

Qu'est-ce ce qu'agir de façon neutre ?

In

La neutralité dans les systèmes de régulation économique

Colloque annuel de *The Journal of Regulation*

17 mars 2011

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités et Directeur de *The Journal of Regulation* (J.R.)

INTRODUCTION

- La notion d' »action neutre » est un **oxymore** pour deux raisons:
 - L'action suppose un **choix**, donc une **préférence**, donc un **engagement**, donc le contraire de la neutralité par rapport à soi-même.
 - L'action implique un **effet sur l'objet**, par exemple le marché, sa structure ou les agents économiques, ce qui est le contraire de la neutralité, si celle-ci se définit comme ce qui est **transparent** par rapport à une situation (cf. la neutralité des **tiers** par rapport aux situations bipartites).
- Pour sortir de l'oxymore, il y a une solution pauvre : elle consiste à ne plus bouger. C'est la neutralité définie par l'**inaction**. Définition juridique de la neutralité en droit public : l'Etat est neutre par rapport aux religions : il n'interfère pas dans un ordre normatif religieux, par rapport auquel il demeure exogène.
- Analogie avec la théorie traditionnelle du **juge civil**, neutre dans un procès dont les parties sont les maîtresses (« principe dispositif »), car il est passif.

INTRODUCTION

- On peut sortir de l'oxymore par une solution forte, alternative, dont les deux branches sont les suivantes.
 - Certaines personnes dans les systèmes régulés non seulement n'agissent pas de façon neutre, mais ne doivent pas agir de façon neutre, ce qui fait que la question ne se pose pas (I).
 - Certaines personnes dans les systèmes d'économie régulée doivent agir de façon neutre dans les systèmes d'économie régulée ce qui ouvre alors la question des modalités de cette action neutre (II).
- La difficulté du thème de l'action neutre tient dans la variation même de la notion préalable de la neutralité (cf. **Jean-Michel Roy**).

PLAN

I. LES PERSONNES AGISSANT DE FAÇON NON NEUTRE DANS LES SYSTÈMES RÉGULÉS

A. l'Etat

B. Les entreprises

II. LES PERSONNES JURIDIQUEMENT CONTRAINTES À AGIR D'UNE FAÇON NEUTRE

A. Le régulateur et le juge

B. Les moyens d'une neutralité par la rationalité de l'action

I. Les personnes agissant de façon non neutre dans les systèmes régulés

A. L'Etat

1. Démonstration générale

- Le **Politique** n'est pas une simple externalisation de fonctions, mais l'**expression de choix** du groupe social pour son avenir. Si l'on méconnaît cette définition politique de l'Etat à partir du contrat social, n'existe plus que l'organisation de marché.
- Or, dans les secteurs que nous étudions (par exemple marchés financiers), les marchés ont montré leur **inaptitude** à s'autoréguler (**Paul Volker**).
- L'Etat n'est pas neutre : il exprime des **choix**. Le choix doit lui-même **se définir** comme la préférence entre deux solutions d'égal intérêt mais n'ayant pas la même perspective. Si l'intérêt n'était pas égal, la préférence vers la solution la meilleure irait de soi et **il ne s'agirait pas de choix**. Il s'agirait d'un simple **exercice de rationalité**.

I. Les personnes agissant de façon non neutre dans les systèmes régulés

A. L'Etat

1. Démonstration générale

- Pour autant, l'Etat n'est **pas arbitraire**, ce qui signifie qu'il ne peut pas préférer ce qui convient le mieux à celui qui l'administre, en prenant l'intérêt de celui-ci comme seul critère (notion sociologique « d'agenda privé »).
- Cette « distance » a été exprimée par **Raymond Barre** à travers la notion d'**impartialité** de l'Etat.
- 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.

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

- La régulation est un triangle entre droit, économie et politique. La régulation peut intervenir pour suppléer le système concurrentiel en cas de défaillance technique de marché. Tout d'abord, lorsqu'il y a une défaillance technique de marché. Exemple économique des réseaux de transport. Mais il peut aussi s'agir d'une **volonté politique** quand le corps social **ne supporte pas** le mécanisme du marché : exemple de la **santé**.
- L'Etat intervient alors pour agir et **contrarier** le mécanisme marchand, par exemple en imposant la gratuité, les péréquations tarifaires, l'aménagement du territoire, la préservation de l'environnement, les politiques de santé, etc. Il le fait en puisant dans les finances publiques, l'**électeur-contribuable** lui ayant donné pouvoir pour ce faire.
- En outre, l'Etat est un **être permanent** (Hegel), alors que le marché est un mécanisme d'**ajustement dans l'instant** (paroxysme des marchés financiers). L'Etat met en place les politiques industrielles de **long terme**. Investissement dans les réseaux de transport. Sécurité nucléaire. Incitation à la recherche et à l'innovation pharmaceutique, etc.

B. Les entreprises

1. Question de principe

- Les entreprises agissent-elles d'une façon neutre ou non sur le marché ?

Si l'on définit la neutralité comme l'absence d'effets sur l'objet, ici le marché, alors par nature les entreprises ne sont pas neutres, car elles ont par nature une « **activité** » sur le marché (**définition** de l'entreprise par le droit de la concurrence). Il faudrait donc les considérer comme des agents non neutres.

Mais si l'on prend 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'égale intérêt, 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**. Leur action 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, dans la définition de la neutralité par rapport à **soi-même** et non plus à l'**objet**, l'action des entreprises sur le marché est **neutre**.

B. Les entreprises

1. Application du principe en droit de la concurrence et en droit de la régulation

- Le **droit de la concurrence** va dans ce sens, à travers la fameuse règle de la « **neutralité du capital** ». Elle signifie que la qualité du capital (public ou privé) ne doit pas influencer sur l'action de l'entreprise sur le marché, qui ne doit pas dévier de cette finalité partagée par tous les actions économique de recherche du **profit**.

De la même façon, la prohibition européenne des aides d'Etat n'admet l'Etat qui devient entreprise, c'est-à-dire la théorie de l'**Etat-actionnaire**, que si celui-ci se « dénature » et agit comme un « **investisseur ordinaire** », c'est-à-dire **neutre**.

- Si l'action de l'Etat sur les marchés n'est pas neutre, alors que l'action de l'entreprise sur le marché est neutre, il y a **contradiction** concernant les **entreprises publiques** : émergence du « **Commissaire aux participations de l'Etat** », qui double l'**Agence des participations de l'Etat**, le premier étant politique, la seconde étant économique. Tension dans le droit de la concurrence qui penche vers l'économique, et dans le droit de la régulation, qui penche vers le politique.

II. Les personnes devant agir de façon neutre dans les systèmes régulés

A. Le régulateur et le juge

1. Le régulateur

- On rappelle souvent que le régulateur étant **indépendant de l'exécutif** ne peut emprunter la **légitimité politique** de celui-ci, le circuit **hiérarchique** ayant été rompu. Dès lors, bien qu'appartenant à l'Etat, plus encore s'il est autoproclamé (par exemple **l'ICANN**), des régulateurs soutiennent fréquemment que leur situation d' « électron libre » ne pose pas de difficulté politique car ils n'opèrent pas de choix, leur neutralité coupant net la question de leur légitimité politique. Si l'affirmation est fausse dans sa première partie, parce que le régulateur ne serait pas neutre, parce qu'il opèrerait des choix, alors la question de sa légitimité politique s'ouvre de nouveau.
- Or, les régulateurs par définition se situent **ex ante** par rapport au marché : c'est ce qui les distingue des Autorités de concurrence. Ce sont des **market designers**, soit directement (télécommunication), soit indirectement (pouvoir normalisateur, exemple des normes comptables cf. **Jérôme Haas**). Cet office de dessiner les marchés s'exerce à la fois **négativement** par l'interdiction que se développe tel ou tel type de marché (par ex. prohibition ou encadrement des places financières alternatives) ou construction **positive** de secteurs (exemple du **Plan Fibre**).

II. Les personnes devant agir de façon neutre dans les systèmes régulés

A. Le régulateur et le juge

1. Le régulateur

- Le régulateur opère de véritables **choix**, car il ne s'agit de faire prévaloir un schéma meilleur qu'un autre (exercice de rationalité), mais il s'agit de concevoir un **schéma d'ensemble** sur le futur du groupe social : exemple du rôle de l'activité postale dans la cohérence sociale d'un pays agricole.
- Le régulateur n'est donc pas neutre, non seulement parce que ses décisions ont un impact sur le marché mais parce qu'il opère des choix au sens fort du terme.
- Cela débouche alors sur l'impératif que ce choix soit **légitime**, alors que le régulateur n'est pas politique, sauf à réintégrer le régulateur dans l'exécutif hiérarchisé sous le gouvernement.

2. Le juge

- La problématique de la neutralité est très **familière** en procédure, car depuis toujours, le juge doit donner satisfaction à l'un et mécontenter l'autre, sans se voir pour autant reprocher cet office qui lui est inhérent (**article 12 du code de procédure civile**).

Le juge doit-il juger de façon neutre ? La question se dédouble : en effet, il faut se pose la question en elle-même d'une part, et dans les rapports entre le juge et le régulateur d'autre part.

- En lui-même, l'on va considérer que le juge se comportera d'une façon satisfaisante s'il est impartial. **L'impartialité**, principe constitutionnel, se définissant comme la distance que le juge a par rapport au litiges et aux parties dans la cause (voir notamment **Dominique Commaret**). Ainsi, l'action du juge va avoir un effet considérable sur la situation : il va trancher, punir, réparer, etc. Il est néanmoins **influencé** par ses opinions, son savoir, sa situation personnelle, etc. Mais si la justice a « les yeux bandés », c'est que le juge neutralise ses préjugés existants par la **procédure** (cf. **Thierry Fossier**) et la **motivation** des jugements.

2. Le juge

- Les **rapports entre le juge et le régulateur** en deviennent difficiles : si le régulateur n'est pas neutre et assume de faire des choix (la question de sa légitimité étant d'une autre nature), alors que le juge, du fait de l'impartialité, n'en opère pas lorsqu'il juge, dans quelle mesure le juge peut-il **contrôler** l'action du régulateur ?
- Face à un tel **hiatus**, le juge qui étend son impartialité jusqu'au principe de neutralité ne contrôlera pas les choix du régulateur (position du **juge judiciaire**). Si le juge du contrôle est plus proche du régulateur (théorie du **juge-administrateur**), alors son contrôle sera plein et il deviendra alors lui-même régulateur (tendance du **juge administratif**, exemple du contrôle des concentrations). C'est essentiellement une question de culture et de formation.

B. Les moyens de neutralité par la rationalité de l'action

1. La difficulté

- Les propos précédents ont montré que des **régulateurs indépendants** peuvent se prétendre neutre pour justifier leur absence de rattachement au gouvernement. La monstration d'absence de leur neutralité, par exemple lorsqu'ils préfèrent l'intérêt national, les fragilise donc par un choc en retour et montre en béance leur manque de légitimité politique.

- La tentation pourrait alors être de rapatrier dans le « giron politique » toute la régulation et la gouvernance des marchés et des secteurs, réunifiant le substantiel et l'institutionnel. Dans une demi-mesure, on peut encore songer à **infiltrer** dans les Autorités de régulation des représentants du politique (par exemple **rapport parlementaire du 29 octobre 2010**), tandis que l'on **limiterait l'office du juge** du contrôle à la stricte procédure.

Cette tendance est **régressive** et **réactionnaire**. L'on peut plutôt tirer la notion de neutralité non plus seulement vers l'impartialité mais vers l'objectivité, dans un **triangle de trois notions: neutralité, impartialité, objectivité**.

B. Les moyens de neutralité par la rationalité de l'action

1. La difficulté

- Ces difficultés expliquent les systèmes drastiques de contrôle sur les régulateurs aux Etats-Unis et la volonté renouvelée en France de revenir sur le mécanisme des régulateurs indépendants pour préférer des « conseils », plus classiques, présidés par des ministres (exemple du **Conseil de régulation financière et du risque systémique**, issu de la **loi du 22 octobre 2010**).
- Difficulté semblable pour le juge qui tranche et choisit de faire gagner une partie contre l'autre, alors que ses décisions peuvent avoir des effets micro et macro-économiques. On évoque alors le « gouvernement des juges ». La question prioritaire de constitutionnalité exacerbe le phénomène.

2. La solution

- En effet, si ceux qui doivent être neutres, à savoir le régulateur et le juge, opèrent des choix, il faut mais il suffit que la désignation d'une solution plutôt qu'une autre soit rationnelle. En cela, la décision du régulateur et du juge se rapproche de l'action de l'entreprise sur le marché qui est guidée d'une façon neutre par la **rationalité économique** de la recherche de son profit particulier.

Ce critère de la **rationalité** implique que le régulateur, avant d'exprimer une norme, une décision individuelle ou générale, dise **pourquoi** il l'a **retenue** et **pourquoi** il n'a pas retenu d'**autres décisions admissibles**. Le mécanisme de consultation de place, né en matière financière et qui se propage dans tous les secteurs régulés, est exemplaire de cette façon de décider rationnellement, en se prêtant par avance à la critique. Ainsi, le régulateur entame un exercice de type **doctrinal** (exemple des lignes directrices).

Type de rationalité **discursive**.

- Plus encore le régulateur, par exemple lorsqu'il fixe un tarif d'accès à un réseau de transport ou quand il déclare recevable une OPA au regard d'un prix proposé pour l'action, doit en détail **justifier** ce pourquoi il retient une solution et ce pourquoi il n'en retient pas d'autres.

2. La solution

- En cela, par nature, il **hiérarchise** les solutions et choisit donc la « **meilleure** », au regard d'une **finalité** qu'il ne s'est pas donnée à lui-même, puisque c'est le **législateur** qui fixe les **objectifs** que le régulateur a pour mission de concrétiser.

En cela, cette **méthodologie** consistant à exposer le pour et le contre (par exemple bilan économique et social dans les concentrations), **neutralise** l'action du régulateur parce que celle-ci réinsère son pouvoir dans la **rationalité** qui consiste à imposer le meilleur (par nature préférable) au moins bon (par nature à écarter).

- Dès lors, contrairement à ce qu'ont dit certains auteurs, **réguler c'est juger** : c'est peser le pour et le contre entre plusieurs thèses, plusieurs situations à venir (puisque le régulateur est en *ex ante*).

CONCLUSION

- Le MODÈLE DE L'ACTION NEUTRE, parce que aveuglé par la **monomanie de sa finalité intéressée** est celui de **l'entreprise** qui maximalise ses **profits** sur un marché.
 - Le MODÈLE DE L'ACTION NEUTRE, parce que **méthodologiquement contrainte** dans le **choix** opéré entre plusieurs **finalités admissibles** est celui du **juge**. Le **régulateur** doit calquer son fonctionnement sur le processus juridictionnel (participe à la juridictionnalisation de la régulation).
 - Le MODÈLE DE L'ACTION NON NEUTRE est celui le **Politique**, l'Etat pouvant choisir de construire à **long terme** une situation plutôt que d'autres d'intérêt égale, car c'est la volonté du groupe social qu'il exprime **souverainement** (politique industrielle, champions nationaux ou européens, développement durable par soustraction à l'instantanéité des marchés).
-