

**UNIVERSITE PARIS II PANTHEON-ASSAS**

Ecole de droit d'Assas

Master 1 intégré droit comparé droit anglais

Mémoire

Les instruments juridiques de l'influence de l'Etat sur la  
gouvernance des grandes entreprises en France et au  
Royaume-Uni

Erwann Laperdrix

Sous la direction du professeur Stéphane Braconnier

Année 2011-2012

## SOMMAIRE

### SECTION I. Un modèle théorique de l'Etat intervenant en difficulté

PARAGRAPHE A. Un contrôle souple de la gouvernance des entreprises : l'influence du libéralisme exacerbé.

1. *Un équilibre entre protection des intérêts étatiques et mise en valeur des entreprises nationales.*
2. *Le recours aux entreprises publiques contesté : l'intervention directe dans l'économie remise en cause.*

PARAGRAPHE B. La priorité donnée à la régulation souple : favoriser le marché

1. *Les raisons d'une intervention indirecte de l'Etat dans l'économie.*
2. *Les mécanismes de régulation*

### SECTION II. La volonté d'une influence étatique sur les grandes entreprises renforcée par la crise.

PARAGRAPHE A. Un modèle évolutif de l'influence sur la gouvernance : la nécessité du contrôle étatique

1. *« State is back »*
2. *La prise de conscience des entreprises de leur place particulière dans la société.*

PARAGRAPHE B. L'ajustement du contrôle de l'Etat sur les grandes entreprises.

1. *Les moyens actuels du contrôle*
2. *Vers une nouvelle façon d'intervenir ?*

## INTRODUCTION

---

« A quoi sert un pouvoir central au XXI<sup>e</sup> siècle ? D'après les militants anti-étatistes, à peu de choses, si ce n'est assurer la sécurité nationale et à conclure des accords commerciaux. Pour le reste, on estime essentiellement qu'il entrave la liberté des marchés et impose des taxes inutiles »<sup>1</sup>. Si l'ancien président des Etats-Unis Bill Clinton s'empresse d'expliquer en quoi cette vision de l'Etat est archaïque c'est avant tout dans le but de relancer l'économie. Pour lui une économie forte passe par un renouvellement de la fonction et parle d'un « Etat inventif ». Il est typique d'apprécier même au pays du libéralisme à tout-va que la crise des subprimes a laissé des traces vives sur les acteurs politiques. En effet la solution dépréciée par le passé d'un Etat ayant des ressorts pour contrôler les partenaires économiques revient ainsi au premier plan.

Entre la fin du Moyen Âge et la Révolution française, la genèse du concept moderne d'État accompagne la naissance d'une entité politique nouvelle. L'État, en tant que communauté politique rassemblant des gouvernés sous une même autorité, existe certes depuis l'Antiquité. Néanmoins, l'État moderne est qualitativement différent des formes politiques qui l'ont précédé. Il exprime l'aspiration à un pouvoir rationnel, organisé, dans un cadre géographique limité par l'existence d'autres États de même nature à ses frontières. En même temps, il est à lui-même sa propre finalité : il est beaucoup moins tributaire d'une légitimation religieuse. Ce qui est essentiel aux yeux des théoriciens et des dirigeants de cet État, c'est sa capacité à faire régner l'ordre sur son territoire, à garantir à ses ressortissants une sécurité minimale pour leur personne et leurs biens, à assurer enfin dans l'ordre international sa souveraineté et sa puissance à l'encontre des ambitions des autres États<sup>2</sup>. Dans ce registre, Français et Britanniques connaissent une évolution similaire. L'Etat britannique est constitué, en tant qu'unité territoriale et politique de référence, avec l'acte d'Union qui rassemble en 1707 l'Ecosse et l'Angleterre. L'émergence de l'Etat français au sens

---

<sup>1</sup> BILL CLINTON *Remettons-nous au travail, un Etat inventif pour une économie forte*, Odile Jacob.

<sup>2</sup> DIDIER DESTOUCHES, *Histoire de l'Etat*, collection développons, p.53.

moderne du terme coïncide avec le règne de Louis XIV (1661-1715) qui, par le recours incessant à la guerre, établit des frontières stables et un pouvoir central puissant. On parle dès lors de l'Etat français pour qualifier le royaume de France.

La contestation antimonarchique issue des Lumières et de la Révolution française renforce à long terme l'État national et centralisé, en cherchant à le mettre au service du peuple. A cette époque l'Etat est le seul régisseur de la vie du pays qu'elle soit économique, politique ou civile. Cette idée s'exprime d'abord par la loi Le Chapelier du 14 juin 1791<sup>3</sup> qui proscriit les organisations ouvrières, notamment les corporations des métiers, mais également les rassemblements paysans et ouvriers ainsi que le compagnonnage. Le but est bel et bien de privilégier une relation directe entre la chose publique et l'ouvrier : « *[il] n'est permis à personne d'inspirer aux citoyens un intérêt intermédiaire, de les séparer de la chose publique par un esprit de coopération*<sup>4</sup> ». Cependant en parallèle, la Révolution Française amène pour la première fois de l'Histoire l'idée qu'il faut développer l'initiative privée voire l'entreprise privée en remplacement des manufactures créées par Colbert sous le règne de Louis XIV. En effet, par un décret, qui était en réalité une loi datant des 2 et 17 mars 1791, Pierre d'Allarde a supprimé les corporations<sup>5</sup>. Les corporations étaient des associations de personnes exerçant le même métier, qui réglementaient à l'échelle de chaque ville la profession ; leur période d'expansion fut le Moyen Âge et la corporation la plus emblématique fut celle des bateliers de Paris. Ce décret interdit les corporations mais proclame en son article 7 la liberté de commerce et d'industrie. Cela implique que, sous réserve du respect de l'ordre public institué par la loi, l'exercice des professions est désormais libre. Il peut toutefois, dans certains cas, être soumis à déclaration.

Dès les prémices d'une libéralisation de l'économie, l'Etat se ménage un contrôle sous la forme de l'enregistrement. L'Etat autorise mais doit être informé de ce qui se passe

---

<sup>3</sup> FRANCOIS FURET, La Révolution I 1770-1814, Histoire de France Hachette, Hachette Littératures p.151.

<sup>4</sup> FRANCOIS FURET, *op.cit.*

<sup>5</sup> FRANCOIS FURET, *op.cit.* p.78

économiquement sur son territoire. Par la suite il a été possible de sous-distinguer deux principes à la liberté de commerce et d'industrie : la liberté d'entreprendre, c'est-à-dire de pouvoir créer librement une activité économique et d'exercer une profession, et la libre concurrence, autrement dit le fait que les acteurs économiques doivent respecter une éthique qui ne fausse pas la concurrence. Cette liberté implique qu'en vertu du principe de neutralité économique de l'État, ce dernier ne vienne pas fausser la concurrence en exerçant lui-même des activités industrielles et commerciales d'une manière qui romprait l'égalité entre concurrents. Toute la façon d'intervenir de l'Etat français dans l'économie du pays découle de ces lois révolutionnaires dans tous les sens du terme.

Au Royaume-Uni il faut d'abord préciser le sens du mot « Etat ». En effet le Royaume-Uni n'a jamais vraiment été un Etat centralisé comme on peut le connaître en France. Ce pays est le résultat d'accord entre différents peuples. Le Royaume-Uni est beaucoup moins homogène que la France et cela est accentué par le phénomène de « devolution ». Il est d'ailleurs possible de comparer cela à une décentralisation mais beaucoup plus importante en terme de pouvoirs transmis aux institutions régionales. Mais il n'est pas possible non plus de classer le Royaume-Uni dans la catégorie des Etats fédéraux puisque l'Etat reste centralisé. Il est donc préférable d'employer le terme de « gouvernement ». En effet, d'une part personne au Royaume-Uni n'emploie le terme « Etat » pour qualifier l'action gouvernementale. D'autre part, le sens que l'on donne au mot « Etat » en France se retrouve dans le terme « gouvernement » propre au Royaume-Uni. Cette précision terminologique est nécessaire pour aborder la problématique du rôle de l'Etat comme décideur politique et créateur de règles dans une société donnée.

La libéralisation du commerce est une idée plus ancienne au pays de Shakespeare, tout d'abord parce que politiquement, dès 1688 et la Glorieuse Révolution, la monarchie absolue n'est qu'un souvenir laissant place à une monarchie parlementaire. De plus sous l'influence des premiers penseurs du libéralisme économique, historiquement britanniques, le Royaume-Uni a décidé de faire le choix du commerce international, c'est-à-dire du commerce

avec les autres nations. Adam Smith, le père du libéralisme économique, développe l'idée d'un ordre naturel, le « système de liberté naturelle », résultant de l'intérêt individuel se résolvant en intérêt général par le jeu de la libre entreprise, de la libre concurrence et de la liberté des échanges<sup>6</sup>. Le libre échange des marchandises est essentiel selon Smith car il permet de profiter de la division du travail et permet ainsi une augmentation de la richesse des nations. Mais déjà l'économiste écossais met en garde contre l'intervention de l'Etat : « *Mais l'État est capable de causer des inégalités bien supérieures : en restreignant la concurrence ou en la provoquant au-delà de son niveau naturel, ou en s'opposant à la libre circulation du travail et des capitaux entre emplois et entre lieux* ». Smith s'oppose en vertu de ce principe à toute politique de contrôle ou de restriction du commerce, dont l'effet n'est que de diminuer la taille du marché potentiel, ce qui limite l'étendue de la division du travail, et donc du revenu national. L'idée développée ici est finalement simple : la loi de l'Etat est un frein dans certaines circonstances à un développement économique maximal.

A la même époque, les monarques français et d'abord Louis XIV ne suivent pas cette influence. La France est mercantiliste depuis le rôle joué par Colbert dans l'économie française. Cette croyance plaide en faveur d'une vision dynamique de la politique de l'économie nationale. Les tenants du mercantilisme prônent le développement économique par l'enrichissement des nations au moyen d'un commerce extérieur convenablement organisé en vue de dégager un excédent de la balance commerciale. Résultat qui est obtenu par un investissement raisonné et volontaire dans des activités économiques à rendement croissant, comme l'avait identifié l'économiste italien Antonio Serra dès 1613. Pour ce faire, l'État se trouve investi de la responsabilité de développer la richesse nationale, en adoptant des politiques pertinentes de nature défensive (protectionnisme) mais aussi offensive (exportation et industrialisation).

---

<sup>6</sup> ADAM SMITH, *The Wealth of Nations*, a penn state electronic classics series publication  
URL: <http://www2.hn.psu.edu/faculty/jmanis/adam-smith/Wealth-Nations.pdf>

Ainsi là où les uns plaident pour un Etat prépondérant, les autres considèrent son intervention comme nocive. Voilà l'origine de la divergence entre la France et le Royaume-Uni sur le rôle que doit tenir l'Etat dans l'économie. L'idéologie de l'Etat minimal s'opposant à celle de l'Etat-providence hier, et régulateur aujourd'hui, est une constante politique depuis cette période. Historiquement au sortir de la Seconde Guerre Mondiale, l'Etat, dans un monde de chaos, a été la solution pour assurer une relance rapide de l'économie et notamment à travers le financement des entreprises majeures dans des domaines essentiels à la vie quotidienne. L'idée d'Etat-providence est paradoxalement un concept britannique que l'on doit à Beveridge consécutivement à un rapport écrit en 1942 : *the Welfare State*. Il faut tout de suite dire que la façon d'avoir une influence et d'intervenir dans l'économie est intimement liée à la matière politique. En effet le droit est ici traversé par les idéologies politiques. Il semble également vrai d'affirmer que cette façon d'intervenir, et de façon subsidiaire la conception même de l'Etat, ont été remis en cause pour finalement évoluer après chaque grand événement. Il s'agit bien sûr de traiter l'Etat en tant qu'autorité.

Il y a eu d'abord les révolutions contre les monarchies absolues puis la révolution industrielle elle-même suivie des guerres mondiales. Actuellement le modèle semble s'affiner au rythme effréné des crises économiques.

Notre analyse s'installe dans ce cadre. En effet il s'agit de traiter des instruments juridiques de l'influence de l'Etat sur la gouvernance des entreprises, c'est-à-dire des outils résultant de leurs pouvoirs exécutifs et législatifs qui permettent à l'Etat d'une part de réguler et d'autre part de contrôler les instances de direction des entreprises. Selon Cornu<sup>7</sup>, les instruments juridiques peuvent être définis comme des textes ou actes juridiques englobant l'ensemble des actes dotés d'une valeur obligatoire. Plus précisément il s'agit de tout mode, forme, type d'acte, techniques juridiques d'intervention qui entrent dans le pouvoir de l'Etat. L'idée est belle et bien de définir les mécanismes issus de la loi et du décret qui permettent à l'Etat d'agir à la fois dans le sens d'un obstacle aux excès que peuvent connaître les intérêts

---

<sup>7</sup> GERARD CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, Quadriges, P.U.F, p.501.

privés, donc dans une optique de protection de l'Intérêt Général, tout en permettant aux institutions dirigeantes des entreprises de pouvoir être compétitif sur leurs marchés de concurrence respectifs. Cependant il ne s'agit pas seulement pour l'Etat de contraindre les grandes entreprises mais également de les orienter afin que lesdites entreprises prennent en main l'orientation voulue par l'Etat. S'il s'agit de traiter de l'influence de l'Etat sur les instances dirigeantes, le mot « gouvernance » vient aussi d'un concept anglo-saxon interférant avec les notions de pouvoir dans l'Etat et au sein de l'entreprise. Il nourrit une réflexion en vogue sur une certaine façon de prendre les décisions et d'harmoniser les intérêts, moyennant un renforcement de la concertation et de la négociation entre partenaires sociaux et, pour le bien commun, de la transparence et du contrôle. Il s'agit d'analyser l'impact des mécanismes étatiques sur la façon de prendre des décisions des grandes entreprises, autrement dit leurs façons de développer leurs activités économiques. Afin de préciser ce propos, il convient d'énoncer que l'analyse se limitera aux grandes entreprises, c'est-à-dire à celles qui jouent un rôle important sur la scène internationale de part et d'autre du Channel.

Comme l'explique Bill Clinton, il faut inventer une nouvelle façon de penser l'Etat et donc marquer une évolution quant à son rôle en tant qu'agent intervenant dans l'économie. La crise étant mondiale, cette réflexion s'est propagée également en Europe et aussi en France et au Royaume-Uni. Cette tendance s'est traduite par une fin de XXe siècle marquée par une volonté de limiter le champ d'intervention de l'Etat dans les grandes entreprises. Les normes édictées en ce sens ont été orientées vers une régulation souple avec une part d'appréciation des entreprises dans l'application des règles grandissantes.

Il s'agit alors se poser la question suivante : la crise économique subie par la France et le Royaume-Uni a-t-elle remis en cause la différence fondamentale entre les deux Etats quant à son impact sur la gouvernance des grandes entreprises ?

On peut ainsi se demander si derrière l'apparente diversité de l'action étatique entre les deux pays, il serait possible de trouver un modèle.



Dans une première partie, il conviendra de réfléchir, malgré des divergences, à un modèle théorique et traditionnel de l'Etat où son rôle d'intervenant dans l'économie est mis en difficulté (I).

Au terme de cette démarche, une seconde partie permettra de décrire la crise économique, due pour partie à la grande liberté d'action dont jouissaient les grandes entreprises, comme vecteur d'un retour renforcé de l'intervention de l'Etat dans l'économie(II).

## I) Un modèle théorique de l'Etat intervenant en difficulté

Il faut tout de suite faire état ici d'une réalité politique. La solution de la France mais aussi du Royaume-Uni consista dans l'après-guerre en un Etat-providence se reposant sur des services publics et des entreprises publiques puissants. Cependant le parallèle a été vite balayé par l'arrivée au pouvoir des conservateurs au Royaume-Uni et des socialistes en France. Il faudra d'abord témoigner du recul de l'intervention directe de l'Etat dans l'économie du fait d'un certain nombre de facteurs (A) pour ensuite décrire l'évolution récente et similaire aux deux Etats de la régulation comme outil d'intervention indirecte sur la gouvernance des entreprises (B).

### A) Un contrôle souple de la gouvernance des entreprises : l'influence du libéralisme exacerbé

Si l'intervention directe dans l'économie semble diminuée par la volonté des dirigeants politiques, c'est d'une part parce qu'il témoigne d'une évolution de la balance entre l'intérêt général et la recherche de l'optimum économique pour les entreprises (1), mais c'est aussi parce que le recours aux entreprises publiques a nettement diminué (2).

#### 1. Un équilibre entre protection des intérêts étatiques et mise en valeur des entreprises nationales.

A partir des chocs pétroliers, la fin des Trente Glorieuses et son corollaire l'Etat providence marquent un tournant d'abord au Royaume-Uni. Dans un contexte de crise économique, les grèves des mineurs et du service public britannique entre autres mènent les conservateurs et Margaret Thatcher au pouvoir. Le courant conservateur s'impose au Royaume-Uni mais aussi aux Etats-Unis avec Reagan. En opposition avec la politique keynésianiste, sa politique économique a été parfaitement résumée par Nigel Lawson : « *La politique économique du nouveau conservatisme repose sur deux principes : le monétarisme*

*et le libre marché en opposition à l'intervention de l'État et à la planification centralisée*»<sup>8</sup>. Si l'intervention de l'Etat dans l'économie, mais plus encore au sein même des agents économiques de premier plan que sont les grandes entreprises, est sujette à contestation, c'est avant tout parce que les intérêts desdits agents divergent par rapport à ceux de l'Etat. En effet les grandes entreprises doivent faire fructifier des intérêts privés qui se résument le plus souvent à ceux de leurs actionnaires alors que l'Etat doit préserver ce qu'on appelle l'Intérêt Général. Ainsi le professeur Truchet considère que la « directive » d'intérêt général peut être résumée par la formule suivante : « *il ne s'oppose pas nécessairement aux intérêts privés, mais il s'impose à eux* »<sup>9</sup>. La conception française de l'intérêt général est exposée dans le rapport du Conseil d'Etat de 1999<sup>10</sup> et se définit de la façon suivante : l'intérêt général correspond à l'intérêt supérieur de la société et ne correspond pas à l'addition des intérêts particuliers de chacun. De la difficulté de définition découle un nombre important de contestations de la notion. Il semble possible de dire qu'à chaque Etat sa conception de « *ce qui est bien pour le bien public, à l'avantage de tous* »<sup>11</sup>. Pour Chevallier, l'intérêt serait même un mythe une chimère seulement invoquée pour légitimer l'action publique. Le professeur Truchet précise cependant que qualifier juridiquement ce qui pourrait renvoyer aux besoins de la population ou de la société reste avant tout une tâche qui incombe aux autorités politiques nationales.

Ici encore la conception française s'est opposée diamétralement à la conception britannique. Cela a eu et a forcément un impact sur la façon dont l'Etat, qui jouit de ce pouvoir de qualification juridique, intervient dans ce jeu d'intérêts privés. Le libéralisme contemporain développé au Royaume-Uni, notamment par les théories de Bentham, donne une nouvelle formulation à la vision utilitariste. Cette vision utilitariste développée au XVIIIème siècle, selon

---

<sup>8</sup> NIGEL LAWSON, *The New Conservatism (Lecture to the Bow Group)*

URL: <http://www.margaretthatcher.org/document/109505>

<sup>9</sup> DIDIER TRUCHET, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, Thémis droit, PUF, p.71.

<sup>10</sup> Conseil d'Etat, l'intérêt général, in *Rapport public 1999*, EDCE n°50, Doc.fr., 1999, p.239 cité dans DIDIER TRUCHET, *op.cit*, p 70.

laquelle l'intérêt général peut résulter de la liberté qui est laissée à chacun de mobiliser ses initiatives et de donner libre cours à ses capacités créatrices, s'oppose à la vision volontariste française. En conférant une place centrale à l'ouverture des marchés et au principe de libre concurrence, les thèses anglo-saxonnes ont été appliquées notamment pour la construction européenne. Le marché est alors pensé comme une façon de réaliser l'intérêt général, notamment en permettant d'obtenir le prix le plus compétitif pour une meilleure qualité de service. La façon la plus simple d'esquisser l'intérêt général est de passer par la négative. L'Etat serait alors chargé de réaliser l'optimum social là où une grande entreprise doit avant tout réaliser des bénéfices en réalisant les intérêts privés. De là vient l'idée des libéraux et à leur suite des néo-libéraux que l'Etat serait un frein à la croissance économique des grandes entreprises. Ces partisans du « laisser-faire » ont donc essayé d'influencer les dirigeants politiques actuels vers un Etat réduit aux « acquêts ».

## 2. Le recours aux entreprises publiques contesté : l'intervention directe dans l'économie remise en cause.

La persistance des entreprises publiques en France tranche avec les privatisations successives effectuées par Westminster. En effet l'économie et surtout les entreprises qu'elles soient françaises ou britanniques ont été détruites par la Seconde Guerre Mondiale. L'Etat a donc été légitimement l'acteur principal et presque unique de la relance de l'économie. Cela vient également du fait que les aides américaines à la reconstruction issues du plan Marshall ont été versées aux Etats. Le seul acteur ayant assez de fonds pour reconstruire l'économie du pays a été l'Etat. Il fut donc tout légitime que l'Etat nationalise une part importante des grandes entreprises pour une relance plus rapide de l'économie. Par la force des choses, la nationalisation des entreprises de secteurs essentiels voire les plus importants de l'économie a donc propulsé l'Etat comme acteur principal de l'économie. Même si elle existait depuis fort longtemps, l'intervention directe de l'Etat dans l'économie s'est fortement accrue au cours du XXe siècle, suite à un certain nombre de crises politiques ou financières et à la destruction de l'industrie et des infrastructures qui en a découlé. La reconstruction de l'après-guerre en

Europe a poussé un certain nombre de gouvernements dont la France et le Royaume-Uni à jouer un rôle direct dans l'économie, et donc de nationaliser ou à créer des entreprises dans des secteurs « stratégiques » en particulier l'énergie, les transports et la banque. La France a alors renoué avec son passé colbertiste de volontarisme industriel. S'il est vrai que le contexte économique se prêtait particulièrement à l'intervention de manière assez large de l'Etat dans l'économie, le contexte politique d'après-guerre avec les partis de gauche très puissants en France, notamment le parti communiste, a permis de renforcer ce rôle de l'Etat. Mais on retrouve le même phénomène de nationalisation au Royaume-Uni à la même époque. Il s'agit de nationaliser les secteurs vitaux de l'économie pour relancer au plus vite l'économie comme par exemple l'énergie avec la nationalisation des compagnies d'électricité (EDF en France et National Power au Royaume-Uni) ou de gaz. Une nationalisation correspond à un transfert de pouvoir économique détenu par quelques personnes privées vers la détention collective de ce pouvoir par quelques autres personnes faisant partie de l'appareil de l'État, afin de servir des objectifs supposés d'intérêt général. Une entreprise publique est donc une entreprise contrôlée directement ou non par les administrations publiques (État, collectivités territoriales) du fait de la propriété ou de sa participation financière<sup>12</sup>. Selon un rapport du 11 décembre 2006 de l'Organisation de Coopération et de Développement Economiques<sup>13</sup> (OCDE), les arguments théoriques en faveur de l'intervention de l'Etat se rattachent habituellement à diverses notions de défaillance potentielle du marché, même si les carences réglementaires doivent aussi être prises en considération : il s'agit des notions de monopole naturel, de biens collectifs, de biens publics et d'externalité. La justification traditionnelle de l'intervention de l'État sur les structures économiques s'appuie sur la notion de « défaillance de marché » (market failures). Elle se situe dans la tradition de l'économie néo-classique. Pour les économistes qui en ont été les promoteurs, au premier rang desquels figurait Pigou<sup>14</sup>– on parlera pour cette raison de « tradition pigovienne » –, la mission de l'État est d'influer sur les comportements des agents

---

<sup>12</sup> <http://www.vie-publique.fr/>

<sup>13</sup> *Gouvernance des entreprises publiques*, Panorama des pays de l'OCDE, éditions OCDE, 11 décembre 2006

<sup>14</sup> ARTHUR CECIL PIGOU (1877-1959), *The Economics of Welfare*.

économiques de telle sorte que le résultat de l'interaction entre ces comportements corresponde à l'optimum atteint dans le modèle de concurrence parfaite.

Il faut d'abord évoquer le monopole naturel qui existe lorsque la minimisation des coûts ne peut être réalisée que si la production est assurée par un prestataire unique en situation de monopole. Les exemples types de monopole naturel seraient l'électricité, le gaz ou le transport ferroviaire, autant de secteurs dans lesquels un réseau d'approvisionnement coordonné est nécessaire à la fourniture des biens ou services. Dans cette situation, le monopole privé sous-produira et appliquera des tarifs plus élevés que ceux qui seraient pratiqués par un marché concurrentiel. Une défaillance du marché, même en présence de biens collectifs, est possible. La consommation est dissociée du paiement puisqu'il est impossible d'en exclure les consommateurs qui se comportent en « passagers clandestins ». Les entreprises privées ne peuvent alors pas produire les biens collectifs en quantité optimale. De plus les biens publics peuvent être limités à certaines catégories, mais leur consommation est intrinsèquement souhaitable, même si les consommateurs ne peuvent pas payer le prix du marché. Comme dans le cas des biens collectifs, il est possible que l'offre des biens publics soit sous-optimale. Quant aux externalités, elles correspondent aux répercussions positives ou négatives d'une activité économique qui affectent d'autres membres d'une communauté. Elles sont d'ailleurs utilisées par Coase pour rejeter l'intervention de l'Etat. Ici c'est l'inverse. Les externalités négatives sont particulièrement handicapantes puisqu'étant produites par un seul acteur économique, elles induisent un coût que les autres acteurs doivent supporter, comme la pollution, et qui serait supérieur au coût privé. Le coût privé peut également être supérieur au coût collectif (externalité positive). Dans ce cas de défaillance du marché, le secteur privé est encouragé à surproduire des biens qui génèrent des externalités négatives, et à sous-produire des biens qui génèrent des externalités positives.

Les arguments en faveur de la propriété publique, par opposition à la réglementation ou à l'externalisation, reposent sur deux autres idées. L'Etat doit faire preuve d'efficacité lorsqu'il s'agit de réglementer, de prélever l'impôt ou de distribuer des subventions. De plus il doit

pouvoir contracter efficacement avec le secteur privé pour les biens et services à fournir. La conjonction des défaillances de la réglementation, des problèmes de politique économique et des objectifs sociaux a conduit l'Etat à détenir nombres d'entreprises « stratégiques ». L'Etat a pu, par le mécanisme des entreprises publiques en termes d'économie industrielle, apporter un soutien à des secteurs présentant un intérêt particulier pour l'économie et préserver l'emploi. L'Etat a également pu donner une impulsion à des secteurs émergents qui affichaient des coûts élevés de démarrage, dans les cas où les droits de propriété privée à venir étaient incertains et amortir les répercussions dans les secteurs en déclin (construction navale, charbon et acier), pour lesquels soit les subventions directes étaient impossibles, soit les résultats ne pouvaient être garantis dans le cadre de la propriété privée ou encore aider le secteur privé à supporter des risques élevés comme les calamités naturelles. En termes de développement économique, l'entreprise publique doit être l'outil de stimulation de l'économie des régions les moins fortes pour assurer l'équité et la stabilité sociale par le truchement de l'investissement dans de nouvelles infrastructures ou la création d'usines et d'emplois.

Enfin, l'Etat se sert de l'entreprise publique comme instrument de sa politique budgétaire et de redistribution. L'investissement de L'Etat dans certains secteurs a eu pour objectif de contrôler l'accès à ces secteurs et par là même imposer des prix de monopole et en utiliser les revenus comme recettes budgétaires ou pouvoir vendre à des prix réduits perçu comme des subventions. En détenant des entreprises, l'objectif poursuivi est social tel que le soutien à l'emploi ou le remède à des systèmes de protection sociale. Cette idée renvoie à l'idée d'intérêt général. Si ce modèle a prévalu pendant longtemps en France et au Royaume-Uni, la fin des Trente Glorieuses a permis une remise en cause de cette institution et de ses objectifs. Nombreux ont été les économistes mais également les politiques à considérer que l'Etat devenait un frein au développement de l'économie.

Comme l'explique Margaret Thatcher : *« Un homme a le droit de travailler comme il veut, de dépenser ce qu'il gagne, de posséder sa propriété, d'avoir l'État pour serviteur et non pour maître. Ce sont là les héritages britanniques. Ils sont l'essentiel d'une économie libre et de*

*cette liberté dépendent toutes les autres*». Politiquement, toute l'action du gouvernement Thatcher fut orientée vers le but d'abaisser les prérogatives et les pouvoirs du gouvernement sur l'économie du Royaume-Uni : « it is about rolling back the frontiers of the State ». L'objectif des conservateurs est de réduire la taille de l'Etat pour permettre aux entreprises privées de croître. Il s'agit donc de privatiser des pans entiers du secteur public. Cette tendance est à mettre à l'actif des conservateurs et a pour point de démarrage ce que l'économiste Williamson appelle le « consensus de Washington »<sup>15</sup>. Ce terme a été considéré comme synonyme d'un agenda des politiques néolibérales pour le monde entier. La privatisation d'entreprises publiques en est l'un des dix points de ce consensus. Le duo Thatcher-Reagan a bien suivi ces principes et s'est fait le chantre du recul du secteur public aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Le discours d'investiture de Reagan donnait d'emblée le ton, le 20 janvier 1981: « *Government is not the solution to our problem...gouvernement is our problem*<sup>16</sup> ». Thatcher n'eut pas de mots plus doux à l'égard de l'État et de la fonction publique. Une des premières actions de la Dame de fer relatives à la fonction publique fut le lancement de « la campagne pour l'efficacité ». Son objectif de réduction du nombre de fonctionnaires pour 1984 fut atteint, avec une réduction de 732 000 à 630 000 titulaires. Sous Thatcher, les privatisations ont constitué un important levier de restructuration de la fonction publique et des effectifs des entreprises publiques. La privatisation proprement dite a été appliquée au parc de logements sociaux, aux entreprises nationalisées et à différents services publics. Les entreprises en réseau (électricité, gaz, télécommunications, transports) ont été mises en concurrence – non sans difficulté (en témoigne la privatisation de British rail sous John Major à partir de 1993). Dans les secteurs sociaux comme la protection sociale, l'éducation, la santé, les réformes thatchériennes ont visé à introduire des marchés internes ou des mécanismes de type marché au sein des organisations. Le but était d'augmenter le choix du consommateur souverain. Les prestations monétaires ont ainsi été remplacées par la distribution de « bons » (« vouchers »), afin de

---

<sup>15</sup> RENAUD COULOMB réduire la place du secteur public : l'expérience thatchérienne La Découverte | Regards croisés sur l'économie 2007/2 - n° 2 pages 116 à 117.

<sup>16</sup> RENAUD COULOMB, *op.cit.*



donner au consommateur la possibilité de choisir son fournisseur, soit dans le secteur public, soit dans le secteur privé. Bien que largement débattue, cette mesure a en réalité été peu appliquée. Pour aller plus loin dans l'étendue et l'effectivité du choix donné aux consommateurs, le gouvernement de John Major a proposé une Charte des citoyens, définissant des droits pour les consommateurs en termes de délais, de qualité, de possibilité de formuler des réclamations et d'obtenir satisfaction. Durant les différents gouvernements Thatcher puis Major (1979-1997) enfin, les ministres se sont transformés en véritables managers<sup>17</sup>. Privatiser les entreprises publiques, renforcer le pouvoir des managers sur les fonctionnaires, les rendre plus autonomes et responsables des performances de l'administration : telles furent les grands axes de réforme de la gestion des services publics sous la période Thatcher. Il a été donné un certain nombre d'objectifs comme moteurs de la privatisation. Premièrement l'efficience des marchés en fait partie. La nécessité de promouvoir l'efficience économique et la croissance a été un des principaux facteurs qui ont induit le processus de privatisation : par un changement de régime de propriété, l'Etat a cherché à renforcer l'efficience des entreprises publiques via des objectifs plus précis et de meilleurs systèmes d'incitation et une exposition au jeu du marché. La privatisation était considérée comme un moyen de restructurer et de rendre efficaces des secteurs entiers en substituant une situation de concurrence à une situation de monopole. La privatisation a été également justifiée par l'idée de développer des marchés financiers afin d'attirer les investisseurs étrangers<sup>18</sup>. S'interdisant toute généralisation, l'argumentation de Coase repose sur des exemples. Un exemple qu'il tire de la jurisprudence anglaise est l'arrêt Sturges v. Bridgman. Il s'agit d'un médecin qui déménage son cabinet médical et le reconstruit au fond de sa propriété, avec un mur mitoyen à l'atelier d'un confiseur. L'utilisation de ses machines par le confiseur

---

<sup>17</sup> BARILARI ANDRE, « *Peut-on réformer l'État avec les méthodes du secteur privé ?* », *Regards croisés sur l'économie*, 2007/2 n° 2, p. 225-232. DOI : 10.3917/rce.002.0225.

<sup>18</sup> ELODIE BERTRAND ET CHRISTOPHE DESTAIS « Le « théorème de Coase », une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique », *Reflets et perspectives de la vie économique* 2/2002 (Tome XLI), p. 111-124.

URL: [www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-2-page-111.htm](http://www.cairn.info/revue-reflets-et-perspectives-de-la-vie-economique-2002-2-page-111.htm).  
DOI: 10.3917/rpve.412.0111.

fait un bruit qui rend difficile l'utilisation par le médecin de son cabinet. Le médecin présente le cas devant la justice pour que le confiseur cesse d'utiliser ses machines et obtient gain de cause. Le droit d'être protégé des nuisances lui est donc reconnu et le confiseur se voit interdit d'utiliser ses machines. Coase souligne alors qu'il serait possible de modifier la répartition des droits qui résulte de cette décision de justice au moyen d'un marchandage entre les parties. Par exemple, le médecin pourrait accepter que le confiseur utilise ses machines à condition que ce dernier lui donne une somme supérieure aux coûts d'un déménagement ou de la construction d'un mur isolant du bruit. Le confiseur accepterait cette solution si la somme à payer était inférieure au coût d'un déménagement ou d'un changement de mode de production. Le résultat final dépend donc des coûts comparés des différentes solutions envisageables. Coase examine ensuite la situation inverse dans laquelle le droit de nuire aurait été attribué au confiseur. En effet, Coase insiste sur la nature réciproque du dommage : le médecin est tout aussi responsable de la nuisance que le confiseur puisque s'il n'exerçait pas à cet endroit, il n'y aurait pas de nuisance. Coase imagine alors les mêmes types de marchandage, qui parviennent à un résultat identique puisque les coûts des différentes solutions ne changent pas quand l'attribution des droits est modifiée.

Au Royaume-Uni, le gouvernement britannique qu'il soit travailliste ou conservateur s'est attaché à développer le secteur économique des services au détriment de l'industrie et de l'agriculture. Il a notamment misé sur le secteur financier. Dans cette optique, le gouvernement s'est évertué à faciliter l'installation de grandes entreprises et notamment des grandes banques internationales travaillant dans le secteur boursier. Pour permettre à la City de devenir une place mondiale de la finance, il est clair que le gouvernement britannique a légiféré dans un sens où le moins de contraintes possibles devaient être opposées. Ainsi le contrôle que pourrait avoir l'Etat sur les instances dirigeantes est volontairement réduit. L'opportunité recherchée est d'établir des marchés financiers nationaux via la diffusion de l'actionnariat et une plus grande liquidité des marchés des actions. De plus, dans une période de restriction voire de récession économique, les pouvoirs publics ont donc dû réduire les dépenses liées aux activités non stratégiques telles que le financement d'entreprises publiques en faillite ou

très demandeuses en capital. En effet, la France comme le Royaume-Uni étant membres de l'Union Européenne, ces deux Etats doivent satisfaire aux critères de Maastricht tant quant au déficit budgétaire, qui doit être annuellement inférieur à 3% du Produit Intérieur Brut (PIB), et à la dette publique (ensemble des emprunts contractés par l'État et l'ensemble des administrations publiques, dont les organismes de sécurité sociale), qui doit être inférieure à 60% du PIB. Politiquement, la privatisation reflète également une évolution de la vision politique de l'Etat : l'intervention directe apparaissait moins attrayante. Dans ce contexte, la France et la Royaume-Uni ont adopté une politique de recentrage de l'Etat sur ses missions fondamentales. Même si pour le Royaume-Uni il s'agit davantage d'une tentative d'effacement de l'intervention de l'Etat dans l'économie.

L'influence de l'Etat change complètement de forme, on passe d'un Etat-providence, où l'Etat à travers ses entreprises nationalisées donc publiques est à l'initiative de l'économie en impulsant par la décision politique les grandes orientations économiques, à un Etat régulateur au service des grandes entreprises privatisées et donc dorénavant privées et de leurs croissances.

L'idée appliquée politiquement par les conservateurs est de réduire au maximum l'intervention de l'Etat. Ils reprennent dans ce schéma les théories de Coase<sup>19</sup>. Dans un article resté célèbre et qui a fait l'objet de nombreux commentaires, parfois divergents, Ronald H. Coase, prix Nobel d'économie 1991, montre sur la base d'exemples tirés de la jurisprudence anglaise et américaine que, dans un monde où les coûts de transaction sont nuls et où les droits de propriété sont clairement définis, le libre jeu de la négociation aboutit à un optimum indépendant de l'attribution initiale des droits. C'est ce qui a par la suite été nommé le « théorème de Coase ». Il n'est pas simple de tirer du théorème de Coase des conclusions claires et opérationnelles quant à la portée et aux modalités de l'intervention de l'État. Il conduit toutefois à remettre en cause le caractère automatique de la nécessité de l'intervention de

---

<sup>19</sup> ELODIE BERTRAND ET CHRISTOPHE DESTAIS, *op.cit.*

l'État en présence de défauts de marché, au bénéfice d'une analyse pragmatique, au cas par cas, des bénéfices et des coûts qu'elle engendre.

L'optimum économique ne peut être atteint qu'en cas de marchés se régulant par soi-même. Ainsi le contrôle que pourrait avoir l'État sur les instances dirigeantes est volontairement réduit. Le rôle de serviteur endossé par l'État au service des intérêts privés, cher à Margaret Thatcher, est en partie exhaussé. Certes l'État a un rôle de régulateur entre les intérêts privés, c'est-à-dire que le rôle de l'État n'est plus de protéger l'Intérêt Général contre d'éventuels abus des intérêts privés mais bel et bien de rectifier les abus des partenaires privés contre d'autres qui constitueraient des freins à une croissance économique des partenaires privés. L'idée est que la croissance économique des grandes entreprises sur le territoire britannique générera de la croissance de la couronne britannique et donc de sa population. Le gouvernement britannique fait alors davantage office d'arbitre que de partie de l'économie britannique. Il joue à plein son rôle de facilitateur.

Si des privatisations sont intervenues de part et d'autre de la Manche, la France conserve le mécanisme des entreprises publiques au contraire du Royaume-Uni, ce mécanisme est devenu résiduel (2.7% dans l'économie marchande non agricole contre 14.7% pour la France<sup>20</sup>). Pour d'autres entreprises, une ouverture partielle du capital a été décidée comme pour EDF. Il a été décidé que cet Etablissement Public Industriel et Commercial (EPIC) devienne une société privée mais avec des capitaux publics. Derrière l'expression d'Entreprises à Capitaux Publics – rarement employée en droit français – seront exclusivement envisagées ici les personnes morales de droit privé (ayant soit la forme de société anonyme, soit une forme spécifique déterminée par la loi) dont les capitaux sont détenus en tout ou partie, directement ou indirectement, par une ou plusieurs personnes publiques. Le plus fréquemment, ces entreprises sont qualifiées d'« entreprises publiques »

---

<sup>20</sup> Entreprises publiques et services publics économiques dans l'union européenne, série économie w-21, résumé communication du parlement européen  
URL : [http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/w21/sum-3\\_fr.htm](http://www.europarl.europa.eu/workingpapers/econ/w21/sum-3_fr.htm)

lorsqu'elles sont détenues majoritairement ou totalement par une ou plusieurs personnes publiques, et d'« entreprises à participation publique » lorsque l'actionnariat public est seulement minoritaire<sup>21</sup>. La présence de l'Etat dans ce type d'anciennes entreprises publiques existe toujours mais de façon minoritaire. L'intervention directe de l'Etat dans les entreprises a donc évolué. De propriétaire, l'Etat est devenu actionnaire. Il ne faut éluder non plus le fait que cette tendance a eu cours du fait d'Etat de plus en plus endetté et d'un contexte de croissance faible où l'Etat a besoin de liquidités. L'Etat s'est donc tourné vers un autre type d'intervention quant aux grandes entreprises. Cette intervention ne s'articule plus autour de la volonté de l'Etat et une forme atténuée de planification mais autour d'une intervention indirecte que l'on peut qualifier de régulatrice pour rendre le marché concurrentiel efficace économiquement. Dans certaines entreprises à capitaux publics, l'Etat est devenu minoritaire et a donc perdu une part importante de son influence au sein des anciennes entreprises publiques. Cependant par l'entremise des golden share, l'Etat actionnaire même minoritaire garde certains privilèges. L'Etat dépose d'actions spécifiques qui lui permettent d'opposer son veto à certaines résolutions du conseil d'administration ou sur l'ensemble du capital dans certaines circonstances spécifiques. Elles sont souvent détenues par un État dans le cas d'une compagnie publique soumise au processus de privatisation et de transformation en société cotée. La Golden share est limitée dans le temps. Avec l'« arrêt Total » de 2002, la CJCE a considéré qu'un État ne saurait conserver un droit de regard « injustifié » dans une entreprise privatisée mais par la même occasion la CJCE a validé les golden share en tant que mécanisme. Ainsi le Gouvernement français fit sienne une technique élaborée par le gouvernement conservateur de Margaret Thatcher lors de la vague de privatisations de 1981 : la golden share. Rebaptisé « action spécifique » cet instrument juridique a permis au gouvernement français – et aux nombreux gouvernements d'Etats membres qui ont eux aussi suivi les traces du gouvernement britannique - de conserver un pouvoir de contrôle sur les

---

<sup>21</sup> MARTIN COLLET, *Le particularisme des entreprises à capitaux publics Éléments de réponse relatifs à la situation française*, Association Henri Capitant, Journées chiliennes (28 mai – 1 juin 2012)

sociétés privatisées, conservant ainsi un contrôle sur les entreprises privatisées. Il faut donc relativiser la perte d'influence de l'Etat dans les anciennes entreprises publiques.

## **B. La priorité donnée à la régulation souple : favoriser le marché**

Si il faut d'abord s'attacher à détailler les vertus de la régulation (1), il faudra en définir les mécanismes ensuite (2).

### **1. Les raisons d'une intervention indirecte de l'Etat dans l'économie**

Les conservateurs, en voulant privilégier l'entreprise privée et la concurrence, ont essayé de mettre fin au monopole public. L'Etat n'a donc pas disparu mais a changé de rôle. Son intervention n'est plus directe et incitatrice mais devient l'outil du marché : on passe alors à l'Etat régulateur. Le rôle de la concurrence est donc devenu primordial pour constituer des marchés viables et efficaces. Les normes pour obtenir une concurrence loyale ont donc augmenté. L'incitatrice de changement de pensée fut sans conteste Thatcher même si son gouvernement put être perçu comme paradoxal puisque prônant le repli de l'Etat alors qu'il a créé un certain nombre de nouvelles formes d'instances publiques rattachées à l'Etat. La création d'agences semi-autonomes au sein de la fonction publique (Executive Agencies) a participé de la remise en cause de l'indépendance des fonctionnaires, puisque le chef d'agence est directement responsable devant le ministre. Des rapports fréquents devaient être remis aux ministres qui évaluaient annuellement le travail des agences. A partir du programme radical de privatisation du gouvernement Thatcher, un nombre important de commentateurs académiques ont de plus en plus parlé d'un Etat régulateur « regulatory State ». Dans un article intitulé « regulation and legitimacy » Tony Prosser passe en revue à la fois les objectifs

d'une régulation des services publics pour réduire l'impact de l'Etat sur l'économie<sup>22</sup>. A la différence de la France, le but n'est pas de laisser la liberté d'entreprendre et d'en contrôler avec force les abus, mais bel et bien de limiter l'intervention de l'Etat au strict nécessaire pour permettre un certain nombre d'objectifs au premier rang desquels le contrôle du monopole naturel et la création d'un marché concurrentiel efficace. Bien sûr avec la vague de privatisation, la régulation des services publics a connu une progression et ce depuis les réformes de 2000 qui ont particulièrement modifié le travail des régulateurs en le rendant plus complexe. Le fait que la plupart des entreprises publiques ou de service public soient devenues privées (La Poste britannique par exemple est devenu une société anonyme par The Postal Services Act 2000) donne une marge d'action dans l'économie appréciable quoiqu'indirecte puisque ça amène l'Etat à contrôler ses anciennes entreprises qui travaillent pour la plupart dans des secteurs stratégiques. La régulation joue donc un rôle central dans la vie économique à travers notamment son rôle en droit de la concurrence et pour la régulation des services publics-privatisés- que sont les télécommunications, l'énergie, l'eau et le transport ferroviaire. Cependant il en ressort un paradoxe si ce n'est réel au moins apparent. Même là où le gouvernement s'est retiré de toute intervention directe dans la délivrance de services, le marché ne peut être laissé totalement libre de contrôle parce que son créateur originel et ceux qui les contrôlent sont les autorités publiques.

La plupart des justifications pour la régulation, en tant que « sustained and focused control exercised by a public agency over activities that are socially valued », c'est-à-dire un contrôle soutenu et vigilant exercé par une agence publique (service étatique indépendant très proche des autorités administratives indépendantes) sur des activités ayant une valeur sociale, sont d'ordre économique. Le premier est de prévenir la maximalisation du profit des monopoles naturels qui serait consécutive d'un faussement d'une distribution efficace de biens. Le deuxième argument en faveur d'une régulation vient d'une volonté de remédier aux difficultés

---

<sup>22</sup> JEFFREY JOWELL AND DAWN OLIVER, *The changing constitution*, seventh edition, Oxford, p.312 à 333.

rencontrées lorsque les marchés agissent librement, c'est-à-dire sans contrôle. La régulation contribue à entraver les externalités ou effet externe qui désignent une situation dans laquelle l'action d'un agent économique influe, sans que cela soit le but de l'agent, sur la situation d'autres agents, alors même qu'ils n'en sont pas partie prenante. Ce phénomène intervient quand le prix d'un bien qui n'est pas régulé ne reflète pas le réel coût pour la société. On peut citer ici comme exemple le coût de la pollution causée par l'industrie<sup>23</sup>. Une autre justification peut être trouvée dans le fait que la régulation sert aussi à intervenir dans le domaine concurrentiel, mais non pas pour limiter les opérations du marché mais bel et bien de les favoriser et de les développer. La régulation prend alors la forme d'une stimulation à la création de marchés concurrentiels dans un ancien secteur de monopole étatique. En effet, si l'Etat intervient c'est avant tout pour qu'un réel marché existe. Une fois le marché existant grâce aux décisions de l'Etat, l'idée au Royaume-Uni semble de laisser le marché prospérer tout seul en limitant le nombre de réglementations émanant de l'Etat. Pour étayer le propos on peut prendre l'exemple du secteur des fournisseurs d'énergie et le contrôle de ces marchés une fois constitués. C'est avant tout une tâche que doivent assumer les autorités de la concurrence (bâties sur le même modèle que l'autorité de la concurrence en France), et ce dans tous les domaines concurrentiels, ainsi que les autorités régulatrices des services publics, pour la généralisation du recours au droit de concurrence. Cette tâche inclut la protection des consommateurs en ce qui recoupe l'objectif d'Intérêt Général. Cette protection est essentielle à la fois quant à la régulation des services publics mais également quant à celle des services financiers.

Même si les justifications économiques du bien-fondé de la régulation semblent majoritaires, il semble possible d'en dégager d'autres basées sur une approche sociale ou distributive du mécanisme appelées « public interest regulation ». Elles ne correspondent pas à une régulation des pratiques des entreprises mais sont davantage liées à la protection des

---

<sup>23</sup> S.BREYER, *Regulation and its reform* (1982), 15-35; cité dans DAWN OLIVER, *op.cit.* p.314.



avantages sociaux et juridiques de la population contre des décisions des institutions publiques.

Ces dernières années la plupart des nouveautés concernant la régulation ont été adoptées dans les services publics récemment privatisés (télécommunications, gaz, électricité, eau et transport ferroviaire). Dans le discours officiel tenu par les décideurs britanniques, il semble bien que l'aspect économique fut la première raison d'être avec la volonté de mettre fin au monopole de secteurs entiers de l'économie britannique comme l'affirme les rapports S. Littlechild concernant les télécommunications<sup>24</sup> et l'eau<sup>25</sup>. Comme l'affirme le professeur Prosser<sup>26</sup>, quand on examine les pouvoirs des régulateurs et les lois de privatisation, la raison économique, qui voudrait que le but de la régulation soit de maximaliser l'efficacité économique d'un marché, semble jouer un rôle secondaire.

Cependant il ne peut être nié que la régulation de la concurrence joue de plus en plus un rôle important. Elle doit atteindre principalement deux objectifs; tout d'abord promouvoir un marché concurrentiel et protéger le marché d'une concurrence déloyale, c'est-à-dire assurer une concurrence équitable quant aux pratiques des entreprises dudit marché. Ces objectifs ont été clairement établis dans les lois concernant l'électricité et le gaz. La loi sur les services publics de 2000 (The Utilities Act 2000) a mis en place une unique règle de régulation des marchés concurrentiels et cette règle a été appliquée pour la première fois pour la régulation de l'énergie. Cette règle, qui peut s'assimiler à un devoir pour le régulateur, a pour but de protéger les intérêts des consommateurs et si possible de rendre encore davantage effectif le marché concurrentiel-la compétition entre entreprises- sur un même marché. Cette façon de voir peut paraître paradoxale puisqu'il est possible d'y voir un rapprochement avec une certaine notion d'intérêt général à la française. Même si le secrétaire d'Etat a donné également des pouvoirs aux régulateurs pour satisfaire des objectifs sociaux et environnementaux. (s.9, 10,13 and 14

---

<sup>24</sup> S. LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunications' Profitability* (1984), cité dans DAWN OLIVER, *op.cit.* p.314

<sup>25</sup> S. LITTLECHILD, *Economic Regulation of Privatised Water Authorities* (1986), cite dans DAWN OLIVER, *op.cit.* p.314.

<sup>26</sup> TONY PROSSER, *Law and The Regulation* (1997) 15-24 cité dans DAWN OLIVER, *op.cit.* p.314.

of Utilities Act 2000). Dans le domaine des télécommunications, en plus de l'intérêt des consommateurs, le régulateur se voit affecter un autre objectif à protéger (Communications Act 2003 s.3(1)). Dans le domaine de l'énergie, le régulateur doit contrôler le besoin d'un développement durable et récemment la définition des intérêts du consommateur a été modifiée pour inclure la réduction des émissions de carbone (s.83 et ss16-17 Energy Act 2008). Il semble même possible de faire une entorse au droit de la concurrence puisque le régulateur de l'énergie a le droit d'apprécier si le marché concurrentiel est le meilleur moyen pour protéger les intérêts des consommateurs. L'autorité de régulation est aussi là pour protéger les intérêts des consommateurs. Mais ce rôle à la fois d'arbitre impartial et de protecteur des consommateurs est potentiellement quasi impossible à tenir. En France, la notion de régulation est plus récente mais a néanmoins conquis le vocabulaire législatif (par exemple la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques). Il faut ici constater que la pratique de la régulation connaît des évolutions à peu près à la même période dans les deux pays. En cela la définition donnée par Bertrand du Marais<sup>27</sup> est proche voire quasi similaire de son pendant britannique : la régulation désigne une intervention des personnes publiques en vue d'organiser, d'orienter ou de contrôler un marché. Elle s'attache à la fois au fonctionnement optimal de celui-ci mais aussi à un comportement des opérateurs respectueux de l'ordre public. Cet optimum doit répondre à trois principaux objectifs : l'effectivité et la loyauté de la concurrence sur le marché considéré et la protection des intérêts des consommateurs. Ici aussi la régulation n'est pas parfaitement homogène mais se conçoit davantage en cercles concentriques. Comme au Royaume-Uni sa version la plus stricte concerne les activités économiques récemment ouvertes à la concurrence, anciennement activités de services publics exploités sous monopole par des entreprises publiques. Elle est nécessaire notamment pour les activités en réseaux, du type lignes électriques par exemple, qui sont des ressources rares qu'il faut organiser pour permettre une utilisation partagée entre les différents opérateurs des « facilités essentielles ». Mais là aussi comme au Royaume-Uni,

---

<sup>27</sup> BERTRAND DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Presses de Sciences Politiques et Dalloz (2004).

la régulation peut désigner l'administration d'autres activités économiques qui n'ont jamais été des services publics telles que la Bourse, la banque ou les assurances. La régulation vise alors non pas une activité économique particulière mais tous les marchés. Elle a alors pour objet d'organiser la concurrence dans l'ensemble de l'économie. Il convient donc de distinguer la régulation verticale ou sectorielle qui concerne un marché particulier et comporte souvent des règles d'accès à celui-ci qui dérogent à la liberté d'entreprendre, de la régulation horizontale qui s'applique à toutes les activités économiques ainsi des règles générales de concurrence (dans le code de commerce) mais aussi de la consommation (dans le code de consommation).

Si les objectifs de la régulation sont équivalentes en France et au Royaume-Uni, on ne retrouve pas les mêmes mécanismes de régulation ni la même forme d'autorités de régulation.

## 2. Les mécanismes de régulation

Après les privatisations des années 80 et 90, le gouvernement britannique a créé des nouvelles autorités de régulation dans les domaines où les entreprises industrielles en lien avec les anciens services publics ne pouvaient compter sur un marché complètement libre et concurrentiel. Ces autorités de régulation appelées « Ofdogs » correspondent à des agences spécialisées, les fameuses « offices » pour chaque ancien service public ou pour tout autre secteur économique de régulation qui n'étaient pas en lien avec un quelconque service public. Autrement dit, il y a une autorité de régulation pour chaque secteur économique britannique. Pour prendre un exemple concret on peut citer l'agence de régulation du rail (Office of the Rail Regulator). Chaque agence est dirigée par un directeur général à qui les pouvoirs sont transférés directement et personnellement. De plus le fonctionnement de l'agence est assez proche de celle du gouvernement britannique avec un style assez personnalisé. La façon de diriger ces agences est donc directement influencée par le style gouvernemental. Cependant, il ne pèse pas sur elles une quelconque responsabilité ministérielle. Au début des années 2000, ces agences ont changé de structure passant d'agences semi-autonomes à des

commissions. Cette nouvelle commission de régulation a permis notamment de regrouper des agences spécialisées comme pour l'énergie, le gaz et l'électricité devenant « Gas and Electricity Markets Authority ». On passe donc d'agences où tous les pouvoirs sont détenus par le directeur général individuellement à une Commission où ces pouvoirs sont partagés par tous ses membres. A travers ce système, ces régulateurs ont adopté une structure et un fonctionnement du secteur privé. La structure privilégiée est celle du conseil d'administration, « le board », composé de membres exécutifs et non-exécutifs. Par exemple, le conseil d'administration de l'autorité pour le gaz et l'électricité est composé d'un président (chairman) et de quatre membres exécutifs et sept membres non-exécutifs.

L'influence de l'Etat passe aussi par un fonctionnement particulier des institutions sous son contrôle c'est-à-dire le fonctionnement public proche de celui de l'Etat. Or si ces autorités indépendantes effectuent leur travail selon le modèle privé, c'est aussi un peu de l'influence de l'Etat qui s'échappe. Le rôle d'une régulation indépendante est régulièrement supervisé au niveau européen pour le marché des communications électroniques mais aussi le secteur de l'énergie (Progress Report on the Single European Electronic Communications Market -15th report-). L'influence de l'Etat se trouve de nouveau relativisée puisque l'Union Européenne exige davantage d'indépendance vis-à-vis de l'Etat de ces commissions-autorités. Cependant l'Etat garde une importante mainmise sur ces autorités puisque les ministres concernés par la matière nomment les régulateurs. A l'origine les ministres possèdent la majeure partie des pouvoirs de décisions concernant la concurrence sur un marché. En effet, le ministre attribue ce qu'on appelle des licences, qui prennent la forme d'une autorisation pour le gaz et une nomination pour les sociétés évoluant sur le marché de l'eau. Ces licences sont obligatoires à obtenir pour pouvoir exercer une activité sur le marché concurrentiel et fixent les règles contraignantes à respecter sur le marché dans lequel évolue l'entreprise ayant acquis la licence. Les agences spécialisées se voient alors attribuer le rôle de faire exécuter ces règles, c'est-à-dire contrôler leur bonne exécution. Elles ont également pour mission d'établir les normes de qualité des services. La régulation est donc affaire de partage entre le

gouvernement et les autorités de régulation. Néanmoins, il en résulte parfois à une certaine confusion sur le rôle de chacun surtout quant au pouvoir des autorités de régulation qui ont le pouvoir de modifier les licences et peuvent établir les règles de base du marché concurrentiel tout en contrôlant leurs exécutions. Mais l'Etat conserve certains pouvoirs résiduels comme celui de mettre son veto à la modification des licences. Cette règle a été établie par l'arrêt Mercury Personal Communications<sup>28</sup> concernant le marché de l'électricité. Les pouvoirs des régulateurs de modifier les conditions de la licence comme ceux de pouvoir modifier les règles de base sont extrêmement importants. En effet lorsque les agences utilisent ce pouvoir de modification, si les entreprises concernées refusent cette modification, le régulateur peut envoyer sa proposition à la Competition Commission (l'autorité de la concurrence) qui rend un rapport pour dire si la modification de licence doit être imposée ou non à l'entreprise.

Cependant la régulation ne concerne pas uniquement les services publics. Elle est également utilisée dans d'autres secteurs de l'économie britannique. Mais si l'homogénéité est de mise concernant les autorités de régulation des services publics, l'hétérogénéité, tant au niveau des institutions que des fonctions, est la mise. Récemment il a beaucoup été question de l'autorité des services financiers (Financial services Authority) instituée par le Financial Services and Markets Act 2000 sous la forme d'une société privée limitée par garantie. Son rôle de régulateur prit la forme de quatre objectifs principaux : la confiance dans le marché (s155), la vigilance de l'Etat vis-à-vis des marchés financiers (s.387), la protection des consommateurs (s.394) et la diminution des délits financiers (s.395). Du fait de certaines de ses décisions contestées et de la nature même du secteur économique régulé, l'autorité a été sujette à des exigences procédurales sophistiquées dans la création de règles et la résolution de litiges individuels. L'évolution de cette autorité de régulation après la crise économique tiendra une place particulière dans la suite du développement (IIA). Mais il faut rendre compte de la disparité tant quant à la forme du régulateur et tant quant à ses fonctions.

---

<sup>28</sup> Mercury Personal Communication v Secretary of State for the Department of Trade and Industry (2000) cite dans DAWN OLIVER, *op.cit.* p317.

Il semble vraiment difficile d'établir une classification des autorités régulatrices. Certaines sont des départements non-ministériels du gouvernement, c'est le cas de l'agence pour l'alimentation (Food Standard Agency) alors que d'autres sont des autorités dotées de la personnalité morale, ce qui correspondrait à nos autorités publiques indépendantes, comme la commission pour la qualité des soins (Health Care Commission). La même disparité se retrouve quant aux fonctions qui leur sont attribuées. Certaines ont pour fonction de réguler l'exécution d'activités potentiellement dangereuses, c'est le cas de la Human Fertilisation and Embryology Authority. D'autres ont davantage des fonctions d'enregistrement et de surveillance.

On peut cependant dégager un certain nombre de points communs entre toutes ces autorités de régulation. Les membres desdites autorités sont nommés par les ministres concernés même si parfois le ministre peut partager son pouvoir avec les employeurs et les syndicats majoritaires de la profession<sup>29</sup>. De plus aucune autorité régulatrice n'est totalement indépendante des ministres référents pour leurs activités. Par exemple, le rôle premier de l'agence pour l'environnement est de promouvoir le développement durable ; cependant cet objectif dans la manière est défini par une sorte de directive ministérielle (ministerial guidance).

Pour conclure concernant la régulation outre-manche, on peut dire que les autorités de régulation sont fortement indépendantes d'une intervention gouvernementale dans leur travail ordinaire et quotidien. Ils travaillent dans le cadre fixé par les décisions gouvernementales du temps des privatisations successives. Leurs responsabilités ont été déterminées davantage par la privatisation d'industries particulières plutôt que par une approche sectorielle cohérente. De plus la structure originelle des pouvoirs confiés individuellement à un directeur général reflétait le modèle personnalisé caractéristique du gouvernement britannique. Le modèle s'est cependant peu à peu affiné depuis 2000 avec

---

<sup>29</sup> T. POSSER, *the Regulatory Enterprise*, (2010)

l'adoption du modèle de la commission comme standard et la clarification des devoirs légaux des régulateurs.

Du côté français, l'homogénéité semble être la règle quant à la forme des autorités régulatrices. Les autorités de régulation sont d'abord les autorités de droit commun, communautaires, le législateur français, les titulaires du pouvoir réglementaire, les juges administratifs et judiciaire. Ce sont avant tout à ces autorités qu'il revient de définir les règles du marché. Cependant toutes ces autorités sont nationales. Les autorités de régulation spéciales peuvent être des ministres. Ainsi, le ministre chargé de l'Industrie est compétent pour la régulation du secteur pétrolier (loi du 31 décembre 1992). Mais l'habitude s'est prise de partager les compétences de régulation entre le gouvernement et des autorités collégiales indépendantes du gouvernement. Le plus souvent, ces dernières sont des autorités administratives indépendantes dépourvues de la personnalité morale. On peut prendre ici l'exemple de l'autorité de la concurrence ou du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA). D'autres ont été pourvues de la personnalité morale par la loi et s'appellent alors des autorités publiques administratives : c'est le cas de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) et l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Dans une vision large, on peut étendre la liste des autorités de régulation à des institutions dont l'action sur le marché tient davantage à leur influence qu'à leur capacité de contrainte comme la Commission des clauses abusives ou se limite à un aspect particulier du marché (comme la Commission paritaire des publications et des agences de presse). On retrouve ici également l'influence de l'Union Européenne qui essaie d'accentuer l'indépendance envers le pouvoir politique de l'autorité dans le but de rassurer les marchés et d'éviter une gestion partisane. Cependant lorsque l'autorité de régulation est dépourvue de personnalité morale, c'est alors l'Etat qui endosse ce rôle. L'indépendance semble alors quoi qu'il en soit limitée d'autant plus que ces autorités administratives fonctionnent sur le modèle public des institutions et non pas sur le modèle privé que l'on peut retrouver outre-manche. Tout ceci permet à l'Etat de conserver une

appréciable mainmise sur la régulation économique. De plus ces autorités fonctionnent sur le principe de la collégialité qui a l'avantage de faire siéger ensemble des représentants de l'Etat (parlementaires, magistrats, fonctionnaires), des représentants des entreprises, des personnalités, voire des représentants des salariés du secteur. L'Etat par la voie de ses représentants jouit encore d'une influence certaine.

Si l'on peut rendre compte d'une certaine homogénéité sur la forme, les méthodes de régulation desdites autorités sont assez hétérogènes et par cela la France rejoint son voisin britannique. Cette diversité s'explique d'abord parce que les autorités de régulation ne disposent pas des mêmes pouvoirs. De manière générale, si certaines méthodes comme la réglementation sont classiques, d'autres ne le sont qu'en apparence telles que les autorisations et les sanctions et les dernières que sont l'orientation et le contrôle sont originales.

Ainsi la réglementation prise en application de la législation est le premier procédé de régulation et ne diffère pas de la réglementation ordinaire. Elle émane du Premier Ministre et prend la forme de décrets. Mis à part des exceptions limitées, les autorités spéciales de régulation sont dépourvues du pouvoir réglementaire. Elles se contentent d'appliquer cette réglementation. Elles jouent cependant un rôle de consultation. En effet le ministre compétent doit les consulter avant homologation et elles peuvent aussi elles-mêmes rédiger la réglementation. On peut prendre pour exemple le règlement général de l'autorité des marchés. Les autorités procèdent davantage par décisions individuelles.

La régulation peut également s'exercer par autorisation d'accès à un marché, délivrée par l'autorité de régulation à une entreprise qui remplit les critères ou prend les engagements prévus par la loi devenant ainsi un opérateur. Si l'accès au marché n'est pas limité à un certain nombre d'opérateurs, l'autorité doit délivrer l'autorisation à tout opérateur qui offre les garanties voulues par les textes sans avoir la possibilité de faire un choix entre les prétendants.



L'autorité des marchés quant à elle autorise non pas des opérateurs mais certaines opérations d'appel public à l'épargne en octroyant un « visa ».

L'autorisation comme outil de régulation revêt une toute autre importance quand il s'agit de l'accès à un marché limité par la rareté de la ressource physique que les opérateurs doivent partager. C'est le cas pour les industries en réseau. L'autorité de régulation a alors un réel pouvoir de choix parmi les entreprises se portant candidats par la réponse à l'appel de candidatures. Le choix doit s'effectuer sur des critères de qualité et de performance fixés par les textes ou par l'autorité elle-même. Il incombe alors à l'autorité une véritable construction du marché. L'autorisation reste l'apanage de la régulation sectorielle et non transversale.

La régulation doit également assurer un rôle de contrôle et cela passe par la possibilité de sanctionner un opérateur. Ici à la fois la régulation sectorielle et la régulation transversale peuvent infliger des sanctions, c'est-à-dire des mesures individuelles. Ces mesures visent à sanctionner les opérateurs qui manquent à leurs obligations ou dont le comportement affecte le bon fonctionnement du marché. L'éventail des sanctions va de sanctions pécuniaires, proportionnées à la gravité des faits commis ou du dommage causé et limitées à un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise, à des mesures affectant l'autorisation dans sa durée ou son existence ou l'exercice de la profession<sup>30</sup>.

En plus des décisions réglementaires et individuelles détaillées précédemment, il existe d'autres procédés de régulation notamment en ce qui la régulation sectorielle. On peut citer les aides publiques comme outil de régulation (voire II B). La régulation peut être également affaire de procédures attestant la qualité d'un produit ou d'un service. Par exemple, l'article 137 de la loi du 4 août 2008 sur la modernisation de l'économie définit une certification comme l'activité qui atteste qu'un produit ou un service est conforme à des caractéristiques décrites dans un référentiel.

---

<sup>30</sup> J. PRALUS-DUPRUY, Le pouvoir de sanction disciplinaire reconnu à certaines autorités administratives indépendantes, RFDA, 2003.554, cité dans DIDIER TRUCHET, *op.cit*, p.372

En outre, plusieurs autorités de régulation comme le CSA ont le pouvoir de régler des différends entre opérateurs portant par exemple sur l'utilisation partagée des facilités essentielles. Les autorités de régulation doivent en outre être informées de la situation des entreprises du secteur qui ont une obligation d'information. Ces renseignements fournis peuvent être une base pour des enquêtes ou audits des autorités de régulation sectorielle. Si les sanctions sont utilisées pour traiter les situations les plus graves, le dialogue entre l'autorité et les opérateurs reste la règle. Les autorités renforcent leur influence par la publication régulière de la doctrine qu'elles entendent suivre.

Il a pu être constaté un rapprochement des deux Etats dans la façon d'intervenir dans l'économie. On a pu délaissier dans les deux pays l'intervention directe par le biais des services publics mais surtout des entreprises publiques même si l'Etat continue d'influer sur les décisions de ses anciennes entreprises et dans les anciens secteurs où elle jouissait d'un monopole. En effet, l'Etat est bien souvent resté actionnaire de ces entreprises, certes minoritaire. Il faut noter malgré tout une divergence entre Londres et Paris puisque le mécanisme de l'entreprise publique existe toujours en France. Cependant, et ce pour des raisons avant tout de restrictions budgétaires communes à l'Europe toute entière, l'Etat a réduit la part du public dans l'économie. Dans son entreprise de désengagement, l'Etat n'a pas essayé d'effacer totalement son influence mais bel et bien de faire évoluer son intervention au grand regret des ultra-libéraux présents notamment à Bruxelles. Cette dernière est devenue indirecte mais comme l'affirme Didier Truchet : « *régulation ne signifie pas déréglementation*<sup>31</sup> ». Il est important de considérer alors cette situation à la lumière de la crise économique qui traverse l'Europe depuis 2008.

---

<sup>31</sup> DIDIER TRUCHET, *Droit administratif*, 2<sup>ème</sup> édition, Thémis droit, PUF p.375

**II) La volonté d'une influence étatique sur les grandes entreprises renforcée par la crise.**

La crise économique de 2008, appelée souvent dans le monde anglophone Grande Récession (Great Recession, en référence à la Grande Dépression de 1929) est une récession dans laquelle sont entrés la plupart des pays industrialisés du monde suite au krach de l'automne 2008, seconde phase de la crise financière mondiale débutant en 2007. Les États-Unis ont été les premiers à entrer en récession, en décembre 2007, suivis par plusieurs pays européens au cours de l'année 2008, ainsi que la zone euro dans son ensemble. La France n'entre en récession qu'en 2009. Cette crise économique mondiale est considérée comme la

pire depuis la Grande Dépression. Les prêts hypothécaires américains ont été, à l'été 2007, l'élément déclencheur de la crise financière qui a entraîné la crise économique de 2008-2010. Ce qui pousse certains économistes à placer l'origine de la crise dans l'endettement des agents économiques américains.

S'ils n'ont pas à eux seuls provoqué une crise d'une telle ampleur, les prêts hypothécaires à risque (subprime) ont été l'élément qui a déclenché le mouvement touchant tout le système financier déjà fragilisé par : le transfert des actifs des banques au marché (titrisation), la création d'actifs complexes et opaques, l'incapacité des agences de notation à évaluer les risques des actifs, enfin, selon certains, les défaillances des régulateurs et des superviseurs à corriger les failles dans un contexte où la finance est largement "déréglementée" et mondialisée. En effet si l'origine de la crise est américaine, la crise économique s'est propagée au monde par le vecteur de la finance mondialisée. La titrisation, c'est-à-dire (securitization en anglais) une technique financière qui consiste classiquement à transférer à des investisseurs des actifs financiers tels que des créances (par exemple des factures émises non soldées, ou des prêts en cours), en transformant ces créances, par le passage à travers une société ad hoc, en titres financiers émis sur le marché des capitaux, des prêts hypothécaires à risque dans des produits financiers complexes vendus aux banques du monde entier faisait courir un risque à toutes ces banques en cas d'explosion de la bulle immobilière. La bulle a explosé et on connaît la suite, l'entrée du monde et d'abord l'Europe dans la récession économique. Il faut alors se concentrer sur le rôle de l'Etat dans cette crise car en effet si la finance et au premier rang les banques ont pu créer librement des actifs qu'on a qualifié par la suite d'actifs « pourris », c'est bel et bien parce que les régulateurs ont failli dans leur rôle de contrôle. L'idée ici développée est de se demander si la crise a servi de leçons à la fois dans le domaine financier mais aussi dans tous les secteurs où l'Etat intervient. Il faut alors faire état de deux tendances, d'une part la prise de conscience des entreprises de leurs responsabilités dans la société et du besoin de l'Etat pour contrôler le secteur privé (A)

d'autre part que le besoin d'une intervention étatique moins large dans son champ d'action mais plus forte est nécessaire (B).

**A) Un modèle évolutif de l'influence sur la gouvernance : la nécessité du contrôle étatique**

Ce modèle évolutif se compose de deux idées majeures, d'une part le retour en force de l'Etat comme régulateur et non plus seulement comme facilitateur (1) et la prise de conscience par elle-même qu'elle a une responsabilité vis-à-vis de la société dans laquelle elle évolue (2).

1. « State is back »

N'en déplaise à Ronald Reagan à qui l'on doit la formule, ce n'est plus l'Amérique qui est de retour mais l'Etat. Keynes mettait d'ailleurs en garde contre la mondialisation qui a écartée l'Etat comme centre d'impulsion de l'économie au profit du marché : *«le fait que le propriétaire soit éloigné de la gestion est préjudiciable aux relations entre les hommes et cela provoque tôt ou tard des tensions et des inimitiés qui finissent par réduire à néant les calculs financiers »*. C'est là que réside le grand défaut de conception de la mondialisation. En accordant une liberté absolue à la finance, les peuples des nations démocratiques ont perdu la liberté de décider et d'implanter les lois et les règles de leur choix. Ils ont abandonné cette liberté aux financiers en échange d'une promesse : que les gains découlant de la libre circulation des capitaux soient si énormes que cet abandon de liberté soit acceptable. Au contraire de ce qu'affirme le directeur général de l'Institute of Economic Affairs John Blundell « les marchés ont échoué- les gouvernements doivent fonctionner ». Il faut alors ici faire un certain nombre de constats qui marquent le retour avec force de l'Etat dans l'économie par la remise en cause de la « corporate governance ». Celle-ci est d'abord marquée par l'insuffisance du soft law.

### **a. Le recours généralisé au soft law insuffisant**

Il est possible de définir le soft law comme un ensemble de règles dont la « juridicité » est discutée. Ce sont des règles de droit non obligatoires, ce qui est a priori contraire à l'essence du droit. Indiscutablement, son avantage est d'offrir aux acteurs économiques une plus grande flexibilité par rapport aux sources traditionnelles du droit comme la loi et le règlement. De manière générale, l'instrument souple est plus rapide à négocier qu'un traité. En outre, une fois adopté, l'instrument de soft law est susceptible d'être révisé ou amendé rapidement, dans un contexte où les comportements normatifs doivent répondre tôt ou tard aux transformations de l'ordre social. Enfin, il est toujours plus facile de s'en retirer ou d'y mettre fin sans encombre. L'instrument de soft law voit ses chances renforcées d'être utilisé dans les matières où la complexité naturelle et sociale défie nos catégories usuelles et nos capacités décisionnelles. Il permet de faire approuver des normes sur des sujets encore incertains. Un instrument souple peut également faciliter l'adoption d'une norme sur un sujet controversé politiquement. Dans sa lettre de mars/avril 2010, la Commission de régulation de l'Energie réaffirme la nécessité du soft law :

*« Le secteur de l'énergie, il n'est pas rare que les textes auxquels les acteurs se réfèrent résultent d'une pratique admise ou d'un consensus partagé. Ces textes constituent la soft law, qu'une conception moderne n'hésite pas à considérer comme une source du droit. Le régulateur apparaît le mieux à même d'élaborer des documents de soft law. Créé par la loi, chargé de veiller au bon fonctionnement des marchés de l'énergie au bénéfice du consommateur final et doté à cet effet des compétences permettant l'exercice de ses missions, il remplit les critères de légitimité et d'objectivité indispensables à la crédibilité de la soft law. La publicité des documents de soft law constitue aujourd'hui une importante source complémentaire de compréhension de l'ouverture des marchés de l'énergie, en même temps qu'un moyen de répondre efficacement aux besoins du secteur. Les intéressés appliquent fréquemment les principes exprimés ou s'y réfèrent. Les pouvoirs publics et le Médiateur national de l'énergie prennent ces documents en considération et leur action s'en inspire. Ainsi,*

*la CRE définit des solutions opérationnelles pour l'ouverture du marché qui ont vocation à être respectées par les acteurs. Dans une décision du 26 septembre 2007, le Comité de règlement des différends et des sanctions a précisé qu'une procédure élaborée en groupe de travail sous l'égide de la CRE et acceptée « tant par les utilisateurs que les gestionnaires de réseaux [...] constitue un usage communément admis par la profession qui n'est donc pas dépourvu, à ce titre, de valeur normative ». En se fondant sur les similitudes entre soft law et usage commercial, le juge pourrait donc imposer le respect des règles de soft law aux membres du secteur d'activité concerné ».*<sup>32</sup>

Se voulant opérationnelle et transparente, la CRE considère la soft law comme un instrument de régulation nécessaire. Sa préoccupation est de la rendre lisible, compréhensible et publique. Si le soft law semble nécessaire pour être efficace dans la régulation et le respect de la doctrine alors connue du régulateur, il ne semble pas suffisant. Il suffit pour s'en convaincre de s'en tenir à la crise économique où un certain nombre de commentateurs et même dans les rangs néo-libéraux ont considéré que le manque de contrôle étatique et l'échec des autorités de régulation ont été des vecteurs supplémentaires de la crise mondialisée.

Certes, la soft law introduit un relativisme quant au seuil de normativité. Mais si le système gagne en flexibilité, il perd en précision dans la détermination des obligations juridiques. Pour plusieurs juristes, cette indétermination à l'intérieur d'un système juridique est fatale, surtout si le fonctionnement du système dépend en fin de compte de l'application stricte d'un code binaire légal/illégal lui-même ancré dans des sources clairement et préalablement identifiées. Le rôle des catégories juridiques exigerait un traitement quasi-mécanique de la réalité qui, elle, se présente sous l'aspect d'infinis phénomènes devant être simplifiés pour éviter la paralysie sociale. Le traitement juridique de la réalité permettrait aux régulateurs et aux entreprises de moduler leurs comportements respectifs pour mieux vivre ensemble dans un monde de la régulation éminemment complexe. Grâce à la simplicité du code binaire du

---

<sup>32</sup> Décryptages Mars/Avril 2010 • N°18 La lettre de la Commission de régulation de l'énergie (CRE)  
URL : [www.cre.fr](http://www.cre.fr)

système juridique, la complexité attachée à la réalité du marché se trouverait réduite. Le code permettrait de qualifier avec assurance le comportement des acteurs de légal ou d'illégal, garantissant ainsi la stabilité du marché concurrentiel. En somme, le traitement juridique de la réalité redonnerait aux autorités de régulation une certaine maîtrise sur leurs vis-à-vis dont la liberté respective génère à elle seule la complexité sociale.

La place de la loi dans les secteurs économiques régulés était alors ambiguë. On a dit que la loi était souvent malmenée par les nouveaux modes juridiques de régulation économique, dont les règles émergent plutôt par décantation, du rapprochement de multiples décisions, et en premier lieu du soft law le plus souvent produite par les régulateurs indépendants comme on a pu le constater avec la lettre de la CRE. Le soft law, en tant que mélange de lignes directrices, de rapports annuels voire de déclarations de presse, était souvent privilégié. L'intervention du Parlement se résumait alors à la transposition de textes communautaires. La loi fournissait alors une sorte de principe de légitimité globale par la source. La loi servait alors à formuler les règles générales du jeu comme un acte d'ouverture de la transformation de l'organisation des secteurs (loi du 10 février 2000 pour l'ouverture du secteur de l'électricité). Ainsi la loi est de plus en plus présente dans les systèmes régulés en raison des crises de ceux-ci en France comme au Royaume-Uni.

Le soft law correspond à une première étape d'un processus qui aboutirait à l'autorégulation du marché. Si le processus a abouti outre-Manche, il n'était qu'en cours en France. Cependant dans les deux pays, l'autorégulation n'est plus considérée comme un objectif à atteindre. Ce constat est d'autant plus vrai au regard de la crise économique dont l'autorégulation en est une cause.

#### **b. L'erreur de l'autorégulation**

L'autorégulation est originellement issue de la métaphore de la main invisible d'Adam Smith (« *l'homme est conduit par une main invisible à remplir une fin qui n'entre nullement dans ses intentions ; tout en ne cherchant que son intérêt personnel* »). Ainsi le marché



s'autorégule et maximise la seule production. Le consommateur et le producteur, cherchant leur intérêt individuel, participeraient à l'amélioration de la société toutefois. Ce modèle ne règle pas le problème de la répartition (il faut considérer ce concept sous son seul aspect technique et non sous d'éventuels aspects de propagande ou de dénigrement de la théorie libérale.) En réalité, l'expression de Smith n'apparaît qu'une fois dans La Richesse des nations et dans le contexte d'un raisonnement contre ce que nous appelons aujourd'hui le néolibéralisme. Il avait compris que sa théorie ne fonctionnerait pas s'il y avait libre circulation et libre investissement des capitaux.

L'autorégulation se réfère a contrario et implicitement à la conception la plus traditionnelle et romaniste d'un droit exprimé tout entier par la loi. Ainsi ce qui est désigné comme de l'autorégulation n'est pas tant l'exclusion du droit, les systèmes autorégulés n'étant pas régis uniquement par des usages ou des organes spontanément constitués entre opérateurs mais fonctionnant encore et notamment grâce aux contrats, dont nul ne doute de la juridicité. L'autorégulation qui prétend à l'exclusion du droit ne vise en réalité que celle de la loi, c'est-à-dire l'expression de la volonté générale par la représentation générale. Pour résumer l'idée n'est pas de s'émanciper du droit mais bel et bien de la tutelle de l'Etat. Or cette émancipation incontrôlée d'abord des entreprises travaillant dans la finance. Au Royaume-Uni le retour à la régulation étatique est d'autant plus dur que l'habitude avait été prise que les marchés financiers. Déjà en 1992 au moment du scandale Maxwell, une réflexion d'ensemble sur les modes de surveillance et de régulation des activités des caisses de retraite britanniques va être lancée suite à l'affaire Maxwell, a annoncé la semaine dernière le Securities and Investments Board. Selon le SIB, en effet, de « sérieuses faiblesses » sont apparues à cette occasion, remettant en cause dans une certaine mesure les principes d'autorégulation de la City de Londres.

Le rapport publié par le SIB fait suite à l'analyse effectuée par IMRO, l'organisme responsable de la surveillance des caisses de retraite, sur le détournement de centaines de millions de livres par Robert Maxwell. IMRO y pratique une autocritique sévère, qui vient

d'ailleurs de se traduire par la démission de son président: analyse des informations « insuffisamment critique », incapacité à reconnaître les risques présentés par les sociétés Maxwell, réaction inadéquate après la mort de l'homme d'affaires, etc. Affirmant qu'IMRO va désormais devoir réformer ses procédures et renforcer considérablement ses contrôles, le SIB étend à lui-même - dans une moindre mesure - cette remise en cause.

Rappelant qu'il s'en remettait jusqu'ici très largement aux organisations d'autorégulation des différentes professions du marché, comme IMRO pour les caisses de retraite, le SIB affirme qu'il lui faut dorénavant « reconsidérer » cette méthode de travail. Le président du gendarme des marchés, Andrew Large, va donc « réexaminer la façon dont il assume ses responsabilités de régulation », ce qui va représenter, selon lui, « un énorme travail ».

Le SIB entend également passer en revue les règles s'appliquant à la conservation d'actifs pour compte de tiers, ainsi que « les mécanismes par lesquels les auditeurs peuvent transmettre des informations directement aux régulateurs ». Plus généralement, le SIB s'interroge sur un aspect fondamental de la régulation de la City: le rôle laissé à l'«autorégulation » par les professionnels eux-mêmes. Les self-regulatory, organisations comme IMRO, fonctionnent en principe grâce à l'expérience de professionnels de leur secteur, capables de concilier les exigences de la régulation et la nécessité de ne pas entraver le bon fonctionnement des firmes concernées. Mais comme l'a reconnu M. Large «Nous n'avons pas eu beaucoup de volontaires pour venir nous aider. » D'où le besoin d'obtenir « un niveau plus élevé et plus efficace d'expérience de praticiens » au sein des organismes de tutelle. Il s'agit là, selon le président du SIB, d'une « question clé » pour le futur de la régulation de la City<sup>33</sup>. L'heure n'est pourtant pas à la remise en cause du marché côté britannique et pour cause le gouvernement britannique a tellement laissé de libertés réglementaires et économiques au secteur de la finance que celui-ci est devenu le secteur dominant de l'économie britannique. En effet de 1990 à 2007, la part du produit intérieur brut (PIB) britannique issu de la finance

---

<sup>33</sup> LES ECHOS n° 16178 du 13 Juillet 1992 • *Scandale Maxwell: la City revoit ses modes de régulation* n° 16178 du 13 Juillet 1992 • page 16

est passée de 22 % à 32 %. De plus les services financiers et l'immobilier représentent désormais un cinquième des emplois du pays<sup>34</sup>. Dans un contexte d'économie mondialisée, les avantages concédés par le gouvernement à la City sont difficiles à reprendre. En effet le gouvernement britannique actuel est lié par les décisions de ses prédécesseurs. Dans un pays où les services représentent plus de 75%(2011) du PIB et dans un contexte de récession économique, le gouvernement ne peut se permettre un manque d'investissements financiers dans son pays. C'est dans cette idée que le Premier Ministre David Cameron a été amené à refuser le nouveau traité européen pour une nouvelle et vraie régulation des services financiers à hauteur de l'Union Européenne.

Pour Renaud Lambert, journaliste au Monde diplomatique les élections générales de 2010 ont signé la fin du « modèle britannique ». Pour autant, il y a trois ans, l'hebdomadaire libéral *The Economist* s'enthousiasmait – en « une » ! – de ce que, pour la Grande-Bretagne, « les choses [n'aient] jamais été aussi faciles ». Il estime aujourd'hui que « l'ancien modèle a échoué de manière spectaculaire ». Eric Le Boucher invitait hier les lecteurs du Monde à «porter un regard plus intéressé outre-Manche ». Il explique désormais à ceux d'Enjeux, le magazine mensuel des Echos, que « la crise qui marque l'échec de l'ultralibéralisme signe aussi, en parallèle, la fin [du] modèle britannique. » A l'image de Goldman Sachs, même les banques – pourtant aux premières loges pour bénéficier de la financiarisation de l'économie britannique au cours des vingt dernières années –, concèdent aujourd'hui que « la Grande-Bretagne doit purement et simplement inverser la politique conduite depuis dix ans. »

Le « modèle britannique » aurait donc vécu ? Depuis la France, on a peine à le croire tant il s'était imposé comme nord magnétique des boussoles expertes en quête du « modèle étranger ». L'idée de Jacques Attali et de sa commission pour la libération de la croissance française de faire de Paris une « place financière majeure » semble avoir vécu. « La valorisation de l'industrie financière française » ne semble plus d'actualité. L'absence de

---

<sup>34</sup> RENAUD LAMBERT, *Elections britanniques, la fin d'un « modèle »* Le monde diplomatique lundi 3 mai 2010

régulation efficace des marchés financiers de la City a engagé de façon plus rapide et plus profonde l'économie britannique dans la récession. Comme l'a constaté *The Economist* : «La Grande-Bretagne a été plus durement frappée que les Etats-Unis ou la zone euro.» Et pour cause. Dans un tel contexte, la crise des subprime ne pouvait passer inaperçue : entre le début de l'année 2008 et l'automne 2009, le PIB allait plonger de 6,2 %, précipitant l'économie britannique dans une récession qui allait durer dix-huit mois de plus que dans les autres pays du G7. Malgré la crise économique et l'échec des marchés financiers à l'autorégulation, le nouveau Premier Ministre britannique depuis 2 ans au pouvoir maintenant continue d'affirmer avec force que l'Etat qui contrôle et régule n'est pas la bonne solution et ce malgré le fait que l'Etat a renfloué les caisses d'un certain nombre de grandes banques et entreprises britanniques. Le but est d'une part une nouvelle fois de diminuer l'influence de l'Etat dans tous les domaines pas seulement dans le domaine de la régulation économique en transférant une partie des prérogatives étatiques à la société civile. Tout ceci se regroupe dans le concept de « big society ». L'individualisme d'antan visait à faire « reculer les frontières de l'Etat » ? La « Big society » (littéralement : « grande société ») de M. Cameron n'a pas un objectif différent.

Lorsqu'il promet aux Britanniques de créer eux-mêmes des écoles, de remplacer l'Etat par des coopératives de salariés au sein du système de santé ou de transférer la gestion de certains services publics à des opérateurs privés, le tout « sans dépenser plus d'argent », il poursuit finalement l'entreprise de privatisation de son illustre prédécesseur.

Mais les choses ont changé, assuraient les travaillistes. La crise financière leur avait ouvert les yeux sur leurs erreurs passées. M. Brown, l'ancien premier ministre, ancien candidat à sa propre succession, avait alors admis, à la télévision, s'être trop laissé influencé par le « lobby bancaire ». Aujourd'hui, il le regrettait : « La vérité, c'est qu'au niveau international et au niveau national, nous aurions dû réglementer [le secteur bancaire] davantage. Donc, j'ai appris de cette erreur. » Manque de chance, ce sont les conservateurs qui ont emporté les élections. Mais ce mea culpa semblait avant tout électoraliste si l'on en juge l'action postérieure à cette déclaration de Gordon Brown quelques semaines plus tard

intervenait personnellement pour retarder un vote de l'Union européenne sur de nouvelles mesures de réglementation. D'ailleurs, le secrétaire d'Etat à l'entreprise, M. Peter Mandelson, n'avait-il pas relativisé le changement de perspective travailliste sur le secteur financier en déclarant : « La City est un atout pour le Royaume-Uni ». Si la financiarisation de l'économie ne s'est pas démentie avec le changement de majorité gouvernementale, la France elle n'a pas suivi ce modèle. En effet dans un rapport d'information de 2003, l'Assemblée Nationale<sup>35</sup>, en amont de la crise économique, témoigne de la crise de la gouvernance qui doit mettre fin à l'autorégulation, tel est le but de cette mission d'information. En effet, cette mission d'information s'est formée en réponse à l'affaire Enron. En fait de modèle économique, l'entreprise gonflait artificiellement ses profits tout en masquant ses déficits en utilisant une multitude de sociétés écrans et en falsifiant ses comptes. Le but était, ni plus ni moins, de gonfler la valeur boursière. L'affaire Enron est particulièrement significative des effets d'une déréglementation sans contrôle et des excès que peut engendrer le marché. Enron a sonné le glas de l'autorégulation et, s'il est une certitude dans le paysage encore perturbé des marchés financiers, c'est dans le grand retour des régulations qu'il faut la chercher. Il serait certes illusoire de penser que la restauration de la confiance puisse être décrétée de quelque manière que ce soit, y compris par des lois. À l'inverse néanmoins, quand la confiance, fondement même du système capitaliste, est rompue, l'inaction est inconcevable. Si l'autorégulation n'a pas évité une crise de confiance sur les marchés financiers, il est clair que si l'autorégulation n'était pas la bonne solution pour contrôler une entreprise, ce mécanisme n'est sans doute pas le bon non plus pour un marché concurrentiel tout entier. La suite du développement permettra de développer les solutions proposées par cette mission, revenues sur le devant de la scène à la suite de la crise économique et ce depuis 2008.

---

<sup>35</sup> Assemblée nationale constitution du 4 octobre 1958 douzième législature enregistré à la présidence de l'assemblée nationale le 2 décembre 2003. rapport d'information déposé en application de l'article 145 du règlement par la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république en conclusion des travaux d'une mission d'information constituée le 16 octobre 2002 sur la réforme du droit des sociétés.

La succession de scandales, en liant avec des grandes entreprises sur des marchés concurrentiels, couplée à la crise économique découlant en partie de la liberté incontrôlée laissée à ces mêmes entreprises a permis une prise de conscience de leurs parts. En effet quand la récession s'expose, elle ne fait pas que toucher la croissance des grandes entreprises mais elle a aussi un impact considérable sur la société toute entière.

## 2. La prise de conscience des entreprises de leur place particulière dans la société

La responsabilité sociétale de l'entreprise (RSE) peut se définir comme une démarche d'affirmation volontaire, par les entreprises, de leur responsabilité sociale - ou sociétale - qui se traduit par des engagements qui vont au-delà des exigences réglementaires et conventionnelles auxquelles elles sont soumises. C'est le livre vert de la commission « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » de juillet 2001 (COM [2001] 366 final), qui a marqué la consécration de la notion de « Responsabilité sociale des entreprises ». Le livre vert s'est principalement préoccupé de la dimension sociale de cette démarche, mais n'occulte pas les deux autres aspects essentiels: droits fondamentaux et développement durable. Il fait très bien apparaître que le concept est principalement développé par de grandes entreprises, généralement multinationales. Il y a probablement là une volonté d'échapper aux conséquences négatives de la mobilisation « antimondialisation ». Les acteurs de la mondialisation économique entendent établir qu'ils sont aussi des entités citoyennes revendiquant une responsabilité positive, allant même jusqu'à considérer cette « responsabilité » comme « l'une des composantes de leur identité ».

Fondée sur le volontariat, la « Responsabilité sociale des entreprises » suppose, pour être efficace, que soit réglée la question de la crédibilité et du sérieux de la démarche adoptée. Il est évident en effet que les affirmations des entreprises doivent reposer sur des évaluations sérieuses mises au point avec l'aide d'experts impartiaux. Faute d'être irréprochable, la politique de « Responsabilité sociale des entreprises » risque fort d'être assimilée à un simple « gadget marketing ». C'est l'une des raisons de l'initiative européenne visant à instaurer un

cadre « européen global destiné à favoriser la qualité et la cohérence des procédures observées dans le domaine de la responsabilité sociale des entreprises grâce à l'élaboration de principes, d'approches et d'outils génériques, et à la promotion de bonnes pratiques et d'idées innovantes ». Il est symptomatique d'observer que la « Responsabilité sociale des entreprises » n'est pas envisagée par ceux qui y adhèrent ou veulent la développer comme une responsabilité juridique mais uniquement comme une démarche complémentaire du respect de la réglementation. Dans le principe, et ainsi que le relève la commission européenne dans le Livre vert « Être socialement responsable signifie non seulement satisfaire pleinement aux obligations juridiques applicables, mais aussi aller au-delà et investir "davantage" dans le capital humain, l'environnement et les relations avec les parties prenantes ». Parallèlement à l'apparition de la « Responsabilité sociale des entreprises » et lui fournissant un mode d'expression, on a pu assister au développement considérable des codes de conduite ou chartes éthiques émanant d'entreprises privées.

En France, les entreprises, spécialement les sociétés cotées, sont de plus en plus nombreuses à se doter d'un code éthique qui s'inscrit dans une politique globale de « compliance » et d'affirmation de leur responsabilité sociétale. La question du contenu, du rôle et de l'impact des codes éthiques au sein des sociétés françaises mérite d'être approfondie, notamment au regard de leur juridicité, autrement dit de leur degré d'intégration des prescriptions légales. Le constat est également valable pour le Royaume-Uni. Selon l'Institut d'éthique des affaires de Londres, 57 % des plus grandes entreprises du Royaume-Uni ont un code de déontologie ou en préparent un.

On peut avancer plusieurs causes à leurs développements récemment, sans qu'il ne soit possible d'en mesurer le poids respectif, ni d'en livrer une liste exhaustive. Aux États-Unis, les Federal Sentencing Guidelines for Organization (FSGO) en 1991, puis le Sarbanes-Oxley Act en 2002, ont très fortement poussé les entreprises à mettre en place un code éthique, celui-ci s'intégrant dans un dispositif général de « compliance ». L'environnement juridique des entreprises étant de plus en plus complexe - et multiple (de par l'effet de la

globalisation des échanges économiques) - c'est en toute logique qu'elles ressentent le besoin d'éclairer l'ensemble des acteurs de l'entreprise quant au contenu de cet environnement, aux obligations qu'il vient imposer et à la légalité (ou l'illégalité) de certains comportements. D'ailleurs, le Sarbanes-Oxley Act, dans sa section 406, exige de la Securities and Exchange Commission (SEC, l'équivalent aux États-Unis de l'Autorité des marchés financiers) qu'elle édicte des règles afin que soit mise en application par les sociétés cotées l'obligation de rendre public le fait que l'entreprise a adopté un code éthique, et d'expliquer pour quelles raisons elle ne l'aurait pas fait.

Selon une étude réalisée conjointement par KPMG et l'université Erasmus, trois raisons majeures à la création d'un code éthique se détachent : la recherche de la conformité à la loi, la création d'une culture d'entreprise et la protection et l'amélioration de sa réputation<sup>36</sup>.

Si l'on appréhende les codes éthiques comme un mode de régulation non pas alternatif mais complémentaire à la loi, il est indéniable qu'ils doivent occuper une place essentielle dans la gouvernance moderne des sociétés, qu'elles soient cotées ou non. Si l'on peut constater une grande diversité des codes éthiques ou de déontologie, le fait est que un nombre grandissant de grandes entreprises se dotent de ce type d'outil et ce pour différentes raisons. Pour Pascale Deumier, cette intégration des exigences légales dans les codes présente au contraire un double intérêt : pour l'entreprise d'abord, dans la mesure où cela peut contribuer à la réduction de ses risques juridiques ; pour le droit étatique ensuite, qui s'enrichit d'un tel « décalque à échelle privée » (pour reprendre l'expression de l'auteur). Les codes sont en quelque sorte une « législation de poche », et gagneraient ainsi en autorité<sup>37</sup>.

En ce sens les codes éthiques peuvent constituer un apport pour une meilleure gouvernance et un vecteur positif non seulement d'intégration, mais également de construction de la norme juridique. Dans ce domaine la France a toutefois une conception un peu différente

---

<sup>36</sup> KPMG et Erasmus University, *Business Codes of the Global 200 : their prevalence, content and embedding*, 2008

<sup>37</sup> P. DEUMIER, *Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme*, in L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen (dir.) : *Droit économique et droits de l'homme*, Larcier, 2009



de celle du Royaume-Uni. En effet, le code éthique en France s'analyse comme un complément à la réglementation et notamment la loi. Outre-Manche mais également outre-Atlantique, il s'agit par un moyen détourné d'éviter la réglementation étatique. En effet l'idée peut être résumée de la façon suivante : plus les règles de bonne conduite, que ce soit à l'intérieur ou à l'extérieur de la société, sont dictées directement par les grandes entreprises, moins l'Etat aura l'envie de venir réglementer lui-même. Poussée à l'extrême, cette solution en revient quasiment à une sorte d'autorégulation sous une autre forme. C'est pourquoi le Royaume-Uni jouit d'un code de bonne conduite appelé «the UK corporate governance code<sup>38</sup>» dont le but est de responsabiliser les dirigeants des sociétés qui ont en charge la conduite desdites sociétés « pour faciliter un management efficace, entreprenant et prudent pour construire la réussite de l'entreprise sur le long terme ».

Ainsi s'il a pu être constaté le retour au premier plan de l'Etat dans l'économie, pour des raisons liées à une confiance trop accrue envers les marchés et au premier rang desquels les marchés financiers et la réaction des grandes entreprises, il faut s'attacher désormais à décrire les mécanismes de réaction de l'Etat dans ce qu'ils sont actuellement et dans ce qu'ils devraient être dans le futur.

## **B) L'ajustement du contrôle de l'Etat sur les grandes entreprises**

Il faut alors distinguer entre les moyens actuels dont dispose l'Etat comme leviers d'intervention sur la gouvernance des grandes entreprises (1), et ceux qu'il pourrait utiliser dans un souci d'efficacité future (2).

### *1. Les moyens actuels du contrôle*

---

<sup>38</sup>URL :[http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate\\_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf](http://www.frc.org.uk/documents/pagemanager/Corporate_Governance/UK%20Corp%20Gov%20Code%20June%202010.pdf)

L'Etat n'hésite plus à utiliser des leviers qu'elle avait délaissés par le passé sous l'influence de différentes institutions acquises à un libéralisme très puissant, tout en permettant un renforcement des moyens de régulation en place.

**a. Le retour d'une fiscalité régulatrice.**

Pendant trop longtemps, la fiscalité a été un ressort que l'Etat français et le gouvernement britannique ont utilisé pour faciliter l'installation des grandes entreprises sur leur territoire. Elle ne jouait donc plus son rôle de régulation de l'action des entreprises. En effet la tendance au début de la législature en 2007 a été un mouvement de baisse de la pression fiscale. Ce mouvement amorcé en début de quinquennat Sarkozy, a vu lui succéder une augmentation des prélèvements obligatoires qui a plus que compensé la baisse initiale. Le début de quinquennat s'est ouvert sur cette idée d'une fiscalité facilitatrice et d'abord aux entreprises. Mais une fois la crise intervenue en France et le renflouement de certaines entreprises fautive effectué, l'Etat a dû revoir sa fiscalité pour pouvoir réagir à cette période de récession et ses sommes versées aux grandes banques notamment. Au « choc de confiance » que le président de la République souhaitait créer par une forte diminution de la pression fiscale, succède donc une phase de rigueur visant à restaurer les recettes publiques dans un contexte économique de crise des dettes souveraines et de quasi-récession. Si certains ont critiqué l'incohérence des choix effectués par le gouvernement et la majorité en matière fiscale, tandis que d'autres soulignent que ce changement de cap est simplement imposé par la crise actuelle. La nécessité de restaurer les comptes publics a conduit le gouvernement à chercher à augmenter les recettes publiques. Cela s'est fait notamment par la réduction ou la suppression de certaines dépenses fiscales, dérogations aux principes généraux du droit fiscal, couramment appelées « niches fiscales », entraînant des pertes de recette pour l'Etat. Ces « niches fiscales » bénéficiaient en premier aux grandes entreprises qui y voyaient là une aubaine pour optimiser leur feuille d'impôt. Du fait de la crise, la fiscalité revient à l'essence même de sa fonction, à davantage d'équité et de justice redistributive tout en permettant la régulation économique par la stabilisation. L'optimisation fiscale comme

mécanisme pour s'extraire de la fiscalité étatique s'est vu remise en cause par cette volonté de limiter les dérogations aux principes généraux du droit fiscal. Pour contrôler l'équilibre macroéconomique, assurer la croissance et tendre vers le plein emploi, on distingue habituellement les politiques centrées sur la demande visant au soutien ou à la relance de l'activité économique, des politiques privilégiant l'offre, plus restrictives, favorables à l'épargne et/ou cherchant à améliorer la compétitivité des entreprises.

Selon l'analyse keynésienne, l'impact positif sur la croissance et l'emploi des politiques budgétaires est le résultat du multiplicateur. Toutefois, pour les keynésiens, une hausse des dépenses publiques n'est pas équivalente à une diminution des recettes. En effet, le multiplicateur des dépenses budgétaires est supérieur au multiplicateur fiscal en raison des délais plus lents de réaction des revenus individuels et donc de la consommation, aux modifications de la fiscalité.

Pour leur part, les économistes de l'offre ne croient pas en l'effectivité du multiplicateur et critiquent ce qu'ils appellent les "dégâts du keynésianisme", en particulier la mauvaise allocation des capacités productives au sein de l'économie qui serait engendrée par les distorsions que provoquent les prélèvements obligatoires et les dépenses publiques. C'est la raison pour laquelle ils soutiennent que la baisse des charges fiscales est l'instrument de la réduction des dépenses publiques dont il devrait résulter une relance de l'investissement et de l'activité permettant à terme de combler les déficits publics.

Comme cela a été souligné à l'occasion des débats récents sur l'efficacité de la politique budgétaire, il faut également tenir compte de l'effet contra-cyclique de la plupart des activités publiques, notamment les prélèvements obligatoires. Ces activités présentent une certaine inertie par rapport à la conjoncture et agissent comme des stabilisateurs automatiques. En particulier, les prélèvements obligatoires, et singulièrement l'impôt sur le revenu des personnes physiques, augmentent en période d'expansion et diminuent durant les récessions. Les variations sont d'autant plus importantes que les prélèvements présentent un profil

progressif. A cet égard, Robert Solow soutient que les politiques fiscales s'attaquant à la progressivité des prélèvements remettent en cause la capacité des budgets à atténuer spontanément l'impact des chocs conjoncturels. La fiscalité du fait de la crise a repris un rôle important comme outil d'intervention pour l'Etat dans l'économie. Elle sort ainsi de son rôle limité qu'elle a pu tenir en période de croissance et redevient un véritable levier de l'impact de l'Etat sur les grandes entreprises. Si avant la crise, la pression fiscale était souvent considérée comme trop forte en France, depuis le début des crises économiques, il semble légitime que les grandes entreprises redeviennent les premiers contributeurs en termes de fiscalité. On repasse d'une fiscalité subie, du fait de la mondialisation, à une fiscalité de contrôle. Si les incitations fiscales existent toujours, elles sont dorénavant tournées vers le social plus que vers l'économique. Les incitations fiscales visant à manipuler les comportements des agents économiques, occupent une place de plus en plus importante dans les politiques fiscales. L'interventionnisme fiscal est pratiqué, de manière massive, depuis très longtemps. Dans la période récente les incitations fiscales sont de plus en plus utilisées pour décourager les activités nuisibles ou encourager les activités socialement appréciées de manière positive. La crise a permis un rééquilibrage des sociétés françaises et britanniques entre l'humain et l'économique. En effet on s'est rendu compte que l'économie ne pouvait pas être déconnectée de la société dans laquelle elle évolue. Le concept de « big society » des conservateurs reprend un peu cette idée en remettant au centre des débats la « société civile » britannique. La déconnection d'une économie qui devient de plus en plus immatérielle avec la réalité humaine a amené une grave crise économique. Ce constat est vrai pour l'économie mais aussi pour la fiscalité<sup>39</sup>. Cependant ce constat, qui est valable en France où l'impôt est utilisé pour juguler une partie de la crise, ne peut être étendu au Royaume-Uni où le choix du premier Ministre David Cameron s'est porté sur le modèle de l'austérité, c'est-à-dire faire des coupes drastiques dans tous les moindres recoins des dépenses étatiques. Si le choix du Royaume-Uni a été la rigueur, celui de la France est une solution médiane entre la relance avec de fortes

---

<sup>39</sup> JEAN-MARIE MONNIER professeur au centre d'économie de la Sorbonne Université Paris I-Panthéon Sorbonne *La politique fiscale : objectifs et contraintes d'économie*.

dépenses publiques pour augmenter les recettes publiques et la rigueur qui réduit les recettes en même temps que les dépenses publiques. Peut-être allons-nous connaître une évolution de cette position puisque le Président de la République François Hollande a fait de la relance et de la croissance un des thèmes de sa campagne électorale.

Comme exemple à cette tendance à redonner un rôle à la fiscalité, on peut citer la taxe sur les transactions financières ou taxe Tobin du nom du lauréat du « prix Nobel d'économie » James Tobin, consistant en une taxation des transactions monétaires internationales afin de limiter la volatilité du taux de change.<sup>40</sup> La mesure, incluse dans le projet de budget rectificatif 2012, prévoit la création d'une taxe de 0,1 % sur les échanges d'actions des sociétés dont la capitalisation boursière dépasse 1 milliard d'euros et dont le siège social est en France. Elle vise aussi, avec un taux dix fois moins important de 0,01 %, certains produits ou opérations accusés de favoriser la spéculation : les Credit Default Swaps (CDS), dits "à nu", censés prémunir les investisseurs contre le risque de faillite d'un Etat, ou le "trading à haute fréquence" reposant sur des échanges par ordinateur à la nanoseconde. L'idée est bel et bien pour l'Etat de reprendre l'ascendant sur la haute finance, responsable pour une part de la crise économique.

## **b. les aides publiques**

On connaît l'allergie chronique de l'Union Européenne et en particulier sa Commission aux aides publiques mais force est de constater que devant l'ampleur de la crise, il a bien fallu à l'institution de Bruxelles contre mauvaise fortune faire bon cœur. Si les aides publiques ont pu revenir comme outil d'intervention dans la gouvernance des entreprises et notamment de celles qui étaient en difficulté.

Paradoxalement, la Commission européenne a exclu l'application du droit des aides aux entreprises en difficulté pour remédier à la crise du crédit qui a caractérisé la crise financière

---

<sup>40</sup> [http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/02/16/la-taxe-sur-les-transactions-financieres-adoptee-a-l-assemblee-nationale\\_1643886\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2012/02/16/la-taxe-sur-les-transactions-financieres-adoptee-a-l-assemblee-nationale_1643886_3234.html)

d'octobre 2008. Un corpus de règles communautaires spécifiques a été mis en place, tandis qu'en droit interne s'applique le droit des aides au développement économique. Les aides aux entreprises en difficulté ont été admises dans un second temps, pour les entreprises privées non pas de crédit par la crise financière, mais de clients par la crise économique<sup>41</sup>.

Il faut alors distinguer les aides aux entreprises privées de crédit par la crise financière des aides aux entreprises privées de client par la crise économique. Le deuxième type d'entreprises ne rentre pas à proprement dit dans le propos concerné puisque les grandes entreprises auxquelles l'analyse s'attache ne sont pas privées de clients par la crise économique. Ces aides ne seront donc pas évoquées dans ce développement. Pour les entreprises privées de crédit par la crise financière, les contraintes communautaires ont été maintenues mais adaptées.

L'article 107 § 3 b du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TUE, ancien art. 87 § 3 b) prévoit depuis l'origine (Traité de Rome, art. 92 § 3 b) des dérogations au principe d'interdiction des aides, lorsqu'il s'agit de « remédier à une perturbation grave de l'économie d'un État membre ». La crise financière de 2008, par son caractère inédit, a soulevé la question d'une suspension pure et simple du droit commun des aides par application de cette disposition. La Commission européenne a émis des lignes directrices fondées sur l'article 87 § 3 b (devenu 107 § 3 b), mais elles concernent les aides aux établissements financiers en difficulté. Ces aides, relèvent d'une échelle, comme le rappelle la Commission, « systémique »<sup>42</sup>.

S'agissant des aides aux autres secteurs, la Commission n'a à ce jour pas mis en œuvre l'article 107 § 3b, et continue d'appliquer ses lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté, qu'elle fonde sur l'article 107 § 3

---

<sup>41</sup> JEAN-PAUL MARKUS *Aides aux entreprises affectées par la crise financière*, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 34, 26 Août 2010, 1730.

<sup>42</sup> Communication, 25 oct. 2008 préc., § 9.)

c<sup>43</sup> (aides destinées à faciliter le développement de certaines activités ou de certaines régions économiques, V. infra).

Reste que la logique libérale de la Commission, qui sous-tend toute sa politique en matière d'aide aux entreprises en difficulté, a dû faire l'objet d'assouplissements. Si la disparition des « entreprises inefficaces » reste « une donnée normale du fonctionnement du marché », la crise financière, en particulier du fait du tarissement des sources de crédit, a touché des entreprises qui n'étaient pas nécessairement inefficaces<sup>44</sup>.

Les aides publiques redeviennent du fait des circonstances un moyen puissant de régulation économique. Elles retrouvent leur objectif premier : aider des entreprises en difficulté mais qui ont un intérêt social, ne serait-ce qu'en termes de sauvegarde de l'emploi. Il ne faut cependant pas se leurrer, ce recours aux aides publiques a surtout été dicté par les difficultés financières du secteur bancaire. Or si les banques dont l'objectif est le financement des autres secteurs économiques est en difficulté, c'est toute l'économie du monde et donc de la France et du Royaume-Uni qui serait dans une grave position. De plus il s'agit d'une période particulière et temporaire : il semble possible d'affirmer qu'une fois cette période exceptionnelle passée, les aides publiques seront de nouveau très limitées.

Il faut donc également s'attacher au renforcement des moyens octroyés aux autorités de régulation dans une optique de meilleur contrôle des marchés.

### **c. Le renforcement du pouvoir répressif des autorités de régulation**

La crise a permis de démontrer à échelle grandeur nature que les autorités de régulation manquaient d'efficacité dans leur rôle de contrôle d'un marché donné et notamment le marché financier.

---

<sup>43</sup> Comm. CE, 1er oct. 2004, lignes directrices concernant les aides d'État au sauvetage et à la restructuration d'entreprises en difficulté : JOUE n° C. 244, 1er oct. 2004, p. 2, § 19.

<sup>44</sup> *Ibid.*

La régulation permet également de compléter le contrôle du juge qui connaît ses limites en la matière. Son caractère permanent et essentiellement préventif, par opposition au contrôle juridictionnel qui intervient ponctuellement et a posteriori, explique son efficacité, laquelle repose en grande partie sur la marge d'action dont les autorités administratives indépendantes disposent, notamment en matière répressive<sup>45</sup>.

La répression constitue en effet un instrument indispensable à la vie économique. Toutes les autorités de régulation ne sont certes pas dotées d'un pouvoir de sanction et quand bien même elles en seraient munies, celui-ci peut être plus ou moins étendu. C'est ainsi que parmi les 34 autorités administratives indépendantes identifiées par le Conseil d'Etat en 2001, 12 étaient dotées d'un pouvoir de sanction, dès leur création ou à la suite d'un transfert, afin de renforcer leur efficacité. Leur multiplication a contribué à l'extension du champ des sanctions administratives, c'est pourquoi, au-delà de sa légitimité, le débat sur la fonction répressive de l'administration a été renouvelé avec l'émergence d'autorités de régulation dotées progressivement d'un pouvoir de sanction.

La « déjuridictionnalisation » de certains litiges au profit des autorités de régulation présente de nombreux avantages pratiques : rapidité, efficacité, simplicité et prévention. C'est pourquoi leurs règles de fonctionnement ont été dans un premier temps volontairement simplifiées, afin de leur permettre de trancher les différends et de prononcer des sanctions plus rapidement que les juridictions au rôle encombré et soumises à de multiples contraintes procédurales. En même temps qu'elle élargit le champ de la répression administrative<sup>46</sup>, la reconnaissance d'un pouvoir de sanction aux autorités de régulation conduit à en fixer le régime, en partie, par référence au pouvoir répressif du juge comme en témoigne l'application de l'article 6 § 1 aux autorités de régulation. Le régime juridique des sanctions administratives prononcées par ces autorités comporte des contraintes particulières qui les éloignent des

---

<sup>45</sup> PAULE QUILICHINI, *Réguler n'est pas jugé réflexion sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique*, AJDA 2004 p.1060.

<sup>46</sup> J. MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, LGDJ, 1967.



autorités administratives classiques pour les rapprocher du juge. Ce glissement est d'autant plus aisé que les autorités administratives indépendantes, qui n'ont pas de statut unifié, ne sont pas intégrées dans la hiérarchie administrative classique.

Les autorités de régulation jouent donc le rôle « d'intermédiaires entre administration et justice. Elles ne se substituent ni à l'une ni à l'autre, mais viennent compléter le dispositif d'encadrement de l'économie<sup>47</sup> ». Le rôle d'intermédiaire pose problème en France et pourtant cette position est nécessaire. En effet cette place entre l'Etat et le juge est le principal atout des autorités de régulation et notamment dans son pouvoir de répression. En effet, comme l'explique Paule Quilichini, les autorités de régulation doivent remplir plusieurs rôles, d'une part permettre la maximalisation du marché concurrentiel dont elles ont la charge. Ce rôle les rapproche davantage de l'action de l'Etat en tant qu'administration. Mais elles doivent également jouer le rôle d'arbitre sur ce marché dans toute la palette de pouvoirs que cela implique. Elles doivent à la fois rendre des arbitrages et faire office de juge pour sanctionner les abus de certains opérateurs. Dans ce rôle, les régulateurs se rapprochent de la fonction de juge. Mais trancher dans un sens ou d'un autre de ses deux fonctions n'est pas utile. Pour éviter les confusions procédurales il suffirait de séparer les deux fonctions et leur appliquer le régime juridique correspondant. Le modèle du Conseil d'Etat pourrait servir de modèle à cette idée. Ce régime d'entre-deux, quoique source de confusion pour certains, reflète en réalité la multiplicité des rôles de ces autorités et le meilleur moyen de faire à la fois de la prévention et de la répression. Plus l'action des autorités de régulation sera complète, plus elle sera efficace et meilleure sera la réalisation économique du marché concurrentiel.

La régulation fait sans doute partie de « ces activités intermédiaires qui pourraient indifféremment être rangées soit parmi les activités juridictionnelles, soit parmi les activités administratives » comme l'explique Odent. Cependant le fait de ne pas la classer reste sans doute la meilleure solution<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> J. CHEVALLIER, *Autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, Justices janvier-juin 1995, p. 90.

<sup>48</sup> R. ODENT, *Les droits de la défense*, ECDE, 1953, p. 55

Le choix entre prévention et répression fait débat en doctrine. En effet, dans le cadre d'un débat organisé par le Master 2 droit public de l'économie de Paris II, Le Président Daniel Labetoulle, président honoraire de la section du contentieux du Conseil d'État et président de la Commission des sanctions de l'AMF, Christian de Boissieu, président délégué du conseil d'analyse économique et maître Laurent Deruy (Cabinet Gide-Loyrette et Nouël), ont discuté des moyens et garanties de nature à corriger les dérives qui sont à l'origine de la crise actuelle<sup>49</sup>. L'Autorité des marchés financiers par exemple dispose notamment d'un système répressif, avec un organe de poursuite, le collège, et un organe d'instruction, la Commission des sanctions, où les magistrats sont minoritaires par rapport aux professionnels ; cette composition traduit une volonté de tempérer la répression par la connaissance du milieu professionnel. Mais pour pouvoir mettre en pratique son objectif de prévention, l'AMF se doit de recourir à une politique de sanction. La connaissance des infractions et la peur de la répression permettent de prévenir les dérives. C'est de la prévention par la pédagogie, qui conduit l'AMF à utiliser la totalité de l'éventail des sanctions et dans cette même idée à publier ses décisions. Dans ce sens les autorités de régulation sont amenées à réaliser un équilibre entre prévention et sanction mais cela n'exclut pas le renforcement du pouvoir de sanction qui a fait défaut par le passé.

Il semble indispensable de sanctionner les comportements portant atteinte au marché comme les fraudes. Il a de plus été invoqué en doctrine la pénalisation des sanctions comme à travers le rapport Coulon<sup>50</sup>, qui invite à une extension à une extension du contrôle pénal et à une diminution de l'importance de l'élément intentionnel de l'infraction. La prévention n'exclut

---

<sup>49</sup> STEPHANE BRACONNIER, PIERRE BARTHELEMY, MARIE-ASTRIDE PETITOT, *Répression ou prévention : quelle régulation pour les marchés financiers ?* RJEP, n°662, mars 2009 Etude 6.

<sup>50</sup> Collection des rapports officiels/rapport au garde des sceaux, ministre de la Justice, La dépenalisation de la vie des affaires Groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon premier président honoraire de la cour d'appel de paris (Janvier 2008).

donc pas la répression. Si elle représente le système le plus souhaitable afin d'éviter ex ante les dérives, seule la sanction ex post permet d'en garantir l'efficacité.

## 2. Vers une nouvelle façon d'intervenir ?

### a. Les pistes évoquées par la commission

La crise économique a changé la donne dans la façon de penser le contrôle de la gouvernance des grandes entreprises. Elle a remis en cause la confiance que les décideurs publics pouvaient avoir en elle. Les populations françaises et anglaises quant à elles ont pris conscience de la dangerosité pour leurs emplois ou tout simplement pour leurs vies quotidiennes de laisser les marchés livrés à eux-mêmes ou quasiment. Les décideurs publics font face à une nouvelle donne médiatique. Toutes leurs décisions concernant les grandes entreprises seront attendues et scrutées par l'opinion publique. Autant d'électeurs potentiels qui pourraient se détourner d'eux en cas de décisions trop complaisantes envers lesdites entreprises. Le système prôné depuis un demi-siècle, celui de la liberté des marchés, ne peut plus fonctionner. Les États ont pris conscience que la régulation n'est pas nécessairement un obstacle à cette conception libérale, mais qu'elle peut en être un soutien important, si et dans la mesure où elle permet d'en contrôler les effets pervers. Il faut un contrôle des marchés « efficient », voilà le principal objet dans les années à venir de l'intervention de l'Etat sur la gouvernance des grandes entreprises. Pour éviter les dérives, la page de la dérégulation de secteurs entiers de l'économie qui a prévalu ces dernières années doit être refermée.

Dans cette optique le rapport d'information de l'Assemblée Nationale numéro 1270 a donné trois axes principaux pour éviter la liberté totale des grandes entreprises par une autorégulation incontrôlée : réhabiliter l'actionnaire, responsabiliser le conseil d'administration, clarifier les pratiques en matière de rémunérations. Ces trois pistes peuvent servir de base à des lois futures. Ce rapport est d'autant plus intéressant que quelques-uns de ses membres

sont maintenant dans la majorité présidentielle voire Ministre pour Arnaud Montebourg en charge d'une partie de l'économie française.

En ce sens il faut faire état d'un constat : les grandes entreprises du fait de la crise subissent des contrôles plus complets de leurs activités. Il en va de la corruption en son sein par le Bribery Act au Royaume-Uni. Cette réglementation semble être acte fondateur de la lutte contre la corruption au sein des grandes entreprises.

L'entrée en vigueur du Bribery Act permet au Royaume-Uni de franchir une étape significative dans la lutte contre la corruption. Ce texte exigeant conduit le Royaume-Uni à remplir ses engagements internationaux. En outre, il impose à toutes les entreprises exerçant des activités au Royaume-Uni de mettre en place des procédures internes appropriées, destinées à prévenir la corruption des personnes qui leurs sont associées, sous peine d'encourir un important risque pénal. Il est fort probable que ce nouveau texte constituera une source d'inspiration pour le législateur français. D'ailleurs du fait d'un large champ d'application territorial, cette réglementation s'appliquera à toutes les entreprises qui ont une activité sur le sol britannique, c'est-à-dire les entreprises étrangères également. Preuve supplémentaire si il en fallait que l'Etat veut jouer un rôle dans la moralisation non pas de la vie politique mais de la vie économique des grandes entreprises<sup>51</sup>.

Le 1er juillet 2011 est entrée en vigueur la nouvelle loi britannique destinée à lutter contre la corruption, appelée Bribery Act 2010. Législation la plus sévère et la plus contraignante en la matière aux côtés de la loi américaine, elle a modifié de manière substantielle les textes en vigueur, consolidant par la même occasion des sources normatives jusqu'alors multiples et éparses. Cette lutte constitue un véritable enjeu de développement, renforçant la nécessité d'un engagement politique au plus haut niveau. Un tel engagement incombe en premier lieu aux dirigeants des grandes économies et des grands acteurs de

---

<sup>51</sup> JONATHAN MATTOU *Le Bribery Act ou les choix de la loi britannique en matière de lutte contre la corruption. - Un danger pour les entreprises françaises ?* Journal du droit international (Clunet) n°4, Octobre 2011, doct. 12.

l'économie que sont les entreprises multinationales, lesquelles sont les mieux placées pour instaurer des pratiques vertueuses du fait de leur poids économique et politique. Le Bribery Act, bien que critiqué par certains comme n'étant pas assez exigeant à maints égards, participe à ce mouvement par la création notamment de l'infraction de manquement à l'obligation de prévention de la corruption (appelée « corporate offence »), disposition la plus innovante de cette Loi.

Le contrôle de la rémunération des dirigeants des plus importantes sociétés participe de ce mouvement. La tendance est partagée de chaque côté de la Manche. En effet, il s'agit d'abord au Royaume-Uni de refuser les « golden parachutes » accordées aux patrons des grandes sociétés. On a pu voir ce refus du gouvernement Brown lors du départ du patron de la banque RBS (Royal Bank of Scotland). Renflouée avec l'argent de l'État, majoritaire à son capital depuis le premier plan de sauvetage de Gordon Brown cet automne, RBS avait pourtant accordé à son ex-directeur général, parti en octobre, une retraite confortable: près de 700 000 livres par an (1 274 000 \$CAN). Soit 13 300 livres (24 000 \$CAN) par semaine, s'indignaient les journaux britanniques qui consacrent leur Une à cette affaire.

Un Gordon Brown «en colère» avait appelé sir Fred Goodwin à renoncer à son pactole «injustifiable», faute de quoi il tenterait de trouver un moyen juridique de l'y contraindre. «Je partage la colère du public», avait alors déclaré «C'est injustifiable, inacceptable et nous allons faire le ménage dans les banques pour que ça ne se reproduise pas».

En France, il s'agit d'appliquer la règle de 1 à 20. Le dirigeant des entreprises à capitaux publics devront toucher un salaire au maximum vingt fois supérieurs au plus bas salaire de l'entreprise. Si dans les entreprises où l'Etat actionnaire est majoritaire, l'objectif semble réalisable, il n'est pas sûr que dans celles où l'Etat est minoritaire, la règle puisse être

appliquée.<sup>52</sup> "La réduction de la hiérarchie des salaires au sein des entreprises publiques, de 1 à 20, pour les mandataires sociaux sera faite et, comme l'a dit (le Premier ministre) Jean-Marc Ayrault, elle sera faite rapidement", a martelé jeudi le ministre des Finances, Pierre Moscovici. Selon ce calcul, la rémunération des patrons ne doit pas dépasser vingt fois le salaire le plus bas de ces entreprises. La question sera à l'ordre du jour du Conseil des ministres dans deux semaines. "Cette moralisation des dirigeants des entreprises, elle doit intervenir maintenant, tout de suite, et il faut aussi que (l'écart des rémunérations) soit décent, surtout lorsqu'il y a des situations sociales et économiques difficiles", a souligné Pierre Moscovici. La limitation des salaires des grands patrons est une mesure très populaire, approuvée par quatre Français sur cinq selon un récent sondage. Elle intervient dans un contexte de crise et de rigueur budgétaire, qui empêche toute politique de redistribution des revenus et toute relance par les salaires. Mais la mesure risque surtout d'avoir une portée très limitée, en se bornant à quelques patrons de groupes détenus à plus de la moitié par l'Etat. "Partout où l'Etat est majoritaire, il imposera notre politique, c'est-à-dire une politique de limitation de l'échelle salariale. Là où il est minoritaire, il cherchera à convaincre", avait d'ailleurs expliqué la semaine dernière le ministre du Redressement productif, Arnaud Montebourg.

Autant d'exemples qui montrent que la volonté étatique est bel et bien de retrouver une place de choix dans le fonctionnement même de l'entreprise.

Si l'Etat doit assurer un meilleur contrôle sur les grandes entreprises, il se doit aussi, du fait de moyens économiques limités, être à l'avant de l'économie dans des secteurs particuliers, dits « stratégiques ».

## **b. Le retour du colbertisme industriel ? L'Etat stratège**

---

<sup>52</sup> [http://www.liberation.fr/depeches/2012/05/31/l-ag-de-safran-refuse-un-parachute-dore-au-pdg-apres-l-opposition-de-l-etat\\_822684](http://www.liberation.fr/depeches/2012/05/31/l-ag-de-safran-refuse-un-parachute-dore-au-pdg-apres-l-opposition-de-l-etat_822684)

L'heure est à la mobilisation de l'État pour sauver l'industrie française. En mars 2010, le chef de l'État avait rappelé que « la France doit demeurer une grande nation industrielle » avant de fixer une « priorité absolue (...) au redressement de l'industrie française ». Il y a 10 ans pourtant, certains avaient proclamé la fin du colbertisme<sup>53</sup>.

Notre mémoire collective est positivement marquée par Colbert, précurseur du volontarisme industriel. L'interventionnisme de l'État dans l'économie n'a pourtant pas laissé que de bons souvenirs. La Banque mondiale avait dénoncé les dérives des entreprises publiques dans un rapport au titre marquant, *Bureaucrats in Business* (1995). En France, l'État actionnaire faisait souvent prévaloir l'intérêt général sur l'intérêt social des entreprises. Son intervention était dénoncée comme une source d'opacité dans la gestion, ainsi que de sous-productivité et de défense des intérêts acquis. La corruption liée aux marchés publics au début des années 90, des scandales comme l'affaire Elf ou celle du Crédit Lyonnais avaient abouti à la faillite de ce système. La situation a été assainie par les privatisations amorcées en 1986. L'État a ensuite revalorisé sa fonction d'actionnaire en particulier par la création de l'Agence de Participation de l'État. Depuis 10 ans néanmoins, le patriotisme économique est resté une réalité. Il en résulte que la France compte un nombre important de grandes entreprises opérant dans des secteurs proches de l'État. Ce patrimoine industriel est, en grande partie, le fruit d'interventions publiques dans le cadre de sauvetages (Renault, Air France, France Telecom, Alstom, Chantiers de l'Atlantique, etc.). Celles-ci apportent une vision à long terme face à la myopie du marché.

L'État se manifeste également pour éviter des prises de contrôle hostiles. On s'en souvient, les menaces sur Vivendi, Eiffage ou Danone ont chacune provoqué de vives réactions politiques. L'annonce de la fusion entre GDF et Suez a été la réponse de l'État à un risque d'Offre Publique d'Achat (OPA) de Enel sur Suez, tout comme la menace de contrôler les investissements étrangers - au nom du bioterrorisme - l'avait été face à Novartis lors de la

---

<sup>53</sup> PAUL LIGNIERES *Colbertisme - Quelle place pour le volontarisme industriel ?* La Semaine Juridique Edition Générale n° 15, 12 Avril 2010, 429.

fusion entre Sanofi et Aventis. De même, le refus d'enchères basées sur le seul élément financier, la prise en compte du projet industriel ou de critères économiques et sociaux autorisent l'État à opérer des choix lors des privatisations ou de l'attribution des licences de téléphonie mobile.

L'État est lui-même promoteur d'aventures industrielles en structurant des filières françaises d'excellence. Il le fait dans l'espace, l'aéronautique, les chemins de fer ou le nucléaire. Il valorise des entreprises publiques en leur attribuant des actifs immobiliers, comme avec Aéroports De Paris avant son introduction en bourse ou la Régie Autonome des Transports Parisiens avant l'ouverture du marché des transports à la concurrence. Dans le même esprit, des entreprises autoroutières ou aéroportuaires ont vu prolonger la durée de leurs concessions avant l'ouverture de leur capital. Enfin, l'État le plus souvent transpose à minima les directives de libéralisation des secteurs dans lesquels opèrent les entreprises de réseaux pour leur laisser jusqu'au bout les avantages du monopole, tout en les incitant à se développer sur les marchés étrangers déjà libéralisés ; ce fut le cas pour Electricité De France (EDF).

Ce paysage industriel montre que la nationalité des entreprises n'est pas, au XXIème siècle, un archaïsme. La seule loi n'est pas celle de l'ouverture des marchés. Partout, la crise a fait revenir les États au premier plan et ce sont vers leurs États que se sont tournées les entreprises aux moments difficiles. Les juristes tracent ainsi la frontière entre la défense illégitime de certains intérêts acquis qu'illustre le protectionnisme tourné vers le passé et le soutien légitime d'une certaine identité culturelle et nationale qu'autorise une politique industrielle tournée vers l'avenir.

Dans cette même idée, il est possible de faire état de ce qu'Anne Lauvergeon, ex présidente d'Areva, appelle l'Etat Stratège<sup>54</sup>. L'idée développée ici est qu'il faut renouer avec les grands programmes industriels qui ont fait la force économique de la France pour le nombre d'emplois

---

<sup>54</sup> ANNE LAUVERGEON, *La femme qui résiste*, Témoignage Plon p.211-238



créés par exemple et la réussite de ses entreprises publiques à l'échelle européenne si ce n'est à l'échelle mondiale. Parmi ses programmes, on peut citer le spatial, les télécoms, le Train Grande Vitesse (TGV), le nucléaire et l'aéronautique. Force est de constater que ces cinq domaines sont une franche réussite pour l'industrie française à travers France Télécom, Alcatel, EADS, Alstom, E.D.F, Areva. Pour Anne Lauvergeon, la force de l'Etat stratège repose sur trois piliers : une volonté politique affichée sans complexe, des moyens conséquents de mise en œuvre et le dépassement des premières difficultés rencontrées. Bien sûr l'Etat stratège ne peut plus avoir pour cadre seulement le cadre franco-français. Par exemple, EADS est une aventure européenne fédérée autour de quatre pays du vieux continent, (Allemagne, Espagne, France, Pays-Bas). De plus pour elle, l'Etat stratège signifie également un Etat régulateur. Le développement relatif à cet aspect a déjà fait, il n'est donc pas nécessaire de le redévelopper. Il doit juste être noté que seuls « les Etats demeurent, qu'on s'en félicite ou qu'on le regrette, les seuls agents capables de siffler un jour la fin de la réaction<sup>55</sup>». L'Etat doit dégager une régulation intelligente dans chacun des secteurs, une régulation capable à la fois d'organiser la concurrence pour le consommateur mais qui puisse en même temps renforcée et non affaiblir les acteurs industriels.

Un Etat actionnaire puissant et entreprenant est une autre facette de l'Etat stratège. En effet, l'Etat est actionnaire pour avant tout défendre les entreprises qui ont des missions de service public ou pour défendre une vision à long terme, « un cap avec une feuille de route » comme la sécurité dans le nucléaire. Comme aurait dit Marat, l'Etat actionnaire doit faire preuve d'audace mais également d'adaptation constante entre ruptures ponctuelles et continuité à long terme. Ce comportement passe par la présence de véritables experts de l'Etat dans les conseils d'Administration jouant un rôle et non pas une simple étape dans un parcours de carrière.

---

<sup>55</sup> ANNE LAUVERGEON, *op.cit.* p.222

Enfin l'Etat doit être un véritable VRP, un Etat qui soutient les grands contrats, les acquisitions majeures et qui a pour conséquences le maintien ou la création de milliers d'emploi. Cette fonction passe par le soin accordé à la préparation des dossiers par des personnes spécialisées dans le produit à vendre.

Finalement, l'Etat stratège signifie aussi, faire mieux avec moins de moyens comme le dit l'ex présidente d'Areva : « Nous sommes en compétition avec des Etats et des personnes extrêmement intelligents qui, en plus, ont maintenant beaucoup d'argent alors que nous n'en avons plus beaucoup. Aussi avons-nous le devoir d'être deux fois plus malins. » A ces fins il convient de noter que si l'Etat français ne peut plus financer seul et de front un nombre important de projets industriels en même temps, il se doit de contribuer au développement de secteurs soigneusement choisis. Le contexte autour de l'Etat français et britannique a beaucoup changé depuis le lancement des grands programmes des années 1960-1970. Ils évoluent maintenant dans un contexte mondialisé et surtout européenisé. L'Union Européenne pourrait être le nouveau cadre auquel l'Etat stratège pourrait s'adosser pour une nouvelle stratégie de volontarisme économique. Dans ce sens, la crise a été un vecteur de prise de conscience de l'importance de l'Etat quant à son rôle dans l'économie.

## Conclusion

---

Contrôler mais impulser une dynamique aux acteurs de l'économie, telle est la difficile tâche qui incombe à l'Etat. Si la crise a eu des répercussions terribles sur la croissance et par

ricochet sur l'emploi et au final sur toutes les parts des sociétés française et britannique, elle a également sonné comme un choc salutaire. En effet, l'ère du temps était à la toute-puissance des entreprises privées et des marchés financiers. L'intervention de l'Etat était vue comme venue d'un autre temps et souvent taxée de protectionniste. Cette idée a souvent été développée par les tenants d'un libéralisme absolu appelé néo-libéralisme et prôné par des institutions telles que l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Demandant toujours plus de liberté pour s'émanciper de la main bien visible celle-là de l'Etat, ces experts ont prospéré sous les gouvernements conservateurs de Thatcher et Reagan. Mais il faut toujours se méfier de l'excès de liberté. Platon au moment de l'apogée de la Grèce Antique nous mettait déjà en garde : « *L'excès de liberté ne peut tourner qu'en un excès de servitude, pour un particulier aussi bien que pour un État* ».

La crise économique a donc été salutaire pour démontrer qu'un déséquilibre trop marqué vers la liberté des marchés pouvait causer des dommages irréversibles à une société et pas qu'à son économie. La crise des dettes souveraines a à cet effet servi de piqûre de rappel pour ceux qui voyaient en la crise économique de 2008-2009 qu'un phénomène secondaire. La spéculation à laquelle se livre les marchés financiers sur les dettes des Etats, c'est-à-dire sur la capacité d'une société à prospérer, est intolérable et pèse comme une épée de Damoclès sur l'action des Etats et sur leur avenir. Pour reprendre l'expression d'Atomic Anne, il est l'heure pour les Etats de « siffler la fin d'une récréation » qui n'a duré que trop longtemps.

## **Bibliographie**

### **I) OUVRAGES**

B.ANDRE, « Peut-on réformer l'État avec les méthodes du secteur privé ? », Regards croisés sur l'économie, 2007/2 n° 2, p. 225-232.

E.BERTRAND ET C.DESTAIS « *Le « théorème de Coase », une réflexion sur les fondements microéconomiques de l'intervention publique* », *Reflète et perspectives de la vie économique* 2/2002 (Tome XLI), p. 111-124.

S.BREYER, *Regulation and its reform* (1982).

J.CHEVALLIER, *Autorités administratives indépendantes et la régulation des marchés*, *Justices* janvier-juin 1995, p. 90.

B.CLINTON, *Remettons-nous au travail, un Etat inventif pour une économie forte*, Odile Jacob.

G.CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8<sup>ème</sup> édition, *Quadrages*, PUF.

D.DESTOUCHES, *Histoire de l'Etat*, collection *développons*.

P. DEUMIER, *Les codes de conduite des entreprises et l'effectivité des droits de l'homme*, in L. BOY, J.-B. RACINE et F. SIIRIAINEN (dir.) : *Droit économique et droits de l'homme*, *Larcier*, 2009.

B.DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, *Presses de Sciences Politiques et Dalloz* (2004).

V.G.FARJAT, *Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privée*, in *Les transformations de la régulation juridique*, J. CLAM et G. MARTIN (dir.), *LGDJ*, 1998, p. 151 et s.

J.JEWELL, D.OLIVER, *The changing Constitution*, 7e ed., *Oxford University Press*.

A.LAUVERGEON, *La femme qui résiste*, *Témoignage Plon*.

J. MOURGEON, *La répression administrative*, thèse, *LGDJ*, 1967.

R. ODENT, *Les droits de la défense*, *ECDE*, 1953, p.55.

D.OLIVER, T.PROSSER, R.RAWLINGS, *The Regulatory State: Constitutional implications*, *Oxford University Press*.

A. C. PIGOU. (1932), *The Economics of Welfare*, 4e ed., *London, Macmillan Co.*

T.PROSSER, *Law and The Regulation* (1997).

T.PROSSER, *the Regulatory Enterprise*, (2010).

N.SHAXSON, *Les paradis fiscaux*, *André Versailles éditeur*.

D.TRUCHET, *Droit administratif*, *Thémis droit PUF*.

A.TOMKINS, C.TURPIN, *British Government and the Constitution*, 7e ed., *Cambridge University Press*.

## II) ARTICLES

I.DUPLESSIS « le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », Revue québécoise de droit international (Hors-série) (2007).

M.A.FRISON-ROCHE le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique, Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, Collection « Droit et économie de la régulation » 2004 - Volume 2 , pp.154-170 , Presses de Sciences Po et Dalloz.

L.A.LECUYER, « L'opportunité de transformer l'Autorité de régulation professionnelle de la publicité (ARPP) en autorité administrative indépendante (AAI) », Recueil Dalloz 2012 p. 1028.

P.QUILICHINI « Réguler n'est pas juger-Réflexions sur la nature du pouvoir de sanction des autorités de régulation économique ». AJDA 2004 p.1060.

C.ROQUILLY « Analyse des codes éthiques des sociétés du CAC 40. - Un vecteur d'intégration de la norme juridique par les acteurs de l'entreprise » Cahiers de droit de l'entreprise n° 5, Septembre 2011, dossier 29.

E.ROWLEY, "Britain's veto can't stem flood of City regulation from EU", The Telegraph, 10 Dec 2011.

F-G.TRÉBULLE « Responsabilité sociale des entreprises (Entreprise et éthique environnementale) », Répertoire du droit des sociétés, mars 2003.

Décryptages Mars/Avril 2010 • N°18 La lettre de la Commission de régulation de l'énergie (CRE).

## TABLE DES MATIERES

---

---

### **- Les instruments juridiques de l'influence de l'Etat sur la gouvernance des grandes entreprises en France et au Royaume-Uni –**

**Introduction .....3**

**SECTION 1 : Un modèle théorique de l'Etat intervenant en difficulté.....**

**Erreur ! Signet non défini.**

A) Un contrôle souple de la gouvernance des entreprises : l'influence du libéralisme exacerbé .....**Erreur !**  
**Signet non défini.**

1) *Un équilibre entre protection des intérêts étatiques et mise en valeur des entreprises nationales*..... 10

2) *Le recours aux entreprises publiques contesté : l'intervention directe dans l'économie remise en cause*..... 12

B) La priorité donnée à la régulation souple : favoriser le marché .....22

1) *Les raisons d'une intervention indirecte de l'Etat dans l'économie*.....22

2) *Les mécanismes de régulation* .....27

**SECTION 2: La volonté d'une influence étatique sur les grandes entreprises renforcée par la crise**.....**36**

A) Un modèle évolutif de l'influence sur la gouvernance : la nécessité du contrôle étatique.....37

1. « *State is back* ».....37

a) Le recours généralisé au soft law insuffisant.....38

b) L'erreur de l'autorégulation .....41

2. *La prise de conscience des entreprises de leur place particulière dans la société*....46

B) L'ajustement du contrôle de l'Etat sur les grandes entreprises.....50

1. *Les moyens actuels du contrôle*.....50

a) Le retour d'une fiscalité régulatrice.....50

b) Les aides publiques .....54

c) <i>Le renforcement du pouvoir répressif des autorités de régulation</i> .....	56
2. <i>Vers une nouvelle façon d'intervenir ?</i> .....	59
a) <i>La fonction de contrôle du régulateur renforcée</i> .....	59
b) <i>Le retour du volontarisme industriel ? L'Etat stratège</i> .....	63
<b>CONCLUSION</b> .....	67
<b>Bibliographie</b> .....	68