

PRÉFACE

La régulation et son corollaire, les institutions indépendantes de régulation, se sont répandus dans le monde au point d'être devenus un phénomène quasi universel. Des États-Unis aux Philippines, de la Corée ou du Japon à la France ou à l'Italie, du Royaume-Uni au Brésil, elles sont devenues une sorte de standard de l'ordre public concurrentiel propre à l'économie moderne. Quelle meilleure illustration pourrait-on trouver de la « globalisation du droit » ?

Pourtant, se concentrant sur une partie de l'activité de ces autorités en France et au Royaume-Uni, Thomas Perroud met à jour immédiatement une première difficulté. La « fonction contentieuse » n'est pas simple à définir, dans le droit français ou dans le droit anglais. Comme le rappelait le professeur Freedland lors de la soutenance de la thèse, elle correspond à des pouvoirs auxquels on n'a jamais pu donner une base théorique solide en droit anglais, et on peut ajouter qu'il en va de même en France, si on veut bien se rappeler des difficultés de la jurisprudence pour distinguer un tribunal d'une autorité administrative. En outre, Thomas Perroud découvre que, dans chacun des deux pays, la fonction contentieuse des autorités de régulation sectorielle est comprise et organisée de manière très différente.

Au départ, tout paraît converger. Dans les deux pays, les fonctions contentieuses se sont progressivement détachées des autorités administratives pour être ensuite attribuées à des juges ; ce sont les mêmes évolutions économiques qui ont conduit à confier à des autorités administratives des pouvoirs de sanction et, de manière plus inattendue, des pouvoirs de règlement des différends entre des entreprises.

Mais Thomas Perroud montre que le profil de ces autorités est très différent, tant sur le plan organique que sur le plan fonctionnel, dans les deux pays. Au Royaume-Uni, c'est une conception managériale qui s'est imposée : les collèges se composent d'économistes et de praticiens ; la procédure est peu formalisée et largement ouverte aux tiers. En France au contraire, bien que le caractère administratif de ces autorités soit réaffirmé, on observe une juridictionnalisation croissante de leur organisation, de leur composition et de la procédure. Bien que les deux pays soient tenus de mettre en œuvre les directives de l'Union européenne, qui déterminent les pouvoirs des autorités de régulation, et de respecter les principes du procès équitable, qui dérivent de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, leurs réponses institutionnelles et procédurales sont profondément différentes.

Mais Thomas Perroud ne se borne pas à ce constat, qui est déjà en lui-même un résultat intéressant. Il en recherche l'explication, et il la trouve, non pas dans l'opposition convenue entre monisme et dualisme dont il montre au passage la fragilité, mais dans des institutions fondamentales de l'ordre juridique interne de chacun des deux pays. En France, la procédure contentieuse devant les autorités de régulation anticipe le contrôle juridictionnel et en partage les finalités : la protection des droits et des libertés. Au Royaume-Uni, le contrôle du juge par la procédure de *judicial review* est très différent des recours français : il ne s'étend pas en principe au contrôle des faits et le juge admet les justifications des pouvoirs des régulateurs fondées sur l'analyse économique du droit. C'est ce qui a conduit à instituer un « tribunal »

spécial, le *Competition Appeal Tribunal*, condition, sans doute, du respect de l'article 6. Il montre aussi comment les fondements différents de la responsabilité de la puissance publique dans les deux pays, réparation d'un préjudice en France, l'intérêt protégé en droit anglais, expliquent qu'il soit plus difficile d'engager la responsabilité d'un régulateur au Royaume-Uni.

La comparaison des institutions ne peut en effet se passer de la prise en compte des systèmes juridiques dans lesquels elles s'inscrivent, ni éviter de remonter à l'origine des institutions les plus fondamentales et au processus de leur construction pour comprendre leur agir contemporain. Chaque système juridique peut s'analyser, sous cet aspect, comme un répertoire de notions fondamentales et liens logiques qui déterminent les réponses que l'on peut apporter à des questions nouvelles, mais en excluent d'autres, et commandent ainsi la réception par le système de notions et d'institutions nouvelles. La thèse de Thomas Perroud en offre de nombreuses illustrations frappantes, tant pour la France que pour le Royaume-Uni. L'auteur montre de manière convaincante l'influence des principes de la procédure pénale française sur la juridictionnalisation de la procédure devant les autorités de régulation, qui est sous-jacente à l'invocation par la Cour de cassation de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Il montre également l'inadaptation de la procédure accusatoire, au Royaume-Uni, au contrôle juridictionnel des actes des autorités de régulation.

Mais la mise à jour de la permanence des logiques de système n'empêche pas de dégager des conclusions générales ; elle est sans doute même la condition d'échapper au parasitage idéologique propre à l'instrumentalisation de la comparaison. Thomas Perroud nous livre ainsi des enseignements de grande portée, rendus possibles par la comparaison approfondie qu'il a menée. Il nous ramène d'abord à une approche fonctionnelle du contentieux, qui valide, d'une certaine manière, l'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme. Il propose de voir dans la régulation une nouvelle fonction économique du droit, tournée vers le contrôle et la limitation des pouvoirs économiques privés. Elle opère en effet une institutionnalisation du marché, non plus comme corollaire de la liberté économique, mais comme condition de l'efficacité économique par la concurrence, qui justifie une limitation de la liberté contractuelle. La comparaison conduit aussi Thomas Perroud à montrer le lien entre pouvoir de sanction et règlement des différends dans la régulation, et que la régulation se distingue plus par le règlement des différends que par le pouvoir de sanction. Il définit la fonction de règlement des différends comme « un procédé de réglementation d'un contrat qui a pour but de régler un différend relatif à l'accès à un bien essentiel pour pouvoir exercer une activité économique » (§ 1751). Voilà une contribution à la conceptualisation de la fonction de régulation qui permet de mieux concevoir ce qui la sépare des fonctions des autorités de surveillance des marchés financiers, des banques et des assurances, ainsi que de la police générale de la concurrence.

À tous égards, l'ouvrage de Thomas Perroud est une contribution magistrale à la science du droit comparé et au droit public de l'économie. Il montre la fécondité de la comparaison lorsqu'elle est menée avec méthode et servie par une vaste culture juridique. Seule la comparaison peut dévoiler les angles morts des systématisations doctrinales produites dans le seul cadre du droit national et ouvrir la voie, comme le fait Thomas Perroud, aux évolutions conceptuelles qu'appelle, comme c'est le cas avec la régulation, l'évolution des politiques économiques.

Enfin, la thèse ouvre des pistes importantes pour de futures recherches. La commune compréhension à la fois des cultures juridiques britannique et française nécessite une sensibilité aux perspectives diverses et parfois contradictoires qui résultent de différences historiques, sociales, économiques et politiques. Le développement d'un cadre commun qui permette de s'interroger de manière féconde sur chaque système juridique trouve sa récompense dans la conscience qu'en partageant des approches communes on progresse dans la connaissance et la poursuite de la vérité. L'expérience de la recherche entreprise pour cette thèse souligne la valeur du respect mutuel et de la tolérance qui sous-tendent les efforts des deux universités de Paris I et de Warwick dans le domaine de la recherche universitaire.

Un tel résultat, toutefois, n'aurait sans doute pas été possible sans la cotutelle de thèse mise en place entre l'Université de Warwick et l'Université Paris I, qui a permis à Thomas Perroud de s'immerger dans le droit anglais, au point d'avoir à l'enseigner lui-même à Warwick. Qu'il soit permis ici de remercier les deux établissements qui l'ont permise, et de souhaiter qu'à l'avenir la voie ainsi ouverte permette le succès de beaucoup d'autres projets de la même qualité.

Gérard MARCOU
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)
École de Droit de la Sorbonne
UMR de droit comparé

John F. McELDOWNEY
Professeur à l'Université de Warwick, École de Droit