

REVISTA DE
DIREITO
MERCANTIL
industrial, econômico
e financeiro

164/165

Publicação do
Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado
e Biblioteca Tullio Ascarelli
do Departamento de Direito Comercial
da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LII (Nova Série)
janeiro-agosto 2013

 **MALHEIROS
EDITORES**

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

industrial, econômico e financeiro

Nova Série – Ano LIII – ns. 164/165 – jan.-ago./2013

FUNDADORES

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: PROF. PHILOMENO J. DA COSTA

PROF. FÁBIO KONDER COMPARATO

COMITÊ DE REDAÇÃO

CALIXTO SALOMÃO FILHO, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES,
MAURO RODRIGUES PENTEADO, NEWTON DE LUCCA, PAULA ANDRÉA FORGIONI,
RACHEL SZTAJN, ANTONIO MARTÍN, EDUARDO SECCHI MUNHOZ,
ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, FRANCISCO SATIRO DE SOUZA JUNIOR,
HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO,
MARCOS PAULO DE ALMEIDA SALLES, NEWTON SILVEIRA,
PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, PAULO FRONTINI,
PRISCILA MARIA PEREIRA CORRÊA DA FONSECA, VERA HELENA DE MELLO FRANCO,
JULIANA KRUEGER PELA, JOSÉ MARCEL MARTINS PROENÇA, BALMES VEGA GARCIA,
RODRIGO OCTÁVIO BROGLIA MENDES, CARLOS PAGANO BOTANA PORTUGAL GOUVÊA,
ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER, SHEILA CHRISTINA NEDER CEREZETTI,
VINICIUS MARQUES DE CARVALHO, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS
E UNIE CAMINHA

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação trimestral de
MALHEIROS EDITORES LTDA.
Rua Paes de Araújo, 29, conjunto 171
CEP 04531-940
São Paulo, SP – Brasil
Tel.: (11) 3078-7205
Fax.: (11) 3168-5495

Assinaturas e comercialização:

CATAVENTO
DISTRIBUIDORA DE LIVROS S/A
Rua Conselheiro Ramalho, 928
CEP 01325-000
São Paulo, SP – Brasil
Tel.: (11) 3289-0811
Fax.: (11) 3251-3756

Diretor responsável: Álvaro Malheiros

Supervisão Gráfica: Vânia Lúcia Amato

REGULER LES “ENTREPRISES CRUCIALES”¹

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

I – Les cas dans lesquels il est adéquat de concevoir la régulation d'une entreprise par l'État: (A) La nécessité de réguler l'entreprise qui occupe tout l'espace: 1. L'entreprise monopolistique sur un secteur crucial: (a) Souvenirs des monopoles d'État – (b) Pertinence présente de la régulation des monopoles économiquement naturels – 2. L'entreprise ayant pour objectif de conquérir un espace crucial: (a) Principe général pour concevoir de réguler l'entreprise ayant pour objectif de conquérir un espace crucial – (b) Le cas Google – (B) La nécessité principale de réguler l'entreprise cruciale: 1. Les entreprises cruciales déjà repérées: (a) Les entreprises négativement cruciales – (b) Les entreprises positivement cruciales – 2. La catégorie abstraite des entreprises cruciales devant être directement régulées: (a) Établissement de la définition négative et positive de “l'entreprise cruciale” – (b) Confrontation de la définition double de “l'entreprise cruciale” et du droit positif. II – Les modes de régulation par l'État d'une entreprise cruciale: (A) La présence de l'État dans l'entreprise cruciale à réguler: 1. La présence de l'État dans les organes sociétaires d'une entreprise cruciale: (a) Présence de l'État non pas en tant que propriétaire mais en tant qu'il est l'État – (b) Modalité structurelle de la présence de l'État dans les organes sociétaires – 2. La présence de l'État dans l'entreprise cruciale en dehors des organes sociétaires – (B) Le pouvoir de l'État dans l'entreprise régulée: 1. La régulation directe de l'entreprise cruciale par le droit de veto – 2. La régulation directe renforcée de l'entreprise cruciale par le droit de décider.

L'essentiel: a première vue, on ne régule que les espaces et l'État n'a pas à pénétrer les entreprises. Mais l'impératif s'inverse lorsqu'une entreprise absorbe l'espace tout entier, ou lorsqu'elle en a le projet, comme dans le cas Google.

1. En premier lieu, cet article est une version courte d'une réflexion plus ample et s'appuyant sur de nombreuses références de droit positif et de réflexions doctrinales. Ce document est disponible à l'adresse suivante: www.mafr.fr/spip.php?article/3659. En deuxième lieu, cette étude a servi d'appui à une intervention dans le colloque organisé par Alain Supiot sur L'Entreprise, au Collège de France les 12 et 13.6.2014.

L'entreprise cruciale est négativement celle dont la défaillance entraîne l'effondrement du système; l'entreprise est positivement cruciale si à travers elle le secteur est orienté vers des finalités au service de l'avenir du groupe social. L'État est alors légitime à pénétrer l'entreprise, pour y faire entendre sa voix, parfois pour y exercer un pouvoir de décision car le dynamisme concurrentiel et le pouvoir de la propriété n'excluent pas la superposition du souci de l'avenir commun, que certains appellent l'intérêt général.

A première vue, l'idée même de “réguler une entreprise” paraît un contresens.

En effet et à la base, l'on doit distinguer personne et l'espace dans lequel celle-ci exerce sa liberté d'agir. C'est l'activité qu'elle développe sur le marché qui déclenche, en l'absence de la concurrence, la qualification d'*entreprise*: est une "entreprise" toute entité qui a une activité de proposition d'un bien ou d'un service sur un marché.

De cette façon, le droit de la concurrence neutralise l'agent en lui-même et relaye l'affirmation classique de la théorie économique classique pour laquelle l'entreprise est sur le marché une "boîte noire".

Les personnes se plaignent de cette différence méthodologique, notamment les États, puisque, selon la règle principielle de neutralité du capital, l'actionnaire, même anonyme, ne peut prétendre qu'à une rétribution proportionnelle de son apport. La personnalité de la personne morale, la personnalité morale étant la technique qui permet à l'entreprise d'entrer dans le commerce juridique, est donc un élément radicalement indifférent.

Le droit de la régulation ne s'y attarde, en première vue, pas davantage. En effet, il intervient dans trois types d'hypothèses.

La première hypothèse est celle dans laquelle un secteur était jusque-là organisé par l'attribution de droits exclusifs à des entreprises. Le plus souvent, ils ne sont concédés qu'à une seule, l'État préférant alors être le propriétaire de cette entreprise titulaire d'un monopole légal. Puis, par une décision politique, soit de l'État lui-même, soit d'une autorité ayant barre sur celui-ci, par exemple les institutions européennes vis-à-vis des États-membres, il est décidé une migration vers une structure de marchés concurrentiels.

La Commission Européenne a ainsi considéré que des secteurs étaient organisés en monopoles publics par ce bon plaisir de l'État que d'autres appellent "souveraineté", la Commission l'analysant en abus de position

concurrence ouverte pour qu'elle advienne. S'il n'y a pas une vague d'innovation, les opérateurs historiques restent si puissants que la concurrence est inscrite sur le papier mais les entrants restent à la porte du secteur.

Le Droit met alors en place une régulation qui a pour fin d'établir la concurrence. Une régulation asymétrique diminue artificiellement la puissance de l'opérateur historique pour le rendre vulnérable. Cette régulation ayant pour fin la concurrence est conçue comme transitoire, n'a pour but que d'ouvrir l'appétit à de nouveaux entrants. Le secteur des télécommunications en est le meilleur exemple.

Une deuxième variété de régulation, qui peut d'ailleurs se superposer sur un même secteur, renvoie à l'hypothèse de défaillances de marché, lorsque le mécanisme d'ajustement des offres et des demandes ne peut pas fonctionner efficacement. Cela peut tenir au mécanisme de "monopole économiquement naturel", par exemple un réseau de transport qui, une fois construit par un opérateur, ne sera jamais dupliqué par un autre, car, rentable pour le premier, il ne pourra l'être pour le second. Est également une défaillance de marché l'asymétrie d'information, qui plombe les marchés financiers. Ces phénomènes techniques sont universels et définitifs. Ils justifient en conséquence une régulation permanente.

Enfin et en troisième lieu, pouvant se superposer aux deux premiers types de régulation, il existe une régulation de type politique. En effet, il peut exister des secteurs qui, techniquement, pourraient être organisés selon le principe de la compétition entre des opérateurs, mais l'État a décidé qu'il n'en sera pas ainsi. Par ce seul énoncé, l'on comprend que les autorités de concurrence n'aiment pas cela, alors qu'elles promeuvent la première régulation et admettent volontiers

pulation dont il a la charge, dans le présent et dans le futur. Il va utiliser ses pouvoirs normatifs et l'argent public pour faire en sorte que chaque personne puisse accéder à des biens marchands, même si la demande n'est pas solvable. Pourquoi? Parce que le contrat social sur lequel l'État est construit l'a posé ainsi. Le secteur de la santé publique ou celui de la culture peut justifier une telle organisation, la régulation venant alors repousser le mécanisme concurrentiel, lequel, par nature, exclut le consommateur qui ne serait pas apte à présenter la seule capacité requise par le marché: payer.

Pourtant, le droit de la régulation ne vise que les secteurs et ne semble, pas plus que le droit de la concurrence, pénétrer les entreprises. Ainsi, dès l'instant que l'on est en économie libérale et non en économie administrée, la régulation ne permettrait en rien à l'État de gouverner les entreprises. Dès lors, songer même à "réguler des entreprises" serait impensable.

Mais cette affirmation négative est inexacte: de la même façon que la régulation a le mérite de parler des secteurs concrètement et de les distinguer les uns des autres, si, en principe et d'ordinaire, l'État n'a pas sa place à l'intérieur des entreprises, n'a pas son mot à dire, ne les gouverne pas, cela cesse d'être vrai pour quelques entreprises très particulières dont il faut établir la catégorisation à travers la notion d'*entreprise cruciale*.

Il est bien des cas dans lesquels le droit va regarder en transparence certaines entreprises, contrôler la qualité des fonds propres, s'assurer de la fiabilité de ses dirigeants, intervenir en cas de changement dans le contrôle, produire des normes régissant la gouvernance.

Cette première pénétration de l'État dans les entreprises mêmes prend la forme de la supervision. Ainsi, en matière bancaire,

sont donc soumis à deux autorités distinctes. Pour prendre l'exemple de la France, ce sera l'Autorité des marchés financiers (AMF) qui régule leur comportement lorsqu'ils seront acteurs sur les marchés financiers, tandis que l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) les supervise, en regardant en transparence leur fonctionnement interne et leur solidité.

Mais la construction européenne de l'Union bancaire montre la convergence de plus en plus forte entre la supervision et la régulation. Les crises nous apprennent qu'il faut "réguler certaines entreprises", l'État pénétrant au cœur même de l'entreprise, non pas parce qu'il en serait propriétaire mais parce qu'il est l'État.

Mais cela ne doit surtout pas s'opérer dans toutes les entreprises, car l'économie demeure libérale. Cela ne s'impose que pour les "entreprises cruciales". Il y a quelques années, j'avais proposé une notion juridique: "l'opérateur crucial".² Il s'agit ici de la reprendre et d'affirmer que l'État doit "réguler les entreprises cruciales", parce qu'elles sont cruciales et parce qu'il est l'État.

Pour montrer la solidité de l'affirmation et sa portée, il faut répertorier les cas dans lesquels il est adéquat de concevoir la régulation par l'État d'une entreprise cruciale (I), avant d'examiner les modes de régulation par l'État de celle-ci (II).

I – Les cas dans lesquels il est adéquat de concevoir la régulation d'une entreprise par l'État

Certains espaces devant être régulés par l'État, si une entreprise occupe cet espace tout entier, alors, par transitivité, l'État doit réguler cette entreprise (A). Cela est également vrai si l'entreprise a un rôle structurel déterminant dans un espace essentiel, ce qui conduit à

construire la définition de l'*entreprise cruciale*, recevant une définition à la fois négative et positive (B).

(A) *La nécessité de réguler l'entreprise qui occupe tout l'espace*

Si une entreprise "tient dans sa main" le secteur, alors pour réguler le secteur, mais il suffit de réguler l'entreprise. Cela correspond à deux hypothèses, celle de l'entreprise actuellement monopolistique sur un secteur crucial (1), et celle de l'entreprise qui a le projet de s'emparer d'un secteur crucial pour le groupe social (2).

1. *L'entreprise monopolistique sur un secteur crucial*

L'on retrouve ainsi le souvenir de ces monopoles d'État (a), mais l'hypothèse demeure pertinente en cas de monopoles économiquement naturels (b).

(a) *Souvenirs des monopoles d'État*

La régulation de l'entreprise qui occupe tout l'espace du secteur est l'hypothèse à laquelle la France a été dans son histoire politique la plus accoutumée (EDF, SNCF, etc.). La régulation prend alors la forme d'une tutelle directe et double de l'État, tutelle technique de l'entreprise par le ministère de l'économie ou de l'industrie et tutelle financière par le ministère des finances, tandis que le gouvernement nomme les dirigeants.

La supervision et la régulation ne se distinguaient pas dans ce mécanisme de tutelle exercée sur l'entreprise publique, l'État pouvant structurer le secteur en gouvernant l'entreprise, celle-ci étant transparente au secteur. Lorsque ce type d'entreprise est en monopole, et même si elle prend la forme d'une société commerciale, c'est bien en

termes de "régulation d'entreprise", au-delà de la supervision que le gouvernement la contrôle.

Le juste choix des mots est déterminant. En effet, le droit de la régulation est beaucoup plus puissant que le droit de la supervision. Celle-ci consiste dans un contrôle permanent de ce qui se passe dans une entreprise. C'est déjà considérable, mais cela ne consiste pas, par exemple, à s'asseoir à la place des dirigeants, une fois que la nomination de ceux-ci a été appréciée et agréée. A l'inverse, la régulation étant l'organisation structurelle d'un espace qui le requiert, revient l'idée d'un "Meccano", et permet alors, par exemple, de désigner les dirigeants, de prendre des décisions à la place de ceux-ci, de donner des injonctions, de prendre des décisions capitalistiques, de disposer de droits de veto, etc.

(b) *Pertinence présente de la régulation des monopoles économiquement naturels*

L'hypothèse de régulation directe de telles entreprises n'est en rien nostalgique. En effet, lorsque des secteurs sont traversés par des monopoles économiquement naturels, comme le sont les réseaux de transport, transport ferroviaire, transport d'énergie, transport de communication audiovisuelle, ces infrastructures essentielles forment des espaces que remplit l'entreprise qui les gère.

Dès lors, le droit positif développe des exigences sur cette entreprise, que son capital soit ou non maîtrisé par l'État. On peut prendre l'exemple du réseau de transport d'électricité. Économiquement, celui-ci constitue un monopole naturel, alors que le transport de l'électricité est essentiel pour tout le secteur et que l'électricité est, pour un groupe social, un bien essentiel. Le régulateur intervient directement dans l'entreprise qui gère le réseau, EDF Transport, filiale détenue à 100 % par EDF, société de droit privé cotée. Le régulateur contrôlera notamment le programme d'investissement dans le réseau

ou les engagements de bonne gouvernance à l'égard des autres entreprises qui ont besoin d'accéder au réseau. En cela, cette "entreprise cruciale" est directement régulée.

Cette notion de "régulation de l'entreprise en charge d'une infrastructure essentielle dans un secteur régulé" est encore manifeste dans le secteur de l'aérien. C'est ainsi que la société de droit privé, cotée depuis 2012, Aéroports de Paris (ADP), émet chaque année un "contrat de régulation", recevant l'approbation de l'État. Il comporte les projections d'investissement, les mesures visant à améliorer la sécurité du système et des voyageurs. En régulant ainsi la société, c'est le secteur que l'État régule. On comprend ainsi mieux l'arrêt ADP du Tribunal des conflits du 18.10.1999,³ par lequel il a été posé que les règles organisant cette entreprise relèvent de l'organisation d'un service public.

2. *L'entreprise ayant pour objectif de conquérir un espace crucial*

Il convient d'expliquer le principe général (a), pour prendre ensuite un cas d'école, le cas Google (b).

(a) Principe général pour concevoir de réguler l'entreprise ayant pour objectif de conquérir un espace crucial

Certains espaces mettent en jeu des questions essentielles. Or il arrive que des entreprises aient pour projet de conquérir ces espaces d'une façon monopolistique.

La conquête peut s'opérer par l'acquisition d'une autre entreprise. Le contrôle des concentrations peut alors intervenir pour

3. T. confl., 18.10.1999, n. 3174, D. 2000. 607, note A. Louvaris, et 68, obs. A. Marmontel; AJDA 1999. 1029, note M. Bazex, et 996, chron. P. Fombeur et M. Guyomar; RDI 2000. 156, obs. L. Vallée; RFDA 2000. 567, note Y. Laidié; RTD com. 2000. 619, obs. E. Claudel.

éventuellement poser des conditions, redessiner, voire s'opposer, à l'établissement d'un empire qui contreviendrait à un impératif d'intérêt économique général. Le contrôle des concentrations est aujourd'hui le premier pouvoir des États, mais ce n'est qu'un "instant de régulation", opéré au moment du changement structurel du secteur sous le choc de la prise de contrôle. Il ne peut donc équivaloir à une "régulation de l'entreprise", laquelle implique une présence permanente et active de l'État dans l'entreprise.

Par exemple, lorsque les entreprises de marché financier fusionnent ou lorsque les chambres de compensation se concentrent, dans la mesure où elles tiennent les places financières, lesquelles sont des infrastructures essentielles, cette sorte de régulation s'opère mais cela ne joue que le temps d'un instant et ne peut signifier une régulation des entreprises, laquelle suppose une présence permanente dans l'entreprise.

(b) Le cas Google

Plus encore, la régulation consistant pour l'État à intervenir ex ante, puisque celui-ci a par définition en garde le futur du groupe social, une entreprise mérite attention, ayant d'ores et déjà formulé clairement son projet: c'est Google.

Dans *The New Digital Age*, ses dirigeants ont expliqué, en 2013, comment ils étaient en train de construire un "cerveau mondial" afin de conquérir le monde, de s'appropriier les informations publiques et privées et d'en construire de nouvelles (les métadonnées), transformant les êtres humains en data, du fait même que tout un chacun apporte à l'entreprise ses informations, ses créations et sa personne en échange de services gracieux. La sagesse du droit commercial qui interdisait la gratuité a été oubliée.

Le droit de la concurrence n'arrive pas à cerner le comportement de Google, tandis que le discours politique nord-américain invente

au fur et à mesure des principes juridiques nouveaux et séduisants, comme “la neutralité du net”, l'accès gratuit, la liberté du monde 2.0., etc., pour permettre à l'entreprise d'aller partout pour proposer tout en échange de rien, ce “rien” étant nous-mêmes.

La captation de toute information est donc désormais l'objet social de Google, entreprise qui a construit son business plan sur le constat d'une économie pure de l'information, quelle que soit sa nature, quel que soit son objet, la valeur étant dans le traitement de l'information, l'humus sur lequel fleurissent les métadonnées.

Pour ce faire, en avril/2014, Google a racheté Titan, entreprise qui fabrique des drones, captant sans payer les images et alimentant Google Maps, qui procède à la géolocalisation et cible la publicité. En mai/2014, Google a racheté Skybox, entreprise qui gère les télécommunications par satellite, pour que circulent ces données sous le seul contrôle de Google. Dans le même mois, Google a racheté Word Lens, entreprise qui perfectionne la traduction en langage naturel, pour nourrir Google Translation. Dans le même temps que sont en place les machines pour capter l'information et la transformer, Google a obtenu par un jugement nord-américain du 23.11.2013,⁴ sur le fondement du *fair use*, le droit de scanner tous les ouvrages sans que les auteurs puissent s'y opposer. En juin/2014, Google propose à tous gratuitement de reproduire en 3D tous les tableaux du MoMA à domicile. Qui n'est ravi de cet accès gratuit à tout? Nous n'avons à donner à Google que notre vie en échange.

Les métadonnées constituent l'équivalent informatique des synapses d'un cerveau. Google pourra ainsi, lorsque le projet de l'entreprise sera achevé, construire une connaissance totale du monde, tout corréliser et fournir des services, comme des “aides à

4. United States District Court Southern District of New York, Authors: Guild vs. Google Inc.

la décision”, pour ceux qui ont à gérer les personnes sur lesquelles des informations auront été rassemblées. Ces informations seront devenues prédictives car le traitement statistique à grande échelle permet les projections, individu par individu.

Google pourra alors vendre le futur, il en aura le monopole et pourra construire le marché de la connaissance de l'avenir de chacun. Les clients afflueront: les assureurs, les

banques, les célibataires à la recherche du conjoint idéal et sans maladie, les porteurs d'un “projet d'enfant” voulant trouver la gestatrice pour “designer” l'enfant, etc.

Peut-être faudrait-il rejeter un tel projet, alors même que nous l'alimentons avec plaisir. Nous le ferions par exemple parce que si le futur de chaque individu est vendu, cela aboutira à l'exclusion anticipée du groupe des “individus sans avenir”, voire de l'exclusion forcée des “individus à l'avenir statistiquement dangereux pour le groupe”. Mais il faut alors réguler cette entreprise.

Les juges l'ont déjà fait, sans doute parce qu'ils sont davantage sensibles à la justice et à l'être humain que ne le sont les législateurs. Par l'arrêt Google, la Cour de justice de l'Union européenne, a, le 13.5.2014, posé sous le vocable de “droit à l'oubli”, le droit de l'individu à effacer ses données.⁵

Mais il faut sans doute aller plus loin et formuler une affirmation plus générale, à savoir la nécessité de réguler les “entreprises cruciales”, dont Google n'est qu'un exemple.

(B) La nécessité principielle de réguler l'entreprise cruciale

Le droit de la concurrence repose sur l'image d'une petite entreprise, atomisée et mobile. Le droit de la régulation traite la

5. CJUE 13.5.2014, aff. C-131/12, D. 2014. 1092, 1476, note V.-L. Benabou et J. Rochfeld, et 1481, note N. Martial-Braz et J. Rochfeld; AJDA 2014. 1147, chron. M. Aubert, E. Broussy et H. Cassagnabère.

“dominance” du marché par une entreprise forte. Mais l’on peut aller plus loin et dégager l’idée de l’entreprise “cruciale”, à savoir celle dont un espace particulier a absolument besoin pour fonctionner. L’État doit alors la “réguler”.

Le droit positif a déjà repéré quelques entreprises cruciales (1), mais il convient d’en élaborer la catégorie juridique (2).

1. Les entreprises cruciales déjà repérées

Les entreprises peuvent être “cruciales” de deux façons, soit négativement (a), soit positivement (b).

(a) Les entreprises négativement cruciales

Depuis toujours, les banques et les établissements financiers sont des entreprises cruciales, identifiées sous le terme d’*entreprises systémiques*. Cela renvoie à une définition négative: en effet, leur faillite particulière entraîne la défaillance des autres établissements, puis la déconfiture du système financier dans son entier, lequel fait s’écrouler l’économie.

De ce fait, les banques sont de plus en plus, non seulement supervisées, mais régulées, comme le montrent la mise en place de l’Union bancaire et l’adoption du nouveau système européen de “résolution bancaire”, permettant à la puissance publique de faire directement du Meccano sur le marché bancaire et financier, ce qui correspond exactement à la définition de la régulation.

En outre, les normes comptables sont, tout à la fois, des mécanismes de supervision, jouxtant les “normes prudentielles”, mais aussi, voire avant tout, des normes d’information des investisseurs, jouxtant les normes d’audit, lesquelles sont des normes de régulation.

(b) Les entreprises positivement cruciales

Dans une définition, cette fois-ci positive, l’entreprise cruciale est celle dont la

présence est requise pour que l’espace “fonctionne comme il convient qu’il fonctionne”.

Cette exigence formulée d’une façon tautologique, cet espace “fonctionnant comme il convient qu’il fonctionne” et cela grâce à une entreprise, renvoie aux trois hypothèses de régulation décrites en introduction: soit sur un mode concurrentiel qu’il n’adopte pas spontanément, soit sur un mode a-concurrentiel parce qu’il ne peut techniquement en être autrement, soit sur un mode a-concurrentiel parce que le politique est légitime à écarter le principe concurrentiel.

Autant l’on peut admettre que, dans la première définition de la régulation (régulation transitoire tendant vers la concurrence), l’État fixe des règles neutres de régulation asymétrique, autant il faut intervenir plus fortement dans les deuxième et troisième hypothèses de régulation.

En effet, dans la deuxième hypothèse, les mécanismes de marché sont techniquement et définitivement défailtants. Dès lors, dans l’exemple du monopole économiquement naturel, notamment les réseaux de transport, l’État doit réguler non seulement le secteur, mais l’entreprise qui gère une telle infrastructure essentielle pour permettre l’accès de tous à celle-ci et assurer la permanence de l’entreprise qui gère l’infrastructure dans le temps (calcul des marges, etc.).

De la même façon, dans l’exemple technique et définitif de l’asymétrie d’information sur les marchés financiers, l’État ne peut se contenter de superviser les entreprises qui “tiennent” ces marchés pour éviter les effets catastrophiques de leur défaillance. Il faut aller plus loin. Lorsqu’on observe leur puissance systémique, l’on doit penser que l’État doit plonger directement dans de telles entreprises. Cela résulte non seulement du fait qu’il est le débiteur en dernier ressort (statut systémique négatif) et aussi – en raison de la financiarisation de l’économie – que les banques et le marché financier sont sous-jacents à toute l’activité économique sur laquelle

s'exerce une politique économique conçue par l'État (statut systémique positif).

D'une façon plus générale, s'il s'avère que le déploiement du secteur vers l'intérêt de chacun repose sur certaines entreprises, celles-ci renvoyant à la définition positive de l'entreprise cruciale, alors l'État ne doit pas se contenter de réguler ce secteur, pas plus qu'il ne doit se contenter de superviser cette entreprise pour qu'elle ne défaille pas; il doit la réguler directement pour qu'elle agisse de façon à ce que ce secteur se développe dans le sens de l'intérêt commun.

2. La catégorie abstraite des entreprises cruciales devant être directement régulées

Une définition de l'entreprise négativement et positivement cruciale (a) permet d'apprécier le droit positif suivant qu'il lui est plus ou moins conforme (b).

(a) Établissement de la définition négative et positive de "l'entreprise cruciale"

Dans une économie libérale, l'État n'a pas à être présent dans une entreprise. En revanche, la règle doit être inversée s'il s'agit d'une "entreprise cruciale". Dans un sens négatif, une entreprise est cruciale si sa disparition cause un choc sur le secteur qui met en péril celui-ci. Dans un sens positif, une entreprise est cruciale si le bon fonctionnement du secteur dépend de la présence, du bon gouvernement et du bon comportement de l'entreprise.

La définition positive est, à la fois, plus floue et plus politique que la définition négative. Elle est d'ailleurs plus difficilement acceptée par la Commission européenne, alors que celle-ci admet qu'une entreprise négativement cruciale puisse être gouvernée par l'État, le temps par exemple que le risque systémique s'éloigne. Cette conception négative a fondé l'Union bancaire européenne.

La dimension politique de la définition positive de l'entreprise cruciale ressort lors-

que l'État manifeste son souci du groupe social dont il a la charge, par exemple le souci de la santé publique, de la préservation des données sensibles, des libertés, du respect des personnes. L'État est en droit d'affirmer ce souci politique en l'exprimant à l'intérieur même des entreprises opérant sur les secteurs cruciaux, quand bien même il n'est pas actionnaire de ces entreprises.

(b) Confrontation de la définition double de "l'entreprise cruciale" et du droit positif

La jurisprudence communautaire a admis la technique des "noyaux durs" par laquelle l'État est un actionnaire inexpugnable et puissant, quelle que soit sa part dans le capital. Mais elle ne l'accepte que pour les infrastructures de transport et d'approvisionnement d'énergie, affirmant, en revanche, que les banques sont des entreprises ordinaires, que les États ne peuvent charger d'une mission de service public. Cela est regrettable quand on connaît la place des banques dans une société.

L'enjeu est alors de nature politique. Saurons-nous construire une Europe reconnaissant que les banques sont, non seulement systémiques (entreprises cruciales au sens négatif), mais encore sont des entreprises cruciales au sens positif, c'est-à-dire ayant un rôle actif dans l'économie, rôle à propos duquel l'État a son mot à dire à l'intérieur même de l'entreprise?

Par ailleurs, il est temps d'admettre que les auditeurs, puisqu'ils garantissent la fiabilité de l'information financière produite par les producteurs de produits financiers, sont des entreprises cruciales. Ces entreprises doivent être bien gouvernées et agir dans le sens de l'intérêt public, puisqu'elles disposent d'un bien public, à savoir l'information du marché, et qu'elles y injectent la plus précieuse des informations, à savoir la fiabilité de l'information financière générale.

Mais, pour l'instant, les institutions européennes ont certes admis l'existence des

entreprises systémiques et hypersystémiques, ce qui ne renvoie qu'à la définition négative de l'entreprise cruciale, mais ignorent le sens positif de la notion. C'est pourquoi la Commission européenne a construit l'Union bancaire, qui est soustraite à la concurrence, mais a voulu dans le même temps précipiter le système d'audit et le système des normes comptables dans le schéma simplement concurrentiel, ce qui n'est pourtant pas le cadre pertinent pour servir un bien public.

De la même façon, est une entreprise cruciale celle qui tient en masse les informations sensibles ou personnelles de la population et les utilise comme matériaux de base pour construire des métadonnées. Sa défaillance n'est pas catastrophique, c'est son succès qui constitue une perspective dont l'État doit se mêler et "dire son mot". On doit aussi intégrer, dans la même catégorie juridique nouvelle des entreprises cruciales, les entreprises qui sont la base positive du système de santé, l'État se mêlant de leur fonctionnement.

Cela paraît évident et n'est pas contesté, lorsqu'il s'agit de la défense, car l'État est légitime à protéger sa population, les entreprises de défense étant directement régulées par l'État, non seulement parce qu'elles manient du danger et de la mort (définition négative de l'entreprise cruciale), mais encore parce qu'elles manient de la protection et de l'information (définition positive de l'entreprise cruciale). Mais la défense n'est qu'un exemple et il faut construire une catégorie plus forte et unifiée, pour leur appliquer un nouveau mode direct de régulation de l'entreprise par l'État, dans un système économique demeurant libéral, car seules les "entreprises cruciales" sont concernées, pas les autres.

II – Les modes de régulation par l'État d'une entreprise cruciale

Lorsque l'entreprise est cruciale, l'État doit être présent à l'intérieur de celle-ci,

pour y faire valoir son point de vue (A), ou y exercer le pouvoir de décider (B). Ce régime doit s'appliquer, que l'État soit actionnaire ou non, puisque cette qualité doit être considérée comme neutre.

(A) La présence de l'État dans l'entreprise cruciale à réguler

L'État est légitime à être au moins présent dans les entreprises cruciales. L'exemple est donné par l'évolution de l'ICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), association de droit privé, mise au pas par les États, qui exigèrent d'abord d'être dans les organes internes, et organisent aujourd'hui son remplacement au profit d'un organisme de droit public international. En effet, les noms de domaine gérés par l'ICANN sont des biens publics.

L'État doit donc être présent dans les entreprises cruciales, soit à travers les organes sociétaires (1), soit en dehors de ceux-ci (2).

1. La présence de l'État dans les organes sociétaires d'une entreprise cruciale

La présence de l'État dans l'entreprise se justifie en soi (a), il doit "faire entendre sa voix", ce qui le situe dans les organes de surveillance de l'entreprise (b).

(a) Présence de l'État non pas en tant que propriétaire mais en tant qu'il est l'État

Ce n'est pas en tant qu'il est propriétaire que l'État doit être présent en permanence dans une entreprise cruciale. C'est en tant qu'il est l'État et que la crucialité de cette entreprise concerne l'avenir du groupe social, négativement ou positivement.

C'est pourquoi il faut redonner son sens originel et ses titres de noblesse à la notion

de "commissaire du gouvernement". A juste titre, dans les juridictions administratives, c'est désormais un rapporteur public qui s'exprime, le faisant au nom de la Loi et du Droit. Il s'agit ici plutôt d'exprimer la vision politique de l'État, notamment sa politique économique et sociale.

Dans une entreprise cruciale, l'État doit avoir ce *missi dominici* qui vient dire à l'intérieur de l'entreprise cruciale l'opinion politique de l'État, non pas l'imposer, mais la faire entendre. Dans une entreprise qui, par exemple, développe le réseau de transport permettant à la population de conserver des liens, ou qui autorise que les soins demeurent accessibles ou que la santé publique s'améliore par la recherche sur des molécules, l'État est légitime à être informé et à exprimer ce qui est, pour sa part, sa politique en matière d'aménagement du territoire, de politique des établissements de santé ou de recherche, la bio-économie ne pouvant pas, par exemple, se développer sans qu'il ne dise rien ni qu'il reste à l'extérieur, n'arrivant qu'*ex post* pour interdire éventuellement des résultats techniques issus de recherches contraires à l'éthique.

(b) Modalité structurelle de la présence de l'État dans les organes sociétaires

Dès lors, l'État doit être représenté dans les organes sociétaires. On en trouve des exemples, le directeur du Budget, le directeur du Trésor, le directeur de l'Agence des participations de l'État, siégeant dans les "entreprises cruciales", par exemple la SNCF. Mais ce sont des entreprises dans lesquelles l'État est propriétaire. Or il faut dissocier la propriété et le fondement de la présence de l'État, car toutes les entreprises dont l'État est propriétaire ne sont pas cruciales et toutes les entreprises cruciales ne sont pas la propriété de l'État.

Il faut alors déterminer quel est l'organe sociétaire le plus adéquat. Dans la structure moniste, le conseil d'administration détient, à

la fois, le pouvoir de décision et le pouvoir de contrôle. L'État n'ayant, dans cette première hypothèse, qu'un rôle d'observateur pour, d'une part, percevoir les informations qui lui permettront de mieux concevoir sa propre politique économique et, d'autre part, d'exprimer lors des réunions son opinion propre en tant qu'il est l'État, sa présence est au sein du conseil d'administration.

Dans une structure dualiste, si la régulation de l'entreprise se limite à cette seule "présence" de l'État, celui-ci ne doit pas être logé dans le directoire, qui est l'organe de décision, lequel doit poursuivre la réalisation de "l'intérêt social", c'est-à-dire soit l'intérêt de l'entreprise à se développer dans le temps, soit l'intérêt commun des associés, suivant la définition que l'on choisit dans l'éternelle dispute à ce propos. L'État doit alors prendre place dans le conseil de surveillance.

Via celui-ci, l'État va surveiller ceux qui gèrent, il va exprimer ce souci très spécifique de l'intérêt commun et, à long terme, du groupe social dont il a la charge, intérêt distinct de celui dont se soucie l'entreprise sous son jour ordinaire. La présidence du conseil de surveillance de PSA Peugeot-Citroën par Louis Gallois est exemplaire de cela. C'est pourquoi les entreprises cruciales, qui peuvent être entièrement privées, gagneront à une structure dualiste, afin que le représentant de l'État trouve sa place dans le conseil de surveillance.

Le rôle consistant à tenir un "discours d'intérêt du groupe social à long terme" fonctionnera d'autant mieux que la société est cotée, sans qu'il soit nécessaire que l'État soit actionnaire. Mais, en tant qu'il est l'État, il peut porter un autre discours, et cela doit être de droit dès l'instant que l'entreprise est "cruciale".

Ainsi, lorsque l'État français pose par le Décret 2014-479 du 14.5.2014 qu'il va désormais étendre le contrôle des investissements étrangers dans certaines entreprises, il a parfaitement raison, parce que le texte vise

le transport d'énergie, de communication, la santé publique, etc., c'est-à-dire des entreprises cruciales. Mais, le gouvernement justifie maladroitement le mécanisme, en affirmant qu'il fait ce qu'il veut chez lui – acte de "patriotisme économique", simple discours de propriétaire... Il aurait fallu articuler une motivation de régulation.

2. *La présence de l'État dans l'entreprise cruciale en dehors des organes sociétaires*

L'État doit donc "dire son mot", non nécessairement bloquer ou décider, mais "dire son mot" lorsque s'opèrent des changements structurels dans une entreprise cruciale, laquelle occupe elle-même une place structurelle dans un secteur crucial. Si l'on croit au pouvoir de la rhétorique, décrit par Perelman, le fait pour l'État de développer ses arguments oblige les cercles concentriques des auditoires à y répondre, ce qui limite le pouvoir discrétionnaire des dirigeants et des propriétaires.

Le premier cercle est celui des dirigeants, le deuxième cercle est celui des organes sociétaires, le troisième cercle est celui de l'entreprise elle-même si l'on veut bien la considérer comme un noeud entre tous ceux qui apportent leur force. Le quatrième cercle est celui de toutes les personnes dont la "situation" est ou sera affectée par une décision structurelle prise par ceux qui ont le pouvoir de la prendre dans l'entreprise. Le cinquième et dernier cercle est celui de l'opinion publique, qui recoupe en partie le groupe social dont l'État a la charge et qu'il exprime, ce qui ferme la boucle rhétorique.

Connaître, observer, faire observer, dire, proposer, protester, dialoguer, sont de grands pouvoirs, notamment lorsque les sociétés sont cotées, les marchés étant des caisses de résonance. L'État doit les utiliser et parler d'une voix spécifique à travers le fonctionnement de l'entreprise, discours de long terme entendu par les marchés s'il est crédible.

(B) *Le pouvoir de l'État dans l'entreprise régulée*

Lorsqu'on passe de la présence au pouvoir, le premier pouvoir est celui de dire "Non" (1), mais il peut arriver qu'exceptionnellement se justifie le pouvoir conféré à l'État de prendre les décisions (2).

1. *La régulation directe de l'entreprise cruciale par le droit de veto*

Le pouvoir de dire "Non" est considérable. En tant que tel, mais aussi parce qu'il ouvre un pouvoir de négociation. Si l'État annonce qu'il va s'opposer à une mesure, alors ceux qui désirent l'adopter vont proposer des aménagements pour faire renoncer l'État à l'exercice de son droit de veto. Ainsi, le droit de veto constitue en réalité un droit de redessiner les projets de décision positive élaborés par les dirigeants.

Le maniement du contrôle des concentrations en est exemplaire et l'on voit que l'Autorité de la concurrence redessine la prise de contrôle, par une négociation dans laquelle elle est la plus puissante. L'Autorité joue alors un rôle politique. Le droit français qui confiait au ministre de l'économie ce pouvoir de contrôle était logique puisqu'il s'agit d'un pouvoir de régulation, mais la loi n. 2008-76 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie l'a transféré à l'Autorité de la concurrence. Cela a permis à celle-ci de se transformer un peu plus en autorité de régulation sur des marchés pourtant ordinaires, alors que les entreprises ordinaires ne devraient pas être directement régulées.

2. *La régulation directe renforcée de l'entreprise cruciale par le droit de décider*

Sans doute, lorsque l'on évoque "l'entreprise régulée", l'on croit à une façon plus moderne d'évoquer "l'entreprise publique".

L'entreprise publique se définit comme l'entreprise dans laquelle l'État peut exercer son pouvoir de décision, car il y a une influence déterminante. Pour mettre en œuvre sa politique économique et sociale, l'État, plutôt que d'ordonner en utilisant son pouvoir normatif, se glisse dans le gant de l'entreprise.

Si, en raison de l'incompréhension par le droit communautaire de l'État-actionnaire, il ne devait rien rester de cette main extraordinaire qu'est l'État, si l'entreprise publique devait ne plus rien poursuivre que son souci de survivre, comme tout être ordinaire, si l'État devait attendre comme tous les autres associés la seule rétribution de son apport, alors l'on ne comprendrait plus pourquoi l'entreprise n'est pas privée plutôt que publique.

A l'inverse, si l'on constate que des entreprises ont en leur pouvoir les intérêts présents et futurs du groupe social dont seul l'État, qui est un être spécifique, peut exprimer la volonté, alors, pour celles-ci, l'État doit décider, et doit décider autrement que ne le ferait un dirigeant ordinaire.

L'entreprise publique mérite d'être soustraite aux mécanismes du marché, lorsqu'elle développe ses activités sur le long terme, pour la population de demain, pour celle qui doit être préservée d'un risque non encore concrétisé en crise et pour celle qui pourra consommer sans payer, trois populations que le marché ne connaît pas.

Mais il ne doit y avoir de prise en main par l'État du pouvoir décisionnaire que si l'entreprise est cruciale, que si le futur du groupe social est en jeu. Par exemple, lorsqu'il y a un choc systémique de marché, lorsqu'il y a une épidémie, lorsqu'il y a un risque très grave pour les personnes faibles, alors l'État doit contrôler, décider, voire construire les entreprises. Il sera probablement moins efficace que l'entreprise privée, oui, mais il songera à autre chose que celle-ci.

Or, en régulation, l'essentiel est dans les fins poursuivies, ici ce à quoi l'entreprise songe. S'il s'agit que les fins deviennent

d'une façon impérieuse d'intérêt public, par exemple parce qu'il s'agit d'énergie nucléaire, l'entreprise doit être publique car l'État décide du futur du groupe social, de la même façon que les hôpitaux doivent demeurer publics, car l'État doit garantir l'accès aux soins pour tous.

Il le fait peut-être moins bien, mais les moyens ne sont pas l'objet direct de la régulation, qui tient tout entière dans les fins, et si l'entreprise privée est très performante à servir les siennes, toutes tournées vers elle-même et ses actionnaires, le souci d'autrui lui demeure étranger.

Certes, les théories d'origine nord-américaine de "responsabilité sociale de l'entreprise" tiennent à créditer l'entreprise privée d'un altruisme venu d'une âme qu'on lui prête, mais l'on explique en quelques lignes, conférences ou tomes plus tard que c'est affaire de notoriété ou d'image ou pour ne "pas désespérer Billancourt". L'entreprise privée, et c'est sa qualité première, ne s'occupe que d'elle-même, c'est le secret simple de sa performance. L'État s'empêtré dans une finalité plus mystérieuse, complexe, coûteuse et hasardeuse: l'intérêt général. Cela peut aller jusqu'à prendre la forme de l'entreprise publique.

L'entreprise publique est alors la fusion entre la régulation et l'entreprise elle-même. C'est pourquoi, un temps, l'on ne vit qu'elle. C'est pourquoi, à une époque où l'on n'admet que la régulation des secteurs et où l'on pose le principe constitutif du non-cumul de la qualité de régulateur et d'opérateur, l'État étant réfugié dans le pouvoir du régulateur, elle semble vouée à disparaître.

Bien au contraire, il faut reconnaître à l'entreprise publique sa place car elle est la façon pour l'État d'aller jusqu'au bout de sa nature profonde et de poursuivre une autre finalité que celle de l'entreprise privée, non plus seulement en supervisant celle-ci, non plus seulement en régulant celle-ci, mais en se substituant à celle-ci, en demeurant lui-même

entreprise, pour satisfaire, avec des moyens qu'il sait moins bien manier qu'elle, un but beaucoup plus haut: l'intérêt de celui qui ne peut pas être consommateur, parce qu'il

n'existe pas encore, parce qu'il n'est pas encore en danger, parce qu'il n'est solvable alors que le bien qu'il convoite est un bien public, bref l'intérêt général.