

Fabrizio Cafaggi

EUI/Trento

L'autorégulation en Europe, nouvelles
convergences et politique communautaire

Une approche comparative de l'AR en Europe

Paris 12 décembre 2005

Plan de la Présentation

- I Le cadre du projet
- II Les enjeux
- III La mise en œuvre du projet
- IV Premier compte-rendu
- V Vue d'ensemble

Le cadre historique

- Le rôle de l'AR au sein des systèmes juridiques nationaux
- 1) L'AR précède l'émergence des États nations: des organisations privées cantonnées aux sphères privées ou présentes au sein des espaces publics?
- 2) Le rôle de l'AR est réduit par le procédé même de codification mais n'est pas complètement éliminé
- 3) L'AR et l'émergence de l'État régulateur
- 4) L'AR au sein de l'espace de régulation transnational: globalisation et autorégulation

Le cadre contemporain et les principales questions

- Deux questions:
- **1) Localiser le développement de l'AR au sein du débat sur la régulation**
- 1.1) L'AR et la dérégulation. L'AR en tant que véhicule de la privatisation de la régulation?
- 1.2) L'AR et la re-régulation. L'AR en tant que stratégie régulatrice complémentaire de la régulation publique?
- **2) Localiser l'AR au sein du débat sur le néo-corporatisme**
- 2.1 L'AR ou la co-régulation, un voie possible au sein d'une forme étatique néo-corporatiste ?
- 2.2 L'AR, une forme de régulation participative?
- 2.3 Comment tracer la frontière entre instruments participatifs et néo-corporatisme en relation avec l'AR?

Le cadre contemporain et les principales questions

- Influences européenne et mondiale sur l'autorégulation nationale
- 1) Les changements à l'intérieur même du cadre de l'AR *introduits* par la législation européenne et le *soft law*
- 2) Les changements relatifs à l'AR *induits* par la législation européenne et le *soft law*
- 3) Les changements introduits par les réglementations transnationales (standards techniques internationaux à la fois publics et privés, standards environnementaux internationaux, OMC,...)

Le cadre contemporain et les principales questions

- Déterminer l'influence européenne au sein des systèmes juridiques nationaux.
- Une analyse empirique permet de démontrer que l'influence européenne a joué dans les deux sens:
 - 1) elle a stimulé l'utilisation de l'AR dans certains secteurs renforçant principalement les traditions nationales (pratiques commerciales déloyales, publicité, standard techniques)
 - 2) elle a stimulé/imposé la réduction ou l'abandon de l'AR dans d'autres secteurs (marchés financiers).

L'efficacité de la stratégie européenne et les différences entre Etats membres

- Le recours à l'autorégulation comme stratégie européenne dépend de son efficacité à l'échelle des états membres
- L'efficacité est liée d'une part à l'habilité des états membres à mettre en oeuvre cette stratégie et d'autre part à leur degré de convergence

L'impact de la législation européenne sur les systèmes d'autorégulation nationaux

- La promotion de l'AR et de la co-régulation au sein du système européen a-t-elle modifié les traits principaux des systèmes d'AR nationaux?
- Observe-t-on plus de discontinuités ou de continuités entre la phase précédant l'intervention européenne et celle qui lui succède?
- Dans quels secteurs l'intervention européenne a-t-elle entraîné des disparités notables avec les modèles antérieurs?
- Ces disparités, ont-elles affecté uniquement les activités de régulation ou également les modèles organisationnels?

Les enjeux

- Il est donc nécessaire de s'engager dans une recherche comparative portant sur l'AR au sein des différents systèmes juridiques afin de vérifier (1) s'il existe des divergences et (2) si ces dernières sont susceptibles de troubler les procédés d'harmonisation.
- **Au cas où les divergences seraient significatives, il existe au moins trois types de alternatives stratégiques distincts et complémentaires:**
 - 1) Choisir entre une approche sectorielle et une approche générale de l'autorégulation.
 - 2) Mieux définir les instruments. En particulier déterminer quel est le rôle de l'AR dans le cadre du débat concernant l'harmonisation du droit européen des contrats et du droit européen des sociétés, des associations, des fondations, tout en reconnaissant l'importance des **contrats régulateurs et des organisations régulatrices**
 - 3) Rechercher si du fait de l'existence d'une multiplicité de régulateurs privés opérant dans les différents EM il est nécessaire de coordonner l'action de ces derniers tels qu'ils soient capables de mettre en lumière et de parer aux différences provenant de l'existence de régimes juridiques divergents

Les enjeux

- Au sein de notre étude nous nous sommes centrés sur les systèmes nationaux, considérant l'impact de l'intervention européenne seulement comme un facteur parmi d'autres.
- Dans de nombreuses situations, le développement de l'AR est apparu indépendamment de l'intervention européenne ou tout au moins en conjonction avec d'autres facteurs.
- Dans certains domaines, tels que les marchés financiers et les médias la dimension internationale a également joué un rôle important.

Le projet de recherche

- Trois thèmes ont été approfondis:
 - 1) La dimension constitutionnelle de l'AR
 - 2) La nature de l'activité de régulation et les critères de définition du régime juridique applicable
 - 3) Le contrôle judiciaire des régulateurs. La responsabilité des régulateurs privés.
- Sept pays ont été étudiés
Espagne, Finlande, France, Grande-Bretagne, Hollande, Italie, Roumanie.

Les différents types de régulation privée rencontrés au sein des modèles de régulation

- L'autorégulation
- La régulation privée participative
- L'autorégulation déléguée
- La co-régulation

Brève description des modèles

- On parle d'autorégulation lorsqu'il y a parfaite correspondance entre régulateurs et régulés.
- On parle de régulation privée participative lorsque les parties prenantes participent de manières différentes au processus de régulation
- On parle de régulation privée déléguée lorsque la loi ou le régulateur public délègue au(x) régulateur(s) privé(s) les pouvoirs de régulation
- On parle de co-régulation lorsque les régulateurs publics et privés participent de la même manière ou de façons différentes mais très significatives au processus de régulation.

Les fondements contemporains de l'autorégulation: pluralité et/ou conflit?

- Le lien entre AR et autonomie privée (liberté contractuelle). L'AR peut revêtir deux formes distinctes non nécessairement alternatives:
 - L'AR – expression de **l'autonomie privée**: il s'agit ici de la mise en œuvre collective de la liberté contractuelle.
 - Un critère insuffisant?
 - Quels sont les objectifs poursuivis par l'autonomie privée?
 - L'autonomie privée en tant que composante d'une société pluraliste
 - L'autonomie privée en tant qu'expression de la création d'un *bien de club privé*
 - L'autonomie privée en tant que stratégie complémentaire en vue de la régulation privée.
 - L'AR – expression d'une **stratégie de régulation**: l'OAR exerce ici une fonction de régulation des comportements qui s'étend au-delà de la relation *inter partes*.
 - Prédominance d'une approche par secteur: la meilleure stratégie de régulation, envisagée comme une stratégie générale de régulation, doit être doublée d'une prise en compte des spécificités de secteur.
- Que l'on se situe au niveau européen ou au niveau national, il est impossible de dissocier complètement ces deux formes d'expression.

Des modèles différents pour des rôles différents?

- Deux alternatives possibles:
 - Soit l'on réalise une combinaison entre autonomie privée et fonction de régulation: ce mode de régulation n'a donc que des effets limités vis-à-vis des tiers
 - Soit l'on tente de raffiner le modèle et l'on distingue alors toute une série de dénouements possibles allant de l'autorégulation purement privée fondée sur l'autonomie privée à la co-régulation fondée principalement sur une fonction de régulation. Le choix d'un arrangement parmi d'autres n'est pas neutre: l'AR purement privée n'a que très peu d'effets vis-à-vis des tiers, alors que la co-régulation a une influence directe sur la situation des tiers.

L'autorégulation et le droit de la concurrence

- L'autorégulation pure en tant que bien de club (*club good*)
- L'autorégulation en faveur de l'intérêt public: les organisations privées produisant des biens semi-publics
- Le rôle du droit de la concurrence dans le premier et le second cas
- Comment peut-on distinguer les régulateurs privés anticoncurrentiels des régulateurs privés concurrentiels?
- La relation entre régulation privée et concurrence

Premier compte-rendu

- Des résultats préliminaires montrent que l'AR existe depuis longtemps dans de nombreux EM mais selon des formes et des degrés différents.
- L'intervention européenne a introduit l'AR sous la forme d'une stratégie de mise en oeuvre de la législation européenne.
- Aujourd'hui, l'on dispose donc de modèles d'AR incorporés dans des traditions juridiques nationales qui diffèrent de manière substantielle et de modèles d'AR introduits par la législation européenne. Même si théoriquement, ces derniers devraient être homogènes, une fois reçus dans chaque EM ils tendent très souvent à être assimilés aux traditions nationales et à perdre leur uniformité.

Divergences/Convergences

Réflexions générales

- Des différences importantes existent parmi les pays examinés. Alors qu'au Royaume-Uni et aux Pays-Bas, bien que de manière distincte, l'AR a connu des développements importants, en Italie l'introduction de l'AR a été significative mais de moindre ampleur. L'Espagne s'oriente vers des arrangements de co-régulation; en Finlande on observe une tendance forte vers l'adoption de modes coopératifs de co-régulation et des manifestations d'AR négociée; la France semble moins enthousiaste vis-à-vis de l'AR.
- La Roumanie a changé de manière radicale l'intégralité de son système de réglementation. La co-régulation et l'autorégulation ont pénétré l'espace régulateur.

Quelques résultats préliminaires

- Parmi les trois thèmes examinés, je voudrais focaliser l'attention sur la nature de l'activité de régulation et le choix relatif au régime juridique applicable

Critères permettant de distinguer les régulateurs purement privés des régulateurs bénéficiant d'un statut de droit public

Résultats:

- Les critères utilisés par les différents pays ne divergent pas de manière significative. Cependant leur importance relative varie de façon assez substantielle. Les différences devraient être mesurées non pas aux vues de chacun des facteurs pris isolément mais grâce à une combinaison de ces derniers
- Une étude individualisée de chacun de ces facteurs pourrait cependant être révélatrice de l'existence d'un lien entre les états et les organisations d'autorégulation
- Les systèmes convergent sur la nécessité de combiner des critères liés à la nature du régulateur et à la nature de l'activité afin de déterminer le régime juridique de l'activité de régulation.
- Deux séries de critères ont pu être distinguées.

Critères préalables permettant de déterminer le régime juridique applicable à l'activité de régulation

- Deux critères possibles:
 - La forme juridique du régulateur:
 - ce dernier peut prendre la forme d'une association, d'une société et dans ce cas sa forme juridique empruntera au droit privé
 - Il peut tout aussi bien prendre la forme d'une agence, d'une autorité administrative et dans ce cas sa forme juridique empruntera au droit public
 - La nature juridique de l'activité
 - Activité privée
 - Activité publique
- Question: Quel est le choix fait par les EM?
- Réponse: Les EM tendent à préférer une combinaison des deux
- La seule considération de ces deux critères ne suffit pas à trancher la question de savoir si l'on doit alors appliquer le droit administratif ou le droit privé à l'activité de régulation

Critères permettant de trancher entre l'application du droit privé et l'application du droit administratif à l'activité de régulation

- L'Intérêt Public: l'organe d'autorégulation (OAR) agit-il en faveur de la promotion de l'intérêt public?
 - Observation préliminaire: La notion d'intérêt public recouvre des réalités variées du fait de l'existence de traditions différentes au sein des EM
- Le financement de l'activité de régulation: la source du financement a-t-elle des conséquences sur le droit applicable?
 - Élément de réponse: Dans plusieurs EM le financement public de l'activité de régulation est un indicateur de la nature publique, sans être pour autant un facteur décisif. De même, dans de nombreux EM, la source privée du financement n'exclut pas pour autant l'application du droit administratif.
- Situation de monopole ou pluralité de régulateurs:
 - Question : la situation de monopole du régulateur implique-t-elle par voie de conséquence l'application du droit administratif?
 - Réponse: pas nécessairement. Un monopoliste peut très bien se voir appliquer les règles de droit privé.

La situation de monopole d'un régulateur privé et ses conséquences

- Quelles conséquences pourrait avoir la situation de monopole d'un régulateur privé quant au régime juridique applicable?
 - A) soumis au contrôle des juridictions de l'ordre judiciaire (abus de droit)
 - B) soumis au contrôle des autorités compétentes pour appliquer le droit de la concurrence
- Ces solutions sont-elles alternatives? Généralement non
- Quelles en sont les implications en termes de relation entre États et OAR?

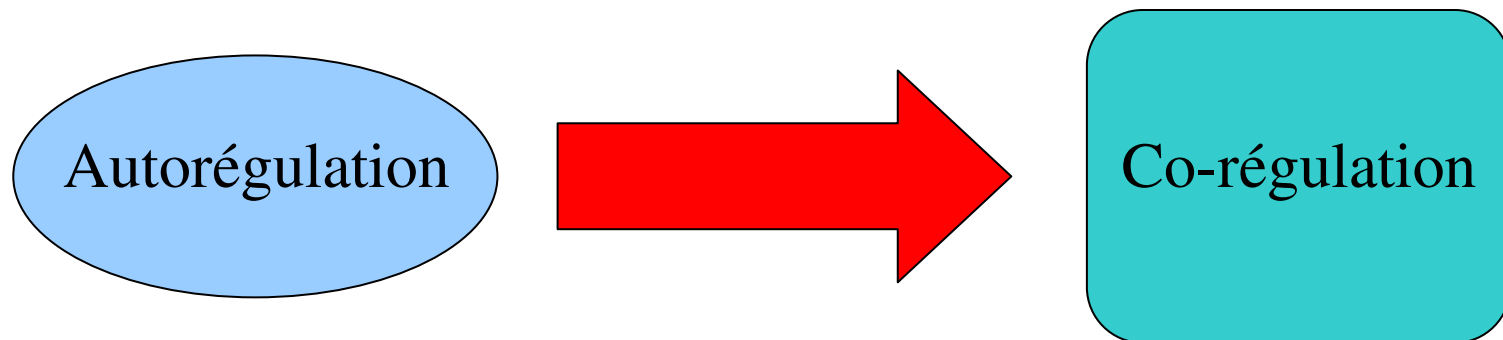
Vue d'ensemble

Quels sont les modèles émergents d'AR?

- Avec des degrés différents, l'AR purement privée semble être relativement sous-développée bien que l'on assiste à un phénomène grandissant de coordination des régulateurs nationaux poussée par les Associations Européennes au sein desquelles sont regroupés les régulateurs privés.
- Il y a un nombre croissant de phénomènes coopératifs revêtant des formes variées:
 - co-régulation,
 - autorégulation déléguée,
 - autorégulation reconnue *ex post*
- Différentes interprétations peuvent être offertes pour expliquer cette évolution:

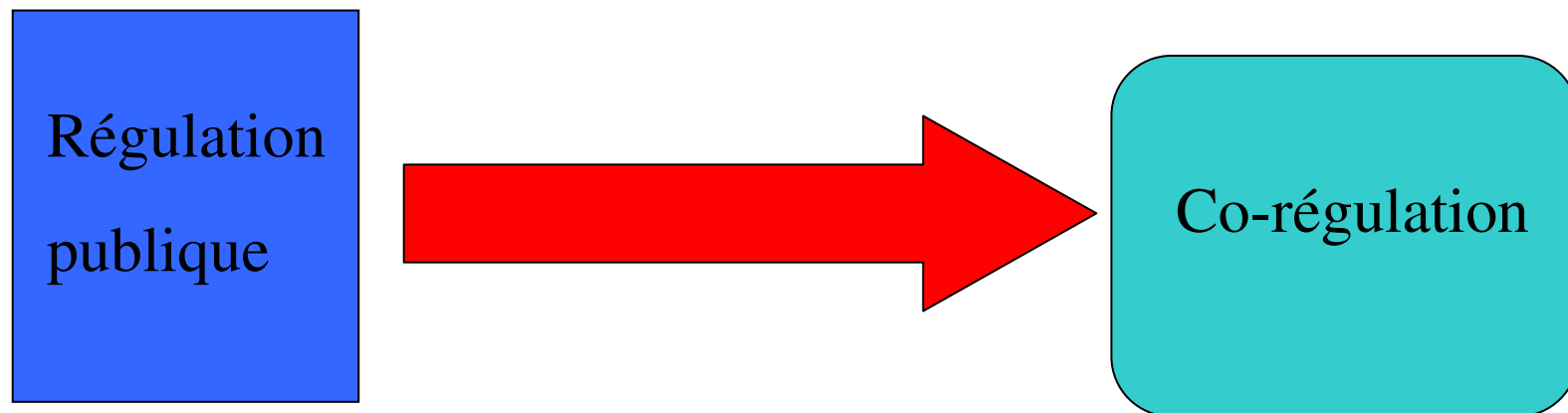
1. C'est le résultat d'un mouvement partant de l'autorégulation pure vers la co-régulation

De l'autorégulation à la co-régulation



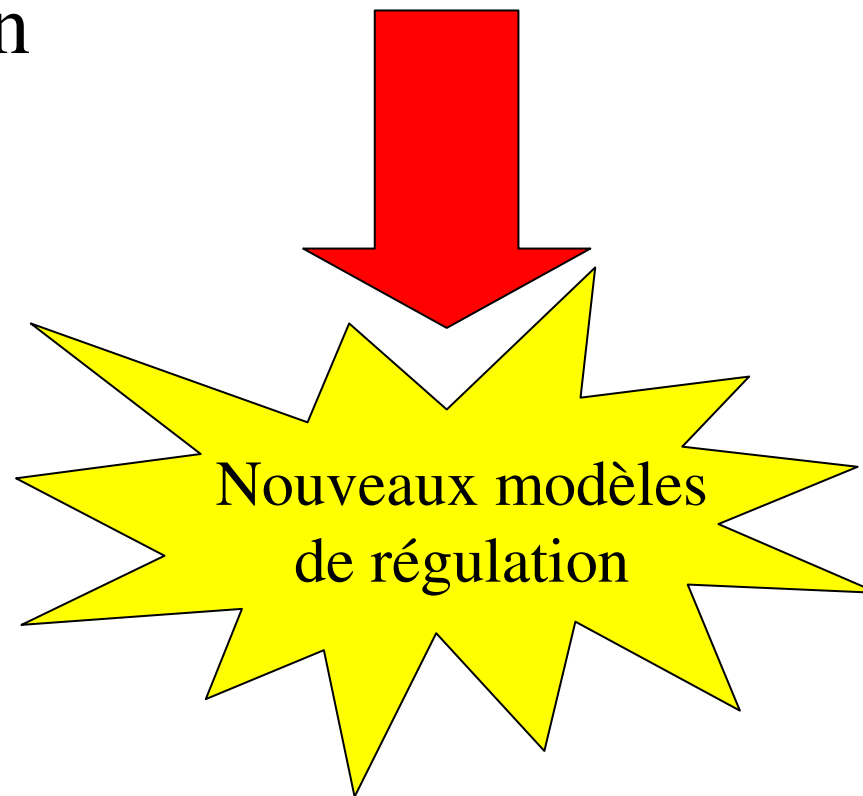
2. C'est le résultat d'un mouvement partant de la régulation publique vers la co-régulation

De la régulation publique à la co-régulation



3. C'est le résultat de nouveaux modèles de régulation

De la hiérarchie administrative au contrat de régulation



Les implications du projet de recherche en vue d'une stratégie européenne (1)

- Les différences parmi les systèmes juridiques sont significatives en ce qui concerne tant la régulation purement privée que la co-régulation
- Les spécificité sectorielle: les modèles d'ensemble n'existent pas et tendent à être spécifiques à chaque secteur
- Les différentes implications des divergences normatives quant à la régulation purement privée et la co-régulation
 - 1) Régulation purement privée. Les seules interventions admissibles sont relatives
 - A) aux instruments (contrat de régulation et modèles organisationnels privés).
 - B) à la coordination au niveau européen des régulateurs privés
 - 2) Co-régulation et régulation déléguée
- L'importance d'une stratégie intégrée implique la nécessité d'un rôle plus incisif des institutions communautaires

Les implications du projet de recherche en vue d'une stratégie européenne (2)

- Les modèles législatifs d'ensemble relatifs au régime juridique de la délégation existent uniquement aux Pays-Bas (GALA) et en Espagne (PAAP)
- La législation européenne promotrice de l'autorégulation devrait prendre en compte ces divergences
- Différentes possibilités de régulation à plusieurs niveaux:
 - A) La stratégie «dure»: Régulation européenne directe
 - B) La stratégie «moyenne»: Définition de principes au niveau européen par actes législatifs et liberté d'organisation des structures de régulation nationales au niveau interne selon le principe d'autonomie procédurale
 - C) La stratégie «douce»: Définition d'objectifs communs de régulation et promotion d'une coordination entre les régulateurs privés nationaux. Promotion de l'autorégulation des régulateurs européens.

Un agenda pour le projet de recherche

- Un étude comparative afin d'analyser plus en profondeur les questions soulevées par cette recherche pourrait être engagée sur:
 - 1) Les différences entre l'autorégulation et la co-régulation
 - 2) Les différents droits des contrats réglementant l'activité des régulateurs privés, en considérant à la fois les régulateurs purement privés et les régulateurs opérant dans le cadre de la co-régulation
 - 3) Les différents modèles de gouvernance appliqués aux régulateurs privés. Une analyse comparée sectorielle
 - 4) Les différentes manières de financer les régulations privées et leur influence sur les modèles de gouvernance des régulateurs
 - 5) L'impact de l'AR sur le débat relatif à l'eupéanisation du droit des contrats