



DROIT DE LA RÉGULATION

RÉGULATION ET CONTRAT : PRÉSENTATION DU THÈME ET SYNTHÈSE DU 11^e FORUM DE LA RÉGULATION

Le 11^e Forum de la régulation s'est tenu à Sciences Po le lundi 10 janvier 2005. Il a été l'occasion de formuler les interrogations engendrées par la place nouvelle que les mécanismes contractuels ont pris dans les secteurs régulés, et de dessiner quelques réponses.

Traditionnellement, la régulation des secteurs qui le requièrent s'opère sur un mode unilatéral. Le pouvoir gouvernemental a certes été transféré à des régulateurs indépendants, modifiant ainsi la source institutionnelle et politique des décisions de régulation, mais la forme de celles-ci demeure, puisqu'il s'agit toujours de décisions, générales ou individuelles, qui dessinent les conditions de l'action des opérateurs. Le pouvoir de sanction qu'exercent désormais tous les régulateurs s'opère sur ce même mode d'unilatéralité, cet aval de la réprimande faisant miroir à l'amont de l'autorisation.

Pourtant et désormais, les contrats sont partout. Cela résulte de la convergence de deux mouvements. D'un côté, la libéralisation, qui a accompagné la mise en place des régulations, renvoie les opérateurs en concurrence à l'ordinaire de l'activité économique, ordinaire qui prend la forme de contrat (1). De l'autre côté, les nouveaux modes de l'action publique par lesquels les détenteurs d'autorité recherchent le consentement de ceux qui doivent observer les règles, ce qui emprunte à la figure du contrat (2).

À travers cet apparent triomphe, une première difficulté vient de ce que l'on désigne du même nom des contrats au sens strict, avec le régime juridique associé, et ce qui n'est qu'une façon de désigner un mode consensuel d'élaboration des règles, sans que l'on glisse pour autant dans le droit des contrats et une force obligatoire issue de l'échange des consentements.

Une seconde difficulté, plus paradoxale, reprend une distinction usuelle, peut-être constitutive, du droit de la régulation, entre le régulateur et l'opérateur : il apparaît que là où le contrat semble le plus étranger, c'est-à-dire dans l'action du régulateur, les difficultés pratiques et conceptuelles sont moindres que celles qui se rencontrent dans les contrats en apparence plus ordinaires et plus usuels faits par les opérateurs. Comment et pourquoi ?

Avant d'opérer la synthèse des précieuses contributions des opérateurs, une première analyse est ici proposée, montrant que l'action du régulateur s'infléchit sans se dénaturer lorsqu'il associe davantage les opérateurs dans la conception des règles générales, voire dans des décisions individuelles, alors que les contrats au sens technique passés par les opérateurs sont parfois si contraints, non seulement économiquement mais encore et surtout parce qu'ils ne sont que le mode de concrétisation de prérogatives légales, notamment des droits d'accès, qu'en est dénaturé l'ordinaire du contrat.

I. Les contrats des régulateurs, adaptation de la régulation à la puissance des opérateurs

Les moyens juridiques par lesquels la régulation s'opère sont requis et utilisés pour leur efficacité et dans une relative indifférence de leur nature juridique propre (3). Un engagement bilatéral entre un régulateur et des opérateurs est fondé dès

l'instant et du seul fait qu'il satisfait plus sûrement et à moindre coût les finalités de la régulation. Ce pragmatisme ne doit pas masquer une question de principe : lorsque le régulateur a les moyens d'édicter une règle sans l'accord des opérateurs, doit-il demeurer dans cet unilatéralisme, parce que celui-ci serait adéquat à la régulation, ou bien doit-il, même dans ce cas, partager son pouvoir (corégulation), voire laisser son pouvoir aux opérateurs (autorégulation), ces deux modes prenant la forme de la contractualisation ?

La réponse dépendra de la conception politique que l'on a de la régulation. Elle n'exclut pas le pragmatisme : ainsi, si l'unilatéralisme n'a pas les moyens concrets de s'exercer efficacement, autant arriver à quelque chose par négociation plutôt qu'à rien, de la même façon que lorsque les conflits d'intérêts entravent l'autorégulation, la régulation publique traditionnelle doit reprendre le pas. Il demeure que s'exprime une préférence pour ce qui devrait être l'ordinaire de la régulation, unilatérale ou bilatérale.

A. La coïncidence de la régulation avec l'unilatéralisme

L'unilatéral paraît à première vue mieux convenir, si l'on estime que le régulateur — ici au sens large de celui qui pose les règles — doit imposer une conception globale et cohérente. L'unilatéral qui permet au titulaire du pouvoir de décider seul, ce qui n'exclut pas les discussions

(1) V., par ex. M.-A. Frison-Roche, *Contrat, concurrence, régulation*, RTD civ. 2004, p. 451-469 ; v. aussi par ex. G. Farjat, *Pour un droit économique*, coll. *Les voies du droit*, PUF, 2004, p. 51 et s. L'auteur souligne que « Le contrat accompagne le développement colossal du marché ». Il joue là un rôle « naturel » (p. 52).

(2) V. J. Chevallier, *Vers un droit postmoderne*, in G. Martin et J. Clam (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, coll. *Droit et société*. *Travaux et recherches*, n° 5, LGDJ, 1998, p. 21-46.

(3) *Sur la problématique générale de l'efficacité*, v. *Droit et économie de la régulation*, vol. 1, *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

DRUIT DE LA RÉGULATION

(4) J.-M. Hubert, *Le bon usage des résultats de l'évaluation*, in *Droit et économie de la régulation, Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, préc., p. 106-109.

(5) Dans l'hypothèse maximale il a en charge un intérêt au-delà de celui du secteur, par exemple l'accès à tous aux biens essentiels ou le dynamisme du débat démocratique.

(6) V. not. *Principles of Good Regulation*, émis en 1998, révisés en 2000, par la Better Regulation Task Force (<http://www.brtf.gov.uk/reports/principlesentry.asp>).

(7) Pour une présentation de l'évolution des pratiques, v. E. Lušin, *Voluntary regulation : la règle privée face à la loi*, *Sociétal*, n° 36, 2^e trimestre, 2002, p. 9-14. Il convient de corrèler cela avec une tradition anglaise plus contractuelle et moins institutionnaliste que la tradition française.

(8) V. not. *Alternatives to State Regulation*, juillet 2000, <http://www.brtf.gov.uk/docs/pdf/stateregulation.pdf>, *Business Attitudes Towards Government Regulations*, janvier 2003, <http://www.betterregulation.ie/upload/busattireg.ppt#257,2>.

(9) V. J.-B. Zufferey, (Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-) réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

(10) V. par ex., Ch. Paul, *Du droit et des libertés sur internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale, rapport au Premier ministre*, 2000 ; B. du Marais, *Autorégulation, régulation et corégulation des réseaux*, in *Le droit international de l'internet*, Bruylant, 2002, p. 293-308 ; Y. Pouillet, *Technologie de l'information et de la commission et la « corégulation » : une nouvelle approche ?*, http://www.droit-technologie.org/dossiers/coregulation_SMSI.pdf ;

J. Rochfeld, *Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation* (commentaire de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique), *RDC* 2004, p. 915-920.

(11) O. Dumez et A. Jeunemaitre, *Montée en puissance passée et impasses actuelles de la régulation économique européenne des industries de réseau*, in *Droit et économie de la régulation*, vol. 2, *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, p. 1-16.

(12) Y. Jégouzo, *L'administration contractuelle en question*, in *Mélanges F. Moderne, Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 543-556.

ou les consultations, mais qui conduit les destinataires à finalement s'incliner, l'obésance étant alors le degré zéro de l'action, s'impose d'autant plus que l'intérêt poursuivi par le régulateur, pour la satisfaction duquel il a été établi, est distinct de l'intérêt des destinataires. Dès lors, donner aux normes une source bilatérale reviendrait à importer un conflit d'intérêts au sein même des décisions de régulation.

Certes, cet unilatéral infligé aux opérateurs rend les rapports plus tendus, puisque plus distants, entre régulateurs et opérateurs, ce qui est d'autant plus dommageable qu'on soutient aisément qu'une des seules voies par laquelle le régulateur indépendant rend des comptes, s'exprime par le degré de satisfaction des opérateurs au regard des effets heureux de sa régulation (4). Cela est notamment souligné pour les télécommunications, dans lesquelles on peut voir un opérateur publier un *rating* comparé des régulateurs nationaux. Mais la Securities Exchange Commission faisait remarquer que les protestations véhémentes des intermédiaires financiers à la perspective de nouvelles règles de protection des investisseurs était un indice de la bonne voie dans laquelle se dirigeait le régulateur. Ainsi, lorsque l'intérêt dont le régulateur a la charge ne coïncide pas avec l'intérêt des opérateurs, le contentement de ceux-ci est une source d'inquiétude sur l'efficacité de la régulation, efficacité définie comme la coïncidence entre la fin recherchée, que le législateur a fixée, et le résultat obtenu.

On devrait donc pouvoir s'en tenir à cette idée selon laquelle l'action du régulateur s'exerce sur un mode unilatéral, éclairé par les opérateurs mais sans partage du

pouvoir de décision, parce qu'effectivement l'intérêt du secteur, dont le régulateur a au minimum la charge (5), ne se retrouve pas dans la seule somme de l'intérêt des opérateurs. Pour concevoir les choses autrement, il faudrait organiser un ajustement des différentes volontés, un modèle contractuel donc, dans lequel chaque intérêt spécifique pourrait trouver à s'exprimer à travers une des « parties » à la négociation globale, la tension entre ces différents intérêts permettant d'obtenir un équilibre, grâce à la violence des discussions équilibrées (la violence des négociations contractuelles renvoyant alors à la violence organisée du marché). Concrètement, la difficulté vient principalement de la prise en charge de l'intérêt des consommateurs, ce qui suppose sociologiquement des organisations de consommateurs fortes pour entrer dans un dialogue tendu — les négociations de type précontractuel étant donc construites sur cet affrontement d'intérêts dissemblables — avec les opérateurs et les régulateurs. La France y est-elle prête ?

B. La contractualisation de l'adoption des règles générales

De toutes les façons, même si le modèle contractuel présente un risque quant aux intérêts dont la considération sera prise et quant à la cohérence des règles ainsi élaborées, il peut arriver que l'on n'ait pas les moyens de l'édiction de normes unilatérales — générales ou particulières —, adoptées en amont pour prescrire des comportements ou en aval par le rappel à l'ordre de la sanction. Dans un tel cas, mieux vaut le bilatéral de règles fixées ensemble ou de choix laissés aux opérateurs plutôt que l'édic-

tion de normes ineffectives, laissées pour mortes à peine édictées. Lorsque le régulateur n'a pas les moyens d'un unilatéral rationnel, il faut bien qu'il passe contrat.

Cette faiblesse du régulateur tient le plus souvent à l'asymétrie d'information qui fait que le régulateur, qui a toujours le pouvoir d'ordonner, ne sait pourtant pas quoi ordonner, ou ordonne à côté. C'est pourquoi les différents travaux britanniques pour une « meilleure régulation » (6), et la reprise du même thème par le Better Regulation Group européen, prennent d'abord acte des échecs de la régulation unilatérale pour mieux concevoir d'y faire entrer les opérateurs (7), visant à satisfaire les entreprises dans une régulation la moins lourde possible et la plus participative possible (8), et à bénéficier de l'expertise même des destinataires (9). Dès lors, il faut bien que le régulateur se rapproche des destinataires.

Le régulateur pourra tout d'abord intégrer à part égale les destinataires dans l'élaboration de la règle qui devient alors leur chose commune, ce à quoi renvoie l'idée d'une corégulation (10), éliminant non seulement la distance entre régulateur et régulés, ce qui est bien, mais encore la différence de nature entre eux, ce qui est plus problématique. Le régulateur peut ensuite donner aux opérateurs le choix de leur action, du mode de calcul des prix ou des stratégies d'alliance. Ce qui est alors désigné comme un « contrat de régulation » (11) est davantage une part laissée aux opérateurs dans la construction concrète du dispositif, ce qui rapproche la régulation des modes de contractualisation des politiques publiques (12) et qui renvoie à la « régula-

tion privée participative » (13).

C. La contractualisation de l'adoption des règles individuelles

De la même façon, l'adoption des normes individuelles se contractualise, en amont et en aval. En amont, la bilatéralisation s'exerce d'une façon masquée, c'est-à-dire qu'à l'occasion de la demande d'agrément ou de la demande d'autorisation sur une opération, une négociation permet en zone grise d'ajuster la demande, de sorte que dans le temps ultérieur de la demande formelle, le projet ou la structure soit conforme à un modèle en réalité arrêté en commun avec le régulateur. Cela est de fait aussi vrai dans les agréments bancaires que dans les autorisations d'offre publique sur le marché boursier.

La méthode n'est d'ailleurs pas honteuse et le droit a tendance à reconnaître cette phase pour mieux l'organiser, par exemple lorsque les textes précisent et assouplissent les délais de négociation dans le contrôle des concentrations (14).

Lorsque la décision individuelle est prise *ex post*, elle prend la forme unilatérale d'un jugement qui tranche un différend ou d'une décision de sanction. Là encore, l'unilatéralisme semble consubstantiel tant il ne rime à rien de solliciter l'avis et le consentement du perdant et du condamné, mais il peut s'effacer pour satisfaire l'efficacité, notamment lorsque l'effet recherché par la sanction est anéanti par le temps procéduralement requis pour l'adopter. La transaction à laquelle pourrait procéder l'Autorité des marchés financiers, avec ses défenseurs et ses détracteurs, exprime cette

solution nouvelle, dont on peut retrouver aussi des traces dans les nouvelles formes d'injonctions adoptées par les régulateurs, ordre unilatéral par définition, mais qui rencontrent aujourd'hui des engagements pris par les opérateurs (15).

Apparaît alors une distinction forte entre cette contractualisation *ex post* de la régulation, consistant à offrir la perspective de sanction à la négociation, et la contractualisation *ex ante*, à travers un ajustement dans l'adoption de la règle même. En effet, contrairement à ce dernier cas où le contrat n'est qu'une image, la transaction est véritablement un objet juridique, même s'il est vrai que, conclue directement avec le régulateur, et sans doute en son sein avec l'organe qui exerce le pouvoir d'ouvrir la procédure davantage qu'avec l'organe qui a l'aptitude à condamner, la transaction s'apparente davantage à une composition pénale qu'à une transaction telle que l'entend le Code civil. Elle pourra d'ailleurs acquérir nature juridictionnelle si elle a les honneurs d'une homologation judiciaire. Il est en tout cas acquis que la contractualisation de la sanction produit des actes juridiquement contraignants pour ceux qui les ont faites, le régulateur qui renonce à poursuivre, l'opérateur poursuivi qui doit effectivement payer, voire rendre des comptes sur le comportement qu'à l'avenir il s'est engagé à adopter.

D. Le contrat, une image pour illustrer une régulation en mode rapproché

D'une façon plus générale et pour conclure sur cette première perspective des contrats des régulateurs, qu'en est-il de ce qui est désigné comme la contractualisation

dans l'adoption des règles ? Si l'on recherche la référence explicative, il s'agit davantage d'une utilisation de la théorie des jeux que d'une référence proprement juridique (16), ce qui conduit à douter de la nature juridique de ces jeux entre le régulateur et les opérateurs, relevant alors davantage de la science administrative et de la sociologie que du droit. Nous sommes dans le simple monde des promesses, le régulateur pouvant changer la règle et l'opérateur ne s'engageant pas vraiment lorsqu'il se contente de choisir un mode de tarif plutôt qu'un autre. La référence faite au contrat n'est alors qu'une façon de parler, d'évoquer une certaine façon d'intégrer les destinataires et leur intérêt propre dans l'élaboration de la règle, ou de permettre à ceux-ci d'exercer un pouvoir de décision et de choix lors de la mise en œuvre de la règle.

La régulation est ainsi souple « comme » peut l'être un contrat, elle n'en est pas pour autant un. Il est vrai que la tunique de Nessus du vocabulaire juridique qu'on emprunte pour mieux se faire comprendre, par image, prend vite celui qui l'utilise au piège à la normativité du vocabulaire juridique. Ainsi, au fil du temps, les « contrats de plan » ont pris une force juridique de plus en plus forte, renvoyant désormais à la force obligatoire traditionnelle (17). Peut-être un même sort guette-t-il cette façon rapprochée d'édicter la règle.

II. Les contrats des opérateurs, signe de la libéralisation

Paradoxalement, c'est à propos des contrats des opérateurs que l'on peut exprimer davantage de réserve.

(13) V. l'étude conceptuelle très complète de F. Cafaggi, *Le rôle des acteurs privés dans le processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée*, in *La régulation, nouveaux modes ? Nouveaux territoires ? Revue française d'administration publique*, n° 109, 2004, p. 23-26. Il évoque notamment la « coopération réglementaire » (p. 23).

(14) *Contrat, concurrence, régulation*, préc., n° 10, p. 453 et s.

(15) Comme le souligne très bien Laurence Idot, « il se pourrait qu'à terme les injonctions prononcées de manière unilatérale par l'autorité de concurrence dans l'exercice de son pouvoir de régulation soient progressivement remplacées par des engagements volontairement consentis par les entreprises » (*Chronique « Droit de la concurrence » de la section « Droit spécial du contrat »*, RDC 2004, p. 948).

(16) V. l'étude très éclairante menée par Pierre Livet, qui montre que dans la seule théorie des jeux, puisque l'observance de la règle découle de sa coïncidence avec la satisfaction de l'intérêt reconstituée par le calcul des probabilités, il n'y a pas d'obligations au sens véritable du droit, seul le droit pouvait porter la notion, *Obligation et théorie des jeux*, in *Archives de Philosophie du droit*, T. 44, L'obligation, Sirey, p. 163-178.

(17) CE, 9 avril 2004, *Office des eaux et forêts*.

DROIT DE LA RÉGULATION

En effet, les opérateurs passent des contrats entre eux, de fourniture ou de transport, et à l'égard du consommateur. Depuis longtemps, les contrats entre le fournisseur, fût-il public, et le consommateur usuel, ont été renvoyés dans l'ordinaire du contrat de droit privé, et plus la régulation réussira à construire une concurrence mature, plus les contrats usuels suffiront, appuyés sur les simples garde-fous contre les utilisations abusives des pouvoirs de marché.

Mais, soit parce que les lendemains concurrentiels se contentent de chanter, soit parce que le secteur en cause est définitivement régulé, ce retour à l'ordinaire ne s'opère pas si facilement, même potentiellement. En effet, si l'on reprend la conception traditionnelle d'un contrat qui suffit à produire sa commutativité économique, en reflet du marché concurrentiel qui atteint cet équilibre par la même tension entre intérêts opposés, il faut que chaque partie ait le pouvoir effectif de ne pas contracter, ce qui lui ouvre des marges de négociation, et qu'elle ait les moyens d'insérer dans l'accord des clauses favorables notamment parce qu'elle aura eu les informations requises pour les suggérer. Dans les secteurs régulés, nous sommes souvent très loin de ce modèle (18).

A. Les contrats obligés, modes de concrétisation des prérogatives légales

Cela est particulièrement vrai pour le cœur de la régulation, à savoir l'accès au réseau, dans lequel l'équilibre ne peut que difficilement résulter d'une quelconque négociation. Cela est vrai des deux côtés, aussi bien du côté de celui qui doit avoir accès à cette facilité essentielle, que

du côté du gestionnaire de réseau qui doit satisfaire le droit d'accès des opérateurs. Pourquoi est-ce une situation spécifique par rapport à toutes les situations contractuelles dans lesquelles l'un est économiquement contraint à s'adapter aux conditions conçues par la partie puissante ?

La singularité et la difficulté viennent de ce que le contrat n'est ici qu'un mode de concrétisation d'une prérogative juridique, puisque c'est de la loi que les opérateurs tiennent leur droit d'accès (19). Or il n'est pas usuel que les concrétisations d'une prérogative légale prennent la forme d'un contrat librement négocié, les parties étant enfermées dans un rapport contractuel dont aucun ne peut s'échapper. Le régulateur doit nécessairement veiller à ces contrats, aussi bien du côté du gestionnaire de réseau rendu puissant par la détention de l'infrastructure mais entravé par le droit d'accès de son interlocuteur, que du côté de l'opérateur, fort de cette prérogative mais peu en position de négociateur. On retrouve alors la structure contractuelle à trois, décrite par le doyen Carbonnier, la triade étant composée des deux parties et de l'État, ici sous la forme du régulateur.

Même si l'on demeure dans l'enceinte du rapport contractuel, lorsque celui-ci n'est que la forme d'effectivité d'une prérogative légale, notamment le droit d'accès, le gestionnaire de l'infrastructure essentielle n'est pas seulement la partie la plus puissante, elle est encore la partie chargée de l'efficacité du système. On peut le dire aussi bien des gestionnaires de réseaux de transport que des entreprises de marché d'instruments financiers. Dès lors, on décèle dans la formulation contractuelle l'expression d'une tâche

du gestionnaire qui s'apparente à celle d'un régulateur de second rang, surveillé par le régulateur de premier rang qu'est l'autorité administrative indépendante, en rapport avec un usager dont les droits doivent être concrétisés mais à l'encontre desquels le gestionnaire du réseau peut exiger des garanties, pouvoir que lui a donné à son tour la loi. Le schéma du contrat ordinaire cadre mal, parce que la régulation s'en mêle, au point que certains ont pu voir dans les contrats passés par les entreprises de marché pour organiser l'accès au marché des émetteurs n'étaient que de l'unilatéral, renvoyant à l'idée de mise en œuvre d'un service public, de l'unilatéral certes accepté, et non pas du véritablement contractuel (20).

Ainsi, ce genre d'accord, qui n'est qu'un mode plus souple de concrétisation des prérogatives, éloigne le contrat des notions de liberté et de pouvoir qui lui sont plus proches et appartient davantage à la culture de la régulation qu'à la culture du contrat. Sans doute les deux sont conciliables, mais le contrat demeure un instrument de la régulation, se construit en tant que tel, et cela même au-delà de l'hypothèse du contrat d'accès au réseau.

Prenons l'exemple du secteur énergétique, secteur intéressant en tant qu'il fait coexister des contrats libres (avec les clients « éligibles » (21)) et des contrats contraints (avec les clients « non-éligibles ») dont les termes et notamment le prix, sont préalablement fixés. Lorsqu'il apparaît que le client éligible n'a pas de droit acquis, il ne peut plus trouver refuge dans un contrat réglementé, mais le régulateur, soucieux ne de pas l'abandonner à une liberté contractuelle dont il n'aurait pas la force de pro-

(18) V. not. Ch. Jamin, *Le droit de la régulation : un laboratoire expérimental du droit des contrats*, Lamy Concurrence, n° 2, février 2005, p. 132-134.

(19) V. not. J. Vandamme et S. Rodrigues (dir.), *L'accès au services d'intérêt économique général*, ISUPE, 2003.

(20) Th. Bonneau, *De l'inutilité du droit contractuel pour assurer le respect des règles de marché*, RTD com. 1999, p. 257 et s. Il est par ailleurs acquis, et non développé ici, que l'unilatéral s'insère de plus en plus dans les contrats (v. par ex. Ch. Jamin et D. Mazeaud, *L'unilatéralisme dans le droit des obligations*, Economica, 1999).

(21) Sur la définition et le cercle de ces clients éligibles, v. Communication CRE du 23 décembre 2004 sur les conditions de l'éligibilité pour l'achat d'électricité et de gaz naturel, Lamy Concurrence, n° 2, février 2004, n° 167, p. 95, obs. MAFR.

fiter, a obtenu que, lorsque les conditions de concurrence sont trop faibles, les contrats « libres » reproduisent les mêmes clauses que celles contenues dans les contrats réglementés (22). Ainsi, les contrats libres miment les contrats réglementés, et le régulateur veille toujours.

Ce cas se retrouvera à chaque fois que le législateur donne une prérogative juridique dont la concrétisation la plus efficace prend la forme d'un contrat, qui ne peut être qu'un espace de liberté surveillée par le législateur, dès l'instant que l'équilibre spontané d'une égale puissance entre contractants fait défaut. Ainsi, en sera-t-il des contrats qui donnent désormais vie au « droit au service bancaire », ou à ceux qui concrétisent le droit d'accès des investisseurs aux marchés financiers (23).

Peut-on laisser plus au contrat de droit commun même dans de telles situations de contraintes, de monopoles naturels et d'asymétrie d'information ? Il faut alors ajouter plus à l'ordinaire contractuel.

B. Le contrat au-delà de l'intérêt des parties et l'hypothèse de l'autorégulation

Si les intérêts des parties sont divergents, comme ils le sont d'ordinaire dans le rapport contractuel, il faut que la personne puissante dépasse le souci d'elle-même pour pren-

dre en charge l'intérêt de l'autre, voire l'intérêt du secteur. La vraisemblance de l'assertion dépend du crédit que l'on peut faire à l'autorégulation, lorsqu'il tisse un lien avec la morale ou l'intérêt que l'on peut avoir à protéger l'intérêt d'autrui, notamment pour établir la confiance nécessaire à une relation pérenne (24).

Ce souci peut renvoyer à une conception stoïque de l'action, à travers notamment l'idée que les entreprises se définissent elles-mêmes comme « socialement responsables », se hissant à l'action désintéressée que l'on attribue d'ordinaire aux États (25). Il peut encore être le fruit d'un calcul dont la caractéristique est qu'il se déploie sur un plus long terme que dans l'échange de l'instant, les conflits d'intérêts pouvant être contractuellement gérés si cela est le gage d'un développement pérenne du secteur, moyen d'enrichissement des opérateurs. On évoque alors l'intérêt « bien compris ». Encore faut-il que, comme en finance, les opérateurs puissants aient intérêt à ce déploiement du secteur, cela est moins net lorsqu'il s'agit d'un secteur d'industrie de réseau libéralisé, dans lequel l'opérateur puissant n'a pas intérêt au développement de la concurrence qui diminue sa position.

Pourtant, même dans les secteurs bancaires et financiers, les contractants sont de moins en moins laissés à eux-

mêmes, les contrats se construisent en référence à des lignes générales extérieures. Certes, les opérateurs peuvent prétendre intervenir à ce niveau là aussi, par exemple en élaborant des chartes ou en adoptant des codes privés (26). De nouveau, la référence qui peut être faite au contrat n'est qu'une évocation d'une adhésion de tous à des règles communes (27), comme dans l'hypothèse d'un marché autorégulé (28), sauf si les parties à chacun des contrats reprennent à leur compte les dispositions des codes privés, ce qui les contractualisent au sens technique.

Le contractuel se conjugue alors avec une autodiscipline, la source des dispositions étant ainsi unifiée, les professionnels faisant à la fois les contrats et les règles à l'aune desquels ceux-ci se construisent. Il y a ainsi internalisation sur le modèle du contrat, laquelle suppose à la fois la transparence (29) et un sens de l'impartialité qui dépasse les conflits d'intérêts. Si ces conditions, la première de nature procédurale, la seconde de nature morale, viennent à manquer, la régulation publique retrouve son tranchant (30).

(22) *Ibidem*.

(23) S. Bonfils, *Le droit des obligations dans l'intermédiation financière*, coll. *Droit et économie*, LGDJ, 2005.

(24) V. par ex. L. Aynès, *L'obligation de loyauté*, in *Archives de philosophie du droit*, *L'obligation*, préc., p. 195-204.

(25) V. not. D. Kaisergruber et J. Landrieu (dir.), *Tout n'est pas économique*, éd. de l'Aube, 2000. Sur une perspective plus critique, v. A. Supiot, *Du nouveau au self-service normatif : la responsabilité sociale des entreprises*, in *Études J. Pélissier*, *Analyses juridiques et valeurs en droit social*, Dalloz, 2004, p. 541-558, qui se réfère notamment à P. Legendre évoquant « la privatisation du discours de la référence » (p. 543).

(26) G. Farjat, *Réflexions sur les codes de conduite privés*, in *Mélanges B. Goldman, Le droit des relations économiques internationales*, Litec, 1982, p. 47 et s. ; pour l'exemple des contrats télématiques, v. J. Rochfeld, *Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation*, préc., p. 916.

(27) La responsabilité qui en découle étant elle-même peu juridiquement cernée, A. Sériaux évoquant plutôt dans les engagements pris par les entreprises « les promesses d'ivrognes jurant à la cantonade qu'ils vont cesser de boire demain » (préc., p. 548).

(28) E. Brousseau, *Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ?*, in *Les cahiers français, Concurrence et régulation des marchés*, mars 2003, p. 64-70, spéc., p. 65 et s.

(29) Qui est principal dans les cinq principes de « bonne régulation » (*Principles of Good Regulation*, préc.), cette transparence conditionnant l'acceptation d'une régulation contractualisée transformant de ce fait le contrat qui n'y est pas familier (sur cette question, v. *Contrat, concurrence, régulation*, préc., n° 35 et s., p. 460 ; J. Mestre et B. Fages, *L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat*, in Y. Picod (dir.), *Droit des marchés et droit commun des obligations*, RTD com., 1998, n° 1.

(30) Sur la façon dont la structure autorégulée du New York Stock Exchange a révélé ses limites par l'affaire des émoluments de départ de son président, et la réaction du régulateur public de concevoir directement l'organisation de ce régulateur privé, de second rang, v. MAFR, *Le contrôle des organes de régulation (l'exemple du NYSE)*, D. 2003, chron., p. 2810-2812 ; SEC *Proposal Would Alter Exchanges' Self-Regulation*, *New York Times*, 10 novembre 2004.

Synthèse du Forum de la régulation

La première perspective ouverte fut économique, à travers la présentation qu'Anne Perrot, professeur d'économie à l'Université Paris I (Panthéon-Sorbonne) et vice-présidente du Conseil de

la concurrence, articula sur le thème « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques : point de vue d'un économiste ». Pour introduire le thème, l'oratrice a montré

le souci que des secteurs particuliers, comme celui de l'assurance, ont toujours eu du contrat et de sa capacité à engendrer un marché, ici celui de l'incertitude et de la protection contre les vicissitu-

DROIT
DE LA RÉGULATION

des de l'avenir, ainsi que des défaillances de la simple convention, à travers la théorie des contrats incomplets.

Abordant plus directement la régulation des secteurs et montrant que désormais on utilise le contrat à des fins plus ambitieuses que cette lutte contre l'incertitude, Anne Perrot a montré que le contrat est l'instrument adéquat lorsque la question de l'information est cruciale et s'avère très difficile à extraire. Il devient alors pertinent de laisser aux opérateurs le choix de leur organisation, voire du mode de tarification (par exemple entre le *cost plus* et le *price cap*), car par leur option même dans une sorte de convention avec le régulateur, ils révèlent ainsi à celui-ci leur structure et leurs projets cachés.

Enfin, Anne Perrot a montré qu'on peut aller plus loin dans la régulation par choix et engagement des opérateurs. Elle a développé l'exemple de la régulation de l'eau en Grande-Bretagne. Dans ce secteur tenu par des monopoles locaux, les contrats sont des substituts de la concurrence, laquelle demeure l'idéal, notamment parce que ces conventions contiennent des « clauses de performance comparative » qui obligent les opérateurs à se comparer les uns aux autres, émulation dynamique construite ainsi par contrat et mimant le mécanisme concurrentiel. Lorsqu'en 1998, une fusion entre trois entreprises a été envisagée, le régulateur (l'Ofwat) a regretté la perte ainsi subie dans l'émission d'information.

Après ce large tour d'horizon parfaitement clair mené par Anne Perrot, une toute autre perspective a été prise, celle de la science politique. Jacques Chevallier, professeur de droit public à l'Université Paris II (Panthéon-Assas), re-

prend sous cet angle le thème, à travers « Le modèle du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques : point de vue d'un juriste ». La perspective retenue a été tout d'abord celle de cette prétention à organiser un ordre collectif pour le seul usage du contrat, ce qui renvoie à l'autorégulation et à son aptitude à passer du singulier au général, de l'intérêt particulier à l'intérêt de tous. L'orateur a estimé que la régulation ne pouvait être réduite à cet univers contractuel, parce qu'il lui faut un lieu, à travers une institution et un tiers, ce qui renvoie à la figure d'un État. Mais, a poursuivi Jacques Chevallier, cet État régulateur est aujourd'hui un État « modeste », dans lequel la loi n'a plus la place première.

S'instaure alors la régulation des contrats, la régulation par le contrat et la régulation contractualisée. Dans la première perspective, la régulation enrichit le soubassement contractuel, le régulateur veillant à la protection des autres intérêts et tranchant les litiges. La deuxième perspective, celle de la régulation par le contrat, fonctionne expressément dans l'audiovisuel, le régulateur passant des conventions avec les opérateurs privés. La troisième perspective, de la régulation contractualisée, assure la coordination des multiples acteurs par la souplesse de la convention, tandis que la corégulation articule différents niveaux de régulation. Ce jeu du contrat au sein de la régulation renvoie à cette nouvelle action publique, désignée par le thème de la « gouvernance ». L'analyse proposée par l'orateur, nuancée, dialectique, a ainsi conduit l'auditoire à prendre conscience à la fois des articulations et des réticences des

modèles entre contrat et régulation.

Tandis que le Forum de la régulation s'acheminait ainsi vers une dimension plus juridique, Christophe Jamin, professeur de droit privé à Sciences Po, a repris encore une fois l'étude de cette figure du contrat pour exprimer les nouveaux modes de régulation, en se référant à « La théorie générale du contrat, confrontée à leur utilisation dans les secteurs régulés ». Dans une démonstration rigoureuse et progressive, Christophe Jamin a montré que si l'on avait parfois des difficultés à retrouver la théorie générale du contrat dans les secteurs régulés, cela tenait aussi à la représentation que l'on se fait de cette « théorie générale ». L'orateur a en effet tout d'abord insisté sur le fait qu'une théorie générale ne résume pas le droit applicable, ici le droit commun des contrats, mais porte des principes et constitue une construction intellectuelle qui tente de rendre compte de bouleversements observés, pour permettre d'exposer d'une façon cohérente le droit et favoriser la sécurité juridique.

Précisément, l'orateur a continué son exposé en soulignant que la théorie générale du contrat a été perméable aux évolutions, rendant comptes de mouvements majeurs. Il s'agit notamment de la remise en cause de la conception volontariste du contrat au profit d'un ordre public inséré par le législateur dans le contrat, l'État intervenant pour diriger les comportements des contractants. De la même façon, la référence implicite à un contrat qui opère en un instant un échange fait désormais place à la reconnaissance d'une intégration du

temps dans les contrats, notamment à travers des contrats-organisation. Prenant place dans le temps, le contrat est dans son application gouverné par une des parties, le contrat a un maître, ce qui explique le développement des exigences de loyauté et de bonne foi.

Or lorsqu'on observe l'organisation des contrats dans les secteurs régulés, on retrouve d'une façon exacerbée ces trois tendances lourdes, notamment lorsqu'on étudie les contrats d'accès au réseau ainsi que ceux par lesquels les entreprises de marché régissent les marchés financiers dont elles proposent l'accès aux émetteurs et aux investisseurs. Par une analyse minutieuse de la jurisprudence, notamment de la Cour d'appel de Paris à propos des appréciations du régulateur sur les contrats à l'occasion du règlement de différends, Christophe Jamin a montré d'une façon très argumentée que le droit de la régulation valide les nouvelles idées-forces de la théorie générale des contrats.

Ces perspectives générales ayant été ainsi particulièrement approfondies et croisées, la seconde partie du Forum a abordé des thèmes plus particuliers. **Jean-François Prat**, avocat à la Cour d'appel de Paris, a débuté cette session en exposant « Les contrats sur les marchés financiers et les impératifs de régulation ». Il a rappelé que l'Autorité de régulation des marchés financiers a pour double souci l'égalité de traitement des actionnaires et la transparence des marchés. C'est au nom de cela que le régulateur a souvent la tentation de ne pas laisser pleinement jouer la liberté contractuelle, alors que celle-ci devrait être la règle dans des marchés financiers pleinement libéralisés, et alors que

le dynamisme de la place dépend de cette liberté essentielle.

L'orateur poursuit en rattachant cet état de fait à la position française selon laquelle les ordres doivent être centralisés et qu'il n'est pas adéquat de laisser des transactions se dérouler hors des marchés réglementés, ce qui va à l'encontre non seulement d'autres types d'organisation, notamment anglo-saxons, mais encore au choix fait par la nouvelle direction sur les services d'investissement de laisser cette possibilité accessible aux investisseurs. Dans cette même tendance, le droit français met les offres publiques — qui sont des contrats procéduralisés — sous la tutelle du régulateur alors que, par exemple, la SEC se contente de contrôler l'information et de s'assurer de l'effectivité du paiement. De la même façon, l'obligation d'acheter que réalise l'OPA obligatoire est une atteinte à la liberté contractuelle et la question a été très débattue de savoir si l'on pouvait laisser ou non jouer les pactes d'actionnaires en cas d'offre publique, incertitude que l'on retrouve dans les réserves de la nouvelle directive sur les offres publiques transfrontalières.

Jean-François Prat a achevé son intervention talentueuse en prenant encore des exemples en jurisprudence pour montrer que la culture française de régulation financière est assez peu favorable au fonctionnement ordinaire des contrats par lesquels les opérateurs expriment leur liberté d'entreprendre, même si la jurisprudence les défend souvent dans cette perspective.

À propos d'un autre secteur et sans doute dans une conception assez différente, **Marc Sénac de Monseigneur**, avocat à la Cour

d'appel de Paris et ancien directeur juridique de la Commission de régulation de l'énergie, reprend la question de « L'encadrement des contrats par le régulateur et par le juge ». L'orateur, qui a consacré son intervention au secteur de l'énergie, commence d'ailleurs par prendre distance avec la façon dont ce sujet a été formulé, car il ne s'agit pas tant d'un encadrement nouvellement organisé notamment par l'intervention d'un juge qui serait devenu plus présent, mais plutôt d'une figure assez classique du contrat de service public, dont le contentieux est peu important.

S'il y a encadrement, il ne résulte pas seulement du juge et du régulateur mais également du législateur, consacrant le droit d'accès, et du droit européen.

S'il faut trouver des particularités, elles résultent surtout de cette obligation de contracter à la charge du gestionnaire de réseau, et du fait que le contenu des contrats est en réalité très largement prédéterminé, notamment par des procédés de tarification, l'essentiel ne revenant donc pas au juge mais aux autorités administratives.

L'orateur a poursuivi en estimant que le rôle du juge et du régulateur revient à assurer l'application uniforme et non discriminatoire des dispositions d'accès au réseau, dans une exigence de transparence et au besoin en délivrant des injonctions. La Commission de régulation de l'énergie se comporte donc plus ou moins comme un juge administratif, qui peut contraindre le gestionnaire de réseau à revoir ses décisions mais qui ne se substitue jamais à celui-ci.

Après ce rappel bienvenu du fait que le droit de la régulation se situe souvent dans la

DROIT DE LA RÉGULATION

continuation des mécanismes précédemment établis, **Bruno Lasserre**, président du Conseil de la concurrence, conclut le Forum en examinant « Le contrat, entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence ». L'orateur montre que le contrat est le sujet commun de la régulation sectorielle et du droit commun de la concurrence, et se trouve encouragé par les deux, mais qu'il ne s'agit ni de la même manière ni de la même approche. En effet, la régulation ne prête attention qu'à certains contrats, notamment lorsque l'accès au réseau est en cause, alors que l'autorité de concurrence s'intéresse à la totalité des contrats. En outre, l'approche est différente, Bruno Lasserre estimant que le régulateur est un acteur du jeu contractuel, qui peut ordonner de contracter et façonner le contrat, alors que l'autorité de concurrence est un modulateur du contrat, au regard de l'équilibre concurrentiel. Pourtant, en cas d'urgence, la différence s'estompe, notamment lorsque l'autorité de concurrence doit faire usage de son pouvoir d'injonction, comme dans la décision adoptée par le Conseil le 9 décembre 2004 pour ouvrir le marché des mobiles outre-mer.

Abordant le contrat comme mode de rapport entre les opérateurs et les autorités, l'orateur a distingué là aussi cette façon de faire suivant qu'elle est suivie par le régulateur sectoriel ou par l'autorité de concurrence. Ainsi, le *bargaining* est chose usuelle pour un régulateur, parce qu'il est préférable de dire « oui à condition de » que d'opposer des refus aux initiatives des opérateurs. L'adoption d'une conception contractuelle des rapports avec les opérateurs est plus récente pour l'autorité de con-

currence. Elle tend à s'insérer dans le domaine de la répression, permettant à l'autorité d'avoir l'information pertinente, notamment grâce au programme de clémence, ou offrant à l'autorité de concurrence de rétablir un équilibre contractuel rompu, grâce à des engagements pris par les opérateurs.

Cette dernière intervention a mis un point d'orgue à l'ensemble de ce Forum, lequel aura montré à quel point la dialectique entre droit commun et droit spécial, entre les principes et les nouveautés, entre les différentes conceptions de la régulation même, s'expriment dans le contrat.

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Professeur des Universités à Sciences Po
Directeur du Forum de la régulation

Petites affiches

Le Quotidien Juridique

RECEVEZ LE JOURNAL

► 5 FOIS PAR SEMAINE

- la doctrine, les notes et les chroniques rédigées par des universitaires de renom et les meilleurs praticiens du droit,
- l'actualité professionnelle et législative,
- les informations légales pour suivre la vie juridique des sociétés,
- les numéros spéciaux
- les dossiers de l'Europe



CONSULTEZ LES ARCHIVES EN LIGNE

sur Lextenso.fr

- Menez vos recherches par mot-clé, date ou auteur directement en ligne, en bénéficiant d'un fonds documentaire réactualisé en permanence.
- Accédez sans limite aux 10 dernières années de fonds documentaire des Petites affiches et consultez les résultats de vos recherches dans nos 6 bases partenaires de référence :
Gazette du Palais, le Répertoire Defrénois, les Bulletins Joly Bourse et Joly Sociétés, la Revue des Contrats et la Revue Générale du droit des Assurances.

NOUVELLE
FORMULE

LEXTENSO.fr

RECHERCHER SUR LE CÉDEROM ANNUEL

- Accédez instantanément à l'ensemble du rédactionnel des Petites affiches publié depuis 1994 de chez vous, lors de vos déplacements, sans connexion internet.
- Un mode de recherche "full-text" et une ergonomie soignée offrent un accès facile et une exploitation pratique des informations publiées.



Pour en bénéficier au plus vite, contactez :

Petites affiches

SERVICE DIFFUSION - 2, RUE MONTESQUIEU
75041 PARIS CEDEX 01

TÉL. : 01 42 61 88 00
FAX : 01 42 92 03 91

Email : diffusion@petites-affiches.com