transforment pas les Etats en mendiant des marchés, et en élèves notés sur leurs copies de l'instant, ce qui les dénature.

38. L'Etat se déploie dans le temps et les notions de « politiques publiques » et d'« action publique » soulignent cette existence dans la durée. En cela, l'Etat met en place les politiques industrielles de long terme, ce long terme que les marchés ont du mal à intégrer. Cette dimension essentielle de la régulation prend la forme de l'action non-neutre de l'Etat qui injecte du temps dans des marchés qui fonctionnent sur l'instant. En cela, les partenariats public-privé sont certainement un outil de régulation entre l'Etat et les marchés.
39. Ce n'est pas que les marchés ne puissent pas intégrer le futur. Les marchés financiers présentent ce paradoxe qu'à la fois ils ne vivent que dans le présent, s'ajustant à chaque instant, et prennent en considération le futur, dans l'anticipation qu'ils en ont, y participant de ce fait, par l'effet auto-réalisateur issu de leur puissance. Mais ce futur est le simple développement d'un présent déjà en germe, donc l'aptitude à percevoir le virtuel¹⁹, auquel s'ajoute un calcul de probabilité. La prise de risque de l'investisseur est la plus ou moins grande latitude prise par rapport à cette probabilité du déploiement du présent dans le futur. Ainsi, dans le fonctionnement du marché, il n'y a pas de véritable nouveauté dans le futur.
40. A l'inverse, parce que l'Etat est doté d'une volonté souveraine, parce qu'il a les outils souverains pour ce faire, le Contrat social, le pouvoir de lever l'impôt et de battre monnaie²⁰, peut imprimer de la durée et du long terme pour déployer des projets sur des marchés, construire des infrastructures, imposer une volonté politique comme la protection des générations futures dont il est également le garant, inciter à la recherche et à l'innovation²¹, etc. Lorsque le régulateur prend le relais, il convient qu'il soit lui-même mandaté par le Politique pour cela, c'est-à-dire concrètement par une loi, car l'action n'est pas neutre et seul un Souverain peut alors l'exercer.
41. L'Etat peut intervenir directement sur les marchés en tant qu'agent souverain pour déployer des politiques industrielles à long terme, par exemple pour obtenir des

¹⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne., Le droit à double sens : la virtualité, *in Drôle de droit*, Mélanges Elie Alfandari, Dalloz, 1999, pp.263-273.

²⁰ Cela pose la question des Etats-membres de l'Union européenne, dès l'instant que ces Etats se sont défaits de leur pouvoir de battre monnaie au profit de l'Euro, alors même que l'Europe de la politique économique et financière continue de ne pas exister.

²¹ V. par exemple CURIEN, Nicolas, préc.

investissements dans les réseaux de transports²². La notion de « durée », indissociable de la notion de politique, est apportée par l'Etat, la souveraineté et la volonté. La régulation les injecte dans certains secteurs qui le requièrent pour venir en équilibre de la concurrence afin de faire cesser la neutralité du marché.

42. En effet, le marché est un espace qui neutralise la dimension concrète des objets qui y sont échangés, comme l'a démontré Marx. Grâce à la monnaie, il permet que s'échangent des lapins contre des chevreuils comme si des lapins et des chevreuils étaient identiques, du seul fait qu'ils peuvent être étalonnés l'un et l'autre grâce la même monnaie, leur prix pouvant ainsi se confronter et l'échange s'opérer. Ainsi, le marché neutralise le réel. C'est « le jeu de l'échange²³. Les entreprises sont-elles soumises également à cette neutralité ?

B. LES ENTREPRISES

43. Les personnes sur un marché sont pareillement neutralisées, ravalées au rang d' « agent », ce qui suppose une action dont la rationalité est empruntée à un autre (l'agent suppose toujours un « principal »). En effet, est agent celui qui obéit à autrui : c'est le cas du subordonné. Est agent, celui qui obéit à des forces qui ne lui sont pas disponibles. C'est sans doute le cas des entreprises ordinaires, fussent-elles publiques (1), ce n'est pas le cas des entreprises cruciales dans les secteurs régulés (2). On peut enfin se poser la question des personnes, en tant qu'elles sont titulaires de droits fondamentaux, hypothèse qui résiste également à l'effet neutralisant du marché (3).

1. Rappel des règles de principe

44. Le droit de la concurrence ne définit pas l'entreprise par la forme mais par l'activité, comme étant une entité ayant une activité économique sur un marché. En cela, si l'on définissait, d'une façon pauvre, la neutralité, comme l'absence d'effet de l'action sur l'objet²⁴, il faudrait alors considérer les entreprises comme des acteurs économiques non neutres, puisqu'elles ne demeurent pas passives et que leur action a un effet sur le marché. La théorie en droit de la concurrence de « l'effet sensible » conforte l'affirmation.

²² A propos des transports de données par la fibre optique, v. BENZONI, Laurent and al., From copper to fiber : an optimal regulatory policy, , *The Journal of Regulation*, 2011, I-1.34, pp.588-594.

²³ BRAUDEL, Fernand, Les jeux de l'échange, in *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, t.2, Librairie Armand Colin, Paris, 1979, 723 p.

²⁴ V. *supra* n°00.

45. Mais si l'on définit la neutralité non plus dans son sens de l'absence d'effet sur l'objet d'une action, mais dans son sens de l'absence de choix entre deux solutions d'égal intérêt²⁵, alors l'analyse est différente. En effet, si l'on se réfère à la théorie microéconomique, les agents économiques ont pour fonction d'utilité de maximiser leurs profits. Leurs actions sur les marchés, comme leur façon de se gouverner (gestion), ont cette finalité. Dès lors, elles adoptent l'attitude optimale pour satisfaire cette finalité que l'on pourrait dire « aveugle ». En cela, on retrouve la première définition proposée de la neutralité, celle par rapport à soi-même²⁶ : l'entreprise est mécanique dans la recherche de son profit, monomaniaque, en contradiction avec les intérêts des autres agents économiques en concurrence avec elle.
46. Le droit de la concurrence exprime cette philosophie libérale. Elle le fait expressément à travers la fameuse règle de « la neutralité du capital ». Ainsi, le fait que le capital de la personne morale, mécanisme par lequel l'entreprise accède au commerce juridique et organise son mode de gouvernement²⁷, soit entre les mains de personnes privées ou de personnes publiques, doit être indifférent. Cette règle a été posée dès le Traité de Rome de 1957. Elle implique que toute entreprise doit rechercher son intérêt, qu'elle soit maîtrisée par des capitalistes privés ou par des personnes publiques.
47. En outre, la notion d' « Etat-actionnaire », que la doctrine cherche à ranimer en soufflant sur les cendres²⁸, n'existe pas en droit de la concurrence. L'Etat ne peut agir sur un marché que s'il admet lui-même sa dénaturation, c'est-à-dire sa neutralité. Ainsi, non seulement, lorsqu'il y a utilisation de fonds publics dans des secteurs économiques, donc aides d'Etat en principe prohibées par le droit communautaire, celui-ci exige que l'Etat ait agi comme un « investisseur prudent et avisé », c'est-à-dire ordinaire, donc tout sauf comme un Etat qui n'opère pas de tels calculs.
48. Mais l'Etat résiste à la neutralisation que veut lui imposer le droit du marché concurrentiel, même lorsque l'Etat prend la forme directe d'un opérateur économique, et non plus seulement d'un régulateur. Pour prendre l'exemple de la France, le Ministère de l'Economie et des Finances a été dans un premier temps réorganisé pour que les détentions que l'Etat a dans des entreprises puissent être gérées de la même façon que le ferait un investisseur avisé, l'Etat ayant le souci d'être un bon gestionnaire de ses actifs et d'avoir un bon retour de ces investisseurs. Ainsi fût créé en ... l'Agence des Participations de l'Etat (APE), structure interne du

²⁵ V. *supra* n°00.

²⁶ V. *supra* n°00.

²⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Corporate Law seen through prism of Regulation : the Financial Services industry and investor protection, *The Journal of Regulation*, 2010, I-1.6, pp.88-102.

²⁸ CARTIER-BRESSON, Anémone, *L'Etat-actionnaire*, Bibliothèque de droit public, t.264, LGDJ, Paris, 2010.

Ministère, détachée du Trésor. Puis, il est apparu, avec la crise financière, que l'Etat ne devait pas se comporter comme un capitaliste ordinaire dans les entreprises dont il détenait tout ou partie du capital mais au contraire revenir à sa nature profonde, à savoir la défense de l'intérêt général. C'est pourquoi fût créé par une Ordonnance du ... le « Commissaire aux Participations de l'Etat (CPE) », structure double l'Agence des participations de l'Etat.²⁹ Autant l'APE est une structure où l'Etat se comporte comme un agent économique, autant le CPE exerce un rôle politique par lequel l'Etat infléchit le marché vers des considérations qui ne sont pas spontanément les siennes (intérêt général, durée, sécurité, cohésion sociale, etc.).

2. L'hypothèse des « entreprises cruciales »

49. L'on quitte encore plus nettement le simple droit de la concurrence, dans lequel on peut soutenir que les entreprises doivent agir d'une façon neutre sur les marchés, parce qu'elles recherchent mécaniquement leurs intérêts personnels, l'obtention du profit. En effet, les secteurs régulés conduisent à observer l'existence d' « opérateurs cruciaux »³⁰.
50. En effet, au-delà la brutale distinction entre les opérateurs et les régulateurs, certains secteurs reposent sur des opérateurs dont l'existence est « cruciale », en tant qu'ils sont nécessaire pour tenir d'une façon durable et fiable le secteur. En cela, ils sont des sortes de régulateurs de second degré. Il peut s'agir des gestionnaires de réseaux de transport, d'une façon plus générale des titulaires de monopoles naturels, des entreprises de marchés financiers, des titulaires de droits de propriété intellectuelle dans lesquelles réside l'innovation pour demain.
51. En cela, ces entreprises ont un objet d'activité « cruciale » pour le secteur, et deviennent de ce fait « cruciale » en elles-mêmes. La Commission Européenne en a l'intuition en qualifiant les auditeurs d'opérateurs « systémiques » pour les marchés financiers, mais il s'agit là d'un déplacement dommageable de vocabulaire puisqu'un agent systémique est celui dont la chute entraîne la chute du secteur, ce qui n'est pas nécessairement le cas pour un opérateur crucial³¹.
52. En revanche, les opérateurs cruciaux ont une action qui n'est pas neutre sur le marché parce qu'ils tiennent celui-ci. Cela justifie qu'on leur applique des règles de surveillance et de supervision particulière, le secteur bancaire étant exemplaire de

²⁹ Compléter les dates de créations et les textes créant les deux structures. Vérifier que le CPE existe encore...

³⁰ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Proposition pour une notion : l'opérateur crucial, D.2006, chron., pp.1895-1900; The auditor, a crucial player on financial markets, *The Journal of Regulation*, 2011, I-1.26.

³¹ Pour une démonstration détaillée, v. FRISON-ROCHE, Marie-Anne, The Auditor, a crucial player on financial markets, préc.

cela. En outre, les opérateurs cruciaux ont à la fois plus d'obligations, par exemple des obligations de donner accès, et plus de puissance que les opérateurs ordinaires. Ainsi, les entreprises de marchés disposent d'un pouvoir disciplinaire et d'un pouvoir d'admettre des titres à la cotation dont la source n'est pas le contrat mais bien un pouvoir unilatéral de type administratif³².

53. Ainsi, les opérateurs cruciaux peuvent et doivent se revendiquer, en raison de l'objet de leur activité qui se reflète sur leur statut, comme ne pouvant être neutralisés par la loi du marché. En tant qu'ils tiennent le fonctionnement d'un secteur régulé spécifique, qu'ils en assurent la pérennité et le développement sûr sur le long terme, ils sont soustraits au simple fonctionnement du droit de la concurrence, pour devenir titulaires de droits et d'obligations spécifiques.

54. Cela s'opère sans qu'il soit nécessaire de recourir à la source d'un Etat souverain car il ne s'agit plus ici en rien d'évoquer une volonté première évoquée dans un Contrat social, mais plutôt de prendre acte d'une structure d'un secteur qui appelle ces régulateurs secondaire que constituent les opérateurs cruciaux.

3. La prise en considération des droits fondamentaux des personnes agissant sur les marchés

55. Les droits fondamentaux constituent une catégorie juridique assez difficile à définir, notamment dans ce qui les distingue des droits de l'homme. On peut estimer pourtant que, d'apparition plus récente, ils s'éloignent des droits attachés à la personne, elle-même définie abstraitement, comme dans *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, pour exprimer les droits de la personne concrète³³. C'est pourquoi les droits fondamentaux se sont particulièrement développés après la seconde Guerre mondiale, concernent d'une façon privilégiée les droits sociaux, les personnes dans leur vie familiale.

56. Là encore, la neutralisation qu'opère le jeu du marché grâce à la monnaie peut être arrêtée par la régulation, cette fois-ci non plus tant en ce que celle-ci supplée les défaillances techniques du marché mais en ce qu'elle exprime la prévalence des libertés publiques et des droits fondamentaux³⁴. En effet, la régulation s'oppose à la

³² BONNEAU, Thierry, De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché, *RTDCom.*, 1999, PP.257-271.

³³ V. par ex. ROCHFELD, Judith, *Les grandes notions du droit privé*, coll. « Thémis droit », PUF, Paris, 2011, 564 p., spec. 11 and s.

³⁴ TUOT, Thierry, La planète des sages, in FAUROUX, Roger (dir.), *Notre Etat*, éd. Robert Laffont, Paris, 2000, pp.688-712.

neutralisation opérée par le marché, lorsque des libertés publiques ou des droits fondamentaux sont en jeu, alors même qu'il s'agit de biens marchands.

57. L'on retrouve souvent la première hypothèse évoquée de la puissance du Politique souverain³⁵, car c'est le Contrat social qui pose, par exemple, que les biens relatifs à la santé sont non seulement marchands mais encore relèvent des droits fondamentaux, celui de ne pas mourir quand même bien l'on est pauvre, ce qui conduit à entrer dans le droit de la régulation et à ne pas demeurer dans le seul droit de la concurrence³⁶.

58. Cela explique aussi le relativisme très fort de cette troisième catégorie. En effet, autant la catégorie précédente de la présence d'un Etat qui intervient pour pallier les structures défailtantes du marché se retrouve à l'identique dans tous les pays, autant celle des droits fondamentaux varie selon les pays, suivant l'histoire de chacun et les consensus politiques auxquels ils ont donné lieu. Ainsi, en matière de santé, certains ont affirmé, comme la France, et cela ne fût fait qu'en 1995³⁷, l'existence d'un service universel, d'autres ont laissé la loi du marché régir la matière³⁸.

59. Il apparaît ainsi que des personnes sont « en titre » pour agir d'une façon non neutre sur des secteurs régulés, l'Etat en premier lieu, les entreprises cruciales ou les personnes qui se prévalent de leurs droits fondamentaux, en second lieu. A l'opposé, le modèle de neutralité peut être requis à propos de ces mêmes secteurs concernant le régulateur et le juge.

II. LES PERSONNES DEVANT AGIR DE FACON NEUTRE DANS LES SYSTEMES REGULES

60. Il convient d'examiner la situation du régulateur et du juge (A) avant d'examiner la solution pour obtenir leur neutralité, alors que tout semble aller dans le sens contraire à cet idéal.

³⁵ V. *supra* n°00.

³⁶ V. *supra* n°00.

³⁷ Ordonnances du 25 janvier 1996, dites « Juppé », relatives au remboursement de la date sociale et aux mesures urgentes tendant au rétablissement de l'équilibre financier de la Sécurité sociale. Pour une description du mouvement, v. par ex. MORIN, Denis, La régulation des dépenses de santé. Le cadre institutionnel et les instruments, in *La régulation des secteurs de la santé*, préc., pp.9-18.

³⁸ Pour une description comparée des modèles v. *La régulation des secteurs de la santé*, préc.

A. LE REGULATEUR ET LE JUGE

61. Le régulateur, même s'il lui arrive d'exercer des tâches de type juridictionnel, n'est pas un juge³⁹. De la même façon, le juge, même s'il contrôle les décisions du régulateur et qu'il est saisi par l'effet dévolutif, n'est pas un régulateur, sauf à adopter un sens très extensif et non technique de ce terme. C'est pourquoi il convient d'examiner leur situation l'une après l'autre.

1. Le régulateur

62. La doctrine universitaire⁴⁰ et certains parlementaire, quelque soit le pays, rappellent régulièrement que le régulateur étant par construction indépendant de l'exécutif, le prix à payer en est qu'il ne peut emprunter la légitimité politique de celui-ci, puisque le circuit hiérarchique a été rompu.

63. Dès lors, bien qu'appartenant à l'Etat, et plus encore s'il est autoproclamé notamment parce qu'il prend la forme d'une association de droit privé⁴¹, les régulateurs ont tendance à couper court à la discussion portant sur leur légitimité en affirmant que celle-ci n'a pas de prise, dans la mesure où leur action est neutre.

64. En effet, les régulateurs affirment alors que les choix qu'ils opèrent sont de nature technique. S'il y a eu un choix politique, il aurait été fait par le législateur, dans le texte qui a précédé l'action du régulateur. Ainsi, la neutralité de l'action du régulateur, tenant au fait d'une part de l'exclusif choix politique sur la tête du législatif et d'autre part sur la nature technique de leur propre choix, élimine la question, devenue inutile, de leur légitimité politique. Cette question ne se poserait plus.

³⁹ QUILICHINI, Paule, Réguler n'est pas juger, réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique, *Actualité juridique de droit administratif (AJDA)*, 2004, pp.1060-1069.

⁴⁰ LOMBARD, Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, coll. « Thèmes & commentaires », Dalloz, 2006, 248 p. Dans la perspective d'une réconciliation entre régulation et démocratie par le phénomène de contractualisation de l'action publique, v. HARTER, Philip J., Negotiating government policy : better decision through democratic synergy, pp.133-152.

⁴¹ Concernant l'ICANN, v. les difficultés que cela engendre dans les rapports avec les gouvernements concernés : CHEVALIER, Claude, European and North American authorities notify the ICANN, a private association in charge of the self-regulation of Internet domain names, that it must adopt more transparent « governance » and adopt public recommendations., *The Journal of Regulation*, 2011, II-4.8.

65. Cette argumentation est tout de même très difficile à soutenir. En effet, le régulateur, contrairement à l'autorité de concurrence, est une autorité *ex ante*, qui a la prétention non pas de garder les marchés mais de les construire⁴².
66. Le Régulateur opère de véritable choix. Si l'on reprend la définition précédemment donnée du choix⁴³, il ne s'agit pas de faire prévaloir une meilleure solution sur une moins bonne, mais bien de concevoir un schéma d'ensemble pour le futur du groupe social. Il en est ainsi lorsque l'ARCEP décide de favoriser la mise en place de la fibre optique sur le territoire français⁴⁴, ou lorsque ce même régulateur organise l'activité postale pour que soit maintenue une cohésion sociale en France, en tant que ce pays est un territoire qui demeure agricole.
67. Ainsi, le régulateur n'est pas neutre, non seulement parce que ses décisions ont un impact sur le marché (sens pauvre de l'absence de neutralité⁴⁵), mais encore parce qu'il opère des choix technique qui ont un effet sur l'avenir du groupe social, ce qui les ramène à être des choix politiques.
68. Dès lors, on en revient à l'impératif que le régulateur aurait voulu éviter, à savoir que ces choix doivent être politiquement légitimes, alors même qu'il est indépendant du gouvernement. Cette question est délicate et l'on en sent les pointes en matière de régulation financière. En effet, les nouveaux régulateurs européens, dont la crise financière a justifié la mise en place, l'ESMA en premier lieu. Le Conseil Européen de Stabilité Financière butte sur cette question de légitimité politique et la Cour constitutionnelle allemande a rappelé que des décisions autonomes ne pouvaient être prises par de tels organismes sans l'autorisation préalable du Parlement allemand⁴⁶.

2. Le juge

69. En ce qui concerne le juge, la problématique de la neutralité lui est très familière, grâce au droit procédure. En effet, depuis toujours le juge est amené à donner satisfaction à l'une des parties et à mécontenter l'autre, sans pour autant se voir reprocher cet office qui lui est inhérent.

⁴² FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Competition versus Regulation*, *The Journal of Regulation*, 2011, I-1.26, pp.470-481.

⁴³ V. *supra* n°00.

⁴⁴ Pour une comparaison internationale, v. BENZONI, Laurent, préc.

⁴⁵ V. *supra* n°00.

⁴⁶ Décision de la Cour constitutionnelle de *Karlsruhe* du 7 septembre 2011.

70. Le droit considère que le juge se comporte d'une façon satisfaite s'il est impartial. Ce principe constitutionnel se définit comme la distance que le juge a par rapport au litige et aux parties dans la cause. Ainsi, l'action du juge va certes avoir un effet considérable sur la situation, c'est même pour cela qu'il est requis : il va trancher, punir, réparer, etc. Il est par ailleurs illusoire d'affirmer qu'il n'est pas influencé par ses opinions, son savoir (ce qu'il sait et ce qu'il ne sait pas), sa situation personnelle, etc.
71. Mais si la justice a, selon l'expression antique « les yeux bandés », c'est parce que le juge neutralise l'ensemble de ses préjugés, des influences qu'il subit, des lacunes dont il souffre, par la procédure. C'est la procédure qui fonde l'impartialité du juge en tant qu'il le contraint à prendre en considération les arguments des uns et des autres, et à y répondre à travers l'impératif de motivation⁴⁷.
72. Dès lors, les rapports entre le juge et le régulateur en deviennent différents, mais aussi plus difficiles. En effet, si le régulateur n'est pas neutre, parce que les choix techniques qu'il opère se révèlent être des choix politiques, comment le juge peut-il demeurer impartial lorsqu'il en opère le contrôle, alors qu'il est saisi d'un recours contre une décision du régulateur ? Car soit il excède son propre office ? Soit il cesse de contrôler le régulateur et abdique son propre rôle de contrôleur ?
73. Face à un tel hiatus, le juge pourra avoir tendance à ne pas contrôler la substance de la décision adoptée par le régulateur. C'est plutôt la position du juge judiciaire français⁴⁸. Mais si le juge du contrôle est plus proche du régulateur, alors il aura tendance à faire jouer pleinement l'effet dévolutif du recours, comme aura tendance à le faire le juge administratif français, ce qui est logique dans la mesure où le juge administratif français est de même culture que les personnes qui composent les autorités de régulations et que la doctrine publiciste française avait développé la doctrine du « juge-administrateur », selon laquelle le juge administratif peut se substituer à l'administration elle-même. On mesure ici que cela est plus affaire de culture et de formation que question de droit
74. Une fois que l'on a distingué les situations très différentes dans lesquelles sont le régulateur et le juge, il convient de réfléchir sur les moyens qu'il y aurait, à partir du constat d'une action *a priori* politique des régulateurs alors qu'elle devrait être neutre, mais qu'elle ne le peut pas⁴⁹, d'obtenir une neutralité des actions. Cela peut se faire par le biais de la rationalité, notion-clé dans la théorie économique du marché.

⁴⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, L'impartialité du juge, *D.* 1999, chron., pp.53-57.

⁴⁸ FOSSIER, Thierry, Neutralization using techniques from procedural law, *The Journal of Regulation*, 2011, I-2-3.

⁴⁹ HAAS, Jérôme, The principle of the neutrality of standards (the example of accounting standards), *The Journal of Regulation*, 2011, I-2.4.

B. LES MOYENS DE NEUTRALITE DE L'ACTION DU REGULATEUR ET DU JUGE PAR LA RATIONALITE DE LEUR INTERVENTION

75. La neutralité est une notion douteuse, qui fait davantage penser au retrait prudent et honteux de Ponce Pilate qu'à la vertu du courage⁵⁰. L'on pourrait dire, dans l'ordre des vertus, que la neutralité est ce qui s'oppose au courage. Serait-ce dire que le régulateur et le juge, parce qu'ils doivent être neutre, doivent cesser d'être courageux ?
76. Il convient tout d'abord d'explicitier cette difficulté (1) avant d'élaborer les solutions méthodologiques à mettre en place (2).

1. La difficulté née d'une action intrinsèquement non-neutre des régulateurs

77. Il a été souligné que des régulateurs se prétendent fréquemment neutres, n'étant que des experts techniques, pour justifier leur absence de rattachement au gouvernement et éviter ainsi la question de leur légitimité politique, laquelle de ce fait ne se pose pas⁵¹. En contraste et par un choc en retour, la monstration d'absence de leur neutralité, par exemple lorsqu'il donne priorité à l'intérêt national, les fragilise et ouvre la question de la légitimité politique des régulateurs, comme une béance.
78. Pour y répondre, une tentation pourrait être de rapatrier dans le giron politique toute la régulation et la gouvernance des marchés et des secteurs, réunifiant le substantiel et l'institutionnel.
79. Dans une demi-mesure, l'on peut encore songer à infiltrer dans les autorités de régulation des représentants du Politique, notamment des parlementaires qui siègeraient dans le collège, tandis que l'on limiterait le contrôle du juge du recours à la stricte procédure sans lui permettre de regarder la substance de la décision adoptée.
80. Sans vouloir attacher au vocabulaire une connotation péjorative, cette tendance est régressive et réactionnaire. Elle revient tout simplement à s'appuyer sur le fait que,

⁵⁰ Sur le rapport étroit entre la neutralité et la passivité, v. *supra* n°00.

⁵¹ V. *supra* n°00.

parce que la régulation n'est pas neutre, il convient qu'elle ne soit plus et qu'elle se dissolve dans le Politique.

81. Cela explique les systèmes devenus drastiques aux Etats-Unis de contrôle sur les régulateurs et, par exemple, la volonté en France de revenir à des « conseils » plus classiques, présidés par des ministres, dont le Conseil de régulation financière et du risque systémique, créé par la loi du 22 octobre 2010, est une manifestation⁵².
82. L'on peut plutôt tirer la notion de neutralité non plus seulement vers la notion procédurale d'impartialité mais encore vers celle d'objectivité, dans un triangle de trois notions qui pourrait exprimer la neutralité : l'impartialité, l'objectivité, la rationalité.

2. La solution : impartialité, objectivité, rationalité

83. La première façon de neutraliser le caractère politique d'un choix est de procéduraliser celui-ci. Le régulateur devient impartial et le système juridique l'exige de lui, faisant de l'impartialité du régulateur un principe constitutionnel. Le régulateur se comporte alors comme un juge, prenant comme celui-ci distance vis-à-vis des parties et par rapport à la cause.
84. Toute pensée qui s'est défiée du Politique a d'ailleurs consisté à exiger la procéduralisation de l'action politique, la pensée d'Hans Habermas notamment. C'est alors prendre la figure du juge comme modèle d'autorité et comme modèle de décision.
85. L'inconvénient d'une telle solution est qu'elle est faible, car la procédure n'exprime qu'une rationalité faible, écouter les uns et les autres n'assure pas en soi la bonne décision. L'avantage souvent avancé d'une décision par avance acceptée, puisque chacun a été écouté, décision par consensus, modèle que l'on retrouve dans les systèmes économiques régulés à travers les mécanismes de consultations de place qui se répandent au-delà des régulations financières, peut être discuté, car le consensus n'est pas non plus toujours équivalent à une bonne décision.
86. L'avantage principal de la neutralisation de l'action du régulateur par la procéduralisation de celle-ci se trouve bien plutôt dans l'homothétie qui en résulte entre le régulateur et le juge. En effet, si le régulateur, pour devenir neutre, donc

⁵² FRISON-ROCHE, Marie-Anne, The hybrid nature of the French Council of financial Regulation and systemic risk, *The Journal of Regulation*, 2010, I-1.11, pp.180-183.

acceptable bien que pouvoir indépendant du Politique, doit se comporter comme un juge, alors il devient semblable à celui qui le contrôlera en cas de recours contre une de ses décisions⁵³. L'homogénéité entre contrôlé et contrôleur permet l'effectivité du contrôle, ce qui constitue le garant le plus fort du fonctionnement démocratique du système.

87. Si l'on prend le deuxième critère, à savoir l'objectivité, il est difficile de soutenir que l'action du régulateur est objective *per se*, mais l'on peut dire qu'elle doit « s'objectiver », c'est-à-dire prendre forme dans une motivation. La motivation est ce par quoi le régulateur, contrairement au Politique qui « dispose », justifie son pouvoir à chaque fois qu'il l'exerce.
88. L'on peut certes aller plus loin que cet entre-deux entre le substantiel et le procédural qu'est la motivation, ce que la théorie de la régulation a mis en valeur en donnant une place de première rang au fait de rendre des comptes (*l'accountability*). Mais il ne s'agit pas ici de seulement justifier l'usage que le régulateur fait de son pouvoir ; il s'agit de montrer qu'il en fait un usage scientifique.
89. Ainsi, l'école traditionnelle française, telle que Marcel Boiteux l'exprima, notamment à travers la tarification RAMSEY-BOITEUX mais aussi en étant le président de l'entreprise publique monopolistique *Electricité de France (E.D.F.)*, pose que l'Etat intervient en faisant usage des mathématiques, conçues depuis Descartes comme un instrument neutre d'appréhension du monde, pour pallier l'incapacité du marché à produire des prix adéquats. Cette défaillance du marché est suppléée par l'Etat qui y substitue une réglementation, ici la réglementation par les coûts, qui a vocation à produire un montant neutre, reconstituée mathématiquement, celui que le marché aurait engendré s'il avait en mesure de fonctionner.
90. Ainsi, la motivation et la méthodologie dépassent le simple statut de la procédure. C'est pourquoi les lignes directrices, les préalables, les « considérants », etc., constituent une méthodologie essentielle par laquelle le régulateur objectivise l'exercice qu'il fait de son pouvoir, indépendamment de la solidité de la source de celui-ci, c'est-à-dire la loi. S'il se trouve que le régulateur tient son pouvoir d'une autre source, par exemple le contrat, ou une profession, les mœurs, la coutume, etc., dans des mécanismes d'autorégulation, cela n'en rendra que plus impérieux
91. Là encore, cette motivation se retrouvera en homothétie avec la motivation de la décision juridictionnelle de l'autorité qui contrôle le régulateur. Cette homogénéité est importante dans la mesure où cela permet à tout observateur de mesurer l'effectivité du contrôle.

⁵³ V. *supra* n°00.

92. Enfin, faut-il avoir plus d'exigence encore et requérir du régulateur et du juge qu'il soit rationnel ? Cela encore relève de conceptions plus fortes que celles rattachées à la logique procédurale.
93. Peut-être les systèmes juridiques qui aujourd'hui font monter en puissance les notions de « sécurité juridique », qui interdiraient aux organismes dotés de puissance normative de se contredire, qui accordent aux personnes un « droit à la croyance légitime » leur permettant de se prévaloir du crédit qu'elles ont accordé à la représentation que le droit donnait de lui-même, etc., conduirait à exiger que les régulateurs et les juges soient rationnels, c'est-à-dire ne se contredisent pas.
94. Les principes européens de proportionnalité et d'effet utile relèvent déjà de ce qui serait un principe primaire de rationalité. Si d'une façon plus générale les régulateurs et les juges devaient, de droit, être rationnels, ne serait-ce qu'en étant tenus par le principe de non-contradiction, puisque Dieu lui-même l'est selon la théologie classique, cela accroîtrait la neutralité de leur action sur les marchés.
-