

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 5



**Géographie
&
Régulation**

18 novembre 2020

INTRODUCTION

L'Histoire, adossée à la Géographie

- **Fernand Braudel**
 - L'Angleterre est une île
 - Les Etats-Unis sont une colonie
 - La France est au centre de l'Europe

Définition de l'Etat : un **territoire**, un peuple, des institutions

- **Hannah Arendt**
 - Les États-Unis sont un grand espace de grands mouvements libres
 - Les États-Unis sont construits sur une charte qui les garantit : la Constitution
 - L'Allemagne, la France, l'Italie sont des Nations

INTRODUCTION

Le rapport entre le Droit et la Géographie

- Rapport « naturel » entre le Droit et la Géographie
 - Droit français, Droit allemand, Droit britannique, etc.
 - Droit comme emprise sur des sujets localisé (D.I.P.)
 - Construction des « zones » plus ou moins « nouvelles » (*jus comune*)

L'hypothèse d'un « Droit sans Géographie »

- Parce que la technicité de l'objet ou de la matière économique prévaudrait
 - Illusion ?
- Parce que l'espace sur lequel les objets se meuvent est lui-même a-géographique : le numérique
 - Illusion ?
- **La révolution de la « Régulation » est-elle là ?**
- **La disparition de l'État est-elle là ?**

INTRODUCTION

La régulation, une affaire d'État et d'Histoire, puisque de Géographie

- **Enchâssée par des contours géographiques**
 - A première « vue » : Régulation dans le territoire français
 - Seule certitude immédiate= Droit français
 - Territoire européen ?
 - Territoire autour de l'eau commune (Méditerranée) ?
 - Territoires qui « furent à « Nous » » ? (Les États-Unis pour les Anglais, les « colonies » ...)
 - L'Alsace-Lorraine ...
 - L'imaginaire : le paysage contractuel ; le numérique

INTRODUCTION

La régulation, un conflit aporétique avec la Géographie

- **Aporie entre Régulation et Géographie**
 - La Régulation ne peut qu'être enserrée dans les contours politiques de la géographie
 - La Régulation ne peut que suivre les contours des objets techniques mobiles

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

1. Le « Droit français de la Régulation »



- La Régulation prévue et émise par des Autorités Nationales
 - Le Droit de la Régulation, « branche du Droit » du système juridique français
 - La *summa divisio* Droit Public /Droit privé
 - La bataille pour classer le « Droit de la Régulation »
 - Les enjeux pratiques du classement : compétence juridictionnelle, liberté contractuelle, ordre public, etc.
- Insertion dans les catégories françaises
 - Les Autorités Administratives Indépendantes
 - La hiérarchie des normes

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

1. Le « Droit français de la Régulation »

- *Regulation & Regulatory Law*
- Invention de vocabulaire = concepts
 - *Enforcement*
 - *Remedies*
 - *Advocate*
 - *Accountability*
 - *Judicial Review*
 - *Due process*
 - *Compliance*
- Invention des raisonnements
 - Les « précédents »
 - La « jurisprudence »
 - La « doctrine institutionnelle »

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- L'application unilatérale d'un droit étranger
- L'effectivité du Droit de la Régulation, source d'une portée unilatérale extraterritoriale
- Tendance de tous les États
- Tendance des États-Unis

I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Rapport parlementaire du 5 octobre 2016 de Karine Berger et Pierre Lellouche :

Extraterritorialité des lois américaines

- **Propose que le droit européen fasse pareil**
- **En droit de la responsabilité**
- **En droit pénal**
- **Différence : les marchés financiers (régulation) et les licences (régulation)**

- Tendance à appliquer unilatéralement son Droit à d'autres territoires
- Tendance de tous les États. Opposition du Droit international public.
- La « sanction privée » (*retaliation*) de l'OMC est sous le contrôle de celle-ci.
- Seuls les États-Unis ont la force de se le permettre

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

1. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Application critiquable de la répression des manquements en-dehors de son territoire
- Rappel des principes par la Cour suprême des Etats-Unis
- *Supreme Court, Morrison v/ National Australia Bank, 24 juin 2010*
- Cour fédérale : compétence américaine saisie d'une class action entre parties non-américaines pour un comportement sur le marché financier américain
- Censure par la Cour suprême : incompétence. Les États-Unis ne sont pas les Régulateurs du monde.
- Une opinion dissidente : les États-Unis sont le marché financier du monde.

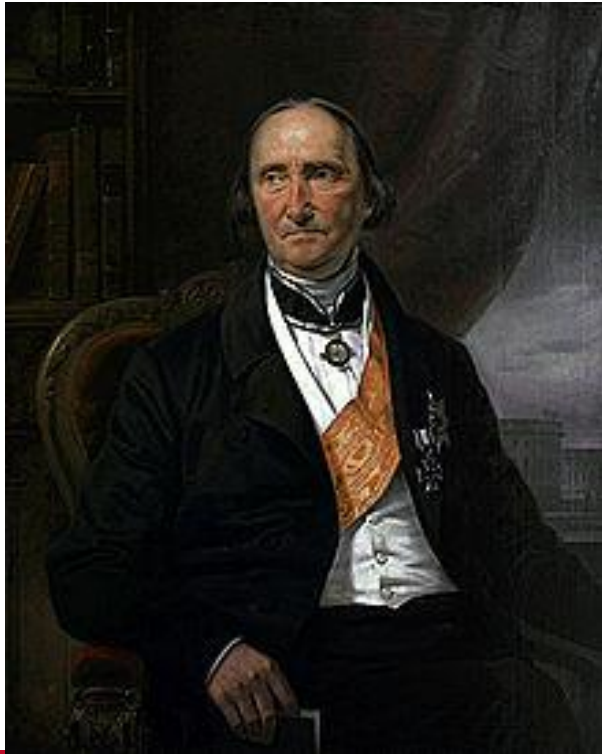
I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

- Discussion Posner / Breyer

Et si l'on reparlait de Savigny ?



I. LES RAPPORTS APORÉTIQUES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

A. LA RÉGULATION NÉCESSAIREMENT NATIONALE

2. Doit-on considérer la *Regulatory Law* comme une « invasion »

Le Droit de la Régulation sort des objets techniques

- Le territoire ne tient pas les objets

Le statut de la « frontière » :

- Statut politique de la frontière
- Statut sociologique de la frontière
- Statut juridique de la frontière
 - Barre du politique sur le territoire
 - « Barrière à l'entrée »

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

B. LE DROIT DE LA RÉGULATION, NÉCESSAIREMENT AU-DELÀ DE L'ESPACE NATIONAL

1. La prévalence des objets sur le territoire et la nouvelle formulation juridique de la « souveraineté »

La variation selon les secteurs

Les critères de variations :

- Les objets immobiliers et les objets mobiles
- Les objets à corporéité et les objets sans corporéités

Les exemples de variations :

- Des objets corporels et enracinés : la régulation de la propriété immobilière (cadastre par les notaires, profession réglementée et « acte authentique »)
- Jusqu'à l'objet sans corporéité et dès lors ne bouge pas : la donnée

La distorsion des objets par le double jeu de la finance et du numérique

I. LES RAPPORTS DIFFICILES ENTRE RÉGULATION ET GÉOGRAPHIE

B. LE DROIT DE LA RÉGULATION, NÉCESSAIREMENT AU-DELÀ DE L'ESPACE NATIONAL

1. La prévalence des objets sur le territoire et la nouvelle formulation juridique de la « souveraineté »

Le statut juridique de « l'habileté juridique »

- Principe général de la Fraude
- Légitimité du Droit des contrats et du Droit des sociétés

- « optimisations juridiques »
Et

- « stratégies d'efficacité juridique » et notion d'« attractivité juridique des places »

Que peut-on reprocher à *Google* ?

II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILETÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

A. LA PRÉTENTION DES OPÉRATEURS À UTILISER LA GÉOGRAPHIE POUR NE JAMAIS RÉPONDRE

1. L'habileté juridique des « opérateurs »

**Jurisprudence classique de la
Cour de justice de l'Union
européenne :**

**CJUE, 29 septembre 2019,
*Google***

(question préjudicielle posée par le
Conseil d'Etat)

- Contra : Extra-territorialité des lois américaines (bon ou mauvais modèle ?)
- Exemple de la loi du 27 mars 2017 dite « Vigilance » : bon ou mauvais modèle ?

**II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE,
HABILETÉ JURIDIQUE DES
OPÉRATEURS ET NOUVELLE
DÉFINITION DE LA
SOUVERAINETÉ**

**A. LA PRÉTENTION DES
OPÉRATEURS À UTILISER LA
GÉOGRAPHIE POUR NE JAMAIS
RÉPONDRE**

2. Le bénéfice paradoxal d'une
conception juridique classique des
frontières

**II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE,
HABILETÉ JURIDIQUE DES
OPÉRATEURS ET NOUVELLE
DEFINITION DE LA
SOUVERAINETÉ**

**B. LA PRÉTENTION DE
L'EUROPE À ORGANISER EN EX
ANTE UNE SOUVERAINETÉ
RÉGULATOIRE**

1. L'émergence de la notion de souveraineté européenne au-delà du monétaire



- La première construction européenne du haut vers le bas à travers le Droit de la concurrence
- La nouvelle construction de l'Europe à travers des régulations européennes
 - Le modèle Lamfalussy
 - Le CESEAR, le bien-nommé
 - La comitologie
 - Les observatoires
 - Le BEREC, l'ACER, l'EBA/ESMA/EIOPA/EMA

II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILITÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

B. LA PRÉTENTION DE L'EUROPE À ORGANISER EN EX ANTE UNE SOUVERAINETÉ RÉGULATOIRE

1. L'émergence de la notion de souveraineté européenne au-delà du monétaire

- Transmission d'une Europe Ex Post (Droit de la concurrence) vers une Europe Ex Ante (Droit de la Régulation) par l'initiative des entreprises (Droit de la Compliance)
- Dans des « filières »
 - Remplacement de la notion de « marché » par la notion de « filière »
 - Filière forestière européenne
 - From the Farm to the Fork
 - Initiative des Entreprises
 - GAIA-X

II. DISTANCE GÉOGRAPHIQUE, HABILITÉ JURIDIQUE DES OPÉRATEURS ET NOUVELLE DÉFINITION DE LA SOUVERAINETÉ

B. LA PRÉTENTION DE L'EUROPE À ORGANISER EN EX ANTE UNE SOUVERAINETÉ RÉGULATOIRE

2. La convergence entre initiatives des entreprises européennes et transformation des institutions européennes

Mouvement d'un Droit de la Régulation qui perd son rapport à la Géographie pour mieux Accroître son rapport avec la Souveraineté

**Enjeu majeur de la Souveraineté Européenne :
la « Souveraineté Numérique »**

**Implique
que le Droit classique
(Droit International Privé et Droit International Public) posant le
préalable de la frontière et de la « courtoisie »
passe au second plan**