

*In 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

Le nouvel art législatif requis par les systèmes de régulation économique

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeur des Universités à Sciences-Po,
directeur du Forum de la régulation*

1. - La place de la loi dans les secteurs économiques régulés est ambiguë. On dit la loi souvent malmenée par les nouveaux modes juridiques de régulation économique, dont les règles émergent plutôt par décantation, du rapprochement de multiples décisions, voire d'une *soft law*, mélange de lignes directrices, de rapports annuels, voire de déclarations de presse, *soft law* le plus souvent produite par les régulateurs indépendants eux-mêmes. Les Parlements nationaux se tiennent plutôt cois, et ce d'autant plus que leur intervention se résume souvent à des transpositions de textes communautaires, dans un rôle qui serait donc d'intendance, voire de détail.

Pourtant, il est rare que l'importance de la loi soit contestée, non seulement parce qu'elle formule les règles générales du jeu, qu'elle est l'acte d'ouverture de la transformation de l'organisation des secteurs, par exemple la loi du 20 juillet 1996 pour l'ouverture à la concurrence des télécommunications, la loi du 10 février 2000 pour celle du secteur électrique ou la loi du 3 janvier 2003 pour celle du gaz, mais encore parce qu'elle transmet aux régulateurs une légitimité de même nature que la sienne, dès l'instant que le régulateur a été institué par la loi.

La loi fournirait au système un principe de légitimité globale par la source. 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'ex-

clusion du droit ne vise en réalité que celle de la loi¹. Ce faisant, 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.

Plus concrètement, et ce même dans les systèmes anglo-américains, la loi est de plus en plus présente dans les systèmes régulés en raison des crises de ceux-ci. Aussi bien en matière énergétique qu'en matière financière, par une sorte de réflexe, on évoque non seulement la nécessité de lois nouvelles mais encore de lois qui se haussent dans la hiérarchie des normes, loi désormais fédérale pour les États-Unis, texte désormais communautaire pour l'Europe.

Il n'empêche qu'une sorte de nostalgie de la loi effleure de beaucoup d'études sur les nouveaux systèmes de régulation, comme quelque chose de perdue et de regrettée. Comment expliquer cette impression de perte à propos d'un procédé toujours présent? Sans doute parce que les secteurs régulés ne font pas reculer la loi mais requièrent une autre façon de faire la loi. Il s'agit ici d'explicitier ce passage, non pas du règne de la loi vers sa disgrâce, mais plutôt d'une conception traditionnelle de la loi, principalement hiérarchique et nationale, vers un nouvel art législatif, profondément dialogique et ayant perdu son intimité avec la souveraineté.

I. L'ART LÉGISLATIF TRADITIONNEL RENOUVELÉ PAR UNE CONSTRUCTION NORMATIVE PLANE ET ARGUMENTATIVE DE LA RÉGULATION

2. – La structure pyramidale des normes juridiques trouve mal à s'appliquer en matière de régulation, non pas seulement parce que, d'une façon générale, c'est celui qui applique au plus près des cas la règle qui tient celle-ci — ici, le régulateur —, mais encore parce que l'appareillage juridique des secteurs régulés est un mixte de pratiques et de prescriptions, dans lequel chacun peut tenir son rôle, « chacun en ce qui le concerne » pour reprendre cette expression législative que l'on trouve notamment dans la loi du 10 février 2000 sur le secteur électrique. Ainsi, pour un même objet, vont intervenir des pouvoirs normatifs très divers, mêlés à des discours que tiennent des personnes non expressément titulaires de la puissance de faire des règles juridiques générales, comme les entreprises ou ceux qui émettent des opinions. La régulation peut être dite « plane » car la règle se constitue non pas en réplique d'une hiérarchie entre les pouvoirs, ce qui conduirait à imposer simplement ce que dit la personne la plus haut placée, mais par ajustement des pertinences attachées à la substance de ce qui est proposé par chacun².

1. C'est pourquoi le mouvement par lequel le législateur envisage d'intervenir peut être décrit comme allant de « l'autorégulation à la loi ». V. d'une façon exemplaire, P. Clément, *Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi*, rapport d'information n° 1270, AN, déc. 2003.

2. V. d'une façon explicitée *infra* n° 8 et s.

3.- D'ailleurs, s'il en était différemment, alors seul le droit communautaire vaudrait, parce qu'il a été le point de départ des nouvelles règles juridiques des industries de réseaux et qu'il reprend aujourd'hui la main en matière de régulation bancaire et financière. Or, contrairement à l'affirmation courante mais trop radicale d'une inversion des pouvoirs entre États nationaux et organes communautaires, les législateurs nationaux ne sont pas les simples exécuteurs des décisions prises à l'échelle européenne ou internationale et la pratique montre au contraire les marges toujours laissées dans les textes aux États. Pour jouer ce rôle, encore faut-il que les législateurs nationaux ne demeurent pas attachés à une conception de l'autorité attachée à la place et au titre, celle-ci, en raison de la perte de souveraineté, les conduisant à une sorte d'autocensure normative. Elle s'avère injustifiée si l'on arrive précisément à concevoir moins intimement législation, souveraineté.

A. LA NOUVELLE CONCEPTION DE L'AUTORITÉ, EN RECHANGE DE LA SOUVERAINÉTÉ

4.— Dans un système de droit dont les sources sont hiérarchisées, l'autorité s'exerce du haut vers le bas, et tient du seul fait de la position respective des personnes³ ou des institutions en cause⁴. L'autorité a l'avantage d'engendrer de l'indiscutable, donc de la simplicité, mettant hors du doute la détermination de qui doit exercer l'autorité et de qui doit la subir, de la même façon que ne doit pas être discuté le contenu même de la prescription émise⁵. Dans ce système d'assujettissement hiérarchique, le premier acteur est déterminé par la souveraineté, qui permet par exemple à l'État d'être maître chez lui⁶.

5.— Ce schéma est écorné par la construction européenne et par l'interdépendance internationale. Il est presque laissé de côté dans les matières qui nous intéressent, dès l'instant qu'on a quitté le couple monopole/tutelle pour aller vers le couple concurrence/régulation. Pourtant, l'autorité est plus qu'ailleurs le coeur du bon fonctionnement des secteurs régulés, parce que les acteurs sont suffisamment puissants et stratégiques pour disposer des moyens d'échapper à la règle. L'autorité doit donc

3. V., par ex. Cl. Bontems (dit.), *Le juge : une figure d'autorité*, L'Harmattan, 1996. Cela n'est d'ailleurs pas sans lien avec l'aptitude du juge à se faire respecter et à concrétiser des règles, ce qui le rend au sens large « acteur de la régulation sociale ». V. dans ce sens et dans cet ouvrage, le chapitre « Le juge acteur de la régulation sociale » (p. 235-265). V. aussi A. Kojève, *La notion de l'autorité*, 1942, édité en 2004, Gallimard, coll. « Bibliothèque des idées ».

4. V., par ex. Logique, hiérarchie et dépendance des sources de droit, in *Lire le droit. Langue, texte, cognition*, LGDJ, 1992, p. 121 s.

5. V., par ex., W. Baranès et M.-A. Frison-Roche, L'autorité en droit, in *Tout négocié*, Éditions Autrement, 1996, p. 45-59.

6. Mais l'on pourrait dire la même chose pour le contrat, cette « petite loi » entre les parties, dans lequel celles-ci sont souveraines.

7. Tutelles et régulations comparées, in *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, travaux de la promotion Marc Bloch, ENA, t. II, p. 486-561, La Documentation française, 1997.

prendre le relais de la force hiérarchique, l'autorité permettant à la règle d'impressionner les parties prenantes et de rendre moins indispensable une puissance séculière dont la globalisation a grandement réduit le bras. Le droit peut produire ce type d'autorité mais il n'en a pas le monopole et, même dans la perspective juridique, ce n'est plus la même autorité que celle qui s'appuie sur la force hiérarchique, fût-elle la puissance légitime de la loi.

6.— Ainsi, le président Jorge Vascongelos, étudiant la relation entre les théories politiques de l'autorité, notamment celle de Hanna Arendt, et ce qui fait autorité dans les systèmes de régulation économique, affirme que l'autorité du système de régulation demeure dans l'extériorité du régulateur par rapport au système même — ce que l'on pourrait désigner comme l'impartialité du régulateur — mais aussi dans les contraintes qui limitent l'exercice de son pouvoir⁸. 11 n'y a d'autorité que distante — même si cette distance doit être en outre intériorisée par les destinataires — et limitée.

7.— Cette distance explique la mise en place même de régulateurs indépendants, dès l'instant que l'État conserve par ailleurs la maîtrise d'un opérateur en concurrence⁹, ce qui lui ôte l'impartialité requise dans l'élaboration des règles. Pourtant, selon ce même critère premier de la distance, le législateur conserve sa place en tant qu'il représente la défense de l'intérêt général, dans et au-delà du secteur, alors que le régulateur n'est en charge que de l'intérêt collectif du secteur¹⁰. Ainsi, la régulation fait reculer le pouvoir du Gouvernement, dès l'instant que le maintien d'opérateurs publics le met en conflits d'intérêts, mais supporte le pouvoir du législateur. Le principe influe encore sur l'organisation même du régulateur, qui doit lui aussi être distant. Sa distance à l'égard du secteur, forme institutionnelle de l'impartialité, est plus difficile que celle du législateur puisque le régulateur est plus proche du secteur, voire se meut à l'intérieur de celui-ci. Pour l'obtenir, la confrontation des expériences, notamment en Angleterre et en France, conduit à une préférence pour une organisation bureaucratique¹¹ et collective de l'autorité de régulation, autour d'un collègue, modèle aussi bien adopté aux Etats-Unis qu'en France, que par un régulateur de type charis-

matique, personne physique à fort crédit mais qui est trop sujette à pression et à erreur, du seul fait qu'elle est seule¹².

8.— Dans le même temps, l'autorité et le bon fonctionnement du système de régulation reposent sur l'aptitude de chacun à prendre la parole dans une discussion incessante et à fournir les raisons pour lesquelles les intérêts défendus sont légitimes, échanges d'arguments qui, mis en balance, permettent au système de fonctionner. L'autorité provient alors de l'aptitude d'une institution à prendre en considération les intérêts justifiés de tous les autres. Cela est particulièrement net à propos des marchés financiers¹³, notamment dans le rôle que le régulateur accorde au consensus de place. Cette fonction de prise en parole peut être plus particulièrement exercée par le président de l'autorité de régulation, ce qui place alors le système entre une conception de neutralité bureaucratique et une conception de prestige charismatique, situation usuelle dans le système nord-américain des autorités de régulation.

9.— Dans ces nouvelles organisations, le législateur national ne peut plus guère s'appuyer sur une logique de souveraineté et d'une parole présentée comme naturellement impérative¹⁴. En outre, il est fréquent que les secteurs régulés dépassent technique-ment les frontières territoriales, alors même qu'une conception traditionnelle de la loi maintient une segmentation des marchés dont les frontières du droit sont autant de contours, comme l'ont montré les processus d'attribution des licences de télé-phonie UMTS : le pouvoir des Gouvernements nationaux d'attribuer les droits a fortement contribué à enfermer les marchés de téléphonie dans des frontières nationales¹⁵. L'art législatif adéquat doit pourtant viser à ce que les marchés prennent une dimension européenne et il peut y contribuer par la formulation qu'il en a : il est ainsi souvent souligné que doit se constituer un droit européen de la régulation financière pour que les frontières du marché financier s'étendent dans la création d'une véritable place financière européenne intégrée. Il ne s'agit plus tant d'une remise en cause destructrice des souverainetés mais d'un partage du pouvoir entre espaces normatifs poreux entre eux, entre l'espace national, communautaire, international et global.

10.— Dans ces conditions, le rôle du législateur n'est plus tant d'imposer, par la puissance de sa propre souveraineté ou par l'obéissance à une source de droit supérieur,

8. J. Vascongelos, L'autorité de la régulation à travers le rapport du régulateur et de l'État, Forum de la régulation du 24 juin 2002, résumé in L'autorité de la régulation, *Les Annonces de la Seine*, 11 juill. 2002. V. aussi A. Kojève, préc.

9. V., par ex., Pourquoi des autorités de régulation ?, in *Le Politique saisi par l'économie*, Economica, 2002, p. 271-285.

10. Pour l'étude économique de ces notions familières au juriste, v. J.-J. Laffont, Intérêt général et intérêts particuliers, in *L'intérêt général*, rapport annuel du Conseil d'État, La Documentation française, 1999, p. 421-428.

11. Terme qui renvoie ici aux conceptions de Max Weber qui soulignait le progrès opéré par le passage d'un système dans lequel les décisions étaient prises dans un rapport interpersonnel entre celui qui sollicitait la décision et celui qui la formulait, vers un système neutre au sein duquel l'agent applique la règle hors d'une relation personnelle avec le destinataire de la décision. Ce progrès mérite d'être conservé, ce qui explique l'abandon du régulateur-personne isolée. V. par ex., M. Coutu, *Max Weber et les rationalités du droit*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1995.

12. On observa que, en Angleterre, des réformes législatives successives ont remplacé ces régulateurs solitaires par des structures administratives, par exemple la *Financial Services Authority*, créée en 1998. Sur ce mouvement, v. C. MacCarthy, Why Independent Regulators ?, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Dalloz-Presses de Sciences-Po, coll. « Thèmes et commentaires », série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 54-64.

13. Lorsque l'article 1^{er} de la loi de sécurité financière du 1^{er} août 2003 confie à l'Autorité des marchés financiers le soin de « contribuer à la régulation européenne et internationale des marchés », il emprunte une logique de ce type. Pour une analyse de sociologie juridique, v. Esquisse d'une sociologie du droit boursier, in *Sociologie du droit économique*, *L'Année sociologique*, 1999, 49, n° 2, p. 457-494.

14. Sur cette scission entre le législatif et l'impératif, v. J.-M. Auby, Prescription juridique et production juridique, in F. Chazel et J. Commaille (dit.), *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, coll. « Droit et société », 1991, p. 159-170, soulignant notamment le lien avec l'instrumentalisation du droit (p. 166).

15. V.N.Curien, Enchères et télécommunications. Échec et leçons, ce volume.

mais bien plutôt de concevoir et de dire, ce qui lui permet d'être lui-même moins dépendant des frontières. Ainsi, la régulation des secteurs s'opère en adoptant des principes d'intelligibilité et des règles de comportement. Le plus souvent, ces lignes directrices émanent des autorités de régulation elles-mêmes, notamment parce que le style bureaucratique s'associe aisément avec l'ambition pédagogique¹⁶. Peu accoutumé à cet art de la mise en cohérence et en principe des règles, parce que l'exercice renvoie à la doctrine plus qu'à la loi, les législateurs sont muets tandis que les régulateurs émettent les règles générales sur lesquelles les opérateurs s'ajustent. Il pourrait en être autrement.

B. LES QUALITÉS DU DISCOURS LÉGISLATIF REQUISES POUR PARTICIPER AU « CONCERT DE LA RÉGULATION »

11. – Puisque les règles de la régulation se cristallisent par la discussion de tous avec tous, on peut remplacer la figure de la hiérarchie par celle du « concert ». Cette organisation normative du concert va au-delà de celle du dialogue¹⁷ puisqu'à partir d'acteurs plus nombreux et plus diversifiés que le législateur et les cours de justice, les règles émergent à travers des ajustements de prétentions — ce qui permet aux opérateurs et aux personnes non désintéressées de participer aussi au concert normatif —, prétentions qui n'ont pas besoin d'être impartiales et qui sont prises en considération à l'aune de la solidité des justifications qui peuvent y être apportées.

12. – Il est d'ailleurs remarquable que la doctrine juridique pense dans les mêmes termes l'évolution de l'art législatif et de ce que l'on pourrait désigner comme « l'art de régulation ». Conceptuellement, la notion de cocréation de la loi et celle de corégulation sont analogues¹⁸. Mais la cocréation normative et la corégulation souffrent de la même faille, celle qui consiste à mettre le législateur à la même place que les autres. Pourtant, même dans un système de régulation plane, le législateur demeure dans sa spécificité et le fait qu'il soit législateur et pas autre chose ne doit pas être excessivement neutralisé. En effet, c'est le législateur qui doit donner les points de

16. A. Viandier, La crise de la technique législative, in *Crises dans le droit*, *Droits*, n° 4, 1986, p. 75-80.

17. Sur la conception « dialogale », v. F. Jacques, *L'espace logique de l'interlocution*, PUF, 1985. Sur son application au droit, *Dialogue, dialectique en philosophie et en droit*, Archives de philosophie du droit, t. 29, Sirey, 1984, et spécialement E. Jacques, Dialogue exige; communicabilité et dialectique, p. 7-25, exposant la place des intérêts dans le dialogue (p. 16 s. et p. 24).

18. Il est remarquable qu'un même auteur, Gérard Timsit, ait tout à la fois décrit cette évolution de l'art législatif (*Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1995, notamment les développements sur la transdiction de la loi par le juge, p. 46 et s.), et étudié l'évolution des systèmes de régulation à travers la philosophie politique et la technique juridique (*L'archipel de la norme*, PUF, coll. « Les voies du droit », 1997, p. 161 et s.). V. encore *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation*, *RFAP*, 1996, p. 375 et s.

repère du système¹⁹. Il le fait non tant parce qu'il ordonne mais plutôt parce qu'il justifie lui-même le système.

13.- Il convient d'explicitier cette place des justifications de la loi dans les systèmes de régulation parce que, dans sa conception traditionnelle, l'acte législatif ne nécessite pas de motivation, voire l'exclut, parce que la souveraineté et la bonne place dans la hiérarchie des pouvoirs suffiraient²⁰. De la même façon, les régulations n'ont pas toujours intégré l'obligation de justifier la règle. En effet, même lorsque l'organisation n'est pas de type hiérarchique, il suffit que les régulations soient fermées sur elles-mêmes et construites donc sur le principe de l'entente entre les opérateurs²¹, l'intérêt commun à ceux qui décident ou le pur jeu des puissances pouvant suffire à engendrer la règle.

14.- Mais, de la même façon que le principe hiérarchique s'efface, le mécanisme de régulations closes sur elles-mêmes — auquel renvoie principalement l'idée d'autorégulation — est aujourd'hui en très fort recul. Celui-ci prend la forme d'une ouverture des processus de régulation eux-mêmes à d'autres que les professionnels impliqués, soit, à tout le moins, la soumission des prises de décisions au regard d'autrui, à travers l'obligation de transparence. La transparence conduit les différentes autorités, quand bien même elles conservent le pouvoir, à justifier à l'égard de l'extérieur ce pourquoi elles décident. La transparence, principe clé des nouveaux systèmes de régulation, permet non pas seulement le contrôle *a posteriori* du système mais contraint ceux qui s'y meuvent à justifier par avance ce qu'ils y obtiennent.

15.- Cela est vrai aussi pour le législateur. L'obligation de justifier ce pour quoi la règle est adoptée ne résulte donc plus d'une infériorité dans la hiérarchie des organes normatifs, elle exprime une nouvelle façon de rendre des comptes. Prenons un exemple : lorsque le législateur adopte une règle différente de celle qui est communément admise en Europe ou dans d'autres systèmes, il ne s'agit pas tant de mesurer son droit de le faire au regard de la hiérarchie internationale des normes mais plus simplement, et d'une façon plus contraignante aussi, d'explicitier pourquoi il le fait. Ainsi, si la loi du 1^{er} août 2003 opéra dans l'Autorité des marchés financiers la fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers, cela tient à la principale raison qu'il n'y avait pas de raisons techniques à avoir deux institutions alors qu'à l'étranger il n'y en avait qu'une²².

19. Sur cette importance des points de repères dans des systèmes juridiques dont les règles sont continuellement modifiées, v. P. Livet, Argumentation et révision dans l'espace juridique, in P. Livet (dit.), *L'argumentation. Droit, philosophie et sciences sociales*, Les Presses de l'Université de Laval, coll. « Diké », 2000, p. 179-214.

20. M. Bastit, *Naissance de la loi moderne*, PUF, coll. « Léviathan », 1990. V. aussi, A.-M. Leroyer, La motivation de la loi, in *La motivation*, Travaux de l'association H. Capitant, Journées nationales, t. III, LGDJ, 2000, p. 87-105.

21. Ce qui rend si difficile l'articulation entre le principe de concurrence et l'organisation bancaire. Cela est vrai qu'il s'agisse des sanctions des comportements anticoncurrentiels ou du contrôle des concentrations entre établissements de crédit.

22. Cette façon de faire n'est pas sans danger. Elle suppose que ce qui est le plus en usage est ce qui est meilleur. On en revient à l'idée rousseauiste que la majorité a raison puisqu'elle est la majorité.

16.- Dès lors, le législateur doit justifier ce qu'il fait, rendre intelligible ce qu'il décide et sera d'autant plus puissant dans le système qu'il sera apte à donner de la cohérence et de la clarté à des systèmes de régulation qui ne cessent de se compliquer. C'est pourquoi les travaux préparatoires, qui rendent intelligibles les textes, deviennent de plus en plus importants puisque l'effet des textes dépend du sens clair et cohérent qu'on peut y attacher. Il y a donc inversion de la règle classique selon laquelle les travaux préparatoires sont secondaires, puisque le sens de la règle y est scellé, ce sens qui rend efficace la règle. Ainsi, plus que jamais, la cohérence et la clarté du discours législatif, non plus tant dans la loi mais autour de la loi, sont essentielles. En cela, contrairement à l'avantage que l'on reconnaît souvent au droit anglo-américain comme plus étant adéquat aux nouvelles régulations, parce que plus détaillé et plus évolutif, la tradition romaniste d'un droit clair et ordonné est très précieuse.

17.- En outre, le principe hiérarchique est non seulement mis au second plan dans l'espace mais encore en quelque sorte dans le temps : le passé commande moins au futur, le futur précède presque le passé. L'idée paraît insensée car renvoie à l'idée qu'une loi nouvelle n'a plus même à attendre qu'une loi ancienne ait été passée pour intervenir. Il en est pourtant ainsi et cela implique une anticipation paradoxale de l'art législatif. Pour l'instant, dans les droits des secteurs régulés, le législateur intervient après l'adoption de la règle communautaire ou internationale, pour la transposer. Cela engendre une sorte de technique législative défensive, par avance organisée par les États lors de la négociation du texte supranational, pour se ménager des marges de discrétion, soit explicite par le visa de réserve, soit implicite par des confusions sciemment insérées dans les textes, de sorte que le législateur national puisse prétendre encore transposer docilement tout en choisissant en réalité la règle qui lui convient. La directive communautaire du 19 décembre 1996 est exemplaire de cela : texte sur la libéralisation, elle a pu servir de base à une loi française sur le service public ²³.

18.- Cette conception défensive souffre de ne pas encore assez anticiper. En effet, les opérateurs des secteurs régulés, eux, sont soumis à un futur à la fois étiré et figé : la tyrannie de l'investissement massif et à long terme produit des décisions présentes dont le temps pertinent est en réalité le futur lointain — celui du retour sur investissement — et un futur fixé dès le moment présent. Cette dimension capitaliste à long terme exige des opérateurs qu'ils anticipent et qu'ils jouent par rapport à la règle

est normal, c'est-à-dire dans l'usage. Cette fusion peut constituer un risque systémique pour la régulation, en raison de l'hypothèse de l'erreur massive, de type que l'on observe dans les grandes crises. Cet alignement des systèmes de régulation les uns sur les autres est encouragé fortement par les organismes internationaux, qui relaient l'association entre ce qui est répandu, ce qui est normal et ce qui doit être normatif. Le phénomène est observable pour les institutions internationales publiques, comme l'OCDE, comme privées, comme l'OICV. 11 est accru par le fait que ces organismes croisent leurs réflexions.

23. M.-A. Frison-Roche, La directive relative au marché intérieur de l'électricité, en elle-même, in *La déréglementation de l'électricité : quels enjeux pour l'Europe?*, Economies et sociétés, PUG, 1997, p. 137 et s.; La réorganisation de l'économie de l'électricité : la part du droit, in *L'Europe de l'énergie : convergences, complexités, Economie et sociétés*, Isméa, 2001, p. 107-117.

telle qu'elle sera au terme temporel de la rentabilisation. Dès lors, la règle qu'ils veulent suivre est celle du futur et non celle du présent. Une des solutions peut bien sûr être trouvée dans la constance de la règle : qu'elle demeure demain ce qu'elle est aujourd'hui. En cela, la règle du caractère perpétuel de la loi, qualité intrinsèque qui exprime cette vertu de constance, pourrait retrouver une nouvelle verdure. Mais cela n'est guère compatible avec l'obligation d'adapter les règles au fur et à mesure, en raison et des évolutions techniques et surtout des leçons que donnent les crises et les échecs de régulation²⁴.

19.-Dès lors, il faut que les autorités publiques donnent à voir la loi future, afin que s'y ajustent au plus vite les opérateurs. C'est ce à quoi s'emploie la Commission européenne qui met en place, par des consultations et des livres verts ou blancs, les linéaments doctrinaux de la future directive, alors même que l'encre de la précédente n'est pas sèche. Cette manière de faire la loi produit une attraction forte sur les entreprises. En effet, cela conduit chacun à appliquer les principes d'une loi qui n'est pas encore insérée dans l'ordre juridique, mais qui est adéquate car elle appartient au même temps que celui du déploiement des investissements capitalistes à faire maintenant. On peut regretter cette inversion du temps législatif mais elle est tangible concernant des secteurs soumis à l'observation très assidue des règles par ceux qui les subissent, qui en jouent et qui doivent investir comme s'ils la connaissaient déjà.

20.-Ce que la Commission européenne fait, les législateurs nationaux devraient le faire également, c'est-à-dire anticiper les transpositions qu'ils feront de textes supranationaux non encore adoptés. Ainsi, des discussions et des documents doctrinaux, comme le sont les rapports et les travaux des commissions parlementaires, pourraient porter sur les textes non encore conçus plutôt que d'attendre le temps déjà dépassé alors que même que techniquement non advenu, de la transposition du texte supranational. En cela, le législateur national pourra contribuer pleinement à cette nouvelle sorte de concert de la régulation. Il le fait désormais lorsque le droit des sociétés croise la régulation des marchés financiers ²⁵ mais encore peu concernant les industries de réseaux.

21.-Le législateur pourra le faire au-delà de son espace national traditionnel. L'enjeu politique n'est, certes, pas le même dans les espaces supranationaux que lorsque le législateur exerce son art dans ses frontières normatives classiques. En effet, dans l'espace national, l'on pourrait soutenir que le législateur exprime la volonté du Peuple, ce qui le fait demeurer dans un schéma républicain, construit sur des insti-

24. J.-M. Glachant, La crise de la régulation électrique. L'exemple de la Californie, in *Régulation, risque, crise*, à paraître.

25. Pour le Sénat, v. not. Ph. Marini, *Pour un nouvel ordre financier mondial : responsabilité, éthique, efficacité*, Les rapports du Sénat, n° 284, 1999-2000; pour l'Assemblée nationale, v. P. Clément, *Gouvernement d'entreprise : liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi*, préc. Les travaux croisent alors ceux d'organismes qui peuvent s'associer à l'effort de conception du pouvoir normatif direct. V. par ex. Haut Conseil du secteur public, *Les services publics en réseaux face au progrès technique et à la mondialisation*, Rapport 1998, ou J.-P. Moussy, *Des autorités de régulation financières et de concurrence : pour quoi, comment?*, rapport du Conseil économique et social, JO, 2003.

tutions et des représentations, tandis que dans des espaces supranationaux, les législateurs nationaux reprennent la place plus ordinaire de ceux qui discutent dans un espace public, ce qui renvoie davantage au modèle de la démocratie, seul accessible à un espace encore peu institutionnalisé ou dans lequel les institutions, de type technocratique, ne peuvent se rattacher à la puissance politique de la représentativité²⁶.

II. L'ART LÉGISLATIF, GARANT DE LA COHÉRENCE DE LA RÉGULATION

22.– Dans des systèmes de régulation très complexes, pour lesquels on ne peut plus rêver d'une restauration de la simplicité, le caractère prévisible de la régulation, c'est-à-dire sa sécurité juridique, alors même que les règles ne restent pas stables dans le temps, tient dans sa cohérence. Concernant les secteurs régulés, l'intégration européenne est très profonde, soit parce que les nouvelles régulations sont nées des textes communautaires, comme en matière de télécommunications ou d'énergie, soit parce que le droit communautaire est en train de relayer les dispositions nationales, comme en matière bancaire et financière. C'est pourquoi il faut, ci-après, considérer comme nationales les régulations, qu'elles viennent de l'Europe ou de dispositions internes autonomes.

A. LA COHÉRENCE INTERNE DE LA RÉGULATION ET LA PERSPECTIVE D'UNE LOI-CADRE SUR LES RÉGULATIONS ÉCONOMIQUES

23. – Les matières étant très complexes, notamment parce que les textes sont imprégnés des objets techniques sur lesquels ils portent, il est fort difficile de les comprendre. Dès lors, le législateur peut avoir pour fonction non pas seulement de faire la norme mais de la faire comprendre. Cette fonction pédagogique de la loi, ou de l'action du législateur autour d'elle, est devenue l'accessoire nécessaire de la loi, notamment depuis que le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 16 décembre 1999, a vu dans l'accessibilité de la loi un objectif à valeur constitutionnelle²⁷. Dès

26. D'une façon générale, v. revue *Droits*, La représentation, PUF, 1987, spéc. D. Turpin, Représentation et démocratie, p. 79-90. Sur les questions qui nous occupent, v. E. Cohen, *L'ordre économique mondial : essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001.

27. On peut y voir un complément du principe de sécurité juridique, ou un nouveau sens que l'on donnerait au principe selon lequel nul n'est censé ignorer la loi, transformant une disposition procédurale par laquelle le défendeur à une action en justice ne peut justifier de ne s'être pas conformé à la règle par l'ignorance qu'il en avait, en un véritable précepte positif comme quoi il faudrait que l'on comprenne le sens des obligations dont on porte le poids. Le principe de proportionnalité viendrait alors compléter ce nouveau rapport de la loi et de son destinataire, en ajoutant que le poids ne doit pas être

lors, c'est le législateur qui de lui-même doit rendre la loi accessible. Se dégage ainsi un devoir législatif de rendre lisibles les régulations économiques. L'association de la motivation à l'art législatif contribue à cela²⁸.

24.– Ce faisant, le législateur rend accessibles les nouvelles régulations, ce qui renvoie à la notion clé des nouvelles conceptions, à la fois technique et humaniste, de la régulation : l'accès. La régulation organise l'accès à la concurrence, notamment par accès organisé des opérateurs aux réseaux d'infrastructure essentielle, l'accès des consommateurs à des biens diversifiés²⁹, l'accès à travers la notion de service universel de tous à des biens dont nul ne peut se passer parce qu'ils sont nécessaires à la vie décente. Cela suppose en amont l'accès à la connaissance de l'existence de cet accès. De la même façon qu'il y a un « droit au droit³⁰ », qui oblige à faire savoir à ceux qui en ont besoin l'existence même de droits qui ne sont que virtuellement à leur portée, de la même façon, il faut organiser un « accès à l'accès ».

25. – Comment organiser cet accès à la connaissance du système ? L'enjeu de méthode est essentiel. Il est proposé ici de recourir à la notion de « reflet », développée par ailleurs³¹, qui pose qu'un droit n'est efficace que s'il se structure en reflet de l'objet sur lequel il porte. Pour prendre un premier exemple, si l'objet sur lequel porte le droit est structuré en réseau, le droit doit lui-même se mettre en réseau. Le droit financier l'illustre. Pour prendre un second exemple, si les comportements visés sont à base de calcul de rentabilité, le droit doit lui-même intégrer ce type de calcul, notamment dans le montant des sanctions.

26.– Dans cette perspective méthodologique, l'art législatif à promouvoir dépend de la réponse apportée à la question suivante : de quoi le droit de la régulation est le reflet ? En prenant position sur les contours de ce qui est régulé, il en résulte tel ou tel art législatif. Ainsi, en premier lieu, l'on peut soutenir que l'art législatif correspond à la structure d'un secteur régulé national, c'est-à-dire un secteur technique à la fois particulier et saisi dans ses frontières nationales. En deuxième lieu, l'objet de la régulation peut demeurer être un secteur économique, mais en ôtant pertinence au fait qu'il soit national ou supranational. En troisième lieu, la régulation est peut-être une nouvelle façon de gouverner des secteurs qui ont des points communs, par exemple l'existence de monopoles naturels ou l'existence d'un régulateur indépen-

plus lourd que nécessaire (v. M. Behar-Touchais (dit.), Le principe de proportionnalité, n° spéc. *Petites Affiches*, 30 sept. 1998). Ainsi, le sujet de la loi ne serait plus assujéti que dans les limites et de la nécessité et de sa compréhension de ce pourquoi il est contraint. Dans les deux cas, le législateur doit expliciter ce pour quoi il impose, la finalité de son action devant être explicitée pour qu'on comprenne l'ordre donné et pour qu'on en mesure l'efficacité. Ce faisant, la loi a perdu sa « modernité » au sens où elle avait dans son propre pouvoir souverain sa raison d'être, sa suffisance et sa seule limite (sur cela, v. M. Bastid, *Naissance de loi moderne*, préc.).

28. V. supra n° 15 et s.

29. M.-A. Frison-Roche, La dialectique entre service public et clientèle : vers une nouvelle régulation, in *Clientèle et concurrence. Approche juridique du marché*, Travaux du CREDA, Litec, 2000, p. 173-208.

30. J.-M. Varaut, *Le droit au droit : pour un libéralisme institutionnel*, PUF, 1986.

31. M.-A. Frison-Roche, *Esquisse d'une sociologie du droit boursier*, préc.

dant, de sorte qu'il faudrait concevoir un cadre législatif général qui rendrait intelligibles les régulations techniques particulières, sans plus se soucier du fait qu'il s'agisse de tel ou tel secteur spécifique. Ainsi, suivant le jeu de pertinence ou d'indifférence que l'on confère à l'objet sur lequel porte la régulation, l'art législatif, par la force précitée du reflet, varie.

27.- Reprenons le premier cas de figure, celui d'une pertinence donnée à la fois à la spécificité du secteur et à son caractère national. Elle produit un art législatif éparpillé. Ceci ne correspond pas à un vice de l'art de légiférer car, dans cette hypothèse, la loi n'a de cohérence qu'à l'intérieur de la structuration d'un secteur particulier, par exemple l'énergie ou le rail, dans sa dimension nationale. L'on considère alors que la régulation est le reflet d'un secteur national, ce qui implique de procéder loi par loi : à chaque secteur, sa loi. Il faut aussi que l'organisation juridique soit substantiellement cohérente à cela : à chaque secteur, la loi qui le prend spécifiquement en charge doit dessiner des institutions qui lui sont inhérentes, donc exclusives.

28.- Cela conduit à associer l'art législatif à l'art de la distinction, face vertueuse de la dispersion. Il convient alors qu'il y ait une adéquation la plus forte possible entre la législation et la pluralité des secteurs. A cette aune, le fait de confier la régulation postale au régulateur des télécommunications, ce qui est concrètement envisagé en France, alors que les deux secteurs sont désormais sans rapport l'un avec les autres, serait une erreur législative alors que, au contraire mais selon le même critère, la nature du secteur de l'électricité et celui du gaz, deux formes d'énergie intermodales en elles, justifiait que la loi du 3 janvier 2003 confia la régulation du gaz au régulateur naguère seulement en charge de l'électricité. La conséquence d'une telle conception de la régulation, comme reflet de secteurs nationaux spécifiques est, dans son bon côté, l'ajustement au plus près des régulations et, dans son mauvais côté, une segmentation des régulations, ce qui en rend leur compréhension très difficile.

29.- Cela signifie à l'inverse que lorsque des secteurs se rapprochent techniquement, il faut que les dispositifs législatifs de régulation fassent le même mouvement. Ainsi, la porosité entre le secteur des télécommunications et celui de l'audiovisuel, le mouvement technologique de convergence doivent trouver écho dans une loi organisant une collaboration, à tout le moins, entre régulateurs des deux secteurs. Plus encore, si deux secteurs, naguère autonomes, se mettent quasiment à fusionner, alors la théorie du reflet devrait conduire le législateur à fusionner en réaction les régulations, et principalement les autorités de régulation. L'état d'imbrication, voire de communauté, entre la banque et la finance, a conduit bien des législateurs à faire fusionner les deux régulations au sein d'un même organisme, par exemple le *Financial Services Authority* anglais, ou le régulateur allemand³². Le législateur français ne l'a pas fait. Pas encore.

32. Sur la critique d'un tel mouvement horizontal de fusion, non pas en soi mais parce qu'il entrave de fait une fusion verticale à travers un régulateur européen, v. H. Schmidt, German Plan for Comprehensive Financial Services Authority Lacks European Dimension, *Newsletter Finanzplatz*, oct. 2001.

30.- Dans la deuxième hypothèse, l'art législatif correspond à la structuration d'un secteur spécifique mais pour lequel sa dimension nationale disparaît, en considération du fait que, techniquement — par l'existence de réseaux de transport transnationaux par exemple — ou économiquement — par la mobilité internationale des opérateurs ou des consommateurs —, le secteur n'est plus enfermé par les frontières nationales à l'intérieur desquelles le pouvoir normatif du législateur se meut. Si l'on considère que la régulation est le reflet d'une structuration économique propre à un secteur, par exemple le secteur électrique, alors il faut en tirer les conséquences supranationales.

31.- Si le territoire concerné est européen, comme c'est souvent le cas dans les industries de réseaux, ou bien si l'ambition est précisément de constituer un secteur européen intégré, comme en matière financière par exemple, alors il faut penser dans cet espace-là. Comment le traduire dans la législation ? Cela peut conduire à la concentration de la normativité et de l'organisation de la régulation à cette échelle-là : il faudrait alors des régulateurs européens³³, une législation vraiment européenne, c'est-à-dire simplement dupliquée à l'échelon national. Pour l'instant, nous ne disposons pas de régulateurs européens et les législations nationales sont très diversifiées en raison des marges d'action que les textes européens offrent aux parlements nationaux dans l'exercice de transposition.

32.- L'alternative à l'exercice de concentration européenne de la régulation consiste dans une mise en en réseaux d'autorités normatives nationales. Comme la tendance en matière de régulation est à la fois de considérer que les secteurs ne sont pas plus nationaux, que la régulation pêche à les considérer pourtant encore ainsi, mais que par ailleurs le régulateur européen serait techniquement trop éloigné du secteur, accroissant de ce fait cette asymétrie d'information qui est la plaie des systèmes de régulation, et qui serait politiquement illégitime — car la régulation est un mixte de technique et de volonté politique —, on s'oriente vers la mise en réseaux des régulateurs. On en observe déjà de nombreuses manifestations, à travers notamment les processus de Florence — pour l'électricité — et de Madrid — pour le gaz.

33.- Pourquoi ne pas faire de même entre les commissions parlementaires ? Il y a aucun obstacle à cela, ni aucun apanage limitant le procédé aux régulateurs, comme le montrent les efforts des juridictions économiques européennes pour établir un tel réseau. La matière financière, souvent en avance sur les autres secteurs, a engendré déjà une institutionnalisation plus marquée, à travers l'OICV³⁴. Les parlements nationaux devraient procéder de la même façon, c'est-à-dire se mettre en réseau, constituer des instruments de mesure communs, tendre vers une harmonisation, laquelle ne passe pas nécessairement par le biais de la Commission européenne.

33. V. dans ce sens, Ch. Stoffaés (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, rapport au ministre des Affaires européennes, 2003.

34. Ph. Richard, L'évaluation de la régulation : l'exemple de l'OICV, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po-Dalloz, série « Droit et économie de la régulation », 2004, p. 94-98.

34.— Le troisième cas de figure suppose qu'il existe des règles communes — ou qui doivent l'être — aux différents secteurs régulés, de sorte que s'il est pertinent d'associer à chaque secteur une loi propre, celle-ci ne doit porter que sur ce qui est spécifique à ce secteur, il est par ailleurs justifié, plus simple et plus efficace, de confier à une seule loi le soin de régler ce qui est commun à tous les secteurs régulés. C'est l'hypothèse d'une loi-cadre sur les autorités de régulation. En effet, si l'on considère que la régulation est une sorte de doctrine commune d'intervention publique sur des secteurs qui le requièrent pour leur équilibre à long terme et pour la justice économique, alors il serait cohérent, et facteur de cohérence, de faire une loi-cadre sur les régulations économiques, ce que ne fût en rien la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001.

35. — La loi-cadre aurait principalement vocation à porter sur ce qui est au cœur institutionnel de la régulation : les autorités de régulation. Une telle loi correspondrait en premier lieu à un travail de lissage, en deuxième lieu à un travail d'innovation, en troisième lieu à un travail de lisibilité, en quatrième lieu à une prise de position politique, puisque cela reviendrait à poser que les systèmes de régulations économiques et les régulateurs indépendants sont une forme légitime et recevable de gouvernance des marchés. Un rapport parlementaire, forme diversifiée de la production normative, pourrait avoir pour même office de préparer une telle loi.

36. — Ce cadre commun des autorités de régulation pourrait aborder les points suivants :

- rappel du principe de collégialité et d'organisation des services (secrétariat général, service d'enquête, service d'expertise) ; prise de position (ou non) sur la personnalité morale de l'autorité de régulation;

- rappel du principe d'indépendance, et rappel des règles qui l'assurent, notamment dans les modes de composition, de fonctionnement, d'incompatibilité, de modalité de renouvellement des membres, de désignation du principe;

- attribution de certains pouvoirs au cœur de l'exercice de régulation, de sorte que toutes les autorités de régulation en disposent (pouvoir normatif, de sanction, de règlement des différends, de conciliation, de contribution à l'élaboration des normes supranationales) ;

- organisation de l'exercice de son pouvoir (principes procéduraux, articulation avec l'exercice d'autres pouvoirs, soit au sein de la même autorité, soit à l'égard d'autres organismes, par exemple l'articulation entre les sanctions administratives et les sanctions pénales) ;

- rappel du principe méthodologique de proportionnalité dans l'exercice des pouvoirs et soumission de principe à des recours contre les décisions. On pourrait, allant plus loin, harmoniser les juridictions de recours en fonction du type de décisions critiquées, pour que demeure certes la dualité entre la cour d'appel de Paris et le Conseil d'État (il serait illusoire de vouloir la supprimer) mais pour qu'il y ait moins de chassés-croisés de compétences.

37.—L'adoption d'une telle loi aurait plusieurs avantages, outre la portée politique de poser comme un mode de régulation légitime, voire ordinaire, cette gouvernance

des secteurs par des autorités de régulation indépendantes. En premier lieu, elle rendrait plus lisible les mécanismes institutionnels et procéduraux des autorités de régulation, dans la perspective pédagogique qui doit être celle du législateur³⁵.

38.— En deuxième lieu, elle aurait vocation à s'appliquer si une loi particulière n'en dispose pas autrement. En effet, il faut laisser la possibilité pour une loi portant sur un secteur particulier de déroger au schéma général si la technicité du secteur le requiert. Cadre et carcan, ce n'est pas la même chose. Mais dès lors, pourquoi une loi-cadre, si elle peut être écornée à peine adoptée ? Parce que le plus souvent, les divergences entre les différentes autorités de régulation tiennent davantage à des circonstances ou des influences ponctuelles, notamment lorsqu'il y a crises ou scandales, voire à la méconnaissance des techniques de régulation adoptées par ailleurs, bref au hasard du moment de l'adoption du texte plutôt qu'à une raison justifiée. Dès lors, de fait, les autorités de régulation auront tendance à suivre le modèle préalable plutôt qu'à s'en écarter, car il faudra alors formuler la raison pour laquelle on s'écarte du modèle commun. Ainsi, les complications inutiles seront évitées tandis que les complications justifiées, justifiées car inhérentes aux secteurs, seront seules conservées.

39.— En troisième lieu, cette loi-cadre permettrait de combler les lacunes des lois particulières car, dans le silence de celles-ci, elle pourra fournir les solutions, non seulement à travers le texte de cette loi-cadre mais encore dans l'interprétation juridictionnelle qui pourra en être donnée, puisque celle-ci par reflet s'appliquera à toutes les autorités de régulation. Cela pourra aider la jurisprudence, tant judiciaire qu'administrative, à dégager plus vite des solutions communes. La cohérence d'ensemble serait plus facile et s'imposerait la contrainte salutaire de distinguer ce qui doit demeurer spécifique à chacun des secteurs et peut être commun. Le droit et la régulation économique en seraient améliorés.

B. LA PART DE L'ART LÉGISLATIF NATIONAL

DANS LA COHÉRENCE INTERNE COMMUNAUTAIRE DE LA RÉGULATION

40.— Le modèle de l'isolement normatif a vécu, que ce soit sur son versant de l'autonomie ou sur celui de la soumission hiérarchique (qui est paradoxalement un mode égal d'isolement et de segmentation). On observe, en outre, l'urgence d'une cohérence juridique communautaire, dès l'instant que les réseaux sont physiquement européens — ou devraient l'être — et qu'ils souffrent d'une absence d'articulation juridique, laquelle entrave leur *continuum* technique. Cela est aussi vrai pour les réseaux bancaires comme pour les réseaux de transport de l'électricité. La preuve en est donnée par l'expérience de la crise électrique italienne en 2003, alors même que nos réseaux techniques ne sont pas dans le délabrement dans lequel semblent se trou-

35. V. *infra* n° 23 et s.

ver les réseaux nord-américains, la panne générale semblant davantage due à une défaillance d'interrégulation³⁶.

41. – Ainsi, il faut accroître la cohérence interne entre les différents niveaux géographiques, lorsque les activités économiques en cause sont effectivement déployées transnationalement d'une façon unifiée (par le mécanisme technique du transport de matières ou celui du paiement transfrontalier). L'impératif persiste même si les activités économiques demeurent cadrées par les frontières des législations car le législateur doit se soucier du coût du droit pour les entreprises, au titre de l'attractivité de la France³⁷, et la diversité même des systèmes nationaux est un coût important et dissuasif.

42. – Cette cohérence doit non seulement être recherchée à travers les différents espaces géographiques, soit par constitution de points communs, soit par articulation des règles diverses (hypothèse de l'interrégulation) mais encore à travers les différents secteurs. La césure la plus nette, la plus ancienne, la plus perceptible à la fois dans la législation et dans la structuration des professions, oppose la régulation des industries de réseaux (télécommunications, énergie, transport, etc.) et la régulation des secteurs que l'on pourrait désigner comme ayant l'argent pour objet, à savoir les secteurs monétaires, bancaires, financiers et assurantiels. La répartition des compétences des différentes commissions à l'intérieur du Parlement, celle des directions générales de la Commission européenne, s'en fait l'écho.

43. – Or, cette césure est de moins en moins justifiée. Tout d'abord, le mouvement de financiarisation de l'économie fait que les secteurs dits d'industries de réseaux interfèrent avec le marché financier, pour le financement d'investissements ou par le jeu de la cotation de tout ou partie du capital des opérateurs dominants. Ensuite, et plus fondamentalement, on a longtemps opposé la régulation des secteurs d'industries de réseaux et celle des secteurs financiers (au sens large), en affirmant que la première avait pour objet le déploiement de la concurrence — certes en balance avec un autre principe³⁸ —, tandis que la seconde avait pour objet la gestion du risque systémique.

44. – Mais aujourd'hui, en premier lieu, la concurrence prend de plus en plus prise dans les métiers financiers, en second lieu et principalement, les secteurs de réseaux sont eux-mêmes soumis à des risques de type systémique, notamment les secteurs énergétiques pour lesquels la pénurie ou les ruptures d'alimentation sont de même nature qu'un effet de domino en finance. Les crises récentes se sont chargées de mieux révéler l'importance de la gestion des risques dans les secteurs d'industrie de réseaux. Cette communauté d'objet, le risque à juguler et non pas seulement ou nécessairement la concurrence à déployer, engendre une nouvelle unicité de la régu-

36. Selon la démonstration de Jean-Michel Glachant, préc.

37. Le droit est souvent appréhendé par sa petite face, c'est-à-dire à travers le réglementaire, voire à travers une seule de ses branches, à savoir le droit fiscal, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'attractivité de la France. V. Conseil économique et social, *L'attractivité de la France*, rapport, 2002.

38. V. d'une façon plus générale et autour de cette définition, M.-A. Frison-Roche, Définition du droit de la régulation, D. 2004, chron. p. 126-129. V. aussi Les nouveaux champs de la régulation, in *La régulation : nouveaux contours, nouvelles méthodes*, *RF adm. publ.*, à paraître.

lation économique, ce qui offre un argument supplémentaire pour souhaiter une loi-cadre en la matière.

45. – Tous ces propos laissent un élément essentiel du bon fonctionnement des secteurs régulés dans l'ombre : les investissements à long terme, investissements dans les réseaux, leur performance et leur sécurité. Certes, la question des investissements est relativement indifférente lorsque le premier souci est celui de la concurrence mais elle devient première lorsque le premier souci devient celui de la sécurité, de la pérennité du secteur et la prévention des crises lorsque celles-ci prennent naissance dans des défaillances d'équipement. Certes, on trouve dans la loi française de régulation du secteur électrique un contrôle par le régulateur des investissements projetés par le propriétaire du réseau de transport mais il s'agit plutôt d'éviter des stratégies de surinvestissement que l'inverse. En outre, la régulation des investissements est difficile et se fait davantage par une politique publique budgétaire directe. Or, dans la mesure où l'interrégulation des réseaux a vocation à se faire au niveau européen et que l'Europe ne dispose pas de budget propre³⁹, seule une articulation entre les politiques budgétaires nationales paraît une solution accessible. Là aussi les législateurs nationaux ont un rôle de premier plan à jouer.

39. L'hypothèse d'un impôt européen étant encore lointaine (*L'impôt européen*, travaux de l'Institut Montaigne, 2003).