

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2020

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 1

Le symptôme :

Le Régulateur

- L'État, porteur de l' « intérêt général »
- L'entreprise publique, bras armé du « service public »
- Monopole de droit supérieur à un monopole de fait
- « Sens du service public » *versus* cumul du pouvoir de régir un espace et du pouvoir de s'y mouvoir
- Situation nouvelle : libéralisation en Europe

I. LE RÉGULATEUR, BASTION AVANCÉ DU « DROIT COMMUN DE LA RÉGULATION »

A. Une première mâchoire de l'étau : par le choc du fait concurrentiel, le passage d'une puissance politique intervenant directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

1. Le système antérieur de la régulation par la tutelle et le « sens du service public »

- Passage des monopoles à la concurrence et intervention de l'État
 - Pour accompagner la concurrence
 - Pour freiner la concurrence
 - Pour installer la concurrence
- Le Gouvernement en conflit d'intérêts et la concurrence en devenir
- Le Régulateur tautologiquement indépendant
- Le Régulateur tautologiquement transitoire

I. LE RÉGULATEUR, BASTION AVANCÉ DU « DROIT COMMUN DE LA RÉGULATION »

A. Une première mâchoire de l'étau : par le choc du fait concurrentiel, le passage d'une puissance politique intervenant directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

2. La fin des monopoles en Europe et la « révélation » du conflit d'intérêt structurel de l'exécutif

- Directive européenne sur la libéralisation du secteur des télécommunications : exigence d'un Régulateur des télécommunications (ART – ARCEP)
- Directive européenne de libéralisation du secteur de l'électricité (19 déc. 1996) et du gaz (1998): exigence d'un Régulateur de l'électricité (CRE – CRE)

I. LE RÉGULATEUR, BASTION AVANCÉ DU « DROIT COMMUN DE LA RÉGULATION »

A. Une première mâchoire de l'étau : par le choc du fait concurrentiel, le passage d'une puissance politique intervenant directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

3. Consubstantialité entre directives européennes de libéralisation sectorielle et mise en place de régulateurs indépendants

- Ordonnance de 1967 sur la *Commission des Opérations de Bourse (COB) – Autorité des Marchés Financiers (AMF)*
- Banque de France, créée le 18 janvier 1800 par Napoléon, nécessairement « autonome »

I. LE RÉGULATEUR, BASTION AVANCÉ DU « DROIT COMMUN DE LA RÉGULATION »

B. L'autre mâchoire de l'étau: le régulateur, socle de la confiance des tiers

1. L'effet déclencheur de la confiance et l'installation précoce d'Autorité administrative indépendance en matière financière et bancaire

- La confiance et la gestion des conflits d'intérêts : nouveau socle de la présence du Régulateur dans les « industries de réseaux »
- Régulateur permanent
- Autorité de Régulation *versus* Autorité de Concurrence
- Juridisation progressive de la notion de « confiance » (risque – crise – confiance)

I. LE RÉGULATEUR, BASTION AVANCÉ DU « DROIT COMMUN DE LA RÉGULATION »

B. L'autre mâchoire de l'étau: le régulateur, socle de la confiance des tiers

2. L'extension de ce fondement à l'ensemble des Régulateurs, indépendamment des secteurs

- Le principe : « nécessité fait loi »
- Les pouvoirs d'agrément
- Les pouvoirs d'attribution
- Les pouvoirs de certification
- Les pouvoirs de fixer les prix
- Les pouvoirs d'organiser les enchères
- Le pouvoir d'agréer les investissements d'infrastructure
- Les pouvoirs de nommer les dirigeants des « entreprises cruciales »
- Les pouvoirs d'agréer les engagements déontologiques des gestionnaires

II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU RÉGULATEUR, CAR « NÉCESSAIRES » À SON « OFFICE »

A. Les pouvoirs nécessaires du Régulateur

1. Les pouvoirs *Ex Ante* du Régulateur

- Le pouvoir de sanction
- Le pouvoir de règlement des différends
- Le pouvoir de former un recours contre ses propres décisions

II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU RÉGULATEUR, CAR « NÉCESSAIRES » À SON « OFFICE »

A. Les pouvoirs nécessaires du Régulateur

2. Les pouvoirs *Ex Post* du Régulateur

- Le pouvoir de composition (*settlement*)
- Le pouvoir d'arrêter une perspective de poursuite
- L'Ex Post, utilisé comme « incitation » à l'Ex Ante voulu par le Régulateur

II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU RÉGULATEUR, CAR « NÉCESSAIRES » À SON « OFFICE »

A. Les pouvoirs nécessaires du Régulateur

3. Le continuum entre l'Ex Ante et l'Ex Post dans les pouvoirs du Régulateur

**II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU
RÉGULATEUR, CAR
« NÉCESSAIRES » À SON
« OFFICE »**



**B. Le caractère extraordinaire des
pouvoirs du Régulateur**

1. Le régulateur, cet « inconnu » qui piétine les règles juridiques classiques

- Principe constitutionnel de séparation du « législatif », de l' « exécutif » et du « juridictionnel » : cumul des trois pouvoirs et doute sur l'impartialité du Régulateur
- Principe constitutionnel du non-cumul de la poursuite et du jugement : saga de l'impartialité du Régulateur (*non bis in idem*)

II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU RÉGULATEUR, CAR « NÉCESSAIRES » À SON « OFFICE »

B. Le caractère extraordinaire des pouvoirs du Régulateur

1. Le régulateur, cet « inconnu » qui piétine les règles juridiques classiques

- Lutte contre ou gestion des barrières à l'entrée
- Régulation asymétrique ou régulation symétrique ?
- Paradoxale neutralité dans le traitement inégal
- Exemple de l'attribution des fréquences dans la téléphonie mobile
- Contrôle des « marges de discrétion » ?

II. LES POUVOIRS CONFÉRÉS AU RÉGULATEUR, CAR « NÉCESSAIRES » À SON « OFFICE »

B. Le caractère extraordinaire des pouvoirs du Régulateur

2. La difficulté majeure née de la pluralité et de l'incertitude des missions confiées au Régulateur

- Régulateur énergétique : droit à l'énergie, autonomie nationale, environnement, dynamisme industriel
- Régulateur audiovisuel: création artistique ; industrie du cinéma ; langue française, culture comme bien global
- Régulateur postal : lien social, aménagement du territoire, emploi (contrat de régulation avec La Poste ; Banque Postale ?)

III. LE RÉGULATEUR, DÉFINI PAR LES MISSIONS QU'IL DOIT ACCOMPLIR

A. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

1. L'organisme en charge de créer et de maintenir des équilibres instables, artificiels et nécessaires aux secteurs, aux marchés, aux filières

- Régulateur financier : information et protection de l'épargne
- Régulateur bancaire : prévention du risque systémique
- **Banquier central** : prévention de l'inflation
- BCE : supervision des banques systémiques, opérateurs cruciaux des marchés financiers
- BCE : pouvoir de refinancer les entreprises ?

III. LE RÉGULATEUR, DÉFINI PAR LES MISSIONS QU'IL DOIT ACCOMPLIR

A. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

1. L'organisme en charge de créer et de maintenir des équilibres instables, artificiels et nécessaires aux secteurs, aux marchés, aux filières

- L'ARCEP est-il un régulateur transitoire ou un régulateur symétrique de l'innovation pour lutter contre la fraction numérique ?
- L'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) veille-t-elle à l'inclusion bancaire ?

III. LE RÉGULATEUR, DÉFINI PAR LES MISSIONS QU'IL DOIT ACCOMPLIR

A. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

2. La fragilité de détermination des missions engendre la guerre des régulateurs

- La conception traditionnelle
- Le CSA est-il un Régulateur des libertés publiques ou un Régulateur économique ?
- Rapport parlementaire du 20 janvier 2016, *Indépendance et audiovisuel*

III. LE RÉGULATEUR, DÉFINI PAR LES MISSIONS QU'IL DOIT ACCOMPLIR

B. La disparition de la *summa divisio* entre régulateurs des libertés publiques et régulateurs économiques

1. La *summa divisio* traditionnelle

- Le numérique est-il un espace économique ou un espace des libertés publiques ?
- Qui est le « régulateur » du numérique ?
- = question mal posée
- = aporie

III. LE RÉGULATEUR, DÉFINI PAR LES MISSIONS QU'IL DOIT ACCOMPLIR

B. La disparition de la *summa divisio* entre régulateurs des libertés publiques et régulateurs économiques

2. Les blocages engendrés par une conception segmentée

Conclusion

Régulateur : place, légitimité et pouvoir découlent de ses missions et de leur accomplissements

Problème : incertitudes majeures sur les missions du Régulateur

Problème sous-jacent : perte du fait du « secteur », condition de l'existence d'un « Régulateur sectoriel »