

# Quelle(s) autorité(s) de régulation pour les marchés de matières premières agricoles ?

Marie-Anne FRISON-ROCHE

Puisque le titre de cette contribution se présente sous la forme d'une question, je ne vais donc pas procéder à un exposé de connaissances, mais plutôt chercher à expliciter les questions fondamentales qui se posent, à partir desquelles l'on peut souhaiter, ou non, la mise en place de telles ou telles autorités de régulation.

En effet, s'il y a relativement peu de connaissances exposées, cela tient au fait qu'il n'existe pas d'autorités de régulation en charge des marchés de matières premières agricoles. Dès lors, la description technique bute sur une page blanche. Cela tient au fait que jusqu'ici l'on est passé sous les fourches caudines du marché ou de l'État.

Plus précisément, d'un côté, il est possible que les ventes et les achats des matières premières agricoles soient organisés à travers des marchés qui, se superposant aux marchés ordinaires concurrentiels des transactions bilatérales, mettent en masse les échanges et dégagent ainsi des cotations des matières, dont le mécanisme des mercuriales fût l'ancêtre. Les marchés de certaines places pour certaines matières agricoles, le blé par exemple, sont célèbres et anciens. Ils intègrent naturellement des professions structurées, des courtiers et des structures d'arbitrages, sur le modèle tout aussi ancien des foires.

D'un autre côté, il a pu arriver que ce modèle soit récusé, parce que se référant à l'ordre marchand, si organisé soit-il. Dès lors, c'est l'État qui se substitue au marché concurrentiel des relations bilatérales et intervient alors, par une action administrative unilatérale et de puissance publique, sur les prix mais aussi sur l'ensemble de la chaîne de valeur, intégrant le temps dans l'action, protégeant les agriculteurs aussi bien que les consommateurs, ce qu'une perspective de marché, par nature immédiate, rend difficile.

Ainsi, jusqu'ici, par idéologie, par nécessité ou parce que les États en avaient les moyens, on a oscillé entre l'organisation structurée des marchés agricoles par les organisations professionnelles elles-mêmes, les courtiers, les places, les établissements financiers spécialisés, et une organisation plus dirigiste et plus protectrice, par laquelle l'État, par l'injection de fonds publics et des fixations de prix, lisse les chocs que les variations des récoltes ou de la consommation font subir aux personnes intéressées, notamment les producteurs et les consommateurs.

En Europe, par un mouvement politique paradoxal, alors que l'ADN de la construction européenne est le système concurrentiel, la *Politique Agricole Commune* (PAC) fût établie, au bénéfice principal de la France, ce qui éleva au niveau communautaire la protection publique et administrative des agriculteurs et le lissage des prix par de multiples subventions et achats publics de stocks.

Mais en premier lieu, ces systèmes hétérogènes d'intervention publique ont beaucoup de mal à perdurer, car l'État n'en a plus les moyens. L'Europe a évolué, la France y a perdu de son influence politique et la PAC n'est plus qu'une survivance<sup>1</sup>. Il est vrai que l'agriculture nord-américaine est elle-même fortement subventionnée par le gouvernement fédéral mais les États-Unis sont unifiés, alors que l'Europe ne l'est toujours pas et que les autres populations sont lassées de payer pour les agriculteurs d'autres pays.

En second lieu, ce choix binaire entre « l'organisation par le marché » et « l'organisation par l'État » apparaît aussi trop restreint. Lorsque le marché organisé par ses propres agents ne suffit pas et que l'intervention unilatérale du pouvoir politique entraîne des rejets soupçonneux, un mouvement de confiance se dessine en faveur de la régulation.

À ce titre, la régulation constitue bien une troisième voie<sup>2</sup>. Elle renvoie à une conception libérale de l'économie car ce sont bien les « marchés » des matières agricoles qui sont concernés, la nature marchande du système n'est pas récusée, mais la nature publique de la régulation lui est pourtant intrinsèque (même si, par exemple, c'est un organisme privé qui exerce cette mission de régulation).

En effet, la régulation est un ensemble de mécanismes (institutions, règles, décisions) qui constituent un appareillage tenant en équilibre la concurrence avec un autre principe, soit a-concurrentiel, soit anticoncurrentiel. Parmi ces mécanismes, les institutions visées sont avant toute chose une autorité de régulation indépendante, qui prendra souvent la forme juridique d'une autorité administrative indépendante, et un juge qui la contrôle.

Mais si l'on devait songer à instaurer une ou des autorités de régulation à propos des matières agricoles, parce qu'il faut aujourd'hui sortir de cette conception

---

1. V. par ex. une analyse qui souligne la convergence entre l'affaiblissement de la PAC par son « orientation vers le marché et l'impact de la financiarisation des marchés agricoles », dans le rapport sur la volatilité des prix agricoles, du Sénateur Marcel DENEUX, rapport n° 623, 15 juin 2011, plus particulièrement p. 14 et s.

2. Même si l'agriculture est un secteur, sa structure et ses opérateurs n'y sont pas forcément aussi bien préparés que les secteurs construits sur des réseaux et des monopoles naturels. Sur cette question, v. L. JACKSON, *Will Agriculture Cope with Regulatory Agencies?*

binaire, insupportable car les marchés ne peuvent seuls jouer mais aussi parce que les États sont trop faibles pour donner des ordres aux marchés, encore faut-il « concevoir » une telle autorité de marché.

En effet, les autorités de marché se conçoivent à partir de l'objet sur lequel s'exerce leur mission<sup>3</sup>. Dès lors, pour dessiner ce qui serait l'institution de régulation, il faut d'abord savoir sur quoi va porter sa mission. Cela peut paraître évident, mais cela n'est pas si usuel. En effet, d'ordinaire, on crée d'abord un organisme, on le dote ensuite de pouvoirs et ce n'est que dans un troisième temps que l'on détermine exactement ce pourquoi l'on a créé et muni de puissance l'entité.

En régulation, du fait du caractère téléologique du droit de la régulation<sup>4</sup>, il convient de déterminer l'objet pour cerner l'autorité, puisque par définition, la régulation est « sectorielle »<sup>5</sup>.

Or, le secteur concerné par l'établissement envisagé par certains est-il le secteur agricole lui-même ? Ou bien n'est-ce pas plutôt le secteur financier, dont les matières agricoles ne sont alors que le sous-jacent ? Cette question essentielle doit tout d'abord être abordée (Section I). À supposer que les marchés des matières premières agricoles méritent une régulation qui leur soit propre et ne constituent pas qu'un simple compartiment de la régulation financière, se pose alors une série de questions sur le juste niveau géographique auquel il conviendrait de situer une telle autorité de régulation (Section II).

## Section I

### **CONCEVOIR L'INSTITUTION DE RÉGULATION À PARTIR DE LA FINANCIARISATION OU À PARTIR DU SOUS-JACENT AGRICOLE ?**

Pour répondre à une telle question, il convient tout d'abord de l'explicitier, dans la mesure où le régulateur adéquat est « en reflet » de son objet, ce qui conduit à première vue à la légitimité de l'intervention des régulateurs financiers (§1). Pourtant, la réflexion conduit à redécouvrir le « sous-jacent » comme objet direct de l'action de l'autorité de régulation (§2).

#### **§1. - Le principe d'un régulateur « en reflet » de son objet**

Pour déterminer le régulateur adéquat et dessiner ses contours, il convient d'observer l'évolution des marchés agricoles. Ainsi, si les marchés agricoles se

3. V. par ex., M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », Dalloz, 2004, chron., p.126-129

4. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », D. 2001, chron. *Cab. dr. aff.*, p. 610-616.

5. M.-A. FRISON-ROCHE, « Secteur », in *Les 100 mots de la régulation*, coll. « Que Sais-je ? », PUF, 2011, p. 121 s.

sont financiarisés, alors le régulateur doit être financier. Si les marchés agricoles se sont mondialisés, alors le régulateur doit être mondial. Il s'agit ici de donner dont-acte de la financiarisation de l'agriculture, qui neutralise la spécificité des produits en cause, comme il faut donner acte de l'existence d'un marché mondial des produits agricoles, ce qui engendre des risques spécifiques, appelant une régulation spécifique (A). Dans une telle conception, ce sont les régulateurs financiers, déjà en place, qui sont légitimes pour ajouter à leur arc la flèche de la régulation des produits financiers dont le sous-jacent est agricole (B).

#### A. LE DONT-ACTE DE LA FINANCIARISATION, NEUTRALISANT LA SPÉCIFICITÉ DES PRODUITS AGRICOLES ET ENGENDRANT DES RISQUES NOUVEAUX DANS UN MARCHÉ MONDIALISÉ

D'une façon générale, le marché concurrentiel ordinaire organise « le jeu de l'échange », pour reprendre le vocabulaire de Fernand Braudel<sup>6</sup>. Mais, comme celui-ci l'a décrit dans un ouvrage ultérieur<sup>7</sup>, l'industrie bancaire a fait disparaître ce jeu. En effet, ce qu'il désignait déjà en 1985 comme une « industrie » a transformé en titres les biens. Ainsi, alors que l'immatériel que constituent la monnaie et les titres n'étaient que des instruments d'échanges, ils sont devenus les biens eux-mêmes, en faisant disparaître les premiers. Avant la crise des *subprimes*, Fernand Braudel avait montré que cela ne pouvait pas produire de bons effets économiques et sociaux.

C'est pourquoi les matières agricoles, comme les autres matières premières, autant que celles-ci mais pas plus que celles-ci, ont subi le choc de la financiarisation que l'industrie bancaire a pu engendrer, grâce à la technologie, en superposant des titres, ici plus particulièrement des dérivés de crédit, les matières agricoles se volatilisant en écritures mathématiques et en virtuosité de traders.

L'agriculture avait été protégée de ce mouvement d'aspiration financière via la puissance que donne l'abstraction, grâce à la protection étatique. Ainsi, aussi longtemps que les États ont eu les moyens d'imposer leur souveraineté sur le secteur, en imposant les prix par *imperium*, la puissance des instruments financiers ne pouvaient pas entamer le secteur. C'était puissance contre puissance, comme Michel Aglietta a pu le rappeler à propos d'autres secteurs. Mais l'explosion des frontières grâce à la technologie, les titres financiers n'étant que des données que l'on transporte sans considération d'espace et de temps, a rendu les États moins puissants que les courtiers et que les établissements financiers. Le mouvement est si puissant que l'on peut aujourd'hui affirmer que l'agriculture est « sous l'empire de la finance »<sup>8</sup>.

6. F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*, tome 2, *Les jeux de l'échange*, Armand Colin, 1979.

7. F. BRAUDEL, *La dynamique du capitalisme*, Arthaud, 1985.

8. B. VALLUIS, « L'agriculture sous l'empire de la finance », in *Agriculture et Finances. Quelles régulations pour une allocation optimale des capitaux ?*, *Cahier Dèmeter*, février 2013, p. 10-41.

Il ne s'agit pas d'un mouvement politique, les banques ayant fait un *bold-up* sur le bien commun alimentaire ; il s'agit d'un mouvement mécanique. Lorsque l'industrie bancaire a la possibilité d'engendrer du profit, comme toute entreprise, elle développe des outils, ici des dérivés, qui lui rapportent de l'argent. Même si ces outils ont été à l'origine construits pour permettre aux opérateurs industriels de se couvrir contre des risques, leur utilisation en spéculation est une utilisation mécanique des opportunités d'un système financier.

Parce que cette évolution est mécanique, née avant tout de la technologie et de la mondialisation, les deux étant presque synonymes, il convient alors de trouver une réponse pareillement mécanique. Elle est constituée par l'autorité de régulation, qui s'insère dans le marché pour être « l'entre-deux », entre le marché financier « pur » qu'elle va par exemple ralentir, contrôler, endiguer dans les entrées, et l'État, qu'elle va laisser pourtant en dehors du marché, pour qu'il ne déséquilibre pas les jeux concurrentiels par des subventions incontrôlées.

## B. LA LÉGITIMITÉ DE L'INTERVENTION DES RÉGULATEURS FINANCIERS

Si l'on considère que les soucis qui sont engendrés par les matières premières agricoles sont de même nature que ceux engendrés par les autres matières premières et qu'ils sont de nature économique, en ce que la financiarisation a entraîné des spéculations excessives générant des distorsions des prix de marchés et fait naître des risques globaux de nature systémique pour des marchés mondialisés, alors il va de soi que cela doit être les régulateurs financiers qui prennent en charge la régulation.

On ne s'étonnera pas que le Gouvernement français ait demandé un rapport sur ces questions au président de l'Autorité des marchés financiers<sup>9</sup>, c'est-à-dire à un régulateur d'une part (et non pas à un ministère) et à un spécialiste de la finance d'autre part associé à des spécialistes de la banque (et non pas au ministère de l'Agriculture).

Il est tout autant remarquable que ce rapport présente les graves dysfonctionnements et soucis que cause la situation en matière agricole comme non pas spécifiques mais comme un exemple d'une situation plus générale, à savoir la financiarisation générale d'une économie globalisée. Les matières agricoles ne sont que la pointe avancée de ces difficultés. Le rapport l'exprime en ces termes : « Les marchés agricoles sont annonciateurs de l'évolution du monde »<sup>10</sup>.

Dans un tel cas, l'autorité de régulation adéquate est l'autorité de régulation financière, car les matières agricoles sont appréhendées, qualifiées au sens juridique du terme, comme les « sous-jacents des produits financiers ». Dans une telle

9. J.-P. JOUYET, Ch. DE BOISSIEU, S. GUILLON, *Prévenir et gérer l'instabilité des marchés agricoles*, 15 septembre 2010, [http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Nouveau\\_rapport\\_etape\\_Jouyet\\_Boissieu\\_Guillon.pdf](http://agriculture.gouv.fr/IMG/pdf/Nouveau_rapport_etape_Jouyet_Boissieu_Guillon.pdf)

10. Préc., p. 3.

perspective, d'une part les matières agricoles ne sont pas considérées en elles-mêmes mais comme source de désordres financiers, le seul choc à prendre en considération étant celui subi en retour sur le prix des matières premières, du fait par exemple des bulles spéculatives.

D'autre part, dans cette perspective, les matières agricoles ne se distinguent pas des autres matières premières, qui subissent les mêmes effets de la financiarisation. Dès lors, du point du *design* institutionnel, non seulement il n'est pas pertinent de créer une autorité de régulation distincte de l'autorité de régulation financière mais plus encore celle-ci a vocation à réguler en bloc sous les sous-jacents des matières premières, qu'il s'agisse des pierres précieuses, de l'énergie... ou des matières premières agricoles.

Le caractère impressionnant de la crise financière et la surréaction de régulation qui s'en est suivie se sont effectivement concrétisés dans la loi *Dodd-Frank*, qui permet au régulateur financier d'intervenir en la matière<sup>11</sup>. Mais il semble que cela soit peu suivi d'effet.

L'Europe est davantage en attente, si l'on se réfère à la position formulée par le commissaire à l'Agriculture le 20 septembre 2010 à propos de la réforme de la MiFid<sup>12</sup> et des potentialités offertes à l'*European Securities and Markets Authority (ESMA)*, qui pourrait intervenir sur les produits financiers ayant un sous-jacent agricole. C'est notamment le sens des recommandations que l'ESMA a émises en juin 2012.

Tout cela se conçoit parfaitement bien et l'on perçoit que c'est la direction principalement prise. Mais est-ce la bonne ? Est-ce la seule ?

En effet, les matières premières agricoles doivent-elles ainsi être traitées comme les autres matières et ne trouver pertinence en régulation qu'à travers les produits financiers qui les recouvrent ? En raison des enjeux que l'agriculture implique, l'agriculture ne justifie-t-elle pas une régulation propre, et à la suite d'un régulateur propre ?

---

11. *Dodd-Frank Implementation*, House Committee on Agriculture, 6 décembre 2012.

12. Audition publique de Dacian Cioloș, Commissaire européenne chargé de l'Agriculture et du Développement rural, à propos de la révision de la directive sur les marchés d'instruments financiers (n° 10/462). Ce commissaire insiste sur le fait qu'aujourd'hui on ne peut plus réfléchir à une régulation efficace des instruments financiers sans prendre en considération la spécificité des marchés agricoles. Le titre de son discours est : « *Il faut mettre fin à l'hyperspéculation sur les produits agricoles* ». Ainsi, le Commissaire ne vise pas tant les marchés que les produits eux-mêmes, vision concrète des choses.

## §2. – La redécouverte du « sous-jacent » comme objet direct de l'action de l'autorité de régulation

Il n'est pas possible de réduire la régulation à un mécanisme simplement économique, palliant les défaillances de marché : c'est aussi une politique publique, entraînant une stabilisation de la chaîne de production et visant à la sécurité et à l'autonomie alimentaire de la population (A). S'il en est ainsi, il faut alors concevoir une articulation entre les régulateurs, en reflet d'une interrégulation (B).

### A. LA RÉGULATION, COMME POLITIQUE PUBLIQUE (STABILISATION DES FILIÈRES, SÉCURITÉ ET AUTONOMIE ALIMENTAIRE)

Tout d'abord la première conception qui consistait à tout confier au régulateur financier repose non seulement sur l'idée que la financiarisation des marchés agricoles ne serait que néfaste, ce qui est discutable dans la mesure où les instruments financiers apportent aussi de la sécurité, mais encore sur l'idée que la volatilité des prix observés sur les marchés des matières premières agricoles, volatilité qu'il s'agit de réguler, provient bien des instruments financiers en question.

Or, des travaux soutiennent que la volatilité des prix que l'on constate n'est pas liée à la finance mais à des facteurs intrinsèques au secteur. C'est notamment le sens d'une étude faite par la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) du 12 mars 2013<sup>13</sup>.

Si cela est vrai, alors le régulateur financier perd toute pertinence puisque la perturbation du marché ne produirait que marginalement de la finance tandis que les défaillances des marchés agricoles (*market failures*), proviendraient des marchés eux-mêmes, en raison des produits, justifiant alors une régulation propre et un régulateur propre<sup>14</sup>. Cela tient notamment au fait que les produits agricoles s'insèrent dans des cycles économiques longs et requièrent des « *surfaces productives selon des conventions sociales qui en garantissent la bonne fin* »<sup>15</sup>, ce qui renvoie au *Contrat social*.

En outre, s'il est vrai que la régulation se détache de l'État, que celui-ci devient impuissant à soutenir une politique publique agricole<sup>16</sup>, l'on pourrait soutenir que l'Europe devient alors le régulateur adéquat. Mais le seul souci de

13. N. ROUX, *La volatilité des marchés mondiaux des matières premières agricoles et l'évolution des prix à la consommation de l'alimentation en France*, DGCCRF – ECO, n° 12, mars 2013, 19 pages, [http://www.economie.gouv.fr/files/directions\\_services/dgccrf/documentation/dgccrf\\_eco/dgccrf\\_eco12.pdf](http://www.economie.gouv.fr/files/directions_services/dgccrf/documentation/dgccrf_eco/dgccrf_eco12.pdf)

14. Dans ce sens, M.-A. FRISON-ROCHE, « Appliquer le droit de la régulation au secteur agricole », *Revue Lamy Concurrence*, n° 4, août/octobre 2005, 126-130. V. aussi Les Ateliers de la Concurrence, *Quelle régulation pour les marchés agricoles ?* (présidés par Guillaume CERRUTI et Marie-Anne FRISON-ROCHE), 7 mars 2006, publiés in *Revue Concurrence et Consommation*, décembre 2006.

15. B. VALLUIS, « L'agriculture sous l'empire de la finance », in *Agriculture et Finances. Quelles régulations pour une allocation optimale des capitaux ?*, préc., p. 15.

16. V. *supra*.

« volatilité des prix », qui est un souci marchand lorsque cette volatilité devient excessive parce qu'elle excède le signe d'une bonne liquidité de marché, ne peut suffire à se substituer à la PAC établie dès l'origine au niveau européen. Ainsi, n'existe toujours pas de politique agricole européenne consistant dans une véritable politique publique. Il convient au contraire de favoriser la constitution d'un « droit de l'agroalimentaire » en cohérence avec le droit de la concurrence<sup>17</sup>.

En effet, une politique publique agricole doit intégrer la notion de « filière agricole »<sup>18</sup>, ce que le marché, système plat sur lequel circulent des biens, services et capitaux grâce à des multitudes d'opérations économiques atomisées et instantanées, a beaucoup de mal à prendre en considération.

Cela est d'autant plus pertinent que la volatilité des prix, phénomène qui concentre l'attention et les inquiétudes de tous, peut trouver une solution dans des organisations « interfilières », notamment entre la production céréalière et la production animale<sup>19</sup>. S'il en est ainsi, il conviendrait que les matières premières dont une autorité de régulation doit prendre la charge soient aussi bien les matières strictement agricoles que les matières animales, puisque les problématiques sont communes, les producteurs passent de l'un à l'autre, tandis que les consommateurs eux-mêmes arbitrent entre les deux types de productions, ce qui renvoie à un usage intermodal.

À partir de cette notion de filière, une politique publique, à travers une régulation véritable de l'agriculture prise comme objet direct de régulation, doit intégrer d'une façon centrale les notions d'une part de sécurité (à travers soit des critères substantiels – niveaux de qualités –, soit des critères procéduraux – traçabilité –), d'autre part d'autonomie<sup>20</sup>.

En effet, il y aura une régulation des matières premières agricoles lorsque seront mis en place des régulations et des régulateurs qui ont les moyens d'assurer la sécurité des matières premières, de leur culture à leur consommation, ce qui implique le recours conceptuel à la notion de filière (comme en matière de régulation pharmaceutique) et de prétendre concrétiser une volonté politique d'autonomie alimentaire, rendue possible à travers les matières premières agricoles.

Cela implique que toutes les matières premières agricoles ne soient ni bloquées au même moment (bulle spéculative), ni disparues au même moment (nécessité

17. En ce sens, v. Faculté de droit et des sciences politiques de Nantes, *Actualités de droit économique : aspects de droit de la concurrence et de la consommation et de droit de l'agroalimentaire*, n° spéc. *Les Petites Affiches*, 6 octobre 2011, 39 p.

18. V. par ex. Ph. BOULET, « Filières agricoles et relations avec la sphère financière », in *Agriculture et Finances*, préc., p. 119-126.

19. Y. TRÉGARO, « Volatilité du prix des matières premières et financement des productions animales : quelles réponses des acteurs économiques ? », in *Agriculture et Finances*, préc., p. 127-145, p. 141.

20. L'autonomie alimentaire des populations, dont l'État est le garant, peut alors prendre la forme de régulations, dont l'autorité est le garant technique. Cela est une perspective d'autant plus fiable que le gouvernement est peu solide, comme dans de nombreux pays d'Afrique, alors que l'autonomie alimentaire de ces mêmes pays n'aît guère assurée. V. R. BLEIN, et S. BIO GOURA, « Marchés céréaliers ouest-africains : vers une dépendance croissante aux importations ou une souveraineté alimentaire régionale ? », in *Agricultures africaines*, Démeter, 2014, p. 181-204.

d'organiser des stocks de sécurité, ce qui s'est fait depuis longtemps mais sous l'emprise de l'*imperium* des États, alors qu'en matière gazière par exemple, c'est sous l'empire de la régulation énergétique), ni aspirées par une exportation livrée à la seule loi de l'offre et de la demande, voire de la spéculation.

Ainsi, l'idée d'un pacte social réapparaît, la régulation ayant toujours à faire avec le Politique et l'avenir du groupe social, sa prétention à la neutralité étant illusoire<sup>21</sup>. Il demeure que ce qui avait été précédemment dit à propos de la financiarisation et de la pertinence corrélative des régulateurs financiers à intervenir demeure valable. C'est pourquoi c'est en termes d'articulation entre régulateurs ayant différentes missions qu'il convient de penser le *design* institutionnel.

#### B. L'ARTICULATION ENTRE UN RÉGULATEUR DES MATIÈRES PREMIÈRES AGRICOLES ET D'AUTRES RÉGULATEURS, NOTAMMENT LE RÉGULATEUR FINANCIER

Lorsque deux secteurs sont concernés par une régulation, la première solution consiste à créer un régulateur très spécifique pour régir les opérations à terme sur les matières premières agricoles : la *Commodities Futures Trading Commission*. Une réforme du 18 octobre 2011<sup>22</sup> lui donne le pouvoir d'intervenir sur les produits financiers eux-mêmes. Cette nouvelle disposition qui donne pleine compétence au régulateur des opérations sur le marché agricole, y compris sur les produits financiers qui les recouvrent de leur « opacité »<sup>23</sup>, permet une concentration de la régulation sur ce qui concerne un écosystème économique et financier.

Dans le système juridique nord-américain, au sein duquel la question des compétences est essentielle, celle de savoir si le régulateur des opérations sur les matières qui constituent à la fois un marché économique mais aussi un sous-jacent financier, peut intervenir sur les produits financiers du seul fait qu'il est le régulateur du marché économique, est une question difficile. Elle a été posée à une juridiction à propos du secteur électrique, le régulateur électrique prétendant, du fait qu'il avait en charge le bon fonctionnement de ce secteur, réguler également les produits financiers dérivés construits sur des sous-jacents électriques. Le juge lui a refusé cette compétence *ratione materiae*, du fait que le législateur ne la lui avait pas conférée<sup>24</sup>.

21. M.-A. FRISON-ROCHE, « Is There a Compelling Need for Neutral Action in Regulated Economic Sectors? », in *Neutrality in Systems of Economic Regulation*, *The Journal of Regulation*, 2012, n° 2, 1-2.0, p. 8-22.

22. Cette réforme fût précitée de nombreuses réflexions, consultations, recommandations, notamment pour que les nouvelles normes du régulateur spécial s'articulent bien avec les normes du régulateur financier. C'est pourquoi le Congrès suivit de près cette évolution projetée concernant la CFTC dans le même temps qu'elle étudiait la confection des textes d'application de la loi *Dodd-Frank* (House Committee on Agriculture, *Implementing Dodd-Frank: A Review of the CFTC's Rulemaking Process*, 13 avril 2011), tandis que l'association mondiale des bourses de valeurs, l'OICV, avait pris des normes financières sur les produits dérivés à sous-jacents agricoles quelques jours avant l'adoption par la CFTC de ses recommandations. Ainsi, même si la solution apparaît comme celle de confier à un seul régulateur le soin de confier le marché des transactions économiques agricoles et le marché des transactions financières qui leur sont afférentes, l'élaboration des normes s'opère toujours par un chassé-croisé entre régulateurs.

23. V. *supra*.

24. A. RAIFFE, *The Journal of Regulation*.

Cela explique qu'à propos des matières agricoles, s'inspirant de la proposition de l'OICV d'un régulateur « mixte » régulant à la fois le secteur des ventes futures des matières premières et les instruments financiers qui les recouvrent pour les sécuriser, le détachement de ceux-ci les transformant en instrument de spéculation financière, la loi du 18 octobre 2011 a conféré à la *Commission Future Trading Commission* cette compétence.

L'on pourrait donner une image de ce type de compétence en la désignant comme une compétence « verticale » en ce qu'elle lui permet de plonger la main dans le secteur, pour se saisir des opérations de vente elles-mêmes, mais aussi de lancer cette même main vers les instruments de couverture. Cela correspond bien au nouveau mode de régulation, qui s'infiltré dans des chaînes de valeur, dans des réseaux et dans des filières, c'est-à-dire dans des structures verticales.

La solution européenne et notamment française est différente. Elle conduit à prendre acte de l'interférence entre les deux secteurs, à en tirer le constat d'une interrégulation<sup>25</sup>, à nouer des liens entre les différents régulateurs concernés pour qu'ils s'échangent des informations, voire agissent ensemble, par des textes ou normes communes et actions concertées.

Sont exemplaires à ce titre les liens organisés entre l'Autorité des marchés financiers et la Commission de régulation de l'énergie. Comme on l'observe souvent en matière de régulation, cela prît aussi bien la forme de colloque commun<sup>26</sup>, que celle d'un accord plus formel entre les deux autorités de régulation, établissant un programme d'action<sup>27</sup>.

En effet, sauf à reconstituer l'État qui, grâce à son unicité consubstantielle et le mécanisme concret des réunions interministérielles, peut répondre aux situations d'interrégulation<sup>28</sup>, cette solution paraît préférable.

Cela résulte de l'observation suivante. La régulation est un système construit sur les buts, de nature téléologique. Parce que les régulateurs ne sont pas souverains, l'optimum de régulation et le maintien de la légitimité de ces organismes très puissants et dont les membres ne sont pas élus, supposent qu'on leur affecte une seule finalité à poursuivre. Les économistes de la régulation insistent sur le fait que la pluralité de finalités de missions confiées à un régulateur conférerait à celui-ci trop de « discrétion », et rendrait son action inefficace et incontrôlable.

Or, si l'on accroît le prisme d'un seul régulateur, du secteur économique agricole au secteur financier agricole, on multiplie ses finalités. En effet, la finalité

---

25. M.-A. FRISON-ROCHE, « L'hypothèse de l'interrégulation », in *Les risques de régulation*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », t. 3, Dalloz / Presses de Sciences-Po, 2005, p. 69-80.

26. Colloque du 6 mai 2011, co-organisé par l'Autorité des marchés financiers et la Commission de régulation de l'énergie, *La financiarisation des marchés de matières premières : quels enjeux pour les régulateurs ?*

27. Protocole d'accord sur l'organisation des marchés de CO<sub>2</sub>, 13 décembre 2010, [http://www.amf-france.org/documents/general/9755\\_1.pdf](http://www.amf-france.org/documents/general/9755_1.pdf)

28. Mais nous avons précédemment vu que l'État n'était plus en mesure de répondre aux difficultés engendrées par l'évolution des marchés de matières premières agricoles.

de la régulation du secteur financier agricole est la lutte contre la spéculation, les bulles, les risques systémiques, etc. Par ailleurs, la finalité de la régulation du secteur économique agricole est de préserver les filières, de stabiliser dans le temps le système, de lisser les prix (point de contact avec la précédente régulation), de protéger la santé du consommateur<sup>29</sup>, de conférer à la zone géographique concernée une autonomie, etc.

Si l'on donne à une même autorité les deux régulations, soit on la transforme en régulateur discrétionnaire, et de ce fait politiquement illégitime, soit on soustrait de la régulation du secteur agricole tout ce qui n'est pas strictement économique, comme la sécurité des produits, l'autonomie, et le souci de ceux qui n'ont pas les moyens d'y accéder.

À l'inverse, si l'on établit un régulateur spécifique aux marchés des matières agricoles d'une part, mais que, parce qu'il y a des points de contact avec la finance, plus encore parce que la finance pénètre comme une lame tranchante dans le système traditionnel des marchés agricoles, alors il est essentiel qu'un régulateur agricole spécifique soit établi d'autre part, et qu'il travaille immédiatement avec le régulateur financier.

Certes, en matière énergétique, cela est plus aisé, puisque le régulateur énergétique existe dans les différents pays européens depuis le début des années 2000<sup>30</sup>, alors qu'il s'agit ici d'établir tout d'abord un régulateur agricole.

Mais en même temps que celui-ci serait établi, il devrait immédiatement être corrélé au régulateur financier car la spécificité des matières agricoles ne doit pas méconnaître l'impact de la financiarisation et l'interrégulation doit trouver une trace institutionnelle à travers un lien formellement établi avec le régulateur financier.

La mise en place d'un régulateur agricole spécifique permettrait que la régulation des matières agricoles ne soit plus neutralisée parmi la régulation des matières premières. En effet, lorsque l'on ne pense l'agriculture que comme sous-jacent financier, les produits agricoles valent autant mais pas plus que d'autres matières premières : ils sont neutralisés en tant qu'ils sont agricoles.

Or, cela est inadmissible. La neutralisation des objets par la finance doit être compensée par la régulation dont le point de départ est de prendre en considération les spécificités techniques des biens et leur finalité concrète. Ainsi, les personnes ne boivent pas du pétrole et ne mangent pas des diamants.

Considérer que tout cela relève d'une même perspective, les « matières premières », sans segmenter en fonction de ce que l'on fait des biens, alors que les biens agricoles nourrissent les êtres humains est criminel. Il est du devoir de ceux qui pensent les futurs systèmes de régulation de ne pas suivre les biais de

29. V. dans ce sens, Cl. SAAS, « La protection des consommateurs d'aliments : le regard d'un pénaliste », in *Actualités de droit économique : aspects de droit de la concurrence et de la consommation et de droit de l'agroalimentaire* préc., p. 18-25.

30. Par exemple en France, depuis la loi du 10 février 2000.

ce qu'ils doivent précisément contrebalancer, c'est-à-dire qu'ils ne doivent pas « neutraliser » les biens agricoles.

Dans ces conditions, il faut repartir dans un *design* institutionnel qui s'appuie sur les matières agricoles et leur finalité. Or, la finalité des matières agricoles n'est pas d'être vendues et achetées (ce qui est une vision « neutralisée » de leur finalité). La finalité des matières agricoles est de nourrir la population. Comment peut-on oublier cela, le passer sous silence, ne pas le mettre au centre des régulations techniques ? Cela n'est pas l'affaire de l'autorité de concurrence ni la mission du régulateur financier de s'en soucier, mais c'est la finalité première d'un régulateur agricole que d'avoir pour mission de faire en sorte que, par la stabilité des filières à long terme, la bonne gestion de stocks de sécurité, la gestion de risques de santé, d'éventuels systèmes de service universels, etc., cette finalité soit satisfaite.

S'il devait en être ainsi, alors la perspective assez statique de la Politique agricole commune dont l'Europe n'a plus guère les moyens et dont la renégociation est à chaque fois plus difficile<sup>31</sup>, une régulation agricole véritable pourrait émerger, comme on la rencontre dans les différents secteurs. Il ne s'agirait plus de défendre en tant que tels les agriculteurs, bien que leur protection soit aussi justifiée en ce que la production agricole est un élément-clé de la politique industrielle d'un pays, mais un système dont l'être humain est au centre.

La régulation agricole se rattache alors à la problématique des biens communs. C'est à ce titre que sa connexion avec la régulation financière s'opère. Elle cesse d'envisager les marchés agricoles comme la pointe avancée d'une « évolution générale de l'économie mondiale »<sup>32</sup> : elle les prend au contraire comme très spécifique, récuse leur interchangeabilité avec d'autres matières premières, les relie directement aux êtres humains.

Dans un second temps, c'est à ce titre que le régulateur agricole qu'il conviendrait d'établir et de doter d'une mission spécifique, sur les filières, les prix, le contrôle de sécurité, de traçabilité, etc., doit pouvoir établir des interrégulations avec les autres régulateurs pertinents.

Nous avons vu que c'est naturellement le cas à l'égard du régulateur financier. Il est aisé de le soutenir, puisque l'interrégulation entre financier et régulation économique des marchés agricoles a déjà été opérée aux États-Unis, s'ébauche en Europe, comme les régulateurs financiers ont déjà établi des relations fortes avec les régulateurs des marchés sous-jacents en matière d'énergie électrique.

Mais il n'y a pas de raison de se limiter au régulateur financier. En effet, si la raison du *design* est d'établir des liens avec tous les régulateurs qui ont des points de contacts avec le secteur, l'objet ou la finalité, alors le régulateur des marchés des matières premières agricoles doit aussi établir des contacts formels

---

31. V. *supra*.

32. V. *supra*.

avec le régulateur de la santé, notamment lorsque les biotechnologies mêlent les deux perspectives et conduisent plusieurs régulateurs à intervenir<sup>33</sup>, le régulateur de l'environnement<sup>34</sup>, etc.

C'est à cette occasion que les vides de régulation apparaissent dramatiquement : ainsi, l'absence de régulation de l'eau apparaît avec encore plus d'évidence car comment concevoir une véritable régulation des marchés des matières premières agricoles en l'absence de régulation de l'eau ?

L'on mesure qu'il s'agit donc d'approfondir des questions et d'assister sur la nécessité de penser dès à présent avec la cohérence requise les questions institutionnelles de régulation, avec les implications des diverses voies empruntées. Si l'on veut bien admettre que la régulation des marchés des matières premières agricole mérite en tant que telle un régulateur et n'est pas seulement un cas pratique de régulation financière, alors se pose par ailleurs une série de questions sur le juste niveau géographique auquel il conviendrait de situer une telle autorité de régulation.

## Section II

### LE JUSTE NIVEAU GÉOGRAPHIQUE INSTITUTIONNEL DE L'AUTORITÉ DE RÉGULATION DES MATIÈRES PREMIÈRES AGRICOLES

Il a été souligné que les marchés des matières premières agricoles se sont mondialisés, ce qui conduirait assez naturellement à préférer l'instauration d'une autorité de régulation mondiale (§1). Mais il existe de nombreux arguments venant vers une préférence pour des autorités de régulation locales (§2).

#### §1. – Ce qui conduirait à préférer une autorité de régulation mondiale

La première considération pour préférer une autorité de régulation établie au niveau mondial est la nécessité de gérer des risques qui circulent sur des marchés qui se sont mondialisés (A). Cela paraît possible puisque la *Food and Agriculture Organization (FAO)* constitue les prémisses d'une telle autorité mondiale de régulation (B).

#### A. LE MARCHÉ MONDIAL DES MATIÈRES PREMIÈRES AGRICOLES ET LA GESTION DES RISQUES : LA RÉGULATION VERSUS LA CONCURRENCE

Beaucoup de matières agricoles se sont mondialisées. Cela tient au fait que depuis l'Antiquité le transport des grains par exemple est international, que les

33. N.-A. BELSON, *U.S. Regulation of Agricultural Biotechnology: An Overview*, 2001.

34. Dans ce sens, L. JACKSON, *Will Agriculture cope with regulatory agencies?*, préc.

ports et les foires ont toujours joué une place déterminante. Plus encore, la finance a transformé cette internationalisation acquise depuis très longtemps du commerce agricole en véritable globalisation<sup>35</sup>, puisque des mécanismes cambiaires puis purement financiers ont dématérialisé le marché, accélérant les ventes.

Il en résulte aujourd'hui un double risque, dont chacune des branches n'est pas de même nature. Le premier risque est un risque financier de nature systémique. Par des jeux spéculatifs, par exemple de *trading* à haute fréquence, les prix deviennent très volatils, l'accroissement de cette volatilité multipliant les opportunités de jeu (perspective de gain, risque de perdre), ce qui engendre des risques systémiques considérables pour certains pays.

Ainsi, des pays producteurs, comme ceux que l'histoire coloniale notamment a conduits à se spécialiser dans des produits qui n'ont pas pour finalité la consommation endogène, mais l'exportation, sont exposés à des risques systémiques sur les prix, qui par contrecoup vont frapper leur population.

Ainsi, même en partant du risque financier, on aboutit à la notion de biens communs, de risques sociaux, et l'on doit revenir à l'être humain qui est ici en jeu, lorsque la finance s'amuse avec ce qui constitue le repas des populations.

Le second risque est un risque sanitaire. En effet, alors que la finance fait varier considérablement les prix sans nécessairement faire bouger les marchandises, il demeure que les transports des biens (et non pas seulement des titres) se sont modernisés. Ainsi, les risques sanitaires se sont mondialisés. Par effet de capillarité, un risque sanitaire qui se concrétise dans un pays se globalise, ce qui rend très difficile la gestion du risque sanitaire, puisque celui-ci excède le territoire dans le contour duquel l'État exerce sa puissance<sup>36</sup>.

Celui conduit à poser la nécessité d'une autorité mondiale de régulation des marchés des matières premières agricoles. En matière financière, l'on peut penser que le système mondial de régulation est en train de se mettre en place, bénéficiant secondairement des crises financières successives, mais qu'en est-il des marchés agricoles proprement dits ?

## B. LES POTENTIALITÉS DE LA FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION (FAO)

La FAO est une organisation internationale qui réunit l'ensemble des pays. Elle développe de nombreuses initiatives, et notamment centralise les informations et les rediffuse.

L'on pourrait considérer que cela n'est pas grand-chose, qu'elle représente à ce titre davantage un observatoire qu'un régulateur, au mieux une agence.

Il faut plutôt considérer que de nombreuses autorités de régulation ont commencé sous cette forme embryonnaire. En effet, une autorité de régulation n'est

35. M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit des deux mondialisations », préc.

36. Colloque *Régulation et géographie*, *The Journal of Regulation* 2012.

l'échelon national (A), car un régulateur technique ne peut prendre en charge cette dimension, sauf à changer l'Europe (B).

#### A. LES CHOIX POLITIQUES DE PROTECTION DE LA SANTÉ PUBLIQUE ET DE PROTECTION DES FILIÈRES

Les matières agricoles sont ce avec quoi se nourrit la population. Le grain est l'exemple le plus souvent pris. On se souvient que c'est parce qu'il était nécessaire de faire bénéficier aux habitants d'une municipalité d'une boucherie que le maire utilisa son pouvoir de service public industriel et commercial, validé par une jurisprudence célèbre du Conseil d'État, dite des « boucheries municipales »<sup>38</sup>. Les économistes prennent à juste titre comme exemple de service public, non pas les entreprises publiques (critère formel de rattachement à l'État), mais les boulangeries, parce que c'est ce dont a besoin la population.

Dans cette perspective, l'on ne peut pas scinder en la matière régulation, service public et politique publique. À ce titre, aussi bien l'organisation de chacun au minimum vital alimentaire est visée comme la lutte contre l'obésité, qui constitue un impératif de service public<sup>39</sup>. Cette politique publique renvoie à un « contrat social » entre le Politique et la population du pays, qui établit notamment le degré de protection de celle-ci. Ainsi, comme en matière de médicament, celle-ci est prête à payer pour obtenir une protection contre le risque sanitaire présent dans les marchés des matières premières agricoles<sup>40</sup>.

Par analogie, malgré le principe de libre-échange qui a présidé aux accords de l'OMC, l'accord sanitaire et phytosanitaire qui a été conclu entre les États signataires et l'Organe de règlement des différends a bien précisé que les États étaient libres de fixer le niveau de protection qu'à ce titre ils voulaient fixer au bénéfice de leur population, notamment à propos des produits alimentaires.

Or, un régulateur simplement technique, par exemple concentré sur la volatilité des prix, ne peut pas prendre en charge cette dimension, parce que celle-ci relève du Politique. Dès lors, la régulation doit demeurer au seul niveau géographique auquel le Politique se situe : le niveau national.

38. Dans son grand arrêt du 6 mars 1914 dit de la « boucherie municipale », le Conseil d'État affirme que, dans des circonstances exceptionnelles, le conseil municipal peut être rendu nécessaire pour assurer l'alimentation publique, par exemple en subventionnant par des fonds municipaux une boucherie constituée en coopérative.

39. Sur la corrélation que cela engendre sur l'interrégulation avec la régulation publicitaire, v. les différentes conceptions régulateurs, la conception britannique se rapportant plutôt à l'autorégulation, l'approche française s'en défiant davantage : M. FRIANT-PERROT et A. GARDE, « La publicité alimentaire et la lutte contre l'obésité infantile en droit français et en droit anglais », in *Actualités de droit économique : aspects de droit de la concurrence et de la consommation et de droit de l'agroalimentaire*, préc., p. 27-39.

40. V. *supra*.

## B. LA DIFFICILE ÉMERGENCE D'UNE AUTORITÉ EUROPÉENNE DE RÉGULATION

Cela explique la grande difficulté de construire une autorité européenne de régulation directe des marchés des matières premières agricoles. Pourtant, en novembre 2011, le G20 sous présidence française avait élaboré une proposition pour que se mette en place une régulation supranationale visant à interdire les « *spéculations excessives* » sur les matières premières, les matières agricoles étant donc incluses dans celles-ci, et même particulièrement visées.

Mais les réunions ultérieures du G20 n'ont pas repris la proposition. Cela peut se comprendre à l'échelle de l'Europe.

En effet, l'Europe n'est pas encore politique. L'Europe est pour l'instant économique. Les régulations européennes peuvent prétendre pallier les défaillances économiques et financières de marchés en instaurant des autorités économiques et financières de marchés.

Mais, lorsque les marchés cessent d'être appréhendés sous leur seul angle économique (espace d'objets que l'on vend et que l'on achète) ou financier (espèce des produits financiers qui recouvrent les premières transactions par des titres, lesquels deviennent des biens financiers autonomes), pour être considérés pour ce qu'ils sont : des biens par lesquels la population doit se nourrir, à long terme, et demeurer en bonne santé parce que les biens ne sont pas avérés toxiques, parce que les enfants doivent grandir sans être victimes de malnutrition car notre Contrat social l'exclut, alors les régulateurs techniques doivent s'adosser sur le Politique.

L'État-nation des États européens fournit un tel adossement. L'État fédéral des États-Unis fournit un tel adossement. L'Europe pour l'instant ne le fournit pas.

Dès lors, l'Europe ne peut qu'en rester à une régulation technique, c'est-à-dire à l'ensemble du schéma développé d'un régulateur financier qui intègre le sous-jacent et son exploitation financière, qui considère les chocs en retour que les instruments financiers produisent sur l'économie du marché agricole sous-jacent, tout cela mais pas plus.

Ensuite, c'est à une Europe politiquement construite qu'il convient de le demander.