

L'hypothèse de l'interrégulation

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeuse des Universités à Sciences-Po,
directeur de la chaire Régulation*

Le sujet est ici de proposer une notion — l'honnêteté intellectuelle oblige à dire « à promouvoir » une notion : l'*interrégulation*. Cela n'est à propos que si l'appellation correspond à un phénomène que d'autres mots n'ont pas déjà exprimé. Si cela est le cas, l'entreprise est utile et conduit non pas nécessairement à trouver des solutions mais au moins à songer à en trouver¹. Le souci de l'interrégulation permet notamment d'anticiper les lacunes ou de prévenir des solutions inefficaces. Cette contribution ne vise qu'à cerner l'hypothèse même d'interrégulation et n'aborde pas ses modalités techniques, procédurales, politiques, doctrinales, etc. Ce qui sera abordé ici n'est donc pas ce qui fait réussir une interrégulation, mais ce qui exige une interrégulation parce que les mécanismes traditionnels pour produire une solution font défaut.

Par provision, on soutiendra qu'il y a interrégulation lorsqu'un procédé (technique, procédural, doctrinal) répond à la nécessité de faire entrer en contact des régulations autonomes, de faire qu'elles se prennent en considération les unes les autres, alors que nous ne disposons pas de procédés permettant de faire passer l'une devant l'autre, et qu'il en résulte néanmoins une décision (au sens large, aussi bien décision générale — par exemple une norme sur l'information financière sur des sites Internet — que décision particulière — par exemple une autorisation de concentration entre établissements de crédit).

1. Par exemple, si l'on estime qu'il n'y a pas vraiment de problème d'interrégulation sur le marché financier malgré sa globalisation parce que l'autorégulation a réglé par avance les éventuelles difficultés de la transnationalité du marché, on est autorisé à ne pas songer à chercher des solutions.

Si l'on progresse sur la détermination des situations qui justifient une interrégulation, c'est-à-dire les situations dans lesquelles l'autarcie pure et simple des régulations ne peut demeurer parce qu'elles doivent s'appliquer plusieurs en même temps, on peut alors s'interroger sur qui pourrait être l'interrégulateur. « Le grand interrégulateur »... Nous admettrons, là aussi par provision, que, dans la définition relativement stricte de la régulation qui est ici retenue d'un ensemble de mécanismes économique-juridiques propre à un secteur, la régulation ne se réduit pas à l'existence d'un régulateur mais que celui-ci constitue un indice d'une régulation mise en place, permettant d'en reconnaître l'existence à défaut d'en saisir l'essence. Dès lors, si l'on veut cerner l'interrégulation, peut-être faut-il songer à l'interrégulateur. On peut même deviner dans la Commission européenne une sorte de candidat, au regard du nouveau rôle qu'elle joue dans les mécanismes comme le processus *Lamfalussy*, dans le réseau européen des autorités nationales de concurrence ou des réseaux des régulateurs nationaux.

L'objet de ces propos introductifs est celui d'une définition, la question des moyens de l'interrégulation viendra après. Mais l'interrégulation se définit elle-même comme un moyen, en tant qu'elle s'appréhende par son but : dégager des solutions qui prennent en considération plusieurs régulations autarciques, égalitaires et divergentes, ayant chacune une légitimité à régir la situation en cause.

La difficulté, l'ironie du sort, vient du fait que la régulation, au sens strict du terme, c'est-à-dire dans sa consubstantialité avec un secteur, a consisté à extraire un corps complet d'outils de régulation, soit du système général du marché (mouvement nord-américain), soit du système étatique (mouvement européen), pour le façonner selon les contours d'un secteur, comme c'est le cas pour la régulation des télécommunications ou celle de l'énergie. La régulation procède donc d'un découpage. L'idée même réside dans la spécificité du secteur, la nécessité de conduire celui-ci en permanence, dans un lien de plus en plus perceptible entre régulation et gouvernance. Cette spécificité implique que les règles générales ou conçues pour d'autres secteurs que lui ne lui conviennent pas, ni techniquement ni au regard des objectifs, par un cumul du particularisme technique ou du particularisme des fins.

La régulation sectorielle suppose donc à la fois plus de complétude dans les outils (c'est pourquoi le reproche fréquent contre le cumul des pouvoirs par les autorités de régulation est décalé par rapport à l'objectif de régulation) et plus de segmentation dans le spectre dans lequel le régulateur intervient. Le régulateur ne sort pas de son jardin sectoriel. Si l'on doit faire un reproche au régulateur, ce n'est pas d'être trop puissant mais c'est de n'avoir que cette puissance d'un cyclope, vision arrêtée à la frontière du secteur et guidée par la seule finalité qu'on lui a affectée.

Dès lors, il y a nécessité d'interrégulation lorsqu'une situation requiert qu'une décision soit prise, alors que plusieurs régulations cohérentes et autarciques ont vocation à lui être appliquées et que ces régulations ne sont pas organisées de la même façon, qu'elles ne suivent pas les mêmes finalités et qu'il n'y a pas de moyen de préférer radicalement l'une plutôt que l'autre.

PRÉALABLE POURQUOI DÉGAGER DES DÉCISIONS UNIFIÉES ?

Les entreprises ont l'habitude de danser sur plusieurs pieds. À l'aune de cette agilité, les particularismes des régulations paraissent à première vue un avantage, les opérateurs pouvant jouer entre les avantages compétitifs des régulations, la relation avec les différents régulateurs se traduisant souvent dans l'organigramme de l'entreprise par la constitution d'une direction *ad hoc*. Ainsi, si une régulation nationale lui paraît plus favorable qu'une autre, l'entreprise délocalise ou crée une filiale. Si une régulation sectorielle lui paraît trop contraignante, elle réajuste son activité pour se soumettre à une autre régulation. Les disparitions et les lacunes sont autant d'opportunités stratégiques pour les entreprises. Il faudrait en conclure que l'interrégulation serait mal perçue par les entreprises, par principe réticentes, l'interrégulation étant alors une nouvelle forme de lutte entre les entreprises et les autorités publiques. Mais on peut au contraire penser que les entreprises, certaines entreprises et dans certains cas, requièrent que les décisions qui les concernent prennent en considération les différentes régulations segmentées. Par exemple, le contrôle des concentrations exercées de part et d'autre de l'Atlantique par des régulateurs généraux comme des régulateurs spécifiques constitue un étau pour les entreprises, une sorte de calvaire procédural en ce que les ajustements entre régulations se font difficilement et lentement.

D'une façon plus générale et tout d'abord, à partir d'un certain moment, la complexité d'un système obligeant les entreprises à changer sans cesse de face suivant le secteur dans lequel elles exercent — par exemple ces « entreprises Janus » qui sont opérateurs historiques dans un secteur et nouvel entrant dans un autre —, et qui supportent des règles différentes selon les géographies alors que leur activité économique est unifiée, finit par représenter un coût qui dépasse les avantages des particularismes.

Ensuite, cette stratégie convient bien à des entreprises internationales, c'est-à-dire avec de multiples filiales ou établissements localisés dans différents endroits, ou agissant dans différents secteurs (entreprises *multi-utilities*), mais cela ne convient plus lorsque les entreprises sont globales parce que les secteurs sont globaux (marchés financiers, Internet, bref marchés de l'information et de l'accès) et qu'elles ont une sorte de localisation globale avec des produits uniformisés.

Dans les activités véritablement globales et non plus seulement internationales, ce qui est fait à un endroit est fait partout, les localisations n'étant plus que des portes d'accès à un secteur en réalité unifié parce que déterritorialisé. C'est particulièrement vrai pour les activités d'information. Dès lors, les règles sur l'information, qu'il s'agisse de la censure légitime sur Internet ou de l'information des actionnaires sur le marché financier, doivent tenir compte du fait que, une fois l'information lancée, elle est partout et que l'entreprise elle-même, de ce fait, n'est plus localisée. Dans ces conditions, l'entreprise a besoin de règles unifiées, par exemple quant à la normalisation des produits ou quant aux informations qu'elle doit donner sur elle-même.

Si l'on n'obtient pas une décision unifiée prenant en considération, d'une façon ou d'une autre, ces multiples régulations, géographiques ou sectorielles, si par exemple les entreprises sont exemptées ici et condamnées là, si le respect par un opérateur d'une régulation le conduit à ne pas endurer de la même façon une autre régulation qui lui est également appliquée, les entreprises vont subir les lacunes et les excès de multiples régulations borgnes.

Soit nous sommes dans le phénomène pur et simple de la lacune, soit les entreprises vont subir une régulation à la fois limitée et pourtant généralisée, comme dans l'exemple de la régulation de l'information par la loi nord-américaine *Sarbanes-Oxley*. En effet, cette régulation est limitée parce qu'elle n'intègre pas les règles ou les finalités des autres régulations (notamment la façon dont les régulations européennes protègent l'actionnaire). La régulation parcellaire va néanmoins envahir les autres et se superposer à celles-ci sans rien partager. Voilà la solution inefficace d'une régulation qui submerge les autres, par le seul jeu des puissances. La loi *Sarbanes-Oxley*, qui est à la fois légitime et non optimale, illustre en réalité un manque d'interrégulation.

En effet, le jeu joue un peu comme une « régulation au premier sang » : première loi nouvelle sur l'information des actionnaires (*Sarbanes-Oxley*), premier jugement sur le contrôle des contenus dans les sites Internet (jugement *Yahoo*), premier jugement sur l'analyse financière et la régulation des conflits d'intérêts sur l'information financière donnée au marché (jugement *Morgan Stanley*). Une fois qu'une première position est prise, la tendance sera pour les autres de la suivre, dans une sorte d'ajustement passif, surtout si cette première fois vient des États-Unis.

Ainsi, moins il y a d'interrégulation, plus il y a de l'unilatéral, un unilatéral généralisé (une globalisation par extension mécanique du local, c'est-à-dire un impérialisme), un unilatéral qui exprime plus la force que le droit. Cette force ne tient pas seulement dans la puissance économique mais aussi dans la vitesse de réaction pour adopter la norme ou la décision — décider le premier —, alors que le droit gagne souvent à être un peu lent, cela fait partie de sa mesure.

Par définition donc, par truisme, l'interrégulation et l'unilatéral ne font pas bon ménage mais l'inverse ne produit pas pour autant une solution interrégulée : il ne suffit pas que les procédés ne soient pas unilatéraux pour que, de ce seul fait, l'interrégulation s'établisse. En effet, certes, l'interrégulation a besoin de la participation de chaque acteur de chaque régulation — comme nous le verrons plus loin dans l'exposé des méthodes — mais il ne faut pas confondre les conditions, la méthode et le but. Le but est l'obtention d'une décision unifiée, une décision véritable qui s'impose, et non pas un compromis, ou juste une discussion, ou juste une bonne entente de chacun.

Ce propos montre l'articulation entre l'interrégulation et la corégulation, et la limite de l'assimilation. La corégulation, singulièrement promue pour Internet, vise surtout l'idée que chacun doit faire valoir ses arguments, doit accéder à l'information, doit discuter, notamment dans un pourparler permanent entre le régulateur et les entreprises du secteur, ou l'administration et celles-ci. Nul ne conteste le bienfait de cette méthode. La difficulté est de faire en sorte que de la corégulation résultent des

décisions, c'est-à-dire pas uniquement des relevés d'arguments, pas seulement des compromis, mais des décisions, c'est-à-dire des choix.

Pour déterminer si l'interrégulation comme modalité d'élaboration de décisions véritables faisant fonctionner en même temps plusieurs régulations sur une unique situation correspond à une hypothèse suffisamment originale pour mériter ce vocable spécifique, il faut démontrer que les modes traditionnels utilisés d'ordinaire ne sont pas disponibles en matière de régulation économique. Or, ils ne le sont pas, ni à l'intérieur de l'État, ni à l'intérieur du système juridique.

L'exigence d'interrégulation vient du fait que les techniques se fondent les unes dans les autres (convergence technique), que les espaces interfèrent les uns avec les autres (mondialisation) et que l'on manque des outils ordinaires pour qu'il en résulte une décision prenant en compte ces nouvelles fusions. Les deux solutions dont on dispose habituellement, c'est-à-dire, d'une part, le pouvoir politique qui prend des décisions sans se soucier des contrariétés de normes parce qu'il a le pouvoir de les dépasser et, d'autre part, l'ordre juridique qui supprime le conflit de normes parce qu'il en efface l'une pour ne plus prendre en considération que l'autre, ces deux solutions font défaut en matière de régulations sectorielles.

I. L'INSUFFISANCE DU POUVOIR POLITIQUE POUR PRODUIRE LA DÉCISION UNIFIÉE DANS UNE SITUATION RÉGIE SIMULTANÉMENT PAR PLUSIEURS RÉGULATIONS LÉGITIMES

Soulevons l'hypothèse d'une interrégulation obtenue par la décision politique, c'est-à-dire par la décision du Gouvernement ou du Parlement. *Elle consiste à résoudre et à exprimer l'interrégulation par la décision discrétionnaire.* Si le pouvoir politique finit par produire une décision unifiée prenant en considération des régulations autonomes et non hiérarchisées entre elles, alors il n'est pas besoin de faire plus de cas de l'hypothèse de l'interrégulation, car elle n'est pas suffisamment spécifique. Effectivement, le pouvoir politique consiste à prendre acte qu'il y a un conflit de finalités sur une même situation. L'arbitrage politique entre des finalités diverses, divergentes et légitimes, est permanent. C'est pourquoi on a besoin de décision politique et le pouvoir politique arbitre parce qu'il a le pouvoir et le devoir de le faire. Le fait que la décision politique soit discrétionnaire ne signifie pas qu'elle soit injustifiée ou irrationnelle, cela signifie simplement qu'elle établit elle-même ses priorités, selon les cas et les desseins, ce qui ne requiert pas une hiérarchisation préalable entre les diverses régulations que le pouvoir politique va appliquer.

En outre, cela est lié, la décision de l'État — auquel le régulateur public appartient — a pour objet l'intérêt général — défini à l'anglo-américaine comme la balance des intérêts et l'addition des intérêts légitimes, ou sur un mode romaniste

(c'est-à-dire « à la française ») comme un intérêt spécifique qui dépasse l'addition des intérêts situés. Par la décision politique, la question du conflit des régulations est dépassée par l'aval, parce qu'un pouvoir a la légitimité « au-dessus » de faire ce qu'il veut. La discrétion est la solution.

Le problème est que cette discrétion, c'est-à-dire ce gouvernement politique, fonctionne mal dans les secteurs régulés. Tout d'abord parce que, du fait de la mondialisation, l'État n'existe pas toujours à la bonne échelle, c'est-à-dire à l'échelle d'une situation dont l'ampleur a dépassé ses frontières. Le meilleur exemple est l'Internet et les marchés financiers qui sont à l'échelle mondiale alors qu'aucun pouvoir « discrétionnaire légitime » mondial n'existe. Le fait que les secteurs régulés sont ceux par lesquels la mondialisation a prise, télécommunication et finance, accroît les difficultés.

Même lorsque le pouvoir politique est disponible, parce que le secteur concerné est de dimension nationale — ce qui demeure assez fréquent —, le pouvoir politique ne peut pas toujours être l'interrégulateur parce que la discrétion n'est supportable qu'à travers l'absence de conflits d'intérêts. Ainsi, l'État ne pourra être l'interrégulateur que s'il n'a plus d'intérêt situé, notamment plus d'opérateur public en compétition sur le secteur. Si l'on prend l'exemple de l'interférence entre audiovisuel et télécommunication, sans doute l'État serait un interrégulateur adéquat, l'existence de l'Autorité de régulation des télécommunications (ART) et du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) étant à cet égard un handicap. Mais l'audiovisuel demeure public en partie et la solution du régulateur indépendant ne peut guère être mise de côté. La privatisation serait un moyen pour l'État de reprendre ce rôle traditionnel de celui qui dépasse l'autarcie des règles, par une confiance que l'on n'a pas à refuser *a priori* à l'État², dès l'instant qu'il n'a pas en outre des intérêts situés dans la situation.

II. L'INSUFFISANCE DE L'ORDRE JURIDIQUE TRADITIONNEL POUR PRODUIRE LA DÉCISION UNIFIÉE DANS UNE SITUATION RÉGIE PAR PLUSIEURS RÉGULATIONS LÉGITIMES

L'ordre juridique, comme son nom l'indique, consiste non pas à prendre une décision mais à produire de l'ordre, par la réduction de la pluralité des règles en compétition pour régir une situation à l'hypothèse d'une seule règle applicable à une situation. Si plusieurs règles prétendent s'appliquer en même temps, le droit va choisir l'une plutôt que l'autre. Si plusieurs règles s'appliquent en même temps, le système est pris en

2. Ainsi, lorsque l'Angleterre associe privatisation des secteurs et dépossession du pouvoir de régulation de l'État, c'est le signe d'une méfiance *a priori* à l'égard de l'État, qu'on ne retrouve pas nécessairement dans d'autres traditions politiques.

qui n'est pas évident entre les régulations et le droit de la concurrence, surtout lorsque les régulations portent davantage sur la gestion du risque que sur l'ouverture à la concurrence.

En outre, le problème est la disparité des pouvoirs, car les régulateurs ont généralement plus de pouvoirs que n'en a l'autorité générale de concurrence, notamment parce qu'ils possèdent des pouvoirs *ex ante* alors que l'autorité de la concurrence est limitée dans l'*ex-post*. Il est donc difficile de mettre les régulateurs en dessous du droit commun manié par une institution moins puissante.

Enfin, le principal obstacle est la distorsion des fins. Ainsi, le droit de la concurrence peut prendre en charge, de mille façons procédurales, ce qu'il y a de concurrentiel dans les régulations, mais qu'en est-il dans le simple droit de la concurrence de ce qui relève du purement régulateur dont les régulateurs sont en charge, par exemple la détermination des tarifs ?

Plus fondamentalement, l'articulation ne fonctionne pas bien parce que la régulation n'est pas la déclinaison d'un droit commun dont elle reprendrait les principes directeurs en les appliquant d'une façon plus particulière à un objet. Les régulations ont des principes différents et la lacune ne peut être comblée entre elles ni par la mise en hiérarchie ni par un rapport du général au particulier. L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 16 mai 2003 sur la concentration du Crédit agricole et du Crédit lyonnais est exemplaire de cela. À l'époque, la régulation bancaire excluait la régulation concurrentielle des concentrations, parce que la régulation bancaire a pour objet l'assurance de la solidité du système bancaire, indifférente, voire contraire, à la lutte concurrentielle entre établissements. Un raisonnement de préséance s'imposa donc, le Conseil d'État excluant que la dimension concurrentielle soit prise en considération à travers des engagements. Le Conseil d'État imposa donc, dans un légalisme qu'on ne saurait lui reprocher en tant que tel, la préférence d'une régulation sur une autre, c'est-à-dire d'un objectif sur un autre, alors même que la situation appelait la considération des deux. Le législateur tira les conséquences de cette défaillance d'interrégulation en redonnant pouvoir au ministre de l'Économie pour apprécier cette dimension concurrentielle et les interférences entre solidité et dynamisme concurrentiel.

Pour faire jouer ensemble des régulations autonomes, au mieux indifférentes les unes aux autres, au pire contraires les unes aux autres, et chacune entendant régner, il faut recourir à la technique bien connue par ailleurs, notamment en droit public et en droit de la concurrence, du *bilan*. On doit en effet recourir à cette technique non plus seulement à l'intérieur de chaque régulation mais entre les régulations, par exemple et pour reprendre l'exemple précédent, établir le bilan entre la préservation du risque systémique et la préservation concurrentielle, de sorte qu'une autorisation qui serait refusée ou autorisée dans le cadre d'une seule des régulations puisse être admise dans la confrontation des régulations entre elles, suivant le résultat du bilan. Par exemple, une concentration qui accroît la solidité du système bancaire peut justifier que des atteintes à la structure concurrentielle du secteur soient en quelque sorte pardonnées.

Cette décision véritablement *interrégulatoire*, allant bien au-delà de l'ajustement de calendrier des régulations isolées, aurait alors l'avantage de favoriser la perspective d'autorisation et non plus de favoriser celle du refus. L'interrégulation, loin d'être un appareillage administratif de plus, une contrainte de plus, favorise ainsi le libéralisme, c'est-à-dire la liberté d'action des agents économiques.

Certes, l'on peut estimer qu'un tel ajustement par la technique du bilan n'est pas utile dès l'instant où chacun des régulateurs est soumis à un juge, qui opérerait donc au second degré l'interrégulation requise. Le juge comme interrégulateur ? Cela paraît difficile pour plusieurs raisons.

La première tient au fait que le juge du recours qui opérerait la balance entre les objectifs divers des différentes régulations opérerait un pouvoir de nature politique, en faisant plus que de se substituer au régulateur (ce qui est déjà parfois dénié si l'on estime que le contrôle du juge doit porter sur la légalité de la décision du régulateur et non sur son opportunité), en décidant des principes d'équilibre de l'ensemble, pouvoir contesté même dans les systèmes au sein desquels le pouvoir créateur du juge est reconnu.

La seconde, plus contingente, tient au fait que le juge pourrait être interrégulateur s'il était unifié (comme l'est un Gouvernement). Cela peut être institutionnellement vrai, par exemple en Grande-Bretagne à travers le *Competition Appeal Tribunal*, mais cette condition n'est par exemple pas satisfaite en France du fait de la dualité des ordres de juridictions.

III. L'INSUFFISANCE DE L'INTERRÉGULATION PAR LES DEUX EXTRÊMES D'UN REcul DU RÉGULATEUR EXTÉRIEUR OU DE SON ACCROISSEMENT

Une autre piste se dessine, plus radicale, supposant que la meilleure interrégulation consiste à supprimer les espaces, sapant la difficulté à sa base. En effet, chacun observe qu'il y a un problème d'interrégulation parce qu'il y avait eu dilatation des espaces pour une même situation (dilatation du secteur financier jusqu'à devenir global) et dilution des techniques qui s'interpénètrent (proposition de produits financiers sur Internet, transmission d'images par le téléphone). Cette interférence sur une même situation soumise à des régulations autarciques a créé des confusions nouvelles. Dès lors, de la même façon que le droit supprime la difficulté d'appliquer deux règles en même temps en décidant en amont que l'une s'appliquera et pas l'autre (fondement du droit international privé), une des solutions consiste à supprimer les espaces en confiant directement aux entreprises le soin de réguler les secteurs dont les espaces dépassent les régulateurs traditionnels. On revient à l'idée que l'opérateur est le meilleur régulateur, non plus seulement par le souci de faire disparaître la distance de

défaut parce qu'il n'a pu régler l'antinomie. Il y a donc un classement par espace géographique (régulations nationales distinguées les unes des autres, régulations européennes, régulations internationales) ou par hiérarchie normative. L'ordre juridique est affaire de préséance, sur un mode ou sur un autre. Si plusieurs règles s'appliquent en même temps, l'ordre juridique, dans sa conception traditionnelle, aura été lacunaire, défaillant.

À l'inverse, si on laisse l'ordre juridique fonctionner sur son mode classique, il n'y a pas à faire en sorte que les régulations se « prennent en considération » les unes avec les autres, puisque dès le départ on choisit l'un plutôt que l'autre. Par exemple, on procède en éliminant la concurrence entre les régulateurs. C'est la force de la plénitude du système juridique que de déterminer un seul corps de règles en action. Cette voie a d'ailleurs été suivie dans la nouvelle articulation du droit communautaire de la concurrence et des droits nationaux, articulation qui est de fait d'essence hiérarchique au profit du droit communautaire et de la Commission européenne.

Mais le dispositif ne convient pas en matière de régulation économique car, dans une même situation, les différentes régulations doivent s'appliquer en même temps, ou à tout le moins être satisfaites en même temps. Ainsi l'interrégulation prétend fonctionner, c'est-à-dire faire sortir une décision en se basant sur plusieurs régulations — géographiques, sectorielles —, sans établir préalablement de préséance entre ces diverses régulations. Il n'y a pas de préséance, soit parce qu'on ne le veut pas (pour que la hiérarchie soit bonne, il faut que la règle qui est en haut soit la plus adaptée et précisément chaque régulation — technique, locale — peut en tant que telle se prétendre la plus adaptée), soit parce qu'on ne le peut pas (aucun principe n'est assez fort pour être en première place, ici l'impératif de concurrence et de libre-échange par rapport à d'autres).

Cette difficulté d'établir une telle préséance est particulièrement néfaste pour les entreprises globales parce que l'ordre juridique mondial n'est pas complet. Ainsi, nous ne disposons pas des règles de préséance, par exemple entre l'Europe et les États-Unis, alors qu'une activité sera commune aux deux espaces, en matière de médias par exemple. Dans ces conditions, les deux ordres juridiques se mettent à fonctionner sur une seule situation. Un meilleur exemple est celui du contrôle des concentrations des entreprises globales, étant observé que le contrôle des concentrations appartient aux mécanismes de régulation lorsqu'il s'agit non pas seulement de prévenir des comportements anticoncurrentiels mais de dessiner, notamment à travers les engagements, la nouvelle structure d'un marché.

Pour l'instant, l'interrégulation est plutôt de fait : par de simples pratiques, les autorités avancent « de concert » et s'adaptent les unes aux autres pour arriver par tâtonnement, signaux intermédiaires, etc., à la même solution, règne de l'informel et de la courtoisie internationale ou intersectorielle. L'arrangement produit sans doute les meilleures solutions quand cela marche mais ce n'est pas le plus optimal pour la sécurité juridique car cela peut s'arrêter à tout moment. Imaginons un régulateur renfermé, campé sur son autarcie...

Factuellement, il est une façon simple d'imposer une solution : il suffit de dire « non », car c'est celui qui dit non qui l'impose, comme on a pu le voir dans le refus de concentration entre Honeywell et Bull, refus qui a annihilé les autorisations précédemment émises par d'autres autorités. On peut, certes, procéduraliser les demandes successives, de sorte que le *non* soit moins ravageur. Celui-ci est en effet dévastateur lorsqu'il arrive à la fin, après une succession de *oui*. L'affaire *Schneider-Legrand* est exemplaire d'un tel dysfonctionnement, lorsque le refus de l'autorité de concurrence a suivi le viatique de l'Autorité des marchés financiers. S'il doit y avoir un refus, il faut alors faire en sorte qu'il arrive au plus vite ou que l'on puisse conditionner les processus parallèles aux acceptations successives et croisées. Cette voie a été adoptée par les nouveaux textes, par l'autorisation d'insérer des conditionnalités au dépôt d'une offre publique, de sorte que l'offre n'aboutisse qu'à condition que la concentration ainsi opérée soit acceptée, procédé notamment utilisé à l'occasion de l'offre publique de Sanofi sur Aventis.

Mais ce *mode processuel* — soit de fait (la courtoisie est une forme de procédure), soit de droit (ajustement des calendriers, échange d'information) — a ses limites. Il diminue, certes, les risques de contradiction ou les effets néfastes de cette contradiction, mais il ne crée pas une solution unifiée : la procédure ne produit pas à elle toute seule la décision. Dès lors, la procédure est une façon de favoriser une solution unifiée mais, s'il y a divergence, la primauté sera donnée au refus. Moins la décision est inter-régulée, se contentant alors de décisions juxtaposées, plus, d'une part, les comportements stratégiques des entreprises se développent (notamment dans l'obtention d'une première décision auprès d'un régulateur pour « donner le *la* » de la demande suivante auprès d'un autre régulateur, soucieux de contrarier le moins possible le premier), et plus, d'autre part, c'est le refus qui l'emporte. En effet, il suffit qu'un seul des régulateurs le prononce pour que les autorisations des autres n'aient plus de portée, soit de droit — par exemple lorsque le régulateur bancaire formule des objections quant au nouveau contrôle d'une banque, obtenue par une offre publique ayant pourtant eu l'assentiment du régulateur financier —, soit de fait — par exemple lorsque l'autorité européenne de la concurrence refuse une concentration que son homologue nord-américain avait admise, ce qui conduit l'entreprise à renoncer à l'opération d'ensemble. Dans une économie libérale, ce n'est en principe pas la meilleure des solutions, car c'est la liberté d'agir qui doit prévaloir.

Une autre façon pour l'ordre juridique de produire des solutions unifiées est de construire un *droit commun*. Celui-ci est au cœur du système, sur lequel s'articulent des branches spéciales. Si une situation ne peut être régie par une seule régulation, alors, parce que le droit commun est l'ensemble des principes directeurs, l'interrégulation consisterait à déplacer la prise de décision vers le droit commun et l'institution qui en est en charge.

La question qui s'impose dans une telle perspective est alors de savoir si le droit de la concurrence pourrait prétendre être l'interrégulateur des secteurs régulés ? Hypothèse souvent soutenue, souvent étudiée. Mais cela suppose, tout d'abord, que le droit commun soit en quelque sorte la « doctrine commune » des droits spéciaux, ce

l'information (si l'opérateur est le régulateur, il n'y a pas d'asymétrie d'information) mais par le souci de faire disparaître la distance des espaces (si l'opérateur est le régulateur, l'espace à réguler et l'espace régulé coïncident nécessairement). L'autorégulation serait la solution de l'interrégulation, car l'opérateur est par nature interrégulateur en ce qu'il est par nature en reflet avec l'action complexe qu'il mène lui-même.

Cette conception a fourni le programme du sommet de Davos de 2004, que l'on pourrait résumer en ces termes : puisque la mondialisation exprime un espace dans lequel les États sont plus petits que celui-ci, ces États ne peuvent le réguler, selon l'idée qu'on ne peut réguler que plus petit que soi. Dès lors, poursuivent les concepteurs de la rencontre, ce sont les entreprises qui vont réguler la mondialisation, parce qu'elles « sont de taille ». Plus besoin d'interrégulation puisqu'il y a unicité des espaces.

Cependant, comme la régulation suppose que l'on recherche un intérêt qui n'est pas restreint à l'intérêt de chaque entreprise, cela implique par définition que l'entreprise-régulateur incarne un intérêt dépassant le sien propre, selon l'idée qu'on ne peut réguler un intérêt plus grand que le sien. On est proche de l'aporie : ainsi, l'État avait un intérêt à sa mesure — intérêt général — mais un espace plus petit que le secteur, tandis que les entreprises se développent dans un espace aussi large que le secteur lui-même mais, pour prétendre le régir, doivent désormais récuser le fait que leur intérêt est plus petit que l'intérêt que doit servir la régulation. Si elles y parviennent, la régulation est internalisée dans les entreprises. Il n'y a plus de problème d'interrégulation car l'espace et les intérêts coïncident.

La question devient alors la suivante : pourquoi les entreprises prendraient en charge ces objectifs qui dépassent leurs intérêts ? Naguère, on disait que les entreprises des secteurs régulés devaient pour cela être publiques. Aujourd'hui, on soutient que les entreprises prennent en charge des intérêts au-delà de leurs intérêts propres, notamment parce qu'elles sont « socialement responsables ». Cette théorie fameuse constitue le nouveau costume de l'autorégulation, cette autorégulation que l'on présente comme la solution la plus adéquate à la globalisation des marchés financiers, notamment la commune éthique des professions financières comblant les lacunes d'interrégulation entre les régulations financières publiques localement cantonnées. Les affaires successives nous dégrisent peu à peu.

Si l'on demeure donc dans l'idée qu'il est nécessaire d'avoir des régulations publiques, c'est-à-dire des régulations extérieures aux opérateurs, et que la solution consiste dans la disparition des distances, des espaces, qui ont fait naître la nécessité de l'interrégulation, la solution pourrait alors être dans la constitution de « méga-régulateurs » qui absorbent en leur sein ces distances problématiques. Cela peut se faire dans plusieurs sens. Tout d'abord, dans le sens des espaces géographiques, par l'instauration de régulateurs transnationaux supprimant la question de l'interrégulation transnationale, ensuite dans le sens des espaces sectoriels, par l'instauration de régulateurs transsectoriels, rendant sans objet la question de l'interrégulation sectorielle. Dans la dimension géographique, on a pu le suggérer, notamment par la consti-

tution de régulateurs sectoriels européens, mais la reconcentration du pouvoir n'est peut-être pas la bonne solution.

Pour l'instant, on préfère clairement l'autre voie, qui choisit de pallier les difficultés d'interrégulation sectorielle plutôt que de s'attaquer aux difficultés de l'interrégulation des espaces géographiques (les deux sont souvent liés dans la mesure où les secteurs économiques demeurent souvent nationaux), par la fusion des autorités de régulations de plusieurs secteurs. Le mouvement est net en Grande-Bretagne, à travers la *Financial Services Authority*, et en Allemagne, dans la construction de régulateurs transsectoriels banque-finance-assurance. On peut encore citer la fusion opérée en Grande-Bretagne, l'*Ofcom* prenant désormais en charge les médias et les télécommunications. Le mouvement n'est pas entamé en France. La fusion entre l'ART et le CSA n'est pas à l'ordre du jour. La fusion de la Commission des opérations de bourse et du Conseil des marchés financiers dans l'Autorité des marchés financiers ne releva pas d'une logique transsectorielle mais d'un simple réajustement historique. L'extension en cours du régulateur des télécommunications au secteur de la poste n'a aucun sens dans cette perspective puisqu'il n'y a pas d'intersectoriel entre la poste et la télécommunication.

La fusion n'est d'ailleurs pas parée de toutes les vertus car une telle extension d'un régulateur, dont le périmètre excède, s'il est transnational, l'espace des États, et qui cumule les outils d'action pour gouverner des secteurs en interdépendance, produit une grande concentration de pouvoirs.

Plus encore, si une erreur de régulation est faite — et on en fait beaucoup —, celle-ci a naturellement une très forte ampleur et paraît plus difficile à rattraper. Dès lors, si l'on n'éradique pas la question de l'interrégulation par la fusion de régulateurs, si l'on en reste à des procédures d'interrégulation entre des régulateurs demeurés autonomes (et dans les différents espaces et dans les différents secteurs), on peut éviter la concentration des erreurs, car la multiplicité des régulateurs permet d'espérer que l'un contredira l'autre, tout en aboutissant tout de même à des décisions dans lesquelles on retrouvera la prise en considération des diverses régulations prises en tant que telles.

C'est pourquoi l'on peut tenir bon sur l'hypothèse de l'interrégulation, précisément définie comme des procédés permettant d'attacher à la situation qui le requiert une décision qui prenne en considération des régulations demeurant autonomes les unes des autres — géographiquement ou sectoriellement —, régulations diverses ayant la même légitimité à s'appliquer et sans qu'on puisse les hiérarchiser entre elles d'une façon ou d'une autre.

Si l'on est d'accord sur cette hypothèse, qui se prive de la discrétion de l'État, qui se prive des procédés de préséance entre les règles que l'ordre juridique peaufina pendant des siècles, et qui aboutit néanmoins à de véritables décisions et non pas seulement à des compromis et des *statu quo*, l'interrégulation permettant alors que des décisions soient prises dans l'économie mondialisée et déterritorialisée.