

III-3.11: La neutralité dans les systèmes de régulation économique

Marie-Anne Frison-Roche, Managing Editor and Director

RESUME

Le colloque annuel de *The Journal of Regulation* a examiné le 17 mars 2011 le thème de *La neutralité dans les systèmes de régulation économique*.

Après un préalable consacré aux définitions de la neutralité et de l'action neutre, fils rouges de toutes les contributions, la première partie du colloque a appréhendé la neutralité dans les secteurs régulés dans ses aspects généraux, comme par exemple la neutralité de la norme ou les rapports entre la neutralité avec les catégories juridiques, les études d'impact ou les techniques procédurales.

La deuxième partie de la manifestation a abordé dans points plus particuliers, à savoir l'interférence entre la neutralité et la globalisation des secteurs régulés, la question de la neutralité des régulateurs et la neutralité du net que certains voudraient voir affirmés comme un principe.

CONTEXT

La première partie du colloque a trait à la problématique générale de la neutralité dans les systèmes de régulation économique. Elle se déroule sous la présidence du professeur Yves Gaudemet, professeur de droit, dont les travaux en droit public de l'économie, plus particulièrement sur les Autorités Administratives Indépendantes, font autorité. Il souligne que la notion de neutralité est peu utilisée en droit, si ce n'est pour désigner le fait d'être extérieur à une situation, par exemple en droit international public, lorsqu'un Etat ne se mêle pas d'un conflit qui en oppose d'autres. Pourtant, la neutralité a vocation à être évoquée de plus en plus, comme l'est désormais la sécurité, parce que les entreprises demandent à l'Etat régulateur d'être neutre, cette exigence s'adressant également à ses juges, qu'ils soient judiciaires ou administratifs, dans le lien opéré entre la neutralité et l'impartialité, principe constitutionnel.

La première intervention a été confiée à un philosophe, le professeur Jean-Michel Roy. Celui-ci a utilisé l'épistémologie pour définir la neutralité et montrer à partir d'un cas particulier d'un litige entre voisins tranché par le juge, qu'il fallait distinguer trois positions possibles, la partie engagée, le spectateur indifférent et le spectateur qui prend partie. Il conclut de son analyse qu'appliquant le schéma aux secteurs régulés, la neutralité supposait de ne pas prendre partie et en cela de demeurer extérieure au système régulé, notamment sans y insérer de valeurs propres à l'observateur.

La perspective prise par le professeur Frison-Roche pour définir « l'action neutre » part de la même idée, puisqu'à première vue, la seule façon d'être neutre est de demeurer extérieur au système, donc inactif, l'action neutre étant alors un oxymore. Mais, elle soutient tout d'abord que l'Etat, en ce qu'il

est porteur des choix du groupe social pour le futur, est en droit de revendiquer une action qui n'est pas neutre sur les secteurs se soustrayant à leur instantanéité et leur imposant notamment de la politique industrielle. En revanche, bien que stratégique, les entreprises ne recherchent qu'à accroître leur profit, cette monomanie dans la finalité de leur action rendant neutre celles-ci. En revanche, elle affirme que les régulateurs comme les juges doivent être neutres dans les secteurs régulés car ils n'ont pas de légitimité politique pour y développer des stratégies à long terme, dont ils auraient eux-mêmes posé les finalités. La difficulté apparaît alors, puisque chacun sait que ni les régulateurs ni les juges ne sont neutres, ce qui suppose que le système « neutralise » leur action, ce qui la rend alors politiquement supportable. Cette neutralisation va s'opérer par un rapport entre l'impartialité, la motivation, l'objectivité et la rationalité discursive, laquelle oblige le décideur à dire pourquoi il a retenu une solution et pourquoi il a écarté d'autres admissibles, méthodologie qui produit de la neutralité. Cette procédure met alors en parangon de l'action devenue neutre le juge et l'on peut alors soutenir que « réguler c'est juger. »

Abordant la problématique générale de la neutralité dans les secteurs économiques régulés, le président Jérôme Haas, président de l'Autorité des Normes Comptables, expose ce qu'il en est du principe de neutralité de la norme, à travers l'exemple de la norme comptable. Il estime que cette norme, mouvante et complexe, issue d'autorités publiques ou d'organismes privés, n'est pas neutre. En effet, non seulement elle infléchit les comportements, voire structure les marchés, mais encore elle peut être conçue pour prendre en considération les stratégies adoptées par les entreprises dans la présentation que celles-ci font d'elles-mêmes. Le normalisateur ne peut ainsi prétendre neutre. L'intervenant se référant notamment à son expérience internationale n'y voit pas pour autant un obstacle ni à la définition de sa mission, ni à sa légitimité. En effet, il propose de revenir à la notion centrale d'intérêt général. Selon lui, le normalisateur comme le régulateur sont en charge de faire prédominer cet intérêt, qui consiste dans la convergence des intérêts de toutes les parties prenantes à la régulation.

Le professeur Laurent Vidal quant à lui expose la façon dont la régulation neutralise les catégories juridiques traditionnelles, aussi bien en droit public qu'en droit privé, ce qui explique en partie la difficulté pour les juristes d'admettre le concept de régulation. Cet effet destructeur, par l'indifférence même que la régulation a du droit, se retrouve à travers la prise en considération directe des phénomènes d'entreprise, de contrôle, d'abus, de concentration, d'accès au réseau, etc. Mais dans le même temps, il montre que le droit est vivifié par la régulation, le droit devenant de plus en plus apte à intégrer l'économie.

Après cet exposé très général, le secteur concret des assurances a permis à Monsieur Philippe Poiget, directeur de la Fédération Française des sociétés d'assurance, d'aborder la façon dont devraient fonctionner les études d'impact dans les secteurs régulés. Il a tout d'abord souligné à quel point les entreprises avaient du mal à suivre la complexité et la fluctuation incessante des règles, le plus handicapant étant le fait pour des entreprises internationales d'être soumises en même temps à des réglementations nationales diverses. Les études d'impact, avant l'adoption des textes, devraient

permettre de rationaliser un art législatif bien malmené en la matière et celles-ci sont très présentes dans l'élaboration du droit communautaire, notamment la préparation de la directive Insolvabilité 2. Mais il demeure que les résultats de ces études devraient être davantage pris en considération pour que le poids des réglementations ne soit pas disproportionné par rapport à leur finalité et pour que la sécurité juridique soit restaurée, l'instabilité règlementaire étant un lourd handicap pour des entreprises nationales.

Thierry Fossier, à l'époque encore président de la Chambre Concurrence et régulation de la Cour d'appel de Paris, quitte alors la question du législateur pour aborder celle du rôle du juge dans les systèmes régulés. Il souligne que le souhait du législateur est celui d'un juge qui intervient peu, pour que seul demeure le règne de la loi, sans doute parfois illusoire. Mais le juge lui-même ne peut demeurer neutre et les opérateurs économiques attendent avant tout du juge qu'il fasse respecter le droit et cela avant les règles de la procédure. En cela, l'attente des entreprises est plus strictement juridique que celle du législateur et sans doute la garde que le juge judiciaire fait de l'article 6.1 de la convention européenne des droits de l'homme convient aux entreprises, car la culture de l'impartialité ainsi imposée par le juge au régulateur est une garantie essentielle. Plus encore, l'enjeu est de créer cette culture d'un droit commun procédural, partagée par les régulateurs et leurs juges de contrôle, qu'ils soient judiciaire ou administratif. L'orateur poursuit son analyse en affirmant que l'essentiel des procédures est dans la méthode probatoire, la loyauté de la preuve devant s'articuler avec l'efficacité, la discussion et le système inquisitoire qui caractérise les enquêtes. Ainsi, le juge en assurant le respect de valeurs fondamentales par le régulateur, loin de neutraliser la régulation grâce à l'effectivité du contrôle juridictionnel, renforce la légitimité du régulateur, pris alors au sérieux par la place de Paris.

La seconde partie du colloque porte sur un ensemble de questions plus particulières. La première a trait à l'interférence entre la globalisation des secteurs régulés et le principe de neutralité. A ce titre, Pierre de Lapasse, magistrat au Ministère de la Justice, montre que les entreprises internationales ont à leur disposition l'outil juridique efficace pour se soustraire aux droits nationaux, à la fois trop politique trop disparate et contrariant leur volonté propre, à savoir les contrats internationaux et en cas de difficulté l'arbitrage international. L'arbitrage international a mis au cœur de sa philosophie le principe de neutralité, en soustrayant les parties à l'influence des droits nationaux même si l'exécution des sentences requiert la force publique étatique. Toute l'évolution du droit de l'arbitrage est allée vers de plus en plus de neutralité par rapport aux systèmes juridiques nationaux, grâce à de nouveaux pouvoirs donnés aux arbitres, soit par la loi soit par la jurisprudence, comme par exemple l'autonomie de la clause compromissoire ou le pouvoir de compétence-compétence. Cependant, par l'arrêt *Inserm*, la Cour de cassation a en France posé que l'ordre public met un coup d'arrêt à cette imperméabilité entre arbitrage international et droit des Etats, ce principe s'appliquant notamment en droit de la concurrence et de la régulation. En effet, lorsqu'il s'agit d'intérêt général, l'Etat et ses juges nationaux prévalent de nouveau pour écarter la neutralité de l'arbitrage et la puissance des volontés des parties. Ce respect de l'intérêt général est apte à renforcer la sécurité juridique des places nationales.

Cette spécificité nationale qui demeure dans les systèmes de régulation, si techniques soient-ils, s'est dégagée de l'exposé d'Eric J. Pan, Associate professor of Law, Cardozo Law School, Academic Fellow, Office of International Affairs, US Securities and Exchange Commission (SEC). Celui-ci expose les conditions dans lesquelles la loi Dodd Frank, par laquelle les Etats-Unis ont tiré les leçons de la crise financière, a mis en place des instruments pour limiter la suivante. Il souligne que dans une façon nouvelle, la loi cherche à protéger les investisseurs en tant qu'ils sont considérés davantage comme des consommateurs d'instruments financiers que comme des spéculateurs dans un espace risqué. Il souligne en outre la nécessité structurelle de contrôle des intermédiaires de marché, soit dans les transactions elles-mêmes soit dans les émissions d'information, notamment les agences de notations. En cela, il reprend comme beaucoup d'orateurs avant lui, l'affirmation comme quoi la régulation n'est pas neutre, qu'elle vise à concrétiser un objectif sur des marchés qu'elle structure et que cette absence de neutralité explique que les réglementations diffèrent entre les pays.

Le président Michel Prada, ancien président de l'Autorité des Marchés Financiers et président du Conseil de normalisation des Comptes Publics, reprend le même constat tout en soulignant que des impératifs sont communs, notamment celui de la stabilité financière qui, en raison de l'effet domino, est nécessairement commun aux différents systèmes économiques. Il y a donc une difficulté résultant du fait que les réglementations ne sont pas neutres et qu'il faut néanmoins faire en sorte qu'adviennent des normes et des réglementations si ce n'est communes, à tout le moins compatibles. Pour cela, l'orateur souligne que des mécanismes institutionnels affinés, même si l'informel y a beaucoup de place, ont permis aussi bien aux Etats, qu'aux Régulateurs et aux agents économiques eux-mêmes d'être en permanence en contact les uns avec les autres, l'essentiel étant d'admettre, au moins en Europe, ou dans le bloc occidental, l'idée d'une règle commune de comportement. Le Pacte européen de stabilité financière, par ses implications budgétaires sur les Etats, y favorise.

Le colloque a continué par une Table-Ronde au cours de laquelle les présidents de la seconde partie de la manifestation, les professeurs Laurent Benzoni et Marie-Anne Frison-Roche, ont demandé à chaque intervenant, quelle place selon lui prend la neutralité dans l'exercice de la fonction du régulateur et si elle en prend une, le régulateur a-t-il les moyens pour la satisfaire.

Joëlle Tolédano, membre du collège de l'Autorité de régulation des Communications électroniques et des postes, affirme quant à elle que l'ARCEP est, dans l'application stricte des textes, en charge de la neutralité des réseaux, formulation première sur laquelle se greffera ultérieurement la question de la neutralité d'Internet à propos de laquelle la régulation a émis en 2010 dix recommandations. Mais hors de ces cas précis, la question de la neutralité du régulateur ne se pose guère, car son action a un impact fort sur les marchés et sur les acteurs. C'est en termes d'impartialité que l'action du régulateur doit être mesurée et de cela le régulateur a les moyens. Jean-François Vilotte, président de l'Autorité de régulation des Jeux en ligne, reprend ce qui a conduit le législateur français, en avance sur d'autres, à créer un régulateur. L'idée est non pas tant de libéraliser le secteur des jeux mais d'accompagner une ouverture acquise, du fait de l'Internet, en assurant une régulation que le marché n'aurait pas spontanément opérée, entre le dynamisme concurrentiel et la protection de l'ordre public. C'est en cela que l'ARJEL est une autorité de régulation. Elle ne peut être neutre dans sa finalité, en ce que celle-ci est d'ordre public. Elle est neutre en ce que cette finalité lui fût posée par le législateur. Lors du débat de la table-ronde, Jean-François Vilotte, reprenant plus particulièrement les moyens budgétaires de la neutralité, affirma que selon lui avoir un budget rattaché au budget général de l'Etat n'est pas une menace pour l'indépendance du régulateur et, le

soustrayant aux risques de capture que comportent d'autres types de financement, par exemple ceux s'appuyant sur le secteur même, cela permet au contraire à des autorités qui appartiennent à la sphère publique et agissent au nom de l'Etat de demeurer neutre dans leur façon d'agir, d'être impartial. Le Président Jérôme Haas, président de l'Autorité des Normes Comptables, reprend plus particulièrement cette question des moyens financiers du régulateur, nerf de la guerre de l'indépendance et donc de l'impartialité. S'appuyant sur l'exemple du marché financier, il montre que la question des moyens budgétaires est première et que si l'attribution des budgets est une face déterminante, l'usage qui en est fait est déterminant. Or, les régulateurs ont une grande liberté en la matière, le fait qu'*ex post* on leur demande de justifier qu'ils les ont utilisés pour l'intérêt général ne posant pas problème. Ainsi, l'application de la LOLF aux régulateurs n'est pas par nature une atteinte à leur indépendance et leur neutralité par rapport aux entreprises publiques du secteur, affectées par leurs actions. Maître Edouard de Lamaze, avocat à la Cour et Conseiller au Comité Economique et Social Européen, examine la question sous l'angle européen. Il souligne que si l'indépendance, par sa dimension structurelle, est relativement facile à contrôler par les personnes extérieures et assujetties, notamment les entreprises, la neutralité des régulateurs est plus difficile à contrôler. C'est principalement à travers des règles mécaniques, comme l'interdiction d'être à la fois régulateur et opérateur, ou institutionnelles, comme la distinction des fonctions d'instruction et de jugement à l'intérieur des autorités de régulation, que la neutralité est contrôlée. Mais cela ne suffit pas toujours. Ainsi, le contrôle de concentration étant un exercice plein de régulation, on constate à regret que seules les considérations concurrentielles sont prises en considérations, au détriment des aspects sociaux. Si l'on s'interroge sur les moyens, certes, l'Europe vient de mettre en place des autorités de supervision bancaire et financière mais l'on s'interroge sur leurs moyens, comme si pour être neutre par rapport à l'activité économique, il fallait que les régulateurs cessent d'être actifs. Enfin, la question de la neutralité n'a pas encore été vidée concernant les agences de notation, puisque leur régulation ne fait que commencer. Maître David Dickinson, Attorney Advisor, Office of Transportation and Air Quality, United States Environmental Protection Agency, Lawyer – California State Bar, aborde les mêmes questions du point de vue des Etats-Unis et concernant plus particulièrement celui du régulateur environnemental (EPA). Il montre que les régulateurs sont en permanence confrontés à l'industrie, qui est directement affectée par les normes adoptées, ici concernant les émissions de gaz à effet de serre qui influent sur l'industrie automobile nationale. Le normalisateur est également confronté dans un exercice qui n'est donc pas neutre à un pouvoir politique qui peut avoir des desseins différents ou tout simplement diversifiés. Ainsi, l'opérateur expose que le Clean Air Act avait confié à l'agence le seul souci de la qualité de l'air, mais cette unicité de but n'est pas partagée par les autres parties prenantes de la régulation, non seulement les entreprises, qui doivent certes se soumettre, mais encore le politique, qui peut lui contrer le régulateur. A travers la technicité extrême des normes et des règles, c'est donc un jeu de pouvoirs et d'influences, qui s'exerce en permanence, dans lequel la neutralité n'a que peu de place.

Le colloque s'achève par un « focus autour du principe de la neutralité du Net ». Le professeur Dominique Roux, professeur d'économie à l'université de Paris-Dauphine, directeur du master Gestion des télécommunications et des nouveaux médias, fait un état des réflexions économiques concernant ce qui est présenté parfois comme un principe. Il souligne qu'il ne s'agit guère de principe juridique et que la bataille n'est pas autour du droit ou de ce qui serait un droit fondamental mais bien un enjeu économique majeur des années qui viennent. Il montre en effet que les investissements sont considérables pour les entreprises qui construisent et entretiennent les bandes passantes. A cela, s'agrègent des opérateurs qui offrent des services et notamment des systèmes qui permettent à l'utilisateur d'aller à des sites. Ceux-ci contiennent l'information. L'accès à l'information pose donc la question de la façon dont l'internaute va accéder ou pas à cette information plutôt qu'à une autre, ce qui ouvre la question des droits et des devoirs des moteurs de recherche, et la question du droit ou pas pour ceux qui offrent des services de bandes passantes de faire varier les prix suivant

la rapidité d'accès et la hiérarchie des sites auquel l'internaute accède, tandis que les entreprises en dur sont capturées par un système qu'elles ne maîtrisent plus, notamment dans les mécanismes de promotion et de vente. Les enjeux d'investissement et de construction futurs de l'Internet dépendent de la façon dont on va répondre à ces questions. Si l'on invente, par le droit, un principe de neutralité du Net, impliquant soit l'interdiction de faire payer la construction par les agents économiques cette construction interne du réseau, soit même l'obligation de le construire de façon à ce que tout internaute puisse accéder à tout instant à toute information sans aiguillage possible, l'économie du Net devient problématique.

La manifestation s'achève par la démonstration du professeur Michel Riguidel, professeur émérite à Telecom ParisTech. Celui-ci estime que la neutralité du Net, même que l'on en parle désormais sans cesse, n'est pas une question centrale. En effet, selon lui, l'essentiel est dans le fait que les progrès technologiques permettent aujourd'hui de stocker des données dans des conditions, notamment par le *cloud computing* et dans une ampleur inconnues jusqu'ici. Contrairement au net, dans lequel tout est fluide, ces amas de données sont immobiles, et inaccessibles pour les personnes à propos desquelles les données sensibles ont été captées. Ce sujet essentiel laisse pour l'instant indifférent, la neutralité du net, sujet mineur, captant toute l'attention.

Marie-Anne Frison-Roche remercie l'ensemble des orateurs et signale que les prochaines manifestations publiques de *The Journal of Regulation* vont être des échos à des préoccupations qui se sont exprimées lors du présent colloque, puisque par exemple la question de la stabilité financière va être examinée lors du colloque du 20 mai 2011 sur l'avenir de la régulation de l'audit et que l'équipe du *Journal* travaille à un colloque pour décembre 2011 sur le thème à l'instant évoqué *Données personnelles et globalisation : régulation et protection des intérêts*