

LA RÉGULATION, OBJET D'UNE BRANCHE DU DROIT

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

Professeur à Sciences-Po

Une introduction aux analyses constituant le cœur de ce travail collectif sur *Le droit de la régulation* doit refléter l'interrogation première : le « droit de la régulation » existe-t-il ? La question est utile parce que si l'on peut y répondre par l'affirmative, l'on peut ramasser des solutions et des lignes de raisonnement autour d'une même appellation, alors on pourra par rétroaction accroître, voire instaurer, leur compréhension, leur cohérence de fonctionnement, et contribuer à la sécurité juridique de l'ensemble.

L'existence du droit de la régulation n'est pas le pré-supposé de l'ensemble des contributions, leur fil conducteur est au contraire sa mise en doute. Le fait qu'on puisse s'inquiéter de la consistance d'un amas de règles sans logique globale apparente, qu'on observe la difficulté à les relier entre elles et à dégager leur fonctionnement dynamique, n'entame pas la pertinence de la question même de l'existence d'une branche du droit spécifique. L'enjeu de l'ensemble de ces contributions est donc de laisser la question ouverte pour mieux la travailler.

Il peut paraître paradoxal d'avoir d'abord publié des réflexions sur la réponse (1) avant de consacrer des propos plus centrés sur la question même. Mais cela tient au mouvement même de la pensée qui n'avance que par insouciance, car à douter toujours on ne peut rien prétendre, mais qui ne s'affermir que par le doute, car à affirmer sans retour en arrière, sans repentir actif, on construit sur du vent. Le droit de la régulation mûrit par la double force des hypothèses et de leur contestation (2).

Pour lancer le débat, on peut proposer des indices de reconnaissances, des critères d'identité et des règles de fonctionnement propres au droit de la régulation, parce que sur les décombres des distinctions classiques que sont notamment celles du droit public et du droit privé, du droit civil et du droit commercial, une recherche de cohérence par la subsomption dans cette nouvelle branche du droit n'est plus seulement bienvenue, elle devient impérieuse.

Dans le même temps, des doutes sur l'existence d'un droit de la régulation, on peut en avoir, et par deux sources. Tout d'abord, le terme de « régulation » a un tel succès, se glisse aujourd'hui dans tant de travaux, est appelé à la rescousse de tant d'affirmations de toutes sortes qu'il finit par renvoyer à rien d'autre de plus précis que quelque chose comme la modernité. Dans les conquêtes, c'est le succès qui est redoutable. Si la régulation ne renvoie qu'à cela, nous revoilà exposés au risque du vent.

La seconde source d'inquiétude, c'est l'hétérogénéité du mot. La régulation doit correspondre à un objet pour constituer une matière, voire une branche du droit (3). C'est la possibilité de réduire un ensemble de règles, de compétences et de mises en œuvre, à un seul mot, doté d'un seul sens, qui signe l'existence d'un ensemble unifié et cohérent. Même si chacun peut par la suite discuter ce sens, il doit conserver son unicité. Prenons un exemple et un contre-exemple. Le droit de la famille constitue une branche du droit, parce qu'elle se coagule autour de l'objet « famille », même s'il doit se

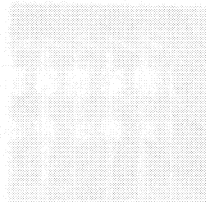
subdiviser immédiatement à travers l'opposition du personnel et du patrimonial notamment, même s'il doit endurer des réflexions légitimes sur ce qui constitue ou non une famille, l'ampleur de son cercle, etc. À l'inverse, le droit commercial a toujours souffert du tiraillement perceptible dans le Code de commerce qui ne sut faire un choix entre la tentation d'une définition par l'acte et celle d'une définition par la personne. Il est vrai que la notion d'activité économique se noue aujourd'hui mieux avec celle de professionnel mais c'est au prix d'un effondrement progressif de la distinction entre le droit civil et le droit commercial. Cela donc pour montrer l'importance de la question.

Or, la régulation paraît avoir en droit trois sens. Il faut lutter pour les ramener à un seul sens, en la rattachant à un seul objet, pas spécialement par goût de l'ordre mais parce que c'est la condition pour qu'une branche du droit existe. Il est vrai que l'étude de la loi sur les nouvelles régulations économiques n'aide pas car son contenu pulvérisé tire à première vue la notion à hue et à dia. Ainsi, le sens le plus solide parce que le plus immédiat du droit de la régulation, appréhendé comme l'appareillage juridique des secteurs particuliers et en permanence construits et conduits, reconnus en cela comme régulés — la finance, la banque, l'assurance, les télécommunications, l'audiovisuel, le transport ferroviaire, l'électricité et le gaz — ne se retrouve que très peu, et presque par hasard, dans la loi N.R.E. Dans ce texte, les améliorations au titre de la régulation financière ne sont que très ponctuelles,

(1) *Le droit de la régulation*, D. 2001, chron., p. 610-616.

(2) L. Boy, *Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche)*, D. 2001, chron., p. 3031-3038.

(3) G. Vedel, *Le droit économique existe-t-il ?*, Mélanges L. Vigneux, Université de Toulouse, 1981, p. 767.



l'insertion pendant la navette parlementaire d'une réforme des autorités de régulation financière ayant été effacée. De la même façon, si l'on s'en tient à ce sens strict attaché à des secteurs particuliers spécifiquement régis, les dispositions relatives au droit général de la concurrence constituant le deuxième titre du texte ne s'insèrent pas dans cette définition.

Dans cette loi, on discerne plus sûrement le deuxième sens de la régulation, pouvant seul justifier le rattachement de la réforme opérée dans le droit des sociétés à l'idée de régulation, ce qui sauverait la loi du grief de n'être qu'une accumulation de dispositions sans unité. Mais ce sens est aussi plus évasif puisqu'il s'agit d'une définition organisationnelle, renvoyant à un équilibre maintenu entre des pouvoirs d'inégal force par l'usage qui est fait en permanence de la puissance du droit. C'est à ce titre que des droits d'actions sont conférés aux actionnaires ou aux salariés pour que cet équilibre puisse par la suite se développer, sous la surveillance d'un juge toujours accessible. On mesure ici le danger de la dilution parce que le droit peut se définir tout entier comme ayant pour souci, et donc pour objet général, l'équilibre des puissances.

La définition se perd alors par la manœuvre de son élargissement. Cela advient par le troisième sens parfois évoqué, selon lequel le droit est une technique de régulation sociale, c'est-à-dire un mode d'organisation forcée et protectrice des relations des individus et des groupes. Ce sens de la régulation est propre à l'analyse sociologique, correspond à une façon de parler du droit, mais cela ne suffit pas à constituer un objet spécifique permettant de distin-

guer au sein de l'ordre juridique une branche du droit devenant ainsi particulière.

Ce sens de la régulation n'est pas à rejeter totalement parce que même s'il ne renvoie pas à l'idée de branche, il renvoie bien à celle de droit. C'est précisément ce sens que prend « la régulation de la mondialisation », évoquant la montée en puissance des règles, de leur effectivité et de leur application par des institutions internationales qui se juridictionnalisent, non seulement l'Organisation mondiale du commerce mais encore le Fonds monétaire international.

Si l'on en reste à la perspective de branche du droit, revenons donc aux deux premiers sens. On ne peut ainsi les coexister, sauf à refermer sans plus avant la question. Il faut soit préférer l'un à l'autre, soit les admettre tous deux mais à la seule condition de dégager un principe qui leur soit commun et leur restituer ainsi l'unité requise à l'existence d'une branche du droit.

Dans la première voie, s'il fallait choisir, il faudrait prendre le sens le plus solide, revenir sur ce qui serait une sorte de cœur de métier, à travers le droit propre aux secteurs régulés. Ces secteurs sont constitués par leur objets techniques, valeurs mobilières, gaz naturel, diffusion télévisée, etc. Mais ils ont en commun de devoir être construits et maintenus en permanence dans un équilibre entre un principe de concurrence et un principe autre, lequel peut varier selon les secteurs (4).

On sera contraint de restreindre le droit de la régulation à ces secteurs si on lie substantiellement celui-ci à l'existence d'autorités de régu-

lation. En effet, les secteurs précités sont aujourd'hui construits autour d'autorités de régulation, par exemple la Commission des opérations de bourse pour les marchés financiers, l'Autorité de régulation des télécommunications pour le secteur des télécommunications, le Conseil supérieur de l'audiovisuel pour celui de l'audiovisuel, la Commission de régulation de l'électricité pour le secteur électrique, etc. Certes, les autorités de régulation sont un indice du droit de la régulation (5) : là où elles existent, un droit de la régulation s'applique. Si l'on transforme l'indice en critère, alors il devient difficile d'évoquer un droit régulant le droit des sociétés, puisqu'il n'existe pas d'autorités de régulation *ad hoc* en cette matière.

Mais même restreint à ces secteurs, le droit de la régulation ne souffrirait guère d'un rétrécissement de la perspective, pour trois raisons. Tout d'abord, les secteurs en cause, précités, sont essentiels, non seulement en eux-mêmes mais parce qu'ils sont ce sur quoi l'économie générale se construit et ceux à travers lesquels la réalisation de risques systémiques peut ébranler celle-ci.

Ensuite, et de ce fait, le droit des secteurs régulés interfère nécessairement avec les droits correspondant d'une façon plus traditionnelle à cette économie générale. Ainsi, la régulation de l'admission et de la circulation des instruments financiers sur un marché finit par pénétrer au cœur du droit des sociétés cotées et peut-être, par contamination ou effet de raison, s'insinue dans celui des sociétés non cotées. Plus encore, la bonne articulation entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation est ce par quoi le droit de la concurrence peut trouver un

(4) Pour une explication de cette définition, v. *Le droit de la régulation*, préc., p. 612 et s.

(5) Sur la question corrélée de déterminer pourquoi on a constitué de telles autorités de régulation, v. *Pourquoi des autorités de régulations ?*, in *Le politique saisi par l'économie*, *Economica*, 2002, p. 271-285.

nouveau souffle, le contrôle des concentrations pouvant constituer un lieu de confluence.

Enfin, à l'intérieur même du droit de la régulation, les branches classiques du droit viennent s'appliquer mais aussi se régénérer. Par exemple, la théorie générale processuelle a trouvé une nouvelle énergie lorsqu'il s'est agi de dégager les modes équitables de fonctionnement des autorités de régulation. Ainsi, le droit des secteurs régulés est tout à la fois spécial, contaminant et promoteur des branches plus générales.

L'autre voie consiste à rechercher un sens commun aux deux définitions pour qu'il y ait identification possible d'une branche du droit. Si on y parvient, cela permettrait de dissocier éventuellement le droit de la régulation et l'existence des autorités de régulation, celles-ci n'étant qu'un indice et non plus un critère. Ce sens commun, on peut le dessiner par provision.

Préalablement, il faut souligner que le droit de la régulation, pris dans un sens ou dans l'autre, est pleinement du droit économique dans la mesure où c'est à partir d'une vision que l'on pourrait dire « dénudée » de la réalité que l'on construit le droit.

En effet, le droit classique se construit à partir de lui-même, c'est-à-dire à partir de ces inventions juridiques que sont principalement le contrat et la personnalité. À l'inverse, le droit de la régulation, en cela fils du droit de la concurrence, non seulement ne part pas de ces matériaux de base proprement juridiques, mais les récuse. Là où l'on avait construit le contrat, on ne voit plus que des accords, à l'instar du droit de la concurrence et du droit boursier. Là où l'on avait désigné une per-

sonne et en conséquence une volonté, on ne voit plus que des relations de pouvoir, de puissance ou de mouvements d'intérêts. Là où l'on avait identifié une autorité publique et une mission, on ne voit pas que des intervenants sur des marchés.

La performance du droit économique se fait ainsi par la régression, notamment en s'offrant la suppression de l'opération de qualification. Le droit de la régulation, puisqu'il est le dernier né des branches du droit économique, est plus régressif encore. En effet, le droit économique, surtout le droit de l'entreprise, avait pris comme objet l'organisation d'une structure. Même si le droit est instrumentalisé, par exemple si la personnalité juridique n'est plus perçue que comme le moyen offert par le droit pour que l'entreprise accède à la puissance d'action garantie par le droit, on suppose encore une organisation, une construction, donc une certaine artificialité.

Le droit de la régulation va plus loin dans l'archaïsme méthodologique : il ne prend plus comme objet que les puissances. Ces puissances de fait et de droit engendrent deux types de pouvoirs, classés suivant l'objet sur lequel ils portent : les pouvoirs d'agir sur le marché, les pouvoirs de disposer d'autrui. On retrouve alors les deux sens unifiés parce que dans les secteurs régulés comme dans le droit des sociétés, c'est l'articulation permanente de ces jeux de puissance, excités mais aussi tempérés par la concurrence, qui est l'objet direct du droit de la régulation, qui est ce dont le droit va se mêler intimement, dans cette relation toujours dialectique entre le droit et la force.

D'une seconde façon, c'est la méthode qui donne une unité au droit de la régulation, dans son but et dans ses moyens. Le but, c'est d'utiliser le droit pour organiser artificiellement les rapports de force et les construire de telle façon qu'ils puissent ensuite produire à leur tour de l'équilibre. Cela vaut pour l'ouverture forcée d'un secteur à la concurrence (6) aussi bien que pour l'équilibre contraint entre des principes hétérogènes, telles la concurrence et le pluralisme des opinions en matière d'audiovisuel, ou encore pour le rapport d'agence entre les dirigeants sociaux et les actionnaires. Dans un second temps, par ce travail juridique directement opéré dans les rapports de force, le droit met des ingrédients afin que ces rapports d'opposition restent actifs puisqu'ils sont en eux-mêmes sources d'équilibre.

Ainsi, le droit de la régulation active les rapports de force, aussi bien celui entre les opérateurs historiques d'un secteur et les entreprises qui pénètrent sur le marché que celui qui oppose les actionnaires et les dirigeants sociaux, et plus encore celui qui met face à face les producteurs et les distributeurs, relation à laquelle la loi N.R.E. consacre des dispositions spécifiques. L'idée est que le rapport de force est bénéfique lorsqu'il est équilibré. Le contrat lui-même repose sur ce principe. Ainsi, pour lutter contre la domination, il faut nourrir le rapport de force et non pas l'apaiser. Ce principe est commun aux procédés de régulation, dans les deux sens du terme. Il donne une cohérence forte à la loi N.R.E.

Les ingrédients pour nourrir les rapports de force de sorte que leur maturation puisse aboutir à l'équilibre des puis-

(6) V. par ex. *Les enseignements de l'ouverture à la concurrence du secteur énergétique*, *Revue de la concurrence et de la consommation*, à paraître.

sance et donc à l'équilibre des intérêts, sont de quatre ordres, qui sont autant de points fixes du droit de la régulation.

Il s'agit en premier lieu de la distribution des droits à l'information, non pas tant pour protéger la partie faible que pour faire sortir l'information. L'asymétrie d'information est au cœur de la théorie économique de la régulation. En deuxième lieu, il s'agit du principe de transparence, marque des secteurs régulés, aujourd'hui importé dans les rapports de force observables dans les relations de la distribution ou en matière de gouvernement d'entreprise. En troisième lieu, la proportionnalité doit gouverner l'exercice des pouvoirs, quel que soit le pouvoir dont il s'agit, celui du gestionnaire du réseau de transport du secteur régulé, celui du dirigeant social, celui de l'autorité de régulation elle-même. En quatrième lieu, on retrouve dans tous ces procédés de régulation le principe de responsabilité de ceux qui exercent le pouvoir sur autrui et, corrélativement, le principe de la contestabilité des décisions prises, notamment grâce au recours judiciaire. On retrouve toujours ces quatre principes : droits d'information, transparence, proportionnalité et responsabilité. Parce qu'on dispose de cette façon de points fixes, le reste peut bouger. Ainsi les normes de régulation peuvent être flexibles parce que c'est l'articulation de ces quatre principes fixes de méthode qui fournit la sécurité juridique requise.

Le droit de la régulation intègre donc une sorte de forçage des rapports de force mais une fois ces éléments intégrés, l'espoir est d'obtenir les équilibres souhaités par le seul jeu de ces nou-

veaux rapports. Par exemple, une fois l'installation de nouvelles entreprises concurrentes favorisée dans les secteurs libéralisés, on compte sur la puissance de la concurrence et la garde corrélatrice des objectifs de service public pour créer l'équilibre de marché. De la même façon, une fois les actionnaires minoritaires munis de droits pour obtenir des comptes, au besoin judiciairement, on estime que de nouvelles pratiques naîtront dans les sociétés françaises. Ou encore, la loi ayant instauré une commission pour observer les pratiques commerciales dans la distribution, on espère que des comportements d'exploitation prendront fin.

D'une façon commune, il y a à la fois contrainte sur les rapports de force et volonté de laisser jouer ces rapports de force, une fois ceux-ci structurellement modifiés par le droit. Le droit de la régulation est donc essentiellement à mi-chemin entre le dirigisme, où tout vient de l'extérieur, et l'autorégulation, où tout vient de l'intérieur. Pour revenir un instant et sous cet angle à la question de la mondialisation, le droit de la régulation constitue une perspective encourageante parce qu'en la matière on a besoin de règles (de toutes provenance, publique ou privée, écrite ou d'usage) et d'arbitrages (venant d'un juge ou d'un quasi-juge) mais fonctionnant sans un gouvernant extérieur à proprement parler (c'est-à-dire un État). Le droit de la régulation, tel qu'il se développe notamment en matière financière, répond à ce cas de figure d'une structure contraignante, conçue à l'extérieur mais vivant par l'intérieur.

Dans cette perspective, qui ne prend l'autorité de régulation que comme indice et non comme critère néces-

saire, et qui prend comme facteur d'unité l'objectif et la méthode, on ferme la difficulté née de la dualité des premières définitions. C'est pour en ouvrir une autre. Pour éviter la dilution de la régulation dans la définition même du droit par sa recherche d'équilibre dans les rapports de force, il faut cerner les domaines régis par le droit de la régulation, au-delà donc des seuls secteurs régulés mais en-deça de l'ensemble des relations sociales.

Cette réflexion amène à reprendre trois notions qu'il faut à la fois distinguer et articuler : le marché, le secteur et la chaîne. On connaît la notion juridique du marché, construite sur la notion de substituabilité, c'est-à-dire sur le produit lui-même. C'est l'alpha et l'omega du droit de la concurrence. Il faut aujourd'hui l'ajuster avec la notion de secteur, correspondant non plus à un produit mais à une activité, par exemple les télécommunications. C'est la base non seulement du droit de la régulation mais encore du droit de l'Organisation mondiale du commerce, à travers le calcul des sanctions. Le marché s'enchaîne dans le secteur, par exemple plusieurs marchés s'articulent en matière de télécommunication, ce qui déclenche en outre la double compétence des autorités de concurrence et de régulation, rendant impérative la bonne intelligence entre les deux branches du droit.

Il faut ajouter aux deux premières notions une troisième : celle de chaîne économique. En effet, beaucoup d'activités économiques se construisent autour de chaînes, au-delà des industries de réseaux. Ainsi, non seulement les procédés de distribution mais encore internet correspondent à cette



construction par chaîne. Plus encore, on évoque à juste titre la « filière bois » ou bien la « chaîne alimentaire ». Puisqu'on a indiqué que l'autorité de régulation est un indice sûr, on sera sensible à la création d'une autorité de régulation de la sécurité alimentaire, laquelle ne peut se concevoir qu'en ayant prise sur l'ensemble de la chaîne en question. La construction de

chaînes économiques, plus ou moins intégrées, croise alors non seulement une pluralité de marchés, mais encore d'une façon fréquente une pluralité de secteurs. La convergence technique y incite. Dans la mesure où le droit a engendré des règles propres aux marchés mais aussi des règles spécifiques à chacun des secteurs, on mesure que le droit de la

régulation ne pourra produire de l'ordre que si le système juridique parvient à organiser la bonne coordination entre les différents corps de règles cumulativement applicables. Il faut concevoir le droit de l'interrégulation. Il ne sera efficacement organisé qu'à l'intérieur d'un corps de règles identifiées comme une branche du droit.

Petites affiches

Le rendez-vous quotidien des professionnels du droit

■ 5 FOIS PAR SEMAINE

- *doctrine, notes et chroniques* rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- *l'actualité professionnelle et législative,*
- *les Dossiers de l'Europe* pour comprendre les grands débats de la construction européenne,
- *les numéros spéciaux* font régulièrement le point sur une question d'actualité ou un débat juridique,
- *les informations légales* pour suivre la vie juridique des sociétés,

■ EN LIGNE Téléchargez le journal du jour sur www.petites-affiches.com et retrouvez :

- *l'original du cahier d'annonces légales* et suivez directement la vie des sociétés.
- *les 10 dernières parutions,*
- *les numéros spéciaux,*
- *les Dossiers de l'Europe,*
- *les hors-série*

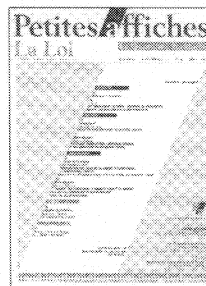
@ LES ARCHIVES DE LA RÉDACTION EN LIGNE

- *les archives* pour mener vos recherches directement en ligne. Grâce à des mises à jour régulières vous bénéficiez d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.

NOUVEAU

■ 1 CD ROM ANNUEL = STOCKER, TROUVER, IMPRIMER :

- Support d'archivage et outil de recherche, il comprend :
- *plus de 6000 articles de doctrine,*
- *toute la jurisprudence* du Quotidien Juridique, depuis 1994
- *le mode de recherche «full-text»* et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



FCNH - 03/2002 - GRAPHIS & DOMANCE

Petites affiches
LES JOURNAUX JUDICIAIRES ASSOCIÉS

SERVICE DIFFUSION : 2, RUE MONTESQUIEU 75041 PARIS CEDEX 01
TEL.: 01 42 61 88 00 - FAX : 01 42 92 03 91
e mail : difffusion@petites-affiches.com