

Mutations et évolutions du phénomène de régulation économique

Numa ISNARD

Docteur en Droit – Avocat au barreau de Paris

Citation de l'article : N. Isnard, « Mutations et évolutions du phénomène de régulation économique », D^{oc} Publication, Les Editions de l'Immatériel, 2017, pp. 119-127.

Chapeau

La régulation, issue de la rencontre entre droit et économie, constitue l'un des phénomènes juridiques les plus marquants. Procédant d'une double évolution, l'émergence de la régulation économique a modifié, d'une part, la perception traditionnelle de la normativité et entraîné une série de mutations institutionnelles et contentieuses remarquables. D'autre part, le champ d'application de la régulation s'est progressivement étendu. D'une application strictement sectorielle, il s'ouvre aujourd'hui, poussé par la confusion induite par le progrès technologique et l'avènement d'un cyberspace, vers son autonomisation et, peut-être, son dépassement.

Abstract

The concept of “regulation”, as understood under French jurisdictions, emerged after Law and Economics progressively encountered. Based on two distinct processes of evolution, the “regulation” first modified normative aspects of public action. Then, the impact of “regulation” dramatically increased. From a strictly sector-specific approach led by NRAs (National Regulatory Bodies), the scope of “regulation” is now expanding especially thanks to the rise of the cyberspace. These new realities may eventually overrun “regulation”, as mutations are the very essence of Law.

Article

La rencontre du droit et de l'économie constitue l'un des phénomènes les plus débattus de la théorie du droit¹. Issue de cette rencontre, la régulation économique est la manifestation juridique d'un mouvement global qui tend à déconstruire les formes traditionnelles d'intervention publique sur les marchés au profit de modes d'action renouvelés². La régulation constitue à ce titre un signe marquant des mutations qui impactent régulièrement les sciences juridiques.

Si l'on prend en exemple le secteur des télécommunications, il apparaît que cette industrie a profondément muté sous l'impulsion de réformes, dont la concrétisation s'est spécifiquement manifestée dans les traits de la régulation³. Avec la crise des années 1970 mettant fin à la période des Trente Glorieuses, la place de l'État dans les activités économiques s'est en effet réinventée, l'État planificateur laissant la place un l'État stratège et régulateur⁴, la réglementation cédant alors face aux assauts de la régulation.

Néanmoins, ce phénomène procède de mouvements plus profonds et s'est progressivement distingué au moyen d'une double évolution : conceptuelle d'abord (I), pratique ensuite (II).

I. Une évolution conceptuelle majeure : de la réglementation à la régulation

Le passage d'une logique verticale de réglementation à la régulation est la conséquence d'une série de mutations. Ces dernières sont intervenues dans la conception même de la normativité (a) et son expression institutionnelle, notamment contentieuse (b).

a. Une mutation normative

La conception traditionnelle de la normativité suit une conception pyramidale des normes, notamment théorisée par les travaux classiques de Hans KELSEN⁵. Cette vision communément

entendue se heurte néanmoins au phénomène de régulation qui tend à renverser cette construction, brouillant cette relation hiérarchique au profit de nouvelles logiques, témoin du passage à un droit postmoderne, là où les conceptions modernes se focalisaient sur l'ordre et la cohérence⁶.

La mutation conceptuelle semble néanmoins être à l'œuvre depuis longtemps. Ainsi, remettant en cause un droit public bâti sur le concept absolu de souveraineté, Léon DUGUIT introduit déjà, au moyen de la notion de service public, une conception fondée sur des réalités sociales et économiques et non plus sur une stricte verticalité issue de la « *puissance commandante* »⁷, posture qui tend, *in fine*, à un renversement du schéma normatif.

Mais cette logique d'inversion ne saurait suffire à saisir l'étendue de la mutation. Une vision des plus intéressantes réside alors dans la conception d'une normativité évoluant de la pyramide au réseau. La régulation est alors perçue comme « *le nouveau mode de production du droit [...] en réseau*⁸ » étant à même d'accompagner une production juridique issue de sources non plus hiérarchisées mais imbriquées dans une relation dialectique et complémentaire⁹.

Toutefois, la mutation de la conception normative se double d'une autre mutation, logiquement intervenue lors de la mise en œuvre des règles de la régulation.

b. Une mutation institutionnelle et contentieuse

Le phénomène de régulation a ainsi induit une modification radicale de la notion de normativité. Ce mouvement se retrouve institutionnellement par le développement des autorités administratives indépendantes (AAI), réceptacles apparemment naturels de la régulation¹⁰. Néanmoins, c'est selon nous en un point précis des attributions de la plupart des autorités administratives indépendantes que réside l'illustration la plus marquante du phénomène de régulation : le domaine de l'*ex post*, c'est à dire dans le contentieux¹¹ produit par ces mêmes AAI¹².

De manière plus générale, force est de constater que les actes de régulation, pris dans une acception plus générale¹³ et outre le strict contentieux sectoriel des AAI, produisent un contentieux spécifique de la régulation. Ce contentieux entraîne alors une perturbation et une adaptation des méthodologies juridictionnelles traditionnelles¹⁴. Relevons par ailleurs que le

juge administratif confère désormais une certaine valeur juridique aux actes dits « de droit souple » en leur ouvrant, sous conditions, le contentieux de l'excès de pouvoir¹⁵. Dès lors, la caractérisation d'un contentieux de la régulation met en lumière une évolution du périmètre de la régulation, ce dernier s'affranchissant peu à peu de sa catégorisation sectorielle.

II. Une évolution pratique du périmètre de la régulation

Les industries de réseaux constituent le champ initial et privilégié de mise en œuvre de la régulation (a). La tendance est cependant à l'élargissement du champ de la régulation, face à l'émergence de nouveaux enjeux (b).

a. La régulation des industries de réseaux

Les industries et services dits « en réseaux » sont traditionnellement apparus comme le champ d'expérimentation privilégié du phénomène de régulation. Qu'il s'agisse du rail, de l'énergie ou encore des télécommunications, ces secteurs partagent une réalité économique similaire : la tendance à la consolidation économique extrême, en d'autres termes, la monopolisation. Ce phénomène peut notamment être expliqué par l'importance des infrastructures, leur intensité capitalistique étant un corollaire des plus éclatants de leur criticité¹⁶.

Si les économistes se sont longuement penchés sur les aspects macro et microéconomiques de cette tendance¹⁷, les juristes ont ainsi, au moyen de la régulation, parachevé des constructions juridiques spécialisées¹⁸. Ces dernières aspirent à corriger ce phénomène et aboutir ainsi à l'émergence d'industries en réseaux concurrentielles, en accord avec les impératifs de service public, dans l'optique des propositions formulées par Léon DUGUIT¹⁹ ou encore, par la réglementation primitive des chemins de fer, empruntant par certains aspects directement au droit romain des voies de communication²⁰ !

Toutefois, des similitudes au-delà des schémas de régulation sectorielle initialement établis se sont progressivement distinguées. Elles permettent alors de caractériser l'existence d'un droit autonome de la régulation, situé hors des catégories existantes²¹. Ainsi, ce droit de la régulation fait des similitudes présentes dans les différentes régulations sectorielles, un prisme unifié d'organisation normative.

b. Les nouveaux enjeux de la régulation

Notion en constante évolution, la régulation ne semble pas avoir terminé sa mue. Ainsi, le phénomène de l'interrégulation²² interroge, notamment avec l'émergence d'un cyberspace auquel la notion de régulation *stricto sensu* ne peut répondre. Les éléments constitutifs du droit de la régulation sont une réponse trop vague face aux besoins d'Internet. De même, la conception traditionnelle d'une régulation sectorielle délimitant les champs d'intervention des différentes autorités de régulation n'est plus adaptée au cyberspace, tant les points de contact entre industries apparaissent nombreux²³.

Par ailleurs, la régulation semble se diffuser plus insidieusement dans des domaines jusqu'alors peu concernés par ce phénomène. Ainsi, certains voient dans la *compliance* une manifestation nouvelle de la régulation, ainsi doublée d'un phénomène de supervision. Cette nouvelle évolution tend à demander aux agents économiques l'adoption d'une logique nouvelle, ces derniers devenant acteurs dans la réalisation des objectifs de la régulation et le régulateur, devenant superviseur. Cette ultime évolution amène son lot d'interrogations nouvelles, notamment quant à la confiance, particulièrement dans la confidentialité des données issues des processus de conformité déployés en interne²⁴, là où la régulation sectorielle traditionnelle usait, par exemple, de la notion de secret des affaires.

*
* *
*

La régulation tend ainsi à se départir de son assise sectorielle originelle et apparaît impacter désormais un ensemble de domaines, notamment du fait du progrès technologique. Se pose alors le problème du contrôle juridictionnel d'une telle complexité, notamment à l'heure de la globalisation, qui tend à remettre en cause l'idée d'un « *contrôle en boucle*²⁵ » des actes de régulation.

¹ V. à ce titre, Alessandro STANZIANI (Dir.), *Dictionnaire historique de l'économie-droit, XVIIIe-XXe siècles*, LGDJ, 2007.

² Ezra SULEIMAN, *Le démantèlement de l'État démocratique*, Seuil, 2005, pp. 39-41.

³ Bruno RETAILLEAU, *Dix ans après, la régulation à l'ère du numérique*, rapport présenté à la Commission des Affaires économiques du Sénat, 2007 ; Corinne ERHEL, Laure DE LA RAUDIÈRE, *Rapport d'information sur l'impact de la régulation des télécoms sur la filière télécom*, Assemblée Nationale, 2013.

⁴ Pascal IDOUX, « Le droit public économique vu à travers la crise », *Droit Administratif*, 2010, étude n° 5.

⁵ V. Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, LGDJ, 1999.

⁶ Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit postmoderne ? », pp. 21-46, in. Les transformations de la régulation juridique (dir. Jean CLAM, Gilles MARTIN), 1998.

⁷ « [...] La notion de service public vient remplacer celle de souveraineté. L'État n'est plus une puissance souveraine qui commande ; il est un groupe d'individus détenant une force qu'ils doivent employer à créer et à gérer les services publics. La notion de service public devient la notion fondamentale du droit public moderne. » in Léon DUGUIT, *Les transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, pp. X, XIX.

⁸ François OST, Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, 2002, p. 26.

⁹ « [...] L'idée de régulation apparaît, à point nommé, dans un champ juridique qui prend désormais la forme du réseau ; elle permet de penser les délicates opérations d'équilibrage qui prennent place entre sources de pouvoir à la fois complémentaires et concurrentes ; elle accompagne les improbables percées du droit dans les mécanismes des sous-systèmes (économique [...]) qu'il souhaite contrôler ; à l'inverse, elle suit le mouvement à rebours par lequel les instances de ces sous-systèmes prétendent contrôler au moins une part de cette production juridique » in *ibid.* p.27.

¹⁰ Dans un contexte néolibéral, l'AAI a l'avantage de s'inscrire dans les exigences d'impartialité posées par les marchés qu'elles doivent réguler : « La montée en puissance des autorités de régulation, bien souvent indépendantes, trouve sa justification dans la rationalité des hommes politiques et les risques engendrés par les stratégies de recherche de rente. En découplant la régulation d'un secteur d'activité de considérations politiques, la régulation du secteur serait censée être plus efficace », Régis LANNEAU, « Néolibéralisme, droit et marchés », p. 61, in. *Droit et Marchés*, (dir. Sarah DORMONT, Thomas PERROUD), 2015.

¹¹ Pour une vision de référence sur la distinction controversée entre fonction contentieuse et fonction juridictionnelle, l'on pourra se reporter à la contribution de Jacques CHEVALLIER, « Fonction contentieuse et fonction juridictionnelle », pp. 275-290, in. *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, LGDJ, 1974.

¹² Thomas PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, 2013.

¹³ V. Laurence Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, 2008.

¹⁴ Marie CRESPIY DE CONINCK, *Recherches sur les singularités du contentieux de la régulation économique*, Dalloz, 2017, V. notamment pp. 761-766.

¹⁵ Cf. CE, Ass, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres ; CE Ass, même jour, Société NC Numericable. V. également *Etude annuelle 2013 du Conseil d'Etat - Le droit souple*, La Documentation Française, 2013.

¹⁶ Notamment perçues au moyen du prisme des « facilités essentielles », les conditions d'accès à ces infrastructures sont déterminantes pour l'émergence d'opérateurs alternatifs à l'opérateur puissant, détenteur desdites infrastructures. Cette théorie jurisprudentielle est d'origine américaine, initialement développée dans le domaine de l'*antitrust*. V. Reza R. DIBADJ, *Rescuing regulation*, State University of New York Press, 2006, pp. 94-98.

¹⁷ V. notamment pour le secteur des télécommunications : Jean-Jacques LAFFONT, Jean TIROLE, *Competition in Telecommunications*, MIT Press, 2001.

¹⁸ Ainsi, les principales industries en réseaux sont désormais dotées d'une autorité de régulation à l'image de l'ARCEP, la CRE ou encore l'ARAFER. Pour une présentation synthétique des différentes régulations sectorielles en présence, l'on se reportera utilement à l'ouvrage dirigé par Arnaud SÉE, Bertrand DU MARAIS, Christophe LE BERRE, Régis LANNEAU, Gabriel ECKERT, Michel BAZEX, *Dictionnaire des régulations 2016*, LexisNexis, 2015.

¹⁹ Léon DUGUIT considérait en effet que ces secteurs - qu'ils qualifient de « services moderne » - requièrent une intervention de l'État au moyen « d'un système de droit public », cependant non plus basé sur la notion de souveraineté « puisqu'il s'applique à des actes où l'on ne peut apercevoir aucune trace de puissance commandante ». Il voit en le service public l'incarnation de cette nouvelle notion fondatrice. Cf. *ibid.* Léon DUGUIT, p. 32.

²⁰ Lucien BEUF, *Droit romain : les voies de communication. Droit français : les chemins de fer d'intérêt local. Thèse pour le doctorat*, L. Larose et Forcel, 1885. Dès la fin du XIXe siècle, le cadre juridique relatif à l'établissement de chemins de fer d'intérêt local a soulevé nombre d'interrogations notamment quant au financement de tels projets. Dans sa thèse de doctorat, Lucien BEUF dresse une comparaison intéressante entre le droit romain des voies de communication et la loi de 1880, objet principal de son étude. Il est intéressant de relever deux observations. D'une part, Lucien BEUF explique que le droit romain fondait « le classement des routes sur leur nature même, au lieu de le rattacher à des règlements administratifs, souvent variables et toujours arbitraires » (p. XVI). L'on touche ici la précarisation des textes, souvent considérée comme conséquence de l'émergence de

la régulation. D'autre part, dans le champ du droit des chemins de fer, il plaide, dans le contexte particulier de son époque, pour une intervention raisonnée des collectivités locales, au moyen de subventionnements précisément attribués et notamment pour ce que l'on nomme aujourd'hui la complétude des réseaux. Lucien BEUF expose ainsi une analyse que l'on retrouve par certains aspects aujourd'hui concrétisés dans les réseaux de communications électroniques d'initiative publique (V. notamment pp. 225-232).

²¹ Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.*, 2001, p. 610 et s.

²² (Dir.) Gabriel ECKERT, Jean-Philippe KOVAR, *L'interrégulation*, L'Harmattan, 2015.

²³ Comme le constate Maryvonne de SAINT PULGENT, « [...] *La régulation s'effectue assez généralement en silo, avec pour chaque objet technique une régulation spécifique [...]. Aujourd'hui, les secteurs en cause ne peuvent plus rester cloisonnés et étanches tant les points de jonction et de convergence de multiplient [...]* » in Maryvonne de SAINT PULGENT, « *Les besoins d'interrégulation engendrés par Internet. Propos introductifs* », p. 4, in. *Internet, espace d'interrégulation* (dir. Marie-Anne FRISON-ROCHE), 2016.

²⁴ Loraine DONNEDIEU DE VABRES, « Pas de compliance sans confiance », p. 107 et s., in. *Régulation, Supervision, Compliance* (dir. Marie-Anne FRISON-ROCHE), 2017.

²⁵ Nicole DECOOPMAN, « *À propos des autorités administratives indépendantes et de la déréglementation* », p. 254, in. *Les transformations de la régulation juridique* (dir. Jean CLAM, Gilles MARTIN), 1998.