



I-1.30: Regulation versus Concurrence

Marie-Anne Frison-Roche, Managing Editor and Director

1. La concurrence est l'ordinaire des marchés¹, au sens de préséance que l'on peut donner à ce terme. La régulation a des rapports ambigus avec la concurrence. Il est important d'éliminer cette ambiguïté pour faire apparaître l'opposition de départ qui existe entre la régulation et la concurrence pour mettre en lumière le fonctionnement dialectique entre les deux. En effet, la construction de la concurrence peut être le but d'une régulation qui se présente alors comme un outil dont l'usage trouvera un terme lorsque le marché concurrentiel fonctionnera effectivement. En cela, les deux notions se distinguent, puisque la concurrence est la finalité de la régulation mais ne s'opposent pas, la régulation est temporaire, puisqu'elle a vocation à disparaître lorsqu'elle aura rempli son office, c'est-à-dire lorsque la concurrence aura atteint sa maturité. L'opposition est plus nette lorsque, d'une façon définitive, certaines situations exigent que d'une façon permanente le principe de concurrence soit mis en équilibre durable, bien qu'instable, avec un principe d'une autre nature, qu'il s'agisse d'un principe technique, comme la prévention d'un risque systémique bancaire, financier ou sanitaire, ou d'un principe politique comme l'accès à la santé ou à la culture.

2. Certes, l'amphibologie du terme même de régulation constitue un obstacle à la bonne compréhension de la relation entre la concurrence et la régulation. En effet, si l'on réduit la régulation à la réglementation, la régulation ne vise plus alors que l'économie administrée, le droit public économique renvoyant substantiellement à l'idée de police administrative². L'opposition devient plus frontière entre la concurrence, qui se rattache au libéralisme, et la réglementation, qui renvoie à une soustraction de l'économie au mécanisme de marché. Le communisme est par excellence la doctrine économique qui, par l'Etat, soustrait l'économie au marché. Le marché concurrentiel est en effet par nature un espace qui n'est pas organisé par une réglementation antérieurement posée au fonctionnement de cet espace, c'est-à-dire par un appareillage *ex ante*. On trouve très souvent non seulement dans des ouvrages anglophones³ mais encore dans des ouvrages francophones⁴ le fait même que la régulation serait tout bonnement un ensemble de règlements posés, qui organisent les marchés, et font que ceux-ci fonctionnent sur un mode autre que concurrentiel.

¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne et PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence*, coll. « Précis Dalloz », Dalloz, 2006.

² DELVOVE, Pierre, *Droit public de l'économie*, Précis Dalloz, Dalloz, 1998.

³ POSNER, Richard A., *Antitrust Law : an economic Perspective*, The University of Chicago Press, 1984. Pour son analyse de la crise financière et surtout bancaire actuelle, v. *Failure capitalism. The crisis of « 08 » and the descent into depression*, Harvard University Press, 2009, 330 p.

⁴ BONNEAU, Thierry, Efficacité et avenir de la régulation financière, in *Le droit face au risque financier*, Revue de droit bancaire et financier, Lexis-Nexis, 2010, n°6, Nov-Dec, p.67-70.

3. C'est une erreur d'analyse⁵ car c'est prendre la partie pour le tout, au-delà de la métonymie comme figure de style, puisque la réglementation n'est qu'un outil de la régulation, la réglementation étant un des très nombreux instruments qui permet au régulateur de gouverner le secteur, à côté du pouvoir d'agrément, de sanction ou de règlement des différends⁶.
4. Il convient au contraire de partir de la définition de la régulation comme la mise en équilibre entre le principe de concurrence, qui demeure parfaitement acquis et accueilli dans une conception d'ensemble libérale, et un principe d'une autre nature, pour des motifs techniques ou politiques⁷. Il apparaît alors d'une façon claire que la régulation et la concurrence sont au sens propre de faux amis (I). Mais l'un peut être l'instrument de l'autre lorsque les circonstances font que la déclaration juridique d'une concurrence désormais possible, c'est-à-dire le phénomène économique de libéralisation, n'est pas suffisant pour que s'établisse une concurrence effective. Cela requiert alors la puissance d'une régulation, dans ce cas d'une façon transitoire. La régulation est le chemin qu'emprunte la construction concurrentielle (II). En outre, d'une façon plus pérenne, notamment en présence de risques, la concurrence qui accueille d'une façon positive les risques doit être modérée par des mécanismes contraires que met en place une contradiction qui s'oppose alors frontalement à la concurrence, une solution minimale qui en résulte étant ainsi l'équilibre entre les deux (III)

I. REGULATION ET CONCURRENCE, FAUX AMIS

5. La doctrine économique qui prétend que le marché concurrentiel est spontané et ne requiert ni Etat ni droit ni institution, est minoritaire. On la retrouve représentée par l'Ecole autrichienne dont les travaux de Friedrich Hayek sont le fleuron qui ont réussi à perdurer jusqu'à ce jour⁸. En effet, le marché concurrentiel requiert un Etat solide, auquel se réfèrent les économistes libéraux, et un système juridique qui établit les droits de propriété et le droit de contrat ainsi qu'un système juridictionnel qui assure l'effectivité des engagements et tranche les différends⁹. Il demeure qu'ainsi établi, le marché concurrentiel fonctionne par sa seule dynamique ; sa dynamisme qui par la rencontre de l'offre et de la demande, servie par leur double élasticité et l'information sur les prix, produira des prix exacts, servira les intérêts

⁵ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, La distinction entre Régulation et Regulation, *Revue Lamy Concurrence* 2008.

⁶ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Dialectique entre concurrence et régulation, *in Actualité du droit de la régulation*, Revue Lamy Concurrence, 2007, p.168-174.

⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Régulation, *in Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que Sais-je ? », 2011.

⁸ HAYEK, Friedrich, *The constitution of Liberty*, Coll. "Political Philosophy", The University of Chicago Press, V. aussi du même auteur, *Law, Legislation and liberty*, vol. 1 : "Rules and Order", vol.2 : "The mirage of social Justice", vol. 3 : "The Political order of a free people", Coll. "Political Philosophy", The University of Chicago Press.

⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Droit et économie, *in TERRE, François (dir.) , Regards sur le droit*, Académie des sciences morales et politiques / Dalloz, Paris 2010, p. 119-128.

de tous, ce à quoi est assimilé l'intérêt général¹⁰, et incitera les offreurs à l'innovation. En cela, le marché concurrentiel est autorégulé¹¹.

6. Sur ce fond de décor, l'Autorité de concurrence intervient en réaction à un comportement passé (comportement anticoncurrentiel) voire futur (contrôle des concentrations) ayant affecté le marché ou pouvant le faire (théorie de l'effet sensible). En cela, l'Autorité de concurrence se caractérise en ce qu'elle se situe *ex post* par rapport à la construction des marchés, alors que les régulateurs détiennent la puissance, partagée avec le Politique, de se situer *ex ante*. La distinction est très nette et il est important de la tenir non seulement parce que, le droit étant un jeu de langage¹², les mots devant correspondre aux choses¹³, mais aussi parce que des conséquences pratiques très importantes s'y attachent. En effet, l'Autorité de régulation, parce qu'il s'agit de construire le marché, dispose de beaucoup plus de pouvoir que l'Autorité de concurrence qui n'a pour office que de réparer le marché. Du premier est requis le tour de force de la construction en se projetant dans le futur, du second n'est demandée que l'effort de la restauration, en effaçant ou en prévenant selon le principe de la responsabilité.
7. On comprend que, dans une stratégie de pouvoir, il vaut mieux se glisser dans les habits d'un Régulateur, toujours plus puissant, que dans ceux d'une Autorité de concurrence, qui ressemble souvent à un juge hautement spécialisé. C'est pourquoi l'on observe souvent les Autorités de concurrence intervenir dans les secteurs régulés, comme par exemple le secteur bancaire¹⁴, et promouvoir l'idée que les Autorités de régulation ne se distingueraient de l'Autorité de concurrence qu'en ce que celles-ci ne seraient en charge que d'un segment de l'économie (autorité sectorielle) alors que l'Autorité de concurrence serait une autorité qui se distinguerait d'elles en ce qu'elle serait globale (notion de régulateur horizontal¹⁵).
8. Si la concurrence n'était pas « simplement artificielle »¹⁶ mais une intervention directe, générale et constructrice des marchés, alors les Autorités de concurrence deviendraient toutes puissantes, alors même qu'il n'y aurait pas de défaillance structurelle de marché¹⁷ ou de choix politique préalablement posé par le Parlement ou le Gouvernement comme des droits fondamentaux d'accès à des biens communs. L'équilibre des pouvoirs dans une démocratie¹⁸ s'y oppose et les Autorités de régulation ont été régulièrement attaquées sur

¹⁰ LAFFONT, Jean-Jacques, Intérêt général et intérêts particuliers, *in l'intérêt général*, rapport public du Conseil d'Etat, Coll. « Etudes et documents » n°50, La documentation française, 1999, p.421-428.

V. d'une façon générale, ARROW, Kenneth, *Social choice and Individual Values*, Cowles Foundation, 1951.

¹¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, concurrence, *in Les 100 mots de la régulation*, préc.

¹² OST François, *Raconter la loi*, éd. Odile Jacob, 2004; TIMSIT, Gérard, *Théorie des actes de langage, éthique et droit*, PUF, ; HOECKE, Mark Van, *Law as communication*, Mart Publishing, 2002, 240 p.

¹³ FOUCAULT Michel, *Les mots et les choses*, coll. « Bibliothèque des sciences humaines », Gallimard, 1966.

¹⁴ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Le bras de fer entre concurrence et régulation, *in Commissions interbancaires. Le modèle relationnel en danger*, Banque droit, numéro hors série, Décembre 2010, p.6-8.

¹⁵ DAHAN, Thierry, La régulation concurrentielle, *Revue Concurrences*, 2009, n°3/n°4.

¹⁶ V.*supra* n°5.

¹⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Défaillance de marché, *in Les 100 mots de la régulation*, préc.

¹⁸ LOMBARD, Martine (dir.), *Régulation économique et démocratie*, Coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2006. V. aussi DAIGRE, Jean-Jacques, CONAC, Pierre-Henri, LABETOULLE, Daniel et RIFFAULT, Jacqueline, *Le*

ce terrain en lui-même légitime d'analyse¹⁹ des pouvoirs des Régulateurs²⁰. C'est ainsi qu'un rapport récent du 29 septembre 2010 du Parlement français a été très critique concernant les Autorités administratives indépendantes²¹, forme juridique par laquelle les Régulateurs sont usuellement institués. Le pouvoir politique ne sait d'ailleurs plus s'il doit avoir confiance dans les Régulateurs et notamment leur donner l'autonomie juridique ou non²².

9. Les parlementaires, par des lois contradictoires ou des rapports critiques, révèlent surtout leur compréhension inexacte de ce qu'est un Régulateur²³. Les régulateurs ont en effet reçu par le Politique le mandat de construire des marchés ou de maintenir de façon durable un équilibre instable sur un marché dont ils ont la charge, entre un principe de concurrence et un autre principe, équilibre qu'ils ont vocation à tenir d'une façon technique et neutre²⁴. Un tel mandat conféré par le Politique n'existe pas au bénéfice des Autorités de concurrence, qui exercent en revanche leur emprise *ex post* sur tout type de marché de biens et services et quasiment aucun ne peut fermer sa porte au pouvoir de l'Autorité de la concurrence, mais les pouvoirs de celle-ci sont plus restreints et d'une autre nature que ceux de l'Autorité de régulation.

10. Si, notamment sous couvert de régulation horizontale, ou d'expressions très ambiguës de ce type, on emploie un mot pour un autre, la régulation pour la concurrence ou la concurrence pour la régulation, on permet ainsi aux Autorités de la concurrence d'exercer sur tous les marchés des pouvoirs exorbitants. Le contrecoup politique est que le discrédit d'un tel usage par la force d'un pouvoir de régulation tombe non seulement sur les autorités de concurrence mais aussi sur les autorités sectorielles de régulation, les deux types d'autorités étant « mises dans le même sac », alors que les Autorités de régulation sont pourtant quant à elles légitimes à exercer les pouvoirs nécessaires à la construction des marchés et à l'équilibre entre concurrence et un autre principe, au-delà de la seule garde des marchés par les Autorités de concurrence.

11. La Commission européenne n'est pas la dernière à faire, de bonne ou de mauvaise foi, cette confusion entre ces faux amis que sont la concurrence et la régulation. Ainsi, pour prendre

contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique, *Economica*, 2002, 64 p.

¹⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, préc.

²⁰ FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », préc., t.2.

²¹ DOSIERE, René et VANNESTE, Christian, *Rapport d'information sur les Autorités administratives indépendantes*, Comité d'évolution et de contrôle des politiques publiques, Assemblée Nationale, 2 tomes, 28 octobre 2010.

²² C'est ainsi qu'en France la personnalité juridique ne fût pas donnée aux Régulateurs mais cela les privait du pouvoir de juger, faute d'être titulaire du droit processuel d'action en justice. C'est pourquoi le Régulateur financier, puis tous les autres, se virent conférer la personnalité juridique, ce qui lui confère une plus grande autonomie par rapport à l'Exécutif et une grande puissance dans les procès dans lesquels il doit lui même manœuvrer. Pourtant, par un mouvement de balancier, exprimant cette défiance du Politique face à ces régulateurs « trop » puissants lorsqu'ils cumulent pouvoirs juridiques, emprises sur les secteurs et autonomies, l'Autorité de Régulation des Jeux en Ligne, créée par la loi du ..., n'a pas de personnalité juridique. Cela est regrettable car risque d'entraîner des difficultés procédurales.

²³ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, *Autorités Administratives incompressibles (AAI) JCP G 2010*, act. 1166.

²⁴ Colloque annuel de *The Journal of Regulation*, 17 mars 2011, Paris, préc.

l'exemple de ce secteur hautement régulé qu'est l'énergie, la Commission européenne a indiqué dans une communication de décembre 2010 qu'il convenait de repenser sa régulation sur le modèle d'une « concurrence stable et durable », sans même s'arrêter sur le changement de pas que cela représente, car après la décision européenne de la libéralisation adoptée par la directive du 19 décembre 1996, puis tempérée par de multiples règles dans de successifs parquets de règlements et de directives européens ultérieurs, la notion de concurrence 'stable et durable', n'a guère de sens.

12. En effet, par définition la concurrence est basée que l'idée de mobilité. Les demandeurs vont d'un offreur à un autre, leur infidélité reflétant l'esprit du marché, la concurrence conduisant les consommateurs rationnels délaissant l'offreur moins attractif pour celui qui propose un produit substituable par exemple à un prix inférieur. La fidélité d'un demandeur à un offreur qui propose un produit qui manque d'innovant ou d'adéquation ou a un prix plus élevé que d'autres produits semblables offerts à ses concurrents, est qualifiée en économie comme un phénomène de « viscosité », signifiant donc par nature un excessif attachement à un opérateur, signe d'un marché sans maturité concurrentielle. Il est souvent observé au bénéfice des opérateurs historiques lorsque des secteurs sont libéralisés²⁵.
13. Par le jeu du marché autorégulé, les offreurs ne cessent également de bouger, pour séduire les clients de leurs concurrents, par des mouvements sur le marché mais également d'une façon interne, pour accroître leur performance, pour réduire leur coût ou pour accroître leurs innovations. Cette sorte de frénésie concurrentielle se traduit par les prix qui par le phénomène d'élasticité précité²⁶ reflète le prix exact, c'est-à-dire un prix qui sans cesse varie. C'est pourquoi le grand économiste Léon Walras estimait que le marché financier, par le biais de la cotation, est le plus pur des marchés²⁷.
14. Il convient donc de cesser de confondre régulation et concurrence, pour simplement savoir de quoi on parle²⁸. Cela ne signifie évidemment pas que la régulation et la concurrence n'est rien à voir l'un avec l'autre. Tout au contraire, parce que la régulation ne renvoie pas à l'économie administrée et s'insère dans une conception libérale de l'économie²⁹, la régulation a à faire avec la concurrence. Elle en est l'outil lorsque la concurrence est décidée par le droit, ou que le droit rattrape une concurrence qui a sauvagement mis ses crocs sur un secteur qui ne peut pas le supporter, parce que des équilibres doivent être préservés. La régulation suppose toujours la présence de la concurrence, parfois c'est grâce à la régulation que la concurrence advient.

²⁵ V. *infra* n°15 s.

²⁶ V. *supra* n°5.

²⁷ V. par ex. son ouvrage de 1867, *La Bourse et le crédit*. A son propos, v. MORISHIMA, Michio, *L'économie walrasienne : une théorie pure du capital et de la monnaie*, Economica, 1979.

²⁸ V. *supra* n° 2.

²⁹ V. *supra* n° 2.

II. LA REGULATION, VOIE ROYALE DE CONSTRUCTION DE LA CONCURRENCE

15. Nous avons vu que, sauf pour un courant minoritaire dans la pensée économique³⁰, le marché est artificiel. Il demeure que s'il est doté de puissances qui donnent aux personnes une maîtrise sur les choses, ce que l'on désigne usuellement « droits » et qui transforme alors les choses en « biens », d'engagements qui prennent le plus souvent la forme juridique de « contrat », et qu'un tiers impartial et désintéressé est disponible pour compléter les contrats³¹, le marché puise dans ses propres forces, c'est-à-dire la contradiction des intérêts entre les offreurs et les demandeurs pour fonctionner.
16. Mais il peut arriver que cette contradiction des intérêts ne suffise pas au fonctionnement du marché, alors même qu'il n'y aurait pas de comportement anticoncurrentiel. Nous avons évoqué l'hypothèse de la viscosité³², c'est-à-dire le cas où les demandeurs ne changeront pas de fournisseurs alors même que des offreurs lui offrent des produits substituables plus attrayants, par exemple à des prix plus bas, que ceux qui lui procure son fournisseur. Cette fidélité incongrue³³ est une défaillance de marché.
17. Elle peut être due au fait que le consommateur ne sait pas que le produit substituable est plus avantageux plus lui que celui qu'il consomme. Cette hypothèse est d'autant plus forte que l'information porte sur autre chose que le prix, par exemple l'aptitude technique de la chose, les garanties, etc., toutes les qualités qui sont moins immédiatement disponibles que les prix³⁴, et que le demandeur est le demandeur sur le marché est le « consommateur final ». Ainsi se rencontrent droit de la concurrence et droit de la consommation³⁵.

³⁰ V. *supra* n°5. V. aussi, d'un côté de l'analyse économique, ETNER, François, *Histoire de la pensée économique*, Economica. 2000, et du côté de l'analyse juridique, ZENATI, Frédérique, *Le droit et l'économie au-delà de Marx*, in *Droit et Economie.*, Archives de Philosophie du droit, t.37, Sirey, 1992, p.121-129.

³¹ En philosophie politique, v. KOJEVE, Alexandre, *Philosophie du droit*, Gallimard, 1983 ; en économie, v. EYMARD, François-Duvernay, FAVEREAU, Olivier, ORLEAN, André, SALAIS, Robert, *Economie des conventions*, coll. « Recherches », éd. La Découverte, 2004 ; en droit, MOTULSKY, Henri, *Réalisation méthodique du droit. Eléments générateurs des droits subjectifs*, Sirey, 1948, reprint Dalloz, 2002.

³² V. *supra* n°12.

³³ *La fidélité*, Série « Morales », éd. Autrement, 1990. Il est vrai que l'ouvrage n'aborde guère cet aspect des choses. C'est davantage lorsque les techniciens décrivent la technique du fonds de commerce qui, selon la qualification de Ripert, désigne les contrats futurs que feront les clients fidèles, que cette notion apparaît. En cela, la fidélité, comme l'amitié dans les alliances dans les OPA « amicales » a la froideur voulue par un droit commercial qui voit sous la spontanéité des sentiments, qui conduirait par exemple à la gratuité, un indice de fraude.

³⁴ Il est vrai que les prix eux-mêmes peuvent faire l'objet de dissimulation, notamment lorsque la relation se construit sur le long terme, ce à quoi renvoie la notion économique de « contrat relationnel ». L'exemple de ce

18. Cet attachement peut être d'origine à la fois plus *positive*, c'est-à-dire ne pas tenir à l'ignorance de la supériorité des produits concurrents, et sociologique : il est très net en France lorsqu'il s'agit d'entreprises publiques. Ainsi la population, en raison de la valorisation de l'Etat, associé à l'idée d'intérêt général³⁶, préfère demeurer cliente de l'opérateur public, significativement en télécommunication, massivement pour la fourniture d'électricité.
19. Dès lors, malgré la normativité dont le législateur européen ou national se drape, la déclaration d'ouverture de la concurrence ne suffit pas. Il est d'ailleurs facile pour certains Etats de jouer en quelque sorte un « tour », en déclarant ouvert à 100% à la concurrence certains secteurs, précisément parce qu'ils savent que les pesanteurs seront telles qu'il n'y auront pas pourtant pas de nouvel entrant et qu'ils seront pourtant félicités par la Commission européenne pour avoir été si bons élèves de la libéralisation. Ce fût le comportement du législateur allemand à propos du secteur électrique, ouvert immédiatement de la part la loi nationale à tout offreur mais demeuré de fait entre les mains des *Staatsverkes*. La France, plus naïve, montra juridiquement sa récalcitrance face à la libéralisation, n'adaptant la loi de libération qu'à minima et après les délais, se faisant montrer du doigt. Cancre moins astucieux.
20. Il demeure qu'une fois la libéralisation proclamée, il peut arriver que les opérateurs naguère monopolistiquement présents de droit ou de fait ont, indépendamment du comportement des demandeurs, la puissance nécessaire pour bloquer l'avènement économique de la concurrence, alors même que le permis en a été accordé par le droit. Cela est notamment le cas lorsque l'opérateur historique détient un réseau de transport, par exemple d'énergie, qui ne sera pas dupliqué, parce que l'opérateur qui le fera ne pourra rentabiliser un tel investissement.
21. Cette hypothèse de monopole économique naturel³⁷ confère d'une façon définitive à celui qui détient, à titre de propriétaire ou de gestionnaire, les réseaux, une puissance de marché qui décourage tout nouvel entrant. En effet, il est illusoire pour un concurrent d'entrer sur un marché, par exemple d'énergie, pour acheter et vendre de l'électricité, s'il ne peut faire transporter celle-ci jusqu'à l'acheteur, en ayant accès au réseau pour un prix équitable

que l'on appelle curieusement la « tarification bancaire » est un bon exemple car le client mesure mal le montant du service qu'il paie, ne fait pas jouer la concurrence. En conséquence de quoi, le Gouvernement a utilisé une technique, non pas d'économie administrée, mais de régulation, à savoir la transparence des prix (retrouver les discours de Ch. Lagarde, voir les textes s'il y en a déjà).

³⁵ PAYET, Marie-Stéphane, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001.

³⁶ V. par ex. PICQ, Jean, *Il faut aimer l'Etat. Essai sur l'Etat en France*, Flammarion, 1995. V. *contra*, parce que seules y entrent des considérations économiques, LAFFONT, Jean-Jacques, Intérêts particuliers et intérêt général, in *L'intérêt général*, préc.

³⁷ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Monopole naturel, in *Les 100 mots de la régulation*, préc.

(puisqu'il n'y a pas de concurrence entre plusieurs réseaux, il ne peut y avoir de « prix exact »³⁸).

22. Une régulation va alors devoir être mise en place pour établir « au forceps »³⁹ la concurrence. Dans un tel cas de figure, la concurrence sera le but de la régulation. En cela, la régulation poursuit le contraire d'elle-même et c'est cela qu'une fois sa finalité satisfaite, le système de régulation, par exemple la réglementation adoptée *ex ante*, ou la surveillance des prix, ou l'établissement d'une Autorité de régulation, ou la supervision des opérateurs et des mécanismes de dominance, doivent disparaître. La régulation qui a pour but l'établissement de force de la concurrence doit disparaître lorsque celle-ci est établie, le secteur dont il s'agit devant être inséré dans le giron du droit de la concurrence.
23. Cela pose deux difficultés. La première est inhérente au caractère nécessairement asymétrique de cette régulation, qui doit traiter mieux les nouveaux entrants que les opérateurs historiques, pour faire place aux premiers ; la seconde est inhérente au caractère transitoire de cette régulation qui ne se déploie que pour mieux disparaître au profit de cette organisation différente qu'est la concurrence ordinaire⁴⁰.
24. En effet, pour construire un marché concurrentiel dans un secteur naguère entièrement tenu par des opérateurs monopolistiques, donc occupant tout l'espace, il faut faire artificiellement de la place pour que des concurrents potentiels soient incités à entrer sur ce que va devenir de ce fait un marché. La régulation est donc « asymétrique », le Régulateur favorisant les nouveaux entrants. La difficulté intrinsèque au système vient de la superposition de l'office du Régulateur et de l'office du juge, qui contrôle les décisions de celui-ci⁴¹. En effet, la règle de l'impartialité interdit au contraire au juge de traiter avec faveur une partie par rapport à l'autre et, lorsqu'un recours est formé contre une décision de règlement des différends, le juge doit-il, en raison de l'effet dévolutif, reprendre à son compte le traitement asymétrique des parties ou les remettre à part égale ?⁴². Le plus souvent, la prudence des juges les conduit à s'en tenir à un contrôle du respect de la procédure par le Régulateur.

³⁸ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Qu'est-ce qu'un prix en droit ? du droit des contrats au droit de la régulation, *in Etudes à la mémoire de Fernand-Charles Jeantet*, LexisNexis, 2010, p.177-183.

³⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Ambition et efficacité de la régulation économique, *in Le droit face au risque financier*, Revue de droit bancaire et financier, 2010, n°6, nov. déc., étude n°35, p.59-66.

⁴⁰ V. *supra* n°5 et s.

⁴¹ RICHER, Laurent, Le règlement des différends par la Commission de régulation de l'énergie, *in Mouvement du droit public*. Mélanges Franck Moderne, Dalloz, 2004, p.392-406. V. aussi par ex. TUOT, Thierry, Régulation du marché de l'électricité : une année de règlement de différends, *AJDA* 2003, p.312-323.

⁴² FRISON-ROCHE, Marie-Anne, L'office de règlement des différends entre régulation et juridiction, *in* FRISON-ROCHE, Marie-Anne (dir.), *Les risques de régulation*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », vol.3, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, p.269-287.

25. La seconde difficulté tient dans le caractère nécessairement temporaire d'une telle régulation par rapport à la concurrence. En effet, indépendamment de la puissance des opérateurs historiques à résister à la libéralisation et à conserver leurs parts de marché, il peut arriver qu'il ne soit pas si simple de distinguer d'une part la stratégie de résistance passive des opérateurs historiques, qui peut passer par des accords avec de potentiels nouveaux entrants pour que ceux-ci s'abstiennent, et d'autre part, la stratégie des Régulateurs qui n'apprécient pas de vouloir voir le triomphe de leur mission, en ce qu'elle signifie leur disparition, puisque la concurrence devenue mature rendue inutile son échafaudage qu'était la régulation. Voilà venu le temps de l'échafaud pour le Régulateur et il est aisé de comprendre que les Autorités de régulation vont développer des stratégies pour l'éviter.
26. Tout d'abord, d'une façon conceptuellement étonnante, certains régulateurs en charge de la régulation à fin de rendre effective la libéralisation, vont proposer la notion de « régulation symétrique », qui suppose qu'il ne s'agit plus de favoriser de nouveaux entrants par rapport à des opérateurs historiques, car la concurrence est souvent effective pour que le dynamisme guerrier des intérêts contraires⁴³ suffit. On peut considérer que c'est le cas dans le secteur des télécommunications, surtout sur le marché des mobiles. Le Régulateur affirme alors qu'il faut néanmoins que sa main, qui n'a rien d'invisible, continue de gouverner le secteur entre des compétiteurs égaux, par exemple pour les obliger à coopérer entre eux. Le Régulateur français des télécommunications en France a nettement pris ce parti, en estimant qu'il exerçait désormais une régulation symétrique entre les acteurs et qu'il convenait par exemple de développer la fibre optique comme mode de transport des télécommunications sur l'ensemble du territoire, ce qui a été approuvé par l'Autorité de concurrence, en obligeant les opérateurs à coopérer entre eux pour cela, même sur des zones non-rentables, alors que d'autres pays ont laissé faire la concurrence⁴⁴.
27. Indépendamment des stratégies des opérateurs, au sein desquelles les Régulateurs, comme les Autorités de concurrence⁴⁵, ne sont pas en reste, une seconde interrogation, plus substantielle se pose : dans quelle mesure un secteur libéralisé demeure-t-il néanmoins l'objet d'une régulation définitive ?
28. En effet, les régulations transitoires ont été mises en place pour la libéralisation de ce qu'il est convenu d'appeler les « industries de réseaux », à savoir les télécommunications, l'énergie, la poste et le ferroviaire. La Commission européenne le perçoit intellectuellement comme le recours à une puissance *ex ante* qui laissera ensuite la concurrence « durable » régir ces secteurs⁴⁶, mais cette conception d'une régulation au service de son contraire, parce que la concurrence ne se décrète pas et qu'il lui faut la puissance juridique de la

⁴³ V. *supra* n°5 s.

⁴⁴ BENZONI, Laurent, Comparative Analysis of national fiber Plans, *The Journal of Regulation*, vol., 2011, à paraître.

⁴⁵ V. *supra* n°10 s.

⁴⁶ V. *supra* n°12.

régulation pour inciter des nouveaux entrants à construire un marché qui resterait autrement parole de législateur, c'est-à-dire lettre morte, suppose que la concurrence suffise par la suite.

29. Or, cela n'est pas toujours le cas, car le marché peut être définitivement défaillant.

III. LA REGULATION, CONSEQUENCE DES DEFAILLANCES DEFINITIVES DE MARCHES

30. S'il y a une défaillance structurelle de marché, le marché ne peut plus s'autoréguler par le seul jeu concurrentiel, le système doit, soit sortir de l'économie libérale (par une économie administrée), soit être soumis à des régulations de marché⁴⁷. Indépendamment des idéologies, il est aujourd'hui difficile de soutenir que l'on doit se soustraire au marché parce que les marchés étant plus vastes que les territoires dans lesquels se meuvent les Etats⁴⁸, et la financiarisation de l'économie ayant pulvérisé celle-ci en la dématérialisant, c'est en s'appuyant sur les marchés qu'il faut essayer de les maîtriser. En cela, la régulation et la gouvernance sont des notions de plus en plus proches⁴⁹.

31. Or, les Régulateurs des secteurs comme celui des télécommunications repèrent, si ce n'est inventent, de nouvelles fonctions au-delà de la libéralisation. Il en est ainsi de la solidarité sociale, qui exigerait une couverture sur l'ensemble du territoire d'un Internet à haut débit, de ce qui suppose le présupposé d'un droit fondamental à Internet, issu du droit fondamental à l'information et au contact avec autrui et le groupe social. On observe ainsi plusieurs Régulateurs édictent du *soft Law* concernant ce qui serait un principe de « neutralité du Net⁵⁰ », la place de régulateur de l'internet étant certainement un emplacement de choix⁵¹. S'y positionnent en France non seulement le Régulateur des communications électroniques, mais encore le Régulateur des données personnelles, ce qui enclenche chez le Gouvernement le réflexe de vouloir les fusionner ...

32. Il est ainsi très difficile de savoir s'il y a réellement ou non défaillance technique de marché. Si une telle défaillance n'existe pas, alors l'opérateur historique peut notamment tomber en

⁴⁷ V. *supra* n°2.

⁴⁸ Sauf à vouloir rétablir les frontières : DEBRAY, Régis, *Eloge des frontières*, coll. « NRF », Gallimard, 2010,

⁴⁹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Corporate Law seen through the prism of Regulatory Law, *The Journal of Regulation*, n°2, june 2010, 1-1-6.

⁵⁰ V. par ex. BENZONI, Laurent, Net Neutrality, Economic Perspective, *The Journal of Regulation*, 2010, I-1.9.

⁵¹ V. par ex. les « recommandations » de l'ARCEP en la matière : RAIFFE, Alex, The ARCEP publishes 10 recommendations and propositions for Network and Internet Neutrality, *The Journal of Regulation*, 2010, II-2.6.

faillite, dès l'instant que d'une part aucune crise systémique n'est déclenchée et que d'autre aucune fonction économique vitale n'est affectée ou remplacée, pourquoi l'empêcher ?

33. Cela ouvre la question de la régulation du secteur postal. L'Europe a libéralisé le secteur postal par la directive de 1997 et accroît le périmètre de la croissance d'une façon cadencée, notamment par la directive du 10 juin 2002⁵², alors que l'arrêt *Corbeau* de la Cour de Justice du 19 mai 1993, avait posé que l'équilibre financier de l'opérateur public était une justification suffisante pour maintenir son monopole sur le marché du courrier rapide, ce qui permettait à la Poste Royale belge de satisfaire à ses obligations de service public en matière de courrier ordinaire. A l'heure actuelle, tous les rapports économiques montrent que les Postes nationales, entreprises publiques indépendamment de leur statut juridique⁵³, sont au bord de la faillite. Faut-il l'empêcher ?
34. Cela dépend de l'objet même de l'activité de la Poste. S'il s'agit, par le transport du courrier, de porter une information d'une personne à une autre, les techniques intermodales, notamment le téléphone, le fax, mais aussi Internet, font que cette fonction pourrait sans doute être remplie à d'autres conditions. La distribution des colis est une activité différente et les directives européennes en ont précisément fait une activité réservée aux postes nationales.
35. Plus encore, lorsque le Politique décide de demander à la Poste d'assurer une tâche de cohésion sociale par une présence de bureaux de poste en milieu rural, sous la surveillance du régulateur postal, c'est là une fonction complètement étrangère à la concurrence. Il y a alors défaillance de marché, non plus technique, mais parce que la fonction est étrangère au marché, le marché n'étant pas un lieu de cohésion dans la mesure où il suppose une capacité financière pour que le demandeur soit recevable à y entrer et une capacité de prendre des risques pour que l'offreur soit recevable à faire de même.
36. Dans ces conditions, la régulation sera définitive et l'on trouve alors la définition principale, parce que stable, de la régulation, de la mise en équilibre permanent du principe de concurrence avec un principe d'une autre nature, a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel⁵⁴. La concurrence est sur un plateau de la balance que tient le Régulateur, pas moins, pas plus.

⁵² Sur le détail du calendrier, v. www.arcep.fr/postal.

⁵³ Cons. Cons., déc n°2010-601 DC du 4 février 2010 *relative à la loi relative à la loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales*.

⁵⁴ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Le droit de la régulation, *D.* 2001, chron., p.610-616 ; Définition du droit de la régulation économique, *D.*2004, chron., p.126-129.

37. L'équilibre est à la fois instable et politique. C'est en cela que la régulation correspond à un triangle dont chacune des pointes correspond à l'économie, au droit et à la science du politique. Nul n'est légitime seul. Il en résulte une complexité que l'on reproche souvent aux régulations et une évolution dans le temps, parce que les contraintes techniques changent, ce qui fait changer les régulations, parce que les idées politiques évoluent, ce qui fait évoluer le système aussi.
38. Ce n'est pas un vice, c'est la nature de la régulation d'être plus instable dans ces concepts et plus stable dans son fonctionnement que la concurrence, qui est instable dans son fonctionnement⁵⁵ et stable dans ses concepts.
39. Prenons tout d'abord l'impact des évolutions techniques sur les régulations. Elles sont multiples et peuvent même inverser le rapport entre la concurrence et la régulation. Ainsi, la concurrence est intervenue dans le marché des communications téléphoniques, par le *call back*, bien avant les textes européens de libéralisation ne soient adoptés. Ainsi, à regarder de près, si on a juridiquement libéraliser le secteur des télécommunications, ce n'est pas pour l'ouvrir à la concurrence, car la technologie y avait déjà procédé, mais pour maîtriser celle-ci. C'est donc des textes de régulation et donc des textes de concurrence qui ont été adoptés.
40. Plus encore, en ce qui concerne les jeux en ligne, c'est parce que la technologie d'Internet avait fait prospérer l'offre illégale de paris sportifs, hippiques et de pokers, que les autorités européennes ont préféré libéraliser non pas tant pour ouvrir à la concurrence mais surtout pour réguler cette activité, car il convient de mettre en balance en la matière le principe de concurrence et d'autres principes, tels que la prévention de l'addiction, l'ordre public ou les revendications fiscales de l'Etat. L'ARJEL se définit-même non pas comme une autorité de concurrence spécialisée ou une autorité de régulation transitoire, mais comme une autorité de régulation définitive, parce qu'en charge de ces équilibres⁵⁶.
41. De la même façon, la régulation est un appareillage qui peut, par *l'ex ante*, insérer des décisions à long terme, le Régulateur notamment prenant des engagements dans le temps⁵⁷. En cela, elle établit un élément de stabilité qui permet une politique industrielle, que la concurrence, pour l'instabilité qui lui est propre, rend difficile⁵⁸. Cette aptitude de la régulation d'insérer de la durée dans les marchés, de les soustraire à l'instant, est essentielle, car l'industrie ne peut se mouvoir dans l'instant.

⁵⁵ V. *supra* n°1, rappelant la définition de la régulation, par rapport à celle de la concurrence.

⁵⁶ V. par ex. VILLOTTE, Jean-François, vœux au nom de l'ARJEL pour l'année 2011.

⁵⁷ *Les engagements dans les systèmes de régulation économiques*, préc.

⁵⁸ COHEN, Elie et LORENZI, Jean-Hervé, *Politiques industrielles pour l'Europe*, Conseil d'analyse économique, 2000.

42. C'est en cela que la régulation et le contrat ont partie liée⁵⁹. En effet, le marché concurrentiel fonctionne avec des « contrat-échange » qui opèrent en un instant des échanges économiques, alors que la régulation utilise des « contrat-organisation »⁶⁰, dont l'intégration par des entreprises n'est qu'une modalité, qui instille de la durée dans les marchés. Tant que la concurrence sera maîtresse des marchés, il sera très difficile pour les entreprises de déployer une stratégie industrielle, faute de la dimension temporelle que suppose toute stratégie, supposant le plus souvent sur une politique industrielle étatique.
43. Par ailleurs, comme chacun le sait, les marchés financiers sont régulés, puisqu'ils souffrent de défaillances structurelles, notamment l'asymétrie d'information, et que, marchés souvent intermédiés, les intermédiaires sont parfois en conflits d'intérêts. De nombreuses études ont montré que les marchés financiers étant construit sur la confiance⁶¹, celle-ci suppose, pour son maintien ou sa restauration, des mécanismes de supervision et de procédés prudentiels contre les risques systémiques et les comportements frauduleux. Les réformes, de tous pays et à tous niveaux, interviennent en raisons des défaillances qu'on a pu constater dans les régulations elles-mêmes et dans les Autorités de régulation⁶².
44. Le point ici à mettre en valeur est que les marchés financiers ont débordé, comme le ferait le lait de sa casserole, en ce qu'ils ont cessé de seulement traiter les titres émis par les sociétés pour faire plus largement circuler les instruments financiers⁶³. La crise des subprimes est advenue de cette aptitude de l'industrie bancaire qui, tel Midas, a transformé en instruments financiers, l'économie réelle, comme le prédisait l'historien Fernand Braudel⁶⁴, sans être apte pour autant à s'autodiscipliner dans la circulation de ceux-ci⁶⁵.
45. Les législateurs cherchent aujourd'hui à réguler la transformation de l'économie dite « réelle », c'est-à-dire l'économie de l'échange, donc l'économie de la concurrence, en

⁵⁹ V. d'une façon générale et par ex. DEFFAINS, Bruno (dir.), *L'économie du droit*, n° spécial de la Revue d'Economie Politique, 2002, spécialement la contribution d'Eric BROUSSEAU, Règles de droit et exécution des contrats, p.823-844.

⁶⁰ Sur cette distinction essentielle, v. DIDIER, Paul, Distinction entre le contrat-échange et le contrat-organisation, in *L'avenir du droit*. Mélanges François Terré, Dalloz/PUF/éd. du Juris-classeur, 1999.

⁶¹ V. par ex. CRETE, Raymonde (dir.), *La confiance au cœur de l'industrie des services financiers*, éd. Yvon Blais, Canada, 2010.

⁶² CREMER, Jacques, Le retour à la régulation ordinaire au sortir de la crise, in *Les risques de régulation*, préc., p.59-65. Voir dans le même ouvrage et le même sens, CAZENAVE, Thomas, MARTIMORT, David, et POUYET, Jérôme, Crise de régulation, p.1-10.

⁶³ Pour une description prémonitoire du droit financier, décrit avant tout comme un droit des biens, voir JEANTIN, Michel, Le droit financier des biens, in *Prospectives du droit économique*. Mélanges Michel JEANTIN, p.3-10.

⁶⁴ *La dynamique du capitalisme*, Flammarion, 1985.

⁶⁵ AGLIETTA, Michel, et RIGOT, Sandra, *Crise et rénovation de la finance*, éd. Odile Jacob, 2010.

économie financière, qui n'est pas un « jeu de l'échange⁶⁶, mais un jeu de poker au risque auto-réalisateur.

46. Cela vient d'être fait à propos des sous-jacents énergétiques⁶⁷, avec un jeu dialectique aux Etats-Unis entre le Régulateur, le juge et le législateur⁶⁸, le système étant repris notamment en France par la loi du 22 octobre 2010, relayée par un accord entre le Régulateur financier et le Régulateur énergétique⁶⁹.
47. Mais d'autres pans de l'économie réelle sont menacés et leur régulation sont envisagée, parce qu'on ne conçoit ni de les laisser demeurer dans une organisation administrative ni de les laisser dans le système concurrentiel, notamment parce que celui-ci n'intègre que très mal la durée⁷⁰. Il en est ainsi du secteur agricole⁷¹. Il est remarquable que le Ministre français de l'agriculture ait demandé au Régulateur des marchés financiers un rapport sur ce sujet⁷², démontrant que ce besoin de régulation du secteur agricole tient tout à la fois au fait que l'Etat n'a plus les moyens de résister au mouvement global de libéralisation des échanges et à la financiarisation des richesses réelles pour en faire advenir de virtuelles, qui finissent par détruire les premières, en excluant ceux qui les avaient produites⁷³.
48. Il apparaît ainsi que le modèle libéral ne perdurera que si l'articulation entre la régulation et la concurrence est correctement opérée, ce qui suppose que l'on commence par distinguer soigneusement l'une de l'autre et que l'on admette le caractère composite de la régulation, faite d'économie, de droit et de politique, loin de la pureté concurrentielle.

⁶⁶ BRAUDEL, Fernand, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*. Tome 2 : *Les jeux de l'échange*, coll. « Références », Armand Colin, 1979..

⁶⁷ RAIFFE, Alex, The CME Group challenges the Commodity Futures Trading Commission's , January 26, 2010 proposition to regulate speculation on energy futures, option contracts, and derivatives, *The Journal of regulation*, 2010, II-5.1

⁶⁸ RAIFFE, Alex, Provision of the financial reform bill (Dodd Bill) currently being examined by the States Congress would empowered the Commodities Futures Trading Commission (CFTC) , *The Journal of regulation*, 2010, II-5.3

⁶⁹ Protocole d'accord du 10 décembre 2010 entre la Commission de Régulation de l'Energie et l'Autorité des Marchés Financiers. Dans son discours de présentation, le Régulateur financier insiste sur le fait qu'il s'agit du « premier accord de coopération entre un régulateur des marchés financiers et un régulateur sectoriel en France (www.amf-France.org/documents/general/9764-1)

⁷⁰ V.*supra* n°43 s.

⁷¹ FRISON-ROCHE, Marie-Anne, Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole, *Revue Lamy Concurrence*, 2005, n°4, août/oct., p.126-130.

⁷² JOUYET, Jean-Pierre, BOISSIEU, Christian de, GUILLON, Serges *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles*, rapport remis au Ministre de l'agriculture, 22 septembre 2010.

⁷³ BRAUDEL, Fernand, *La dynamique du capitalisme*, préc.