

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2020

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 3

**Le Droit de la Régulation
Équilibre entre
la concurrence et d'autres
soucis**

14 octobre 2020

INTRODUCTION

Les deux « attractions » pour définir la Régulation

- **Les deux premières définitions de la Régulation, établies au regard du seul principe de concurrence (leçon 2),**
 - Voie sur une concurrence effective grâce au Droit
 - Injection de règles dérogatoires à la concurrence du fait de « défaillance de marché » alors que dans l'idéal le marché devrait suivre le principe de concurrence
- **La définition de la Régulation comme Équilibre entre le principe de concurrence et d'autres principes**



I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE

1. La nature « concrète » du Droit de la Régulation face à l'abstraction du Droit de la concurrence

- Électron, médicaments, lettres, colis, molécules, organes,
- **Reconcrétisation** d'un monde « **neutralisé** » par le Droit de la concurrence
- « **Pragmatisme** » du Droit de la Régulation et conséquences
- « **Politique** » du Droit de la Régulation et conséquence
- « **Philosophie** » du Droit de la Régulation et conséquence

I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE

1. La nature « **concrète** » du Droit de la Régulation face à l'abstraction du Droit de la concurrence

- Le Droit de la concurrence et le libéralisme mondial
- Désenchantement du monde et réenchantement du monde
- Désertification du monde et repersonnification du monde par la Régulation (Cass. R. Sunstein)

I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. LA RÉGULATION, RECONCRÉTISATION DU MONDE

2. La neutralisation du Monde par le Droit de la concurrence *versus* le Droit de la Régulation

- **Le besoin de durée**
- La jonction entre Régulation et politique industrielle/ Le « contrat de régulation » : Poste / ADP.
- **Le danger**
 - à l'intérieur des objets
 - Sécurité dans les transports
 - À l'extérieur des objets
 - Le risque systémique
- **Le lien**
 - À l'intérieur du secteur
 - Les commissions interbancaires
 - Les plateformes
 - A l'extérieur du secteur
 - L' « inclusion bancaire »
 - L'environnement : régulation ?

I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

B. LES ÉLÉMENTS COMMUNS AUX DIVERS OBJETS TECHNIQUES RÉGULÉS

1. Les éléments techniques communs dans la diversité des objets techniques régulés

- Le « besoin » de vie :
Régulation (ou non ?) de la santé
- Le besoin de beau :
Régulation (ou non ?) de la culture
- Plus encore ? Le besoin d'enfant ?
Régulation (ou non ?) de la Maternité pour autrui
- Tout besoin est-il un « droit » ?
- Le besoin de savoir : le « droit de savoir » ? Éducation ? Shareholder ?
Droit d'accès aux documents administratifs ?

I. LA RÉGULATION, ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

B. LES ÉLÉMENTS COMMUNS AUX DIVERS OBJETS TECHNIQUES REGULÉS

2. Les soucis portés par l'objet technique « regardé »

- Défaillance ou souci définitifs
- Un régulateur définitif
- Des mandats longs ?
- Le luxe d'un cadre juridique ex ante et stable
 - Articulation avec l'innovation qui privilégie l'ex post au titre non plus de la « concurrence », mais de « l'expérimentation »
 - Régulation « à l'américaine »

II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. LES CONSÉQUENCES COMMUNES À TOUS LES OBJETS

1. Une régulation permanente

- Une unicité nouvelle autour des « risques » :
 - indépendante des secteurs
 - Banque / énergie
 - Indépendante de la distinction droit public / droit privé
- Une unicité nouvelle du régulateur :
 - Régulateur « fiduciaire »
 - Régulateur visible et reconnu
 - Régulateur en réseaux
 - « Interrégulation » pour suivre les risques (Europe)

II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

A. LES CONSÉQUENCES COMMUNES À TOUS LES OBJETS

2. Une gestion des risques par le Régulateur

- Suivant le regard porté, l'objet technique devient politique ou non
- Composition des Autorités de Régulation :
- Parlementaires ou non (CNIL – CSA – ARCEP)
- Membres du secteur ou non (AMF)
- Conception de « l'indépendance »

II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

B. LES CONSÉQUENCES DIVERGENTES SELON LES REGARDS PORTÉS SUR LES OBJETS

1. La constitution des autorités de régulation

- Suivant le regard porté, l'objet technique devient politique ou non
- L'Energie est-elle un « objet politique » ?
- Quel lien est fait entre Energie et l'Environnement ?
- Situation « géographique » :
 - frontières politiques ?
 - contours des marchés
 - Contours des « ambitions » ? (exemple de la pollution)

II. LES CONSÉQUENCES TECHNIQUES D'UNE RÉGULATION DÉFINIE COMME ÉQUILIBRE PERMANENT ET INSTABLE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES PRINCIPES

B. LES CONSÉQUENCES DIVERGENTES SELON LES REGARDS PORTÉS SUR LES OBJETS

2. Décisions nationales ou supranationales de régulation

- La « sécurité financière »
- « Loi de transparence et sécurité financière », 2003
- Etablissement de l'Union bancaire, 2014
- La régulation financière, bastion avancée du Droit commun de la Régulation
 - Sécurité des produits
 - Sécurité des personnes
 - Sécurité des systèmes
 - Conception américaine : régulation par la seule information des personnes + les mettre en aptitude à agir (Sunstein) = droit de saisir les « Autorités »

III. LE DROIT DE LA RÉGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »

A. LA DÉTERMINATION DES PRINCIPES QUI PEUVENT EN ÉQUILIBRE DÉFINITIF ET INSTABLE FACE AU PRINCIPE DE CONCURRENCE

1. L'équilibre entre principe de concurrence et principe de sécurité

- « Humaniser la régulation »
(Casstein ; Nudge Regulation)
- Le « service du public »
- Les « générations futures »
- Le « citoyen-consommateurs »
- La question des droits de l'homme
- **Quid de l'espace numérique ?**

**III. LE DROIT DE LA
RÉGULATION, CONSTRUCTION
ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE
ENTRE PRINCIPE DE
CONCURRENCE ET D'AUTRES
« PRINCIPES »**

**A. LA DÉTERMINATION DES
PRINCIPES QUI PEUVENT EN
ÉQUILIBRE DÉFINITIF ET
INSTABLE FACE AU PRINCIPE
DE CONCURRENCE**

2. L'équilibre entre principe de concurrence et principe d'humanité

- L'accès n'est pas un droit en Droit de la concurrence
- Il est un « droit » en Droit de la Régulation
- Le droit d'accès au réseau versus l'abus de domination dans le prix dans les facilités essentielles
- Le « prix équitable »
- Le contentieux de l'accès
- Le « droit d'accès à l'information »

III. LE DROIT DE LA RÉGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »

B. LE DÉVELOPPEMENT PAR LE DROIT DE LA RÉGULATION DE MÉCANISME PROPRE À ÉTABLIR ET MAINTENIR CET ÉQUILIBRE

1. Le principe d'accès

- Le détenteur de l'information doit la « porter » à celui qui en a besoin
 - Qui a l'information ?
 - Qui en a besoin ?
- Le lien entre « Régulation » et technique de *Compliance*
- Du « droit à l'information » au « droit à l'aptitude à utiliser l'information »
 - Comprendre l'information : obligation d'éduquer les parties prenantes ?
 - Donner aux parties prenantes les droits « processuels » nécessaires ?

III. LE DROIT DE LA RÉGULATION, CONSTRUCTION ET MAINTIEN D'UN ÉQUILIBRE ENTRE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET D'AUTRES « PRINCIPES »

B. LE DÉVELOPPEMENT PAR LE DROIT DE LA RÉGULATION DE MÉCANISME PROPRE À ÉTABLIR ET MAINTENIR CET ÉQUILIBRE

2. Le principe d'information portable

C. QUI TIENT LE FLÉAU DE LA BALANCE ENTRE LE PRINCIPE DE CONCURRENCE ET LES AUTRES PRINCIPES ?

1. Le régulateur
2. Le juge
3. Le gouvernement parce qu'il est légitime à faire les choix ?
4. Les États-Unis parce qu'ils ont la force ?
5. Les britanniques parce qu'ils ont pensé les règles du jeu ?
6. Les opérateurs parce qu'ils expriment la dynamique des secteurs ?