

AVANT-PROPOS

Le sujet de la thèse de M. Patrick Barban ne doit ni désappointer ni rebuter, mais il peut surprendre. Quel peut être, en effet, l'intérêt d'étudier l'entreprise de marché ? On pourrait y voir un sujet plus pratique que théorique et centré sur lui-même. Ce serait une erreur, rien de tel dans le travail de M. Barban, ce que révèle le sous-titre : « *Contribution à l'étude d'un modèle d'infrastructure de marché* ». Car M. Barban n'étudie pas l'entreprise de marché pour elle-même, mais pour ce qu'elle révèle de l'ambiguïté du droit des marchés financiers, qui oscille entre libéralisme et dirigisme. Certes, le constat n'est pas original, tant il est évident que le droit des marchés financiers, comme le droit bancaire et de nombreuses autres branches du droit de la régulation, est mâtiné de droit privé et de droit public, principalement d'un droit spécial des contrats et des biens d'un côté et d'un droit administratif spécial de l'autre. C'est une activité réglementée, au moins depuis un arrêté royal de 1724 en France, qui l'avait soumise au contrôle de l'Etat, et si la réglementation actuelle, d'origine européenne, n'a évidemment plus rien à voir avec celle-là, cette activité n'en reste pas moins sérieusement contrôlée.

Ce qui est original dans la démonstration de M. Barban, c'est que, selon lui, le régime de l'entreprise de marché repose moins sur une conciliation de deux modèles juridiques, le modèle privé et le modèle public, que sur une contradiction entre ceux-ci, de sorte que cela ne fonctionnerait pas convenablement et qu'il conviendrait de choisir entre l'un et l'autre. Les dysfonctionnements du régime actuel sont en particulier mis en lumière par cette étrangeté qu'est le pouvoir reconnu actuellement à une entreprise réputée société commerciale de quasiment légiférer, c'est-à-dire d'émettre des normes opposables à tous ; il s'agirait d'une contradiction insurmontable, d'une antilogie. L'inconvénient majeur qui en résulterait, selon lui, serait de créer d'insurmontables conflits d'intérêts,

qu'aucun mécanisme ne réussirait à régler parfaitement, d'où la nécessité de choisir entre un modèle privé d'organisation fonctionnant pour ses utilisateurs et un modèle public rayonnant bien au-delà et permettant la prise en compte de l'intérêt général.

Tel est le propos de l'auteur, certes bien plus complexe et riche que ce résumé, ce qui donne une ampleur inattendue à sa thèse, car il est transposable, non seulement à toutes les infrastructures de marché, quel que soit leur objet, mais, plus encore, ce qui ouvre un abîme de réflexion, à des entités puissantes, globales et cosmopolites comme Facebook ou Google, ainsi qu'il l'expose dans sa conclusion.

Ce débat, n'est donc pas purement technique, mais, plus largement, politique, au sens étymologique du terme, ce qui n'est pas étonnant au regard des évolutions récentes : après la déréglementation et l'auto-réglementation, voici venu le retour de la réglementation publique ; les récentes discussions sur ce que devraient être les chambres de compensation, organismes privés ou publics, le montrent amplement.

Là se révèle toute la richesse de l'approche de M. Barban. Il met le doigt sur la difficile conciliation entre l'intérêt privé et l'intérêt collectif dans le fonctionnement des marchés financiers, conciliation qui nécessite de trouver un équilibre, car les marchés financiers servent à financer les entreprises privées mais également les collectivités publiques, ne mettent pas en cause que des intérêts individuels mais aussi des intérêts collectifs, et peuvent devenir des machines infernales pour la collectivité nationale et internationale, voire mondiale. Pour l'auteur, la conciliation est impossible, du moins à l'échelon des entreprises de marché et, sans doute, à l'échelon de toutes les infrastructures de marché.

Alors, selon lui, il faut choisir, et il nous donne les éléments du choix. Il le fait avec clarté, selon un plan d'une logique toute cartésienne, son travail ayant la rectitude d'un jardin à la française. Peut-être est-ce là sa limite, la complexité et l'instabilité de la réalité n'entrant pas toujours facilement dans les modèles théoriques. Mais, peu importe, M. Barban fournit les clés pour comprendre.

Une question cependant : de quel côté penche-t-il ? Il évite de prendre partie, considérant sans doute que ce serait dépasser le cadre de la recherche universitaire, et se tient à une stricte neutralité, tout en donnant à chacun toutes les données pour choisir en fonction de ses propres penchants. Une seule certitude : il conteste le système hybride actuel. Osons quand même un sentiment : n'est-il pas, au fond de lui-même, plus convaincu par le modèle de droit public que par celui de droit privé ? Peut-être nous le dira-t-il un jour, lorsqu'une carrière universitaire plus avancée, ce qu'il peut légitimement espérer, l'aura libéré de ses prudences.

Jean-Jacques DAIGRE

Professeur émérite de l'École de droit de la Sorbonne
(Université Paris 1)