

# *Droit commun de la Régulation*

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2017

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 3

**Le Droit de la Régulation  
Équilibre entre  
la concurrence et d'autres  
soucis**

7 novembre 2017

## INTRODUCTION

### Les deux « attractions » pour définir la Régulation

- **Les deux premières définitions de la Régulation, établies au regard du seul principe de concurrence (leçon 2),**
  - Voie sur une concurrence effective grâce au Droit
  - Injection de règles dérogatoires à la concurrence du fait de « défaillance de marché » alors que dans l'idéal le marché devrait suivre le principe de concurrence
- **La définition de la Régulation comme Équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes**



# I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

## A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE

1. La nature « concrète » du Droit de la Régulation face à l'abstraction du Droit de la concurrence

- Électron, médicaments, lettres, colis, molécules, organes,
- **Reconcrétisation** d'un monde « **neutralisé** » par le Droit de la concurrence
- « **Pragmatisme** » du Droit de la Régulation et conséquences
- « **Politique** » du Droit de la Régulation et conséquence
- « **Philosophie** » du Droit de la Régulation et conséquence

## I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

### A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE

1. La nature « **concrète** » du Droit de la Régulation face à l'abstraction du Droit de la concurrence

- Le Droit de la concurrence et le libéralisme mondial
- Désenchantement du monde et réenchantement du monde
- Désertification du monde et repersonnification du monde par la Régulation (Cass. R. Sunstein)

**I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES**

**A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE**

2. La neutralisation du Monde par le Droit de la concurrence *versus* le Droit de la Régulation

- **Le besoin de durée**
- La jonction entre Régulation et politique industrielle/ Le « contrat de régulation » : Poste / ADP.
- **Le danger**
  - à l'intérieur des objets
    - Sécurité dans les transports
  - À l'extérieur des objets
    - Le risque systémique
- **Le lien**
  - À l'intérieur du secteur
    - Les commissions interbancaires
    - Les plateformes
  - A l'extérieur du secteur
    - L' « inclusion bancaire »
    - L'environnement : régulation ?

## I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

## B. LES ÉLÉMENTS COMMUNS AUX DIVERS OBJETS TECHNIQUES RÉGULÉS

1. Les éléments techniques communs dans la diversité des objets techniques régulés

- Le « besoin » de vie :  
Régulation (ou non ?) de la santé
- Le besoin de beau :  
Régulation (ou non ?) de la culture

- Plus encore ? Le besoin d'enfant ?  
Régulation (ou non ?) de la Maternité pour autrui

- Tout besoin est-il un « droit » ?

- Le besoin de savoir : le « droit de savoir » ? Éducation ? Shareholder ?  
Droit d'accès aux documents administratifs ? Affaire *Crédit Mutuel*.

## I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

## B. LES ÉLÉMENTS COMMUNS AUX DIVERS OBJETS TECHNIQUES REGULÉS

2. Les soucis portés par l'objet technique « regardé »



- Défaillance ou souci **définitifs**
- Un régulateur définitif
- Des mandats longs ?
- Le luxe d'un cadre juridique ex ante et stable
  - Articulation avec l'innovation qui privilégie l'ex post au titre non plus de la « concurrence », mais de « l'expérimentation »
  - Régulation « à l'américaine »

## II. LES CONSEQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

### A. LES CONSÉQUENCES COMMUNES A TOUS LES OBJETS

#### 1. Une régulation permanente

- Une unicité nouvelle autour des « risques » :
  - indépendante des secteurs
    - Banque / énergie
  - Indépendante de la distinction droit public / droit privé
  
- Une unicité nouvelle du régulateur :
  - régulateur « fiduciaire »
  - Régulateur visible et reconnu
  - Régulateur en réseaux
  - « Interrégulation » pour suivre les risques (Europe)

## II. LES CONSEQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

### A. LES CONSÉQUENCES COMMUNES A TOUS LES OBJETS

#### 2. Une gestion des risques par le Régulateur

- Suivant le regard porté, l'objet technique devient politique ou non
- Composition des Autorités de Régulation :
  - parlementaires ou non (CNIL – CSA – ARCEP)
  - Membres du secteur ou non (AMF)
  - Conception de « l'indépendance »

**II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES**

**B. LES CONSÉQUENCES DIVERGENTES SELON LES REGARDS PORTÉS SUR LES OBJETS**

1. La constitution des autorités de régulation

- Suivant le regard porté, l'objet technique devient politique ou non

**II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES**

**B. LES CONSÉQUENCES DIVERGENTES SELON LES REGARDS PORTÉS SUR LES OBJETS**

**2. Décisions nationales ou supranationales de régulation**

- Situation « géographique » :  
Zone de construction politique  
ou contours des marchés

- La « sécurité financière »
- « Loi de transparence et sécurité financière », 2003
- Etablissement de l'Union bancaire, 2014
- La régulation financière, bastion avancée du Droit commun de la Régulation
  - Sécurité des produits
  - Sécurité des personnes
  - Sécurité des systèmes
    - Conception américaine : régulation par la seule information des personnes + les mettre en aptitude à agir (Sunstein) = droit de saisir les « Autorités »

### III. LE DROIT DE LA REGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »

#### A. LA DÉTERMINATION DES PRINCIPES QUI PEUVENT EN ÉQUILIBRE DÉFINITIF ET INSTABLE FACE AU PRINCIPE DE CONCURRENCE

1. L'équilibre entre principe de concurrence et principe de sécurité

- « Humaniser la régulation »
- Le « service du public »
- Les « générations futures »
- Le « citoyen-consommateurs »
- La question des droits de l'homme
- **Quid de l'espace numérique ?**

### **III. LE DROIT DE LA REGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »**

#### **A. LA DÉTERMINATION DES PRINCIPES QUI PEUVENT EN ÉQUILIBRE DÉFINITIF ET INSTABLE FACE AU PRINCIPE DE CONCURRENCE**

2. L'équilibre entre principe de concurrence et principe d'humanité

- L'accès n'est pas un droit en Droit de la concurrence
- Il est un « droit » en Droit de la Régulation
- Le droit d'accès au réseau versus l'abus de domination dans le prix dans les facilités essentielles
- Le « prix équitable »
- Le contentieux de l'accès
- Le « droit d'accès à l'information »

### **III. LE DROIT DE LA REGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »**

#### **B. LE DEVELOPPEMENT PAR LE DROIT DE LA REGULATION DE MECANISME PROPRE 0 ETABLIR ET MAINTENIR CET EQUILIBRE**

##### **1. Le principe d'accès**

- Le détenteur de l'information doit la « porter » à celui qui en a besoin
  - Qui a l'information ?
  - Qui en a besoin ?
- Le lien entre « Régulation » et technique de *Compliance*
- Du « droit à l'information » au « droit à l'aptitude à utiliser l'information »
  - Comprendre l'information : obligation d'éduquer les parties prenantes ?
  - Donner aux parties prenantes les droits « processuels » nécessaires ?

### **III. LE DROIT DE LA REGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »**

### **B. LE DEVELOPPEMENT PAR LE DROIT DE LA REGULATION DE MECANISME PROPRE 0 ETABLIR ET MAINTENIR CET EQUILIBRE**

#### **2. Le principe d'information portable**



## C. QUI TIENT LE FLEAU DE LA BALANCE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET LES AUTRES PRINCIPES ?

1. Le régulateur
2. Le juge
3. Le gouvernement parce qu'il est légitime à faire les choix ?
4. Les États-Unis parce qu'ils ont la force
5. Les britanniques parce qu'ils ont pensé les règles du jeu ?
6. Les opérateurs parce qu'ils font avancer les secteurs ?