

La construction du marché intérieur, expérience d'affrontement dialectique entre le droit international privé et le droit de la régulation

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po Paris,
directeur de la Chaire Régulation

643. Il ne s'agit ici que de faire quelques observations générales, au terme des contributions de cet ouvrage, contributions dont l'unicité interne ressort quand on les lit une à une et dont la diversité est étonnante, quand on les confronte les unes aux autres, comme si chaque perspective avait sa propre et solide logique, mettant de ce fait en danger toute perspective d'unité d'ensemble.

644. Mais au contraire, cette unité apparaît, et ce d'autant plus que les articles sont de tournure abstraite, ce caractère venant notamment d'un vocabulaire commun ou opposé qu'égrènent d'une façon convergente les contributions. On y retrouvera *Liberté, Concurrence, Ordre juridique, Légitimité politique*, etc. Mors choisis, tranchants et querelleurs, dont le souci est particulièrement prégnant en droit, où les mots, baignés de normativité, font les choses.

645. Il s'en dégage comme en corolle, un point commun, deux constats, trois obstacles et trois perspectives.

SECTION I

LE POINT COMMUN D'UNE RÉGULATION CONÇUE COMME MODE D'ÉQUILIBRE D'INTÉRÊTS POUR CONSTRUIRE UN ESPACE COMMUN

646. La régulation est au sens large une recherche d'équilibres non spontanés. Cette définition correspond tout autant au processus de libéralisation de certains

secteurs économiques caractérisés par des opérateurs historiques très puissants ou des monopoles naturels, par exemple des réseaux, qu'au processus d'équilibre entre des intérêts contradictoires et chacun légitimes. La seconde dimension est cependant plus politique que la première. L'Europe a grandement construit l'espace intérieur sur la première dimension, les États membres entendent mettre aujourd'hui l'accent sur la seconde.

647. Cela correspond à la notion de « *juste milieu* », évoquée explicitement ou implicitement dans toutes les contributions, en même temps que les auteurs soulignent qu'il ne s'imposera pas de lui-même et qu'il est même difficile à repérer. Ainsi, Anne Perrot, commentant les démonstrations juridiques entendues¹, fait référence à un juste partage des rentes engendrées par le commerce des médicaments, comme Tristan Azzi le fait à propos des médias².

§ 1. L'ambition d'un espace commun non seulement ordonné mais régulé

648. L'instauration et le maintien de tels équilibres, notamment entre la concurrence et la préservation d'intérêts collectifs ou de protection de personnes faibles, requièrent donc des règles et des institutions, propres à la construction d'un espace commun viable. Cela ne correspond pas à la vision classique du droit international privé, davantage répartiteur des règles et constructeurs d'un maillage, en cela forcément plus économe de règles, de substance et d'instabilité que le droit communautaire.

649. Le droit international privé est certes apte à insérer des règles : en cela, il est plus que tout autre droit de système, mais il n'a pas vocation, dans sa conception classique, à faire prévaloir des fins ou à construire des équilibres. Sa neutralité participe même à sa gloire. Il ne requiert donc pas l'appareillage technique que l'on reproche souvent au droit de la régulation. Cette complexité du droit de la régulation est la conséquence du souci inverse d'arriver à des fins.

§ 2. La contradiction première entre le droit international privé classique et l'ambition européenne

650. En effet, le droit de la régulation, dans son sens strict et fort du terme, qui dépasse le simple souci d'insérer des règles de comportements et de préservation des libertés pour prétendre construire des espaces de convergences

1. V. *supra*, « Commentaire d'un économiste ».

2. V. *supra*, « La culture ».

économiques, sociales et culturelles, ce que serait l'Europe donc, se met en place difficilement. Comme l'a dit avec force Diana Wallis, nous sommes « *au milieu du gué* ». Ainsi, le droit a établi un espace dans lequel les entreprises se meuvent, notamment par la liberté d'établissement, sans que des contrepoids leur soient opposés. La Cour de justice accroît souvent le phénomène, parce que le droit ne lui offre que l'instrument du droit de la concurrence. Comme le souligne Francisco Garcimartin, le législateur communautaire est victime de ses dilemmes entre le vide qui permet le déploiement des libertés et la communauté sociale qui suppose un resserrement d'intérêts contradictoires pour lequel les nations ne sont peut-être pas encore prêtes.

651. Ce souci d'équilibre entre intérêts opposés et cette perspective d'intérêts communs préservés ou imposés, non satisfait, est encore entravé par un phénomène qui semble distinct mais qui agit avec vigueur, à savoir le morcellement de nos connaissances techniques. Elles sont souvent à l'origine des contradictions du système européen et de la prédominance aveugle du principe de concurrence sur les autres parce qu'il est simple, assimilé, et s'appuie sur un autre principe simple, la hiérarchie. Ainsi, de l'association d'un principe substantiel simple, la concurrence et la mobilité, et d'un principe d'organisation simple, la hiérarchie des normes, apparaît un espace dont l'équilibre n'est pas le souci premier.

652. Pour que cet objectif d'équilibre construit émerge, il faut que la simplicité, qui n'est qu'une circonstance heureuse mais non une fin, n'ait pas la place qu'une obsession semble lui donner actuellement. Le droit communautaire lui-même donne l'exemple en se référant au principe systémique de proportionnalité qui requiert un ajustement des contraintes au regard des buts à satisfaire, ce qui n'exige pas de simplicité du droit en soi, juste le droit aussi simple qu'il est possible. Le principe premier est donc celui de nécessité, c'est-à-dire autant de complexité qu'il est requis mais pas plus, et non celui de simplicité.

653. Mais si, dans ce premier temps des définitions, le droit international privé est un droit de système, qui répartit les lois, les puissances et les compétences, tandis que la construction d'un espace européen régulé ne peut se faire que par des finalités communes et construites, alors les deux manières seraient étrangères, voire hostiles l'une à l'autre.

654. Cela conduit aux perspectives³. Passons d'abord par le temps des constats.

3. V. *infra*.

SECTION II

**LE CONSTAT D'UNE DOUBLE PERSPECTIVE,
ABSTRAITE PAR LA RÉGRESSION VERS LES FONDAMENTAUX,
CONCRÈTE PAR IMPRÉGNATION DES OBJETS
SUR LESQUELS LA RÉGULATION PORTE**

655. Parce que nous sommes au milieu du droit, une Europe construite, le système régresse, c'est-à-dire revient sur ses fondamentaux. Il s'agit donc d'une régression au sens noble du terme, cette méthode consistant à exiger définition et justification des règles non seulement à venir mais encore établies.

**§ 1. La régression de l'espace européen
vers ses fondamentaux**

656. De nombreux auteurs semblent s'excuser auprès de leurs lecteurs de la complexité de leurs propos, évoquant oralement leur caractère « ennuyeux ». Mais le droit, si technique soit-il dans ses manifestations, ne l'est jamais dans ses présupposés. L'essentiel n'est donc pas tant de raffiner les premières que d'explicitier les seconds.

657. Il s'agit notamment de venir aux raisons qui conduisent à la construction même d'un espace européen commun, à ce qui m'amènerait à une intégration, passant alors d'une dimension économique à une dimension sociale. De quoi avons-nous besoin ? Pourquoi faudrait-il une Europe, dont le droit fournirait, en bon ouvrier, la régulation, ou dont le droit bâtirait, en grand législateur, la Constitution ?

658. Peut-être avons-nous affaire à une inversion du but dans l'histoire. En effet, en 1948, l'enjeu était politique : par l'élimination d'une possible guerre entre Nations européennes, par la construction d'une intégration par un lien reconstitué entre la France et l'Allemagne. Comme le souligne Horatia Muir Watt, on peut s'appuyer sur cette première étape d'une intégration économique réussie, mais conçue par Jean Monnet comme le faux-uez de l'intégration politique nécessaire, pour entamer à découvert celle-ci. Le fédéralisme est alors la régulation politique visée et le droit international privé classique est son opposant.

659. On peut aussi soutenir qu'aujourd'hui, l'enjeu européen est plus économique, l'ambition étant d'exister économiquement face aux États-Unis et aux pays d'Asie. L'ambition est alors moindre et peut se contenter de l'état substantiel du droit communautaire, limitée à la compétition et aux libertés économiques.

660. L'ambition d'un espace européen commun et équilibré, par exemple entre concurrence, protection de certains groupes sociaux ou précaution face à des risques, correspond alors à un choix politique que l'on peut opérer à partir d'un tel

constat. Le droit international privé, dans sa conception classique qui se prévaut de la bonne garde des frontières et des droits nationaux, a sans doute du mal à y satisfaire. Le droit de la régulation, s'il devait se limiter à une conception très technique, ne le pourrait guère davantage.

661. L'enjeu est donc commun, à savoir la décision d'imprégner ou non ces mécaniques juridiques de valeurs, alors que le marché intérieur ne l'engendre pas de ce seul fait. Cela peut venir par l'abstraction des valeurs, et il faut alors une volonté exogène pour les insérer dans le marché intérieur. Il faut alors favoriser l'abstraction du droit européen, à travers une sorte de Constitution.

662. Cela peut venir également d'une réussite désignée par Laurence Idor⁴ comme de plus en plus installée et admise du droit économique, parce qu'il a réussi la construction d'un espace grâce à l'accès des produits au marché. Mais l'auteur montre aussi que l'intégration par une régulation de règles techniques unifiées est encore fragile et inachevée. Dans cette seconde perspective d'espace intégré, le droit économique prend de nouveau distance par rapport au droit international privé, puisque la notion de droit international privé classique opère un renvoi à l'idée d'un juridique neutre alors que le droit économique est issu des objets sur lesquels il porte et du dessein substantiel que le législateur établit à leur propos.

§ 2. L'imprégnation des règles du marché intérieur par les objets qui y circulent

663. Le droit économique et le droit de la régulation se sont construits sur une telle imprégnation, puisque les règles ont été dessinées pour s'adapter à des objets économiques, tels que l'électricité, le téléphone, les marchés financiers, etc. On retrouve ceux-ci dans des contributions de l'ouvrage. Cette imprégnation concrète, dont Tristan Azzi nous donne l'exemple avec le cas des lunettes, Prodromos Mavridis la restitue à propos de la prestation des soins de santé⁵. Laurence Idot⁶ montre plus généralement que la distinction concrète entre une marchandise, un service et un produit, est la base du droit européen et infléchit les solutions de droit international privé.

664. Cette concrétisation a deux conséquences. En premier lieu, en raison de la diversité intrinsèque du monde concret, si le droit doit suivre le contour précis des objets sur lequel il porte, s'il doit rendre compte de son objet, cela le pulvérise en autant de types de lunettes. Les textes communautaires sont très critiqués pour fonctionner ainsi. Le droit international privé, qui fut savant en ce sens que la science renvoie à l'abstraction, est pris dans le même mouvement, consistant à associer à tout objet, toute difficulté, tout problème, une solution précise, sans

4. V. *supra*, « Les produits ».

5. V. *supra*, « Les soins de santé transfrontaliers dans l'Union européenne ».

6. V. *supra*, « Les produits ».

passer par l'abstraction du dessein politique ou des catégories juridiques. On peut le critiquer, mais il faut aussi considérer que le « pragmatisme » est une théorie, dont on voit ici la manifestation.

665. En second lieu, le droit se conçoit à partir de l'objet : « droit de la culture », « droit de l'environnement », etc. Au passage, les disciplines juridiques passent à l'arrière-plan, là où nous, juristes, les concevions comme piliers des systèmes, regroupés en *summa divisio*. Au passage, droit privé et droit public passent au second plan. Cela convient particulièrement à la conception classique du droit international privé, cette branche du droit public interne, et le rend apte à participer à la construction du marché intérieur.

666. Plus encore, comme le démontre Mathias Audit⁷, l'espace européen n'ayant souvent pas plus d'ordonnement que celui d'une accumulation de règles au fur et à mesure des évolutions techniques, elles-mêmes chaotiques, les contradictions notamment entre les autorités de régulation ne trouvent leur résolution que grâce au droit international privé par préservation de leur espace normatif respectif.

667. Si l'on associe les observations précédentes, le droit international privé a tout sa place dans la construction de normes européennes communes apte à créer et maintenir un espace intérieur, parce que dans son second sens, comme le droit économique, il n'appartient pas la *summa divisio* du droit français entre le droit public et le droit privé.

668. Parallèlement, dans son premier sens, il apparaît aussi comme un droit concret, droit « vivant », un droit qui considère son objet, doit prendre acte non plus tant de l'extranéité, mais de la mobilité, et surtout de la transnationalité des structures (sociétés) et des activités (travail), voire de la nature. La démonstration apportée par Olivera Boskovic à propos de l'environnement l'illustre parfaitement.

669. À lire les uns et les autres, on ne cesse donc de suivre ce qui a été annoncé dès le départ par les éditeurs de l'ouvrage, c'est-à-dire ces oppositions et ces parentés très fortes entre le droit international privé et la régulation, dont il n'est pas sûr que l'on sorte, alors que l'un et l'autre ont leur rôle à jouer pour la construction du marché intérieur. Avant d'aborder cet essai de système par l'explicitation des perspectives, il convient d'explicitier les interrogations qui demeurent.

7. V. *supra*, « Les autorités de régulation. La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés ».

SECTION III

**LES INTERROGATIONS DEMEURÉES OUVERTES ENTRE RÉGULATION,
ESPACE INTÉRIEUR ET DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

670. Une première interrogation vient de l'ampleur technique des règles en cause, rendant difficile de mesurer même l'interférence d'une branche d'un droit sur l'autre, sans parler même de l'effet des considérations non-juridiques sur le droit. Une deuxième interrogation, qui en découle, concerne la pertinence de telle ou telle discipline juridique pour construire un espace intérieur régulé, c'est-à-dire équilibré et solide sur le long terme, le droit permettant à cet espace de développer au fil du temps ses propres forces, dans une conception du droit comme échafaudages. Une troisième interrogation concerne le caractère plus ou moins nouveau de la régulation, sous son angle juridique, question pertinente car, si ce n'est pas le cas, il convient de puiser dans les vieilles matières, l'ancienneté de celles-ci étant pour reprendre la conception aristotélicienne des lois une vertu en elle-même.

**§ 1. L'interrogation venue d'un morcellement
des connaissances face à la nécessité
d'une vision globale, parce que politique,
d'un espace commun**

671. Il n'y eût jamais d'âge d'or d'une connaissance globale, même en droit, mais le thème de l'ouvrage a justifié des interventions techniques sur tel ou tel aspect. Il ne s'agit là que d'un partage approprié des tâches. Mais, avant que le lissage de l'écrit n'intervienne, dans la spontanéité du colloque qui précéda cette édition, les orateurs utilisèrent régulièrement, à propos de telle ou telle solutions, des expressions telles que « *c'est bien connu* », « *un cas célèbre* », « *tout le monde le sait* », tandis que la mine souvent confuse ou excessivement assurée des auditeurs montrait qu'ils ne connaissaient pas toujours l'objet de ces références naturelles. Une sorte de réconciliation reconfortante eut lieu par la suite lorsque Prodromos Mavridis dit dans la discussion : « *et, au fait, qu'est-ce que je pense ?* » Il faudrait que chacun d'autre nous ajoute : « *et, au fait, qu'est-ce que je connais ?* » La lecture en continu de l'ouvrage permet de mesurer nos manques.

672. En cela, nous sommes bien au-delà de l'anecdote. Contraints de revenir à la leçon socratique et confucéenne de déterminer avant tout ce nous ne savons pas, nous pourrions mieux construire l'espace européen. Un espace n'est pas seulement le vide de la liberté, ici la liberté de circulation des personnes, des marchandises, des capitaux, car c'est alors un espace qui ne « reconnaît rien », alors que d'autres mécanismes existent, comme celui des solidarités, qu'il ne connaît pas et qu'il ne sait pas ne pas connaître.

673. Le droit international privé est lui-même traversé de ces grandes discussions entre une conception procédurale, qui pose la légitime ignorance des règles, et

la méthode qui consiste à remplir en substance les espaces, soit directement par des conventions internationales soit indirectement à travers les méthodes de conflits de lois. Si l'on croise les deux, il apparaît que le droit international privé peut correspondre à un espace européen qui ne soit pas aveugle.

§ 2. L'interrogation sur la pertinence première des distinctions disciplinaires et l'enjeu des définitions

674. La régulation est à ce point distante des distinctions disciplinaires que bien des auteurs doutent d'avoir encore affaire à du droit. Sans entrer dans cette question non directement abordée dans l'ouvrage⁸, la perspective d'être privé de distinctions acquises, notamment la première d'entre elles entre le droit public et le droit privé, offre des conditions favorables à la réflexion. Comme le fait explicitement la Cour européenne des droits de l'homme dans l'application de l'article 6 de la Convention, il faut reconnaître, les *spécificités des matières* : ainsi, il y a au sein du droit de la régulation de la matière publique, qui concerne plus particulièrement les organisations collectives, même de droit privé et de la matière privée, qui met davantage au centre les intérêts des personnes et des entreprises, fussent-elles administratives. Ces inclinaisons ne se contredisent pas nécessairement, elles ne doivent surtout pas se méconnaître ou opérer l'une par rapport à l'autre un partage de territoire. Enfin, la considération première des objets économiques interdit que ces spécificités soient érigées en disciplines. Nous n'avons donc plus les moyens de notre dogmatisme : l'opportunité doit être saisie.

675. Cela engendre l'épreuve de la définition : les modes de raisonnement ne sont pas les mêmes, alors que les problèmes le sont. Cela tient beaucoup aux disputes autour de la définition, parce que le droit dépend des définitions⁹. On retrouve alors les difficultés de définition de la régulation, soulignées par Stéphanie Francq¹⁰, et de son droit, en dehors même de savoir s'il est une forme renouvelée du droit public de l'économie ou l'évolution du droit du marché : chaque auteur bute sur cette difficulté, car le système lui-même en souffre.

676. Dans son analyse, Horatia Muir Watt l'associe à la « *logique marchande* », tandis que Mathias Audit y voit à l'« *encadrement du libre échange par le droit* »¹¹. Les deux définitions sont proches et associent régulation et réglementation, ce qui est plus proche du droit nord-américain et du droit international privé, que la conception que peut en avoir le droit économique de la régulation, qui désigne la

8. Mais l'on peut par exemple se reporter à des réflexions récentes sur ce thème, comme M. COLLET, « Valeur(s) de la régulation », in *Mélanges Morand-Deville*, Montchrestien, 2008, pp. 241-253.

9. V. *supra*.

10. V. *supra*, « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation ».

11. V. *supra*, « Les autorités de régulation. La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés ».

régulation non par son outil (la règle, la réglementation) mais par sa finalité : l'équilibre à construire entre un principe économique et un autre, économique ou non.

677. Cela conduit naturellement à une autre question. S'il s'agit d'associer régulation et réglementation, il faut simplement considérer qu'un phénomène ancien demeure actif, celui de la puissance publique dans l'organisation et les activités économiques, le phénomène est aisément reconnaissable sous le vocabaire. Si l'on se dirige vers une nouvelle conception du rapport entre le droit et l'économie, c'est bien d'un nouveau système dont il s'agit, avec les enjeux de disciplines alors déclenchés.

§ 3. La nouveauté ou non du phénomène de régulation et les conséquences méthodologiques

678. Comme à propos de la mondialisation, il est fréquent et légitime de se demander si la régulation est un phénomène nouveau ou non. Puisque cet article a vocation à rendre compte de l'ouvrage, il semble, à lire de nombreuses contributions, que la régulation ne soit qu'une nouvelle façon, simplement plus prétentieuse, de désigner des phénomènes acquis, tels que la mobilité, et des solutions déjà trouvées, notamment par le droit public, le droit international privé, le droit international public. Cela apparaît notamment dans l'analyse menée par Étienne Pataut.

679. S'il en est ainsi, alors par tautologie, il n'est besoin ni de bouleverser nos conceptions, ni d'inventer de nouveaux mécanismes. À la rigueur peut-on parler d'adaptation ou de modernisation. Dans une formulation plus agressive et triviale, y procéder serait scientifiquement redécouvrir la lune, ce que l'on reproche souvent aux tenants du droit de la régulation, et techniquement construire des usines à gaz, ce que l'on reproche en parallèle aux tenants du droit européen.

680. Ainsi, Marie-Noëlle Jobard-Bachelier¹² estime que l'Europe ne constitue pas une hypothèse radicalement nouvelle pour le droit international privé classique, cette procédure distributive ou cumulative des lois étant souvent hors du souci communautaire. En outre, lors des discussions, l'auteur affirma que l'Europe est avant tout juridique et tous les instruments sont déjà disponibles, engendrant les solutions requises sans en être eux-mêmes déformés. Ainsi, soit l'objet est économique et l'Europe y associe directement une solution¹³, soit il est juridique et une solution ancienne et adéquate est déjà disponible. L'auteur développe ainsi l'importance jouée par les lois de police, instrument classique du droit international privé.

12. V. *supra*, « Les activités régulées : les services ».

13. *Ibidem*.

681. L'écueil est davantage pragmatique car la mise en œuvre du droit international privé produit parfois des renvois de balle entre les systèmes juridiques, qui épuisent les plaideurs plus encore que ne le fait la complexité du droit européen, ainsi que le montre l'exemple de l'entreprise Laval, développé par Étienne Paraut. Le progrès à opérer est alors de même nature, c'est-à-dire concret, et désigné oralement par Diana Wallis, à savoir éviter le renvoi de régulateur en régulateur.

682. En revanche, sans doute parce que l'économie y est plus présente, la conception développée oralement par Catherine Kessedjan, lors du colloque qui avait précédé cet ouvrage, avait souligné que la régulation est une conception radicalement nouvelle de ce que le droit doit construire dans des espaces qui supposent l'absence de frontières sans supporter l'absence des valeurs, y compris celles seulement économiques.

683. Les conséquences méthodologiques sont considérables. Si le mécanisme est semblable aux précédents, l'espace intérieur n'étant qu'une articulation de souverainetés étatiques et d'accroissements d'opportunité pour que des situations frappées d'extranéité se constituent, laissons les volontés des États et les procédures de répartition de leur puissance faire leur office.

684. Attaquer les souverainetés, communautariser le droit international privé par ces règlements qui osent le numéroté, etc., sont autant d'opprobres, d'incompréhensions, et de destruction de l'efficacité du droit. Même dans la logique du droit européen, l'atteinte aux principes de nécessité et de proportionnalité justifie la critique. Il ne s'agirait pas seulement de désigner la boulimie normative européenne comme inutile, ainsi que le fait Étienne Paraut, mais comme lourdement fautive, comme le font de nombreux auteurs de droit international privé.

685. À l'inverse, si l'Europe est un espace nouveau, qui ne peut rester vide de valeur en demeurant un seul espace de déploiement et de déplacement des entreprises, la vie protégée par le droit ne pouvant se réduire à la mobilité, alors, comme l'avait souligné fortement Catherine Kessedjan, le droit international privé ne peut camper sur sa neutralité, si l'on veut qu'il contribue à la contribution d'un espace intérieur régulé. Dire cela, c'est déjà évoquer les perspectives.

SECTION IV

LES POSSIBLES ÉVOLUTIONS ENTRE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ ET DROIT DE LA RÉGULATION DANS LA PERSPECTIVE DU MARCHÉ INTÉRIEUR

686. On peut tout d'abord espérer qu'une dialectique vertueuse s'opère entre les deux branches du droit. Cela peut prendre la forme d'une unification

méthodologique entre les deux. La caractéristique première du droit de l'espace intérieur, de l'Europe et du droit de la concurrence et de la régulation, est d'être téléologique : le sens de leurs règles est contenu dans les finalités, autre façon de désigner le droit économique instrumental¹⁴.

687. Si la perspective devait être une dialectique naturelle entre droit international privé et espace européen régulé, il s'agira en conséquence d'une méthode partagée. Or, si le droit communautaire est uniformément téléologique, Stéphanie Franq insiste sur le fait que le droit international privé est neutre dans sa conception classique, ne devenant guidé par les fins que dans sa conception unilatéraliste ultérieure. Tristan Azzi en déduit que la conception du droit international privé requise pour construire un espace intérieur régulé est celle d'une méthode conflictuelle dont l'effet matériel produit par la règle choisie interfère dans le choix même de celles-ci, un droit international privé plus substantiel donc.

688. Dans une deuxième perspective, on peut anticiper que, dans une sorte de compétition de systèmes, l'un dévore l'autre. On peut enfin identifier un cœur commun, constitutif d'un souci commun, à propos duquel droit international privé et droit de la régulation s'ajustent : il s'agirait alors de la mobilité.

689. La première perspective d'un ajustement spontané, d'une dialectique vertueuse, a rencontré chez la plupart des auteurs, par exemple Étienne Pataut, du scepticisme. Cela tient aussi bien aux différences de perspectives qu'aux difficultés d'adoption d'une conception globale¹⁵.

690. Le fédéralisme, auquel les auteurs n'ont guère touché, comme s'il était un gâteau pour l'instant retombé, met en premier plan le droit international privé puisqu'il conduit à articuler des frontières, sa fonction classique, autour d'un cœur commun à tous, le pouvoir fédéral. Le problème se déplace alors : où situer la régulation économique ? Quand on observe l'expérience nord-américaine, il apparaît que certaines matières restent sous l'emprise des États tandis que d'autres sont d'envergure fédérale. Il en résulte une grande complexité, la diversité des compétences étant confrontée à des objets corrélés, comme c'est le cas entre la matière bancaire et la matière financière.

Comme l'a d'ailleurs démontré Francis Fages¹⁶, la Société européenne relève de cette perspective fédéraliste, en évoquant « un véritable noyau communautaire de droit des sociétés ». Cette remarque conduit dans ces domaines économiques-là à privilégier l'élaboration des règles uniques pour un espace commun. L'auteur montre, exemples à l'appui, que nous en sommes encore loin.

691. Cette troisième perspective, basée sur l'idée qu'un espace juridique unifié suppose des règles communes, que ne limiteraient plus des frontières normatives

14. Lorsque le droit économique européen s'articule avec un droit économique interne ayant une autre finalité, tel le droit des sociétés, auxquels se superpose le droit international privé, il en résulte une grande complexité, décrite par Francis FAGES, « Les sociétés », v. *supra*.

15. V. *supra*.

16. V. *supra*, « Les sociétés ».

gardées, ferait triompher les régulations sur le droit international traditionnel. Emmanuelle Bouretz montre l'acuité du phénomène en matière financière¹⁷, comme Martine Behar-Touchais¹⁸ en mène la démonstration à propos des banques¹⁹. Il tient au fait que la technologie se joue du droit, aussi bien la technicité des produits financiers et bancaires²⁰ que la technicité de l'informatique et des réseaux qui les transportent.

692. Il tient aussi au fait que les places financières sont en concurrence, que l'Europe est un produit pour les investisseurs, qu'on ne peut pas penser l'espace européen intérieur en dehors de la mondialisation²¹, et que l'intégration est une valeur économique en tant que telle. Cette valeur économique d'un espace intégré ne vaut pas que pour le financier. Comme le démontre Horatia Muir Watt²², les jugements sont des prestations, les places juridictionnelles sont en concurrence et les juges sont des personnages essentiels dans la construction et le maintien des équilibres dans un espace juridique, la possibilité devant à l'avenir leur être donnée de passer d'une juridiction européenne à l'autre. Peut-être cela conduirait-il à rendre la Cour de justice des Communautés européennes moins dominante et le droit de la concurrence moins unilatéralement prégnant.

693. En effet, si l'espace intérieur peut alors prospérer par la perte des frontières nationales gardées par le droit international privé traditionnel, encore faut-il que cet espace européen soit régulé, ne constitue pas seulement un vide de liberté mais soit établi sur un équilibre construit de force par le droit entre des intérêts contradictoires. Étienne Pataut montre que l'information des travailleurs et l'action protectrice des syndicaux ne gagnent pour l'instant pas au change. En cela, tant que l'Europe n'aura pas progressé, le droit international privé pourra être un rempart, notamment en matière culturelle, ainsi que le démontre Tristan Azzi à propos de la régulation des télécommunications²³.

694. D'une façon plus générale, le droit international privé préservait ces intérêts légitimes par le renvoi à des législations nationales, l'Europe ne pouvant y parvenir que par un droit de la régulation qui ne soit pas la simple mise en place d'un droit de la concurrence ayant du mal à se frayer un chemin face à des monopoles publics nationaux²⁴.

17. V. *supra*, « Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontières ».

18. V. *supra*, « Conflits de lois et régulation économique : les opérations bancaires ».

19. *Ibidem*.

20. *Ibidem*.

21. V. *supra*.

22. V. *supra*, « La régulation des services judiciaires en Europe : concurrence interjuridictionnelles et mobilité des juges – vers des *ridings circuits* ».

23. V. *supra*, « Les produits ».

24. Pour une explicitation des rapports entre droit de la concurrence et droit de la régulation, v. « Dialectique entre concurrence et régulation », in *Actualité du droit de la régulation, Revue Lamy de la concurrence*, 2007, pp. 168-174.

695. Ces perspectives sont dans la ligne de ce qui est déjà disponible dans le droit international privé, à savoir la répartition assurée des compétences, et en germe dans l'espace intérieur, à savoir la construction des marchés et l'équilibre forcé des intérêts. Mais pour ce qui est commun au droit international privé et au droit des marchés, à savoir la mobilité, celle-ci est en train de se retourner à travers la propagation des risques. Ces droits semblent être pareillement désarmés pour y faire face.

CODICILLE

QUID DE L'EUROPE DES RISQUES ?

696. Laurence Idot²⁵ montre que l'Europe s'est construite sur l'idée de mobilité. Associée à l'idée de liberté et de marché, elle y puisait sa légitimité et sa forme. Davantage liée aujourd'hui au phénomène du risque, l'association constitue une grave faiblesse.

697. En effet, l'Europe des risques n'est pas encore construite. Pourtant des risques, soit substantiellement nouveaux, soit excédant les frontières des États membres souverains, sont identifiés. Les dispositions sont alors radicalement nouvelles, comme le montre Olivera Boskovic²⁶, les textes communautaires ne développant des règles de droit international privé que comme première étape d'une Europe de droit substantiel de l'environnement. L'enjeu est bien de construire l'Europe des dangers, retrouvant le lien traditionnel entre droit et sécurité.

698. Or, le droit international privé, apte à saisir les mécanismes qui se déploient entre deux frontières, chaque auteur évoquant cette transfrontalité par l'idée d'une « situation juridique », est plus maladroit lorsqu'il s'agit de mécanisme de passage, ce qui évoque notamment le trafic des personnes, des marchandises et la propagation des risques. Ainsi, le droit international privé, à première vue, ne conduit pas à une Europe de la prévention et de la gestion des risques. Certes, il faut, par renvoi, permettre l'activation du droit *a posteriori* dans un ou tel système, mais il permet difficilement un *ex ante* efficace, là où le pouvoir de régulation se déploie²⁷.

699. En outre, les risques passent les frontières immatériellement et non plus nécessairement avec les personnes, notamment en matière d'énergie²⁸ ou de

25. V. *supra*, « Les produits ».

26. V. *supra*, « Les atteintes à l'environnement ».

27. Pour une explicitation de cette question, v. « *ex ante* versus *ex post* », in « Le couple *ex-ante* – *ex-post*, justificatif d'un droit spécifique et propre de la régulation », in *Droit et économie de la régulation*, vol. 4, *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po/Dalloz, 2006, pp. 33-48.

28. V. par ex. M. AUDIT, « Les autorités de régulation. La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés », v. *supra*.

finance. À tout le moins, cela peut s'opérer d'une façon indétectable, comme en matière de maladie on de vice caché, et Stéphanie Francq montre que l'Europe de la protection du consommateur a du mal à se dégager des seuls bienfaits que le droit de la concurrence engendre. Dès lors, la sagesse conduit à préserver le droit international privé comme mécanisme juridique premier²⁹.

700. Si l'on en revient à l'immatérialité, celle-ci s'impose, non seulement dans les technologies, mais encore dans l'idée même d'information. Or, ici, l'immatériel s'impose. Donc, la dématérialisation et l'absence de contraintes des territoires constituent une réalité concrète dont il faut partir, qu'il s'agisse de l'accroître ou de s'y opposer. C'est ainsi qu'Horatia Muir Watt procède.

701. Enfin, les risques se propagent très vite et le droit chemine lentement. Beaucoup d'auteurs, notamment lorsqu'ils associent régulation et réglementations, voire régulation et droit en ce que celui-ci est exogène au marché, voient dans cette opposition une défaillance normative, perceptible notamment en droit international public.

702. Une solution peut se dessiner dans le droit de la régulation au sens plus strict du terme³⁰, à travers les réseaux de régulateurs, mis en valeur d'une façon générale par Mathias Audit³¹ et Martine Behar-Touchais³², ou à propos de l'expérience réussie du processus Lamfalussy décrite par celle-ci et par Emmanuelle Bouretz³³.

703. On remarquera précisément que l'ajustement des solutions, dans des espaces juridiques qui ne fusionnent pourtant pas, s'opèrent désormais davantage lorsqu'existent des risques systémiques, financiers, bancaires, sanitaires, énergétiques, qu'ils n'arrivent à converger vis-à-vis de l'idéal concurrentiel.

704. Au-delà du thème qui nous a occupés, le droit a beaucoup de mal à maîtriser la mobilité, laquelle oscille entre liberté et risque. D'une façon générale, le droit ne « court » pas, il trône, il est de marbre. Pour emprunter à une image moins royale, face à la mobilité des acteurs, il risque de n'être plus qu'un éléphant à la poursuite de guépards, sauf si les disciplines juridiques font bloc. C'est là encore évoquer le marbre, mais c'est reconnaître qu'il est davantage au stade de la matière première que de la statue.

29. S. FRANCO, « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation », v. *supra*.

30. V. *supra*.

31. V. *supra*, « Les autorités de régulation. La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés ».

32. V. *supra*, « Conflits de lois et régulation économique : les opérations bancaires ».

33. V. *supra*, « Autorité compétente et loi applicable aux opérations boursières : l'exemple des offres publiques transfrontalières ».