

Droit commun
de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre de printemps 2016

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon 5

**Droit de la Régulation
Les façons de faire
1- La manière forte**

19 octobre 2016

INTRODUCTION :

deux paradoxes qui « tendent » le Droit de la Régulation

Le paradoxe de l'extrême pouvoir d'un Régulateur extrêmement faible

- **Addition de tous les pouvoirs possibles entre les mains du Régulateur**
 - Explosion de la théorie de Montesquieu
 - Additions des pouvoirs de fait et des pouvoirs de droit
- **Dépendance absolue du Régulateur**
 - Le Régulateur est nommé par les personnes titulaires du pouvoir politique
 - Le Régulateur est plus « petit » que le secteur, en géographie et en connaissance
 - Le Régulateur doit être « accepté » par le secteur

Le paradoxe d'un *process* envahissant sans droits fondamentaux

- **Tout est procédure (cf. *compliance*)**
- **Les droits fondamentaux, facteurs d'inefficacités, ont tendance à être écartés**

INTRODUCTION :

deux façons de faire : « manière forte » et « manière douce »

La « manière forte » : hard Law

Rejoint la définition du Droit, comme obligation et contrainte

Le politique édicte, l'assujetti obéit, le désobéissant est puni

Parangon = droit pénal

La « manière douce » : soft Law

Résistance, inertie, désuétude, impuissance, globalisation

Il faut « inciter » et « prévenir »

« Le droit souple est l'avenir du droit dur »

Parangon - contrat

- Différence même entre le Droit de la concurrence et le Droit de la régulation
- Le pouvoir de choisir ceux qui sont à l'intérieur du secteur (« entrer » et « sortir »)
- Qui a le pouvoir de faire entrer ?
 - Le choix par le Politique ou par le Régulateur : l'attribution d'une nouvelle licence de téléphonie mobile à Free
 - Le « teneur de marché »
 - Les plateformes : « régulateurs de second degré »
 - Obligation d'impartialité : affaire du NYSE
 - Obligation de non-discrimination

I. RÉGULER FORTEMENT : RÉGULER LES ACCÈS AU SECTEUR

A. LE POUVOIR DE LAISSER ENTRER ET DE FAIRE SORTIR LES OPÉRATEURS

1. Le pouvoir de contrôler l'accès, pouvoir caractérisant le « Régulateur »

- Le pouvoir de faire sortir du secteur
 - La nature juridique du « retrait d'agrément » des prestataires de services d'investissement par l'autorité de marché :
 - sanction ou « caducité » ?
 - La « radiation de la côte »
 - Le « retrait obligatoire » (squeeze out) par l'actionnaire contrôlaire
 - = expropriation
- Existe-t-il un droit de sortir du secteur ?
 - Hypothèse du « droit de sortie »

I. RÉGULER FORTEMENT : **RÉGULER LES ACCÈS AU** **SECTEUR**

A. LE POUVOIR DE LAISSER ENTRER ET DE FAIRE SORTIR LES OPÉRATEURS

2. La nature juridique du pouvoir de laisser entrer sur le secteur

- Du passage de la « régulation de l'accès des opérateurs » à la « régulation des produits »
- La technique de certification et de label
 - Leçon de la crise financière ...
- Émergence de la « gouvernance produit »
 - Internalisation de la fiabilité des produits

**I. RÉGULER FORTEMENT :
RÉGULER LES ACCÈS AU
SECTEUR**

**B. LE POUVOIR DE CONTRÔLER
L'ACCÈS ET DE FAIRE SORTIR
LES PRODUITS : LA
« GOUVERNANCE PRODUIT »**

1. Retour vers le produit technique, devenu transparent

- Permet la circulation des produits sans organiser la présence du « constructeur » par la technique du « passeport » donné au « produit »
- Dépasse l'aporie de la « responsabilité » Ex Post par l'assurance de la fiabilité du produit
- Internalisation de la fiabilité des produits :
- Enjeu : la « traçabilité du produit »
- Clé : « transparence » du produit
- Secteur majeur :
 - Santé
 - Médicament
 - Finance
 - Alimentaire, cosmétique,

I. RÉGULER FORTEMENT : RÉGULER LES ACCÈS AU SECTEUR

B. E LE POUVOIR DE CONTRÔLER L'ACCÈS ET DE FAIRE SORTIR LES PRODUITS : LA « GOUVERNANCE PRODUIT »

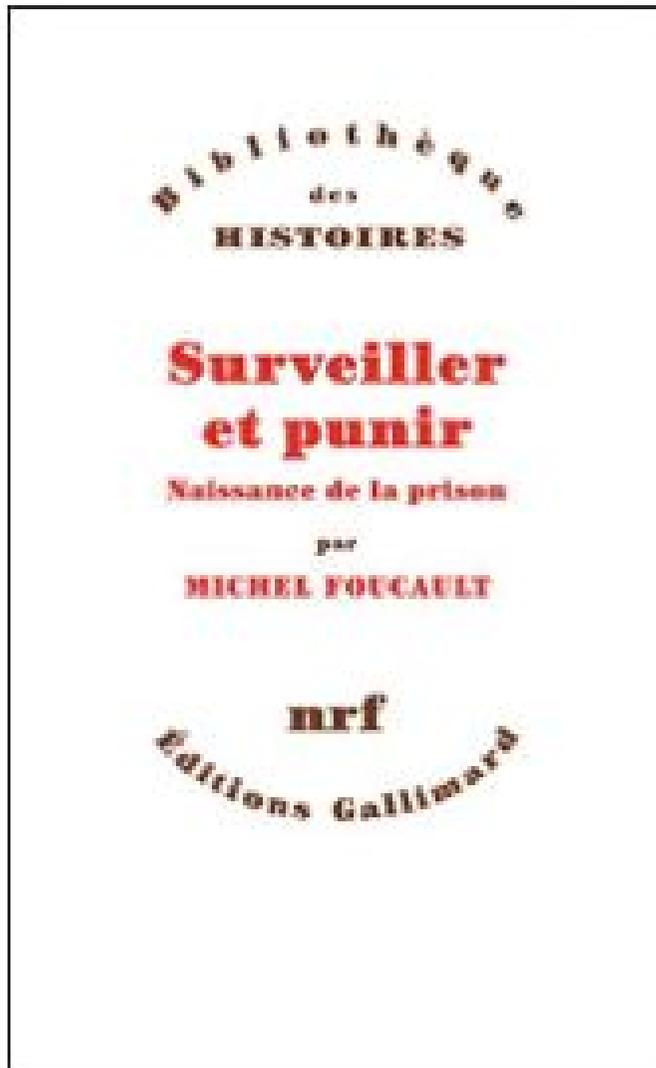
2. Retour vers le produit technique,
« racontant son histoire » : la
« traçabilité »

- La répression conçue comme un outil nécessaire pour une régulation efficace
 - L'exemple de la CNIL
 - Attribution d'un pouvoir de sanction à tous, y compris aux autorités européennes :
 - ESMA sur les agences de notations
 - BEC au titre de son pouvoir de supervision
- Tension avec les traités fondateurs

II. RÉGULER FORTEMENT : « PUNIR ET SURVEILLER »

A. LA GÉNÉRALISATION DU POUVOIR DE PUNIR

1. Le pouvoir de punir, pouvoir central et ordinaire



II. RÉGULER FORTEMENT : « PUNIR ET SURVEILLER »

A. LA GÉNÉRALISATION DU POUVOIR DE PUNIR

2. La « répression régulatoire » en distance radicale avec le droit pénal classique

- Manière inverse de concevoir en répression réglementaire
 - Présomption de comportements dolosifs : « ne pouvait pas ne pas » ; faisceau d'indices
 - Charge de la preuve
 - L'entreprise, sujet de droit ; calcul des peines sur le chiffre d'affaires groupe
 - Cas du « robot fou » : Comm. Sanctions AMF, 8 juillet 2016, Getco
 - Répression « objective »
 - Répression, comme outil ordinaire de la régulation
 - Procédure, obstacle à l'efficacité
 - Contractualisation : « composition administrative »
 - L'efficace, c'est de ne pas aller au procès
- Retour vers le Droit pénal classique, gardé par les juridictions judiciaires, la CEDH et le Conseil constitutionnel
 - Présomption d'innocence
 - Charge de la preuve et bénéfice du doute
 - Personnalité des délits et des peines : personne comme sujet de droit
 - Intentionnalité : le cœur
 - La répression, comme exception probante de la liberté de la personne
 - Procédure pénale = indissociable du procès = inefficacité assumée

- La punition comme signal au marché
 - L'information nécessaire du Régulateur
 - La réduction de l'information par l'incitation des victimes à l'action
 - Les dommages et intérêts incitatives (punitive damages)
 - Les actions collectives dans les secteurs régulés et concurrentiels
 - La Régulation, système public d'enquête gratuite pour les actions civiles ultérieures
 - La contractualisation de la répression
 - L'action nécessaire du Régulateur
 - Le cumul des actions pénales et administratives : cumul ou non ?
 - L'auto-saisine : juge et partie ?
- La tension entre la répression et les garanties fondamentales
 - La tentative de protéger les personnes dénoncées (projet de loi Sapin 2)
 - La tentative de protéger la présomption d'innocence (C.E. *Habib Bank*, 20 octobre 2000)
- Cours constitutionnelles et droits fondamentaux répressifs

II. RÉGULER FORTEMENT : « PUNIR ET SURVEILLER »

B. L'ART DE PUNIR EFFICACEMENT POUR RÉGULER LE SECTEUR

1. La punition comme signal

- *Surveiller et Punir ?* Plutôt, *Surveiller avant tout* : glissement de la régulation à la surveillance du secteur (**enquêtes sectorielles**) et des opérateurs : **supervision**
 - Prévaloir du Ministère public
 - Problème de la territorialité de la procédure pénale
 - Création d'un espace judiciaire pénal européen : coopération directe entre les Parquets. Création d'un parquet européen.
 - Mais seulement pour les atteintes aux intérêts de l'Union européenne et *quid* de l'espace ultra-européen ?
 - Le Régulateur est donc mieux placé pour connaître, mais moins bien outillé pour punir, car non légitime pour attaquer les libertés
 - Attribution des pouvoirs d'enquête et de contrôle

II. RÉGULER FORTEMENT : « PUNIR ET SURVEILLER »

B. L'ART DE PUNIR EFFICACEMENT POUR RÉGULER LE SECTEUR

1. La punition comme signal

3. La montée en puissance de la surveillance : de la transformation des

- Solution : l'auto-surveillance
 - Signe de défiance
- Précédemment, murs opaques : vie privée (individus et entreprises). Possibilité de venir voir (information « quérable » ; perquisition, contrôle, visite). La nuit comme « non-droit ».
- Puis, invention de la règle procédurale (manière de faire) de la « transparence » : maison de verre. Uniquement banque : supervision. Distinction et rapport entre Régulation et supervision.
- Puis extension de la Transparence : Transparence = Démocratie. Information « portable », Entreprises et individus « qui se donnent à voir »
- Jurisprudence procédurale « bouleversante » sur « l'impartialité apparente ».

II. RÉGULER FORTEMENT : **« PUNIR ET SURVEILLER »**

B. L'ART DE PUNIR EFFICACEMENT POUR RÉGULER LE SECTEUR

2. L'auto-punition : la compliance

- L'auto-surveillance comme socle : invention de la *compliance*
- Inventé en Droit de la concurrence et dans la Régulation bancaire

- Au lieu que le Régulateur regarde en transparence les informations dans l'entreprise en cristal afin de contrôler, par raccourci efficace, l'entreprise « s'auto-surveille »
- Par la *compliance*, supervision de soi-même, permettant à la règle de régulation d'être efficace :

- Transformation paradoxale des « Codes de bonne conduite »
- Invention par la loi dite « Sapin II » :
« **peine de conformité** »

II. RÉGULER FORTEMENT : **« PUNIR ET SURVEILLER »**

B. L'ART DE PUNIR EFFICACEMENT POUR RÉGULER LE SECTEUR

2. L'auto-punition : la compliance

- Contrairement au pouvoir de sanction
- N'est attribué qu'à certains Régulateurs
 - La Commission de Régulation de l'Énergie
 - L'ARCEP
- L'AMF, l'ACPR, l'Autorité de la Concurrence, n'en ont pas.

Mais

- Technique du « médiateur »
- Validation des offres publiques = ? office civil
- Contrôle des concentrations = ? office civil

III. RÉGULER FORTEMENT : TRANCHER LES LITIGES

A. LE POUVOIR DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

1. L'inégale répartition du pouvoir de règlement des différends

- Enjeu de la puissance du pouvoir
« règlement des différends » expressément conféré
 - Deux questions :
 - Dans quelles finalités le régulateur exerce-t-il cet office ?
 - Comment l'articuler avec l'office « ordinaire » des juridictions « ordinaires »
- Exemple du pouvoir de règlement de l'ARCEP :
 - Contestation du prix de départ d'appel pour les SVA : Déc. ARCEP 2014 *Orange c/ Free*, à propos du prix de la prestation de départ d'appel pour les SVA : règle le marché de gros de SVA
 - Contestation par Bouygues Telecom de l'attribution d'une fréquence à FREE (acte administratif unilatéral)
 - Contestation par Bouygues du contrat d'itinérance entre Free et Orange :
 - CE., 9 octobre 2015 (deux arrêts), *Bouygues Telecom* : recevabilité à contester les décisions, même par lettre.

III. RÉGULER FORTEMENT : TRANCHER LES LITIGES

A. LE POUVOIR DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

2. La logique possibilité pour un tiers d'être partie à l'instance d'un litige entre parties

- L'office civil (ex post) et l'office de structuration du marché (ex post) sont poreux
 - Démonstration dans le contrôle des concentrations (infra)
- Connaissance des recours par le Conseil d'État
- Pourquoi ?
 - C'est l'effectivité de la Régulation dont le Régulateur est gardien ?
 - Le droit subjectif d'accès ?
 - Définition de la Régulation ?
 - « civilisation de la Régulation »
 - Présentée le plus souvent comme un outil d'efficacité, pour accroître la répression. (effet de boucle)

III. RÉGULER FORTEMENT : TRANCHER LES LITIGES

B. NE TRANCHER LES DIFFÉRENDS QUE POUR L'EFFECTIVITÉ DU SYSTÈME

1. Différence entre le juge civil et le régulateur

- La « répression » serait une « sur réactivité » de la régulation
- Les règlements des litiges seraient le signe d'une « régulation symétrique »
- Le « private enforcement » serait un gage d'effectivité de la régulation
- On retrouvera le droit « classique » qui ne frappe que l'agent
 - Civil dans une relation bilatérale
 - Pénale dans une relation générale
- On serait dans le « droit de la régulation quand le souci est celui de « l'efficacité du système économique »
- Ce qui avait fondé le cumul des poursuites

**III. REGULER FORTEMENT :
TRANCHER LES LITIGES**

**B. NE TRANCHER LES
DIFFÉRENDS QUE POUR
L'EFFECTIVITE DU SYSTEME**

2. Office civil, office répressif et office de régulation

- La part « régulatoire » du Droit de la concurrence : le contrôle des concentrations
- **Conception classique du Droit de la concurrence**
 - Droit civil (commun) un comportement concurrentiel inadmissible : de l'au-delà des limites admissibles aux dommages concurrentiels licites : la « concurrence déloyale »
 - Droit civil (commun) du profit inadmissible de l'investissement d'autrui : le parasitisme, la propriété intellectuelle
 - Droit du marché des biens et services
 - Ex post : sanction des comportements dommageables
 - Ententes et abus de positions dominante
 - Concentration : prévention des abus

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

A. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

1. La conception classique du contrôle des concentrations

- Branche du droit à part entière : Contrôle structurel par les Autorités de la concurrence
- Exercé par la Commission européenne et par les Autorités de la concurrence (ANC)
- Le pouvoir de dire **NON** : pouvoir politique. Ce que l'État n'a pas, les ANC l'ont (paradoxe; mais en système libéral, la liberté d'entreprendre fait prévaloir le « oui » des entrepreneur)
- La **part « contractuelle »** du contrôle des concentrations : les engagements
- La **part « litigieuse »** du contrôle des concentrations : la place des concurrents
- La Commission européenne et l'article 6 CEDH

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

A. LE CONTRÔLE DES CONCENTRATIONS

2. La conception actuelle du contrôle des concentrations

Le contrôle des concentrations opéré par l'Autorité de la concurrence

- Avant la loi de « modernisation de l'économie » (LME) du 4 août 2008, c'est le ministre de l'économie qui opérait ce contrôle = politique industrielle, avec recours devant le Conseil d'Etat.
- Aujourd'hui, c'est l'ADLC, avec maintien du contrôle du Conseil d'Etat. C'est un contrôle structurel, avec un contrôle « substantiel » par le juge administratif ...
- Le ministre de l'économie peut évoquer en Ex post s'il y a un « intérêt stratégique » autre que la concurrence.

Le contrôle des concentrations opéré par la DG concurrence de la Commission européenne

- Exercé par la Commission européenne avec recours devant le TPI UE et la CJUE
- L'ossature de la procédure est la même.
- S'il y a « concentration » (fusion, prise de contrôle) avec les seuils atteints (ce qui déclenche la répartition), les entreprises notifient et demandent l'autorisation (= régulation, car demande ex ante) en proposant des « remèdes » (comportements ou cession) auxquels ils s'engagent. L'Autorité regarde les effets structurels sur la concurrence (dominance, puissance d'achat)
- S'il y a « accord », cela s'arrête (« phase 1 »). Sinon, on poursuit en phase 2.
- Présence des concurrents.
- Si non-respect des engagements, astreinte, tribunal arbitral, déconcentration.

- Innovation majeure d'un « plan » : les trois « piliers » d'une Europe pour qu'elle ne « tombe pas » : finalité claire.



IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

B. L'INVENTION DE L' « UNION BANCAIRE »

1. La conception « systémique » de l'Union bancaire

- Finalité claire : que l'Europe ne tombe pas.
- Pilier I : Supervision par la BCE
- Pilier II : Résolution des opérateurs bancaire et assurantiels
- Pilier III : Garantie des dépôts et des déposants

- Le continuum supervision - résolution

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

C. LA RÉOLUTION BANCAIRE

1. La conception « systémique » de l'Union bancaire

- La loi française du 26 juillet 2013 *de séparation et de régulation des activités bancaires*
- des textes communautaires adoptés en mai 2014 (directive et règlement) : après. Montre le caractère « circulaire » de la normativité
- Idée : efficacité « à tout prix »
- Pouvoir de tout détruire pour tout sauver
- Pouvoir de tout reconstruire dans l'instant.

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

C. LA RÉOLUTION BANCAIRE

2. Des pouvoirs qui remontent dans la phase de supervision

- Anticipation des pouvoirs de **décision** et de **sanction** dans le pouvoir de supervision :
- « mesures de police » du collège de supervision de l'ACPR
 - Mise en garde, mise en demeure
 - Programme de « rétablissement »
 - Désignation d'un « administrateur provisoire »
 - Mesures « conservatoires »
- « mesures conservatoires »
 - Interdictions d'activités
 - Interdictions de disposer d'actifs
 - Transfert d'office de portefeuilles
 - Suspension de dirigeants
- Nature juridictionnelle ?
« Nécessité fait Loi » ?

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

C. LA RÉOLUTION BANCAIRE

3. Un pouvoir de disposer de la propriété d'autrui qui remonte dans le pouvoir de supervision

- A propos des transferts d'office de portefeuilles de produits d'assurance, qu'aurait pu décider l'ACPR
- Déclaration d'anticonstitutionnalité car on ne peut « céder un assuré »
- (détour sur la jurisprudence de la cession de clientèle...)

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

D. LES LIMITES LÉGITIMES OU ILLÉGITIMES A LA TOUTE- PUISSANTE RÉGULATOIRE
« nécessité fait loi »

1. La décision du Conseil constitutionnel du 16 février 2015

- Les effets du Law Shopping
- Etude du cas
- Solution retenue : puisque la directive ne dit rien, on peut le faire
- Solution proposée : il faut réécrire la directive pour qu'elle dit non.
- C'est un mauvaise raison : en téléologie, implicitement mais nécessairement, la procédure collective était exclue

IV. RÉGULER FORTEMENT : SE SUBSTITUER AUX OPÉRATEURS

D. LES LIMITES LÉGITIMES OU ILLÉGITIMES A LA TOUTE- PUISSANTE RÉGULATOIRE **« nécessité fait loi »**

2. La décision de la High Court de Londres du 7 août 2015, *Goldman Sachs v/ Novo Banco*

Ce cas montre que la « manière forte » marche avec difficulté....

C'est pourquoi la régulation
pour être efficace
va vers la « soft law »