

LES CONSEQUENCES INSTITUTIONNELLES SUR LES RELATIONS ENTRE LES REGULATEURS D'UNE
REGULATION CONCUE PAR LES FINALITES

In Table ronde **LE ROLE DES REGULATEURS SECTORIELS**

JOURNEES DE L'ECONOMIE

Lyon, 8 novembre 2011

Marie-Anne Frison-Roche

1. **Préalable.** Dans un premier temps, la question ne se posait pas, parce que le régulateur était comme dans « une bulle » avec son secteur, en autarcie avec celui-ci, fait pour le construire : le vocabulaire l'exprime : « régulateur sectoriel ». Ainsi, le régulateur, en quelque sorte, « sort de l'objet » sur lequel porte son pouvoir. C'est pourquoi institutionnellement il doit en être le reflet. On comprend alors pourquoi, lorsque le secteur va « bouger », les institutions régulatrices vont bouger également. Cette réactivité de la construction institutionnelle à l'objet est généralement désignée par le terme philosophique de « pragmatisme ».
2. La difficulté est tout de suite apparue avec le fait que le régulateur s'insère dans un système institutionnel général, dont il ne peut pas faire abstraction. **Premier point : les régulateurs ne vivent pas en autarcie : ils sont conditionnés par le système institutionnel particulier dans lequel ils exercent leurs offices.** Mais ce cadre général reflète quant à la lui une conception politique, ordre plus classique de construire les institutions, qui ne sont pas tant le reflet de l'objet sur lequel portent leurs pouvoirs mais plutôt le reflet de la politique que l'auteur légitime du pouvoir, par exemple l'Etat, veut voir concrétiser sur l'objet, grâce à ces pouvoirs, relayés par l'institution.
3. Pour prendre un exemple frappant, lorsqu'on considérait que le rôle des régulateurs est d'ouvrir effectivement à la concurrence, et non pas seulement sur le papier de la loi, alors la référence est le marché concurrentiel où s'échangent des biens ordinaires, grâce au mécanisme du contrat. Le personnage ordinaire en est le juge judiciaire. Cela explique que les décisions du régulateur, doté d'un tel rôle, soient contrôlées par la Cour d'appel de Paris, juge judiciaire, alors qu'auparavant elles l'étaient par le juge administratif, car il s'agit d'interventionnisme de l'Etat. Aujourd'hui, notamment du fait de la crise, on demande au régulateur de faire de la police administrative sur les marchés, notamment financiers, bancaires ou énergétiques. Le juge naturel redevient le Conseil d'Etat. Ainsi, la très grande complexité des voies de recours, tantôt devant le juge judiciaire, tantôt devant le juge administratif, s'explique par les changements de rôle que l'on donne aux régulateurs, dans un droit de la régulation conçu à partir des finalités (droit téléologique).
4. Ainsi, les régulateurs français sont insérés dans la construction institutionnelle française. Cette évidence fait pourtant qu'on ne peut pas avoir (prisme des économistes) une vision

universalisante de la régulation, car la culture nationale, traduite notamment par les institutions, imprègne les régulateurs.

5. Plus techniquement, les régulateurs relèvent à la fois du juge judiciaire nationale (cour d'appel de Paris), du juge administratif national (Conseil d'Etat) et des institutions européennes (Commission et Cour de justice de l'Union européenne). Cela traduit ou implique des buts et des fonctions différentes.
6. Ainsi, si c'est le juge judiciaire qui les contrôle, le régulateur sera plutôt perçu comme celui qui amène le système vers le marché, parce que le juge judiciaire est plutôt le juge du marché concurrentiel. Si le régulateur est contrôlé par le Conseil d'Etat, il sera plutôt perçu comme le gardien de l'ordre public économique, détenteur d'un pouvoir de police administrative.
7. Or, l'évolution donne de plus en plus de poids au Conseil d'Etat. En effet réflexe, les régulateurs semblent se comporter de plus en plus non plus que des agents de libéralisation des secteurs (régulation asymétrique), mais comme des gardiens d'équilibre durable (régulation symétrique ; concept vague).
8. **Deuxième point : les régulateurs sont extirpés de leurs secteurs parce que les secteurs s'interpénètrent.** Il ne s'agit pas ici, ni d'un jeu institutionnel, ni d'un jeu de pouvoir, mais d'un phénomène technologique. En effet, les régulateurs ont été construits à partir des objets techniques, sur le constat que ceux-ci ne pouvaient être l'objet pur et simple de la concurrence (soit temporairement, soit définitivement).
9. Si l'on continue par réalisme technologique (c'est une méthode parmi d'autres : l'argument du rapport parlementaire budgétaire étant d'une grande faiblesse) que « la régulation est à l'image de son objet » - mais l'on peut aussi reconstituer un être abstrait et unifié appelé Etat, alors si l'objet s'interpénètre, les régulateurs doivent suivre le mouvement. L'exemple le plus net est la convergence numérique. Faut-il faire une fusion ? Faut-il établir une collaboration ? De tel type ? : un chef de file, un régulateur princeps parce que son secteur serait en premier concerné et les autres viendraient comme experts ?
10. C'est une question évolutive de *design* institutionnel, qui demande avant tout que l'on fixe le rôle des régulateurs : dans un droit téléologique, c'est la finalité qui dicte les contours de la compétence (la fin justifie les moyens).
11. Ainsi, la question de la régulation d'Internet doit-elle être confiée à un régulateur ? du contenant ? du contenu ? du protecteur des droits ? de quels droits ? convergences des buts ? dans ce cas, convergence des régulateurs.
12. **Troisième point : les régulateurs sont traversés dans leurs compétences par d'autres régulateurs en raison de la superposition des secteurs.** La financiarisation de l'économie a conduit, par une industrie autonome qui s'est nourrie de l'industrie des autres (Fernand Braudel). Ainsi, la finance a titrisé l'énergie, etc. Or, le régulateur du sous-jacent s'est saisi de

la régulation des titres financiers superposés, qui engendrent des risques systémiques sur les ressources rares du sous-jacent. De la même façon, c'est en France le régulateur financier, Jean-Pierre Jouyet, qui a rendu un rapport le 22 septembre 2010 sur la régulation des ressources rares, notamment agricoles ; rapport . Dès lors, les régulateurs des sous-jacents et des produits virtuels superposés se rapprochés : c'est ainsi que l'AMF et la CRE ont établi un accord, consolidé par le 22 octobre 2010.

13. Aux Etats-Unis, la question est plus compliquée car, pays construit sur le fédéralisme, c'est avant tout en termes de compétences que la question se pose : ainsi, le juge a dénié, faute de texte, au régulateur énergétique, d'intervenir sur les titres financiers à sous-jacents énergétiques : la loi *Dodd-Frank* du 21 juillet 2010 lui en donna expressément compétence. On mesure qu'aux Etats-Unis, il faut en texte. En France, contrairement aux idées reçues, les choses sont plus souples, les pouvoirs pouvaient venir de la nécessité.
14. **Quatrième point : les régulateurs de différents Etats mais d'un même secteur se mettent en réseau.** Que ce soit d'une façon informelle (processus de Florence – télécommunication, de Madrid – énergie, de Bâle – banques centrales) ou formelle (ACER),
15. **Cinquième point : Emergence des premiers régulateurs européens :** La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes avait affirmé qu'il était contraire aux traités fondateurs de l'Europe de créer des régulateurs européens. C'est pourquoi, on se contenta de réseaux de régulateurs nationaux, réseaux dont le centre est occupé de fait par la Commission européenne. La crise financière a balayé les objections juridiques. Le règlement du 21 mai 2011 a mis en place l'ESMA, l'Autorité européenne des marchés financiers. Cette autorité, qui se superpose aux régulateurs nationaux, a remplacé le réseau semi-formel au nom prémonitoire CESR. Son siège est à Paris.
16. **Sixième point : Attraction exercée sur les régulateurs par les autorités de la concurrence :** quelque soit le secteur, le régulateur est en relation avec l'autorité de concurrence. Cela est vrai quelque soit le pays. Il est vrai qu'il y a des variantes institutionnelles. Par exemple en Allemagne, les régulateurs sectoriels sanctionnent les comportements anticoncurrentiels dont ils ont connaissance à l'occasion de leur travail de régulation, alors qu'en France ils transmettent le dossier à l'Autorité de la Concurrence. En France, comme dans beaucoup de pays, il y a plutôt de la collaboration, le régulateur pouvait demander des avis à l'Autorité de la concurrence et l'Autorité de la concurrence en demander au régulateur.
17. Là où le bât blesse davantage, c'est lorsque l'autorité de la concurrence estime qu'elle est en charge de la « régulation horizontale ». Cette notion mystérieuse signifierait que les régulateurs sectoriels seraient comme des constructeurs verticaux de secteurs, alors que l'autorité de concurrence serait une autorité sur tous les marchés qui « régulerait » la concurrence pour l'amener au point d'équilibre souhaité.
18. La démarche est difficile à justifier car l'autorité de concurrence est normalement gardienne de l'état des marchés, et doit sanctionner les comportements dommageables mais pas les

construire mais veiller à leur point d'équilibre ni surveiller les acteurs dominants (par exemple en faveur des nouveaux entrants ; cela est affaire de régulateur).

19. Il est vrai que le législateur a lui-même fait entrer de la confusion en confiant par la *Loi sur la modernisation de l'économie* du 4 août 2008 à l'Autorité de la Concurrence le pouvoir de contrôler les concentrations, qui participe au pouvoir de régulation. Il est vrai que les régulateurs eux-mêmes participent de cette confusion, car lorsque l'ARCEP affirme qu'elle fait de la régulation symétrique, elle s'approche du comportement d'une autorité de concurrence.

20. On voit donc que désormais ce sont les Autorités de concurrence qui, même dans les secteurs régulés, exercent les plus grands pouvoirs.