

Marie-Anne Frison-Roche

Concevoir «le droit de la régulation» à Dauphine

Creating Regulation Law at Dauphine

When I was professor of Economic Law in Dauphine University between 1996 and 2001, Professor Ivar Ekeland asked me to cooperate to a collective work about the tariffication of the infrastructure network access. At the beginning I refused to do it because in France these sort of questions are studied by specialists of Public Law and I was only professor of Private Law. But for my colleagues, who are professor of Economics, Finances or Mathematics, this distinction so important in my field seemed irrelevant; therefore I have been forced to work on the legal rules applicable on regulated sectors, such as Energy, Transport or Post which are in Public Law, and not only on Financial and Banking Regulatory Law as I had done before (these fields belong to Private Law in a classical way). Because we were friends, they asked me to understand the logic of Law and I tried to explain it, not to submit it under their own fields, by linking Law and regulatory mechanisms, not in a Law & Economics perspective, which is only an economic conception, but in a very truly interdisciplinary work. This was how I wrote an article, «Le Droit de la régulation», in respect of Law and Regulation, above Private Law and Public Law. Thanks to Dauphine, Thanks to my dear Colleagues.

✦ Merci de l'honneur et de cette bonne occasion que constitua pour moi cette proposition d'écrire une présentation d'un article ou d'une innovation illustrant mon activité de recherche lorsque j'étais professeur à Dauphine. Les auteurs de cette offre ont suggéré la monographie parue en 2001 au Recueil Dalloz : Le Droit de la Régulation.

Faudrait-il le résumer, sorte de fiche de lecture pour dispenser le lecteur de lire l'article-même, rappelant la structure et les idées ? Cela reviendrait avant tout de dire du bien de soi-même pour suggérer que oui c'était une bonne idée de proposer une branche du Droit qui s'appellerait ainsi. Et de rappeler certes toutes les critiques qui s'en suivirent, sur l'inadéquation de la définition proposée, mais les critiques ne sont jamais qu'une variation de l'hommage.

Je voudrais plutôt raconter pourquoi c'est bien parce que j'étais à Dauphine et non ailleurs que j'ai publié cet article-là. Il en est l'aboutissement. Merci, Dauphine. Merci à l'Institut de Finance et aux professeurs du départ inconnus de moi et pour lesquels j'étais aussi une inconnue. Dauphine, lieu merveilleux mêlant des inconnus ayant pour principe de s'adresser la parole sans rien savoir les uns des autres.

Car c'est une grande chance d'arriver dans un endroit qu'on ne connaît pas. Je suis entrée à Dauphine un peu par hasard et je n'y étais pas familière. Quand j'ai croisé pour la première fois le Président Ivar Ekeland dans un couloir, je ne savais pas qui il était et il m'a accueillie en ces termes : « nous avons toujours plaisir à accueillir dans nos murs une jeune maître de conférences, bienvenue ! ». Arrivant d'un monde où le concours d'agrégation est au centre du système et des conversations, cela m'a permis de comprendre que dans ces murs-là le codage de l'Alma Mater juridique n'existait donc pas.

Et puis, Ivar Ekeland eût besoin de forces de travail pour son Institut de finance. Dans une première réunion où j'étais la seule juriste, j'ai vécu une expérience qui m'a conduite à associer deux choses : le Droit d'un côté et la Régulation de l'autre, sans pouvoir y appliquer le savoir juridique comme première trame, parce que ce savoir-là n'était pas compréhensible par mes collègues, notamment pas la distinction du Droit public et du Droit privé. J'ai dû le faire en raison de leur ignorance et j'ai pu le faire parce qu'ils n'ont pas imposé pour autant leurs propres matières, qu'ils demandaient à en savoir plus, qu'il me fallait expliquer la logique juridique, laquelle fut reçue non pas en hiérarchie mais en amitié. Le « Droit de la régulation », équilibre entre le Droit et la Régulation, dans lequel aucun ne dévore l'autre, en a résulté.

L'on cherche d'une façon d'autant plus fructueuse que l'on est entouré de personnes qui ne connaissent pas votre matière technique : l'Institut de Finance de Dauphine.

Christian Stoffaës dirigeait une étude sur la tarification d'accès aux réseaux de transport d'électricité. Étaient aussi présents Jean-Marie Chevalier et Ivar Ekeland. Je ne voyais pas ce que j'avais à dire sur cette question,

50 ANS DE RECHERCHE : IEREN, AUJOURD'HUI ET DEMAIN

110

PIERRE DAUPHINE

ayant pour ma part fait une thèse en procédure civile, pénale et administrative et écrivant notamment en droit processuel financier, car le droit bancaire et le droit des sociétés cotées relèvent du Droit privé et je suis agrégée de droit privé.

Mais Ivar se tourna vers moi et dit « Le droit dit quelque chose sur les tarifs d'accès, c'est donc Marie-Anne qui va s'en occuper ». J'ai immédiatement répondu : « Non, je ne le peux pas ». Sommée de me justifier, j'ai expliqué que cela concernait des questions de service public, avait donné lieu à de la jurisprudence du Conseil d'État, que des agrégés de droit public en étaient spécialistes.

Ils ne savaient pas qu'il existe en France deux agrégations, l'une de Droit public et l'autre de Droit privé, que le droit des tarifications d'accès tombait par une sorte d'effet de nature dans le jardin des spécialistes du droit public, le « droit de l'électricité » relevant de celui-ci, et ce d'autant plus qu'EDF est une entreprise publique. Public, public, public. Mais pour eux, trêve de bavardage, il fallait rendre une étude dûment commandée dans laquelle le Droit avait sa part. C'est ainsi que j'ai commenté à travailler non plus seulement sur la régulation bancaire, financière et assurantielle mais encore sur les secteurs électriques, des transports, des télécommunications, etc.

Simplement parce qu'ils n'avaient pas fait d'études de droit et n'avaient pas répondu à cette question de préséance que nous nous posons le plus souvent entre juristes : « Est-ce du Droit public ou est-ce du Droit privé ? ». Ce faisant, ils m'en ont libérée. Merci.

Pendant quatre années, j'ai travaillé chaque jour davantage sur des questions sectorielles, sans plus passer par les fourches caudines des classifications juridiques, en demeurant dans le droit technique - car la sociologie quant à elle associe régulation et réglementation (comme continue de le faire l'analyse économique du droit) et les travaux en la matière portent plutôt sur les formes de l'État moderne. Il m'est apparu que toutes les difficultés sectorielles étaient qualifiées de la même façon, étaient l'objet d'un même raisonnement (le raisonnement téléologique), étaient centrées sur une autorité spécifique : l'autorité de régulation exprimant l'opposition entre la régulation Ex Ante et la concurrence Ex Post, que la Régulation bancaire ressemble à la Régulation énergétique, alors que celle-ci ne ressemble pas à la régulation des télécommunications.

Il existait donc un Droit de la Régulation. À la fois commun à tous les secteurs et ne relevant pas seulement du juge administratif, un Droit à la logique juridique Ex Ante issu des défaillances de marché, un Droit distinct du Droit de la concurrence, voire opposé à celui-ci. Dans cet ensemble, les rapprochements sectoriels faits par les juristes, comme celui entre les télécommunications et l'énergie, ont peu de pertinence, alors que tant de points de contact existent entre l'assurance et l'énergie. Mais c'est bien le Droit public qui unifie en façade les deux

premiers alors que la parenté des seconds (qui est le risque) est masquée du fait que l'assurance relève du droit privé et l'énergie du droit public.

Ce Droit de la Régulation n'était pas très nettement apparu sans doute parce qu'il n'y avait eu assez de hasard pour conduire des mathématiciens de la finance, des ingénieurs et des économistes de l'énergie, à mettre dans le même shaker des réalités différentes et pour en faire sortir des points de contact et des éléments communs à force de ne pas se comprendre, d'en prendre conscience et de demeurer pourtant à la même table de travail avec une juriste interdite de se prévaloir de cette hémiplegie consistant à ne connaître qu'une partie du Droit.

Dans ces discussions qui ont duré plusieurs années, il est apparu que les Droits secteurs ne peuvent certes pas se fonder les uns dans les autres mais que le Droit de la Régulation agit avec le même effet de ciment que le fait l'Économie de la Régulation, et que si l'on ne constituait pas une branche du Droit, branche qui ne soit dépendante ni dans le Droit privé ni dans le Droit public, alors cela sera un autre système juridique qui l'accueillera. C'est sans doute pour cela que les travaux des économistes désignent si souvent la Common Law comme le Droit qui conviendrait le mieux aux secteurs régulés.

Il m'a semblé que l'on pouvait soutenir le contraire. En effet, le Droit de la Régulation est conforme à la tradition du système romano-germanique. Il est appuyé sur un pouvoir d'établissement des règles Ex Ante avec des principes clairs et nets. S'ils sont de nature téléologique, c'est bien sûr des principes que ce Droit est construit. De nombreuses règles techniques sont propres aux secteurs car c'est un Droit qui sort des objets-mêmes : le téléphone, le rail, l'électricité, l'argent, le titre coté, le médicament, etc. Mais cela appelle justement la nécessité d'une interrégulation entre la banque, la finance, les télécommunications, etc., ce à quoi je consacrais la dernière partie de l'article ici présenté en 2007. Ainsi ce mécanisme d'interrégulation permettrait d'appréhender des phénomènes comme le numérique, qui comme la finance a tant recouvert le monde qu'on doit hésiter à le qualifier de secteur.

Cette articulation entre un Droit général de la Régulation, construit sur des principes clairs et une méthode unique de la téléologie, avec une interrégulation sur des secteurs dont la technicité propre était ainsi préservée et dépassée, est l'architecture classique du Civil Law.

L'on cherche d'une façon d'autant plus fructueuse que l'on est entouré d'amis : Ivar, Jean-Marie, Christian, Maurice et les autres.

C'est Jean-Marie Chevalier qui m'a suggéré d'écrire cet article sur « Le Droit de la régulation », parce qu'il ne retrouvait pas trace de la part juridique de nos discussions dans les écrits qu'avec soin (dans tout professeur demeure un étudiant), il lisait dans les revues

sur le Droit de l'énergie. Et nous avons écrit ensemble de très nombreux articles, notamment sur la libéralisation de ce secteur par le Droit communautaire.

C'est avec Maurice Nussenbaum que j'ai écrit d'autres articles sur le Droit de la régulation financière et notamment pour mesurer l'articulation à faire entre les différents types de marché financier ou pour peser le rapport entre le juge judiciaire et le marché boursier.

C'est avec Christian Stoffaes que j'ai intégré la commission qui, sous la présidence de Renaud Denoix de Saint-Marc, a élaboré une définition du service public.

C'est avec Ivar Ekeland que j'ai fait la connaissance de Jean-Jacques Laffont, avec lequel j'ai rédigé un rapport pour la Cour des comptes sur la façon dont celle-ci pourrait évaluer les autorités de régulation, en reprenant notamment le principe téléologique et la mesure d'efficacité.

Nous avons pu faire cela parce que nous étions et sommes demeurés amis.

Entre amis, il n'y a pas une discipline-mère, qui aurait été la finance ou l'économie, et des disciplines servantes, qui auraient été le droit, ou la sociologie, apportant juste leur écot. Ivar, Christian, Jean-Marie, Maurice n'ont jamais demandé cette allégeance, qui est si souvent requise lorsque l'on travaille non pas entre l'Économie et le Droit mais en Law & Economics.

Chacun demeure pourtant ancré. Cela est nécessaire pour se parler. Ainsi, lorsqu'il s'est agi de poser les principes du Droit de la Régulation, c'est-à-dire son but, chacun a pensé dans sa discipline. Jean-Marie Chevalier et Christian Stoffaes évoquant plutôt la sécurité et l'autonomie énergétique. Ivar Ekeland et Maurice Nussenbaum, plutôt la prévention de la défaillance systémique des marchés bancaires et financiers. Pour ma part, sans doute en souvenir de ma thèse sur « Le principe du contradictoire et les droits de la défense », j'ai plutôt pensé que la finalité du Droit de la régulation tenait dans le souci des êtres humains.

C'est cela le travail entre amis, discuter en tenant d'une façon égale ses positions. C'est grâce à ce travail que j'ai pensé au Droit de la régulation.

Aujourd'hui l'on m'explique souvent que le Droit de la Régulation serait une branche spéciale du Droit public français, qui aurait toujours été implicitement présente dans celui-ci, tandis que les spécialistes de droit privé auraient suffisamment à faire avec le Droit de la régulation bancaire et financière. C'est possible.

Il ne faut pas s'épuiser dans ce que l'on pourrait appeler des batailles de branches.

Pour ma part, ayant constaté que les buts monumentaux des Régulations que nous avions signalés entre amis ont

Marie-Anne Frison-Roche

été internalisés dans certaines entreprises en position de les concrétiser, je construis aujourd'hui une autre branche du Droit : le Droit de la Compliance.

Le Droit de la Compliance est le prolongement du Droit de la Régulation, un Droit global d'une nouvelle sorte, déjà là et encore peu conçu pour lequel un vocabulaire nouveau doit être trouvé et des catégories établies, sans pleurs pour des distinctions anciennes qui obscurcissent la vision. Et peut-être que je rencontrerai un jour d'autres merveilleux amis ignorants de ma matière pourront me nourrir de leur non-science.

Merci à eux, merci Dauphine.

