

## CONCURRENCE - DISTRIBUTION

## Définition du droit de la régulation économique

par Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités à Sciences Po, directeur de la Chaire Régulation

## L'ESSENTIEL

**Une définition ne s'impose guère par nature, se justifiant plutôt en ce qu'elle est opératoire, c'est-à-dire renvoie à des règles et institutions analogues et corrélées, et contribue à leur compréhension et à leur cohérence. Voilà l'intérêt de définir le droit de la régulation économique. Fixée sur un système de marché, tout à la fois requise et mise en difficulté par la globalisation, la régulation est synonyme d'équilibre entre les pouvoirs et de reconstruction des rapports de force. Le droit peut tout entier jouer ce rôle dans son rapport avec l'économie mais, si l'on recherche une définition à l'intérieur même du système juridique, elle visera l'appareillage juridique qui construit des secteurs économiques sur un équilibre entre la concurrence et d'autres impératifs hétérogènes. Cette définition rend compte de la forte communauté entre les secteurs régulés, la banque, la finance, l'assurance, le médicament, les télécommunications, l'audiovisuel, les énergies et les transports.**

1 - Le droit de la régulation économique se met en place, en grande partie sur les cendres de l'organisation économique construite autour de monopoles d'Etat en charge des services publics et dans la perspective de la mondialisation. Or, le sens du concept de «régulation» demeure incertain en droit, alors même qu'il fournit le socle sur lequel se construisent de nouveaux *corpus* unifiés de règles<sup>1</sup>. On ne saurait certes affirmer que ce terme renvoie d'une façon définitive et complète à telle ou telle réalité institutionnelle, exercice épuisant et sans résultat<sup>2</sup> car, expression polysémique par excellence<sup>3</sup>, plusieurs définitions de la régulation demeurent recevables<sup>4</sup>. Il faut simplement s'entendre sur les mots, dans une vision pragmatique du langage, c'est-à-dire affecter aux mots un sens pour non seulement ne pas s'égarer mais encore pour renvoyer à un ensemble de règles cohérentes - le régime juridique -, ce qui rend la définition efficace, sans que cela prétende exprimer les choses en elles-mêmes, dans des disputes ontologiques d'autant plus sans fin qu'on prétendrait à des définitions incontestables. En la matière, les enjeux de vocabulaire doivent être pris pour ce qu'ils sont, c'est-à-dire ce qui doit être déployé pour éviter le plus possible l'implicite et le double sens et rendre le plus aisé et le plus ordonné possible

la mise en oeuvre des règles, pas plus - donc pas une désignation exacte et exhaustive du monde - mais pas moins.

2 - C'est l'objet des prolégomènes qui suivent. Pour définir le droit de la régulation économique, il faut tout d'abord éclairer ce qui est en arrière-plan, à savoir principalement l'économie de marché et par voie de conséquence la mondialisation. Cela accompli, on peut proposer une définition de la régulation économique qui suppose de cheminer dans des acceptions allant de la plus générale à la plus spécifique. La première se confondra avec le droit lui-même. La deuxième spécifiera la régulation comme limite imposée dans l'exercice des pouvoirs et comme rééquilibrage des rapports de force. La troisième aboutira à ce qui est proposé ici: le droit de la régulation économique identifié par les secteurs sur lesquels il s'exerce, en ce que ceux-ci doivent être construits et maintenus dans un équilibre entre un principe de concurrence et d'autres principes. Il s'agit des secteurs de la banque, l'assurance, la finance, le médicament, les télécommunications, l'énergie et les transports, la tâche de régulation étant le plus souvent confiée à une autorité sectorielle de régulation.

### 1 - L'arrière-plan de la définition du droit de la régulation : économie de marché et mondialisation

3 - Les régulations imposées par le droit prennent aujourd'hui appui sur le principe de l'économie de marché. Commençons par clarifier ce dernier terme, davantage ici dans le rôle que le droit y joue<sup>5</sup> que dans sa définition, périlleuse en elle-même. L'économie de marché n'a jamais signifié l'absence de droit, même dans la conception la plus minimaliste de l'encadrement juridique de l'économie<sup>6</sup>. Tout d'abord, un marché est un système d'échanges

(1) M.-A. Frison-Roche, La régulation, objet d'une branche du droit, *in* Droit de la régulation: questions d'actualité, Petites affiches, 3 juin 2002, p. 3.

(2) V. par ex. E. Brousseau, Les marchés peuvent-ils s'autoréguler?, *in* Concurrence et régulation des marchés, Cahiers français, mars-avr. 2003, n° 313, p. 64-70: «... rien n'est moins précis que les termes de marché et de régulation» (p. 64).

(3) Régulation, *in* M. Nicolas et S. Rodrigues (dir.), Dictionnaire économique et juridique des services publics en Europe, ISUPE, Paris, 1998, p. 220-223: «Concept polysémique, la régulation tend à qualifier le nouveau dispositif institutionnel qui encadre les industries de réseaux en cours de libéralisation» (p. 220). Plus loin, «Les deux formes de régulation économique sont l'Etat et le marché» (*ibid.*). Dans le sens d'une régulation simplement synonyme de la politique économique, V. J.-C. Prager et F. Villeroy de Galhau, 18 leçons sur la politique économique. A la recherche de la régulation, Seuil, 2003, spéc. p. 16 s. et 527 s.

(4) V. Les différentes définitions de la régulation, *in* La régulation: monisme ou pluralisme?, Petites affiches, 10 juill. 1998, p. 5. Sur le principe même de la pertinence de plusieurs définitions, V. A. Jeammaud, Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu, *in* Les transformations de la régulation juridique, coll. «Droit et société. Recherches et travaux», LGDJ, 1998, p. 47-72, spéc. p. 53.

(5) Ce qui renvoie à l'art du vocabulaire législatif, lequel doit éviter ces écueils. V. G. Snow, Le style législatif: question de droit ou de langue?, *in* N. Molfessis (dir.), Les mots de la loi, coll. «Etudes juridiques», Economica, 1999, p. 89-93, qui étudie le rapport entre la langue utilisée et son style avec le droit de référence, français ou de *common law*.

(6) Antoine Lyon-Caen évoque «la démonstration que le marché dont le droit et les juristes parlent n'a rien de naturel. De sa construction, le droit est responsable» (préface de M. Torrè-Schraub, Essai sur la construction juridique de la notion de marché, coll. «Bibliothèque de droit privé», LGDJ, 2002, p. V). Pour un exposé très complet, V. H. Bouthinon-Dumas, L'appréhension du marché par le droit, *in* L'histoire des représentations du marché, et les très nombreuses références citées, à paraître.

(7) Ainsi, dans les thèses d'Hayek le droit est le garant de l'absence d'interférence des pouvoirs dans l'exercice individuel des libertés. En cela, certes sous forme négative, le droit demeure nécessaire. V. F. Hayek, Droit, légis-

qui renvoie aux principes libéraux de libre accès pour les offreurs, de compétition possible entre eux, de liberté des demandeurs d'acquiescer, l'ensemble supposant la liberté contractuelle et la propriété privée. L'existence nécessaire de celle-ci n'exclut pas pour autant la propriété publique, notamment sous la forme de l'entreprise publique, tolérance que traduit la règle européenne de neutralité du capital prévoyant les mêmes droits et les mêmes obligations pour les entreprises privées et pour les entreprises publiques.

4 - Ainsi, l'économie de marché n'a pas le spontanisme qu'on lui prête parfois, le vitalisme étant plutôt du côté de l'économie mafieuse. L'économie de marché est née du droit et demeure encadrée par ses instruments et ses exigences. Il peut en outre arriver qu'elle doive être spécifiquement organisée, en raison de particularités d'un secteur, intervention qui passe le plus souvent par l'institutionnalisation d'organismes publics *ad hoc*, les autorités de régulation, sans que pour autant l'économie cesse de fonctionner sur le principe libéral, comme le montre l'exemple des Etats-Unis, économie depuis toujours libérale et la plus précocement objet d'interventions réglementaires et d'emprunts d'autorités de régulation. Il n'y a donc pas de contradiction pour une économie libérale d'être l'objet de régulations dès l'instant qu'on ne peut se contenter de l'offre et de la demande dont le principe demeure acquis.

5 - En cela, au sens précis du terme, le droit de la concurrence, à tout le moins en ce qu'il sanctionne les comportements anticoncurrentiels ou prohibe les aides d'Etat, n'adopte pas une perspective de régulation puisqu'il ne s'agit que, au coup par coup, de ramener à l'ordre ordinaire de l'offre et de la demande des comportements déviants<sup>10</sup>. En revanche, on trouve des mécanismes juridiques au sein même du droit de la concurrence qui relèvent de procédés de régulation parce qu'il s'agit de construire et de maintenir des organisations économiques non spontanées et non pérennes par leur seule force. Ainsi, la théorie des facilités essentielles, qui organise, certes *ex post*, l'accès des tiers à des réseaux d'infrastructure monopolistiques, est une façon jurisprudentielle d'arriver à un système de régulation. Il peut en être de même du contrôle des concentrations, suivant la fonction donnée à celui-ci. S'il n'est conçu qu'en prévention de futurs comportements anticoncurrentiels, ce contrôle est une forme de garde-fou anticipé du libre fonctionnement du marché concurrentiel mais on peut le considérer aussi comme une construction du marché opérée à l'occasion d'un changement structurel de celui-ci, ce qui le ramène du côté de la régulation<sup>12</sup>.

6 - S'il y a aujourd'hui un problème d'ajustement entre l'économie de marché et la régulation, il vient plutôt de la non-coïncidence entre les territoires de la normativité juridique (frontière, nation, Etat) et les marchés économiques dont on voudrait réguler le fonctionnement. Cette explosion des territoires est associée au phénomène de la mondialisation<sup>13</sup>. Il y a donc un rapport dialectique

entre régulation et mondialisation. Il serait plus juste d'évoquer une «difficulté» dialectique: au moment même où les échanges et les rapports de force ne sont plus arrêtés par les frontières, il faudrait que des règles bornant les comportements soient prises - ce que l'on désigne souvent comme la nécessité d'une «régulation de la globalisation» -, alors que les procédés de régulation sont eux-mêmes affaiblis parce que les régulations publiques ont perdu les frontières à l'intérieur desquelles elles se déployaient et que le seul report vers l'intériorité des personnes et des professions, à savoir l'autorégulation<sup>14</sup> et la déontologie, montre aussi toutes leurs faiblesses.

7 - De la même façon que le droit de la concurrence n'intègre qu'exceptionnellement la régulation, la globalisation ne concerne pas tout entière la régulation des marchés en ce qu'elle vise davantage le commerce que la concurrence, et plus encore que l'organisation des secteurs. En effet, les formes de la globalisation peuvent être réduites à deux, presque antagonistes. Tout d'abord, la globalisation désigne l'explosion de la mobilité internationale, à travers l'internationalisation des échanges et les déplacements des personnes, des biens et des capitaux. C'est affaire de commerce. Cette internationalisation se rapproche de celles que l'histoire a connues par l'ampleur du phénomène, par exemple à l'occasion de l'Empire Romain. Elle engendre comme les précédentes un phénomène d'interdépendance car le pays qui apparaît dominant devient également dépendant des pays conquis, notamment dans l'approvisionnement des matières premières et des produits manufacturés. C'était le cas pour Rome, aujourd'hui pour les Etats-Unis.

8 - Cette mobilité et l'interdépendance qui en résulte constituent certes un défi pour la concrétisation du droit mais elle ne heurte pas sa nature, puisqu'elle renvoie encore à la distinction familière entre l'immobile et le mobile. En effet, dès lors que le phénomène est celui de l'accélération et des connexions, il faut mais il suffit que le droit accélère sa mise en oeuvre et construise à son tour de semblables interdépendances, par le jeu classique des coopérations techniques et l'adoption de conventions internationales. L'enjeu et la difficulté pragmatique sont considérables, l'intégration d'une Europe judiciaire cherche à y répondre<sup>15</sup>, mais le droit de cette globalisation reste le droit international, relevant finalement du droit étatique interne qui règle les actions internationales des sujets de droit souverains et qui organise les effets extraterritoriaux de l'exercice qu'ils font de leur pouvoir domestique.

9 - La difficulté est plus frontale, parce que conceptuelle, lorsque la globalisation désigne la constitution a-territoriale d'espaces virtuels, dont les espaces où circulent des produits financiers et des informations sont l'illustration. Il s'agit alors, au-delà du commerce, de la constitution de secteurs globaux. Le droit doit revoir alors sa nature<sup>16</sup> car, immatériel lui-même, parole qui

particulièrement avec les phénomènes de marché et de régulation, V. Mélanges P. Kahn, Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle, Litec, 2000, et not. les contributions afférentes au thème du «dépassement de la souveraineté par les exigences de la coopération interétatique», telle que 1.-M. Sorel, Les Etats face aux marchés financiers, p. 507-543. V. H. Ruiz-Fabri, Immatériel, territorialité et Etat, *in* Le droit et l'immatériel, Arch. phil. droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 197-212; E. Loquin, Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational, *in* Droit et Monnaie: Etats et espace monétaire transnational, Litec, 1988, p. 425-462; A.-J. Arnaud, Critique de la raison juridique. 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et postmondialisation, LGDJ, 2003.

(14) V., par ex., E. Brousseau, Les marchés peuvent-ils s'autoréguler?, préc. V. aussi P. Clément, Gouvernement d'entreprise: liberté, transparence, responsabilité. De l'autorégulation à la loi, Rapport d'information, n° 1270, Ass. nat., décembre 2003.

(15) V., par ex., L'espace judiciaire européen, Petites affiches, 27 sept. 2002.

(16) Dans ce sens d'une certaine urgence, mais davantage en considération de l'expansionnisme du droit américain, V. A.-J. Arnaud, La globalisation:

dation et liberté, 3 t., rééd. Coll. «Quadrige», PUF, 1995, spéc. le premier tome, «Règles et ordre».

(8) Sur la préséance du droit du contrat par rapport à l'économie de marché, V. F. Zénati, Le droit et l'économie au-delà de Marx., *in* Droit et Économie, Archives de philosophie du droit, t. 37, Sirey, 1992, p. 121-129.

(9) V. d'une façon plus générale §. Romano, L'ordre juridique, Dalloz, 1975.

(10) *Contra*, J. Gallot, Qu'est-ce que la régulation? Contribution pour une définition, *Rev. conc. consom.*, janv. 2001.

(11) Entre concurrence et régulation, la théorie des facilités essentielles, *Rev. conc. consom.* 2001, p. 37.

(12) L. Idot, Mondialisation, liberté et régulation de la concurrence: le contrôle des concentrations, *RID écon.* 2002, p. 175.

(13) Sur le bouleversement général que cela constitue, V. J.-B. Auby, La globalisation, le droit et l'Etat, coll. «Clefs», Montchrestien, 2003. En relation plus

impute un effet à une situation qu'il a préalablement décrite, imputation abstraite dans le cas de la loi, imputation concrète dans le cas du contrat ou du jugement<sup>17</sup>, le droit s'est toujours saisi de quelque chose, sols, choses ou individus. Cette forme de globalisation va engendrer par nécessité un droit devant surpasser ces décloisonnements<sup>18</sup>, spécifique en ce qu'il ne pourra qu'être intériorisé aux mécanismes techniques eux-mêmes, dans le cas d'internet par exemple, ou être pris en charge par les opérateurs du secteur, banques ou intermédiaires financiers notamment<sup>19</sup>. Cette globalisation consistant non pas dans un rapprochement des espaces mais dans leur neutralisation à travers des secteurs particuliers, elle met les Etats en difficulté puisque ceux-ci se développent en considération de territoires<sup>20</sup>.

10 - C'est pourquoi la globalisation interfère avec le droit de la régulation car non seulement les secteurs régulés se trouvent être ceux dans lesquels la globalisation s'est le plus vite déployée, notamment les communications et les produits financiers, mais encore parce que les outils de la régulation, par exemple le mélange de contraintes et d'incitations, et les autorités technocratiques de régulation, sont pour l'instant les mécanismes auxquels, faute d'institutions plus démocratiques, l'on confie le soin de réguler le monde<sup>21</sup>. Ainsi planté ce décor de la régulation, à savoir le principe du libéralisme de marché et l'existence des secteurs économiques globalisés, nous pouvons aller au coeur du propos, à savoir la définition juridique à retenir de la régulation<sup>22</sup>.

## II - La régulation, appareillage des secteurs construit sur un principe de concurrence en équilibre avec d'autres impératifs

II - Il ne s'agit pas de viser d'une façon excessivement générale l'intervention de la règle juridique pour organiser des rapports entre personnes, le droit pouvant alors être tout entier présenté comme un mode de régulation sociale, c'est-à-dire de mise en ordre de la société<sup>23</sup>. Certes, l'enjeu est important lorsqu'il s'agit de mettre du droit là où les rapports de force, libérés par la mondialisation, sont sans limite. Mais l'on ne distingue plus la régula-

tion du droit. Cela revient alors à retravailler la définition du droit lui-même, notamment dans son rapport avec l'économie. L'entreprise est concevable. Elle est différente de l'objet des présentes réflexions visant non pas à mieux fixer les relations entre droit et économie mais à cerner à l'intérieur du système juridique ce qui correspond spécifiquement à la régulation. Si l'on resserre donc un peu plus le sens donné à la régulation, on découvre l'idée qu'elle met en distance la personne titulaire d'un pouvoir et l'exercice que celle-ci en fait: la régulation contraint le détenteur du pouvoir à suivre des règles dans l'usage qu'il en fait. Historiquement, l'objet de la régulation est avant tout politique, contraignant à des règles les pouvoirs publics<sup>24</sup>, la Constitution pouvant être présentée sous cet angle.

12 - Ce deuxième sens renvoie d'une façon plus générale à la régulation comme outil d'une politique d'équilibre des pouvoirs. La matière économique n'en est pas si éloignée puisque ce sens a été clairement adopté par la loi du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques<sup>25</sup>, laquelle n'a de sens qu'en considération de cette volonté d'équilibre. Cela explique notamment que le texte traite aussi bien des offres publiques, que des contrats entre producteurs et distributeurs, que des rapports entre les actionnaires et les dirigeants sociaux, alors même que les secteurs régulés ne sont pas abordés en eux-mêmes et que la réforme de l'Autorité des marchés financiers fut reportée à la loi ultérieure du 8 août 2003 sur la sécurité financière<sup>26</sup>.

13 - Ce sens encore très large de la régulation renvoie à un droit qui demeure politique par la prise de position qu'il exprime: la désignation des intérêts légitimes, l'articulation des pouvoirs. Mais peu importe désormais dans cette définition que l'objet sur lequel s'exerce la régulation soit de nature publique ou non. La régulation a quitté alors le champ du droit public pour pénétrer partout où il y a des pouvoirs unilatéraux exercés, notamment au sein des entreprises, ce à quoi renvoie la loi NRE.

14 - Mais une si large définition permet difficilement de renvoyer à un *corpus* de règles unifiées. L'usage du terme de régulation demeure alors davantage une façon de parler du droit qu'une part du droit lui-même. En revanche, si l'on rattache en droit la régulation et des secteurs particuliers, en prenant une perspective plus resserrée encore, la définition devient opératoire parce qu'elle renvoie à des normes communes - et qui pourraient être pareillement traitées, dans leur interprétation par exemple. D'une façon générale, une définition est bonne si elle est efficace en ce qu'elle peut renvoyer à des règles techniques communes. L'argument me paraît décisif: par nature, le droit dispose du réel, il le façonne et le redécoupe dans ses branches. La taille doit être plus ou moins fine suivant qu'on peut obtenir cette cohérence et unicité des règles. En rattachant la définition juridique de la régulation économique aux secteurs techniquement spécifiques ouverts en partie à la concurrence, on obtient cet effet, par exemple à travers les règles d'accès aux réseaux, ou les rapports entre opérateurs et régulateur construits sur les mêmes normes quel que soit le secteur. On peut avancer alors que la régulation intervient comme une sorte d'appareillage

---

repenser le droit?, in *Entre modernité et mondialisation, cinq leçons d'histoire et de la philosophie du droit et de l'Etat*, coll. «Droit et société», LGDJ, 1998.

(17) Sur cette structure inhérente à la règle de droit, et la correspondance entre cette structure de la règle et la structure de son acte d'application, correspondance qui permet précisément l'application de la règle générale au cas concret, V. H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Sirey, 1948, rééd. Dalloz, 2002.

(18) M. M. Mohamed Salah, *Les contradictions du droit mondialisé*, coll. «Droit, éthique, société», PUF, 2002.

(19) D'une façon plus développée, V. Le droit des deux mondialisations, in *La mondialisation entre illusion et utopie?*, Archives de philosophie du droit, n° 47, Dalloz, 2003, p. 17-23.

(20) H. Ruiz-Fabri, *Immatériel, territorialité et Etat*, préc., p. 187.

(21) Dans ce sens, E. Cohen, *L'ordre économique mondial. Essai sur les autorités de régulation*, Fayard, 2001.

(22) Sur les précautions à prendre dans l'exercice même de définition, V. *supra*, n° 1.

(23) Dans ce sens, F. Chazel et J. Commaille (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, coll. «Droit et société», LGDJ, 1991. On se référera spécialement à l'étude de Michel Crozier qui oppose la régulation au contrôle social, dans le sens où le contrôle social vient de l'extérieur, alors que la régulation est insérée dans la mécanique propre des rapports interindividuels, jouant plus sur les incitations que sur l'ordre hiérarchiquement donné (Le problème de la régulation dans les sociétés complexes modernes, p. 129-135). Sur cet éloignement de l'extérieur, V. aussi l'étude de J.-B. Auby, *Prescription juridique et production juridique* (*ibid.*, p. 159-170), notamment le lien avec l'instrumentalisation du droit (p. 166).

---

(24) F.-X. Testu soulignait l'usage du terme de régulation par Jean Bodin, penseur pourtant de la souveraineté, le droit public ayant pour fonction, appliqué à la personne du Roi, de le mettre en distance par rapport à son propre pouvoir (La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique?, D. 1998, Chron. p. 345).

(25) V., par ex., M. Bandrac et J.-R. Dom, *Loi NRE et autres réformes*, Joly Affaires, 2001.

(26) V., par ex., G. Rameix, *L'Autorité de marché financier*, in *La loi de sécurité financière*, Petites affiches, 14 nov. 2003, p. 12.

propre à un secteur, intégré dans celui-ci, - dont la réglementation n'est qu'un des outils - qui entrelace règles générales, décisions particulières, sanctions, règlements des conflits, et qui inclut généralement la création d'un régulateur indépendant. Par cet appareillage juridique, le système de régulation crée et maintient un équilibre entre la concurrence et un autre principe que la concurrence dans des secteurs économiques qui ne peuvent les créer ou les maintenir de leurs propres formes, ou en s'appuyant seulement sur le cadre général du droit de la concurrence<sup>27</sup>.

15 - On ne fait plus aujourd'hui le contresens de confondre la régulation avec le terme anglais de *regulation*, lequel renvoie à la réglementation. En cela, le vocable anglophone est à la fois plus restrictif que le concept francophone, puisqu'il ne vise que la réglementation, et plus large puisqu'il concerne tous les types d'interventions des autorités publiques prenant la forme réglementaire<sup>28</sup>. Pour distinguer ces faux amis, un argument par l'absurde suffit: puisqu'il s'agit de langage, on observe que des organismes qualifiés expressément comme des «autorités de régulation», par exemple l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), ne disposent pas du pouvoir réglementaire, ce qui suppose que l'on peut réguler sans réglementer, le sens des deux termes ne pouvant donc fusionner. La régulation en français renvoie donc non pas à la réglementation économique, *regulation*, mais aux *regulatory systems*<sup>29</sup>, qui expriment l'ensemble des dispositifs et institutions en charge d'exprimer cette nouvelle forme de politiques publiques.

16 - Il peut encore s'agir ici d'une conception relativement large, si elle l'a fait échapper au critère du secteur, car elle intègre toutes les actions publiques menées à fin d'obtenir des résultats non produits par le marché. Le spectre des régulations se confond alors quasiment avec l'action publique interférant avec l'organisation économique, allant de l'éducation à la santé, en passant par la protection de l'environnement. Mais si, suivant en cela le législateur, on rattache le droit de la régulation économique aux secteurs techniques régulés, la régulation regroupe alors les appareillages juridiques successivement conçus pour les transports aériens et ferroviaires, l'assurance, la banque et la finance, le médicament, l'énergie - le gaz et l'électricité -, les télécommunications et

l'audiovisuel, les services postaux. Le législateur français a adopté des textes particuliers à chacun des secteurs, des législateurs étrangers ont aussi élaboré des lois-cadres sur les systèmes de régulation, notamment pour établir des règles communes à toutes les autorités de régulation, avant de décliner les règles particulières secteurs par secteurs<sup>30</sup>.

17 - Dans cette acception, qui a le grand mérite de renvoyer à un régime juridique unifié, ou unifiable, et cohérent, la régulation ne renvoie plus ni au sujet de droit, public ou privé, ni à une fin éthique poursuivie comme l'équilibre des pouvoirs et la compensation des rapports entre puissances inégales, mais à l'objet, à la chose sur laquelle porte la régulation: le secteur spécifique ouvert à la concurrence et non laissé à elle seule. Sur le même mode tautologique, ce droit se caractérise le plus souvent par l'existence d'une autorité de régulation, dénommée comme telle et expressément en charge de réguler le secteur<sup>31</sup>. Le vocabulaire ne vaut pas raison, on le prendra ici comme point de repère.

18 - Les sens précédemment décrits de la régulation, à savoir l'organisation de l'exercice du pouvoir public par son titulaire, puis le rééquilibrage des rapports de force, puis l'organisation permanente de secteurs économiques qui ne sont pas laissés au seul principe de concurrence, ne s'excluent d'ailleurs pas les uns les autres. Ils s'enchaînent très bien. Ainsi, le régulateur, nouveau roitelet du système, est mis à distance de son propre pouvoir, par les contrôles, les recours, la contrainte des principes de procédures et l'obligation de motivation<sup>32</sup>. Nous retrouvons le sens général de la régulation.

Dans le même temps, si le régulateur est tout entier guidé par la construction d'équilibres à la fois intrinsèques et artificiellement créés du secteur, le système vise à protéger celui qui a le moins les moyens d'y jouer le jeu, par exemple le consommateur. Cette considération du consommateur, y compris de l'insolvable<sup>33</sup>, d'un bien qui devient alors un bien public, renvoie à cette autre définition d'intervention dans les rapports de force et de protection du faible. Ces deux premiers sens, généraux, de la régulation, ne font pourtant qu'interférer avec ce qui constitue le droit de la régulation économique, à savoir la construction de secteurs dans lesquels la concurrence pénètre et qu'elle ne gouverne pas seule. ■

(27) On retrouve l'idée dans l'étude sémantique d'Antoine Jeammaud (Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu, préc.), lorsqu'il évoque à propos de la régulation: «c'est ce concept que théorie et sociologie du droit peuvent utilement retenir: celui d'une oeuvre de stabilisation et pérennisation, passant par la réalisation de régularités mais aussi d'amendements, à laquelle concourent divers procédés» (p. 55). Sur la dispute autour de cette définition, V. not. M.-A. Frison-Roche, Le droit de la régulation, D. 2001, Chron. p. 610, et L. Boy, Réflexions sur le droit de la régulation (à propos de l'article de M.-A. Frison-Roche), *ibid.* p. 3031.

(28) J.-C. Thoering, L'usage analytique du concept de régulation, in 1. Commaille et B. Jobert, Les métamorphoses de la régulation politique, coll. «Droit et société», LGDJ, 1998, p. 35-53, spéc. p. 35.

(29) C'est par exemple sous le vocable de *Regulatory law* que le droit est enseigné dans les universités nord-américaines, à Harvard par exemple, en mêlant des cours de droit administratif, de droit institutionnel, de droits de chacun des secteurs concernés, notamment ceux des industries de réseaux. Sur le fond, V. W. Kip Viscusi, J. M. Vernon et J. E. Harrington, *Economics of regulation and antitrust*, 3e éd., MIT Press, 2000; pour une analyse plus juridique, V., par ex., R. J. Pierce et E. Gellhorn, *Regulated Industries*, West group, 1999, spéc. p. 339 s.

(30) M.-A. Frison-Roche, Le nouvel art législatif requis par les secteurs régulés, in Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation, série «Droit et économie de la régulation», Presses de Sciences Po-Dalloz, à paraître.

(31) Ainsi, le nouvel art. L. 621-1 c. mon. fin., issu de l'art. 1er de la loi du 1er août 2003 de sécurité financière, dispose que l'Autorité des marchés financiers «apporte son concours à la régulation de ces marchés aux éche-

lons européen et international». A propos de l'AMF, V. S. Thomasset-Pierre, Création de l'Autorité des marchés financiers, D. 2003, Chron. p. 2951, F. Auckenthaler, L'Autorité des marchés financiers: aperçu rapide du projet de loi de sécurité financière, Bull. Joly Bourse, mars-avr. 2003, § 22, p. 141 s., et T. Bonneau, Des nouveautés bancaires et financières issues de la loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière, JCP éd. E 2003, I, 1325, spéc. n° 8 s.

(32) C'est ce qui unifie le plus nettement les diverses autorités de régulation, non seulement les diverses que le droit français a disséminé secteur par secteur mais encore lorsqu'on compare les autorités de régulation adoptées par différents pays. Sur la première perspective, V. C. S. Delicostopoulos, L'encadrement processuel des autorités de marché en droit français et communautaire. Contentieux de la concurrence et de la bourse, coll. «Bibliothèque de droit privé», t. 364, LGDJ, 2002. Sur la seconde perspective, V. V. Paoli-Gagin, Les commissions des valeurs mobilières aux Etats-Unis et en Europe. Des origines à nos jours, Ecole doctorale de la Faculté de droit de l'université Paris-V, Bruylant, 1998. Cela compense les disparitions demeurées très fortes entre les régulations nationales, qui restent fortement le produit de leur histoire, comme le montre l'ouvrage de Vanina Paoli-Gagin. V. dans le même sens P.-H. Conac, La régulation des marchés boursiers par la Commission des opérations de bourse (COB) et de la *Securities and Exchange Commission* (SEC), coll. «Bibliothèque de droit privé», t. 386, LGDJ, 2002.

(33) L'art. 1er de la loi n° 2000-108 du 10 févr. 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité exige du système qu'il assure «le droit à l'électricité pour tous», parce que celui-ci est un «produit de première nécessité». Le texte opère ensuite des renvois aux dispositions de la loi du 1er déc. 1988 de lutte contre la précarité.