



HAL
open science

CONTRIBUTION(S) DU MODELE DE CONCURRENCE REGULATRICE A L'ANALYSE DES MODES ET NIVEAUX DE REGULATION

Ségolène Barbou Des Places

► **To cite this version:**

Ségolène Barbou Des Places. CONTRIBUTION(S) DU MODELE DE CONCURRENCE REGULATRICE A L'ANALYSE DES MODES ET NIVEAUX DE REGULATION. *Revue française d'administration publique*, 2004, 109, pp.37 - 48. hal-01614078

HAL Id: hal-01614078

<https://hal.science/hal-01614078v1>

Submitted on 10 Oct 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**CONTRIBUTION(S) DU MODELE DE CONCURRENCE REGULATRICE
A L'ANALYSE DES MODES ET NIVEAUX DE REGULATION.**

Ségolène BARBOU des PLACES
Maître de conférence à l'Université Nancy 2

Pour qui cherche un éclairage nouveau sur la question des modes et niveaux de régulation, il existe un modèle économique peu connu des juristes français : le modèle de la concurrence régulatrice. Ce modèle, que les anglo-saxons appellent *Regulatory Competition*, sera nommé ici indifféremment concurrence normative, concurrence régulatrice, ou concurrence entre les systèmes juridiques¹. Il met en évidence le processus par lequel les régulateurs (ou autorités titulaires du pouvoir normatif) élaborent des réglementations ou régulations en fonction des demandes des destinataires de ces régulations et normes juridiques (particuliers, entreprises) et en fonction de leurs compétiteurs (les autres régulateurs ou autorités normatives). Ainsi par exemple lorsqu'ils modifient leur réglementation sociale, fiscale ou environnementale, les Etats peuvent être amenés à adapter cette réglementation aux besoins exprimés ou pressentis des entreprises qu'ils tentent d'attirer – en leur proposant un environnement juridique le mois

¹ L'absence de terminologie francophone consacrée démontre la rareté, voire l'absence de débats sur cette question en doctrine française en dehors de la discipline économique. Pour une des rares contributions analytiques, voir Salah (Mohamed M.M.), "La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation", *Revue Internationale de Droit économique*, Vol. 3, 2001, p. 266.

contraignant possible – et à celle des autres Etats en concurrence. De manière générale, un processus de concurrence est donc susceptible d'émerger quand les acteurs économiques ont la capacité de choisir entre plusieurs systèmes de régulation ou réglementation et si cet arbitrage conduit les régulateurs à modifier leur régulation pour être compétitifs².

La théorie de la concurrence régulatrice est née aux Etats-Unis, développée par les économistes qui tentaient de répondre à la question suivante : qui des Etats ou de la fédération doit réglementer ? Ils ont puisé dans le modèle de fédéralisme fiscal élaboré par Tiebout³, qui décrit un système dans lequel les gouvernements locaux entrent en concurrence pour attirer de nouveaux résidents sur leur territoire. A cette fin ils offrent une combinaison d'impôts et services publics (routes, piscines, écoles, opéras etc.) qu'ils espèrent être attractive. Tiebout montre que, sous certaines conditions⁴, ce système de concurrence conduit à une situation d'optimalité dans la fourniture des biens publics.

Le modèle de Tiebout concernait la production de biens publics locaux (piscines par exemple) mais il a été transposé à la « production » de normes juridiques, considérées comme des biens publics⁵. Ainsi parce que les gouvernements locaux ou nationaux sont des producteurs de structures juridiques et produits juridiques, ils peuvent - ou doivent selon un certain courant doctrinal - voir leur activité disciplinée par les forces du marché. En d'autres termes, la pression concurrentielle forcerait les gouvernements à produire leurs biens juridiques à un prix compétitif⁶.

² Voir Sun (Jeanne-Mey) et Pelkmans (Jacques), "Regulatory Competition in the Single Market", *Journal of Common Market Studies*, Vol. 33, n° 1, mars 1995, p. 68.

³ Tiebout (Charles), "A Pure Theory of Local Expenditures", *Journal of Political Economy*, Vol. 64, 1956, pp. 416-424. Tiebout cherchait un moyen d'inciter les résidents de collectivités locales à révéler leurs préférences en termes de services publics locaux et de prix à payer pour ces services. Il voulait en second lieu discipliner les gouvernements locaux en les forçant à allouer ces biens publics de façon pareto-optimale.

⁴ Mobilité des personnes et des ressources à faible coût ou coût nul; large choix de gouvernements dans lesquels les citoyens peuvent se rendre, offrant donc un large choix de biens publics; information complète sur les conditions proposées dans chaque localité; taille optimale de chaque localité; chaque localité est autonome pour l'adoption de sa réglementation; internalisation des coûts et bénéfices des réglementations.

⁵ C'est-à-dire des biens considérés comme des biens non exclusifs (i.e. il est impossible ou très coûteux d'en interdire l'accès à qui que ce soit) et non rivaux (la consommation du bien par un acteur n'empêche pas la consommation du même bien par un ou plusieurs autres acteurs).

⁶ Easterbrook (Franck), "Antitrust and the Economics of Federalism", *Journal of Law and Economic*, Vol. 26, 1983, p. 23.

Ceci admis, la question centrale posée par les théoriciens de la concurrence régulatrice est la suivante : la concurrence entre les régulateurs conduit-elle à une production optimale de normes juridiques ? La réponse à cette question est essentielle car elle permet de désigner le niveau optimal de régulation dans un système fédéral. En effet, il importe d'apprécier dans un premier temps si la concurrence entre normes des Etats fédérés est efficace, pour déterminer dans un second temps qui, de la fédération ou des Etats fédérés, doit réglementer.

Le débat a été particulièrement intense en matière de droit des sociétés. Le cas de l'Etat du Delaware a cristallisé les passions et opposé partisans de l'action fédérale et ceux de l'action centralisée (i.e. réglementation fédérale). En effet, le Delaware est un des plus petits Etats américains, mais il a réussi à attirer sur son territoire 40% des sociétés cotées à la bourse de New York et 80% des entreprises publiques américaines qui transfèrent leur siège d'un Etat à un autre s'enregistrent au Delaware. Selon la doctrine américaine, cette situation est la résultante d'un jeu concurrentiel entre droits nationaux des sociétés, le Delaware dominant le marché grâce à une législation spécifique et attractive pour les sociétés américaines.

Une controverse est née, portant sur le résultat de cette concurrence. La doctrine qui considère que la concurrence entre les systèmes juridiques des Etats est délétère défend le principe de l'élaboration du droit des sociétés au niveau fédéral. Ceux qui, au contraire, démontrent que la concurrence entre les normes des Etats est bénéfique plaident pour le maintien de la régulation au niveau étatique. Cette discussion ne s'est pas limitée au domaine du droit des sociétés: elle a nourri les débats sur le droit de l'environnement, le droit fiscal, et, de manière générale, tous les domaines où Etats et fédération partagent la compétence pour réglementer.

Il convient de préciser que la concurrence régulatrice, qui est un processus, une dynamique, peut concerner tous les modes et niveaux de régulations et réglementations. Certes, l'exemple paradigmatique de concurrence normative est la concurrence entre les droits des sociétés des Etats américains. Sur le plan théorique, l'idéal type de la concurrence régulatrice met donc en scène des réglementations publiques (réglementations fiscales, sociales, environnementales, etc.) et nationales. Mais la concurrence peut aussi se développer au niveau infra-étatique, entre

réglementations locales, si les régulateurs locaux cherchent à attirer particuliers ou entreprises⁷. C'est d'ailleurs l'hypothèse du modèle de Tiebout. De même, il est possible d'observer la concurrence entre une réglementation publique et une auto-régulation. Imaginons ainsi la concurrence entre deux Etats membres de l'Union européenne pour attirer des entreprises sur une place financière. Si le comportement des entreprises est réglementé dans l'Etat A et auto-régulé dans l'Etat B, une réglementation publique entrera en concurrence avec une auto-régulation. On peut de même considérer l'hypothèse d'une régulation sectorielle (sur la vente de l'électricité par exemple) en concurrence avec une réglementation générale, ou encore une régulation sectorielle en concurrence avec une auto-régulation.

La concurrence se développe en effet entre les régulations avec une totale indifférence quant à leur nature, force juridique ou origine. Cela vient de ce que l'arbitre, utilisateur d'une régulation ou réglementation, choisit une régulation en fonction des effets qu'elle aura sur sa situation juridique et économique et en fonction de son coût. Par conséquent, dans une dynamique concurrentielle, les conséquences factuelles des régulations importent plus que leur forme ou nature juridique. Le modèle de concurrence régulatrice est donc susceptible d'appréhender une même dynamique, quels que soient les acteurs concernés, les régulations et réglementations en cause et le niveau auquel se développe le jeu concurrentiel. Par conséquent, même si les travaux théoriques et empiriques sur la concurrence régulatrice s'appliquent essentiellement aux réglementations publiques et nationales, l'essentiel de leurs conclusions est transposable aux régulations, que celles-ci soient définies au sens strict ou au sens large⁸. Ainsi les propos qui suivent, s'ils font référence à des exemples tirés de la littérature « classique », supposent que les règles et principes énoncés sont transposables à la grande majorité des régulations.

⁷ On peut se demander si l'idée d'expérimentation introduite dans la Constitution française par la dernière révision constitutionnelle n'est pas inspirée par (ou précurseur de) l'idée de mise en concurrence des normes locales et donc des régulateurs locaux contraints d'édicter des normes efficaces et de qualité pour être attractifs.

⁸ La définition de la régulation est en effet susceptible de très fortes variations. Le terme « régulation » peut désigner au sens large toute intervention de l'autorité publique destinée à remédier à une défaillance de marché (externalités, pouvoir de marché etc). En ce sens, la régulation recouvre la réglementation et tous autres modes d'intervention juridique ou économique de l'autorité publique. Le terme régulation peut aussi servir à mettre l'accent sur l'évolution des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit, marquée par un recul des modes autoritaires et verticaux surtout dans le domaine économique (il vise ainsi le développement de la *soft-law*, auto-régulation, etc). Plus stricte encore, une troisième définition qualifierait de régulation le droit élaboré par les autorités administratives indépendantes pour l'organisation des secteurs nouvellement ouvertes à la concurrence. Cet article fait référence à la régulation au sens de la deuxième approche.

Cet article souhaite montrer ce que le prisme du modèle de concurrence régulatrice apporte à la réflexion sur les modes et niveaux de régulation. A cette fin, il rend compte de trois visions, trois approches de la concurrence régulatrice et montre comment chacune éclaire la réflexion sur la régulation. En effet, s'il est de coutume de parler du modèle de concurrence régulatrice, cette appellation est abusive car le modèle est plural, composite. L'hétérogénéité des travaux sur la concurrence régulatrice est tout d'abord le reflet des préoccupations disciplinaires : analyses juridiques et économiques, empruntant une perspective différente, logiquement ne convergent pas toujours. Mais au-delà des clivages disciplinaires, des courants se forment en raison des différents postulats (explicites ou implicites) admis par ces travaux sur la concurrence normative ou en raison des objectifs différents que poursuivent ces courants doctrinaux. Un premier postulat concerne l'émergence et le développement de la concurrence. Si pour certains la concurrence peut émerger, pour d'autres il importe de mettre en place les conditions⁹ pour que les régulations puissent entrer en concurrence. Un second postulat est relatif au résultat de la concurrence. Pour certains, la concurrence entre systèmes de régulation peut conduire à une situation de pareto-optimalité, c'est-à-dire un équilibre tel que l'on ne peut améliorer la position de qui que ce soit sans détériorer celle d'au moins une autre personne. Pour d'autres, la concurrence conduit (nécessairement) à une situation qui est plus efficace que celle à laquelle aboutit la régulation édictée par une autorité en situation monopolistique. Pour d'autres études enfin, le critère de pareto-optimalité ne peut suffire à qualifier un résultat influencé par le type de régulations en concurrence. Certes, il n'y a pas de ligne de fracture marquée entre ces approches, mais plutôt des nuances et dégradés. Quoi qu'il en soit, il est possible de dresser une typologie qui sera utile pour notre propos. Les lignes qui suivent explorent trois approches de la concurrence régulatrice, trois manières différentes du modèle concurrentiel, afin de montrer ce que chacun apporte à la réflexion sur la régulation.

La première approche est « militante ». Elle a pour principal objet de promouvoir le modèle de concurrence régulatrice, conçu comme un mode alternatif de régulation (I). La deuxième approche est plus neutre. Elle propose d'appliquer le modèle de concurrence régulatrice, qu'elle appréhende comme un outil et une méthode d'identification du niveau et du mode optimal de

⁹ Il faut ainsi une parfaite mobilité des acteurs économiques, une réelle capacité de choisir entre plusieurs régulations celle qui satisfait le mieux leurs préférences, une information parfaite sur les réglementations existant sur le marché, etc.

régulation (II). La troisième approche du modèle de concurrence régulatrice est singulière. Elle utilise la théorie de la concurrence régulatrice, mais elle ne l'applique pas. Elle s'en inspire et prend la concurrence comme une donnée qui offre un éclairage nouveau sur la régulation. Cette dernière approche est la plus distanciée, la plus analytique des trois (III).

I- LA CONCURRENCE REGULATRICE COMME MODE ALTERNATIF DE REGULATION

Une première approche du modèle de concurrence régulatrice est appelée ici, avec un peu de provocation pour les économistes du droit, la version « militante ». Un courant doctrinal et politique postule en effet que la concurrence régulatrice est par principe préférable (car plus efficace) à la situation dans laquelle la régulation est adoptée par un régulateur unique, c'est-à-dire hypothèse de l'action centralisée et de l'élaboration d'une norme unique commune à tous. Sur le plan doctrinal, cet argument est notamment celui de l'école de *Law and Economics* qui attribue trois vertus principales à la concurrence régulatrice.

Tout d'abord, la concurrence assure(ra)it la production de normes efficaces car adaptées aux préférences des consommateurs. Ainsi certains auteurs partent du principe que, les entreprises et citoyens ayant des préférences variées et hétérogènes, il est préférable d'avoir plusieurs législateurs ou régulateurs qu'un seul. L'existence de plusieurs régulateurs permet en effet la co-existence de plusieurs normes différentes et donc la satisfaction d'un éventail de préférences plus grand¹⁰. Il en découle que, la concurrence supposant une pluralité des règles (en compétition), elle implique un pluralisme juridique qui la distingue fondamentalement de la situation dans laquelle un seul régulateur élabore une norme unique, sans considération des particularismes.

De plus, toute régulation ou réglementation inutile (ou adoptée pour assurer une rente au régulateur) est coûteuse et disparaîtra sous la pression concurrentielle. La réglementation adoptée par une autorité en situation de monopole ne peut en effet pas conduire à une allocation optimale des ressources. C'est pourquoi il importe de mettre les autorités normatives en concurrence, afin de les forcer à élaborer les règles optimales pour les destinataires. Le même raisonnement est

¹⁰ Voir Woolcock (Stephen), "Competition among Rules in the Single European Market", in Bratton (William), McCahery (Joseph), Picciotto (Sol) et Scott (Colin), (dir.), *International Regulatory Competition and Coordination, Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Clarendon Press, 1996, p. 298.

utilisé en économie politique : Sinn démontre que la concurrence permet de domestiquer le « gouvernement Leviathan » qui ne réglemente que pour son propre profit¹¹.

Enfin, la concurrence est une dynamique de rivalité. De ce fait, elle suscite un processus d'innovation juridique, de découverte de nouvelles idées. Cette idée est puisée dans les travaux d'Hayek et Schumpeter. Hayek a en effet montré que la concurrence incite à l'innovation, permet la découverte de nouveaux concepts, idées, mécanismes, testés puis retirés du marché selon une logique d'avancée par tâtonnements (*trial and error*). On a emprunté à Schumpeter l'idée que les produits non efficaces sont retirés du marché et donc l'idée que la concurrence assurerait l'élaboration de normes juridiques de meilleure qualité¹². Par ailleurs, les régulateurs ayant tendance à « copier-coller » les règles nouvelles et compétitives inventées par les autres régulateurs, le modèle concurrentiel suppose également l'apparition d'un processus d'harmonisation spontané¹³. Une convergence naturelle est censée apparaître entre les réglementations ou régulations en concurrence.

Bien que cette approche enthousiaste puisse être critiquée, il est patent qu'elle influence les projets politiques et les débats sur la régulation. Elle a ainsi trouvé un écho important en Europe dans les années 80, en lien avec la réalisation du marché intérieur. Dans la lignée de la reconnaissance du principe mutuelle par la Commission¹⁴, puis par la Cour de Justice des Communautés européennes¹⁵, certains travaux préconisaient l'abandon de la politique d'harmonisation des législations européennes et son remplacement par un système de mise en

¹¹ Sinn (Stefan), "The Taming of Leviathan: Competition among Governments", *Constitutional Political Economy*, Vol. 3, n° 2, 1992, pp. 177-196. Il montre que les gouvernants (politiciens, bureaucrates) cherchent à maximiser leur bien être, et en particulier leur désir de réélection. C'est pourquoi un régulateur préfère élaborer une réglementation qui satisfait les groupes assurant sa réélection, fût-ce au détriment de l'ensemble des citoyens. Seul un environnement concurrentiel peut forcer ces gouvernements à fournir les biens collectifs souhaités par les résidents à un niveau d'impôt minimal.

¹² Voir aussi Cooter (Robert), "Structural Adjudication and the New Law Merchant: A Model of Decentralized Law", *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, 1994, pp. 215-231.

¹³ Ogus (Anthony), "Competition Between National Legal Systems: a Contribution of Economic Analysis to Comparative Law", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 48, avril 1999, pp. 405-418; Mattei (Ugo), "Efficiency in Legal Transplants: An Essay in Comparative Law and Economics", *International Review of Law and Economics*, Vol. 14, 1994, pp. 3-19.

¹⁴ Commission des Communautés européennes, Livre Blanc sur l'achèvement du marché intérieur, COM (85) 310 final.

¹⁵ CJCE 20 février 1979, Rewe Zentrale, 120/78, Rec. p. 649 ; Voir Mattera (Alfonso), "L'arrêt Cassis de Dijon : une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur", *Revue du Marché Commun*, 1980, p. 505.

concurrence des législations nationales¹⁶. On parlait à l'époque de la concurrence régulatrice comme nouveau paradigme de la construction communautaire¹⁷. La concurrence régulatrice était pressentie comme l'alternative la plus efficace à l'harmonisation des législations nationales, cette dernière suscitant des critiques toujours plus importantes car elle était un processus long, complexe, coûteux, conduisant à l'élaboration d'une norme non efficace (car elle n'est que le plus petit commun dénominateur des législations nationales) et rencontrant de fortes résistances nationales au stade de l'application.

Récemment le commissaire Mario Monti¹⁸ a relancé l'idée de la concurrence régulatrice. Participant au débat sur le mode optimal de régulation des ordres professionnels en Europe, il a indiqué sa préférence pour un système dans lequel on laisserait les ordres professionnels s'auto-réguler. Mais pour éviter que leur situation monopolistique ne les conduise à édicter des règles inefficaces et contraires à l'intérêt général, Mario Monti suggère de mettre ces auto-régulations en concurrence. Ainsi par exemple un avocat français pourrait librement choisir d'appartenir à l'ordre professionnel d'un autre Etat de la Communauté. Cette faculté d'exercer un arbitrage (*forum shopping*) forcerait les ordres professionnels des différents Etats à édicter des règles efficaces, attractives et adaptées aux besoins des avocats et n'ayant donc pas pour but d'assurer des rentes à ceux qui les ont édictées.

Cette approche « fervente » mérite considération, car elle enrichit la réflexion sur la concurrence entre les modes et niveaux de régulation. Elle suggère que la concurrence régulatrice est un mode de régulation, une alternative légitime et efficace à l'action individuelle d'un régulateur préservé de toute influence extérieure et pouvant donc abuser de sa situation monopolistique. Cette vision, bien sûr, englobe tous types et niveaux de régulation, puisque l'accent est mis sur le processus qui génère des effets (qui ne pourraient pas être atteints en situation monopolistique) et non sur les normes elles mêmes ni sur les régulateurs. Aussi, si les partisans de ce courant ont surtout

¹⁶ Van den Bergh (Roger), "Subsidiarity as an Economic Demarcation Principle and the Emergence of European Private Law", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, Vol. 5, 1998, p. 129.

¹⁷ Reich (Norbert), "Competition Between Legal Orders: A New paradigm of EC Law?" *Common Market Law Review*, Vol. 29, 1992, p. 861.

¹⁸ Comments and concluding remarks of Commissioner Mario Monti at the Conference on Professional Regulation, European Commission, Brussels, 28 octobre 2003, disponible à l'adresse suivante : www.europa.eu.int/comm/competition/liberalization/conference/speeches/mariomonti.pdf

promu l'application de la concurrence aux réglementations publiques et auto-régulations¹⁹, il y a fort à parier que les réglementations sectorielles adoptées par les autorités de régulation des secteurs récemment libéralisés seront les prochains « objets d'étude » de cette doctrine. Il y aurait ainsi une sorte de filiation naturelle entre la soumission d'un secteur au droit de la concurrence et la soumission des autorités normatives chargées de réguler ces secteurs au jeu de la concurrence régulatrice.

Puisant encore dans les innombrables travaux américains et européens, il est possible de découvrir une deuxième approche de la concurrence normative. Son objectif n'est pas de promouvoir le développement systématique de la concurrence entre les régulateurs, mais d'étudier son résultat afin d'identifier le mode et le niveau optimal de régulation d'un secteur. En d'autres termes, si la première approche cherchait à promouvoir le modèle de concurrence régulatrice, cette deuxième approche se contente de l'appliquer.

II-LE MODELE DE CONCURRENCE REGULATRICE COMME METHODE D'IDENTIFICATION DU MODE ET NIVEAU OPTIMAL DE REGULATION

La deuxième approche de la concurrence est dite neutre car elle ne postule pas les bienfaits de la concurrence régulatrice, bien qu'admettant le postulat selon lequel, dans un secteur donné, la concurrence peut apparaître, se développer, et produire des effets. C'est l'observation de ces effets qui va conduire à décider si la concurrence régulatrice est souhaitable ou non dans le secteur considéré. D'une certaine manière, cette utilisation du modèle de concurrence régulatrice trouve sa place, dans une chronologie de la décision politique, avant le choix du type et niveau de régulation, puisque les conclusions qui seront atteintes seront les arguments qui justifieront le choix d'un mode et d'un niveau donnés de régulation.

La détermination du niveau optimal de régulation est à l'origine et au cœur de la théorie de la concurrence régulatrice. Le modèle économique propose en effet une équation simple. Lorsque la concurrence est efficace, elle permet l'émergence de réglementations optimales car adaptées aux

¹⁹ Van den Bergh (Roger), "Self-Regulation of the Medical and Legal Professions: Remaining Barriers to Competition and EC Law", *Fondazione Mattei Working Paper*, n°31, 1997, pp. 1-67.

besoins des consommateurs et peu coûteuses. Aussi n'est-il pas besoin de rechercher un équilibre coopératif et/ou une intervention par l'autorité centrale. Quand au contraire la concurrence est inefficace (défaillance du marché, création d'externalités²⁰, spirale dérégulatrice au détriment des acteurs économiques les plus faibles²¹), la coopération entre les régulateurs est alors souhaitable économiquement. Elle peut prendre la forme d'une coopération spontanée des acteurs en concurrence et l'adoption de règles communes. Elle peut aussi conduire à la création d'un « super-régulateur » placé au-dessus des concurrents et qui réglemente ou régule à leur place.

La détermination du niveau optimal de régulation suppose donc, au préalable, de qualifier le résultat du processus concurrentiel, i.e. l'équilibre du jeu non coopératif. Il n'est donc pas surprenant que le débat américain se soit focalisé sur ce résultat dans le cas de la concurrence dominée par le Delaware. La doctrine favorable à la réglementation fédérale justifie sa position en démontrant que la concurrence entre les Etats a mené à un nivellement vers le bas (*race to the bottom*), les entreprises s'étant en masse déplacées vers l'Etat qui propose la réglementation la moins contraignante. L'auteur le plus critique, Cary, montre que le succès du Delaware est dû à l'existence d'une législation attractive pour les dirigeants de l'entreprise (qui ont le pouvoir de décision de la localisation du siège de la société), mais qui lèse les intérêts des actionnaires et employés de l'entreprise. Or, pour empêcher les délocalisations vers le Delaware, les autres Etats ont dû modifier leur législation. Ils ont en particulier supprimé les dispositions, protégeant les actionnaires et employés de l'entreprise, qui étaient coûteuses pour les dirigeants. Au nom de cette démonstration, Cary et d'autres concluent que seule une intervention au niveau fédéral pourrait éviter la course vers le bas et protéger, non seulement les investisseurs, employés et consommateurs, mais aussi l'intérêt général.²² L'idée du nivellement vers le bas nourrit de très

²⁰ Le terme « externalité désigne l'impact de la production ou de la consommation d'un agent (producteur ou consommateur) sur un autre, lorsque celui-ci n'est pas pris en compte par le marché et le système de prix. L'effet externe peut être positif ou négatif (ex : la vaccination est une externalité positive, la pollution est une externalité négative).

²¹ Ainsi par exemple le dumping social, comportement d'un Etat qui démantèle les garanties que son droit du travail donne aux salariés afin d'attirer des entreprises sur son territoire, initiant une spirale dé-régulatrice telle que, en fin de course, tous les Etats ont dérégulé plus qu'il n'était nécessaire et telle que les salariés se retrouvent sans la protection qui était économiquement souhaitable.

²² Voir Cary (William), "Federalism and Corporate Law: Reflections upon Delaware", *Yale Law Journal*, 1983, p. 663.

nombreux autres travaux, en particulier sur la mondialisation, qui décrivent la victoire du marché au détriment des réglementations interventionnistes et protectrices²³.

Au contraire, les partisans de la concurrence normative ont justifié leur position par la démonstration de ses bénéfices²⁴ : celle-ci serait à l'origine d'une course vers le progrès (*race to the top*). Romano par exemple s'est attachée à montrer les avantages comparatifs du système juridique du Delaware. Parce que les taxes perçues lors des relocalisations sont une part substantielle de son budget, le Delaware est obligé de maintenir un environnement juridique adapté aux besoins des entreprises, c'est-à-dire à la fois sûr et évolutif. Il offre de surcroît une jurisprudence et une législation complètes, des tribunaux spécialisés et compétents en droit des sociétés, un système juridique très réactif aux nouvelles idées et aux besoins des utilisateurs de ces règles. Bien qu'initiée dans les années 70, cette controverse n'est toujours pas épuisée²⁵. Toutefois, dans la mouvance des travaux de Revesz sur le droit de l'environnement²⁶, certains auteurs reconnaissent aujourd'hui à quel point le résultat de la concurrence régulatrice est contingent, spécifique aux cas d'espèce et par conséquent imprévisible²⁷.

On peut saisir tout ce que ce débat apporte à une analyse de la régulation. Le couple concurrence régulatrice/ régulation en autonomie posé par le modèle est central : il a pour mérite essentiel d'interroger constamment les effets de la régulation, ses conséquences, pour tous les acteurs économiques, régulateurs, destinataires des régulations et tiers. Lorsque la concurrence se développe entre les régulations, il importe donc de qualifier son résultat pour déterminer si elle

²³ Voir Salah (Mohamed M. M.), "La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux. Réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation", *Revue Internationale de Droit économique*, Vol. 3, 2001, p. 266.

²⁴ Charny (David), "Regulatory Competition and Global Coordination of Labour Standards", in Esty (Daniel) et Gerardin (Damien), (dir.) *Regulatory Competition and Economic Integration: Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2001, p. 311. Voir, au sein d'une abondante littérature, Romano (Roberta) "Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle", *Journal of Law and Economics and Organization*, Vol. 1, 1985, pp. 225-240; Romano (Roberta), "The State Competition Debate in Corporate Law", *Cardozo Law Review*, Vol. 8, 1987, p. 709; Fischel (Daniel), "The Race to the Bottom Revisited : Reflections on Recent Developments in Delaware's Corporation Law", *Northwestern University Law Review*, 1982, p. 913.

²⁵ Kahan (Marcel) et Kamar (Ehud), "The Myth of State Competition on Corporate Law", *Stanford Law Review*, Vol. 55, décembre 2002, pp. 679-749.

²⁶ Revesz (Richard L.), "Rehabilitating Interstate Competition: Rethinking the "Race to the Bottom" Rationale for Federal Environment Regulation", *New York University Law Review*, Vol. 67, 1992, p. 1210.

²⁷ Vogel (David), *Trading Up: Consumer and Environmental regulation in a Global Economy*, Harvard University Press, 1995, et Radaelli (Claudio), "The Puzzle of Regulatory Competition", in numéro special sur la concurrence régulatrice, *Journal of Public Policy*, Vol. 24, 2004.

doit être maintenue ou remplacée par une forme coopérative entre régulateurs. Cette qualification, on l'a vu, sert à décider du niveau auquel la régulation est souhaitable, ce qui peut alors motiver certaines réattributions de compétence. En effet si la concurrence est délétère, il y a un argument fort en faveur d'une coopération entre régulateurs ou d'une régulation au niveau supérieur.

Une telle approche, qui interroge le niveau optimal de régulation et propose une méthode pour identifier ce niveau optimal, ne pouvait qu'être réceptionnée en Europe, en particulier par une doctrine communautariste cherchant à se saisir du principe de subsidiarité. Le modèle de concurrence régulatrice, fondée sur le critère d'efficacité, offrait une méthode dont avaient besoin les analyses juridiques bien en peine de formuler les critères pour expliquer quand doit agir la Communauté si elle n'agit « que quand elle peut mieux faire que les Etats ». Le modèle concurrentiel a donc été accueilli car il suggère une lecture simple du principe de subsidiarité : l'action communautaire se justifie quand la concurrence entre les systèmes juridiques des Etats membres est inefficace économiquement, i.e. quand on observe la création d'externalités non internalisées et/ou un nivellement vers le bas. Ces situations étant identifiables et démontrables, le principe de subsidiarité pouvait prendre substance dans le système communautaire et ne plus être relégué à la qualification de principe politique abstrait.

Outre la contribution à l'identification du niveau optimal de régulation, le modèle de concurrence normative permet aussi d'interroger le mode optimal de régulation. En effet, le recours au modèle de concurrence régulatrice permet, avant de décider du mode ou niveau de régulation d'un secteur, d'envisager toute la palette des modes de régulation et d'envisager chacun, soit dans un contexte d'indépendance et statique, soit dans un contexte concurrentiel. Prenons l'exemple de la régulation des télécommunications en Europe. Il est de coutume d'opposer l'idée d'un régulateur européen à la coopération entre régulateurs nationaux. Le prisme du modèle concurrentiel incite à considérer également l'hypothèse dans laquelle les régulateurs nationaux resteraient compétents et ne seraient pas incités à faire émerger des normes européennes par le biais d'une stratégie coopérative. Au contraire, ils seraient mis en concurrence, afin que le processus concurrentiel favorise l'apparition d'une norme efficace et, peut être, satisfaisante quel que soit le lieu de son application en Europe, à supposer bien sûr que les entreprises destinataires

de la norme aient des préférences similaires. En somme, il s'agit de supposer que la concurrence entre régulateurs conduit à l'adoption de règles qui ne sont comparables, ni à celles adoptées par des régulateurs coopérant, ni à celles édictées par un super-régulateur, ni même à celles des régulateurs agissant en situation d'autonomie régulatrice.

Cette approche se distingue de l'approche militante en ce sens qu'elle ne suppose pas que la donnée concurrentielle doive systématiquement être introduite. De même, la concurrence régulatrice n'est pas conçue comme un mode de régulation. En revanche, la concurrence régulatrice est appliquée comme une variable dans la typologie des modes de régulation. Elle permet d'introduire un principe dynamique qui modifie les effets des différents modes de régulation. En introduisant cette donnée, il est alors possible d'échapper aux approches binaires du type : régulation publique versus auto-régulations ou réglementation européenne versus réglementations étatiques. Comme le montre la position précitée de Mario Monti sur les ordres professionnels, le choix peut être plus ample et prendre la forme d'un tryptique du type : réglementation publique/auto-régulations en concurrence/auto-régulations, ou réglementation communautaire/réglementations nationales en concurrence/réglementations nationales adoptées en toute indépendance.

Tout comme l'approche militante, cette deuxième approche postule donc que la concurrence régulatrice peut se développer et peut produire des effets bénéfiques. La concurrence est souhaitable dans le premier cas, possible dans le second. Dans tous les cas, elle doit guider les décideurs dans leur évaluation des modes possibles de régulation et leur recherche de la régulation optimale. La troisième utilisation du modèle de concurrence régulatrice est sensiblement différente. Le modèle de concurrence régulatrice n'est ni promu, ni appliqué. Il est utilisé en tant qu'il fournit un angle d'observation innovant des régulations.

III-LA THEORIE DE LA CONCURRENCE REGULATRICE COMME OUTIL D'OBSERVATION DES REGULATIONS

Une troisième approche utilise la concurrence régulatrice comme cadre analytique. Il ne s'agit plus ici de prétendre donner des réponses (niveau le plus approprié de régulation, mode optimal de régulation etc.) mais de demeurer dans une position d'observation. Cette approche est peut être celle de la doctrine juridique, qui utiliserait le paradigme concurrentiel pour observer l'évolution des régulations, les interactions entre les régulateurs, le développement ou le non développement de la concurrence régulatrice. L'approche ici est plus distanciée. Elle postule, non pas que la concurrence est souhaitable ou efficace, mais qu'elle peut être une donnée affectant les normes et régulations, et que les normes et régulations peuvent influencer son développement et son résultat.

Cette approche est fondée sur l'idée que les régulations peuvent (doivent) être examinées dans une perspective dynamique et systémique et à cette fin, le paradigme concurrentiel est une valeur ajoutée évidente. En effet, admettre l'hypothèse que les régulations peuvent entrer en concurrence aide à expliquer certains cas de réformes rapides, en chaîne²⁸, par secteur. Ainsi, l'hypothèse concurrentielle sert à expliquer la direction prise par certaines réformes. De même certains processus de convergence observables entre systèmes juridiques peuvent être partiellement expliqués par la démonstration d'un jeu concurrentiel entre les autorités normatives qui ont eu recours à la tactique du « copier-coller ». Le modèle de concurrence est alors un cadre analytique innovant, permettant d'appréhender les régulations selon un éclairage dynamique.

De même, l'analyse des régulations via le modèle concurrentiel permet de se prononcer sur l'adéquation ou l'inadéquation d'une règle aux besoins des utilisateurs. Une régulation très adaptée aux préférences des utilisateurs a toutes les chances d'être compétitive et sera souvent copiée par les régulateurs en compétition. Aussi la diffusion d'un type de régulation dans plusieurs systèmes de régulation en concurrence peut-elle être un indice de son haut degré de concordance avec les attentes des utilisateurs. En tout état de cause, le modèle concurrentiel permet et requiert une observation des conséquences factuelles et effets des régulations,

²⁸ Voir pour un exemple de concurrence normative conduisant les Etats à réformer en chaîne à un rythme rapide leur dispositif législatif et réglementaire en matière de droit d'asile, Barbou des Places (Sékolène), "Taking Legal Rules into Consideration : EU Asylum Policy and Regulatory Competition", *Journal of Public Policy*, 2004, Vol. 24, numéro spécial consacré à la concurrence régulatrice.

dimension fréquemment négligée – en particulier par les juristes - et pourtant centrale dans la recherche de ce qu'est une régulation optimale.

Enfin il peut s'agir d'observer le développement de la concurrence et de comprendre si, quand, pourquoi et comment elle se développe et avec quelles conséquences. La perspective est ici renversée puisque le but est d'évaluer, non pas tant les effets de la concurrence sur les régulations, que l'impact des régulations sur la concurrence régulatrice. Le but est de comprendre si la concurrence se développe entre tous les modes de régulation et à tous les niveaux ou si l'on observe des différences selon le type de régulation. De même, le but est d'examiner si certains modes de régulation sont plus adaptés au processus concurrentiel. Il est ainsi parfois suggéré que les auto-régulations sont plus souples et adaptables que les réglementations publiques. Une confirmation ou infirmation de cette hypothèse peut être produite en observant si les régulateurs cherchant à être compétitifs y recourent massivement. De même, il est parfois indiqué que les régulations sectorielles édictées par une autorité de régulation s'adaptent vite aux évolutions techniques et répondent plus rapidement aux demandes de leurs utilisateurs que les réglementations édictées par une autorité à compétence générale. L'examen de ces régulations sectorielles en situation de concurrence peut aider à se prononcer sur cette question.

En somme, le modèle de concurrence régulatrice offre un angle particulier d'observation en éclairant les effets et conséquences des régulations (pour les utilisateurs de ces régulations), en les appréhendant dans leurs interactions avec d'autres régulations, en mettant l'accent sur la dynamique qui motive leur création, modification, suppression.

Conclusion.

Ces trois approches sont donc trois interprétations d'une théorie composite, contestée, mais aussi promue, appliquée ou source d'inspiration. Le modèle de concurrence régulatrice est encore l'objet d'importantes discussions. Aussi ne saurait-il être question d'adhérer sans réserves à une théorie en construction et qui tient de sa teinture économique, à la fois une forte capacité explicative et prédictive, et une incapacité à saisir l'entière complexité de ce qu'est une régulation ou norme juridique. Les quelques éléments qui ont été mentionnés, s'ils ne prétendent

pas épuiser pas la question, veulent toutefois illustrer ce qu'apporte un modèle hétérodoxe pour la doctrine juridique à l'analyse de la régulation entendue dans son sens le plus large.