

# *Droit commun de la Régulation*

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2020

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon 5



**Géographie  
&  
Régulation**

18 novembre 2020

## INTRODUCTION

### L'Histoire, adossée à la Géographie

- **Fernand Braudel**
  - L'Angleterre est une île
  - Les Etats-Unis sont une colonie
  - La France est au centre de l'Europe

### Définition de l'Etat : un **territoire**, un peuple, des institutions

- **Hannah Arendt**
  - Les États-Unis sont un grand espace de grands mouvements libres
  - Les États-Unis sont construits sur une charte qui les garantit : la Constitution
  - L'Allemagne, la France, l'Italie sont des Nations

## INTRODUCTION

### Le rapport entre le Droit et la Géographie

- Rapport « naturel » entre le Droit et la Géographie
  - Droit français, Droit allemand, Droit britannique, etc.
  - Droit comme emprise sur des sujets localisé (D.I.P.)
  - Construction des « zones » plus ou moins « nouvelles » (*jus comune*)

### L'hypothèse d'un « Droit sans Géographie »

- Parce que la technicité de l'objet ou de la matière économique prévaudrait
  - Illusion ?
- Parce que l'espace sur lequel les objets se meuvent est lui-même a-géographique : le numérique
  - Illusion ?
- **La révolution de la « Régulation » est-elle là ?**
- **La disparition de l'État est-elle là ?**

## INTRODUCTION

### La régulation, une affaire d'État et d'Histoire, puisque de Géographie

- **Enchâssée par des contours géographiques**
  - A première « vue » : Régulation dans le territoire français
  - Seule certitude immédiate= Droit français
  - Territoire européen ?
  - Territoire autour de l'eau commune (Méditerranée) ?
  - Territoires qui « furent à « Nous » » ? (Les États-Unis pour les Anglais, les « colonies » ...)
  - L'Alsace-Lorraine ...
  - L'imaginaire : le paysage contractuel ; le numérique

## INTRODUCTION

### La régulation, un conflit aporétique avec la Géographie

- **Aporie entre Régulation et Géographie**
  - La Régulation ne peut qu'être enserrée dans les contours politiques de la géographie
  - La Régulation ne peut que suivre les contours des objets techniques mobiles

# I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

## A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

### 1. Le « Droit français de la Régulation »



- La Régulation prévue et émise par des Autorités Nationales
  - Le Droit de la Régulation, « branche du Droit » du système juridique français
  - La *summa divisio* Droit Public /Droit privé
  - La bataille pour classer le « Droit de la Régulation »
  - Les enjeux pratiques du classement : compétence juridictionnelle, liberté contractuelle, ordre public, etc.
- Insertion dans les catégories françaises
  - Les Autorités Administratives Indépendantes
  - La hiérarchie des normes

## I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

### A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

#### 1. Le « Droit français de la Régulation »

- *Regulation & Regulatory Law*
- Invention de vocabulaire = concepts
  - *Enforcement*
  - *Remedies*
  - *Advocate*
  - *Accountability*
  - *Judicial Review*
  - *Due process*
  - *Compliance*
- Invention des raisonnements
  - Les « précédents »
  - La « jurisprudence »
  - La « doctrine institutionnelle »

## **I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE**

### **A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE**

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- L'application unilatérale d'un droit étranger
- L'effectivité du Droit de la Régulation, source d'une portée unilatérale extraterritoriale
- Tendance de tous les États ....
- Tendance des États-Unis

## I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

### A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Rapport parlementaire du 5 octobre 2016 de Karine Berger et Pierre Lellouche :

*Extraterritorialité des lois américaines*

- **Propose que le droit européen fasse pareil**
- **En droit de la responsabilité**
- **En droit pénal**
- **Différence : les marchés financiers (régulation) et les licences (régulation)**

- Tendance à appliquer unilatéralement son Droit à d'autres territoires
- Tendance de tous les États. Opposition du Droit international public.
- La « sanction privée » (*retaliation*) de l'OMC est sous le contrôle de celle-ci.
- Seuls les États-Unis ont la force de se le permettre

## I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

### A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

1. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Application critiquable de la répression des manquements en-dehors de son territoire
- Rappel des principes par la Cour suprême des Etats-Unis
- *Supreme Court, Morrison v/ National Australia Bank, 24 juin 2010*
- Cour fédérale : compétence américaine saisie d'une class action entre parties non-américaines pour un comportement sur le marché financier américain
- Censure par la Cour suprême : incompétence. Les États-Unis ne sont pas les Régulateurs du monde.
- Une opinion dissidente : les États-Unis sont le marché financier du monde.

## I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

### A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Discussion Posner / Breyer

## I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

Et si l'on reparlait de Savigny ?



### A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

## Le Droit de la Régulation sort des objets techniques

- Le territoire ne tient pas les objets

### Le statut de la « frontière » :

- Statut politique de la frontière
- Statut sociologique de la frontière
- Statut juridique de la frontière
  - Barre du politique sur le territoire
  - « Barrière à l'entrée »

## I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

## B. LE DROIT DE LA RÉGULATION, NÉCESSAIREMENT AU-DELÀ DE L'ESPACE NATIONAL

1. La prévalence des objets sur le territoire et la nouvelle formulation juridique de la « souveraineté »

## **La variation selon les secteurs**

### **Les critères de variations :**

- Les objets immobiliers et les objets mobiles
- Les objets à corporéité et les objets sans corporéités

### **Les exemples de variations :**

- Des objets corporels et enracinés : la régulation de la propriété immobilière (cadastre par les notaires, profession réglementée et « acte authentique »)
- Jusqu'à l'objet sans corporéité et dès lors ne bouge pas : la donnée

## **La distorsion des objets par le double jeu de la finance et du numérique**

## **I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE**

## **B. LE DROIT DE LA RÉGULATION, NÉCESSAIREMENT AU-DELÀ DE L'ESPACE NATIONAL**

1. La prévalence des objets sur le territoire et la nouvelle formulation juridique de la « souveraineté »

## Le statut juridique de « l'habileté juridique »

- Principe général de la Fraude
- Légitimité du Droit des contrats et du Droit des sociétés
  
- « optimisations juridiques »  
Et
  
- « stratégies d'efficacité juridique » et notion d'« attractivité juridique des places »

Que peut-on reprocher à *Google* ?

## II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILETÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

### A. LA PRÉTENTION DES OPÉRATEURS À UTILISER LA GÉOGRAPHIE POUR NE JAMAIS RÉPONDRE

1. L'habileté juridique des « opérateurs »

**Jurisprudence classique de la  
Cour de justice de l'Union  
européenne :**

**CJUE, 29 septembre 2019,  
*Google***

(question préjudicielle posée par le  
Conseil d'Etat)

- Contra : Extra-territorialité des lois américaines (bon ou mauvais modèle ?)
- Exemple de la loi du 27 mars 2017 dite « Vigilance » : bon ou mauvais modèle ?

**II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE,  
HABILETÉ JURIDIQUE DES  
OPÉRATEURS ET NOUVELLE  
DÉFINITION DE LA  
SOUVERAINETÉ**

**A. LA PRÉTENTION DES  
OPÉRATEURS À UTILISER LA  
GÉOGRAPHIE POUR NE JAMAIS  
RÉPONDRE**

2. Le bénéfice paradoxal d'une  
conception juridique classique des  
frontières

**II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE,  
HABILETÉ JURIDIQUE DES  
OPÉRATEURS ET NOUVELLE  
DEFINITION DE LA  
SOUVERAINETÉ**

**B. LA PRÉTENTION DE  
L'EUROPE À ORGANISER EN EX  
ANTE UNE SOUVERAINETÉ  
RÉGULATOIRE**

1. L'émergence de la notion de souveraineté européenne au-delà du monétaire



- La première construction européenne du haut vers le bas à travers le Droit de la concurrence
- La nouvelle construction de l'Europe à travers des régulations européennes
  - Le modèle Lamfalussy
  - Le CESEAR, le bien-nommé
  - La comitologie
  - Les observatoires
  - Le BEREC, l'ACER, l'EBA/ESMA/EIOPA/EMA

## II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILITÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

### B. LA PRÉTENTION DE L'EUROPE À ORGANISER EN EX ANTE UNE SOUVERAINETÉ RÉGULATOIRE

1. L'émergence de la notion de souveraineté européenne au-delà du monétaire

- Transmission d'une Europe Ex Post (Droit de la concurrence) vers une Europe Ex Ante (Droit de la Régulation) par l'initiative des entreprises (Droit de la Compliance)
- Dans des « filières »
  - Remplacement de la notion de « marché » par la notion de « filière »
    - Filière forestière européenne
    - From the Farm to the Fork
  - Initiative des Entreprises
    - GAIA-X

## II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILITÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

### B. LA PRÉTENTION DE L'EUROPE À ORGANISER EN EX ANTE UNE SOUVERAINETÉ RÉGULATOIRE

2. La convergence entre initiatives des entreprises européennes et transformation des institutions européennes

**Mouvement d'un Droit de la Régulation qui perd son rapport à la Géographie pour mieux Accroître son rapport avec la Souveraineté**

**Enjeu majeur de la Souveraineté Européenne :  
la « Souveraineté Numérique »**

**Implique  
que le Droit classique  
(Droit International Privé et Droit International Public) posant le  
préalable de la frontière et de la « courtoisie »  
passe au second plan**