

PERSPECTIVES JURIDIQUES SUR LA LUTTE CONTRE LES EFFETS PERVERS DE LA DEREGULATION :
COMMENT TIRER UNE LECON GENERALE, NORMATIVE ET INSTITUTIONNELLE DE LA RESOLUTION DE
LA CRISE FINANCIERE EUROPEENNE (UNION BANCAIRE) AU BENEFICE DE L'ENSEMBLE DE
L'ECONOMIE INDUSTRIELLE

MAFR

1. En ce qui concerne le droit, il faut partir de l'Europe. En effet, le mouvement est venu de l'Europe, dans les années 1980 (par la jurisprudence de la CJCE) et 1990 (par les directives conçues par la Commission européenne).
2. Aujourd'hui, les droits nationaux des Etats-membres n'existent quasiment plus en droit de la concurrence, ils ne sont que des capteurs et des applicateurs (*enforcement*) du droit européen. Or, le droit européen est conçu par la Commission européenne, qui s'est développé autour de l'idéologie du droit de la concurrence.
3. Cela n'était pas « inscrit dans l'ADN de l'Europe ». En effet, l'Europe devait et doit être construite. Mais pas nécessairement par la concurrence. D'ailleurs, le premier traité était le traité CECA de 1951, alors que le traité de Rome de 1957. C'est donc 6 ans plus tard et l'objet n'est pas le même.
4. C'est la Commission qui a posé que le moyen de construire l'Europe est la concurrence, c'est-à-dire la liberté des opérateurs atomisés, qui commercent entre eux et ne peuvent ainsi se faire la guerre, la concurrence concrétisant le projet de paix entre les Nations européennes, selon le projet kantien.
5. Le traité CECA avait une toute autre philosophie : mettre en commun les ressources matérielles : le charbon et l'acier, pour que l'Europe redevienne un acteur internationalement puissant dans une économie dont le champ s'élargissait de plus en plus et au regard de laquelle les puissances économiques internes à l'Europe devaient unir leurs forces et s'unifier, notamment dans leurs techniques, leurs ressources et leurs normes.
6. L'Histoire a fait que l'idéologie de la concurrence (l'union par la liberté) a recouvert l'idéologie de la construction (l'union par la construction technique). Or, ce n'est qu'en 1989 qu'un Règlement communautaire a offert à la Commission européenne l'extraordinaire pouvoir d'opérer le contrôle des concentrations. Il n'existait pas avant.
7. Est-ce que cela va continuer ?
8. L'analyse est ici juridique. Le changement juridique peut venir de l'Europe, puisque tout se passe à l'échelle européenne. C'est ce qui est en train de se passer en matière bancaire et financière, matière dans laquelle toute l'Europe est en train de changer, passant d'un système concurrentiel à un système de régulation technique (1). Or, ce qui est arrivé dans ces secteurs

de banque, finance, assurance, peut/doit dans les autres secteurs techniques régulés, puisqu'il existe un droit commun de la régulation (II).

I. L'ÉVOLUTION DE L'EUROPE BANCAIRE ET FINANCIÈRE

9. L'Europe de la banque n'existait pas. En cela, les économies nationales étaient épuisées, puisque les banques étaient traitées comme des « entreprises comme les autres », condamnées par les Autorités de concurrence, notamment la Commission européenne.
10. Puis, est arrivée la crise de 2008. Il convient de s'arrêter sur la prise de conscience de l'insuffisance de droit du marché qui n'inclut pas un droit spécifique du système de financement, pour décrire ensuite la construction de l'Union bancaire et financière européenne et l'apparition d'une Autorité technique et régulatrice nouvelle qu'est la BCE.

A. LA CRISE BANCAIRE ET FINANCIÈRE DE 2008

11. La crise bancaire et financière qui débuta en 2008 est une crise de régulation. En effet, c'est parce que des produits financiers non régulés, les produits titrisés opaques, circulaient sur les marchés, affichant une sécurité de solvabilité, alors qu'ils recouvraient des actifs toxiques, qu'il y a eu défaut et crise systémique.
12. La crise est donc une crise de la régulation. Il est acquis que c'est l'absence de régulation des produits financiers, qui ont été laissés à la loi du marché concurrentiel, à savoir l'absence de transparence des produits et la totale circulation des produits de par le monde, la totale possibilité de les acquérir et de les vendre, etc., qui a enclenché une crise mondiale, dont la principale victime est l'Europe.
13. En outre, cette crise de la régulation tient dans l'asymétrie d'information du régulateur. En effet, chacun savait qu'il ne savait pas ce qu'il faisait. Ecrire cela sans frémir et continuer...
14. Ainsi, les mathématiciens ont fabriqué des produits financiers « complexes », et incompréhensibles pour ceux qui les manient (banques, investisseurs). Cela s'appelle des bombes, ou au jeu des mistigris que l'on se passe de mains en mains.
15. S'y sont ajoutés les conflits d'intérêts, puisque en premier lieu, les agences de notation qui ont noté triple A sont des sociétés privées qui conseillaient en même temps les émetteurs des produits. L'on a rien dit. Les concepteurs des normes IFRS, qui sont des normes financières plus que comptables conçues par des experts privés anglais, ont engendré des effets procycliques, dans l'indifférence du principe de prudence contenu dans la comptabilité classique conçue par les pouvoirs publics, et l'on a rien dit.
16. Les places boursières sont des « entreprises de marché » qui sont des entreprises de marchés, sociétés anonymes dont les actions sont cotées sur leur propre marché, et l'on ne dit rien. Les places boursières Euronext et ICE viennent de se concentrer et l'on ne dit rien.

17. Alors les places sont des infrastructures essentielles. En droit bancaire et financière, on sait qu'elles ont des pouvoirs de régulation. Ce sont des régulateurs privés de second degré.
18. Mais la crise a coûté très cher et a fini faire couler l'Europe et les Nations de l'Europe.
19. C'est la Commission européenne qui a permis qu'il n'en soit pas ainsi, car vient un moment où l'idéologie s'arrête : « nécessité fait loi ».
20. En effet, les pays ont déclenché des aides. Or, les aides d'Etat sont prohibées. Mais par une communication générale d'octobre 2008, la Commission européenne a immédiatement fait savoir que la prohibition des aides d'Etat ne serait pas appliquée en raison du contexte lorsqu'un Etat européen apporte son aide à une banque. On observe la rapidité de réaction de la Commission puisque les 15 jours où l'Europe fût en risque extrême étaient la seconde quinzaine du mois d'octobre.
21. Ainsi, l'Europe sait s'arrêter lorsqu'elle se saborde elle-même (pendant ce temps, la FED prêtait directement non seulement aux banques, mais aux entreprises...).
22. L'Europe alla plus loin et construisit très rapidement, alors que l'on croyait cela impossible faute d'Europe politique, mais les crises donnent des ailes, une Europe bancaire, financière et monétaire.

B. LA CONSTRUCTION EN COURS DE L'UNION BANCAIRE ET FINANCIERE EUROPEENNE

23. L'Europe a pris conscience qu'un espace économique ne peut pas tenir, même sans « gouvernance de politique industrielle », s'il y a pas une structure bancaire, financière et monétaire (le monétaire pouvait aller plus loin que le maintien de la valeur de la monnaie, c'est-à-dire la lutte contre l'inflation, et prendre la forme de la stabilité).
24. On observera que ce type de raisonnement peut tout aussi être tenu pour l'énergie, les communications, les transports, l'eau, la recherche. Pour l'instant, on ne le fait pas parce qu'une crise ne nous a pas ruinée et n'a pas failli nous faire disparaître.
25. A partir de ce moment-là, ce n'est plus la Commission européenne, via la DG concurrence, mais via la DG marché intérieur qui est intervenue. Dès l'instant que l'on change de direction, l'on change la perspective. Or, rien ne pose que la Commission européenne se réduit à la DG concurrence.
26. La DG concurrence tient tout son pouvoir de son cumul d'un pouvoir normatif **de fait** (proposition de directive et règlement, mis désormais en paquet) et pouvoir de décisions individuelles de sanctions de droit, mâtinés **de fait** de politique de deal (« programmes de clémence »), ce qui lui permet d'être « politique » en particulier et en générale (« la politique de la concurrence », par exemple en matière énergétique...).

27. Mais en matière d'union bancaire, l'on est revenu à un mode français d'élaboration, c'est-à-dire des textes de base, des traités, et des institutions d'applications.
28. Mais tout d'abord l'Union européenne a adopté un Règlement en janvier 2010 instituant l'*Autorité Bancaire Européenne, l'EBA*. (un Règlement a un effet direct). Elle dispose par exemple d'un pouvoir de surveillance et de sanction sur les agences de notation. En décembre 2012, ce texte fût modifié pour confier à la Banque Centrale Européenne un pouvoir de supervision prudentiel sur l'ensemble des banques systémiques en Europe (6000).
29. Puis, l'ESMA a été mise en place le premier janvier 2011, ainsi que l'EIOPA à propos du secteur des assurances. Ces autorités doivent non seulement surveiller le marché européen, superviser les acteurs financiers et d'assurance mais encore contribuer
30. Enfin, les Etats-membres ont conclu le *Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance au sein de l'Union économique et monétaire*. Or, l'on pouvait penser que cela était contraire aux droits nationaux, tant il y avait dépossession des droits régaliens. Mais le Conseil constitutionnel français, par sa décision du 9 août 2012, puis le Tribunal constitutionnel allemand, par sa décision du 12 septembre 2012, l'on déclaré compatible.

C. L'APPARITION D'UN SYSTEME COMPLET NORMATIF ET INSTITUTIONNEL, BASANT SUR LE RISQUE TECHNIQUE LA BANQUE CENTRALE EUROPEENNE, AUTORITE DE SUPERVISION ET DE REGULATION, PENDANT DE LA COMMISSION EUROPEENNE

31. Le risque systémique et l'incapacité à le prévenir a failli tuer l'Europe. La concurrence l'aurait achevée si la DG concurrence l'avait pas retenu le glaive de la prohibition des aides d'Etat.
32. Aujourd'hui, non seulement des multiples règles apparaissent, qui sont conçues par des financiers et des techniciens de la matière. Par exemple, l'enjeu actuel est la mise en place des règles européennes comptables qui ne soient pas les IFRS. C'est aux comptables, notamment allemands et français d'intervenir. Ainsi, les techniciens, ceux qui connaissent les choses elles-mêmes, qui reprennent les commandes.

II. PEUT-ON CONCEVOIR UN MOUVEMENT SYMETRIQUE DANS LES AUTRES SECTEURS ?

A. LES LIENS POSSIBLES ENTRE LES SECTEURS FINANCIERS ET LES « INDUSTRIES DE RESEAUX »

33. Handicap. Y a-t-il une crise ? Oui, car tout d'abord **analogie** : l'information est mondiale. Or, crise de la perception de la sécurité des installations énergétiques et des produits énergétiques : analogies entre énergie et bancaire. Il faut des techniciens qui maîtrisent le risque énergétique.
34. Idem pour les télécommunications. Le droit de la concurrence est « aveugle » alors que la régulation est construite sur la spécificité du produit qui circule sur le marché. Ainsi, on a dit que les télécommunications étaient l'objet d'une « régulation transitoire ».
35. C'est faux. En effet, circulent dans les télécommunications des « données », des données « sensibles » (sécurité des Etats, risques, terroriste), et des données « personnelles (les personnes elles-mêmes. Il faut des spécialistes, des militaires, etc. Projet de loi de programmation militaire votée par le Sénat le 21 octobre 2013.
36. En outre, il n'y pas seulement des analogies, il y a aussi des **interférences** entre les secteurs : du fait de la financiarisation de l'économie. Tous les secteurs économiques deviennent des sous-jacents : énergie (Enron = catastrophe), marchés agricoles (destruction de la PAC, remplacement par un marché concurrentiel qui s'offre à la finance = exemple de la bulle londonienne sur le cacao).
37. L'ESMA intervient sur les produits financiers dérivés sur le sous-jacents agricoles. Cela peut être l'inverse. Aux Etats-Unis, renforcement des pouvoirs et du régulateur financier (Dodd-Frank) en 2010 et du régulateur des commodities (CFTC) en 2012.

B. LA CHANCE JURIDIQUE CONSTITUEE PAR L'ABSENCE DE PUISSANCE FINANCIERE FACE A DES OBJECTIFS JURIDIQUES COUTEUX (la traduction juridique de l'imperméabilité entre la micro-économie et la macro-économie)

38. L'Europe n'a pas d'argent et n'en aura pas (contrairement aux Etats-membre...). Or, elle peut vouloir sortir de la concurrence (qui ne lui coûte rien, ce n'est que normatif). Si elle fixe des objectifs de politique environnementale, alors elle pose des mixtes énergie/environnement.
39. Or, l'Europe s'est, par l'Union monétaire, liée les mains et a lié les mains des Etats dans le pacte de stabilité. Il faut donc faire des calculs de coût/bénéfice. Certes, le pont continue de n'être pas construit entre la micro-économie et la macro-économie. Or, la macro-économie est dans les Etats-membres et la micro-économie dans l'Europe réduite dans le droit de la concurrence (ce qui ne posait pas problème car la concurrence relève de la micro).

40. Mais si l'Europe se pose des objectifs macro, alors il faudra qu'elle renvoie aux Etats et aux corps techniques le pouvoir qui tient au maniement de la macro.
41. Dans le vocabulaire de la CJUE, cela relève des « marges d'appréciation » des Etats.
42. Or, la CJUE s'oppose de plus en plus à la Commission européenne qui n'envisage comme outil que la micro, alors qu'elle prétend fixer des objectifs macro, parce que l'Europe a besoin de ceux-ci (cf. communiqué sur l'énergie, qui sont analogue à ceux sur la finance : il n'y a pas de marché concurrentiels des biens et services s'il n'y a pas un système énergétique sous-jacent).

C.LA MONTEE EN PUISSANCE DE LA PROPRIETE INTELLECTUELLE ET SA PROTECTION PAR LA COUR DE JUSTICE

43. Le droit de la concurrence est hostile au droit de la propriété intellectuelle (droit d'auteur et brevet).

D. LA PERSPECTIVE DE REGULATEURS EUROPEENS

44. ESMA (dont le siège est à Paris), EBA (dont le siège est à Londres), mais aussi EMA.
45. Régulation par les risques (EMA : autorisation européenne de mise sur le marché).*
46. Restauration d'une régulation par l'objet (objet dangereux, défectueux, contaminant, etc.), régulation confié à ceux qui connaissent l'objet.
47. Régulateur sectorielle : Europe digitale : régulateur audiovisuel.
48. Alliance de la régulation et de la supervision : proposition de la notion de « opérateur crucial » qui vaut pour toutes les industries : plus d'obligations et plus de droit (régulateur de second degré).
49. Au-delà de la régulation d'un secteur supervisé et sécurité, construction d'un secteur (rien de plus classique, ce fût la base en Europe) : construction de secteurs européen). Certes, pas par les Etats-membres (pas forcément de « politiques industrielles ») mais qu'il y a assez de liberté pour que des secteurs soient cohérents et aient une aire naturelle qui soit l'aire européenne : neutralité fiscale, par exemple, règle commune (SEC : émet des règles unilatérales mondiales).