

Marie-Anne Frison-Roche :

On peut en effet considérer que le rôle, et donc la puissance, des juges et plus généralement des juristes, a été sous-estimé dans les secteurs économiques régulés en France. Cela résulte de la culture d'un pays, la France ayant depuis la Révolution française conçu le droit avant tout comme le bras armé du pouvoir politique. Il en est différemment des Etats-Unis, dans lesquels a été importée la culture anglaise où le droit et ses professionnels ont un rôle autonome et développent de ce fait une puissance première. Cette cartographie venue de l'Histoire demeure et le schéma nord-américain s'étend. Ainsi, si l'on prend l'exemple de la neutralité du Net, la problématique née aux Etats-Unis a immédiatement donné lieu à l'intervention d'un juge quant à la compétence du régulateur des télécommunications d'intervenir à ce propos.

La puissance du droit, à travers la présence du juge, qu'il soit spécialisé ou ordinaire, à travers ses outils qui sont le contrat et les droits de propriété, adéquats au mécanisme de marché, se développe en France, ne serait-ce que sous la pression des avocats, qui se tournent naturellement vers le juge de recours pour contester les décisions du régulateur. De plus en plus, la culture juridique va s'étendre : ainsi, la législation, souvent appréhendée en France comme un pur acte politique, est perçue davantage dans sa dimension juridique. Le pouvoir du législateur est bridé de ce fait, par des principes de méthode, comme la sécurité juridique, de contrôle à travers la question prioritaire de constitutionnalité grâce à laquelle l'organisation juridique des autorités de régulation peut être revue. La demande forte de règles sera satisfaite non seulement par le pouvoir politique mais encore par le système juridique lui-même, dans son aptitude à produire de la cohérence et de la prévisibilité, indépendamment de l'injection de règles nouvelles par un pouvoir politique exogène.

La forte présence du droit dans un secteur économique régulé devient « coloré » par celui-ci. En effet, dans une conception instrumentale, le droit a vocation à servir les fins dont le législateur a politiquement souhaité voir la réalisation. Le droit de la régulation est par nature téléologique, c'est-à-dire gouverné par les buts que le pouvoir politique a désignés. Le droit de l'Union européenne est exemplaire de cette conception.

Il faut donc ici se demander quel rôle peut avoir le droit pour que de l'innovation advienne. A cet égard, le droit peut apparaître aussi bien comme un obstacle que comme un accélérateur. En effet, le Président Jean-Pierre Jouyet, lors de son intervention, a insisté sur le fait que les opérateurs sont globaux, ce qui implique une régulation globale. En effet, le pragmatisme conduit à concevoir des règles dont la portée a la même ampleur que les contours des agents auxquels elles s'appliquent. Or, ces règles sont des règles de droit et le président Jean-Pierre Jouyet insistait sur le fait qu'une régulation au moins européenne était requise, faute de rêver à une régulation mondiale. Si cela relève d'un doux rêve, alors qu'il s'agit d'un impérieux besoin, c'est précisément parce que ces règles sont de nature juridique. En effet, tant qu'elles sont produites par les Etats, êtres juridiques aptes à produire des normes contraignantes (*hard Law*) mais dont la portée est limitée à leurs frontières, elles sont plus « petites » que les agents sur lesquels elles portent et deviennent de ce fait inefficaces.

Que faire ? Il faut alors briser le lien à l'instant évoqué entre l'Etat et le droit. Cela peut être fait si les règles de comportement ont pour origine les agents eux-mêmes, soit sur un mode unilatéral (charte, etc.), ce qui renvoie à la *soft Law*, soit sur un mode synallagmatique, c'est-à-dire par le contrat. Dans ces *soft regulations*, le danger est celui de la capture puisque le personnage de l'émetteur de la règle se confond avec celui sur lequel porte la règle. Des règles procédurales de contrôle, comme la transparence, la reddition des comportements (*accountability*) et la réputation, deviennent indispensables. Une autre façon de briser ce lien entre le droit et l'Etat, pour que le droit demeure efficace dans des secteurs où agissent des entreprises globales, est de permettre aux régulateurs d'émettre des normes globales, par convergence. Là encore, l'effet de contrainte n'est pas immédiat mais secondaire, l'organe exemplaire de cela étant le Comité de Bâle en matière prudentielle, qui peut inspirer les autres secteurs. A regarder comment l'Union européenne parvient à construire cette régulation unifiée, alors même qu'elle n'est toujours pas formellement dotée d'un Gouvernement économique, on constate que la surréaction à la crise financière fait naître des superviseurs européens, tandis que, dans des secteurs qui ne sont pas passés près du gouffre, depuis plus d'une décennie, la mise en réseau des régulateurs européens a produit une doctrine commune, cette *soft Law* suffisant à rendre les droits nationaux compatibles entre eux. Il en résulte pour les entreprises une emprise juridique complexe, puisque plusieurs régimes juridiques leur sont applicables, mais non ingérables, puisque le système n'est pas contradictoire grâce à cette mise en réseau institutionnelle.

Sans doute, cette définition minimale de l'unité, à savoir la compatibilité des règles nationales, est la seule que l'Union européenne peut pour l'instant s'offrir, sans pouvoir aller vers une intégration plus substantielle. En effet, si l'on observe dans différents secteurs les systèmes juridiques nationaux en place, on retrouve la différence de culture notamment entre la France, l'Allemagne, l'Italie, l'Espagne, d'une part, où l'administration pose les règles et le contrat se glisse dans les interstices parce que ces systèmes de *civil Law* se construisent sur la distinction première du droit public et du droit privé (la régulation étant perçue comme appartenant au premier bloc), tandis que le Royaume-Uni, qui ne connaît pas cette *summa divisio*, se fonde juridiquement depuis toujours sur le contrat et son naturel gardien qu'est le juge. C'est pourquoi, dans ce pays, comme aux Etats-Unis bâtis sur le même modèle, celui de la *common Law*, la régulation est née d'une inflexion du droit de la concurrence, alors qu'en Europe et dans les pays européens de droit continental, elle est issue d'une concession faite au droit de l'Etat, au droit public. Cette différence historique, au sein même de l'Europe, explique que les Britanniques ont toujours plus d'allant en matière de régulation, articulée à la concurrence, alors que, par exemple en France, la régulation est perçue comme une sorte de branche d'un droit public spécial. L'unité substantielle européenne n'est guère possible dans ces conditions.

L'Europe peut alors avoir pour ambition, et de directives en directives, la progression va dans ce sens, d'assurer la compatibilité des systèmes juridiques nationaux de régulation. Il en résulte que le droit est coûteux pour les entreprises mais il peut cesser d'être entravant et peut, s'il est bien conçu par les régulateurs et les juges, leur apporter un avantage que le marché, par nature risqué, ne leur apporte pas : la sécurité juridique. C'est sans doute cela que l'on peut attendre du droit avant tout, non pas d'être simple, non pas d'être bon marché, mais d'être compréhensible et stable dans le temps. Pour cela, le régulateur doit prendre des normes qui, certes sont adéquates à la finalité posée par le législateur, par exemple l'innovation, mais surtout ne pas changer la règle. En effet, l'innovation est un processus qui se développe dans le temps, la recherche n'étant pas instantanée, contrairement aux opérations ordinaires de marché que sont les échanges. Dès lors, le régulateur retrouve une fonction qui lui est naturelle et qui

est essentielle, à savoir l'injection dans le marché d'un élément qui ne lui est pas naturel : la durée. La norme peut installer du long terme dans un marché, ce qui favorise par ce seul fait l'innovation.

Une norme qui ne change pas est une figure très classique en droit. En effet, la loi est présentée comme « gravée dans le marbre ». En ce qu'elle est perpétuelle, elle n'appartient pas au temps. Mais paradoxalement, elle n'a pas de ce fait une durée qui lui soit attachée, ce qui permet à l'auteur de la loi de la changer à tout moment, créant ainsi le pire, à savoir l'insécurité juridique, la plaie des investisseurs, la menace pour toute innovation. C'est pourquoi à la notion de norme vient de plus en plus se substituer la notion d'engagement. Passant de la métaphysique de l'éternité au pragmatisme des marchés, les opérateurs demandent au régulateur de s'engager juridiquement à ne pas changer pendant un temps donné. Apparaît alors l'instrument juridique qui exprime par nature l'engagement dans le temps : le contrat.

Le contrat est lui-aussi une figure classique du droit, peaufiné depuis le droit romain. Il est un instrument de stabilité, de sécurité et de prévisibilité. On a jusqu'ici surtout associé le contrat avec les marchés ordinaires de biens et services. Cela tient alors à notre propension dogmatique, associant le marché concurrentiel au droit privé, qui met en son centre le contrat, tandis que les secteurs régulés relèveraient du droit public, marqué avant tout par l'acte administratif unilatéral. Si l'on veut bien mettre de côté cette conception, tenant avant tout aux pesanteurs universitaires, on constate que les marchés concurrentiels, qui ne peuvent se passer de l'arrière-fond des Etats, fonctionnent sur des « contrats-échange » qui permettent que des biens et des services soient transférés en un instant (c'est-à-dire hors du temps) entre les offreurs et les demandeurs. Le moment de l'accord et le moment de l'exécution coïncident. Dans des situations plus complexes, par exemple lorsqu'il y a un décalage dans le temps entre le moment où l'opérateur va investir de l'argent et le moment où il va en gagner, la projection et cette prise de risque étant la condition de l'innovation, le droit va minimiser le risque inhérent à cette audace, grâce à des « contrats-organisation » qui sont alors mis en place. Les contrats de recherche et développement en sont l'exemple le plus simple et l'on sait que le droit de la concurrence les tolère, alors même qu'ils constituent des ententes entre entreprises. Ainsi, dans les secteurs régulés, le contrat peut être un outil parfaitement adéquat, parce que, pour reprendre l'expression du doyen Carbonnier, le contrat est « *la petite loi* » des parties qui se contraignent dans leur comportement futur. Plus encore, le régulateur peut lui-même participer à cette construction contractuelle, en s'engageant à l'égard des opérateurs si ceux-ci s'engagent à son égard. La technique des engagements, développée en droit de la concurrence pour devenir dans les mains des autorités de concurrence un véritable outil de régulation notamment à l'occasion du contrôle des concentrations, pourrait être utilisée de cette façon. Il pourrait s'agir de « contrat de régulation ».

Cette conception dans laquelle le contrat devient un outil adéquat aux secteurs régulés parce qu'il organise ceux-ci, résoudrait de ce fait la difficulté précédemment évoquée de l'internationalité des marchés. En effet, la force obligatoire des contrats vient de la volonté des parties et non des Etats. Dès lors, des contrats internationaux, entre les agents, les consommateurs, les régulateurs, pourraient suppléer l'inaptitude des Etats à réguler efficacement hors de leurs frontières. Il est certains que le juge, personnage par nature associé à la présence d'un contrat, en devient plus puissant. De fait, nous nous rapprochons d'un système anglo-nord-américain, sauf à préciser que le régulateur n'est pas une partie comme une autre, puisqu'il ne poursuit pas son intérêt particulier.

Le juge devient le personnage central du système, surveillant aussi bien les personnes que les normes produites. L'essentiel alors, quels que soient les systèmes, est qu'il soit bien formé. En effet, dans une

conception minimale, on considérera que la décision substantielle de régulation, par exemple la décision adéquate à produire de l'innovation, suppose une expertise que possède le régulateur et que le juge ne détient pas. Dans un tel cas, celui-ci demeurera sur son terrain naturel de contrôle, à savoir la procédure, poussant le régulateur à se juridictionnaliser. Cela est observable dans tous les secteurs et tous les pays. Le régulateur y gagne en légitimité mais perd en rapidité d'intervention. Si le juge devient plus savant, par accumulation d'expérience, cela tient à la maturité des régulations, ou par éducation, cela tient à l'état des Universités, un contrôle plus substantiel est concevable. Il produit à la fois plus de sécurité, puisque le régulateur est contrôlé par un juge, et plus d'instabilité, puisque les décisions seront sans cesse attaquées, ou de fait négociées, ce qui ramène à la figure du contrat mais sous sa forme grise.

D'une façon plus fondamentale, si les régulateurs ne s'engagent pas dans la durée, alors que l'innovation ne pouvant désormais se produire dans l'instant parce qu'elle requiert des investissements à long terme et des retours sur investissement prévisibles, l'outil juridique à privilégier dans un secteur régulé devient, non plus la norme unilatérale à laquelle il peut être mis fin à chaque instant, mais l'engagement contractuel qui sécurise le contexte normatif pendant un temps donné, et ce pendant la dimension internationale de l'investissement requis par l'innovation recherchée. Une culture juridique contractuelle, le souci d'un juge fort, respecté et compétent, sont alors requis. On peut penser que des pays où le droit mobilise les élites plus que ne le fait le service de l'Etat dans lequel le droit n'est qu'un instrument neutre, sont historiquement plus adaptés à cet état de fait.

Dans les faits, si l'on veut que l'innovation, qui suppose une prise de risque, non seulement technologique, mais encore et avant tout financier, soit décidée et soutenue par les marchés, soit soutenue, sans doute, en dehors de cas particuliers comme celui de risques systémiques, l'organisation juridique optimale est celle d'un contrôle *ex post*, c'est-à-dire par le juge, l'organisation *ex ante* étant celle du contrat. En effet, le contrat-organisation, comme la décision du régulateur, injecte de la durée dans les marchés. Il permet aux parties de répartir entre elles le risque et le poids de l'investissement, incitation de le faire : les agents économiques n'investissent pas sur ordre de l'Etat. En contrepoint, le juge doit toujours être là, notamment pour s'assurer de cet équilibre dans la répartition des risques, de la validité des clauses, parfois abusives, etc. Un contrôle *ex post* permet à l'agent économique d'être jugé sur pièces et non d'avoir à obtenir une sorte de recevabilité avant d'agir, ce qui, dans un système économique où la rapidité d'action est un atout majeur, constitue en contraste un handicap dans la compétition mondiale. Je vous remercie.