

34 Ambition et efficacité de la régulation économique¹

Marie-Anne FRISON-ROCHE,

professeur des universités à Sciences Po (Paris), directeur de
The Journal of Regulation

La régulation économique a pour objectif de mettre en équilibre le principe de concurrence avec un principe a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel. Comme les deux principes sont contraires, l'équilibre est toujours instable. C'est donc à un régulateur économique qu'incombe la tâche de maintenir cet équilibre. Ce régulateur qui prend souvent la forme d'une Autorité administrative indépendante doit disposer d'un certain nombre de pouvoirs pour remplir efficacement sa mission mais parallèlement l'exercice de ces pouvoirs doit être contrôlé pour éviter toute dérive.

1 - L'intitulé du thème tel qu'il m'est offert de le traiter peut apparaître au sein de cet ensemble comme quasi hors sujet, puisque les autres contributions portent sur la « régulation financière » et sur le risque qui lui est afférent, thème qui est souvent peu traité par la « régulation économique » au sens strict. En effet, la régulation économique est un ensemble de mécanismes qui se conçoit davantage par rapport à la concurrence, pour la construire ou pour la contrebalancer², alors que la régulation financière est un ensemble de mécanismes qui se liguent pour prévenir le risque systémique, ou gérer et sortir de la crise financière.

2 - Mais à partir de cette distinction très simple³, qui me permettrait quasiment de quitter la table d'écriture puisqu'une réflexion sur la régulation économique n'apporterait rien à celle portant sur la régulation financière, il est donc nécessaire tout d'abord d'essayer de dissiper un certain nombre de confusions et la première est celle-ci même, à savoir celle existant entre la régulation financière et la régulation économique. Puis, il convient de rappeler que la régulation ne peut se réduire à la réglementation, qui est l'anglicisme de *regulation*, alors que la réglementation est un outil parmi d'autres de la régulation. C'est une métonymie, figure de style, souvent en l'espèce involontaire de la part des auteurs, prenant la partie pour le tout.

3 - Tout d'abord donc, il faut lever l'**ambiguïté entre la régulation économique et la régulation financière**, ne serait-ce que pour justifier l'intérêt d'évoquer la première dans un ensemble de contributions consacrées à la seconde. Cette distinction n'est pas aisée. En effet, on peut considérer que le marché financier est un marché économique : selon Walras, il en est même le plus pur exemple⁴ et les autorités de la concurrence entendent bien ramener au pas les établissements financiers⁵ et les entreprises de services d'investissements

sur leurs obligations de respecter le droit de la concurrence, au titre de la « régulation concurrentielle »⁶.

4 - Même si l'on demeure au sein de la régulation financière, qui ne se réduit pas à une réglementation mais à un système d'institutions, de décisions et de règles prises au regard du risque⁷, la concurrence, d'habitude marque des marchés de biens et services ordinaires, peut être utilisée comme mode de régulation financière, par exemple pour éviter la capture du régulateur financier par des établissements financiers alliés entre eux ou pour lutter contre les conflits d'intérêts.

5 - C'est ainsi que le Premier Ministre britannique a annoncé en juin 2010 que la *Financial Services Authority* (FSA) allait être dépossédée d'un certain nombre de ses pouvoirs au profit du banquier central, la Banque d'Angleterre, celle-ci recevant pour mission d'inciter le plus possible les banques à se faire concurrence, après le constat d'échec des régulateurs financiers à prévenir la crise, voire leur imprévoyance en y ayant grandement participé⁸.

6 - En outre, la Banque centrale se voit confier la charge de la protection de l'investisseur, exemple d'un mouvement plus général, puisqu'on le retrouve en France à travers le pôle commun établi entre l'Autorité de Contrôle prudentiel et l'Autorité des marchés financiers. Le Président de cette Autorité de régulation dit expressément que ce régulateur a pour fonction de défendre les « consommateurs », vocable qu'il utilise pour désigner les investisseurs. Cette institution fait ainsi pendant au Conseil de régulation financière et du risque, qui aurait davantage en charge la protection du marché. Plus encore, la réforme dont le Président Obama a obtenu le vote au Congrès pose que la loi a pour fin la protection du consommateur, sous le masque duquel il faut voir l'investisseur non-qualifié. Or, cet objectif est normalement l'objectif majeur de la régulation non pas financière mais économique⁹.

1. Actes du colloque organisé le 18 juin 2010 par le laboratoire DANTE de la faculté de droit de l'Université Versailles Saint-Quentin.

2. V. *infra*.

3. M.-A. Frison-Roche, *Economic Regulation and Financial Regulation : The Journal of Regulation*, 2010, I-1, 11.

4. Pour les conséquences en droit des contrats, V. H. Bouthinon-Dumas, *Le droit des sociétés cotées et le marché boursier*, coll. « Droit et Économie », préf. Ph. Didier : LGDJ 2007, 452 p.

5. Sur ce point, est exemplaire la condamnation par l'Autorité de la concurrence des banques par sa décision n° 10-D-28 du 20 septembre 2010 relative aux tarifs et aux conditions liées appliquées par les banques et les établissements financiers pour le traitement des chèques remis aux fins d'encaissements (dite affaire des « images-chèques »). Nous verrons l'appréciation que la cour d'appel de Paris portera sur une telle appropriation conceptuelle.

6. Th. Dahan, *La régulation concurrentielle : Concurrences*, n° 3, n° 4, 2009.

7. V. d'une façon générale M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation : PUF*, coll. « Que Sais-je ? », sous presse, et d'une façon particulière, les entrées « Risque », « Asymétrie d'information », « Autorité des marchés financiers », « Autorité de contrôle prudentiel », ainsi que les *infra-références* (n° 91, n° 12, n° 6, n° 16).

8. *Financial Times*, 17 juin 2010.

9. Par exemple, en matière de régulation de communication électronique, S. Treppez, *Le consommateur au cœur des modèles : La Revue Trimestrielle de l'ARCEP*, juin 2010, p. 25. Sur une analyse complète de la loi nord-américaine du 21 juillet 2010, V. M. Seve, *The Dodd-Frank Wall Street reform and Consumer protection Act : may an Act check all of Regulatory Law's boxes ? : The Journal of Regulation*, 2010, I, 1, 25.

7 - Il n'est pourtant pas évident, c'est un des dangers du droit comparé, que l'on puisse généraliser l'observation au-delà des États-Unis¹⁰. En effet, une partie très importante de la population nord-américaine a investi son argent sur les marchés, directement ou indirectement, notamment en prévision de leur retraite. L'analogie ne peut se faire avec la France ligne à ligne, parce que le système de retraite est par répartition. Dès lors, aux États-Unis, protéger l'investisseur, c'est protéger chacun, et élever un niveau d'information faible, c'est protéger le système de retraite. En France, le risque systémique n'a pas les mêmes contours et le rapprochement entre économie et finance, entre ordre financier et souci social, ne prend pas la même forme ni la même force.

8 - Plus encore, s'est établie une ambiguïté nouvelle entre Régulation économique et Régulation financière. En effet, il fut un temps classique où la finance était l'instrument naturel de l'échange économique, puisque la quasi-totalité des échanges économiques requiert l'insertion de la monnaie entre les deux biens échangés. En outre, pour fluidifier le système économique, le mécanisme du crédit, amplifié par la confiance faite aux banques permettant à celles-ci de prêter plus que leurs avoirs, a permis le développement des marchés ordinaires et leur prospérité. Ainsi, la finance était l'instrument de l'échange économique, est donc *a priori* partie intégrante de celui-ci. De ce point de vue, il n'y aurait donc pas normalement d'autonomie entre Régulation financière et Régulation économique, et la première pourrait être une branche de la seconde, puisque la finance est un instrument économique et le système bancaire et financier un sous-jacent du marché économique.

9 - Mais il n'en est plus rien, puisque nous vivons le temps nouveau de la sphère financière devenue totalement autonome. Autonome puisque immatérialisée, puisqu'elle fonctionne sans le temps, sans corporalité et totalement globalisée¹¹ (c'est-à-dire sans frontières). En cela, elle est rétive à toute régulation, fuyante par nature. Ce phénomène fut parfaitement décrit dès 1985 par l'historien Fernand Braudel. En effet, dans les 3 tomes de son ouvrage *Civilisation matérielle, économie et capitalisme*¹², il décrit qu'existent d'une part le jeu de l'échange, c'est-à-dire le marché concurrentiel qu'il appelle Régulation économique (cf. Tome 2), et d'autre part (cf. Tome 3) la pratique du capitalisme pur, capitalisme qui a pris son autonomie par rapport à l'échange économique et que l'historien appelle le Temps des Banquiers, créateurs d'une industrie financière autonome et devenue folle, parce qu'industrie sans rapport avec les équilibres du marché matériel où agissaient les êtres humains ordinaires. C'est le temps de l'oppression sur ceux qui sont en dessous, dans l'économie matérielle (les pauvres), c'est la destruction du jeu de l'échange, donc des marchés concurrentiels et ainsi comme le décrit l'historien, le temps de tous les excès.

10 - Il convient dans un second temps de cette introduction de dissiper l'ambiguïté entre la Régulation et la réglementation. En effet, on distingue la « régulation » du terme anglais *regulation*, signifiant la réglementation¹³. La Régulation, dans le sens que lui donne la langue française est l'ensemble des outils, dont certes la réglementation mais aussi les décisions individuelles, de sanctions, de règlement des différends etc, qui permettent de construire et de maintenir des équilibres dans certains secteurs qui le requièrent mais qui ne peuvent pas les maintenir par leurs seules forces intrin-

sèques¹⁴. Pour ce faire il faut un Régulateur. Dès lors, la réglementation est mais n'est qu'un des outils de la Régulation. Il suffit d'ailleurs de raisonner par l'absurde : une « autorité de régulation » ne se contente pas d'être titulaire du pouvoir d'adopter des réglementations, elle peut même en être formellement dépourvue sans que sa nature de régulateur soit déniée.

11 - Si l'on accorde une telle importance à la réglementation dans la régulation, indépendamment du point dommageable de l'anglicisme, cela tient au fait que la réglementation est un outil *ex ante*, c'est-à-dire manié avant que les situations particulières n'en soient l'objet. À l'inverse, les décisions de sanction ou de règlements des litiges sont des interventions *ex post*¹⁵. La Régulation ayant pour objet de construire des équilibres¹⁶ ou de prévenir des risques, elle aura tendance à privilégier l'outil juridique en amont, c'est-à-dire la réglementation, *l'ex ante*, plutôt que *l'ex post* dont l'effet n'est que ponctuel¹⁷. À preuve, lorsque l'Autorité de concurrence prétend dans son rapport annuel de 2010 « construire » le marché des nouvelles technologies de communication, son président le fait dans un discours qui a pour titre : « Régulation », sans se référer en rien à un pouvoir réglementaire dont l'organisme ne dispose pas.

12 - Une fois ces deux ambiguïtés majeures dissipées, il convient de suivre la demande formulée par les professeurs qui ont fixé le thème, en recherchant quelle peut être « l'ambition » de la Régulation économique, avant d'en rechercher l'efficacité. On cherchera à ne pas empiéter sur les réflexions et théories qui se sont plus particulièrement développées dans la régulation financière, telle que la théorie de l'agence, la capture ou l'asymétrie d'information, qui entament pourtant cette efficacité d'une façon plus générale.

1. Ambition de la régulation économique

13 - La Régulation économique a de multiples ambitions qui transparaissent au travers des différentes situations demandant à être régulées. On peut en distinguer trois. Il s'agit tout d'abord de l'hypothèse historique et ponctuelle du passage d'une organisation non concurrentielle à une organisation concurrentielle (A). S'en distingue l'hypothèse économique et définitive d'une organisation d'un secteur subissant une défaillance de marché (B). Il convient enfin de pas confondre ces deux premiers cas avec l'hypothèse politique et souveraine d'une volonté de mettre en équilibre le principe de concurrence et un autre principe que le corps social choisit de prendre en compte (C).

A. - L'hypothèse historique et ponctuelle du passage au forceps d'une organisation monopolistique à une organisation concurrentielle

14 - Il peut arriver que certains secteurs aient été historiquement construits sur des monopoles, soit par la puissance des entreprises qui sont entrées les premières sur les marchés et y ont construit des empires et des barrières à l'entrée factuellement indestructibles (ce qui fut souvent le cas aux États-Unis¹⁸), soit par la volonté de l'État, comme ce fut en cas en Europe, notamment en France par l'établis-

14. M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique* : D. 2004, chron., p. 126-129.

15. M.-A. Frison-Roche, *Le couple Ex Ante - Ex Post, justificatif d'un droit spécifique et propre de la régulation*, in *Les engagements dans les systèmes de régulation*, coll. « Droit et Économie de la Régulation », vol. 4, Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2006, pp. 33-48.

16. V. *infra*.

17. E. Rolin, *Les règlements de différends devant l'Autorité de régulation des télécommunications*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. « Droit et Économie de la Régulation », vol. 1 : Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2004, pp. 149-173.

18. Ce fut alors le droit de la concurrence qui remit le système en ordre, par l'invention de la théorie des facilités essentielles, reprise en 1911 par la Cour suprême. V. C. Dezobry, *La théorie des facilités essentielles*, Préface de Jean-Marc Thouvenin, Bibliothèque de droit international et communautaire, t. 124 : LGDJ 2009.

10. J. Carbonnier, *A beau mentir qui vient de loin, ou le mythe du législateur étranger*, in *Essais sur les lois* : Répertoire du notariat Deffrénois, 1995, 2^e éd., p. 227-238.

11. M.-A. Frison-Roche, *Les 100 mots de la régulation*, préc., « Globalisation ».

12. F. Braudel, « *Civilisation matérielle, économie et capitalisme* » : Armand Colin 1979, coll. *Références*, t. 1 « *Les structures du quotidien* », t. 2 « *Les jeux de l'échange* », t. 3 « *Le temps du monde* ».

13. M.-A. Frison-Roche, *La distinction entre Régulation et Regulation* : Revue Lamy Concurrence 2008.

sement d'entreprises publiques monopolistiques, telles qu'EDF, la SNCF ou France Telecom.

15 - Par un mouvement contingent, une libéralisation est décidée, notamment par l'adoption de directives communautaires successives, derrière lesquelles la ferme main de la Commission Européenne a œuvré¹⁹. Mais la concurrence ne se décrète pas : comme en matière de mœurs, il faut que les agents soient incités à jouer le jeu de la concurrence contre l'opérateur historique, que des nouveaux entrants pénètrent le marché pour le défier, séduire ses clients et que les prix du marché, par une concurrence effective, deviennent exacts²⁰. Cela peut être relativement aisé si des progrès technologiques accompagnent, voire devancent l'ouverture à la concurrence, comme en matière de télécommunication ; c'est beaucoup plus difficile lorsque les progrès sont plus lents et les clients moins mobiles, comme dans le secteur de l'énergie²¹.

16 - Il est normal que les opérateurs historiques utilisent leur puissance pour enrayer l'effectivité de la libéralisation des secteurs²². Ils le peuvent par leur seul poids, ce qui n'est pas reprochable au regard du droit de la concurrence qui ne vise que des comportements, bloquer le marché en l'état, alors même que, sur le papier, celui-ci aurait été libéralisé en totalité. Ce fut le cas pour le secteur énergétique en Allemagne²³. Ils le peuvent d'autant plus qu'ils sont le plus souvent verticalement intégrés, c'est-à-dire qu'ils ont à la fois des activités de production, de transport, de distribution et de vente.

17 - C'est pourquoi il ne suffit pas de déclarer la concurrence, il faut l'établir, et le faire « au forceps ». Les textes européens, d'une façon à la fois de plus en plus précise et de plus en plus impérieuse, au fur et à mesure que les « paquets » de directives et de règlements vont être adoptés dans ces secteurs, vont demander que les États mettent en place des régulateurs indépendants du Gouvernement, dès l'instant que des opérateurs publics demeurent sur le marché, pour éviter les conflits d'intérêts.

18 - Cette autorité de régulation va pratiquer une régulation asymétrique, c'est-à-dire qu'elle va systématiquement favoriser les nouveaux entrants, soit d'une façon positive par des faveurs (comme l'attribution gratuite de licence), soit d'une façon négative (comme l'obligation pour l'opérateur historique de leur ouvrir leur réseau de transport, voire de distribution, ce dernier type de réseau qui donne accès au client renvoyant à la bataille autour de l'ouverture aux concurrents de la boucle locale dans le secteur des télécommunications). Dans d'autres cas de figure, le régulateur obligera l'opérateur à céder ses droits de propriété intellectuelle au titre de l'interopérabilité²⁴.

19 - Cette régulation asymétrique fut appliquée avec le plus d'énergie, de systématisme et sans doute d'efficacité par le régulateur britannique des télécommunications qui obligea *British Telecom* à ouvrir son réseau de transport des communications à *Mercury*, nouvel entrant, sans aucune indemnisation et alors même

que ce réseau avait requis du premier des investissements colossaux. Le raisonnement que le régulateur français tient aujourd'hui à propos de la fibre optique est beaucoup moins violent, puisqu'il se contente d'envisager une mutualisation de la couverture de la France d'un réseau de fibre optique et non pas sa seule prise en charge par France Telecom assortie d'une obligation non compensée d'ouvrir aux tiers²⁵.

20 - Cela tient peut-être au fait que nous aurions une ambition moins libérale et donc moins violente de la régulation asymétrique. Cela s'explique aussi par le fait technique que le réseau téléphonique dans le premier cas était déjà construit, alors que la construction de la fibre optique sur tout le territoire reste à construire. Cela peut enfin se justifier par le fait que les télécommunications sont en train de quitter un système de régulation asymétrique pour exercer une régulation symétrique.

21 - En effet, lorsque l'ambition de cette régulation, déclenchée par cette décision contingente de libéralisation d'un secteur, a réussi, par un effet de maturation concurrentielle d'un secteur, alors les nouveaux entrants peuvent lutter à armes égales avec les opérateurs historiques que, de fait, retournement de l'Histoire, leur lourdeur de paquebot handicape sur le marché. Dès lors, le marché concurrentiel établi, le régulateur sectoriel, quittant la violence de la régulation asymétrique²⁶, va surveiller en permanence des acteurs égaux entre eux.

22 - Cette notion de régulation symétrique, notamment promue par le régulateur des télécommunications²⁷, paraît pourtant paradoxale car lorsque les agents sont égaux, que le droit peut se « civiliser », c'est plutôt au droit général de la concurrence de prendre le relais d'une régulation temporaire, qui devrait s'effacer. Mais il est vrai que jamais on n'a vu une organisation déclarer que son terme était venu. Ce caractère temporaire permet de distinguer nettement cette hypothèse historique d'une régulation contingente et temporaire, du cas suivant :

B. - L'hypothèse économique d'une régulation définitive d'une organisation d'un secteur qui ne peut engendrer ni maintenir ses équilibres intrinsèques

23 - Certains secteurs ne peuvent pas se réguler eux-mêmes, c'est-à-dire produire par leurs seules forces leurs équilibres, par exemple des prix exacts. Cela s'oppose à l'hypothèse ordinaire de l'autorégulation du marché concurrentiel. En effet, dès l'instant qu'il n'existe pas de barrière à l'entrée, que des concurrents peuvent y pénétrer (notion de contestabilité des marchés liée à l'absence de coût de transaction à l'entrée) et que l'information sur les prix est disponible, le marché produit son équilibre par la rencontre des offres et des demandes. L'ajustement produit ce qu'il est usuel d'appeler le « juste prix ». Il est rendu possible par « l'élasticité » de l'offre et de la demande, la première croissant quand les prix augmentent mais la concurrence entre offreurs dont le nombre est accru ramenant les prix à la baisse, la seconde croissant lorsque les prix baissent, ce qui conduit les offreurs à augmenter les prix puisqu'il y a plus de demande, ce qui fait reculer celle-ci jusqu'à ce que les prix baissent à nouveau. Cette double élasticité de l'offre et de la demande sur des marchés contestables permet l'autorégulation.

24 - La contestabilité est donc la possibilité pour le nouvel entrant d'entrer sur un marché sans souffrir d'importants « coûts de transaction », c'est-à-dire de coûts autres que ceux de l'entrée même

19. J.-F. Pons, *Le jeu historique des initiatives de libéralisations communautaires, in Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, Coll. « Droit et économie de la régulation » t. 2, Presses de Sciences-Po / Dalloz, pp. 137-144. – M. Thatcher, *Independent regulatory agencies and elected politicians in Europe, in Regulation through agencies in the EU, a new paradigm of European governance*, Damien Geradin, Rodolphe Munoz, Nicolas Petit (eds). Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2005, pp. 47-67.

20. Sur la notion de « prix exact », V. M.-A. Frison-Roche, *Qu'est-ce qu'un prix en droit ? Du droit des contrats au droit de la régulation*, in *Études à la mémoire de Fernand-Charles Jeantet* : LexisNexis 2010, pp. 177-183.

21. Les théories économiques décrivent le phénomène sous le terme de « viscosité ».

22. C. S. Filho, *Histoire critique des monopoles, une perspective juridique et économique*, coll. « Droit et Économie » : LGDJ 2010.

23. M. Bullinger, *Droit de la régulation, service public et intégration régionale en Allemagne*, in Marcou, Gérard et Moderne, Franck (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 2, *Expériences européennes*, pp. 143-178 : L'Harmattan, 2005.

24. J. Chevallier, *La nouvelle réforme des télécommunications : ruptures et continuité* : RFDA, 12 (5) sept.-oct. 1996, p. 909 et s.

25. A. Raiffe, *The French Competition Authority requests European Commission approval on its plan to allow co-investment in fiber optics infrastructure outside densely populated areas* : *The Journal of Regulation*, 2010, II-2.8.

26. Ainsi, le président de l'ARCEP, Jean-Luc Silicani, a-t-il pu écrire : *Nous ne faisons pas de la régulation asymétrique pour le plaisir* : *La Lettre EuroTMT*, 4 juin 2010.

27. J.-L. Silicani, *Quelle régulation, au-delà de l'ouverture à la concurrence ?*, *allocation aux Journées internationales de l'IDATE à Montpellier*, le 19 novembre 2002.

et de l'entrée en compétition. Ainsi, lorsqu'un opérateur installe pratiquement des prix suffisamment élevés pour se procurer des rentes, un opérateur externe attiré par celles-ci pourra entrer sur ce marché, c'est-à-dire proposer aux consommateurs un prix moins élevé, pour s'approprier cette rente sans que cela n'engendre de coûts supplémentaires. Le droit de la concurrence veille à ce que le marché demeure contestable.

25 - Les marchés ordinaires des biens et services sont donc auto-régulés. Ils ne dysfonctionnent que si un ou deux opérateurs ont un comportement anticoncurrentiel. L'Autorité de concurrence, qu'il convient de distinguer nettement d'une autorité de régulation puisqu'elle ne construit pas la concurrence, intervient alors *ex post* et la disparition du comportement permet au marché de retrouver son fonctionnement, non certes spontané, mais autorégulé²⁸.

26 - Mais il peut arriver que le marché ne parvienne pas structurellement à établir un tel équilibre ; il ne s'agit plus d'un accident, d'un endommagement du système causé par des comportements, mais d'une défaillance proprement dite du marché (*market failure*). Il faut alors recourir à l'*ex ante* de la régulation et mettre le secteur en perpétuelle surveillance, voire les opérateurs en définitive tutelle. C'est certainement le cas en matière bancaire, mais d'autres hypothèses de défaillances structurelles de marché existent.

27 - Il s'agit tout d'abord du cas des monopoles économiquement naturels que sont les réseaux. Ces monopoles n'ont pas besoin d'être établis par la loi, en ce que leur existence résulte d'un effet de nature. Cela renvoie en effet à l'hypothèse dans laquelle dès l'instant qu'un agent économique a construit un élément, par exemple un réseau de transport, aucun autre agent économique ne viendra le dupliquer, car ce second réseau serait structurellement déficitaire. Donc, le premier réseau est naturellement monopolistique.

28 - L'État français en a tiré pour conséquence qu'il était plus adéquat que ces monopoles économiques deviennent des monopoles légaux, tenus par des entreprises publiques, elles-mêmes sous l'emprise de tutelles ministérielles. Les États-Unis ont préféré la solution libérale de la régulation. Puisqu'aujourd'hui, l'Europe a détruit les monopoles de droit, demeure la nécessaire régulation des monopoles économiquement naturels.

29 - C'est ainsi que tous les réseaux de transports de télécommunication et les réseaux d'énergie sont régulés, ce qui signifie qu'est organisé l'accès des opérateurs à ces facilités, pour passer du marché amont au marché aval. La régulation peut être plus *ex ante* si l'accès est tarifié ou *ex post* s'il est contractuel, le régulateur étant alors doté d'un pouvoir de règlement des différends²⁹. De la même façon, les prix sont le plus souvent fixés, comme en matière de gaz, ou en double système entre un prix libre et une tarification, le consommateur ayant le choix de son système, comme en matière d'électricité. Le Conseil constitutionnel a reconnu la liberté pour le législateur, qui avait établi un tarif libre, de permettre à ceux qui l'avaient choisi de revenir à la protection d'un tarif réglementé, bien qu'il s'agisse de donner corps à la décision européenne de libéralisation³⁰.

30 - Ces monopoles naturels sont des infrastructures techniquement sophistiquées, même en matière ferroviaire, dont le fonctionnement présente des risques, comme en matière financière, et le régulateur va avoir un droit de regard sur les investissements, à la fois au regard de la concurrence et au regard des risques, les deux étant à mettre en balance. Le plus souvent les textes prévoient ce contrôle des investissements par le gestionnaire de réseaux, surtout s'il est contrôlé par un opérateur en concurrence, et la répercus-

sion qui peut en être faite dans les prix d'accès. Lorsque ce n'est pas le cas, comme à propos de l'Autorité de Régulation des Activités Ferroviaires, on peut penser que les directives communautaires, voire une sorte de droit naturel des monopoles naturels lui confèrent une telle fonction.

31 - Puisqu'il s'agit d'un état de nature, et non pas de l'effet d'une décision juridique prise à un moment donné sur une organisation construite par les États ou les sociétés, les problématiques de régulation des monopoles économiquement naturels se retrouvent dans tous les pays, ce qui n'est pas le cas de l'hypothèse de libéralisation. Dès lors, les pays en voie de développement y sont confrontés comme les pays développés³¹. Or, la régulation suppose un droit d'une grande technicité, et pour commencer un régulateur indépendant, structure qui a beaucoup de mal à se développer dans des pays ne disposant déjà pas de systèmes juridictionnels indépendants³².

32 - Bien que se pose la question première de sa propriété, Internet peut apparaître comme un monopole économique naturel, en ce que nul ne peut le dupliquer d'une façon économique efficace et rentable, en ce qu'il est le réseau des réseaux. La régulation d'Internet est donc une ambition en soi. Ici, il ne s'agit pas de déterminer quelle est l'ambition de la régulation mais comment on pourrait avoir l'ambition de réguler Internet.

33 - On peut soutenir qu'Internet n'a pas à être régulé, puisqu'il serait par nature l'espace des libertés, dont l'expression suffit à remplir l'espace et à le structurer. Des auteurs y ont vu une marque d'autorégulation³³. Mais Internet a permis l'émergence d'acteurs si puissants, tel Google ou E-Bay, que l'idée de sa régulation commence à s'imposer, soit sur les acteurs (il s'agirait alors d'une sorte de supervision de type prudentiel), soit sur les activités.

34 - C'est l'enjeu même de la « neutralité du net »³⁴. Cette ambition de régulation signifie que tout internaute a le droit d'accéder, éventuellement sans contrepartie financière, à tout site à tout moment, sans qu'on puisse lui opposer des obstacles techniques, notamment pas des cas de congestions, soit pour lui refuser l'accès, soit pour rendre prioritaire l'accès à des personnes ayant payé pour cela. La neutralité du Net est synonyme d'un principe d'accès total³⁵.

35 - Si l'on pose le principe de la Neutralité du Net, suivant en cela les recommandations du régulateur français des communications électroniques³⁶ qui anticipe sur des groupes de réflexions de l'Union européenne et se met en phase avec des positions nord-américaines, cela implique que les opérateurs d'Internet devront faire des investissements très importants pour supporter un tel afflux de demandes d'accès sans pouvoir les gérer et sans contrepartie financière. La régulation se réduit souvent à la question de savoir qui paye.

36 - Indépendamment des monopoles économiquement naturels, la régulation s'impose en cas d'asymétrie d'information. Elle

28. M.-A. Frison-Roche, et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Précis Dalloz : Dalloz 2006.

29. V. par ex. L. Richer, *Le règlement des différends par la commission de régulation de l'énergie*, in *Mouvement du droit public*, Mélanges Franck Moderne : Dalloz 2004, pp. 392-406.

30. Cons. const., déc. 30 nov. 2006, n° 2006-543-DC relative à la loi sur le secteur de l'énergie.

31. E. Brousseau, *Règle de droit et exécution des contrats : Réflexion d'économistes sur le droit comparé des contrats, en collaboration avec M. Fares*, *Revue d'Economie Politique*, n° Spécial Deffains, Bruno (éd.), *L'Economie du Droit*, 112 : 6, nov-déc. 2002, pp. 823-844.

32. M.-A. Frison-Roche, *Étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, in Autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation*, AN n° 3166 et rapport Sénat n° 404, 2006.

33. E. Brousseau, *Règle de droit et exécution des contrats : Réflexion d'économistes sur le droit comparé des contrats, préc.*

34. Dans une perspective politique, Discours du Président Barack Obama, 29 mai 2009. V. dans une perspective économique L. Benzoni, *Net Neutrality, an Economic Perspective : The Journal of Regulation*, I-1.9. V. dans une perspective juridique, V. L. Rapp, *Distribution en réseaux et réseaux de distribution : l'infrastructure peut-elle rester durablement neutre ? : Revue Lamy de droit de l'immatériel*, 2007, n° 33.

35. J. H. Keppler, *Marché, administration, régulation : théorie économique et régulation des industries de réseau*, in *Economie et droit de la régulation des infrastructures, Perspectives des pays en voie de développement, préc.*, pp. 53-72.

36. A. Raiffe, *The ARCEP publishes 10 recommendations and propositions for Network and Internet Neutrality : The Journal of Regulation*, 2010, II-2.6.

a alors pour ambition d'extraire de force l'information, grâce à la technique-clé de la transparence qui rend l'information toujours disponible, puisque son titulaire doit la donner à voir, ce qui brise ce que les économistes désignent comme les « rentes informationnelles ». Cela concerne plus particulièrement la régulation des marchés financiers et la régulation des relations entre les agents et leurs mandataires (*agency theory*).

37 - La Régulation a alors deux ambitions. La première est d'extraire l'information, la vérifier, la rendre disponible à tous (le marché étant l'équivalent de l'actionnaire minoritaire), la faire circuler. Il doit également lutter contre les conflits d'intérêts, non pas pour des considérations morales, mais parce que les agents dans une telle situation, masquent les informations que leurs fonctions leur ont permis d'obtenir, par les pouvoirs conférés pour cela³⁷, pour les utiliser à leur profit plutôt qu'au profit de ceux pour la protection desquels ils avaient reçu de tels pouvoirs³⁸.

38 - L'ambition de réguler les agences de notation apparaît alors³⁹. En effet, les agents que l'on pensait lutter contre l'asymétrie d'information, c'est-à-dire les agences de notation, se sont révélés, pendant la crise économique, largement en conflits d'intérêts, effet démultiplicateur de l'asymétrie d'information. On comprend ainsi le discours de Jean-Pierre Jouyet et de Christine Lagarde lors de l'inauguration de la nouvelle Autorité de Contrôle Prudentiel, précisant que le premier office de cette autorité mélangeant à la fois Régulation et contrôle prudentiel est de protéger le consommateur et l'investisseur en luttant contre l'asymétrie d'information⁴⁰.

39 - L'évolution en Grande-Bretagne est inverse à celle de la France puisqu'on y considère que la cause de la crise est le Régulateur lui-même en ce qu'il a mélangé prudentiel et Régulation, ce qui constituerait un mélange des genres inapproprié. Bien au contraire dans ces cas précis, un certain degré de Régulation est alors nécessaire afin de mettre en place au sein d'un secteur certains équilibres, tels que la transparence ou la prudence, qu'il ne saurait créer ou maintenir seul.

40 - On mesure ici que, malgré le caractère structurel des hypothèses économiques de défaillances de marchés, qui les rend universelles, les réponses ne le sont pas pour autant, les cultures juridiques et politiques nationales continuant de fixer aux régulations des contours et des ambitions diverses. Cela est encore plus flagrant lorsque que la régulation exprime directement l'ambition politique de mettre face au fonctionnement d'un marché qui pourrait trouver son équilibre un autre principe qui le contrarie.

C. - L'hypothèse politique et souveraine d'une volonté de mettre face au principe de concurrence un principe a-concurrentiel ou anticoncurrentiel en équilibre

41 - Il peut tout d'abord s'agir de l'intervention d'une volonté politique de construire « de toutes pièces » un marché ou un espace. Cela est particulièrement pertinent en Europe, qui s'est

construite sur l'ambition d'un « espace intérieur européen⁴¹ », dont le droit de concurrence n'est qu'un outil et dont le Traité CECA, qui était un véritable outil de régulation, a été la première marque.

42 - Ainsi, à l'inverse du processus historique de libéralisation qui consiste à décider d'ouvrir des espaces économiquement construits, certes sur un autre modèle, il s'agit ici de construire un espace qui n'existait pas précédemment. Ainsi, après la libéralisation du secteur de l'énergie, qui a consisté simplement à contraindre les États membres à ouvrir leurs économies nationales énergétiques à la concurrence, les nouveaux paquets de directives et de règlements de l'Union Européenne sont en train de construire un marché européen de l'énergie, ce qui est d'une autre ambition⁴².

43 - On observe le même phénomène en matière ferroviaire, mais comme le mouvement est plus récent, il est naturellement dans le même temps plus rapide. En effet, les textes européens tout à la fois expriment l'ambition de libéraliser le transport de fret et le transport de voyageur et de construire une Europe ferroviaire, ce qui suppose une harmonisation technique forte et nouvelle entre les pays.

44 - Le raisonnement qui justifie une telle ambition est le suivant. Les marchés ordinaires des biens et services ont des sous-jacents nécessaires. L'énergie, le transport et la banque en sont. Dès lors, il est inconcevable de prétendre que s'établisse un véritable espace européen marchand, sans que se construisent en parallèle des marchés intérieurs énergétiques, des transports et bancaires. Or, si l'on pouvait estimer que, éventuellement aidé temporairement par des régulateurs, le droit européen de la concurrence pouvait suffire aux marchés des biens et services, les marchés sous-jacents en question, parce qu'ils sont structurels, ne peuvent advenir que s'ils sont construits.

45 - On revient alors à ce qui fut révoqué par le droit de la concurrence, à savoir le « mécano » cher à la France, l'économie industrielle, l'hypothèse de régulateur européen en ces matières, une perspective plus globale (donc plus politique) qui englobe la régulation environnementale, aussi bien en matière énergétique qu'en matière de transport. L'idée d'un nécessaire Gouvernement économique européen s'impose. Il est en train d'advenir par le biais des finances publiques, comme l'a exprimé le Gouverneur de la Banque centrale européenne devant le Parlement Européen⁴³.

46 - Mais il peut aussi s'agir non plus de construire des marchés là où il n'y avait pas d'autres organisations, mais de contrarier le marché, parce que le Politique estime que sa loi n'est pas adéquate aux besoins du corps social. C'est notamment le cas si le fonctionnement du marché est trop dur pour une partie des agents du marché, qu'ils soient demandeurs ou offreurs. C'est notamment à ce titre que l'idée d'une régulation du secteur agricole est évoquée, notamment par le Président de l'Autorité des marchés financiers lui-même⁴⁴.

47 - La régulation du secteur agricole se justifierait techniquement en ce qu'on peut y voir des défaillances structurelles de marché, puisque manque la capacité à fabriquer des produits rapidement et que le marché dépend des aléas climatiques⁴⁵. Mais soit il s'agit avant tout de volontés politiques, soit il s'agit d'une volonté du corps social de protéger les offreurs, la France voulant notamment protéger les agriculteurs, en eux-mêmes mais aussi pour leur

37. L'ouvrage de référence pour comprendre cette notion de « pouvoir » est la thèse d'E. Gaillard, *Le pouvoir en droit privé*, Préface de Gérard Cornu : *Economica* 1985, coll. *Droit Civil*.

38. D. Gerardin J.A. McCahey, *Regulatory Co-Opetition : Transcending the Regulatory Competition Debate*, in Jordana, Jacint, Levi-Faur, David (eds.), *The politics of regulation. Institutions and regulatory reforms for the age of governance*. Cheltenham, Edward Elgar, pp. 90-123, 2004.

39. M. Seve, *Credit Rating Agencies : Post-Crisis regulatory measures adopted by the European Union Regulation of 16 September 2009 : The Journal of Regulation*, 2010, II-6-8.

40. M. Cullin, *Speech given by Christian Noyer, Governor of the 'Banque de France' (Central Bank of France) and President of the 'Autorité de Contrôle prudentiel' (French Prudential Control Authority)*, on April 30, 2010, on the occasion of the signature of an agreement between the 'Autorité des Marchés Financiers' (French Financial Markets Authority) and the 'Autorité de Contrôle prudentiel' to create a joint consumer information service : *The Journal of Regulation*, 2010, III-3-5.

41. M. Audit, H. Muir-Watt, E. Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique : LGDJ 2008*, coll. « *Droit et Économie* ».

42. V. par ex. B. du Marais, *L'adoption sous haute tension du troisième « Paquet Énergie »* : *Gaz. Pal.*, 2-3 avr. 2010, pp. 1-4.

43. www.mafr.fr, blog, billet du 3 octobre 2010, *Du contrôle budgétaire au gouvernement économique européen*.

44. Discours de J.-P. Jouyet du 22 septembre 2010 lors de la présentation des résultats des travaux du groupe de réflexion « *Demain l'agriculture* » sur l'agriculture européenne.

45. M.-A. Frison-Roche, *Propos conclusifs du colloque « Quelles régulations pour les marchés agricoles ? »* : *Concurrence et Consommation* 2006, n° 150.

fonction essentielle et spontanée en matière d'environnement et d'aménagement du territoire. Il s'agit plus encore de protéger les demandeurs insolubles, c'est-à-dire les millions de personnes menacées de mort par la faim, mais cela suppose alors une régulation non seulement de l'agriculture mais une régulation de l'eau, enjeu majeur des années qui viennent, régulation qui ne peut être que supra-nationale.

48 - D'une façon plus nette encore, la politique a pu arrêter le fonctionnement du marché, lorsque son fonctionnement lui a paru, non pas inexact (ce qui serait une défaillance de marché), mais injuste. En effet, la loi du marché est à la fois accueillante, puisque chacun peut entrer sur un marché, offreur comme demandeur, sans qu'on puisse lui opposer des barrières⁴⁶, et excluante pour certains demandeurs, puisqu'il faut avoir l'argent pour acheter les biens et services offerts.

49 - Or, le Politique peut saisir, en représentation du corps social, que chacun peut avoir accès à un bien marchand, alors même qu'il ne peut en payer le prix. On débouche ici sur la problématique des « biens communs »⁴⁷, non pas par nature (comme l'est l'information), mais par volonté politique, comme peuvent l'être la culture⁴⁸, la santé⁴⁹, l'éducation⁵⁰.

50 - Comme il s'agit d'une expression politique, et non plus technique, les biens communs ne sont pas constants, comme le sont les monopoles économiquement naturels⁵¹. Ils varient selon la volonté politique du corps social du moment. Cela est d'autant plus légitime que cet écart de la loi du marché doit être composé par les finances publiques : là où le consommateur ne paie pas, le contribuable paie. Mais tous les statuts sont modifiés : le consommateur est appréhendé comme citoyen sur un marché et son insolvabilité cesse de lui être opposable⁵².

51 - Il n'est pas toujours facile de distinguer lorsque l'on quitte l'hypothèse simple de la régulation économique pour entrer dans celle de la régulation de type politique. Ainsi, le prix de l'électricité, que le législateur voulut libre pour tous, c'est-à-dire un prix de marché, avec ses risques de variation, de rupture de contrat en cas d'impayé, de coupure d'approvisionnement conséquente, a été plus tard jugé trop violent car l'électricité en ce qu'elle permet à chacun de s'éclairer et de faire marcher des instruments aujourd'hui indispensables à la vie domestique élémentaire, ne peut supporter une telle rupture d'alimentation, même si l'obligation synallagmatique de payer n'est plus satisfaite. Le législateur est donc revenu à la possibilité d'un prix fixé par la réglementation, laissant aux clients plus résistants, de fait les professionnels, les opportunités des prix de marché⁵³.

52 - Chaque pays va donc choisir différemment ce qu'il estime bien commun ou non pour la population. Certains préféreront s'abstenir sur biens des sujets, celui de la culture ou de la santé, puisqu'il s'agit des finances publiques faisant peser les coûts liés à cet équilibre du principe concurrentiel et d'un autre principe sur le contribuable. Si le politique décide néanmoins cette mise en équilibre c'est parce que la volonté politique est souveraine, le

politique ayant la légitimité de refléter le corps politique qui l'a élu pour porter des choix futurs pour le groupe social.

53 - Les pouvoirs politiques légitimes vont ainsi conférer de véritables droits subjectifs « à »⁵⁴. Il existerait ainsi un droit à la santé⁵⁵, un droit à la culture, à l'éducation, aux transports, etc. Ce phénomène, correspondant au mouvement général de subjectivisation du système juridique⁵⁶, engendre la recherche d'un débiteur à ces droits dont chacun devient titulaire. L'agent passe du statut de consommateur, à celui de citoyen, à celui de créancier. Le débiteur est difficile à trouver. Ce sera le plus souvent l'État.

54 - Suivant la nature historique, économique ou politique de l'hypothèse, les pouvoirs qui décident ne sont pas les mêmes et les niveaux (national, européen ou mondial) diffèrent aussi largement. Ainsi, plus la décision est technique plus la Régulation est mondiale ; plus la décision est politique, plus elle est nationale. Par exemple, en finance, si la Régulation financière ne relève que de l'hypothèse de type économique, alors elle peut être directement globale. Inversement, elle est par nature nationale lorsqu'elle relève de l'hypothèse politique car apparaît alors une volonté politique de protéger le petit investisseur, et elle nécessite alors un accord des sujets souverains internationaux publics, à travers les traités internationaux. Il ne s'agit donc pas des mêmes branches du droit concernées⁵⁷.

55 - Si l'on devait donc au terme de la première partie de cette étude fixer l'ambition de la Régulation économique, on pourrait affirmer qu'elle a donc toujours pour ambition de mettre effectivement en équilibre le principe de concurrence avec un principe a-concurrentiel, voire anticoncurrentiel. Parce que les deux principes sont contraires, cet équilibre est d'une part toujours instable, et d'autre part doit toujours être gardé (à l'inverse, le marché simplement concurrentiel fonctionne seul et ses accrocs sont rapidement corrigés par le droit de la concurrence). En Régulation, l'équilibre décrit et recherché nécessitera donc d'être en permanence établi et maintenu par le régulateur qui devient ainsi la clé de l'efficacité de la Régulation économique.

2. Efficacité de la régulation économique

56 - La régulation économique ne peut fonctionner que si l'État met en place des institutions qui agissent en permanence à l'égard du marché et des comportements des opérateurs sur le marché (Autorité de régulation), voire à l'égard des opérateurs appréhendés sur le marché (Autorité prudentielle) (A). Ces Autorités de régulation disposent aujourd'hui d'une palette de pouvoirs dont aucun autre organe de l'État ne bénéficie, ce que le caractère téléologique de la Régulation justifie mais ce qui heurte les droits fondamentaux de procédure que le système juridique confère aux agents économiques (B). Le droit a donc développé les garanties fondamentales des agents économiques, enrayant légitimement l'efficacité du système (C).

46. V. *supra* n° 24.

47. Voir sur cette notion, en français, M. L. Bouguerra, *Les batailles de l'eau : pour un bien commun de l'humanité* : Editions de l'Atelier, Paris, 2003. - Ph. Aigrain, *Cause commune : l'information entre bien commun et propriété*, coll. « Transversales » : Fayard, 2005. Pour les travaux anglophones, voir notamment, R. Nelson, *The Market Economy and the Scientific Commons*, *Research Policy*, vol. 33, Issue 3, 2004, pp. 455-457.

48. M.-A. Frison-Roche, A. Abello, *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, coll. « Droit et Économie » : LGDJ 2005.

49. M.-A. Frison-Roche (dir.), *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, Collection « Droit et Économie » : LGDJ, 2010.

50. Y. Dutercq, *Les régulations des politiques d'éducation* : Presses Universitaires de Rennes, 2005.

51. V. *supra* n° 27.

52. M.-A. Frison-Roche, *La régulation, victoire du citoyen-client*, in *Services publics et marché : l'ère des régulateurs* : Revue Sociétal, n° 30, 4^e tr. 2000, pp. 49-54.

53. V. *supra* n° 29.

54. Sur la notion même, V. D. Cohen, « Le droit à... », in *Avenir du droit*, Mélanges François Terré : Dalloz / PUF / JCl. 1999, pp. 393-400.

55. M.-A. Frison-Roche, *Politique publique de la maîtrise de santé, protection de la santé publique, droit général de la concurrence et régulation sectorielle*, in M.-A. Frison-Roche, (dir.) : *Concurrence, santé publique, innovation et médicament*, préc., p. 1-14.

56. J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la VI^{ème} République*, coll. « Forum » : Flammarion 1995.

57. H. Calvet, *Les incidences du droit européen sur la régulation nationale*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, préc., pp. 34-42. - Conseil d'Analyse économique, *Gouvernance mondiale, not. rapport de synthèse par Pierre Jacquet, Jean Pisani-Ferry et Laurence Tubiana* : Doc. fr. 2002. - J.-Y. Cherot, *Les techniques juridiques de cohérence entre régulations nationales et communautaires. L'articulation des autorités nationales et de la commission dans la mise en œuvre des politiques communes*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, préc., pp. 144-153. - J.-P. Jouyet, *Articulation ou désarticulation des régulations nationales et internationales ?*, in *Les risques de régulation*, coll. « Droit et économie de la régulation », t. 3, Presses de Sciences-Po / Dalloz, pp. 115-132.

A. - Les institutions nécessaires à la régulation économique

57 - Apparaît tout d'abord la nécessité d'établir une institution qui interviendra *ex ante*, à savoir le Régulateur.

58 - Il faut garder à l'esprit la distinction fondamentale entre l'Autorité de Régulation et l'Autorité de la concurrence. En effet, l'autorité de concurrence n'est pas un Régulateur, mais une institution intervenant *ex post*, qui ne surveille pas en permanence les agents économiques, n'a aucun rôle prudentiel, ne construit pas les marchés. L'autorité de concurrence n'intervient que ponctuellement, lorsque le marché est abîmé par un comportement anticoncurrentiel⁵⁸.

59 - Certes, la discussion doit être plus fine et serrée car les Autorités de concurrence ont souvent d'autres offices que la sanction *ex post* des comportements anticoncurrentiels, et la technique des engagements comme le contrôle des concentrations qui leur est de plus en plus souvent directement confiée⁵⁹, sont des mécanismes qui ont un effet structurant sur la construction des marchés et s'approchent donc de la régulation, de la même façon que la théorie des facilités essentielles, née au sein du droit de la concurrence⁶⁰, est un procédé de régulation. Plus encore, l'invention de l'étonnante notion de « régulation concurrentielle »⁶¹, selon laquelle tous les marchés pourraient être régulés par une Autorité de concurrence attaque de front l'existence même de la notion autonome de Régulation. Dans la présente étude, déjà trop longue, il ne s'agit pas d'étudier en soi les rapports entre la Concurrence et la Régulation⁶².

60 - Même lorsque la régulation est temporaire⁶³, un régulateur doit être institué. Il prendra le plus souvent la forme d'une autorité administrative indépendante⁶⁴. Pour construire et surveiller en permanence, le marché, les opérateurs (de l'extérieur et de l'intérieur), les comportements envers les autres, les investissements sur le marché, etc., le Régulateur a besoin de n'être pas cantonné dans l'*ex ante*⁶⁵, mais d'agir à la fois avant l'action des opérateurs et après celle-ci. Mieux encore, le Régulateur agit en *continuum*, comme le Politique, qu'il finit par concurrencer, mieux que ne peut le faire le pouvoir juridictionnel qui interviendra ponctuellement.

61 - Cette maîtrise par la Régulation de l'ensemble de la chaîne de l'*Ex Ante* à l'*Ex Post*, en fait dans son secteur une sorte de petit Roi, qui pour ce faire, va disposer de très nombreux pouvoirs, cumul que l'efficacité comble mais que la garantie constitutionnelle des droits fondamentaux de procédures des agents économiques peut indisposer.

B. - La palette des pouvoirs requis pour satisfaire l'ambition de la régulation économique

62 - Le droit de la régulation économique est très puissant, parce que de nature téléologique⁶⁶, guidé par sa finalité. Ainsi, la normativité de la règle est dans le but et non dans la règle elle-même, qui n'en est que l'instrument. Par exemple l'appellation même des lois « pour la confiance dans l'économie »⁶⁷ ou « de modernisation de l'économie »⁶⁸ soulignent bien que la normativité est dans la finalité, le reste relevant de l'outil. Dans cette conception fonctionnaliste, parce que la normativité est dans le but, les Autorités s'autorisent à interpréter largement et non strictement tous les instruments, alors même qu'ils sont de nature répressive⁶⁹. Cela ne peut qu'engendrer des heurts avec le droit pénal qui, portant sur les mêmes faits, demeure tenu par la règle constitutionnelle de l'interprétation restrictive⁷⁰.

63 - Il en va ainsi également pour les pouvoirs *ex ante* comme celui de fixer les calendriers pour les actions des opérateurs⁷¹. D'une façon plus générale, le régulateur peut disposer du pouvoir de réglementation ; ainsi, pour prendre l'exemple de la Régulation financière le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) n'est autre que l'alpha et l'oméga de la réglementation financière. Il en va de même du pouvoir de décision individuelle ou même des règles formelles ou informelles édictés le Régulateur, souvent épris de *soft Law*... Le pouvoir primordial d'autorisation ; ou encore le pouvoir d'agrément des opérateurs ou des objets qui circulent sur le marché, pouvoir de certification dans lequel des professeurs de finances voient l'avenir de la Régulation financière. Cela illustre une nouvelle fois que la dépenalisation et son remplacement par un système administratif est un accroissement de la répression.

64 - Enfin, même le pouvoir de règlement des différends doit être interprété largement puisque cette « civilisation » du droit de la régulation n'est en rien un adoucissement de la Régulation. Bien au contraire, il s'agit d'accroître l'effectivité du droit de la Régulation, les victimes qui agissent plus souvent, d'une façon cumulée avec le Ministère public ou le Régulateur et devenant ainsi des agents de la légalité, des agents de la Régulation. C'est pour cette raison que la France devra en venir bientôt aux *class actions*, afin d'activer le système. Par conséquent, le pouvoir de règlement de différent et ce mouvement de civilisation n'est pas un assouplissement du système mais un durcissement vers un gain d'effectivité de celui-ci⁷².

C. - Les garanties entourant l'usage des pouvoirs cumulés du régulateur

65 - Face à cette obsession d'efficacité de la Régulation, doivent se dresser des garanties, car les agents économiques doivent demeurer dans un État de droit⁷³. Mais la première façon de lutter contre le risque d'une dérive totalitaire d'une efficacité obsessionnelle, c'est justement le principe même de l'efficacité, lorsque, se retournant, il opère comme mode de contrôle.

66 - En effet, pour s'assurer de l'efficacité de la puissance du Régulateur, il convient d'évaluer son action, sans quoi le pouvoir

58. J.-L. Dewost, *Les autorités indépendantes de régulation, le droit de la concurrence et le contrôle du juge*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, préc., pp. 42-44.

59. L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 96. - V. E. Claudel, *Réforme du droit français de la concurrence : le grand jeu ?* : RTD com. 2009, p. 91, 2008 p. 698.

60. V. supra n° 15.

61. Th. Dahan, *La régulation concurrentielle : Concurrences*, n° 3, n° 4, 2009.

62. V. pour plus de détail, M.-A. Frison-Roche, *Regulation versus Competition : The Journal of Regulation*, 2010, à paraître. V. aussi, *Les 100 mots de la régulation, entrées Autorité de la Concurrence (n° 15) et Régulation (n° 89)*.

63. V. supra n° 14 et s.

64. Parmi une très abondante littérature à leur propos, car les juristes accordent beaucoup d'attention à la forme institutionnelle des organisations, V. les premiers travaux de grande qualité, tel que ceux de J. Chevallier, *Réflexions sur l'institution des autorités administratives* : JCP C 1986, 3254, et de G. Timsit, *Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation* : RFPA, 1996, n° 78, pp. 375-394. D'une façon plus récente, V. C. Marcou, F. Moderne (dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale* : L'Harmattan, 2005 préc., ou M.-A. Frison-Roche, *Étude pour l'Office Parlementaire d'évaluation législative, Étude pour un bilan des Autorités administratives indépendantes en France, parution en annexe du rapport du Sénateur Gélard, 15 juin 2006*.

65. C'est pourquoi la régulation ne peut pas se définir par réduction à la réglementation, V. supra n° 2 et s.

66. M.-A. Frison-Roche, *Le droit de la régulation : D. 2000, chron.*, p. 610-616 ; *Définition du droit de la régulation économique : D. 2004, chron.*, pp. 126-129.

67. L. n° 2004-575, 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

68. L. n° 2008-776, 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

69. P.-A. Jeanneney, *Le régulateur producteur de droit*, in *Règles et pouvoirs dans les systèmes de régulation*, préc., pp. 44-51.

70. V. not. J.-C. Magendie et M.-A. Frison-Roche, n° spéc. : Bull. Joly. *Politique de sanctions et régulation des marchés financiers*, Bull. Joly Bourse, 1^{er} déc. 2009.

71. CA Paris, 1^{er} ch., sect. H, 28 avr. 1998, n° 97/17847.

72. C. Campres, *Les outils des régulations économiques ex ante et ex post*, in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, coll. « Droit et économie de la régulation », vol. 1 : Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2004, pp. 119-129.

73. N. Charbits, *Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité*, in *Droit et économie de la régulation*, préc., pp. 54-73.

devient illégitime, voire engendre sa responsabilité du fait de son inefficacité. C'est pourquoi doit être mis en place ce qui est déjà systématiquement fait dans les pays scandinaves, et dont on peut percevoir un embryon dans les travaux d'évaluation d'efficacité des systèmes de régulation menés pays par pays par l'OCDE et concernant les Autorités de régulation suggérés à la Cour des comptes avec la Cour des comptes⁷⁴.

67 - Dans la même idée d'un contrôle d'efficacité de l'action des régulateurs et d'un possible rappel à l'ordre s'il s'avère qu'ils ne remplissent mal leur office, on peut se référer au principe de *check and balance* en provenance des États-Unis, mécanisme politique mais qui consiste en ce que chacun s'observe et se contrôle, qui s'oppose à la conception trop extrémiste de l'indépendance du régulateur. À l'image de la pratique américaine, le Régulateur doit être contrôlé par la Maison Blanche ainsi que par le Congrès qui le rappelle souvent à l'ordre : il demeure de cette façon puissant mais sous contrôle⁷⁵.

68 - C'est en revanche d'une façon exogène que le Régulateur va être contrôlé au regard du principe de légalité⁷⁶ et des garanties fondamentales de procédure. Il fut à de nombreuses reprises sanctionné à ce titre, ne serait-ce parce que le juge du recours a le réflexe naturel et légitime de contrôler le régulateur sur le terrain qui lui est naturel : la procédure. Le juge dispose pour cela non seulement des textes spéciaux mais encore des principes fondamentaux, notamment les droits de la défense et le principe du contradictoire, non seulement le droit national mais le droit européen, comme le montra d'une façon retentissante l'arrêt *Oury* en 1996⁷⁷.

69 - Il en va de même pour le principe de motivation qui gagnerait néanmoins en France à être encore amélioré. Motiver c'est, dans un droit téléologique comme la Régulation, expliquer pourquoi les textes sont appliqués mais aussi se faire comprendre⁷⁸, ce que le professeur d'économie Jean-Paul Betbèze soulignait lors du colloque qui servit de base à la présente édition des travaux, lorsqu'il disait que le Régulateur doit se faire comprendre, c'est-à-

dire non pas uniquement dans la manière d'appliquer les textes mais pourquoi ceux-ci le furent. La motivation c'est donc expliquer la décision au regard de la finalité⁷⁹.

70 - Enfin, parmi les garanties entourant l'usage de ces pouvoirs cumulés par le Régulateur se trouvent des principes nouveaux et à l'émergence desquels la Régulation contribue. D'abord l'intelligibilité, posée par le Conseil constitutionnel depuis 1995 : il faut pouvoir comprendre, comprendre ces systèmes, les défis posés par l'asymétrie d'information, les risques⁸⁰, etc. Il s'agit donc de relayer le principe d'information, le droit n'en étant que plus fort lorsque l'opérateur comprend la décision qui lui est adressée.

71 - Un autre principe récent et poussé par la Régulation économique est celui de la sécurité juridique⁸¹. L'économiste demande en effet en priorité la sécurité. Les économistes ne pouvant pas l'autoproduire, seul le Régulateur, qui exerce une intervention normative exogène, peut ainsi infiltrer le système de sécurité. Le professeur d'économie Etienne Wasmer⁸² a pu témoigner que ce que demande l'économiste au droit est de fournir de la sécurité au système économique. Le Régulateur doit cristalliser cela.

72 - Enfin la Régulation économique soutient que le droit ne doit pas se contredire, en particulier dans les systèmes financiers, puisque pour l'agent économique, si le droit se contredit, alors la cohérence du système de Régulation juridique se perd. L'économiste ne recherche pas nécessairement des normes faibles, qui ne le contraignent pas, ni un droit à sa disposition, mais simplement que les normes économiques ne se contredisent pas et se comprennent. Ainsi, le droit de la Régulation qui est tout au service du système économique et de l'agent économique, a pour buts cette cohérence, cette intelligibilité et cette stabilité des normes ; ces buts sont des normes fondamentales et fortes qui sont les normes d'un nouveau système juridique parfaitement adapté et attaché aux systèmes économiques.

73 - La Régulation économique est de ce fait le bastion avancé du droit moderne.

Mots-Clés : Régulation économique - Équilibre entre différents principes

Autorité administrative indépendante - Régulation économique - Contrôle des pouvoirs de l'AAI

74. Sur ce point précis, rapport J.-J. Laffont et M.-A. Frison-Roche, *L'évaluation de l'action des Autorités de régulation*, 1999. D'une façon plus générale, V. J.-J. Laffont, et J. Tirole, *Using Cost Observation to Regulate Firms* : *Journal of Political Economy*, 94, 1986, pp. 614-641 ; *Auctioning Incentive Contracts* : *Journal of Political Economy*, 95, 1987, pp. 921-937 ; *The Dynamics of Incentive Contracts* : *Econometrica*, 56, 1988, pp. 1153-1175 ; *The Politics of Government Decision Making* : *A Theory of Regulatory Capture* : *Quarterly Journal of Economics*, 106, 1991, pp. 1089-1127 ; *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation* : MIT Press, 1993 ; *Pollution Permits and Compliance Strategies* : *Journal of Public Economics*, 62, 1996, pp. 85-125 ; *Competition in Telecommunications* : MIT Press, 2000.

75. M.-A. Frison-Roche, *Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique*, in *Les responsabilités dans les régulations économiques*, coll. « Droit et Economie de la Régulation », t. 5 : Presses de Sciences-Po / Dalloz, 2007, pp. 55-70.

76. N. Charbits, *Les objectifs du régulateur. Entre recherche d'efficacité et rappel de légalité*, préc.

77. Sur l'arrêt *Oury*, V. *RD bancaire et fin.* 1999, comm. 33, obs. M.-A. Frison-Roche. Sur l'arrêt *Didier*, V. *D.* 2000. 62, note M. Boizard.

78. J.-J. Daigre, P.-H. Conac, D. Labetoulle et J. Riffault, *Le contrôle démocratique des autorités administratives indépendantes à caractère économique*, Paris : Economica, 1^{re} éd. 2002, 64 p.

79. Association Henri Capitant, *Collection de travaux de l'association : journées nationales*, Tome III, année 1998 - Journée de Limoges : « La motivation » : *LCDJ* 2000, 150 p.

80. M. Hirsch, *Le risque sanitaire, objet de la régulation*, in *Droit et économie de la régulation*, t. 3, *Les risques de régulation* : Presses Sciences Po/Dalloz, pp. 43-50.

81. Sur le principe de sécurité juridique, V. notamment, T. Piazzon, *La sécurité juridique*, préf. L. Leveneur, « coll. de Thèses » : *Defrénois, Lextenso*, 2009. - L. Boy, J.-B. Racine et F. Siirainen, *Sécurité juridique et droit économique* : *Larcier*, 2008. - CE, 24 mars 2006, 24 mars 2006, n° 288460 et s., *Sté KPMG et a.* ; *Concl. Y. Aguila* ; *RFDA* 2006, p. 463 ; *JCP G* 2006, II, 10113, *Belorgey et P. Cassia*, *La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit à multiples facettes* : *RDC* 2006, p. 1038-1050. - C. Perez, *La consécration du principe de sécurité juridique et la protection du contrat par le droit transitoire*.

82. E. Wasmer, *La science économique peut-elle interférer dans l'usage que la Cour Suprême fait de ses pouvoirs ?*, in *Le rôle des Cours suprêmes en matière économique*, Colloque organisé par *The Journal of Regulation*, 30 janv. 2010, à paraître.