

## CHAPITRE 16

### **Les entreprises « cruciales » et leur régulation<sup>1</sup>**

L'expression même d'« entreprise régulée » peut apparaître comme un contresens : on ne régule qu'un espace qui le requiert en raison de ses défaillances structurelles et non pas une entreprise qui développe ses activités sur celui-ci. Par principe, une entreprise se gouverne et se développe sans que l'État s'en mêle. Il demeure à l'extérieur de l'entreprise.

Mais à la réflexion, il faut parfois « réguler l'entreprise », situation exceptionnelle dans laquelle l'État pénètre dans l'entreprise. Cela est impératif lorsqu'une entreprise absorbe l'espace tout entier, parce qu'elle est monopolistique ou parce qu'elle a pour projet de devenir le cœur d'un espace crucial. C'est le projet de Google, qui se présente comme le futur cerveau mondial. D'une façon plus générale, il faut définir les entreprises « cruciales », d'une façon négative (l'entreprise dont la défaillance fait s'effondrer le secteur) et d'une façon positive (l'entreprise dont l'activité fait évoluer le secteur pour le bien public, notamment futur).

Dans de telles conditions de crucialité, la neutralisation par le droit de la concurrence du gouvernement de l'entreprise ne devant être guidé que par le profit doit cesser. Cette régulation des

---

1. Une version plus longue, bilingue et assortie des références techniques est disponible à l'adresse suivante : <http://mafr.fr/fr/article/8-reguler-les-entreprises-cruciales/>

entreprises cruciales doit alors prendre la forme d'une présence de la puissance publique et du Politique à l'intérieur de l'entreprise elle-même, afin que l'État interfère dans les décisions dont le groupe social subit les conséquences, le titulaire des droits de propriété sur l'entreprise étant indifférent. Cette interférence peut prendre la forme d'une prise de parole ou d'une prise de décision par l'État.

Pour revenir au départ, l'expression d'« entreprise régulée » est donc à première vue soit un contresens, soit une ellipse.

En effet et à la base, l'on doit distinguer la personne et l'espace dans lequel elle déploie son action, dans lequel elle exerce sa liberté d'agir, dans lequel elle développe son activité. Ainsi, un agent se déploie dans l'espace économique qu'est le marché. Cette activité déclenche en droit de la concurrence la qualification d'« entreprise ».

De cette façon, le droit de la concurrence neutralise l'agent en lui-même, puisque celui-ci n'est appréhendé que par son activité. Relayant en cela l'affirmation de la théorie économique selon laquelle pour le marché, l'entreprise est une « boîte noire », le droit de la concurrence n'appréhende que les activités et ne donne de pertinence qu'aux comportements des agents, déniaut à la qualité des agents toute pertinence juridique.

Ceux-ci s'en plaignent d'ailleurs, notamment les États, puisque selon la règle principielle de la neutralité du capital, le fait que l'entreprise soit contrôlée par l'État ou soit une « entreprise publique » est un élément radicalement indifférent. Seul a pertinence son comportement.

Ainsi, ce qui se passe à l'intérieur de l'entreprise, la façon dont les décisions sont prises, la manière dont tel ou tel intérêt pourrait être préservé ou promu, le droit de la régulation ne s'en occupe pas plus que le droit de la concurrence ne le fait.

En effet, le droit de la concurrence intervient en cas de comportements anticoncurrentiels ayant abîmé le libre fonctionnement du marché (entente et abus de position dominante).

Le droit de la régulation intervient quant à lui dans trois hypothèses qui ne sont pas de même nature. La première est celle de la

transition d'un système monopolistique vers un système concurrentiel. La régulation est alors la voie de la concurrence. La seconde est celle des marchés structurellement défaillants, par exemple les monopoles naturels que sont les industries de réseaux ou les marchés frappés d'asymétrie d'information et de risques systémiques, comme la banque et la finance. La troisième est celle dans laquelle le Politique impose une règle a-économique, comme l'accès de tous à un bien, par exemple la santé ou la culture, parce que le pacte social fondamental le requiert. Le droit de la concurrence admet plus difficilement cette troisième sorte de régulation, de nature plus politique.

Tout cela est très discuté et fait l'objet de dispositions techniques fines. Mais c'est toujours le secteur qui est régulé, pas les entreprises dans lesquelles la puissance publique ne pénètre pas même si elle les contraint par des règles qui régissent leurs comportements.

Ainsi, lorsqu'on parle d'« entreprise régulée », au mieux l'on procède à une ellipse en visant l'« entreprise dont le comportement est régulé », notamment parce qu'au lieu d'avoir pour seule fin de réaliser des profits, l'entreprise a pour fonction de concrétiser un « service d'intérêt économique général », ce qui justifie que l'État lui attribue des avantages, comme des subventions.

Pourtant, il est bien des cas dans lesquels le droit regarde en transparence de certaines entreprises, en contrôlant la qualité des fonds propres, en contrôlant la fiabilité de ses dirigeants, en approuvant les changements de contrôle. Mais c'est précisément tout autre chose que la régulation. Il s'agit en effet du phénomène technique de la supervision.

Ainsi, en matière bancaire et financière, les établissements sont supervisés, tandis que leur comportement sur le secteur financier est régulé. Ils sont donc soumis à deux autorités distinctes. Pour prendre l'exemple de la France, ce sera l'*Autorité des Marchés Financiers* (A.M.F.) qui régulera leur comportement lorsqu'ils seront acteurs sur les marchés financiers, tandis que c'est l'*Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution* (A.C.P.R.), qui les supervisera, en regardant en transparence leur fonctionnement interne et leur solidité.

Ainsi, dans le monde simplement concurrentiel, il n'y a ni régulation ni supervision. Puis, l'on constate dans un second temps que certains secteurs justifient une régulation qui, en organisant la structure de ses secteurs, affecte le comportement des agents, sans que les règles ne pénètrent à l'intérieur de ceux-ci. Enfin, et par ailleurs, des circonstances justifient que, par exception, des entreprises deviennent transparentes, l'autorité publique y pénétrant pour mieux les superviser. C'est d'une façon exemplaire le cas des banques, l'État devant s'assurer dès le départ et en permanence de leur solidité car, étant le garant en dernier ressort, il pourra devoir les refinancer en puisant dans les capacités financières de chacun, à travers une recapitalisation sur fonds publics.

Pourtant, les crises se succédant, il faut concevoir aujourd'hui la régulation de certaines entreprises. Non pas parce que celles-ci appartiendraient à l'État, la Cour de justice récusant la notion de l'« État-actionnaire », mais parce qu'en fait et en droit il arrive qu'il soit adéquat qu'une entreprise soit directement régulée.

Il convient donc tout d'abord de répertorier les cas dans lesquels il est adéquat de concevoir la régulation par l'État d'une entreprise (I) avant d'examiner les modes de régulation par l'État d'une telle entreprise (II).

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

L'État doit pouvoir prétendre réguler directement une entreprise lorsque celle-ci occupe tout l'espace (1). Cela est un impératif que l'entreprise le fasse actuellement, sous forme de monopole, ou en ait le projet (2).

#### **1. La nécessité de réguler l'entreprise qui occupe tout l'espace**

Cette limite est tautologique : c'est lorsque l'entreprise absorbe le secteur lui-même. Dans un tel cas, lorsqu'un opérateur « tient dans sa main » le secteur, alors pour réguler le secteur il faut réguler

l'entreprise elle-même, car elle est le secteur lui-même. Cela correspond à deux hypothèses : celle de l'entreprise monopolistique et celle de l'entreprise dont le projet est de s'emparer d'un secteur crucial pour le groupe social.

### *L'entreprise monopolistique*

La France se souvient de ces grands monopoles d'État, que furent notamment E.D.F. ou la S.N.C.F. Objets d'une tutelle du Gouvernement, la supervision et la régulation ne se distinguaient pas, l'État pouvant structurer le secteur en gouvernant l'entreprise, celle-ci étant transparente au secteur. Ainsi, ces entreprises étaient bien « régulées » par l'État.

Il ne s'agit pas que de chercher à trouver les termes exacts, par une sortie de préciosité juridique. En effet, le droit de la régulation est beaucoup plus puissant que le droit de la supervision et l'État a gouverné directement ces entreprises, en prenant les décisions fondamentales, par exemple en matière énergétique, régulant le secteur par le gouvernement de l'entreprise E.D.F.

Le schéma demeure pertinent à propos des monopoles économiquement naturels. 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, même si ces réseaux ne sont pas des secteurs au sens strict, ils forment des espaces que remplit en elle-même l'entreprise qui détient la puissance de gérer cet espace crucial constitué par la facilité essentielle. Le droit de la régulation prévoit des exigences sur le gouvernement de l'entreprise en charge de la gestion de l'infrastructure. On peut citer R.T.E. (Réseau de Transport d'Électricité) pour le transport de l'électricité ou A.D.P. (Aéroports de Paris) pour les aéroports, qui sont ainsi directement régulés.

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

Des espaces mettent en jeu des questions essentielles, tandis que des entreprises ont pour projet de les conquérir d'une façon monopolistique ou, s'il y a alliance, sur un mode oligopolistique.

La première hypothèse est celle dans laquelle la conquête s'opère par l'acquisition d'une autre entreprise, par une prise de contrôle. Le contrôle des concentrations, qui est une part entière du droit de la régulation, peut alors intervenir pour éventuellement poser des conditions, redessiner, voire s'opposer à l'établissement d'un empire qui contreviendrait à un impératif d'intérêt économique général. Mais le contrôle des concentrations ne régule les entreprises que dans « l'instant » de la prise de contrôle et ne peut équivaloir à une régulation de celles-ci, cette régulation supposant une intervention plus permanente de l'entreprise.

Plus encore, une entreprise mérite l'attention car elle a d'ores et déjà formulé clairement son projet : *Google*. Certes, *Google* n'est pas la seule entreprise qui transforme les personnes en data, Facebook intégrant cette transformation dans son *business plan*. Mais *Google* a pour objet social de transformer les êtres humains en données additionnées, manipulables et prédictives, l'entreprise fonctionnant comme un « cerveau ».

Pour ce faire, *Google* propose gratuitement à chacun des outils merveilleux, qui permettent à tous de trouver des informations sans rien payer. Qui n'a pas recours à ce moteur de recherches ? « En échange de rien ». L'expression est fallacieuse. Le droit, dans sa sagesse, posait qu'en droit commercial, la gratuité est interdite, car il n'est pas possible qu'un agent économique offre un service pour l'élaboration duquel il dépense lui-même des fortunes en programmation, en échange de rien.

*Google*, en contrepartie, reçoit des données, éventuellement personnelles, éventuellement sensibles. Par les mathématiques, la construction des méta-données va permettre à *Google*, sur le constat d'une économie pure de l'information, d'anticiper le futur des individus par la mise à disposition d'informations prédictives, sur notre

santé future, sur nos performances scolaires futures, sur notre comportement délinquant futur, sur notre conjoint et nos enfants futurs, etc. L'entreprise ne s'en cache pas. Elle pourra vendre notre futur et les acheteurs se pressent déjà, assureurs, banquiers, mais aussi services de renseignements ou États.

Veut-on d'un système économique dans lequel une entreprise aura le monopole de la connaissance du futur des personnes, information qu'elle vendra à un prix qu'elle fixera ? Si on ne le veut pas, il faut que la puissance publique pénètre dans l'entreprise pour faire entendre sa voix, c'est-à-dire la régule, du seul fait qu'elle exprime le souci du futur du groupe social. C'est sans doute la *ratio decidendi* de l'arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, *Google*, inventant un « droit à l'oubli » qui permet à la personne de pénétrer dans l'entreprise pour récupérer l'information.

## 2. La nécessité principielle de réguler l'entreprise cruciale

Il n'est pas question que l'État pénètre dans toutes les entreprises. Il faut cerner celles dans lesquelles par exception il peut pénétrer parce qu'il le doit. Il s'agit des entreprises cruciales, dont on connaît bien des exemples et dont il faut préciser la définition.

### *Les entreprises cruciales déjà repérées*

Le droit attache un régime particulièrement à des « entreprises négativement cruciales ». Depuis toujours, les banques et les établissements financiers sont des entreprises cruciales, en tant qu'ils sont « systémiques ». En effet, leur faillite particulière entraîne la faillite des autres établissements, puis la déconfiture du système financier dans son entier, lequel fait s'écrouler l'économie. Dès lors, les banques sont non seulement supervisées mais elles sont encore régulées, notamment à travers l'Union bancaire établie depuis 2010. En outre, les normes comptables, décisives pour elles, relèvent de ce qu'il convient d'appeler désormais la « régulation prudentielle », la régulation pénétrant par la comptabilité la gestion de l'entreprise. Le droit attache également des règles spécifiques aux entreprises

« positivement cruciales », celles dont la présence est requise pour que l'espace « fonctionne comme il convient qu'il fonctionne ». Cette définition tautologique renvoie aux trois hypothèses de régulation décrites en introduction.

*La catégorie abstraite des entreprises cruciales devant être directement régulées*

Si l'on parvient à formuler une définition, alors s'établit une catégorie à laquelle l'on peut attacher un régime juridique qui s'applique à toute réalité juridique entrant dans cette catégorie.

L'on peut dire qu'une entreprise est « cruciale » dans un sens négatif et dans un sens positif. Dans un sens négatif, une entreprise est cruciale si sa disparition cause un choc sur le secteur qui met en péril le secteur lui-même. Dans un sens positif, une entreprise est cruciale si le bon fonctionnement du secteur dépend de la présence, du bon fonctionnement et du bon comportement de l'entreprise.

L'on mesure que 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. En effet, une entreprise cruciale doit pouvoir être gouvernée par l'État, mais il faut ici distinguer : lorsqu'elle n'est « que » négativement cruciale, la prise en charge par l'État du Gouvernement de l'entreprise ne durera que le temps que le risque systémique s'éloigne de sa tête (exemple de la crise financière), tandis que lorsque l'entreprise est positivement cruciale, la présence de l'État dans l'entreprise est pérenne car il s'agit de réaliser un projet politique à long terme (par exemple, la préservation du lien social par les moyens de transport ou bien l'accès à la connaissance et le lien avec sa propre civilisation dans le monde 2.0).

Cette présence permanente de l'État lorsque l'entreprise est positivement cruciale correspond en outre à une définition plus floue et plus politique de la crucialité. Elle n'en est pas moins plus forte. On trouve un écho de cette double définition en droit positif. Ainsi, les juges européens ont admis le système des *golden shares* au bénéfice de l'État dans les entreprises énergétiques. En ce qui concerne les



banques, l'adoption en France et en Europe du mécanisme de résolution bancaire est également la reconnaissance d'une régulation publique des entreprises cruciales. L'enjeu politique de l'Europe est de savoir si au-delà de ces exemples nous sommes aptes à généraliser cette notion et ce régime, ou non.

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

Au-delà de la supervision, l'État doit parfois être présent dans l'entreprise (1), parfois même devenir entrepreneur (2).

### 1. La présence de l'État dans l'entreprise cruciale à réguler

Prenons une entreprise cruciale : celle qui invente et gère tous les noms de domaine.

Internet constitue le Nouveau Monde. Le nom de domaine y est à la fois notre porte d'entrée, notre maison, notre abri, notre accueil, notre boîte aux lettres. Ainsi, le choix de l'alphabet est déjà un choix politique, l'alphabet romain barrant longtemps la route à l'arabe, au chinois ou au cyrillique. Or, l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*) est une association de droit privé, dont le siège est en Californie. Pourtant, c'est une entreprise cruciale. Arguant qu'elle n'était pas à craindre puisque son but n'est pas le profit, comme si la gratuité n'était pas la chose la plus nuisible dans un monde où tout est à vendre, les États s'étaient endormis. Désormais alertés sur la situation de monopole, l'Europe puis le gouvernement américain, lassés du discours de l'autorégulation, exigent aujourd'hui un régulateur public international en la matière.

Dans une conception moins radicale, l'État pénètre dans l'entreprise, en prenant place dans l'organigramme sociétaire.

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

L'État doit être représenté dans les organes sociétaires d'une entreprise cruciale, quand bien même il n'y exercerait pas le pouvoir qu'engendre le droit de propriété sur les titres sociaux.

Pour cela, il faut redonner ses titres à la notion de « commissaire du Gouvernement ». En effet et à juste titre, cette appellation a été abandonnée pour désigner celui qui, auprès des juridictions, se présente pour rappeler l'état du dossier à juger et exprimer le point du droit.

À l'inverse, est un véritable « commissaire du Gouvernement » celui qui a pour fonction d'exprimer le sens de la politique gouvernementale, laquelle peut être impactée par les décisions de l'entreprise cruciale. Il faut alors que, par ce *missi dominici*, le Gouvernement demande à ce que sa politique gouvernementale soit prise en considération par les mandataires sociaux. Si une entreprise est cruciale, par exemple parce qu'elle développe le réseau de transport qui permet à la population de conserver des liens, ou si elle permet aux soins de demeurer accessible ou à la santé publique de s'améliorer 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 recherches, la bio-économie ne pouvant par exemple pas se développer sans que l'État ne dise rien, ni qu'il reste à l'extérieur, n'arrivant qu'en *Ex Post* pour interdire par exemple des résultats techniques issues de recherches contraires à l'éthique.

Le premier enjeu est de déterminer l'organe sociétaire le plus adéquat pour accueillir le représentant d'un État non nécessairement actionnaire. En effet, 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'observatoire pour d'une part percevoir les informations qui lui permettront de mieux concevoir sa propre politique économique et d'autre part qu'un droit d'exprimer lors des réunions son opinion propre en tant qu'il est l'État, sa présence est au sein du Conseil

d'administration, en tant qu'il poursuit un objectif qui n'est pas celui de l'entreprise, laquelle doit rechercher son développement.

Dans une structure dualiste, si la régulation de l'entreprise se limite à cette seule « présence » de l'État, celui-ci doit être logé non pas dans le directoire, lequel est l'organe de décision, mais dans le conseil de surveillance. En effet, via le Conseil de surveillance, l'État va surveiller ceux qui gèrent, il va exprimer ce souci très spécifique, difficilement compréhensible et qu'il porte, lui et pas d'autres, le souci du futur du groupe social. En cela, la présidence par Louis Gallois du conseil de surveillance de PSA (Peugeot Société Anonyme) est exemplaire, l'État exprimant à travers lui sa conception d'une politique industrielle dans le secteur de l'automobile.

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

L'État doit « dire son mot », non nécessairement bloquer ou décider, mais au moins « 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, tel que par exemple Chaïm Perelman l'a développé, le fait pour l'État d'exposer ses arguments oblige les cercles concentriques des auditoires à y répondre. Le premier cercle est celui de ceux qui dirigent, 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 nœud de ceux qui apportent leur force et sont « parties prenantes », 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 (les *skateholders*), 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. Dans un monde de la communication, de « l'agir communicationnel », des médias et des effets d'annonce, la rhétorique peut être cette logique que l'on dit faible (*baby logic*), par laquelle l'État peut réguler une entreprise

cruciale, en intervenant lors des changements structurels, par exemple des prises de contrôles, des cessions, etc.

Mais il peut arriver que connaître, observer, faire observer, dire, proposer, protester, dialoguer, ne suffise pas. Dans certains cas, la « présence » de l'État dans l'entreprise cruciale doit alors se transformer en « pouvoir ». Passer de ce premier type de pouvoir, faible, en un pouvoir fort, qui consiste à pouvoir dire « oui » ou « non ».

## 2. Le pouvoir de l'État dans l'entreprise régulée

Il peut s'agir du pouvoir négatif de dire « non », voire le pouvoir, plus dangereux encore et dont il fut souvent fait un usage malhabile et dispendieux, de dire « oui » (2).

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

Le premier pouvoir est celui de s'opposer efficacement, c'est-à-dire non plus d'avoir le droit d'essayer de convaincre, mais de s'opposer à une mesure acceptée par ailleurs, en disposant d'un droit de veto.

C'est un pouvoir considérable, d'autant plus que, comme tout pouvoir de nuisance, il peut être « acheté » par l'entreprise qui craint d'en être la « victime ». En effet, si l'État dispose du droit de s'opposer à une décision, en raison de sa contrariété à l'intérêt général, alors que l'entreprise y voit la satisfaction de l'intérêt social, les deux ayant donc raison dans leurs perspectives respectives, l'entreprise va négocier le renoncement de l'État à l'exercice de son droit de veto en infléchissant son propre projet. Ainsi, le pouvoir négatif de l'État se transforme en un pouvoir positif.

Certes, le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 27 mars 2014 *relative à la loi visant à reconquérir l'économie réelle*, a interdit à la puissance publique de porter une atteinte directe à la propriété privée en bridant le choix des repreneurs dans le cadre des procédures collectives, mais la puissance publique dispose de l'arme directe du contrôle des concentrations, dès l'instant que la décision en cause en relève. Le pouvoir de l'Autorité de la concurrence de

refuser permet à celle-ci de négocier, par les engagements, les éléments de la décision, y compris dans sa portée sociale.

La régulation de l'entreprise cruciale est alors directe, notamment lorsque l'Autorité nomme un tiers de confiance qui va pendant plusieurs années s'installer dans l'entreprise même, pour suivre la réalisation des multiples engagements et comportements dessinés par l'Autorité de la concurrence.

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

Sans doute la présente étude aurait-elle pu porter presque en totalité sur « l'entreprise publique ». On s'aperçoit au contraire qu'elle pourrait presque s'en dispenser. En effet, l'État doit pouvoir être présent sans être propriétaire et sans qu'il s'agisse d'une « entreprise publique », dès l'instant que l'entreprise est « cruciale ».

Certes, c'est à l'entreprise publique que l'on pense lorsqu'on évoque « l'entreprise régulée », comme si « l'entreprise régulée », c'était une façon plus modeste et plus européo-compatible de désigner celle-ci, pendant du tryptique « service public – service universel – service d'intérêt économique général ».

L'entreprise publique se définit comme celle dans laquelle l'État peut exercer son pouvoir de décision. Ainsi, ce que l'État décide l'entreprise l'exécute. L'État plutôt que d'ordonner, en utilisant son pouvoir normatif, prend la forme de l'opérateur, se glisse dans le gant de l'entreprise.

Cela n'est pas à exclure, mais cela n'est pas absolument requis, dès l'instant que l'on veut bien admettre les propos précédents, à savoir la légitime présence de l'État d'une façon pérenne dans les entreprises cruciales (et dans elles seules), sans que ces entreprises soient publiques ni qu'elles soient la propriété de l'État.

En effet, si l'on pense qu'il existe un groupe social dont l'intérêt doit être défendu maintenant et dans le futur, que seul l'État, qui est un être spécifique, peut l'exprimer, alors, pour certaines entreprises cruciales, l'État doit être présent dans l'entreprise, et faire entendre

un discours qui n'est pas celui de « l'investisseur ordinaire ». Même si l'État gagne à observer l'efficacité de la gestion privée, comme le montre la LOLF (loi organique relative aux lois de finance), il est dénaturé par des normes qui le considèrent comme une entité ordinaire et à ce titre le soumettent par exemple à des normes comptables conçues pour des acteurs de marchés.

L'État ne doit pas se dissoudre dans les mécanismes du marché, puisqu'il développe ses activités sur le long terme, dans le souci de la population de demain, celle qui doit être préservée d'un risque non encore advenu ou qui doit pouvoir consommer sans payer le prix du marché.

Ainsi, 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, doit décider, voire doit construire les entreprises. Il sera sans doute moins efficace que l'entreprise privée, oui, mais il songera à autre chose qu'elle.

Or, en régulation, l'essentiel est dans les fins poursuivies. La régulation n'est pas dans les moyens, elle est dans le contrôle des fins. 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, alors l'entreprise doit être régulée car l'État décide du futur du groupe social. De la même façon, les hôpitaux doivent demeurer publics, car l'État doit garantir l'accès aux soins pour tous.

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

Certes, les théories d'origine nord-américaine de « responsabilité sociale de l'entreprise » tiennent à accréditer l'entreprise privée d'un altruisme venu d'une âme qu'on lui prête, comme l'on explique, quelques lignes, conférences ou tomes d'ouvrages plus tard que c'est affaire de notoriété ou d'image ou pour ne « pas désespérer Billancourt ». Mais 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'empêtre 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, dans 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 et l'on voudrait, passant d'un extrême à l'autre, que l'État ne se mêle plus de rien dans l'économie de marché.

C'est très excessif. Lorsque l'entreprise est ordinaire, l'État n'a pas à y pénétrer. Même s'il est propriétaire de titres de capital, il doit s'y comporter comme un investisseur ordinaire. Mais si l'entreprise est cruciale, alors il doit apparaître comme ce qu'il est : l'État. Il doit revendiquer un but qui lui est propre : la défense de l'intérêt de celui qui ne peut pas être consommateur, car 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 la défense de l'intérêt général.

Marie-Anne Frison-Roche