

Droit commun

&

Droits sectoriels de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 5

Géographie & Régulation

23 février 2016

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

L'Etat : un **territoire**, un peuple, des institutions

- **Hannah Arendt**, mais aussi Louis-Ferdinand Céline
 - 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

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 APORÉTIQUES 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

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES 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 « doctrine institutionnelle »

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES 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 »

- 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 APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

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

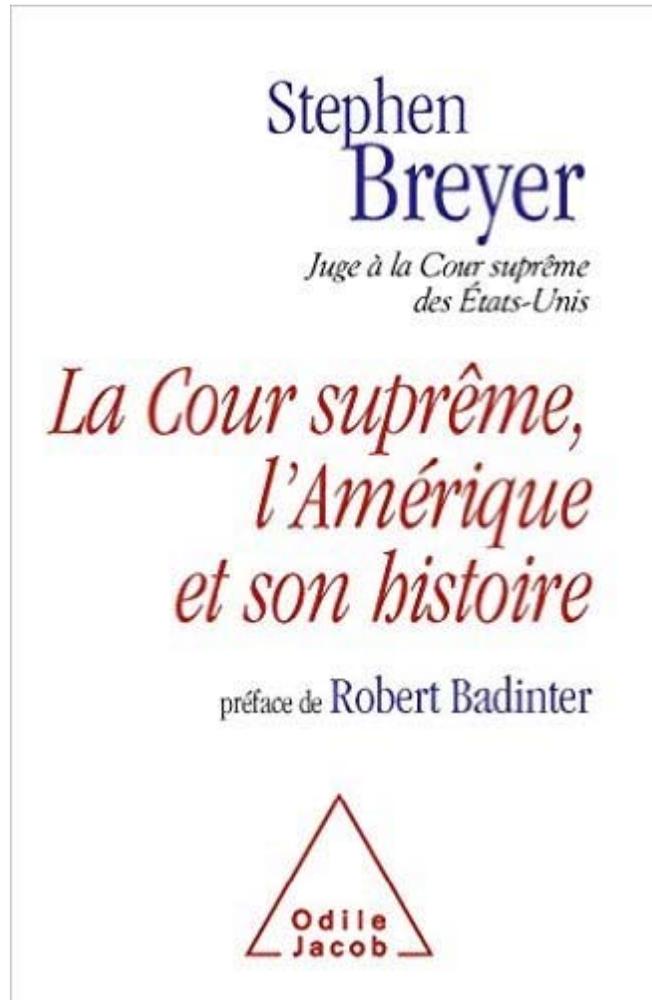
- Application critiquable de la répression des manquements en-dehors de son territoire
- Rappel des principes par la Cour suprême des Etats-Unis
- *Supreme Court, Morrison v/ National Australia Bank, 24 juin 2010*
- Cour fédérale : compétence américaine saisie d'une class action entre parties non-américaines 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 APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

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

- La position de *Justice Breyer* (2011)

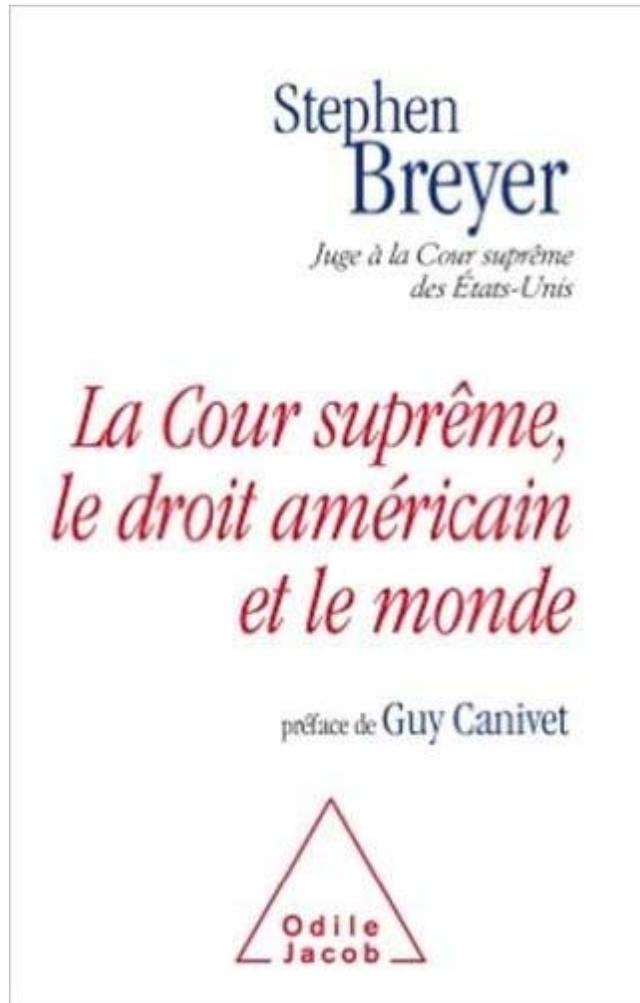


I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

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

- La position de *Justice Breyer* (2015)



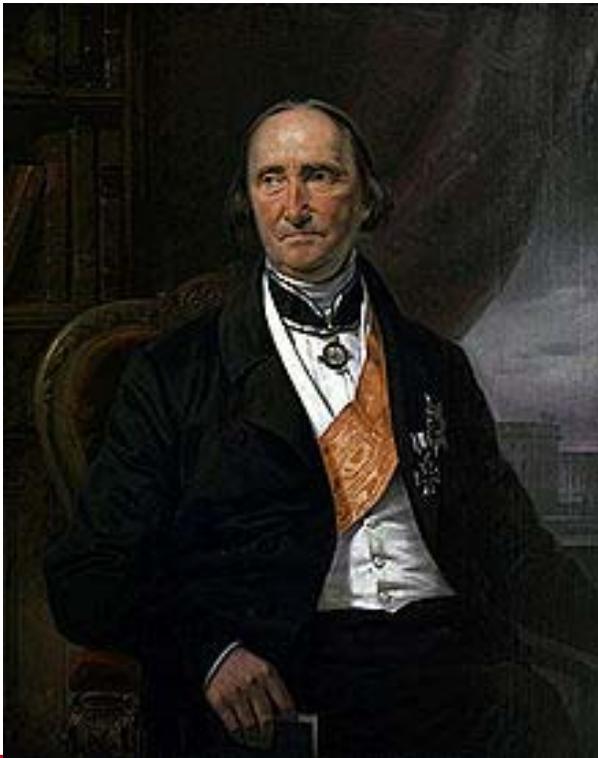
I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

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

- Discussion Posner / Breyer

Et si l'on reparlait de Savigny ?



I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

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

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 APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

1. La « tyrannie » des objets

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 APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

1. La « tyrannie » des objets

Le statut juridique de « l'habileté juridique »

- Sanction de la fraude
Mais
- Tolérance pour les « optimisations juridiques »
Et
- Viva pour les « stratégies d'efficacité juridique »

Que peut-on reprocher à *Google* ?

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

2. L'habileté des « opérateurs »

Le principe de liberté des opérateurs

- La régulation est une théorie libérale
- Les opérateurs sont par principe libres
- La mobilité est une manifestation de leur liberté : trois libertés de l'Union européenne
- Notion inconnue en droit de « patriotisme économique »
- Cons. Const., 18 mars 2014 Loi *visant à reconquérir l'économie réelle*
- Mais il faudra donc réguler soit en empêchant l'accès au territoire : Décrets de contrôle des « investissements étrangers »
- Soit en allant au-delà de l'espace national

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

2. L'habileté des « opérateurs »

- **Le cas Péchiney /Triangle**
- **Le cas BNPP**
- L'habileté de l'absence de personnalité morale des succursales locales
- L'habileté de la puissance monétaire
- L'habileté de la distinction de l'étatique (N.Y.) et du fédéral
- L'habileté de l'indépendance du régulateur
- L'habileté de l'absence de juge (Compliance + *settlement*)
- **Qu'est-ce que la « globalisation » ?**
- **Le frisbee**
- Utilité de la réglementation ?

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

3. « Habileté sur Habileté » vaut-elle ?

- La régulation est « performative »
 - Peut-on ne pas parler anglais ?
 - C.E., 20 décembre 2000, *Géniteau*
- La régulation construit les objets
 - Cadre *ex ante*
- Affrontement des discours
- « Dialogue », « concerts », « cacophonie », « chef d'orchestre »
 - Exemple des dialogues entre
 - Cours constitutionnelles et Cours européennes (affaire *in bis in idem*)
 - Exemple d'affrontements entre cours européennes et cours américaines : Safe harbor et Privacy Shield

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

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

2. La flexibilité des buts pour ployer l'espace



II. LES PERSPECTIVES DE DÉPASSEMENT DE L'APORIE ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA CONSTRUCTION DE RÉGIONS INTEGRÉES DE POIDS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS SUFFISANTS : L'EUROPE

1. La construction de l'Europe par le Droit

- L'organisation par la hiérarchie
 - La double pyramide kelsénienne
 - Les juges, gardien de la double pyramide
 - *Qui est gardien du gardien ?*
 - Les juges, maîtres du système
 - CEDH versus CJUE ?
- L'organisation par le flot de discussions
 - Le modèle Lamfalussy
 - Le CESEAR, le bien-nommé
 - La comitologie
 - Les observatoires

II. LES PERSPECTIVES DE DÉPASSEMENT DE L'APORIE ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA CONSTRUCTION DE RÉGIONS INTÉGRÉES DE POIDS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS SUFFISANTS : L'EUROPE

1. La construction de l'Europe par le Droit

- L'Europe de l'Union européenne qui réglemente à fin de libéraliser
 - Energie
 - Ferroviaire
 - Poste
- L'Europe des droits de l'Homme qui attaque les États pour libérer les individus
 - Protection sociale
- L'Europe de la Régulation en germe dans la Zone Euro
 - Union bancaire
- Quid de l'Europe des marchés financiers ?

II. LES PERSPECTIVES DE DÉPASSEMENT DE L'APORIE ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA CONSTRUCTION DE RÉGIONS INTEGRÉES DE POIDS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS SUFFISANTS : L'EUROPE

2. La construction secteur par secteur

- L'Europe a été pensée sur une « pensée française »
- Va-t-elle sur un modèle anglais ?

II. LES PERSPECTIVES DE DÉPASSEMENT DE L'APORIE ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA CONSTRUCTION DE RÉGIONS INTEGRÉES DE POIDS ÉCONOMIQUES ET FINANCIERS SUFFISANTS : L'EUROPE

3. La construction européenne et la perspective *Civil Law & Common Law*

**II. LES PERSPECTIVES DE
DÉPASSEMENT DE L'APORIE
ENTRE RÉGULATION ET
GÉOGRAPHIE**

**B. LA PORTÉE DU DROIT PLUS
GRANDE QUE LA PORTÉE DU
POLITIQUE**

2. Portée du Droit et enjeux de
Régulation

Régulation

Régulation, « complément » de l'objet technique

Raison forte d'infléchir la technicité des objets

Raisons fortes exprimées par le Politique pour le futur du groupe social