

Le couple *ex ante-ex post*, justification d'un droit propre et spécifique de la régulation

Marie-Anne Frison-Roche

*Professeur des Universités à Sciences Po,
directeur de la chaire Régulation*

27. – La définition du couple *ex ante-ex post* ne va pas de soi. Partant d'une tautologie, il aboutit rapidement à une représentation politique du monde dans laquelle il devient difficile de distinguer l'un de l'autre et d'articuler leur rapport. Littéralement et à première vue, le couple *ex ante-ex post* renvoie à une chronologie : l'*ex ante* est l'intervention sur un phénomène avant que celui-ci ne se cristallise, tandis que l'*ex post* est l'intervention sur un phénomène après son avènement. L'*ex ante* relève de la volonté normative, l'*ex post* relève de la réaction. L'*ex ante* relève du général, l'*ex post* relève du particulier. L'*ex ante* prend comme principe le gouvernement des actions, l'*ex post* prend comme principe la liberté des actions.

28. – Dès cette première lumière, le critère chronologique est remis en cause. En effet, un comportement peut constituer un point dans le temps par rapport auquel il serait aisé de se situer dans un avant ou dans un après, mais d'autres phénomènes économiques, par exemple une industrie ou un marché, prennent la forme d'une « situation¹ » qui se développe dans la durée. Ainsi, le contrat peut relever de la

1. La conception des instruments juridiques, en tant qu'ils s'appliquent à des situations, doit essentiellement aux travaux du doyen Paul Roubier, notamment en tant que la notion de situation donne un autre tour aux règles du temps (*Droits subjectifs et situation juridique*, 1963, réimpression Dalloz, 2005).

première catégorie, lorsqu'il s'agit d'un contrat-échange, ou de la seconde catégorie, lorsqu'il s'agit d'un « contrat-organisation² ».

Dès lors, l'*ex post*, à un moment d'un temps saisi à travers la durée, constitue l'*ex ante* de demain. Par exemple, un arrêt qui fait jurisprudence est en même temps l'*ex post* du problème qui a été concrètement tranché par la décision mais aussi l'*ex ante* des comportements qui intégreront le principe contenu dans la jurisprudence. L'affirmation fréquente selon laquelle l'intervention juridictionnelle cristallise une méthode *ex post* n'a donc rien d'évident, du fait de la jurisprudence.

29. – Dans ces conditions, il faut passer d'une définition tautologique à une définition politique du couple *ex ante-ex post*, parce que celle-ci est plus sûre. Elle renvoie alors à travers l'*ex ante* à l'organisation planifiée des comportements par une autorité extérieure à celui qui agit, tandis que l'*ex post* correspond à une liberté d'action utilisée par les opérateurs, à charge de répondre de l'effet de leur comportement sur autrui. Si l'on recherche la discipline dans laquelle le couple *ex ante-ex post* s'insère, il s'agira de l'économie politique, en opérant une opposition ou un équilibre entre l'idée d'un plan arrêté discrétionnairement par un gouvernement ou un régulateur qui contraint l'action des opérateurs, ce qui serait la définition de l'*ex ante*, et l'idée d'une réaction ponctuelle et en compétence liée par un organe de type juridictionnel qui tire les conséquences de l'usage que les opérateurs ont fait de leur liberté, ce qui serait l'*ex post*.

30. – Cela renvoie donc à un choix politique de libertés, soit la liberté de ceux qui conçoivent la société, notamment le Gouvernement servi par l'administration et le Parlement exprimant la volonté souveraine de la Nation, la souveraineté étant la plus pure expression de la liberté, renvoyant à la définition ordinaire de la régulation³, soit la liberté des personnes ordinaires, entrepreneurs ou consommateurs notamment, renvoyant à l'idée politique d'autorégulation⁴.

31. – C'est pourquoi, alors même que le droit a développé de nombreuses règles et réflexions sur la façon dont les normes juridiques interviennent dans le temps et alors même que c'est souvent l'opposition entre la loi et la jurisprudence que l'on retrouve dans les réflexions sur l'*ex ante* et l'*ex post*, ces notions sont davantage étudiées dans les travaux des économistes, développés soit sur des cas particuliers⁵,

2. P. Didier, « Brèves notes sur le contrat-organisation », in *L'avenir du droit. Mélanges F. Terré*, Dalloz/Juris-Classeur/PUF, 1999, p. 635-642 ; D. Mainguy, « Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats », in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 165-186.

3. J.-B. Auby, « Régulation et droit administratif », in *Mélanges G. Timsit*, Bruylant, 2004, p. 209 et s.

4. V. not. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », in *La régulation, nouveaux modes ? nouveaux territoires, RF adm. publ.*, 2004, p. 23-36 ; J.-B. Zufferey, (*Dé-, re-, sur-, auto-, co-, inter-*)*réglementation en matière bancaire et financière. Thèses pour un état des lieux en droit suisse*, Helbing & Lichtenhahn, 2004.

5. Cardell, Judith, B., and Tabors, Richard D., *Ex Ante and Ex Post Designs for Electric Market Mitigation : Past and Present Experience and Lessons from California*, Proceedings of the 36th Hawaii Interna-

soit dans une perspective plus générale d'économie politique. Pour sa part, le droit analyse relativement peu l'exercice des pouvoirs sous cet angle de l'intervention *ex post* ou *ex ante*.

32. – Si l'on cherche néanmoins à établir des correspondances avec le droit, on dira du point de vue juridique que l'*ex ante*, en ce qu'il correspond à la règle que l'on pose avant que n'adviennent les comportements visés, évoque la figure de la loi. La loi ne vaut que pour l'avenir, elle serait l'*ex ante* par excellence. Dès lors, le comportement dont il s'agit est dicté (par la prescription ou par l'interdiction) avant que la personne n'agisse. Si le comportement n'est pas conforme à la prescription générale (obligation de faire ou de ne pas faire) ou individuelle (obtention d'une autorisation préalablement requise à l'action, par exemple pour exercer l'activité de service d'investissement ou pour se lancer dans la production d'énergie), alors celui qui a agi sera sanctionné⁶.

33. – L'*ex post* se définit donc en creux, en tant qu'il vise des systèmes dans lesquelles les comportements des personnes ne sont pas contraints par des prescriptions préalables générales ou particulières. Il s'agirait donc d'une définition résiduelle : l'*ex post* se repère là où il n'y a pas d'*ex ante*. L'activité se déploie alors librement, chacun peut s'y lancer. L'*ex post* est le signe ordinaire du libéralisme, d'une intervention publique minimale. C'est pourquoi les théories économiques libérales, dont le mouvement *Law & Economics* est proche, inclinent plutôt vers l'*ex post* et récusent plutôt l'*ex ante*.

34. – Pourtant, *ex post* et *ex ante* ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, l'on pourrait même dire qu'ils dépendent l'un de l'autre. En effet, un *ex ante*, pour être effectif, requiert des mécanismes et des organes de sanction des violations. L'*ex ante* engendre donc un *ex post* sans lequel l'*ex ante* perd toute contrainte, ce qui contredirait l'affirmation comme quoi la volonté exprimée par un *ex ante* est plus puissante et plus violente sur les opérateurs qu'un simple *ex post*. C'est pourquoi plus l'*ex ante* veut être puissant, c'est-à-dire intégré dans les calculs de comportement des personnes, et plus il doit être crédible, c'est-à-dire sa violation effectivement sanctionnée, à travers un *ex post* effectif. Il ne s'agira, certes, que d'un *ex post* d'intendance, en pure et neutre charge de rendre effectif l'*ex ante*. Il demeure que plus il y a d'*ex ante*, plus il y a d'*ex post*.

35. – Le contraire n'est pas vrai, puisqu'on peut concevoir un *ex post* autonome (ce que l'on pourrait désigner comme le « véritable » *ex post*), qui se met en marche, par exemple par l'engagement de responsabilité, sans *ex ante* préalable autre que les règles ordinaires du système juridique, comme le droit de propriété, la force obligatoire des

tional Conference on System Sciences, 2002. (<http://csdl.computer.org/comp/proceedings/hicss/2003/1874/02/187420055.pdf>); Alexander Eisenkopf, *Ex ante vs. Post Regulation in the German Railway Sector*, octobre 2002. (wip.tu-berlin.de/workshop/2002/papers/tu-berlin_wip_workshop_2002-paper_eisenkopf_regulation_railways.pdf).

6. Pour une présentation beaucoup moins tranchée que cette première approche, du rapport entre le couple *ex ante*-*ex post* et la distinction des sources du droit, v. *infra* n° 54 et s.

engagements ou la responsabilité pour faute. L'*ex ante* n'est alors que le cadre général du système juridique⁷.

À l'inverse, l'*ex post* autonome dépasse la simple tâche d'effectivité des règles antérieures, constitue donc un *ex post* dans lequel il y aura davantage de normativité, du fait même de l'absence d'un *ex ante* obligeant à telle ou telle solution. En cela, l'*ex post* cesse d'être le serviteur de la volonté politique exprimée *ex ante*, il est donc singulièrement plus puissant que dans l'hypothèse de l'*ex post* d'intendance. On mesure alors que la jurisprudence développe davantage sa puissance dans le second système que dans le premier.

36. – Cette opposition entre un *ex post* d'intendance et un *ex post* autonome se glisse dans une vive discussion en droit, qui a pris un tout autre vocabulaire mais qui s'articule d'une façon semblable. En effet, le couple *ex ante-ex post* renvoie à la notion générale d'engagement, en ce sens que s'engager revient à se contraindre avant d'agir et qu'en cela l'engagement prend la forme du contrat, le contrat étant donc une forme d'*ex ante* volontaire⁸.

En revanche, l'*ex post* prend la forme de la responsabilité, car celle-ci est la conséquence, voire la source et la légitimité, des actions librement entreprises. Il est d'ailleurs très fréquent en analyse économique du droit de corrélérer *ex post* et droit de la responsabilité⁹.

Si l'on reprend la question, soulevée d'une façon éclatante par Philippe Rémy¹⁰, de savoir si le droit de la responsabilité contractuelle ne serait pas d'une tout autre nature que le droit de la responsabilité extra-contractuelle, en tant que ce premier corps de règles serait un droit d'exécution et devrait être conçu comme tel, sans se mêler au second qui, lui, est un droit de conséquences de l'usage des libertés, on retrouve alors l'idée d'un *ex post* d'intendance — le droit de la responsabilité contractuelle — et d'un *ex post* autonome — le droit de la responsabilité délictuelle.

37. – Si l'on en vient à l'application du couple *ex ante-ex post* en matière économique, il renvoie d'un côté à un système économique pré-organisé et contraint par des règles générales et individuelles préalables (*ex ante*, auquel s'associe un *ex post* d'intendance) et de l'autre côté, un système économique qui se développe sur la liberté d'action des personnes poursuivant leurs intérêts en faisant usage de cette liberté dont elles devront éventuellement rendre des comptes d'une façon individuelle et ponc-

7. Pour aller plus loin, v. E. Brousseau, « Les marchés peuvent-ils s'autoréguler ? », in B. Ferrandon (dir.), *Concurrence et régulation des marchés, Cahiers français*, La Documentation française, 2003, p. 64-70 ; « Régulation de l'Internet : l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? », in *Économie de l'Internet, Rev. éco.*, n° spéc., 2001, p. 349-377.

8. Sur la dialectique qui s'opère entre l'*ex ante* unilatéral — par la réglementation — et l'*ex ante* bilatéral — par le contrat —, lorsque le régulateur se met à contracter avec les opérateurs, v. A. Perrot, ce volume.

9. Par l'idée que la responsabilité est une sorte de réglementation *ex post*, v. par ex. L. Hornhauer, « Les règles de responsabilité comme instruments de réglementation », in Th. Kirat (dir.), *Les modes du droit de la responsabilité : regards sur le droit en action*, LGDJ, coll. « Droit et société », 2003, p. 231-251.

10. « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 et s.

tuelle, c'est-à-dire un système construit sur la suffisance d'un *ex post* libéral (*ex post* autonome et normatif).

38. – Le droit de la régulation est directement confronté à cela. On rappellera que le droit de la régulation se définit — en distance du terme anglais *regulation*, qui ne vise que le phénomène de réglementation, la régulation renvoyant davantage à l'expression *regulatory system* — comme l'appareillage juridique qui crée et maintient des équilibres dans des secteurs spécifiques qui ne peuvent les créer ou maintenir par leur propre force, cet équilibre s'établissant le plus souvent entre un principe de concurrence et des principes a-concurrentiels ou anticoncurrentiels (droit d'accès, liberté des opinions, gestion des risques)¹¹. Parce que la régulation renvoie à cette idée de construction, tâche essentiellement confiée à un régulateur, elle évoque plutôt au système de l'*ex ante*.

39. – Par exemple, certains prix seront fixés par une tarification préalable, lorsqu'il s'agit des tarifs d'interconnexion au réseau dans l'énergie ou les télécommunications, et non pas laissés à la négociation des parties dans des contrats que la pratique désigne comme des « contrats dérégulés », sous le contrôle éventuel par le juge de leur caractère disproportionné.

Par exemple, les entreprises ne pourront pas exercer l'activité dans laquelle elles veulent se déployer sans y avoir été dûment autorisées, l'intervention *ex ante* étant alors exercée non plus sur le comportement mais sur l'opérateur. Le secteur bancaire suscite ce type d'intervention.

De même, une activité ne pourrait pas être entreprise sans avoir été autorisée au préalable, par exemple la production d'énergie, l'intervention *ex ante* étant alors exercée sur l'activité, ses conditions et son volume. Dans la conception européenne et française, ces secteurs sont régulés *ex ante*.

40. – Une première évolution, notamment dans le domaine des télécommunications, concerne les rapports entre le droit de la régulation et le droit de la concurrence, lequel exprime davantage une régulation *ex post* des secteurs et s'affirme à ce titre comme une sorte de progrès de l'évolution économique¹² (I). À travers cette répartition entre l'*ex ante* et l'*ex post*, si l'on arrive à déterminer la part qui revient à chacun, et reprenant ici une perspective plus juridique, la question se pose alors de savoir quels sont les sources du droit et les instruments juridiques qui sont les plus appropriés pour faire fonctionner l'*ex ante* et l'*ex post* dans le droit de la régulation (II).

11. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 610-616.

12. V., dans ce sens, A. Perrot, « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *RFD éco.*, n° 4, vol. 13, 2000, p. 81-110.

I. L'INCERTITUDE DU PARTAGE ENTRE DROIT DE LA RÉGULATION ET DROIT DE LA CONCURRENCE À TRAVERS LE COUPLE *EX ANTE-EX POST*

41. – Il est usuel d'affirmer que l'*ex ante* est ce qui caractérise la régulation, en tant que celle-ci exprime la volonté de gouverner le fonctionnement économique de certains secteurs, en opposition donc avec le droit de la concurrence, qui serait le seul droit libéral puisque la liberté des organisations et des comportements y est première (A). En réalité, l'opposition n'est pas de mise car la construction des secteurs, notamment lorsque l'innovation en est le principal moteur, peut prendre la forme d'une liberté laissée aux opérateurs, ce qui produit au sein même du droit de la régulation une dialectique entre *ex ante* et *ex post* (B).

A. L'*EX ANTE*, MARQUE TRADITIONNELLE DE LA RÉGULATION ANALYSÉE COMME LA DIRECTION ÉCONOMIQUE DE SECTEUR, *VERSUS* L'*EX POST*, ÉTENDARD LIBÉRAL DU DROIT DE LA CONCURRENCE

42. – Dans une première approche, le couple *ex ante-ex post* a une pertinence essentielle parce qu'il fournit le critère justifiant la présence ou l'absence d'un régulateur sectoriel, engendrant la frontière même entre le droit de la régulation sectorielle et le droit de la concurrence. Mais l'on s'aperçoit qu'il s'agit moins d'une opposition qu'une gradation qui conduit de l'*ex ante* le plus pur à l'*ex post* le plus pur (1) et que la lourdeur de l'*ex ante*, sa difficulté de gestion aussi, son coût, oblige à justifier son adoption, alors que l'*ex post*, correspondant au droit ordinaire va davantage de soi (2).

1. *Ex-ante* renforcé, *ex ante* ordinaire, *ex post* d'intendance de l'*ex ante*, *ex post* autonome

43. – Le principe est le suivant : si le libre comportement des différents opérateurs, producteurs, intermédiaires et consommateurs, suffit à construire et à maintenir un équilibre économique général, alors il n'est pas nécessaire de créer des règles précises de comportement ou d'organiser de force les professions impliquées, il suffit de donner quelques coups de patte lorsqu'un comportement déviant est observé. L'*ex post* suffit à une économie libérale, saine et dynamique.

Institutionnellement, il faut simplement qu'il existe des juridictions intervenant pour sanctionner au cas par cas les comportements déviants, en pratique les

autorités de concurrence lorsqu'elles sanctionnent des comportements anticoncurrentiels sur un mode juridictionnel.

44. – À l'inverse, l'*ex ante* signifie l'édiction de multiples règles précises de comportement, qui gouvernent les opérateurs dont l'action ultérieure devra intégrer la prescription. Dans une conception renforcée de l'*ex ante*, celui-ci se traduit par l'édiction de règles et d'autorisation hors du cadre desquels l'action économique est exclue (par exemple, il faut être agréé comme établissement de crédit ou comme service d'investissement pour faire de l'activité de crédit ou d'intermédiation financière).

45. – La différence entre cet *ex ante* ordinaire et cet *ex ante* renforcé tient dans la puissance normative attribuée au silence de la norme. Dans le cas de l'*ex ante* ordinaire, l'action est libre dès l'instant qu'elle ne contrevient pas aux prescriptions antérieures et environnantes, tandis que dans le cas d'un *ex ante* renforcé, l'action n'est possible que si elle a été visée par les textes et autorisée comme telle.

46. – L'*ex ante* est un mode impérieux de gouvernement des secteurs, dont l'effet le plus visible est la présence d'un régulateur. Mais pourquoi faudrait-il gouverner spécialement un secteur, dès l'instant que le contexte général est celui d'une économie libérale ?

2. *Ex-ante* permanent de gestion des dangers, *ex ante* provisoire de l'immaturation économique

47. – Deux situations répondent à cela, l'une relative à des dangers d'une nature telle que le seul *ex post* est inadéquat (argument de l'*ex ante* permanent), l'autre relative à une immaturation des secteurs qui ne requièrent de l'*ex ante* que pour être mieux menés vers de l'*ex post* (argument de l'*ex ante* temporaire).

Si l'on reprend la première situation, il peut arriver que la liberté des actions soit estimée trop dangereuse dans ses effets pour qu'on n'établisse pas des règles préalables précises, contraignantes, voire requises, pour l'action.

48. – Ce danger peut lui-même être de deux sortes. Le danger peut s'avérer trop important, par son ampleur ou par son irréversibilité, pour que la seule sanction suffise à réparer les dégâts, il faut donc éviter que le dommage advienne car il est en réalité hors de portée de la simple sanction et de la réparation. C'est notamment le cas lorsque le dommage n'est pas qu'économique alors que la réparation demeure de ce type (régulation de la sécurité des personnes, régulation des risques environnementaux) ou qu'il existe un risque systémique, comme en matière bancaire et financière.

L'hypothèse du risque systémique énergétique est plus récente. Elle a par exemple justifié en France l'attribution nouvelle des gestionnaires de réseaux de faire un contrôle *ex ante* des personnes qui demandent l'accès au réseau.

49. – Un second type de danger, justifiant qu'on ne se limite pas à un *ex post*, se repère lorsque le danger est créé par d'autres que ceux qui en supporteront les conséquences, notamment parce que le danger est individuellement créé alors que le dommage est collectivement supporté.

Cette dernière hypothèse est encore illustrée par le risque systémique bancaire ou financier, le risque environnemental ou sanitaire¹³, mais aussi par la régulation des marchés d'instruments financiers dans son rapport avec la *corporate governance*¹⁴. L'*ex ante* est requis (règles précises, régulateur spécifique qui édicte en amont les règles générales et particulières). L'*ex ante* est permanent, le régulateur aussi.

50. – Tout autre est l'hypothèse où les actions des opérateurs, même sans entrave, sans incertitude et sans coût, ne sont pas suffisantes pour construire la force de l'ensemble. Dans ce cas, il doit y avoir administration, non pas tant du secteur que de sa transformation, notamment lorsqu'il doit se muer de secteur monopolistique en secteur concurrentiel. L'*ex ante* est alors une arme utilisée pour l'établissement d'un *ex post* dans lequel les comportements seront libres et sanctionnés seulement à l'occasion des déviations. L'*ex ante* devient, par un retournement des choses, le serviteur d'un *ex post* qui attend d'avoir les moyens de constituer le mode ordinaire de régulation. Le régulateur est transitoire, l'*ex ante* aussi, parce qu'ils ne sont que le marchepied de l'*ex post* du droit de la concurrence.

51. – Il est courant d'affirmer cela concernant le secteur des télécommunications du fait de la quasi-disparition des monopoles naturels¹⁵ et du fait du dynamisme compétitif d'opérateurs puissants, l'évolution du droit du secteur semblant donner raison à l'analyse, à travers les nouvelles règles établies par les directives communautaires de 2002 transposées en France en 2004, diminuant l'emprise du régulateur au bénéfice du Conseil de la concurrence¹⁶.

52. – La difficulté est alors le choix du *kairos*, c'est-à-dire du bon moment où il faut retirer les échafaudages de l'*ex ante* pour laisser prospérer l'*ex post*, pas trop tôt pour que le relais sur la seule puissance des acteurs puisse s'opérer, pas trop tard pour que l'*ex ante* n'étouffe pas le dynamisme plus naturellement engendré par les espaces de liberté. Là encore, l'évolution du droit communautaire et national des télécommunications est exemplaire de cette recherche du bon point de passage entre l'*ex ante* et l'*ex post*.

53. – Une dispute plus fondamentale encore consiste à distinguer les secteurs qui ont vocation à un tel passage, un *ex ante* transitoire simple constructeur d'un *ex post* fondamentalement préféré puisqu'il est le but même de l'*ex ante*, et les secteurs qui

13. M. Hirsch, « L'expertise scientifique indépendante dans un établissement public : l'exemple de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments », in Rapport public du Conseil d'État, *Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, 2001, p. 427-440 ; « Le risque sanitaire, objet de la régulation », in M.-A. Frison-Roche (dir.), *Droit et économie de la régulation*, vol. 3 : *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2005, p. 43-50.

14. Sur cet enjeu spécifique, v. *infra* n° 55 et s.

15. R. Posner, « Regulation and deregulation in the United States », in J.-M. Chevalier, I. Ekeland, M.-A. Frison-Roche, M. Kalika (dir.), *Les stratégies d'entreprises dans les nouvelles régulations*, PUF, coll. « Droit, éthique, société », 2002, p. 77-94.

16. Pour un développement de l'analyse, v. Ch. Hocepiet et A. de Streel, « Harmonisation without centralisation : two years of experience with the New Regulatory Framework for electronic communications at the European level », cet ouvrage.

continuent de prendre l'*ex ante* comme principe, principe dont l'*ex post* ne sera que l'outil d'effectivité.

La question se pose pour le secteur électrique, avec le choix allemand initial de se contenter de l'*ex post*, estimant que la pression concurrentielle et la protection *ex post* contre les prix abusifs par l'autorité de concurrence pourraient suffire. L'expérience ne semble pas avoir été concluante et l'*ex ante*, par le biais communautaire, notamment par l'exigence d'un régulateur indépendant, s'imprime progressivement davantage¹⁷.

B. LA DIALECTIQUE DE L'*EX ANTE* ET DE L'*EX POST* DANS LA CONSTRUCTION DES SECTEURS INNOVANTS ET DANS LE CONTRÔLE DE STRUCTURE DES MARCHÉS

54. – Il n'est pas si exact de loger l'*ex ante* dans la construction des secteurs par le droit de la régulation et l'*ex post* dans la réaction aux comportements anticoncurrentiels ponctuels observés par le droit de la concurrence. En effet, l'absence d'*ex ante* peut être le mode le plus pertinent de construction des secteurs tandis que certains instruments du droit de la concurrence sont en train de dériver de l'*ex post* à l'*ex ante*, cette perspective variant suivant les secteurs (1) et suivant les instruments, notamment lorsqu'il s'agit du contrôle des concentrations (2).

1. L'*ex post*, préalable cognitif de l'*ex ante* pour construire des marchés sur l'innovation

55. – L'abandon de l'*ex ante* peut n'être pas le signe que la maturité économique des secteurs est advenue, mais tirer la conséquence d'une incertitude technologique de l'évolution du secteur. La place nouvelle laissée à l'*ex post* concrétise alors la volonté de susciter l'innovation. Dans ce cas de figure, renversée, l'*ex post* devient le préalable de l'*ex ante*, parce que la liberté laissée aux opérateurs permet de construire les techniques et les marchés, c'est-à-dire de fournir de l'expérience et de l'information pour un *ex ante* qui n'intervient alors que dans un second temps. C'est une méthode cognitive de gouvernance, l'*ex post* étant le moyen d'un *ex ante* informé.

56. – Cela répond à la nouvelle organisation de la régulation dans le secteur des télécommunications, les règles communautaires du second paquet de directives ne permettant pas aux régulateurs d'intervenir sur des marchés qui n'ont pas été visés dans une liste préétablie, ce qui laisse les marchés entièrement nouveaux à la libre disposition du dynamisme des opérateurs, sauf au régulateur national de solliciter de

17. V. not. « L'Europe de l'électricité entre concurrence et service public », *Rev. parlementaire*, sept. 2003.

la Commission européenne l'inscription d'un nouveau marché dans cette liste désormais limitée des marchés sur lesquels il a compétence.

57. – Ce système peut paraître paradoxal si l'on dit que la fonction du régulateur est de construire les marchés. Mais il apparaît adéquat lorsque se conjuguent incertitude technologique et dynamisme très fort des acteurs. Est-ce que le cas de figure se retrouve dans les autres secteurs ? Sans doute pas dans l'énergie, secteur dans lequel l'innovation paraît assez faible et où les acteurs sont écrasés par la lourdeur des investissements, ce qui pousse peu à l'expérimentation.

58. – La question se pose de façon plus cruciale concernant la régulation financière. Doit-on maintenir un *ex ante* renforcé, c'est-à-dire n'admettre de nouveaux produits que préalablement validés, ou de nouvelles intermédiations que préalablement dessinées par le régulateur ? Cela renvoie notamment à la querelle sur les fonds contractuels, avec le souci de la protection des investisseurs profanes, dont la considération écarterait plutôt l'usage de l'absence d'*ex ante*.

La même question se pose encore à propos du secteur bancaire, toujours tenté par l'*ex ante* car, dans la mesure où l'objectif de régulation est d'abord la préservation de la solidité du secteur, la liberté rattachée à l'*ex post* étant moins requise dans cette perspective¹⁸.

59. – On mesure ici que les solutions sont donc très variables de secteurs en secteurs et dépendent d'équilibres entre les poussées ou non à l'innovation et la mise en risque ou non des consommateurs. Si l'on admet, d'une part, que l'innovation est essentielle et, d'autre part, que les consommateurs peuvent endurer l'incertitude ou les rapports de force, alors la régulation prend alors la forme paradoxale d'absence d'*ex ante* pour construire de nouveaux marchés.

2. Le contrôle des concentrations entre l'*ex post* et l'*ex ante*

60. – Traditionnellement, le contrôle des concentrations est une façon de prévenir les comportements anticoncurrentiels dont la probabilité d'advenue est telle qu'il convient d'en écarter même la perspective¹⁹. On reconstitue donc par le raisonnement les restrictions de concurrence que la concentration va engendrer et on les anéantit par avance en coupant l'herbe sous le pied de leur concrétisation. Ainsi, le contrôle des concentrations n'est jamais que de l'*ex post* déplacé dans le temps, c'est-à-dire opéré dans un cas particulier sur des comportements virtuellement déjà observés d'abus de pouvoir de marché.

Cette conception traditionnelle est un nouvel exemple comme quoi le couple *ex ante-ex post* est davantage un couple de conception politique de construction de

18. Pour une analyse plus précise, v. E. Fernandez-Bollo, « L'articulation entre le régulateur *ex ante* et le régulateur *ex post* dans le domaine bancaire », ce volume.

19. V. d'une façon générale, M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz, 2006, n° 323 et s.

l'économie qu'une affaire de chronologie²⁰, puisque nous avons affaire à une sorte d'*ex post* pratiqué avant que le comportement se concrétise.

61. – Pratiqué de cette façon, le contrôle des concentrations, défini comme une sorte d'*ex post* anticipé, aboutit à sanctionner ou non par avance, par le refus ou l'autorisation de la concentration. Le droit français antérieur à la loi sur les nouvelles régulations économiques (dite loi NRE) du 10 mai 2001²¹, qui n'obligeait pas à déclarer les concentrations et se contentait d'ouvrir cette possibilité aux entreprises désireuses de sécurité juridique, exprimait fortement cette conception politique d'un *ex post* pratiqué par avance.

62. – L'évolution du contrôle des concentrations, rendu systématique par cette loi NRE, transporte celui-ci vers un véritable *ex ante*, c'est-à-dire une prescription de comportements, voire une structuration du secteur avant sa mutation. Le jeu des conditionnalités et des engagements permet à l'autorité administrative de dessiner, sous la menace d'un refus de concentration, un secteur, dans une optique de politique industrielle. On pourrait dire qu'il s'agit alors d'un procédé de corégulation *ex ante*, puisque les entreprises qui se concentrent participent activement au dessin du marché que les engagements produiront par rapport au schéma initial.

63. – Le fait que le juge n'opère qu'un contrôle de légalité sur la décision administrative de contrôle des concentrations, surtout au niveau communautaire²², alors qu'il opère un contrôle plein lorsqu'il s'agit de sanctionner des comportements anti-concurrentiels, atteste qu'il s'agit bien d'un *ex ante*, en tant que celui relève d'une certaine politique dans le déploiement des secteurs. En évoquant ici le juge et l'ampleur de son contrôle, on en revient à une dimension juridique plus familière, à savoir l'interférence dans la répartition entre l'*ex ante* et l'*ex post* des différentes sources du droit, porteuses naturelles de tel ou tel type d'intervention.

II. L'INCERTITUDE DU PARTAGE ENTRE LES SORTES D'INSTRUMENTS JURIDIQUES

64. – Nous avons vu qu'à première vue, l'*ex ante* serait porté par l'activité normative ou prescriptive, générale (ce qui renvoie à la loi et au législateur) ou particulière (ce qui renvoie à l'acte d'administration et à l'exécutif), tandis que l'*ex post* prendrait la

20. V. *supra* n° 27 et s.

21. Sur la description technique du droit désormais appliqué, v. par ex. J.-M. Cot et J.-P. de La Laurencie, *Le contrôle français des concentrations*, LGDJ, 2003.

22. T.-R. Fernandez Rodriguez, « La concentration des entreprises et le juge communautaire. Un exemple de contrôle, dénué de tout préjugé, de l'exercice correct du pouvoir discrétionnaire », in *Mélanges F. Moderne. Mouvement du droit public*, Dalloz, 2004, p. 1201-1216.

forme de l'intervention forcément individuelle et faisant les comptes d'un comportement passé, c'est-à-dire l'intervention juridictionnelle²³.

65. – Dans un second temps, il apparaît qu'on ne peut se reposer sur cette simple articulation entre un *ex ante* législatif et un *ex post* judiciaire (A). Plus encore — et finissant en cela de transformer le couple *ex ante-ex post* en une gradation —, non seulement l'*ex post* peut n'être que l'intendance d'effectivité de l'*ex ante*, mais encore, inversant la relation, l'*ex ante* peut être conçu comme le préalable cognitif d'un *ex post* dont la normativité devient alors suffisante (B).

A. LA DÉSARTICULATION ENTRE LES SOURCES DU DROIT ET LE COUPLE *EX ANTE-EX POST*

66. – À première vue, l'*ex ante* sera la règle prise avant le comportement, qu'il s'agisse d'une règle générale, par exemple la normalisation ou la prescription d'un comportement ou d'une procédure préétablis. L'*ex ante* relève toujours d'une logique de formulaire, en cela elle est à la fois contrainte et sécurité (le notaire est le personnage type de cet *ex ante*). L'*ex post* est une décision individuelle qui vient après le comportement, par exemple une sanction ou une condamnation à des dommages et intérêts.

67. – Si l'on croise donc le couple *ex ante-ex post* avec la problématique ordinaire des sources du droit, cela donne l'*ex ante* du côté du législateur et l'*ex post* du côté du juge. Cette association a deux conséquences.

La première est heuristique, dans la mesure où la culture juridique interfère avec la culture économique, et l'on peut conjecturer qu'une culture juridique plutôt légaliste produira plutôt un système d'*ex ante* et qu'une culture juridique plutôt juridictionnelle produira plutôt un système *ex post*, indépendamment de la conception par ailleurs d'une économie plus ou moins libérale. C'est ce que l'on peut observer en comparant l'Europe continentale et les États-Unis. Les pays continentaux, et la France en fleuron, construits sur des Parlements légitimes et dominants, feront une place naturelle à l'*ex ante*, les pays de *common law*, appuyés sur des juridictions incontestées et puissantes, seront terreau fertile de l'*ex post*.

68. – La seconde conséquence est plus opératoire et permet de distinguer dans l'activité du régulateur ce qui relève de l'activité matérielle législative ou administrative et ce qui relève de l'activité matérielle juridictionnelle, parce que le droit n'encadre pas de la même façon l'activité législative et administrative ou l'activité juridictionnelle. Plus précisément, les droits de la défense s'imposent dans cet *ex post* et pas dans l'*ex ante* (1). Par ailleurs, si l'on tend à voir dans l'action spécifique du régulateur plutôt de l'*ex ante*, et qu'on définit l'*ex post* à travers une activité de type juridictionnel, le couple *ex ante-ex post* revient à poser de nouveau, et comme toujours, la question de la relation entre le régulateur et le juge (2).

23. V. *supra* n° 32 et s.

1. L'activité *ex ante* et l'activité *ex post* du régulateur

69. – La distinction paraît évidente. Le régulateur qui adopte un règlement général, ou qui délivre un agrément, ou qui fixe un tarif, est dans l'*ex ante*, celui qui prononce une sanction est dans l'*ex post*. La frontière peut être moins nette. L'on peut prendre l'exemple des agréments donnés par le régulateur financier et le contrôle que le Conseil d'État exerce sur les conditions d'exercice de ce pouvoir. En effet, l'attribution d'un agrément, par exemple lorsque le régulateur financier agréé les commissaires aux comptes qui certifieront les comptes des fonds communs de placement, est un acte administratif *ex ante*. Mais qu'en est-il quand le régulateur retire cet agrément ? Suivant les circonstances de l'espèce — et la jurisprudence du Conseil d'État suit cette casuistique —, il s'agira pour le régulateur de donner acte du fait que l'opérateur ne répond plus aux exigences énumérées pour l'attribution de l'agrément, auquel cas le régulateur revient à sa position d'origine et fait ce que l'on pourrait désigner comme de l'*ex ante* négatif (le refus de laisser exercer l'activité par ce professionnel). Mais il peut arriver encore que le régulateur retire l'agrément parce que le professionnel a fait une faute, auquel cas il s'agit de l'*ex post* de la sanction.

70. – Dans le premier cas, les droits de la défense ne s'appliquent pas ; dans le second cas, ils règnent. La ligne de partage est fine. Elle devient problématique lorsque la faute reprochée au professionnel est de ne pas avoir respecté une condition *ex ante*, par exemple un ratio, ou une certaine structuration dans l'entreprise en cause, ou une qualité exigée du dirigeant. Dans un tel cas, le retrait de l'agrément peut être aussi bien la conséquence d'un manquement que la conséquence de la disparition d'une condition requise, c'est-à-dire relever aussi bien de l'*ex post*, avec son lot de droits de la défense, que de l'*ex ante*, qui ne le requiert pas.

71. – À travers cet exemple particulier, c'est un mouvement plus profond et qui n'est pas nécessairement adéquat, qui se dessine. En effet, il est tentant de considérer que le régulateur qui réagit est donc dans de l'*ex post*, ce qui l'oblige à se glisser dans la peau d'un juge et à établir un procès équitable avant toute décision. Le résultat en est là un ralentissement considérable dans les prises de décision du régulateur, et Jean-Michel Glachant a pu voir dans ce phénomène de « juridictionnalisation » de toute décision du régulateur une des causes de l'ampleur de la crise californienne²⁴.

72. – La difficulté de distinguer l'*ex ante* de l'*ex post* dans l'activité du régulateur vient aussi d'une autre évolution, plus fondamentale encore. Il est usuel de dire que l'*ex ante* relève du discrétionnaire alors que l'*ex post* vise un pouvoir lié. Le régulateur serait du côté du discrétionnaire, le juge ou l'autorité de concurrence du côté du lié. Mais l'*ex ante* est de moins en moins discrétionnaire et l'*ex post* juridictionnel fortement normatif.

24. « La crise californienne. Accident fortuit ou première défaillance du système de régulation des réformes concurrentielles de l'électricité ? », in *Les risques de régulation*, préc., p. 29-42.

73. – Par exemple, pour délivrer les agréments, le régulateur ou l'administrateur est lié par des règles, des critères et surtout par le principe de non-discrimination, de sorte que les opérateurs peuvent savoir par avance s'ils seront autorisés ou non. Dès lors, la décision d'autorisation est techniquement nouvelle et préalable, mais elle ne l'est pas cognitivement.

74. – Si l'on lie le libéralisme économique non pas au fait qu'on pourrait tout faire, mais au fait qu'on connaît par avance les règles sous lesquelles l'action sera entreprise, *conception cognitive du libéralisme économique*, alors cette évolution de l'*ex ante* n'est plus si antilibérale qu'on le prétend. Dès lors que les régulateurs sont de plus en plus contraints dans leur action par des méthodes, ils produisent des informations sûres et constantes, c'est même cela qui justifie qu'ils soient indépendants, parce qu'en cela soustrait à l'incohérence temporelle du pouvoir directement politique²⁵. Dès lors, le moyen de l'économie libérale est l'établissement de cet *ex ante* cognitif, dès l'instant que l'on veut bien lier exercice effectif de la liberté et connaissance²⁶.

75. – À l'inverse, comme chacun le sait, une décision individuelle prise en considération d'un comportement passé, c'est-à-dire relevant de l'*ex post*, peut contenir des informations générales sur la façon dont les opérateurs doivent se comporter, information que ceux-ci vont intégrer pour l'avenir. Le jugement en tant qu'il est en même temps une jurisprudence, relève de l'*ex ante*. Les opérateurs insistent sur la nécessité d'une jurisprudence des régulateurs qui, associée à la doctrine des régulateurs, produit de la sécurité juridique. Cette idée de « jurisprudence » des régulateurs ne va pas de soi et l'on insiste parfois au contraire sur le fait que les régulateurs n'ont pas de légitimité pour cela.

L'argument vaut aussi par exemple pour l'Organe de règlement des différends de l'Organisation mondiale du commerce (OMC), auquel le pouvoir *ex ante* de la jurisprudence est refusé. L'on pourrait, sans doute, estimer que le régulateur est légitime à, plus encore est fait pour, produire une jurisprudence en ce qu'elle contribue à cet *ex ante* cognitif, dont le régulateur est chargé.

76. – Dès lors, le choix se ferait entre deux *ex ante*, l'*ex ante* administratif et l'*ex ante* judiciaire, dès l'instant que le juridictionnel produit de la jurisprudence. Le couple d'opposés a pour socle l'*ex ante* de volonté politique, et l'*ex ante* de rationalité cognitive. Le fait de reconnaître que la jurisprudence est de l'*ex ante* a pour effet essentiel de changer son « temps pertinent », c'est-à-dire de considérer que la décision juridictionnelle adéquate doit avoir été prise pour le futur de la situation et non pas pour son passé.

25. Sur cette perspective essentielle, v. not. G. Majone, « The Credibility Crisis of Community Regulation », *Journal of Common Market Studies*, vol. 38/2, 2000, p. 273-302.

26. P. Demeulnaere, *Les normes sociales. Entre accords et désaccords*, PUF, coll. « Sociologies », 2003.

2. L'interférence entre l'*ex post* de la décision et l'*ex ante* de la jurisprudence

77. – Il faut alors analyser ainsi les sources du droit : elles sont toutes de l'*ex ante*, en tant qu'elles posent des normes de comportement pour l'avenir ; cela est aussi vrai pour la jurisprudence que pour la législation. La difficulté, perçue depuis toujours, vient du fait que, surtout dans les systèmes de *civil law*, cet *ex ante* avance masqué sous la solution particulière du cas tranché, l'*ex ante* dissimulé sous le vernis de l'*ex post*.

78. – Alors que l'*ex ante* pleinement apparent, l'*ex ante* traditionnel de la règle générale ou de la décision individuelle, ne vaut que pour l'avenir, l'*ex ante* juridictionnel, parce qu'il est masqué sous l'apparence d'un *ex post*, a un effet rétroactif. La règle générale prétorienne apparue chronologiquement plus tard régit le passé, ce qui est une grave perturbation dans une régulation qui ne doit pas prendre les opérateurs par surprise.

79. – Une telle opposition conduit alors à préférer l'*ex ante* à l'*ex post*, à préférer même un *ex ante* mal fait à un *ex post* bien fait, car la sécurité des opérateurs est mise à mal par l'*ex post* qui produit des règles générales rétroactives, plus encore s'il le fait par surprise. La solution deviendrait alors de réduire l'*ex post* le plus possible par rapport à l'*ex ante* et, concrètement, à limiter le contrôle juridictionnel sur les régulateurs à un simple contrôle de légalité. Si l'on pose la question ainsi, il faut alors choisir entre l'efficacité de la régulation et la sécurité des opérateurs — appelant un contrôle judiciaire faible des régulateurs — d'une part, et l'insertion plus forte des décisions du régulateur dans le système de droit pour accroître leur légitimité — appelant un contrôle judiciaire fort des régulateurs — d'autre part.

80. – Mais l'on peut trouver une solution qui n'oblige pas à un tel choix, solution qui consiste à replacer la décision juridictionnelle dans le bon temps de la régulation, c'est-à-dire dans l'avenir.

L'affaire cruciale de la tarification de l'accès à la boucle locale en est une bonne illustration et l'arrêt du Conseil d'État du 25 février 2005 une parfaite résolution²⁷. En effet, le Conseil d'État tout à la fois y exerce un contrôle méthodologique sévère sur la façon dont le régulateur manie les éléments de calcul de la tarification, notamment l'intégration qui doit en être faite des coûts, et annule pour cela la tarification fixée par l'Autorité de régulation des télécommunications, mais pose que cette annulation, non seulement n'est pas rétroactive, mais encore ne déclenchera ses effets que deux mois après la décision, le temps qu'une nouvelle tarification, juridiquement conforme, soit adoptée. Cette décision est à approuver pleinement dans sa méthode.

27. *France Telecom*, Sect. du contentieux, *Lamy Concurrence*, 2005, 3, n° 250, obs. S. Braconnier.

B. LA DIALECTIQUE D'UN EX ANTE, PRÉALABLE D'UN EX POST AUTONOME ET EFFICACE

81. – Le doyen Saul Levmore a montré que l'*ex ante* ne dispense pas de l'*ex post*²⁸, mais l'*ex post* dont il s'agit alors n'est pas autonome, ne constitue qu'un simple bras armé de l'*ex ante*, l'*ex post* non autonome ne renvoyant donc pas aux théories d'économie politique du libéralisme. L'on peut à l'inverse concevoir un *ex ante* qui ne soit que les moyens d'un *ex post* autonome et efficace. Il convient alors de cesser d'avoir une conception purement normative de l'*ex ante*, réduit à l'émission d'ordres et de prescriptions de comportement dans l'action, pour adopter une conception cognitive de l'*ex ante*, défini comme un mode d'accumulation d'informations pertinentes, grâce à laquelle l'*ex post* pourra fonctionner correctement, l'ensemble dispensant alors d'un *ex ante* normatif.

82. – Il s'agit d'un enjeu essentiel dans la régulation des marchés d'instruments financiers, notamment dans son lien avec la *corporate governance*. Avec la réduction de la réalité que cela implique, l'on peut décrire l'évolution en trois temps. Dans un premier temps, la tradition anglo-américaine, libérale, a été de laisser les dirigeants sociaux agir, quitte à devoir rendre des comptes sur le terrain de la responsabilité et de la révocation, à l'opposé d'une tradition continentale donnant le cadre à l'intérieur duquel les mandataires agissent. La loi *Sarbanes-Oxley* a pris un virage très sec, reprenant des dispositions semblables aux lois européennes, avec de nouvelles et multiples obligations *ex ante* des mandataires. Actuellement, il apparaît que le Congrès nord-américain regrette un si violent passage de l'*ex post* à l'*ex ante*²⁹.

83. – Sans doute une solution dialectique consisterait à organiser *ex ante* les moyens d'un *ex post* effectif, c'est-à-dire et essentiellement la réunion préalable et permanente d'informations, de sorte qu'un *ex post* trouve de quoi se nourrir d'une façon efficace. La plus forte illustration de cet *ex ante* cognitif est le principe de transparence, principe de régulation par excellence. Le net enjeu est celui des normes comptables, qui ont vocation à permettre ce contrôle *ex post*³⁰ et à rendre celui-ci suffisamment efficace pour demeurer dans le principe libéral.

84. – Ainsi, dans une régulation la plus légère, c'est-à-dire la moins normative, afin de laisser le principe de liberté prendre la plus grande place, l'*ex ante* cognitif doit remplacer le plus qu'il est possible l'*ex ante* normatif.

28. Intervention orale au Forum de la régulation du 14 mars 2005, Sciences Po, Paris.

29. *New York Times*, 3 mars 2005.

30. Sur ce lien entre les normes comptables, en tout cas dans la conception nord-américaine, et le contrôle *ex post* des dirigeants, v. M. Nussenbaum, « L'interrégulation par l'élaboration d'éléments communs. L'exemple des normes comptables », in *Les risques de régulation*, préc., p. 133-143.