

Droit commun

&

Droits sectoriels 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

Introduction

**Des organisations sectorielles
vers un
Droit commun de la Régulation**

26 janvier 2016

Leçon 1

Le symptôme :

Le Régulateur

26 janvier 2016

- 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. Le passage d'une puissance politique directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

1. L'effet déclencheur du « conflit d'intérêts » et le fait juridique des monopoles publics : la situation européenne

- Mise en place d'un Régulateur pour installer la concurrence
- Le Régulateur, signe d'une concurrence en devenir
- Le Régulateur, preuve d'un lien entre « Régulation » et « Concurrence »
- Le Régulateur = institution transitoire, qui disparaît quand elle réussit

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

A. Le passage d'une puissance politique directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

1. L'effet déclencheur du « conflit d'intérêts » et le fait juridique des monopoles publics : la situation européenne

- Directive européenne sur la libéralisation du secteur des télécommunication : 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. Le passage d'une puissance politique directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

1. L'effet déclencheur du « conflit d'intérêts » et le fait juridique des monopoles publics : la situation européenne

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

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

A. Le passage d'une puissance politique directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

2. 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 »

A. Le passage d'une puissance politique directement dans l'économie à une dissociation du pouvoir exécutif

2. Réunification de la raison d'être du Régulateur : la confiance

- 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

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

B. Les pouvoirs nécessaires du Régulateur

1. Les pouvoirs *Ex Ante* du Régulateur

- Le pouvoir de sanction
- Le pouvoir de composition (*settlement*)
- Le pouvoir de règlement des différents
- Le pouvoir de former un recours contre ses propres décision

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

B. Les pouvoirs nécessaires du Régulateur

2. Les pouvoirs *Ex Post* du Régulateur

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

**B. Les pouvoirs nécessaires du
Régulateur**

3. Continuité des pouvoirs *Ex Ante* et *Ex Post*



- Barrières à l'entrée
- Régulation asymétrique
- Neutralité dans le traitement inégal
- Exemple de l'attribution des fréquences dans la téléphonie mobile
- Contrôle des « marges de discrétion » ?

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

C. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

1. L'organisme en charge de rendre effective la concurrence

- 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

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

C. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

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

- Le CSA est-il un Régulateur des libertés publiques ou un Régulateur économiques ?
- Rapport parlementaire du 20 janvier 2016
- 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-il à l'inclusion ?

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

C. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

3. La pertinence de la *summa divisio* Régulateurs des libertés publiques et Régulateurs économiques et financiers

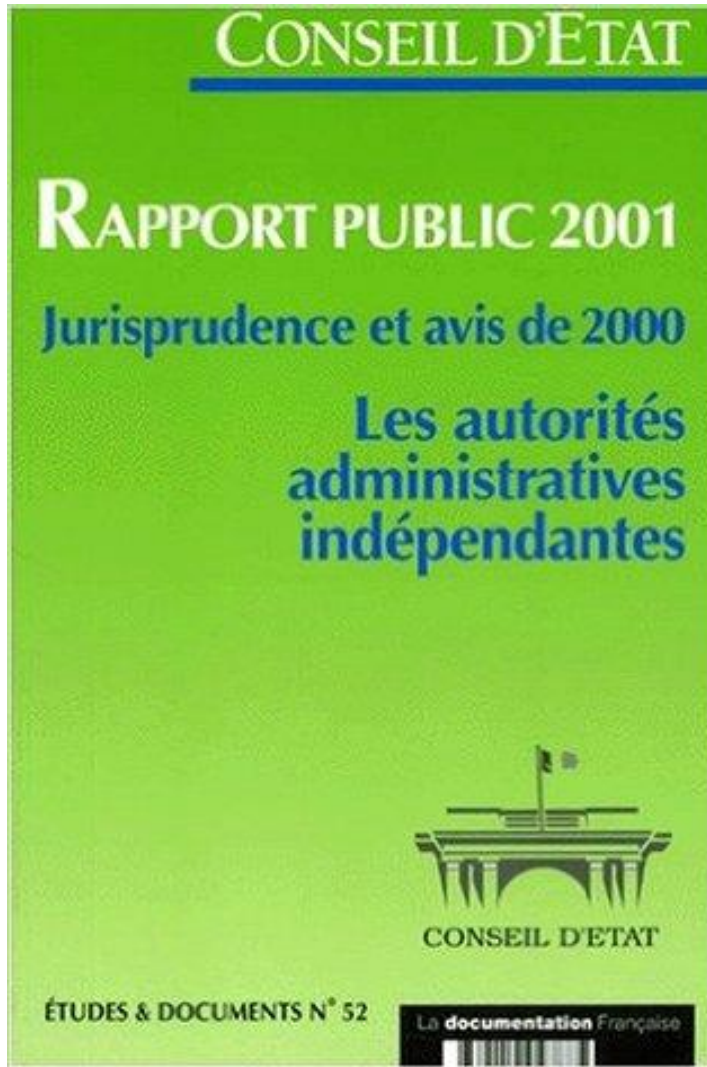


Settlement 30 juin 2014,
BNPP

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

C. La construction du Régulateur par rapport à sa mission

4. La convergence entre Régulation, Supervision et Compliance



II. LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RÉGULATION SUR LES RÉGULATEURS

A. Le luxe nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité du Régulateur

1. La forme usuelle du Régulateur en Autorité Administrative Indépendante (AAI)

- Le Régulateur, vu du côté de celui qui est l'objet de ses missions et de ses pouvoirs
- Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : *Chacun a à l'impartialité du tribunal en matière pénal et en matière civile*
- Ass. Plén., 5 févr. 1999, *Oury*
- Cons. Cons., 5 juillet 2013, ARCEP

II. LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RÉGULATION SUR LES RÉGULATEURS

A. Le luxe nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité du Régulateur

2. L'indépendance, préalable nécessaire au critère premier de l'impartialité

- Article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme : Chacun a droit à l'impartialité du tribunal en matière pénal et en matière civile
- Ass. Plén., 5 févr. 1999, *Oury*
- Cons. Const., QPC, 5 juillet 2013, *Numéricable*
- Cons. Const., QPC, 18 mars 2015, *EADS*

II. LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RÉGULATION SUR LES RÉGULATEURS

A. Le luxe nécessaire de l'indépendance et de l'impartialité du Régulateur

2. La juridictionnalisation corrélative des Régulateurs

Le Régulateur, vu du côté de celui qui est l'objet de ses missions et de ses pouvoirs

- La place incertaine de l'Autorité de concurrence
- Les intersections de secteurs
- Les objets qui traversent les secteurs
- Les secteurs nouveaux en quête de Régulateurs : le numérique

II. LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RÉGULATION SUR LES RÉGULATEURS

B. La cartographie des Régulateurs

1. Le maillage des Régulateurs en raison de leur objet sectoriel

- Le « Régulateur de la mondialisation » ?
- Les Régulateurs européen
- Les réseaux de Régulateurs
- Les Régulateurs informels
- Les Régulateurs impalpables

II. LA CONSTRUCTION DU DROIT DE LA RÉGULATION SUR LES RÉGULATEURS

B. La cartographie des Régulateurs

2. Le maillage des régulateurs en raison de leur espace politique

Le Droit de la Régulation s'appréhende par le Régulateur

C'est une signe d'immaturation de cette « branche du Droit »