

# *Droit commun de la Régulation*

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2017

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

[mafr@mafr.fr](mailto:mafr@mafr.fr)

[www.mafr.fr](http://www.mafr.fr)

# Leçon 4

## **Place et Rôle de chacun dans le Droit de la Régulation**

21 novembre 2017

## INTRODUCTION

### Passage d'un monde à un autre

- **Un monde centré et hiérarchisé**
  - Au cœur : l'État
  - Un fonctionnement simple : la hiérarchie
  - Une référence juridique : Kelsen
- **Un « système de jeu »**
  - Tout le monde peut « prétendre » y jouer un rôle
  - Un flux continu de discours (*soft Law*) avec des « pointes »
  - Des « voix qui portent » : un système charismatique anté-wéberien
  - Correspond à la reféodalisation du système économique (A. Supiot)

## INTRODUCTION

Les « prétendants » à jouer un rôle pour exprimer ou prendre en charge les intérêts impliqués par le Droit de la Régulation

- **L'État (et son administration)**
- **Le Juge (constitutionnel, européen, étranger, administratif, judiciaire, arbitre)**
- **L'entreprise (corégulation, autorégulation)**
- **L'expression des nouveaux liens : la « supervision » et la « compliance » (nouveau « triangle »)**
  
- **(un triangle : leçon en trois temps)**

- Idée de base :
  - le Régulateur n'est pas politique, mais il emprunte à la légitimité de l'État
  - Rejet des « régulateurs professionnels »  
Autocapture, « corps intermédiaires »
- Émergence des Régulateurs professionnels
  - Les Ordres professionnels
  - Retour du Médiéval
  - Système de « confiance »
  - « Tiers de confiance »
  - L'avenir des structures professionnelles crédibles
  - Retour des titres
  - Nouvelles concurrences des machines
- Adoption des solutions mixtes
  - Le H3C

## I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

### A. LES RÉGULATEURS, ORGANES ÉTATIQUES

#### 1. Régulateurs étatiques et Régulateurs « professionnels »

- Pouvoir de nommer les membres de l'Autorité de Régulation
  - Pouvoir discrétionnaire
  - Compétence fléchée
  - Technique de « hearing » devant le Parlement
- Pouvoir de renommer les membres
  - Le « devoir d'ingratitude »
  - Mandat long et non-renouvelable
- Pouvoir de fournir le budget
  - Indépendance et LOLF
  - Autorité constitutionnelle ?
- Pouvoir de réformer les décisions
  - Solution anglais et américaine
  - France : « plus royaliste que le Roi »

## I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

### A. LES RÉGULATEURS, ORGANES ÉTATIQUES

#### 2. Indépendances et réalité de l'appartenance à l'État

- Contours des États
  - Définition de l'État par le territoire
  - Possibilité de « s'extraire » par la Convention internationale
  - Possibilité de constituer une Région juridiquement intégrée : Europe, Alena, Mercosur
- Contours des Régulateurs
  - Contours selon l'objet (secteur) et la mission
  - Régulateur plus « grand » que l'État
  - Influence du dynamisme du secteur sur la puissance du Régulateur (finance)
  - Paradoxe lorsque l'objet régulé est régalien.  
« Sécurité privée » ; : banque :
    - production d'une banque centrale européenne dans une Europe non-politique
  - Difficulté d'une dynamique lorsque le secteur ne prête pas sa puissance : exemple du ferroviaire
  - Enjeu ouvert de l'Europe du numérique

## I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

## B. LE « JEU » ENGENDRÉ PAR LES DIFFÉRENCES ENTRE ÉTATS ET RÉGULATEURS

### 1. Contours des États et contours des Régulateurs

- Lenteur des États
  - « Eléphants poursuivant des guépards »
  - Établissement d'une branche de droit nouvelle : « enforcement »
  - : « empowerment » »
- Rapidité des Régulateurs
  - Avantage de la technocratie
  - Liens
    - Organes semi-formels
      - ACER
      - IOSCO
    - « Process »
      - Lamfalussy process
  - « Langage commun »
    - Anglais
    - L'Économie, langue commune de la « réglementation »
    - Exemple : « accountability » ; accountable (et non plus « responsable »)

**I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS**

**B. LE « JEU » ENGENDRÉ PAR LES DIFFÉRENCES ENTRE ÉTATS ET RÉGULATEURS**

**2. Rapidité et coopération comparées entre États et Régulateurs**



- La place du droit constitutionnel dans le système juridique
  - Branche du droit particulière dans le droit français avant 1972 et 2008
  - Place centrale aux États-Unis
  - Place en train de devenir centrale en droit français
- Place en train de devenir centrale en Droit de la Régulation
  - Élaboration acquise du Droit constitutionnel processuel de la Régulation
    - Cons. Const., 5 juillet 2013, *Numéricable*
    - Cons. Const., 18 mars 2015, *EADS*
  - Elaboration débutée d'un Droit constitutionnel substantiel de la Régulation
    - Cons. Const., *Secteur de l'énergie*

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

### A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

#### 1. Le Droit constitutionnel de la Régulation par les Cours constitutionnelles

- L'équilibre européen né du dynamisme des Cours constitutionnelles
- En matière de régulation bancaire et financière
  - La résistance de la Cour constitutionnelle allemande contre l'Europe réduite à un marché (2009)
  - La question préjudicielle à propos des programmes monétaires non conventionnels
  - CJUE, juin 2016
- En matière de données personnelles
  - Question préjudicielle portée par la Cour constitutionnelle d'Irlande : CJUE, 8 octobre 2015
  - La Cour constitutionnelle c/ l'État d'Irlande (Apple)

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

### A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

#### 1. Le Droit constitutionnel de la Régulation par les Cours constitutionnelles

La jurisprudence du Conseil d'État

- C.E., 3 décembre 1999, *Didier* : impartialité objective de l'Autorité de régulation
- 16 mai 2003, *Crédit Agricole/ Crédit Lyonnais* : impossibilité pour l'Autorité sectorielle d'opérer un contrôle concurrentiel
- C.E., 24 avril 2013 *Société Poweo* : contrôle de la tarification de l'électricité
- Com., 27 sept. 2017, *SFR/Orange*

**II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL**

**A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION**

**2. Le droit administratif de la Régulation par le Juge administratif**

- Le juge commercial de la Régulation
  - Jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation sur le droit des sociétés
- Le juge civil de la Régulation
  - Indemnisation consécutive à un manquement
  - Class Action (action de groupe)
  - « Civilisation » de la Régulation
- Le juge pénal de la Régulation
  - Sanction du favoritisme
  - Sanction des délits d'initié
  - Les sanctions, cœur de la régulation bancaire et financière (*non bis in idem*)
  - Ambiguïté du droit pénal dans les techniques de régulation

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

### A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

#### 3. Le Juge judiciaire de la Régulation

- La question générale de l'arbitrabilité
  - Article 2060 du Code civil.
  - Croisement « Ordre public » et « Régulation »
  
- Le développement de l'arbitrage en l'absence de cadre étatique : les relations économiques supranationales
  - Organisations et relations dans le secteur des télécommunications
  - Organisations et relations dans le secteur de l'énergie gazière

## **II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL**

### **A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION**

#### **4. L'arbitre de la Régulation**

- L'homothétie entre le Régulateur et le juge

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

- Le principe d'un contrôle externe

### **B. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES JURIDICTIONS**

- La tendance au contrôle interne

#### 1. La reddition des comptes devant un juge

- La « pertinence » technique de la question du « juge naturel »  
.
- Trib. Conflits, 22 juillet 1992, *Diamantaires d'Anvers*
- Police administrative ? Défaillance d'un fonctionnement libéral de principe ?

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

### **B. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES JURIDICTIONS**

2. Existe-t-il un « juge naturel » de la Régulation ?

- La tendance du Régulateur à trancher les litiges entre les opérateurs en concurrence
- Le contentieux de l'accès aux réseaux d'infrastructure essentielle
- Les facilités essentielles v/droit d'accès aux réseaux
- Nature de l'office du Régulateur lorsqu'il tranche un problème d'accès au réseau

## II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

### **C. LE JUGE PRIS COMME MODÈLE**

#### **1. La juridictionnalisation du Droit de la Régulation**



- La qualification des parties prenantes comme « justiciables »
- Les recours contre les décisions du Régulateur
- La qualification du Régulateur comme Tribunal
- Réguler / Décider / Juger
- L'exemple de la « crise californienne »
- L'exemple de *Non bis in idem*

## **II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL**

### **C. LE JUGE PRIS COMME MODÈLE**

#### **2. La procéduralisation du Droit de la Régulation**

- Le principe d'une soumission plus grande : l'entrée non-libre dans le secteur

**III. DE L'ASSUJETTI A**  
**L'AUTORÉGULATION : VERS LA**  
**COMPLIANCE**

- La certification des produits et prestations

**A. L'ENTREPRISE, RATRAPÉE**  
**PAR LE DROIT DE LA**  
**RÉGULATION**

- L'autorisation des concentrations
  - Entrave de Régulation dans le Droit de la concurrence
  - Perspective subjective précontentieuse dans le contrôle objectif
  - Politique industrielle sous-jacente

**1. La soumission de l'entreprise par la**  
**puissance du Droit *ex ante* de la**  
***Régulation***

- Pouvoir de règlement des différends
- Le pouvoir de suivi des « engagements »
- Pouvoir de sanction
  - L'unicité du régulateur
  - L'unicité de la doctrine des régulateurs
  - L'universalité des régulateurs : arrêt *Morrison*
  - La technique du settlement
- *Continuum* entre *ex ante* et *ex post*

**III. DE L'ASSUJETTI A  
L'AUTORÉGULATION : VERS  
LA COMPLIANCE**

**A. L'ENTREPRISE, RATRAPÉE  
PAR LE DROIT DE LA  
RÉGULATION**

2. La soumission de l'entreprise par la puissance du Droit *ex post* de la Régulation

- Fusion entre créateur de la norme et destinataire de la norme : « Régulation, acte II »
- Suppression de l'asymétrie d'information
- Adéquation naturelle : concours
- *Enforcement* tautologique
- Inconvénient : auto capture
  - Stoïcisme
  - Déontologie
  - Intérêt « bien compris » ; RES

**III. DE L'ASSUJETTI A**  
**L'AUTORÉGULATION : VERS LA**  
**COMPLIANCE**

**B. LE POUVOIR ACCRU DE**  
**L'ENTREPRISE PAR**  
**L'AUTORÉGULATION**

1. L'idée d'autorégulation

- Développement de la corégulation dans les secteurs très techniques
  - Collège de l'AMF
- Développement de la corégulation dans les secteurs à distance de l'État
  - Secteur de la publicité
- Développement de la corégulation dans les secteur supra-nationaux
  - Professions réglementées (avocat)

**III. DE L'ASSUJETTI A**  
**L'AUTORÉGULATION : VERS LA**  
**COMPLIANCE**

**B. LE POUVOIR ACCRU DE**  
**L'ENTREPRISE PAR**  
**L'AUTORÉGULATION**

2. Développement de la co-régulation

- Internalisation en *ex ante* de la répression
- La transformation du « criminel-  
né » en gardien de la norme
  - Résurgence dialectique de la *Défense sociale*
- Obligation de se conformer en tous points en tous lieux à tous les textes
- Obligation de concrétiser les finalités du système de régulation

### III. DE L'ASSUJETTI A L'AUTORÉGULATION : VERS LA COMPLIANCE

#### C. LE NOUVEAU JEU DES PLACES ET DES RÔLES : LA COMPLIANCE

##### 1. L'idée de *compliance*

- Obligation de concrétiser les finalités du système de régulation
- Sanction du Régulateur ou du Juge en cas de non-respect de la *compliance*
- Marges du jeu ?
- Obligations de moyens et non de résultat : jurisprudence de la SEC
- Discipline probatoire

**III. DE L'ASSUJETTI A**  
**L'AUTORÉGULATION : VERS LA**  
**COMPLIANCE**

**C. LE NOUVEAU JEU DES**  
**PLACES ET DES RÔLES : LA**  
**COMPLIANCE**

2. Le jeu de la *compliance*

## **Transformation totale des systèmes de régulation**

### **Au cœur :**

- **La culture juridictionnelle**
  - **La culture probatoire**
- **Naturelle dans le monde anglais**
- **A acquérir dans le monde continental**