

Présentation de l'ouvrage

Marie-Anne Frison-Roche

Le premier enseignement d'une perspective pluridisciplinaire, ici celle du droit et de l'économie, tient dans la mise en évidence non pas tant de disputes autour des définitions, forme déjà affinée de la discussion, mais de la façon dont chaque discipline utilise dans un sens qui est le sien un vocable, perspective naturelle, en pensant qu'il s'agit d'un sens commun, conception moins perspicace, écartant au contraire tout débat. Il apparaît ainsi que le droit et l'économie ne visent pas la même chose lorsque la notion d'engagement est évoquée, alors même que chacun croît rendre compte de l'ensemble de la réalité.

Prendre conscience de la polysémie est un second temps de cet enseignement, qui débouche alors sur l'apprentissage réciproque des spécialistes des deux disciplines. Pour le juriste, le réflexe est pavlovien : l'engagement, c'est le contrat, c'est-à-dire un échange de consentements qui oblige chacun et pourra donner lieu à une contrainte, lien qui sera au besoin discuté devant un juge, lequel pourra resserrer la corde de l'obligatoire autour du cou de l'obligé. Pour l'économiste, la notion renvoie à l'idée d'une constance dans le comportement en considération duquel des concessions réciproques sont acceptées, sans que la justiciabilité du lien semble pour autant requise. La question est plutôt celle de la confiance et de la crédibilité. Le test de bon fonctionnement d'un tel engagement est alors précisément l'inutilité d'une contrainte exogène.

Sous la différence de définitions, les deux disciplines mettent en valeur deux atouts distincts : pour le juriste la vertu de la force obligatoire, pour l'économiste la vertu de la durée. Les deux sont dissemblables mais ne sont pas étrangères l'une à l'autre, se retrouvant dans la notion commune de sécurité, que l'on sait centrale dans les secteurs régulés. Ainsi, mettre en avant ce que le contrat apporte de contraintes ponctuelles à des échanges économiques librement établis met en valeur la dimension concurrentielle qui existe au sein des secteurs régulés, tandis que mettre en

avant l'emprise que le contrat exerce sur le temps insiste sur la dimension de stabilité et de sécurité qui caractérise la régulation par rapport à la situation simplement concurrentielle.

Cela permet de dissiper une ambiguïté : c'est l'image du contrat, tel que les juristes le conçoivent, qui apparaît lorsque les mécanismes concurrentiels sont à l'œuvre, à travers une suffisance de l'*ex post*. Les engagements sont noués par les partenaires entre eux. Mais c'est encore l'image du contrat, cette fois-ci telle que les économistes le présentent, qui apparaît lorsque le système préfère confier au régulateur le soin de fixer des règles négociées avec les entreprises, à travers un choix d'*ex ante*. Les engagements sont pris par l'autorité de régulation. Voilà l'espièglerie de la langue et le tour joué par l'ignorance que les disciplines ont les unes des autres, qui désignent par un même mot des réalités hermétiques l'une à l'autre, voire contradictoires.

En outre, parce que le droit tient du système juridique les critères de ce qui fait l'engagement contractuel, le juriste en adopte une conception restrictive, hésitant par exemple à voir dans les codes de bonne conduite de véritables engagements, alors que l'économiste, libre d'une telle contrainte normative, suppose un engagement dès qu'il identifie une négociation. Ainsi, les changements dans les façons de gouverner, le rapprochement des régulateurs et des assujettis, seront glissés sous le vocable d'engagement, alors même qu'aucun n'en rendrait compte devant le juge. L'engagement fait ainsi autant le lien entre la régulation et la gouvernance, qu'il l'opère entre la régulation et la concurrence.

Il en résulte que les questions, les difficultés et les personnages clés ne sont pas les mêmes pour les juristes et pour les économistes. Les juristes se demandent quel est le degré de contrainte sur l'autonomie de la volonté des offreurs et des demandeurs, quelle est la place de l'ordre public, par quelles voies s'exercent les libertés, comment les faiblesses sont compensées. La question sera alors de déterminer le bon équilibre entre les libertés et les protections. Les économistes s'intéressent avant tout au personnage du régulateur, et s'ils se soucient des engagements dans les systèmes de régulation, c'est avant tout à ceux que le régulateur peut prendre à l'égard des entreprises du secteur. La question est alors de déterminer le temps que pourra durer cette constance, avant que le régulateur ne change d'avis.

L'examen critique des engagements dans les systèmes de régulation économique mêle ces différentes approches, voire ces différentes cultures, parce que les contrats entre opérateurs s'opèrent sous l'ombre portée du pouvoir du régulateur.

*

L'introduction de la problématique est conduite par **Patrick Rey**, qui aborde le sujet par l'approche comparée du droit de la concurrence et de la régulation sectorielle, afin d'en faire ressortir la capacité respective de l'autorité de concurrence et du régulateur sectoriel de s'engager à l'égard des industries qu'ils contrôlent. En effet, les pouvoirs d'engagement des autorités de concurrence et des autorités sectorielles ne sont pas les

mêmes, puisque celles-ci disposent d'un pouvoir discrétionnaire plus étendu et dictent *ex ante* des comportements aux industries, ce qui leur permet de s'engager notamment par la stabilité des règles. Cette relation d'engagement entre le régulateur et les entreprises du secteur peut être analysée à travers la théorie de l'agence, mais la pratique montre que le régulateur ne peut s'engager au-delà de cinq ans environ, ce qui incite les entreprises à ne pas lui donner les informations stratégiques. Plus encore, le régulateur n'est qu'un principal par rapport au Gouvernement et doit tenir compte d'autres autorités. Une solution peut être de déléguer à des tiers, des experts, la prise de certaines décisions. Il résulte de ce panorama que la capacité du régulateur à s'engager, c'est-à-dire à se contraindre à demeurer dans une ligne de conduite, joue un rôle déterminant, notamment dans les décisions d'investissement des entreprises.

*

La *première partie* de l'ouvrage reprend un des thèmes évoqués, à savoir le couple *ex ante-ex post*. Le *premier chapitre* expose la *problématique générale* du couple *ex ante-ex post*.

Pour débiter, **Marie-Anne Frison-Roche** souligne que ce couple renvoie à un choix politique d'organisation par avance de l'économie (*ex ante*), à laquelle s'associe la loi, ou de liberté à laquelle s'associe la responsabilité (*ex post*), à laquelle s'associe la jurisprudence. À cette aune, le droit de la régulation exprime plutôt l'*ex ante*, tandis que le droit de la concurrence serait du côté de l'*ex post*. Mais les deux ne s'opposent pas. En effet, l'*ex ante* n'est crédible que s'il peut s'appuyer sur un *ex post* (*ex post* d'« intendance »), tandis que le fait de laisser un secteur se développer sous la plus faible contrainte d'un *ex post* incite les entreprises à laisser des informations accessibles (*ex post* « cognitif »), pour prendre par la suite un *ex ante* adéquat. En outre, le contrôle des concentrations au sein du droit de la concurrence s'apparente à de l'*ex ante*, tandis que la jurisprudence pose des règles générales pour l'avenir. Au-delà de la compréhension du système, il peut être important techniquement de déterminer quel type de pouvoir le régulateur exerce, car l'*ex post*, s'apparentant à l'activité juridictionnelle, appelle le respect de garanties fondamentales de procédure.

Philippe Choné reprend plus particulièrement le couple *ex ante-ex post* à travers l'opposition entre le droit de la concurrence et la régulation sectorielle, à la fois institutionnellement distingués et ayant des champs d'action perméables l'un à l'autre. Le droit nord-américain veille à ne pas mêler les interventions *ex ante* et les interventions *ex post*, notamment en récusant la théorie des infrastructures essentielles par l'arrêt de la Cour suprême du 13 janvier 2004, *Trinko v. Verizon*, tandis que les autorités de concurrence françaises et communautaires utilisent de plus en plus des instructions d'interventions *ex ante*, dans les processus de clémence, par le biais des mesures conservatoires (par exemple à propos des droits télévisuels du football, ou en matière de dégroupage), ou lorsque la Commission européenne intervient au titre de la prohibition de l'abus de position dominante sur des prix qu'elle estime « non équitables ». Le système européen se distingue donc fortement du système nord-américain. Lorsque le Conseil de la concurrence va jusqu'à prononcer des injonctions

pour que le tarif d'accès à une infrastructure essentielle soit « orienté par les coûts », il agit directement sur les prix, comme le ferait *ex ante* un régulateur. La cour d'appel de Paris veille cependant à ce que le Conseil n'intervienne qu'en cas de comportement anticoncurrentiel avéré. L'auteur conclut que les autorités de concurrence et les autorités de régulation sectorielle se distinguent les unes des autres par le fait que les secondes poursuivent des objectifs plus larges que le seul maintien d'une concurrence non faussée, distinction fermement tenue aux États-Unis mais moins nette en Europe.

Le deuxième chapitre analyse les expériences de glissement entre l'*ex post* et l'*ex ante*. Le secteur des communications électroniques en est exemplaire, comme le montrent **Christian Hocepiéd** et **Alexandre de Streel** dans leur étude reprenant une année de mise en œuvre des nouvelles règles européennes en la matière, pour opérer une harmonisation sans passer par une organisation hiérarchique, ou fédérale comme celle des États-Unis. La difficulté majeure est donc de trouver un bon système de gouvernance, la discussion ayant été vive autour de l'opportunité de créer un régulateur européen. La solution a été préférée d'une action de la Commission européenne de surveillance et d'impulsion, de la constitution du *Communications Committee* qui la conseille et d'un *European Regulators Group* qui l'inspire. À cette surveillance directe, la Commission associe le *monitoring* indirect que permet l'application du droit général de la concurrence. En outre, les nouveaux textes offrent à la Commission le pouvoir de désigner les marchés sur lesquels le pouvoir des régulateurs nationaux s'exerce. Ce qui a réussi en matière de communications électroniques pourrait être étendu à d'autres secteurs.

Pierre Larouche apporte la lumière de l'expérience néerlandaise dans le choix qui a été fait entre le contrôle *ex ante* et le contrôle *ex post*. Dans la politique économique néerlandaise, la concurrence est créditée d'une faveur de principe, la réglementation ayant pour objectif de permettre son bon fonctionnement, le droit de la concurrence étant donc le cadre général de la réglementation particulière. La réglementation est perçue comme du droit sectoriel de la concurrence, mais on ne la croit plus temporaire. Cela heurte les traditions juridiques nationales, notamment un droit public proche des conceptions françaises, ce qui rendit difficile l'établissement d'autorités de régulation indépendantes et limita les pouvoirs qui leur furent conférés. Cette rigidité de la tradition n'empêcha pas l'adoption d'une organisation innovante, les autorités sectorielles étant elles-mêmes des chambres de l'autorité de concurrence, alors même qu'elles appliquent un droit spécifique et qu'elles demeurent soumises à la tutelle du ministre. L'objectif poursuivi par cette organisation institutionnelle originale, à savoir d'une meilleure harmonisation entre droit de la concurrence et droit de la régulation, ne semble pourtant pas avoir été atteint.

Passant de la spécificité géographique à la spécificité sectorielle, l'ouvrage aborde l'exemple du domaine bancaire par l'analyse qu'en mène **Édouard Fernandez-Bollo**. La crise étant un prix trop élevé pour se contenter de l'*ex post*, la régulation bancaire, essentiellement préventive, se construit fortement *ex ante*, à travers les agréments, la réglementation prudentielle et le contrôle bancaire permanent. Mais le traitement

des difficultés s'opère dans l'*ex post*, et il convient de demeurer dans la méthode de l'« ambiguïté constructive » afin de ne pas encourager l'aléa moral de banques s'appuyant par avance sur la perspective d'éventuels secours et soutiens. En outre, à des mécanismes d'interdiction se sont substitués de simples mécanismes de contrôle, pour que les risques qu'il est désormais loisible de prendre soient encadrés. Les banques peuvent adopter leur propre mode d'évaluation et de gestion pour satisfaire les garanties exigées. La régulation bancaire est modifiée par cette évolution : au lieu d'imposer les normes *ex ante*, les autorités aussi bien réglementaires que de contrôle tirent *ex post* les leçons des pratiques professionnelles observées. De cette façon, le système *ex ante* retrouve le principal bénéfice de l'*ex post*, à savoir l'autonomie des acteurs.

Un troisième chapitre explicite les variables de l'articulation entre l'*ex ante* et l'*ex post* dans les secteurs régulés. Ces variables jouent tout d'abord au regard des systèmes juridiques, comme le montre **Christopher L. Baker**. L'auteur montre que les systèmes recèlent des « biais systémiques », demeurant largement implicites. Il convient de les faire ressortir pour trouver l'organisation la plus efficace. Par exemple, la notion juridique européenne de « capital social » renvoie en réalité à une volonté de contrôle *ex ante* par des tiers de la création des entreprises, tandis que la perspective de l'*ex post* puissant des *class actions* rencontre des oppositions fortes en France. Ces biais explicitent la prégnance culturelle de l'*ex post* aux États-Unis et celle de l'*ex ante* en France. L'auteur propose alors une « boîte à outils », pour faire varier les solutions selon les acteurs, le type de leur relation (contrat, société, etc.), l'état des institutions (l'*ex post* suppose un pouvoir judiciaire efficace) et le comportement qu'il s'agit d'obtenir. La réflexion est assez avancée en matière de régulation, mais elle mériterait d'être étendue au-delà.

Puisqu'il s'agit d'outils, **Claude Crampes** répertorie les régulations suivant qu'elles sont *ex ante* ou *ex post*. Économiquement, l'auteur rappelle que, l'*ex post* ne permettant pas de remonter le passé, la régulation est nécessairement *ex ante*, l'*ex post* permettant de diffuser de l'information et de rendre les règles crédibles. L'*ex ante* est confié à des autorités sectorielles, qui contrôlent le pouvoir de marché détenu par des entreprises à l'abri de la concurrence, leur régulation des prix s'opérant par marge fixe ou par prix fixe. Lorsque les entreprises sont exposées à la concurrence, celle-ci ne suffit pas à discipliner leur comportement, l'autorité de concurrence devant intervenir contre un prix abusif. Les recherches ont montré que les régulations sont le plus souvent myopes, trop peu sensibles au dynamisme des décisions des entreprises, et doivent être mis en équilibre avec des considérations non économiques, ce qui laisse augurer d'une régulation des régulateurs.

*

La seconde partie du livre explore une autre façon d'appréhender les engagements, à travers le couple *contrats et régulation*. Le premier chapitre traite de la figure du contrat pour exprimer les nouveaux modes de régulation.

Jacques Chevallier aborde le contrat comme « modèle politique » dans les nouvelles conceptions des régulations économiques. On en trouve des conceptions diverses, tout d'abord à travers un modèle contractuel de régulation, proche de l'idée d'ordre spontané. Si cela ne suffit pas à prendre compte des procédés de régulation et qu'intervient un régulateur, on peut encore concevoir son rapport contractualisé avec les entreprises, ce à quoi peut répondre la notion d'« État régulateur », comme forme alternative au dirigisme. La relation entre régulation et contrat est d'ailleurs nécessaire, presque consubstantielle, car la régulation est indissociable d'un « sous-bassement » contractuel, dès l'instant que la régulation fait de la place à la concurrence, nécessairement concrétisée par des contrats. Dans une autre direction, la régulation peut se faire par le contrat, par exemple à travers les conventions que les entreprises passent avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) pour obtenir une autorisation d'émettre. Plus généralement encore, l'action de l'État se contractualise, pour obtenir un ordre plus souple et mieux accepté que celui construit sur la hiérarchie, la régulation s'ouvrant alors vers la « gouvernance ». Cette évolution vers le contrat éloigne aussi de la conception traditionnelle que le droit avait de celui-ci.

Cela se mesure aisément à la démonstration menée par **Anne Perrot**, qui définit ce qu'elle désigne comme des « contrats de régulation » passés entre l'entreprise et son régulateur pour réduire l'incertitude du futur (du côté de l'entreprise, qui sait qu'elle peut compter sur une règle stable) et réduire l'asymétrie d'information (du côté du régulateur, qui reçoit les informations apportées en confiance par les entreprises). Il s'agit donc de « contrats révélateurs », dans un souci d'efficacité informationnelle de la régulation, et permettant notamment au régulateur de comparer les performances respectives des entreprises, ce qui permet d'imiter la concurrence alors même qu'il s'agit par exemple de monopoles locaux. Les contrats peuvent par ailleurs contribuer à une « politique de la concurrence », bien au-delà du contrôle des concentrations, notamment à travers les mécanismes des remèdes, des transactions et de la clémence.

Entrant donc dans une dimension plus juridique, **Youssef Guenzoui** rapproche le droit et la théorie économique des conventions. Malgré la difficulté de la notion juridique et de la notion économique des conventions, les codes de bonne conduite peuvent correspondre aux deux définitions. D'une façon plus générale, les économistes soulignent que le principal avantage des conventions est de réduire les incertitudes, d'évoluer avec le contexte et d'organiser un contrôle intérieur effectif, par une décentralisation de la régulation. L'aspect collectif n'est pourtant pas absent de ces conventions, ne serait-ce que par le jeu du mimétisme. Si l'on continue dans l'exemple des codes de bonne conduite, se pose la question de la « positivité juridique » de telles conventions. La finalité des conventions tient dans leur effectivité. À ce compte, demeureront positives les conventions non valides, voire dénuées de force juridique obligatoire, dès l'instant qu'il y a pression entraînant le respect (par exemple le *boycott*). Cette positivité dépend tout de même d'une extériorité, notamment par des mécanismes de publicité, mais aussi parce les codes de bonne conduite ont pour objet de formuler des règles implicites préexistantes.

Une telle conception prend à revers le droit des contrats. **Christophe Jamin** confronte le droit des secteurs régulés à la « théorie générale du contrat », construction intellectuelle qui rend compte et façonne le droit commun des contrats. Cette théorie générale, cherchant à promouvoir cohérence et sécurité, a eu tendance à adopter une conception volontariste du contrat puis à considérer davantage l'opération économique, à concevoir le contrat comme un mécanisme instantané sur le modèle de la vente puis à voir dans le contrat un mode d'organisation dans le temps. En outre la théorie générale a intégré l'ordre public économique, conduisant l'État à se mêler des contrats. Le droit des secteurs régulés correspond d'une manière exacerbée à ces trois évolutions. Ainsi, en ce qui concerne la gestion des réseaux, malgré le renvoi de principe que les textes opèrent au droit privé et à la liberté contractuelle, les conventions d'interconnexion sont imprégnées d'ordre public de direction, à tel point que le régulateur peut en refaire le prix, ce qui donne grand pouvoir à une administration rénovée agissant au nom de l'efficacité économique, éloignant d'autant la régulation du libéralisme. La perspective de construction d'un marché, notamment d'un marché financier, utilise le contrat à des fins collectives et certains en ont dénié la nature véritablement contractuelle, ce qui renvoie à la vieille discussion autour des contrats d'adhésion. Lorsque le droit de la régulation à la fois admet que la construction d'un marché puisse se faire par des contrats et les place sous la vigilance d'un régulateur et de l'État, cela n'est pas si exceptionnel.

Le recours aux contrats trouve de nouvelles formes, **Frank Martin Laprade** observe la contractualisation de la répression exercée par le régulateur. Le régulateur attend de cette évolution la possibilité d'agir rapidement sans être contraint à la lourdeur des garanties fondamentales inhérentes à l'exercice de la répression. De leur côté, les victimes espèrent par cet effet de civilisation une meilleure indemnisation de leur préjudice. Pour que cela produise ces bons effets, l'auteur souligne qu'il faut que ces mécanismes civils remplacent la répression, éloignant notamment la déclaration de culpabilité, et non pas s'y superposent. Le régulateur pourrait concevoir l'abandon des techniques de répression, pour laisser celle-ci au seul droit pénal.

Les contrats prennent également de nouveaux objets. **Judith Rochfeld** examine la façon dont Internet a renouvelé les rapports de la régulation et du contrat. L'auteur souligne qu'Internet correspond bien aux finalités de souplesse et d'adaptabilité de la régulation, plutôt sous la forme d'autorégulation, puis sous celle de la corégulation. Cependant, les « e-contrats » ont été « enrôlés » pour servir au développement du marché, par l'incitation à « confiance dans l'économie numérique ». Pourtant la loi est intervenue, ce qui paraît éloigner le premier modèle de la régulation, mais c'est pour mieux souligner l'importance des finalités par rapport aux moyens, associer l'intérêt général à l'établissement d'un marché, et adopter le processus d'élaboration par le biais d'une concertation. Cela aboutit à une « loi régulatrice », qui est selon l'auteur un « dévoiement de la loi par la régulation ». L'intérêt des cyberconsommateurs passe au second plan.

Le *second chapitre* de la seconde partie porte sur *les contrats et le droit spécial de la régulation*.

Tout d'abord, les contrats sur les marchés boursiers sont étudiés par **Jean-François Prat**. L'auteur critique l'approche française, contraire à la liberté contractuelle, principalement du fait de l'obligation de passer par le marché, qui ne permet ni de choisir son prix ni de choisir son cocontractant, et alors même que cette atteinte n'est pas nécessaire à l'efficience des marchés financiers. Dans le même esprit, l'Autorité des marchés financiers porte atteinte à la liberté contractuelle lorsqu'elle intervient en matière d'offres publiques, notamment en interdisant une offre au montant inférieur au cours de bourse, sans même évoquer la notion d'offre publique obligatoire, maniée largement par le régulateur. Plus encore, la suspension de l'effet des pactes d'actionnaires en période d'offre, est une atteinte fondamentale à l'idée même du contrat et de sa force obligatoire.

Relève de la même logique du droit spécial de la régulation, l'encadrement des contrats par le régulateur, tel qu'analysé par **Marc Sénac de Monsebernard**, plus particulièrement à propos du secteur de l'énergie. Contrat et régulation y font bon ménage, les contrats conclus étant d'ailleurs par principe de droit privé. Cela n'aboutit pourtant pas à des contrats tels qu'on les rencontre sur un marché simplement concurrentiel, en raison notamment de l'activité monopolistique de réseau, de l'existence d'une concession de service public et d'une finalité de service public. Loin d'être laissés à l'autorégulation, ces contrats sont encadrés et construits sur des obligations de contracter. Le régulateur a pour fonction de régler les différends, mais pour l'instant la jurisprudence est encore peu développée dans le secteur, car c'est avant tout la réglementation qui prédétermine les contrats, notamment par la tarification, tandis que le contentieux porte sur des questions assez classiques de dysfonctionnement d'activité en monopole et de réglementation d'activité en service public. Cela aboutit à une « vision désenchantée », car le régulateur et le juge n'ont pas modifié par ce biais la façon dont se déploie la concurrence, ayant été saisis sur des questions plus traditionnelles.

Dès lors, apparaît le contrat entre la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence. **Bruno Lasserre** montre que le contrat conclu entre des acteurs économiques concerne à la fois la régulation sectorielle et le droit commun de la concurrence. Mais le régulateur s'occupe principalement des contrats d'accès aux réseaux, plus étroit que celui du droit de la concurrence, mais sur lequel il intervient plus fortement le contrat alors que l'autorité de concurrence n'est qu'un modulateur des contrats. Pourtant, le Conseil de la ui; intervient désormais plus activement dans les contrats, à travers les mesures conservatoires. Mais la différence demeure car l'autorité de concurrence ne fixera pas le prix. D'un autre côté, les contrats soumis au régulateur n'échappent pas pour autant à l'autorité de concurrence. L'auteur souligne par ailleurs que le contrat est un instrument de la régulation sectorielle, parce qu'il est le moyen pour le régulateur de produire des incitations et d'entrer en négociation avec les entreprises. La technique contractuelle est moins familière aux autorités de concurrence mais prend désormais pied, y compris dans la répression des pratiques anticoncurrentielles, pour obtenir un changement le plus rapide et le plus fiable possible de comportement.