

# LA TRANSFORMATION DES CHAMPS ET DES AUTORITÉS DE RÉGULATION

## LES NOUVEAUX CHAMPS DE LA RÉGULATION

Marie-Anne FRISON-ROCHE

*Professeur des Universités à Sciences Po  
Directeur de la Chaire Régulation*

Le sujet donné consiste à déterminer les nouveaux phénomènes, les nouveaux objets, les nouvelles organisations, qui sont désormais régis par des mécanismes de régulation alors qu'ils ne l'étaient pas antérieurement, ou pas de cette façon-là. Il peut aussi s'agir de repérer les phénomènes qui ne subissent pas encore ces régulations, mais que l'on commence à penser en ces termes, pour lesquels on songe notamment à créer un régulateur, comme on est en train de le faire pour le secteur postal, comme on l'envisage pour la sécurité alimentaire.

Par définition, parler de « nouveaux champs de la régulation » postule l'entropie de la régulation, l'accroissement de l'assiette de son emprise. C'est pourquoi, implicitement, le sujet part d'une conception restrictive de la régulation<sup>1</sup>, ne l'associant pas à l'ensemble des mécanismes qui rééquilibrent des intérêts contradictoires, large conception à laquelle se réfère notamment la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001<sup>2</sup> et qui renvoie aux définitions très larges de régulations concrétisant des

1. Sur les multiples définitions, parfois étrangères les unes aux autres, parfois contradictoires les unes avec les autres, que peut recevoir la régulation, ce qui nécessite toujours de poser ce dont on parle avant d'en parler, v. Jeammaud (A.), « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in Martin (G.) et Clam (J.) (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et Société »), 1998, pp. 47-72.

2. Sur cette loi, v. par ex. Bandrac (M.) et Dom (J.-P.), *Loi NRE et autres réformes — Réflexion et solutions pratiques en droit des sociétés*, Joly, 2002 ; Bonneau (Th.) (dir.), *Nouvelles régulations économiques*, Paris, Litec, 2002 ; *La loi NRE et le droit des sociétés*, Paris, Montchrestien, 2003. Le plus souvent, les commentateurs ne prêtent aucune cohérence à cette loi qui juxtapose des dispositions pointilleuses. Pour une conception plus proche de cette définition de la régulation comme rééquilibrage des pouvoirs, ce qui rend davantage hommage à la cohérence du texte, v. Frison-Roche (M.-A.), « Droit du travail et droit des sociétés : l'unité de la régulation des pouvoirs dans l'entreprise », in *Regards croisés sur le droit social*, Semaine Sociale Lamy, suppl. n° 1095, octobre 2002, pp. 49-51.

préoccupations sociales ou écologiques dans l'organisation économique<sup>3</sup>, ou encore à l'ensemble des politiques publiques<sup>4</sup>. Le point de départ est ici plus étroit et renvoie plutôt aux mécanismes complexes qui organisent les secteurs régulés. Le lien premier est alors celui qui rattache une régulation à un secteur : à chaque secteur, sa régulation<sup>5</sup>.

La régulation apparaît alors comme un appareillage juridico-économique utilisé pour construire un secteur et maintenir en son sein des équilibres, émergence et permanence qui ne peuvent advenir par les seules forces du marché, c'est-à-dire par le seul goût de la compétition d'entreprises pourtant libres de se livrer à celle-ci<sup>6</sup>. La régulation peut alors être le moyen de faire advenir une concurrence effective lorsque la simple abolition des droits exclusifs naguère conférés à des monopoles ne suffit pas. Elle peut encore viser à maintenir un secteur dans un équilibre entre un principe de concurrence et d'autres principes. Ceux-ci sont alors des principes qui ne sont pas nécessairement induits de la concurrence, par exemple la sécurité des produits, voire sont étrangers au dynamisme concurrentiel. C'est le cas de la prévention du risque systémique dans la régulation du secteur bancaire, ou de la protection du pluralisme démocratique des opinions dans la régulation de l'audiovisuel. Il peut encore s'agir de principes contradictoires avec le principe de concurrence, comme le droit de chacun à un bien essentiel obligeant à satisfaire des demandeurs insolubles, comme on l'observe dans la régulation de l'énergie<sup>7</sup>.

Ces éléments de base de la régulation ont été difficiles à établir, notamment parce qu'ils traduisent une autre conception que celle portée en France par la notion de service public<sup>8</sup>. Ils demeurent encore discutés, et âprement. Pourtant, comme si le sujet un

3. Ce à quoi correspondent les théories sociologiques de la régulation, c'est-à-dire des équilibres sociaux (v. not. Commaille (J.) et Chazel (F.) (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, LGDJ (coll. « Droit et Société »), 1991). Cela renvoie aussi à la théorie économique que l'on désigne parfois comme « l'école française de la régulation », que reflète notamment la série de *L'Année de la régulation* (pour une très claire et instructive présentation de cette conception de la régulation, on se reportera à l'étude de Robert Boyer : « L'après-consensus de Washington : institutionnaliste et systémique ? », in *L'Année de la Régulation. Économie, institutions, pouvoirs*, vol. 5, 2001, pp. 13-56). Il est d'ailleurs admissible de concevoir la régulation des relations sociales sur le modèle des régulations de secteur, mais il s'agit alors de procéder par analogie et non par englobement, ce qui ne produit pas les mêmes effets (sur cette possible analogie, v. Frison-Roche (M.-A.), « Le besoin conjoint d'une régulation analogue des relations sociales et des marchés globalisés », in *L'avenir du travail, de l'emploi et de la protection sociale. Les dynamiques de changement et la protection des travailleurs*, Paris, Institut international d'études sociales, 2002, pp. 175-189).

4. Dimension qu'exprime le vocable anglais de *regulation*, qui vise la réglementation. Sur la confusion regrettable que cela peut engendrer, en raison de l'homonymie entre le terme anglais (*regulation*, c'est-à-dire « réglementation ») et le terme français (régulation, c'est-à-dire maintien d'équilibre par de multiples outils, au sein desquels la réglementation figure parmi d'autres), v. Frison-Roche (M.-A.), « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, chron., pp. 126-129.

5. Du Tertre (Ch.), « La dimension sectorielle de la régulation », in Boyer (R.) et Saillard (Y.) (dir.) *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, Paris, La Découverte (coll. « Recherches »), 2002, pp. 313-322.

6. Sur cette conception, v. Frison-Roche (M.-A.), « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., pp. 610-616. Sur sa discussion, v. Boy (L.), « Réflexions sur le « droit de la régulation » (À propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, chron., p. 3031 s.

7. Sur la notion troublante de « droit à l'électricité », issue de la loi du 10 février 2000 sur le service public de l'électricité, v. Frison-Roche (M.-A.), « Droit de l'énergie, droit à l'énergie », in *La Revue de l'Énergie, numéro anniversaire 50 ans*, sept. 1999, pp. 615-618. Sur l'idée plus vaste d'une sorte de « droit au service universel », Sauron (J.-L.), « L'ouverture des services publics à la concurrence : le retour de Colbert ? », *D. A.* 1997, chron. (pp. 588-595), p. 591. D'une façon plus générale encore, sur l'évolution du système juridique qui multiplie non seulement les « droits de », mais encore les « droits à », v. Cohen (D.), « Le droit à... », in *L'avenir du droit*, Mélanges pour François Terré, Paris, Dalloz-PUF-Jurisclasseurs, 1999, pp. 393-400.

8. Dans une littérature considérable, on peut plus particulièrement se reporter à : Chevallier (J.), *Le service public*, 5<sup>e</sup> éd., PUF (coll. « Que Sais-je ? »), 2003 ; Denoix-de-Saint-Marc (R.), *Le service public*, Rapport au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 1996 ; v. aussi Stoffaës (Ch.), *Services*

instant tenu s'écoulait de nouveau entre les doigts, les contours de la régulation sont en train de bouger, non pas dans les débats que l'on peut avoir à leur propos, mais bien dans la réalité du droit positif. Si l'on recherche une cause première de cette évolution, on découvre que les contours de la régulation sont en train de changer parce que l'objet de la régulation est en train de changer.

En effet, la conception instrumentale inhérente au droit de la régulation, qui prend ses principes dans les fins qu'il poursuit, méthode commune au droit de la régulation et au droit de la concurrence, implique qu'une inflexion dans les buts visés non seulement modifie les instruments et leur maniement, mais encore les contours même du corps de règles, d'institutions et de décisions, qui n'ont de sens que tirées par les fins. Or, pendant quelques décennies, que l'on parte du marché concurrentiel pour insérer en son sein d'autres principes, ou que l'on parte du droit des services publics pour insuffler de la concurrence dans l'organisation, la régulation a porté sur une balance entre le principe de la concurrence et d'autres, les réflexions portant davantage sur le dosage que sur les termes de cet équilibre.

Pourtant, diverses crises qui ont frappé dernièrement les systèmes de régulation, par exemple la crise de la régulation énergétique dans l'État de Californie<sup>9</sup> ou en Italie, les difficultés financières d'opérateurs dominants dans le secteur des télécommunications, ou la crise lente mais sûre de la régulation du secteur financier<sup>10</sup>, ont changé les termes de la balance : celle-ci ne s'opère plus nécessairement entre la concurrence et d'autres choses, mais peut s'articuler entre la prévention des risques de systèmes et d'autres choses. La concurrence qui était le terme principal de l'équation, par rapport auquel les autres principes s'agencent, pourrait bien passer au rang d'une des considérations qui peuvent exister en équilibre avec l'essentiel de la régulation, qui serait alors la prévention des risques.

Si l'objet principal de la régulation devient la prévention des risques à la place ou à côté de la concurrence, alors la régulation peut trouver de nouveaux champs. Il ne s'agit pas ici de lister les secteurs mais plutôt de dégager trois mouvements qui, par leur logique respective, offrent de nouveaux territoires à la régulation. En premier lieu, des secteurs antérieurement soustraits à la régulation vont être repensés en ces termes. En deuxième lieu, ce ne sont plus tant les secteurs en eux-mêmes qui seront régulés mais bien plutôt l'accès à ces secteurs. Nous entrons dans un système de régulation des octrois. En troisième lieu, les régulations prennent des contours qui parfois excèdent ceux du secteur, ou au contraire se resserrent en-deça. L'interrégulation devient alors cruciale.

*publics, question d'avenir*, Paris, La Documentation française/Odile Jacob, 1995 ; Nicolas (M.) et Rodrigues (S.), *Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe*, Paris, ISUPE, 1998.

9. Sur la démonstration selon laquelle il s'agit bien d'une crise de la régulation avant d'être une crise économique, parce que la pluralité des acteurs a suscité leur collusion au lieu de les mettre en compétition, v. Glachant (J.-M.), « La crise californienne, démonstration de la défaillance du système de régulation », in *La cohérence des systèmes de régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-Po, Dalloz (coll. « Droit et Économie de la Régulation ») (à paraître).

10. Cette crise de l'information et de la fiabilité de l'information, a débuté avec l'Affaire Enron et continue de se creuser sans pour autant se traduire par des catastrophes ; la crise de régulation ressemblant en cela aux « kraks mous » qui atteignent désormais les titres boursiers. Malgré la fulgurance de la loi *Sarbanes-Oxley* adoptée aux États-Unis en août 2002 et la loi française de sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003, la reconstruction normative s'opère, elle aussi, lentement (parmi une littérature abondante, v. par ex. Frison-Roche (M.-A.), *Les leçons d'Enron*, Paris, Autrement, 2003 ; Mistral (J.), De Boissieu (Ch.), Lorenzi (J.-H.), *Les normes comptables et le monde post-Enron*, Paris, Conseil d'analyse économique, La Documentation française, 2003).

## LES SECTEURS REPENSÉS EN TERMES DE RÉGULATION

Cela explique que des secteurs qui étaient en quelque sorte sortis des mécanismes de régulation, ceux-ci ayant été mis en place pour y insuffler de la concurrence, sont en train de revenir dans la sphère des régulations ; car si la concurrence a été installée, les risques n'ont pas été cernés et maîtrisés pour autant. Le transport aérien en offre l'exemple. En effet, l'ouverture à la concurrence a été un succès, même si demeurent fortement régulées les facilités essentielles que constituent les aéroports. Pourtant, la régulation du transport aérien va reprendre de plus belle à travers les thèmes de la sécurité des avions, des trajets, etc. L'observation du secteur a en effet montré que la concurrence sur le prix a fini par entamer l'effectivité des normes de sécurité. En outre, celles-ci ne peuvent pas ne pas être communes à l'ensemble du secteur, lequel est désormais global, ce qui conduit à faire passer le secteur d'un système international principalement construit sur des engagements bilatéraux, à des mécanismes normatifs véritablement globaux <sup>11</sup>.

À travers cet exemple, on mesure non seulement que la régulation peut revenir dans un secteur dont elle s'était retirée ; retrait justifié par le fait que l'organisation monopolistique et de service public avait fait place à une plénitude concurrentielle, retour fondé sur un souci de sécurité que la concurrence n'a pas préservé, voire a mis à mal. Dès lors que la régulation n'a plus pour fin la maturation concurrentielle du secteur, fin qui permettait une régulation conçue comme temporaire et, en conséquence, rendue inutile par sa réussite, elle devient définitive. Plus encore, la régulation, contrairement au droit de la concurrence, va intégrer non pas tant le type de propriété du capital, que, d'une part, la nationalité du capital, comme le montre la loi du 9 avril 2003 qui associe à la perspective de privatisation d'Air France la mise en place préalable de moyens juridiques de contrôle du caractère national de la compagnie, et, d'autre part, la capacité capitalistique à faire les investissements requis.

Cette évolution replace la question première au cœur de la régulation : quel est son usage ? Quel est le but de la régulation ? Il ne suffit pas de poser qu'il s'agit d'un équilibre entre concurrence et service public, en raison de la grande plasticité de cette notion <sup>12</sup>. En effet, le service public finit par apparaître non plus comme ce qui englobe la concurrence <sup>13</sup>, mais comme tout ce qui n'est pas simplement concurrentiel, ce qui fait alors du service public la catégorie résiduelle de la concurrence. En logique juridique, la catégorie résiduelle n'a plus de définition propre mais une simple définition négative. Ainsi, le meuble se définit comme un bien qui n'est pas un immeuble, la responsabilité délictuelle se définit comme la responsabilité qui n'est pas contractuelle. Si le service public se définit comme ce qui n'est pas concurrentiel, on s'interdit alors de lui attacher une définition propre, ce qui affecte nécessairement l'équilibre d'ensemble.

Il faut donc revenir à l'exercice de définition des buts de la régulation, exercice instable et incessant, à l'image de la régulation elle-même. Ces buts ne peuvent être

11. Sur cette évolution, v. document de la Direction des transports aériens, *Transport aérien et mondialisation : quel cadre juridique ?*, 2001.

12. V. en dernier lieu, « L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public », *Revue Politique et Parlementaire*, sept.-déc. 2003.

13. Ce qui est le sens que lui avait donné la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, v. par ex., Courivaud (H.), « La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité », *JCP éd. E.* 2000, pp. 1029-1038.

réduits à sauvegarder des non-concurrences. Si l'on prend le thème de la régulation postale, puisque les directives communautaires sur la libéralisation du secteur postal conduisent à redessiner les droits exclusifs de La Poste, à cerner ce qui les justifie, il faut en passer par la détermination des buts de la régulation postale, ce qui suppose qu'on explicite l'objet même de l'activité postale. Si, par une perspective triviale et technique, on pose que l'activité consiste dans l'acheminement du courrier, on obtient une régulation qui rejette dans la bataille concurrentielle les activités qui ne s'y rattachent pas. Si l'on pose — il s'agit alors d'une décision de nature politique — que La Poste participe au lien social, notamment par l'accueil de la population dans les bureaux de poste, alors on mettra l'accent de la régulation sur le réseau postal (ce qui rapprochera le secteur postal des industries de réseaux) et l'on pourra justifier que l'opérateur public conserve et développe ces activités financières.

Pour approfondir ce thème crucial des activités financières et bancaires de La Poste, trois raisonnements sont accessibles. Soit on estime cette activité sans rapport avec ce pour quoi les opérateurs postaux protégés sont faits, et on interdit que l'entreprise publique puisse, notamment, s'appuyer sur un réseau de bureaux de poste affecté à autre chose. L'activité financière a alors le statut, si ce n'est de détournement, à tout le moins d'une activité que le droit de la concurrence doit très étroitement surveiller. Soit, en partant des mêmes bases d'étrangeté de l'activité financière exercée par les opérateurs postaux, on fait interférer l'argument de l'équilibre financier général de l'opérateur de service public, qui, si on le prive de tels revenus, sera mis dans une situation si difficile que la charge d'assurer la transmission du courrier en serait compromise. On se souvient que l'arrêt *Corbeau* de la Cour de justice des Communautés européennes du 19 mai 1993<sup>14</sup> s'appuyait sur ce raisonnement. Soit enfin, on estime que l'opérateur postal public a en charge de conserver le lien entre les personnes, de faire en sorte que les personnes isolées (géographiquement mais aussi en raison de revenus faibles) demeurent dans le groupe social ; dès lors, l'activité financière de La Poste se rattache au cœur du service public, c'est-à-dire au bien public, en permettant à des personnes dont les banques ordinaires ne désirent pas la clientèle, de n'être pas exclues. Le concept de « banque sociale » permet de modifier les buts recherchés et donc l'application des règles. L'avis du Conseil de la concurrence du 25 juin 1996 sur les services financiers de la Poste allait dans ce sens<sup>15</sup>.

Cet exemple de la régulation postale montre que lorsqu'un secteur quitte l'organisation par monopole sous tutelle pour entrer dans un système de régulation<sup>16</sup>, cela non seulement offre des champs nouveaux à la régulation mais aussi provient ou implique une redéfinition de ce pour quoi est faite l'activité économique considérée. C'est la dialectique entre cette définition et les instruments de régulation qui redessine les contours de la régulation, notamment au regard du droit de la concurrence.

14. Rec. 1993, I-02533.

15. Avis n° 96 A 10, BOC 1996, p. 443 et s.

16. Sur le mouvement général, v. « Tutelles et régulations comparées » in *Services publics comparés en Europe : exception française, exigence européenne*, Travaux de la promotion Marc Bloch, École nationale d'administration, t. 2, Paris, La Documentation française, 1997, pp. 486-561. V. aussi Laget-Annemayer (A.), *La régulation des services publics en réseaux, Télécommunications et électricité*, Paris, I.GDJ/Bruylant, 2002, p. 17 et s.

D'une façon plus prospective, on doit penser en ces termes l'organisation du secteur agricole<sup>17</sup>. En effet, si l'on confronte purement et simplement le secteur agricole au droit de la concurrence, comme l'a notamment fait la Commission européenne dans son arrêt *FNSEA* du 2 avril 2003 condamnant les syndicats agricoles pour avoir promu des prix planchers afin de sauver la filière du bœuf frappée par la crise de la vache folle<sup>18</sup>, le droit de la concurrence aura tendance à ne voir dans une telle organisation qu'une entente<sup>19</sup>.

Si on pense le secteur en terme de régulation, on observera que, contrairement à des marchés de biens et de services, les impératifs de production sont — comme pour des réseaux d'infrastructure — des mécanismes fragiles d'investissement à long terme s'insérant dans des politiques agricoles. Le secteur agricole doit alors être pensé en termes d'équilibre entre la concurrence et la sécurité d'approvisionnement (comme on le fait en matière énergétique), entre la concurrence et la sécurité des objets (comme on le fait en matière nucléaire et en matière de santé publique). L'économie du secteur serait alors mieux restituée par un droit communautaire qui s'est construit en distinguant trop fortement la politique agricole d'une part et la concurrence des marchés d'autre part.

L'ensemble de ces considérations ne remet pas en cause le principe simple du lien entre la régulation et le secteur. La permanence de cette logique, qui associe les contours d'un secteur à un appareil propre de régulation, peut produire en elle-même des changements. En effet, selon ce principe logique que, pour que rien ne change, il faut changer la règle lorsque l'objet change, si les secteurs modifient leurs contours, alors les régulations se réajustent par reflet et accroissent leur assiette corrélativement.

Cela est particulièrement net pour les régulations financières. En effet, un premier truisme pose que l'objet des régulations financières est constitué par les marchés financiers. Le postulat est repris par la loi relative à la sécurité financière du 1<sup>er</sup> août 2003, qui limite les pouvoirs de l'Autorité des marchés financiers aux contours du secteur<sup>20</sup>. Pourtant, il apparaît tout d'abord que les banques sont des opérateurs clés des marchés financiers, non seulement parce qu'elles contrôlent les entreprises d'investissement mais encore parce qu'elles façonnent les produits financiers. L'évolution aboutit ensuite à faire quasiment fusionner les produits d'assurance et les produits financiers, les assureurs proposant des produits d'assurance qui fonctionnent comme des produits financiers, dans le même temps que les produits financiers dérivés sont eux-mêmes conçus comme des instruments de couverture des risques.

Cette évolution des secteurs a conduit en Allemagne et en Angleterre à offrir au régulateur financier le pouvoir de réguler le secteur bancaire, ou le secteur des assurances, ou les deux. Le *Financial Services Authority* domine les trois secteurs non

17. V. par ex. Boyer (R.), *Les problématiques de la régulation face aux spécificités sectorielles*. Cahiers d'économie et sociologie rurales, n° 17, 1990 ; Mollard (A.), « L'agriculture entre régulation globale et sectorielle » in Boyer (R.) et Saillard (Y.) (dir.), *Théorie de la régulation. L'état des savoirs*, préc. chap. 33, Allaire (G.), « Croissance et crise en agriculture », *ibid.* chap. 34 ; Kroll (J.-Ch.), « Politique agricole et échanges internationaux : dynamique de la régulation en Europe et aux États-Unis » in *Mondes en développement*, t. 30, 2002, pp. 65-74.

18. V. par ex. Godard (O.), Henry (Cl.), Lagadec (P.) et Michel-Kerjan (E.), *Traité des nouveaux risques*, Paris, Gallimard (coll. « Folio »), 2002, pp. 321-355.

19. Courivaud (H.), *Agriculture et droit de la concurrence*, (D.) Aff. n° 26, 1997, pp. chron. pp. 812-822.

20. Sur cette dimension, v. Coquelet (M.-L.), « Brèves remarques à propos d'une fusion attendue : la création de l'Autorité des marchés financiers » in *La loi de sécurité financière*, n° spéc. *Petites Affiches*, 14 novembre 2003, pp. 6-11 ; Rameix (G.), « L'Autorité des marchés financiers », *ibid.*, pp. 12-14 ; Frison-Roche (M.-A.), « Les contours de l'Autorité des Marchés Financiers », *Mélanges AEBDF*, Banque Éditeur, à paraître.

seulement parce qu'il y a une substituabilité entre les produits mais encore parce que le risque systémique passe de l'un à l'autre, de sorte qu'un incident dans la régulation bancaire peut entraîner des désastres sur les marchés financiers et inversement. Dès l'instant que la régulation met en premier souci la prévention et la gestion des risques de systèmes, la régulation doit prendre pour champ non plus tant les contours d'un secteur mais les contours de la géographie de propagation des risques. Cela est aussi vrai pour la régulation du risque sanitaire que pour la régulation du risque financier.

Est ainsi évoquée la géographie économique des secteurs qui, soit organisent de telles corrélations entre secteurs, soit embrassent plusieurs secteur. Même lorsque la régulation a pu faire naître une concurrence effective au sein du secteur, le fait que celui-ci soit constitué par des réseaux nécessite un maintien de la régulation de l'accès. La régulation va alors quitter l'emprise du secteur entier, notamment parce qu'une concurrence suffisante aura pu s'y implanter, pour se concentrer sur un champ spécifique : l'octroi. Cela conduit à l'idée que l'on pourrait restreindre la régulation à celui-ci, en laissant notamment la surveillance du secteur à l'autorité de la concurrence mais en instituant ou en maintenant des régulateurs spécifiques pour l'organisation des interconnexions.

## LES OCTROIS COMME CHAMP AUTONOME DE RÉGULATION

Lorsque la libéralisation des secteurs coïncide avec la mise en place des régulations, celle-là est la conséquence du constat selon lequel il ne suffit pas de déclarer la concurrence, il faut la construire. Il en résulte une régulation dite « asymétrique », c'est-à-dire visant ouvertement à affaiblir le pouvoir de marché de l'opérateur historique, souvent public, pour rendre le secteur attractif à de nouveaux entrants. L'accès au secteur est alors considéré comme une sorte de porte sans épaisseur, la régulation étant donc temporairement le marche-pied de la concurrence.

Pourtant, ce qui ressort de plus en plus nettement, c'est l'influence déterminante et durable des octrois, c'est-à-dire des accès pris en tant que tels, organisés en tant que tels. Certes, le droit de la concurrence peut faire en sorte que ces octrois disparaissent, que l'accès au marché soit sans barrière, que les titulaires des points de passage — par exemple ceux qui sont dominants dans le marché des matières premières, au regard de la structure du marché des produits fabriqués — n'en abusent pas.

Mais le plus souvent, les octrois sont dans la nature des choses ; ils renvoient à la notion de monopole naturel, ils appellent des régulations définitives. C'est le cas pour les octrois aux réseaux de transports, d'impulsions de télécommunications, de diffusion hertzienne, de courrier, d'électricité<sup>21</sup>, mais aussi aux distributeurs automatiques de billets de banques. Le partage entre le droit de la concurrence et le droit de la régulation s'opère encore entre le choix de la régulation *ex post* par la théorie des facilités

21. V. par ex. Bornard (P.), « Les gestionnaires de réseau de transport dans le monde : leur organisation » in « L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public », *op. cit.*, pp. 61-70.

essentielles dans le droit de la concurrence<sup>22</sup>, ou de la régulation *ex ante* par des mécanismes d'autorisation, d'agrément et de tarification pris en charge par un régulateur. C'est pourquoi le Conseil de la concurrence, en formulant le 16 mai 2003 un avis sur l'adéquation du nouveau dispositif de régulation postale, compare le projet de loi qui lui est soumis aux solutions que la théorie des facilités essentielles aurait engendré sur le seul terrain du droit de la concurrence<sup>23</sup>.

Au regard du thème de la nouveauté, on observera que l'organisation de tels passages d'octroi a plutôt le goût des choses bien installées. Pourtant, si l'on déplace le cœur de la régulation du secteur à l'octroi au secteur, et que l'on ne se soucie plus tant de l'octroi pour installer la concurrence dans le secteur mais plutôt parce que les risques se concentrent là, cela a plusieurs conséquences nouvelles. En premier lieu, le gestionnaire des réseaux de transport, ayant en charge d'organiser l'octroi à cette infrastructure, prend de plus en plus des allures de régulateur, notamment en dessinant les contrats d'interconnexion<sup>24</sup>. En second lieu, alors même qu'on ne songe guère à établir des régulateurs sectoriels européens<sup>25</sup>, l'idée persiste d'organiser les interconnexions des réseaux. Dès l'instant que l'on isole la régulation des octrois par rapport à la régulation des secteurs, on peut en effet concevoir d'articuler des régulations de secteurs demeurant nationales avec des régulations européennes de l'interconnexion des réseaux de transport.

Enfin, l'octroi par excellence est constitué par Internet. En effet, le Conseil de la concurrence a estimé à juste titre qu'Internet ne constitue pas un marché en tant que tel mais plutôt un mode d'accès à de très nombreux marchés. Plus finement, les autorités nord-américaines estiment qu'Internet constitue un marché de l'accès, car l'accès est une valeur que l'on vend : l'accès au bien est lui-même un bien. Plus encore, il peut arriver que l'accès soit un bien alors même que ce à quoi on accède n'est pas un bien marchand<sup>26</sup>. La régulation d'Internet, quel que soit son mode, est dès lors celle de l'accès avec la difficulté engendrée par le fait technique de la dissociation entre l'instant de l'entrée et la disponibilité totale et pluri-territoriale. L'expérience chinoise montre qu'il est aisé de bloquer radicalement l'accès, mais une régulation est rarement dans le tout ou rien et se situe davantage dans l'entre-deux, ici dans le filtrage<sup>27</sup>. Plus encore, l'évolution des sanctions adéquates de comportements répréhensibles commis sur

22. V. par ex. Glais (M.), « Facilités essentielles : de l'analyse économique au droit de la concurrence » in *Collectivités publiques et concurrence*, Rapport public du Conseil d'État. Paris, La Documentation française, 2002, pp. 403-423.

23. Avis n° 03 A 06, disponible sur le site du Conseil de la concurrence.

24. Merlin (A.), « Le marché européen de l'électricité et son développement : le rôle des gestionnaires de réseaux de transport » in *L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public*, op. cit., pp. 39-43.

25. Dans le sens d'une préconisation de tels régulateurs européens, v. Stoffaes (Ch.) (dir.), *Vers une régulation européenne des réseaux*, rapport au ministre des affaires européennes, Paris, ISUPE, 2003. V. aussi Hansen (J.-P.), « La construction d'une culture européenne de régulation faisant l'économie de l'articulation entre régulations hétérogènes », in *Règle et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Presses de Sciences-Po/Dalloz (Coll. « Droit et Économie de la Régulation »), 2004, pp. 171-179.

26. Sur le fait que le bien marchand est devenu l'accès, mettant au second plan la notion de marché, v. la démonstration de Rifkin (Jérémy), *The age of Access : The New Culture of Hypercapitalism where All of Life is a Paid-for Experience*, Penguin Books, 2000.

27. Sur ces mécanismes, v. not. le rapport sur la protection de l'enfance du *Forum des droits sur l'Internet*, 2004.



Internet prend de plus en plus la forme de blocages d'accès organisés au sein même du réseau <sup>28</sup>.

On est ainsi passé du secteur à l'octroi, déplacement de la régulation qui met en son cœur ce qui était en périphérie. La nouveauté est plus radicale lorsque le lien entre la régulation et le secteur se disloque plus nettement, par un accrochage de la régulation s'opérant directement soit sur certains produits, soit sur certains opérateurs. Cela tient au fait que la concurrence est toujours affaire de secteur mais que le risque est souvent affaire de produits et de personnes, le déplacement général de la régulation de la concurrence vers le risque justifiant une telle évolution.

## LES AU-DELÀ ET LES AU-DEÇÀ DU SECTEUR, COMME NOUVEAUX CHAMPS PROPRES DE RÉGULATION

Certains produits sont porteurs de risques qui ont pour caractéristique de se répandre, de produits en produits, de secteurs en secteurs <sup>29</sup>. L'exemple de produits alimentaires infectés vient en premier à l'esprit, mais relèvent de cette même idée les produits financiers dérivés dont la volatilité peut contaminer des marchés, ou les virus informatiques. C'est la circulation des objets qui engendre la catastrophe. On observe ici que la régulation des risques va impliquer une réorganisation voire une limitation du dynamisme concurrentiel, en freinant les échanges, les rendant plus lents, alourdis de mille précautions.

Parce que la régulation des risques n'est efficace que quasiment logée dans l'objet dangereux <sup>30</sup>, vont apparaître des produits porteurs de régulation, ce qui va permettre à la régulation ainsi internalisée par accessoire dans les objets économiques, sous la forme de précautions expresses d'emploi ou de contrôle technique, de passer de secteur en secteur.

Cela est notamment le cas pour la sécurité alimentaire, croisant ainsi la régulation du secteur agricole <sup>31</sup>. Le signe en est la constitution d'une autorité européenne de sécurité alimentaire, présentée comme une autorité de régulation. On ne peut pourtant y voir qu'une ébauche dans la mesure où cet organisme n'a de pouvoir que pour collecter et renvoyer de l'information, ce qui est certes essentiel puisque le risque résulte de l'ignorance, ce qui conduit à penser la régulation du risque en termes de lutte contre l'asymétrie d'information et l'ignorance scientifique. Il demeure que cette autorité relève pour l'instant davantage de l'observatoire que du régulateur, mais on peut penser que des pouvoirs accrûs lui seront conférés.

Dans une autre direction, apparaît la conscience de sortes d'opérateurs systémiques, c'est-à-dire d'entreprises qui agissent sur le secteur et dont l'organisation et la solidité internes sont déterminantes pour le secteur. Certes, l'ancien modèle de monopole public

28. Reidelberg (J.), « La régulation d'Internet par la technique et la *Lex Informatica* », in *La cohérence des systèmes de régulation*, *op.cit.* (à paraître).

29. Sur l'idée même que le droit peut se mêler du risque, v. Mestre (J.) (dir.) *Le droit face à l'exigence contemporaine de sécurité*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000.

30. Pour le développement de cette idée, v. Frison-Roche (M.-A.), « L'idée de gouvernance appliquée aux risques » in *La gouvernance des risques*, dossier spécial Droit & Patrimoine, mars 2004, pp. 85-89.

31. V. *supra*.

intégré sous tutelle consistait bien à ne réguler le secteur qu'en régulant l'opérateur, mais le passage à un système de régulateur aurait dû se traduire par une indifférence à l'égard de l'organisation des opérateurs. Cela fut pourtant toujours l'inverse dans la régulation bancaire, la régulation du secteur impliquant que l'on se soucie en permanence du choix des dirigeants ou du respect de ratios de solvabilité au sein des banques.

En premier lieu, comme on l'observe en matière de défaillance des banques<sup>32</sup>, la défaillance d'opérateurs majeurs dans les secteurs cruciaux constitue un risque pour le secteur même. Ainsi, les risques de non-paiement par des clients obligés ou les difficultés financières de l'opérateur dominant ont pu ébranler la régulation du secteur des télécommunications. Cela explique que l'Autorité de régulation des télécommunications exprime son opinion sur les montants que les opérateurs doivent endurer pour obtenir des licences au regard de leurs perspectives internes de développement. Cela explique que la prohibition européenne des aides d'État tende aujourd'hui à être infléchie lorsque l'opérateur qui en bénéficie est lui-même déterminant dans un secteur d'intérêt public.

En second lieu, alors que la régulation de ces secteurs distinguait le réglementaire, visant les opérations sur le secteur, et le prudentiel, visant l'organisation des opérateurs<sup>33</sup>, les deux perspectives sont en train de fusionner. Cette porosité entre le réglementaire et le prudentiel renvoie plus largement à cette transparence entre ce qui est interne à l'entreprise et l'organisation du secteur sur lequel elle agit. Concernant le secteur financier, cette porosité transforme tout. En effet, le marché financier se nourrit d'informations issues d'un certain nombre d'émetteurs, en premier lieu les entreprises émettrices d'instruments financiers. Le marché peut alors retracer dans la cotation les valeurs de l'entreprise et servir de guide aux investisseurs<sup>34</sup>.

Si l'on tourne légèrement le regard, l'investisseur prend la figure de l'actionnaire et l'émission d'informations pour le marché embrasse le droit des sociétés. En effet, la théorie de la *corporate governance*<sup>35</sup> est avant tout une théorie du marché financier, qui a donc pénétré au cœur même des sociétés. La gouvernance des entreprises, mais aussi de toutes les structures qui ont vocation à agir sur les marchés financiers, comme offreurs ou comme demandeurs, est désormais intégrée dans la régulation des marchés<sup>36</sup>.

Il résulte donc de l'ensemble de l'analyse que la régulation, qui a été pensée pour les secteurs et à partir d'eux, est en train de déborder de ceux-ci, pour suivre les produits et s'infiltrer chez les opérateurs, cette entropie correspondant au glissement du souci premier de la concurrence vers un souci grandissant de la sécurité. Ce débordement de la régulation au-delà du secteur oblige à penser ce qui était auparavant inutile tant que la régulation se cantonnait au secteur : l'interrégulation.

32. V. par ex. Rives-Lange (J.-L.) (dir.). « La défaillance d'une banque », *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° spéc. 1996 ; Léguevagues (Ch.), *Droit des défoillances bancaires*, Paris, Economica, 2002.

33. V. not. Prada (M.), in *Sécurité et régulation financière*, *Revue d'Économie Financière*, 2001, pp. 117-125.

34. Nusseubaum (M.), « La formation des cours boursiers » in *L'évolution du droit boursier*, *Revue de Jurisprudence Commerciale*, n° spéc., 2003.

35. V. en dernier lieu, Decoopman (N.) et Léguevagues (Ch.) (dir.) *Splendeurs et misères de la corporate governance*, n° spéc. des *Petites Affiches*, 12 février 2004.

36. Sur la transformation du droit des sociétés par cette perspective de régulation, v. Frison-Roche (M.-A.), *Régulation et droit des sociétés. De l'article 1832 du Code civil à la protection du marché de l'investissement*. Joly Éd., (à paraître).

## LA CONSÉQUENCE DE LA MULTIPLICATION DES CHAMPS DE LA RÉGULATION : LA CONSTRUCTION DE L'INTERRÉGULATION

L'on pouvait précédemment s'en tenir au principe selon lequel la régulation était propre à un secteur, la dimension très technique des régulations conduisant à enfermer celles-ci dans les limites du secteur considéré. Ce confort est désormais interdit par l'entropie des systèmes de régulation, qui se croisent les uns les autres. Cette porosité des secteurs les uns par rapport aux autres, qui va conduire à construire une interrégulation, peut avoir plusieurs sources.

Il peut s'agir d'une interpénétration des secteurs, dont la transmission d'image par le téléphone, la télévision par l'ADSL ou l'offre de produits financiers par Internet, sont des exemples. La fluidité des régulations entre elles peut encore venir d'une sorte de communauté d'objet de régulation, dès l'instant que celle-ci tend à prévenir un risque systémique qui se propage, ce qui corrèle les secteurs financiers, bancaires et assurantiels. On observe d'une façon plus générale une sorte d'explosion des régulations autarciques. Les régulations nationales ou régionales recherchent des bases communes, particulièrement en matière bancaire — par le comité de Bâle — et financière — par l'Organisation Internationale des Commissions de Valeurs (OICV). Des liens se construisent entre les institutions internationales. Tout se remet en lien, alors même que la figure de l'État, c'est-à-dire d'une unité suffisant à créer le lien et les arbitrages entre les finalités, n'est plus disponible <sup>37</sup>.

L'ambition de l'interrégulation tient dans l'obtention d'une décision unifiée prenant en considération plusieurs régulations autonomes (dans leur secteur, leurs outils et leurs fins), alors même qu'on ne peut mettre en hiérarchie ses diverses régulations. Certaines solutions s'amorcent, comme le retour de pouvoirs souverains pour opérer les arbitrages entre des régulations contradictoires, ou bien la mise en place de procédures qui, par la discussion qu'elles entraînent, permettent de lisser les divergences, ou bien encore la constitution de principes communs à toutes les régulations particulières, les rendant compatibles les unes avec les autres <sup>38</sup>. Cette recherche constitue l'enjeu majeur, né de l'accroissement et de la multiplication de régulations situées, alors même que l'économie et la politique ne se conjuguent plus que sur le mode de l'interdépendance.

37. V. par ex. *Gouvernance mondiale*, Rapport du Conseil d'analyse économique, Paris, La Documentation française, 2002.

38. Pour plus de développement, v. Frison-Roche (M.-A.), *L'hypothèse de l'interrégulation* (à paraître).