

# OUVERTURE DU COLLOQUE

**M. Bernard REYNIS**

Bonjour à tous.

Mesdames et Messieurs les hauts Magistrats,

Mesdames et Messieurs les Professeurs,

Mesdames et Messieurs,

Mes chers Confrères,

J'ouvre aujourd'hui les entretiens de La Tour-Maubourg consacrés pour cette première édition au libéralisme et à la régulation. L'ambition du Conseil supérieur en la matière est grande, puisqu'il se propose de réunir dans ses murs les plus éminents spécialistes dans des domaines qui ne sont pas, a priori, parmi ceux qui sollicitent d'ordinaire l'expertise notariale. Nous espérons ainsi inaugurer un cycle de conférences – dont cet amphithéâtre servira d'écrin – qui présentera des thèmes de réflexion qui sollicitent l'université et les hautes juridictions, mais qui doivent aussi être intégrés par la communauté des juristes, spécialement des praticiens.

Nous nous sommes inspirés des entretiens de Bichat dans l'intitulé de ces colloques, mais seulement parce que nous formons l'espoir de leur donner, par l'intérêt qu'ils susciteront, un format et une régularité, qui en feront un rendez-vous attendu. À la différence de ces entretiens des professions de la Médecine, nous souhaitons que nos entretiens soient ouverts au-delà de la seule population des professionnels du droit.

Force est de reconnaître que notre première édition a été quelque peu contrariée par deux défaillances : parlementaire, d'une part, mais aussi par un mouvement social dont notre pays conserve le privilège, ce qui ne va sans réjouir ses concurrents.

Mais si nous avons dû affronter des vents contraires, nous avons eu l'avantage incomparable d'être assistés dans notre tâche par les professeurs et amis que sont Michel Grimaldi, Denis Mazeaud et Philippe Dupichot, de l'association Capitant des amis de la culture juridique française. Ce trio entreprenant a fait en sorte de réunir trois tables rondes qui vont traiter tour à tour des secteurs de la régulation, des autorités de régulation et des liens existants entre la régulation et l'Europe.

Parler de régulation est à l'évidence se référer au professeur Frison-Roche, puisqu'elle dirige la Chaire Régulation de Sciences Po (Paris), mais aussi, parce qu'elle a signé de nombreuses études sur ce thème qui va nous occuper tout au long de cet après-midi.

Marie-Anne Frison-Roche a non seulement accepté de présider la troisième table ronde, mais également de conclure et de synthétiser nos travaux. Rude tâche en perspective dans la mesure où elles seront animées par des spécialistes venus des rangs du Parlement, de la Magistrature, de l'Université comme du Barreau et, vous nous pardonneriez, aussi du notariat.

Du Parlement, puisque nous attendons l'arrivée du rapporteur général du budget au Sénat, par ailleurs mon ancien camarade de collège, Philippe Marini.

De la Magistrature, puisque monsieur le conseiller Leclercq interviendra à la deuxième table ronde, mais aussi, parce que nous avons l'honneur d'accueillir Madame Favre, Présidente de la Chambre commerciale

de la Cour de Cassation, qui participera à l'ensemble de nos réflexions en sa qualité, si je puis dire, de grand témoin.

De l'université à laquelle est confié le soin de diriger les débats, à raison de l'habitude qu'ont les professeurs, de faire régner la discipline dans les amphithéâtres, avec la présence tour à tour, des professeurs Lucas de Leyssac, Gaudemet et Israël.

Du notariat enfin, grâce à l'intervention de mon premier vice-Président, Jean-Pierre Ferret, ce qui signifie que comme premier vice-Président, pour ceux qui ne connaissent pas les coutumes de la maison, il a ici un grand avenir.

Je crois qu'il était difficile de réunir plus bel aréopage. Je sais bien que, maintenant, il faut dire casting, mais je ne parviens pas à me résoudre à de tels anglicismes.

Pourquoi donc avoir retenu ce thème de la régulation et du libéralisme ? La raison en est que régulation *is not regulation*, Madame le professeur. Ce thème draine derrière lui nombre de malentendus, peut-être d'inquiétudes, en tout cas moins d'incertitudes, avec les risques de confusion entre réglementation, déréglementation, régulation, droit de la régulation et celui de la concurrence.

Reprenant la définition du professeur Malone, je dirais que la régulation est l'organisation durable d'un marché en dehors du pouvoir politique du moment. Conscient de cette difficulté, mon prédécesseur média à la présidence de ce Conseil, Alain Lambert dont je salue la présence, a donc suggéré de consacrer nos entretiens à ce thème qui agite les économistes, les politiques, mais aussi et surtout les juristes. Il avait, à la demande du bureau du Conseil supérieur, conduit une étude sur la

libéralisation des activités économiques et le rôle des États dans la régulation de ces activités.

Cette étude l'avait conduit à espérer une clarification. Formons le vœu que ce colloque y parvienne. Je reprends l'expression d'Alain Lambert qui estimait que plus les économies sont libres, plus les États doivent être forts en matière de régulation par le droit et par la sanction. La puissance de l'État ainsi conçue n'est pas pour déplaire au notariat qui tire de l'État sa légitimité par la délégation de puissance publique qui lui est accordée. D'autant qu'Alain Lambert ajoutait que le notariat était selon lui un agent majeur de la régulation de ces États. Mais il en est d'autres, et ce sont ceux-là que nos travaux, éclairés par la présence de nos éminents spécialistes, vont explorer.

Pour ma part, je saurais sans doute ce soir si je préside une autorité de régulation, c'est-à-dire celle du notariat, ce que d'ailleurs, je n'appelle pas forcément de mes vœux, estimant que cette fonction revêt davantage de prestige, si elle est assurée par la seule chancellerie dont je salue également la présence des représentants.

Et je prie immédiatement la première table ronde de venir prendre place à cette tribune. Nous vous remercions de votre attention.

# **1<sup>ÈRE</sup> TABLE RONDE**

## **« LES SECTEURS RÉGULÉS »**

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Appelé à prendre la parole en premier au cours de cette table ronde consacrée aux secteurs régulés, il m'incombe évidemment d'en présenter l'objet. Mais comme cette table ronde est aussi la première des trois de cet après-midi, il eût été de bonne méthode de présenter aussi les mécanismes ou concepts auxquels il sera fait référence durant l'après-midi entière. Je dois vous dire que je n'essaierai même pas, car la mission serait impossible, au moins compte tenu du temps qui m'a été alloué pour mon intervention, pour ma présentation, 10 minutes en tout et pour tout.

Je me contenterai donc, pour fixer les idées, de proposer quelques définitions de base, dont je vous dis tout de suite qu'elles seront rudimentaires, grossières même. Vous le mesurerez au fur et à mesure du déroulement des tables rondes, en constatant à quel point ces définitions déforment une réalité fondamentalement protéiforme.

Je pourrais essayer de m'exonérer de ma responsabilité en vous suggérant que c'est une forme de maïeutique que de vous proposer de découvrir vous-même les insuffisances des prémisses, que je n'ai pas le temps d'essayer de poser correctement. Mais rassurez-vous. Vous ne serez, pour autant, frustrés de conclusions exactes, subtiles même, car je suis certain que Marie-Anne Frison-Roche, dans son rapport de synthèse, saura satisfaire vos légitimes attentes, malgré la grande complexité d'une matière qu'elle maîtrise parfaitement pour l'étudier depuis des années.

La régulation a été qualifiée par monsieur le professeur Chevallier de paradigme majeur des sciences sociales. En terme moins savant, cela signifie que l'on utilise le mot partout, ce qui permet de présumer que le mot n'a pas le même sens partout. Et tel est bien le cas. Même dans le domaine restreint, délimité par l'intitulé de cette journée : « Libéralisme et régulation », entendons libéralisme économique et régulation, on constate une polysémie marquée du mot régulation. J'en indiquerais trois sens : un sens fort, auquel il vaut mieux renoncer, un second sens fort et un sens plus mou.

Le sens qu'il vaut mieux oublier est le plus ancien. Il daterait du XVe siècle, et est dérivé du latin *Regula*, lui-même provenant de *Regis*. Il désigne la règle. Et ainsi que l'a observé monsieur le Président Reynis, il vaut mieux l'oublier, car confisqué par l'anglais, il est devenu au fil des siècles un faux ami.

*Regulation* ne signifie pas régulation, mais réglementation. Et pire encore, *deregulation* ne signifie pas déréglementation, mais plutôt, libéralisation ou démonopolisation. Alors, au surplus que la libéralisation d'un marché n'entraîne pas une déréglementation ; au contraire, la libéralisation secrète du droit. En somme, la *deregulation* crée de la *régulation*. Sans que pour autant, d'ailleurs, l'autorité de régulation ait toujours le pouvoir de faire des règles. Certaines ont ce pouvoir, d'autres ne l'ont pas. Cessons donc de fréquenter ces faux amis qui nous trahiraient, puisqu'ils se trahissent déjà entre eux.

Le second sens fort serait apparu au XVIIIe siècle dans une acception physique, technique, pour désigner le rôle d'un mécanisme capable de maintenir constant ou de faire varier selon des lois déterminées, le fonctionnement d'un système.

Son trait caractéristique est d'être défini par son but. Il recèle donc une idée de contrainte. Dans cette superbe salle de réunion, on peut penser à la régulation thermique, qui nous ménagera une température constante, quelles que soient les conditions climatiques extérieures et quelle que soit l'élévation de la température intérieure qui pourrait être due à la surchauffe cérébrale résultant de la difficulté du sujet traité.

Appliquée à un marché, la régulation, en ce sens, vise à créer et même à imposer un équilibre entre des forces ou des règles, quand on estime que sur ce marché, leur jeu spontané ne permettrait pas un fonctionnement satisfaisant. Son but premier est donc l'amélioration du fonctionnement économique du marché. Mais il peut avoir aussi à prendre en compte des impératifs non économiques qui, par leur nature laissent, les opérateurs indifférents.

Ces moyens sont contraignants, je le répète, et cette régulation, c'est essentiel, intervient *ex ante*. Elle vise à orienter le comportement futur des opérateurs. Elle est généralement exercée par des autorités dénommées autorités sectorielles de régulation.

Entre ces deux sens forts, il a été fait bien d'autres utilisations plus ou moins molles du mot. La régulation naturelle d'une espèce fait référence à des mécanismes indépendants de l'homme, mais la régulation des naissances n'est pas nécessairement étrangère à l'homme.

Dans le domaine juridique, ce sens général est fréquemment employé, particulièrement en France par les politiques pour traduire la recherche d'un équilibre.

La loi française du 15 mai 2001, dite NRE, sur les nouvelles régulations économiques, ne comporte que très peu de dispositions concernant la régulation au sens strict. On a simplement entendu signifier que les règles qu'elle contient cherchent à établir des équilibres entre des intérêts ou des impératifs, a priori divergents ou même contradictoires.

En ce sens général, on parle du rôle de régulation de la loi et même de la jurisprudence, du droit en somme qui tend à établir ou à garantir des équilibres sociaux ou économiques. Et toujours dans ce sens, certains disent que les autorités de concurrence, (Conseil de la concurrence, Commission européenne), procèdent à une régulation de l'économie en appliquant *ex post* les règles de concurrence qui sanctionnent des comportements interdits.

Il y a donc, vous le constatez, une polysémie extrêmement marquée. Et on aurait pu songer à différencier les régulations sur le fondement de la distinction, intervention *ex post* ou *ex ante*. D'un point de vue théorique, cette distinction paraît solide. Malheureusement, beaucoup de travaux démontrent que, d'un point de vue pratique, elle n'est pas suffisamment robuste pour servir de fondement unique à une distinction juridique. Il est alors possible d'envisager un approfondissement de l'analyse. Madame Frison-Roche l'a réalisé en distinguant cinq sens du mot régulation. Cette après-midi, nous n'aurons pas besoin de cette subtilité, car il est clair que le sujet choisi par les organisateurs porte sur la régulation sectorielle. La première table ronde est consacrée aux secteurs régulés, la deuxième aux autorités de régulation et la troisième à ce qu'on appelle l'interrégulation, c'est-à-dire l'interpellation que la globalisation adresse aux régulateurs nationaux.

Pourquoi examiner en premier lieu les secteurs régulés ? Pourquoi partir du fait, quand nous attendons tous l'énoncé de principes, pour tenter d'y voir un peu plus clair dans une réalité touffue ?

Tout simplement par modestie et par souci d'efficacité. Car en cette matière, comme en bien d'autres à la vérité, le droit suit le fait. Mais en matière économique, il n'est pas sacrilège de l'admettre, ni de constater que le droit ne rattrape jamais le fait qui le précède. Il s'agit donc, en partant des réalités du terrain, de rechercher pourquoi on a recours à la régulation sectorielle et quels en sont les moyens d'action. Avant de passer la parole à la table ronde, je puis contribuer à apporter rapidement une réponse tout à fait évidente à la première des questions posées : quels sont les secteurs régulés ? Mais j'essaierai aussi de tracer le cadre dans lequel la table ronde essaiera de répondre aux autres questions.

La réponse à la première question est évidente : en France, la régulation sectorielle intéresse les secteurs de la banque, de la finance, de l'assurance, du médicament, des télécommunications, de l'audiovisuel, des énergies et des transports. Je ne sais pas très bien quelle part du PIB cela représente, mais c'est certainement une part importante et c'est sans doute la raison pour laquelle notre table ronde ne couvrira pas l'ensemble de ces secteurs. Ils sont d'une grande diversité, et les régulateurs ont des pouvoirs très variés. De ce point de vue, une place à part doit certainement être faite à l'AMF. Et si vous êtes spécialisé dans le secteur du gaz, vous ne nous en voudrez pas d'ignorer les dernières modalités de réservation des capacités de transport à 30 jours.

Pour ce qui concerne la deuxième de mes missions, tracer le cadre des débats de cette table ronde, je voudrais m'en acquitter en proposant une définition de la régulation sectorielle et en la commentant. Vous noterez que, ce faisant, j'assume mes responsabilités d'universitaire, puisque je tente de vous proposer une définition, alors qu'il y a dans cette salle de très nombreux auteurs qui en ont déjà proposé d'excellentes.

La mienne sera la suivante : la régulation sectorielle vise à la création ou à la stimulation d'une compétition bénéfique au consommateur en veillant à ne pas porter atteinte aux valeurs qui fondent l'harmonie de la vie de la cité. La régulation sectorielle a d'abord, c'est clair, un but économique : faire que sur un marché, généralement soumis au principe de concurrence depuis peu, s'installe et se développe une compétition utile au consommateur.

Si vous acceptez de considérer avec moi, que les mots « concurrence » et « compétition » ne sont pas synonymes, mais que l'un - la concurrence - désigne le droit, et l'autre - la compétition - désigne le fait, il devient évident qu'il ne suffit pas que le droit soumette un marché au principe de concurrence pour que s'installe, en fait, la compétition. Or, c'est de cette seule compétition que naissent les bienfaits économiques que l'on attend du principe de concurrence. Il faut donc s'assurer qu'au principe théorique de concurrence, répondra le fait de compétition que seuls les opérateurs maîtrisent. Eux seuls peuvent décider de se livrer aux efforts que suppose la compétition. Et ce sont ces seuls efforts qui créent les bienfaits économiques que l'on attend du principe de concurrence. Le régulateur sectoriel intervient donc pour essayer de permettre l'exercice d'une compétition effective.

Sur un marché libéralisé, il est deux raisons qui peuvent dissuader les opérateurs de se livrer à une compétition. D'abord, le poids de l'opérateur historique, ensuite, l'exploitation d'un réseau. Sur le poids de l'opérateur historique, je n'insisterai pas. Les nouveaux entrants potentiels doivent avoir quelques garanties que le combat de David contre Goliath pourra être gagné par David, s'il est meilleur que Goliath. Ce qui ne serait pas nécessairement le cas sans la surveillance du régulateur.

Quant à l'exploitation du réseau : fil du téléphone, transport d'électricité ou de gaz, rail de chemin de fer, c'est ce qui paraissait autrefois justifier les monopoles que l'on disait naturels, pour signifier que ces monopoles étaient jugés incontestables. Il faut croire que la nature n'est pas la même à Paris et à Bruxelles, puisque l'existence de ces réseaux n'a pas empêché la Commission de démonopoliser les secteurs considérés, comme c'était prévu dans le traité. Comment a-t-elle pu le faire ? Tout simplement en dissociant le réseau de l'exploitation, et en prévoyant la mise en commun, le partage du réseau. Le partage du réseau constituera le deuxième pôle des débats de cette table ronde.

Et enfin, et ce n'est pas le moindre des aspects de cette difficile question, les services rendus par les industries de réseau sont souvent qualifiés de services publics. On ne s'étonnera donc pas qu'il puisse y avoir des frictions entre l'impératif de concurrence, le désir de compétition et le service public. De sorte que le régulateur peut avoir aussi à concilier ces impératifs contradictoires, et pas seulement ceux du service public, il y en a d'autres : le développement durable par exemple ; on peut aussi penser à la santé publique, et à beaucoup d'autres.

Le troisième thème de cette table ronde portera, si le temps le permet, sur la façon dont le régulateur peut régler ces conflits.

J'ai déjà trop parlé, beaucoup trop. Je vais donc immédiatement passer la parole aux membres de la table sur le premier thème : la construction d'un marché, donc les questions d'interopérabilité et d'interconnexion.

## ● Construction d'un marché

### **M. Jean-Jacques GUILHEM**

Merci Monsieur le Professeur.

Pour aborder les problèmes posés par l'interopérabilité et l'interconnexion des réseaux, il faut d'abord en définir le sens, car il s'agit de termes qui ont avant tout une acception technique.

L'interopérabilité est la capacité que possède un produit ou un système dont les interfaces sont intégralement connues, à fonctionner avec d'autres produits ou systèmes, existant ou futurs. Ainsi, quand deux systèmes (tels que des réseaux téléphoniques) peuvent fonctionner ensemble, on dit qu'ils sont compatibles, quand on sait pourquoi et comment, on dit qu'ils sont interopérables. Pour rendre des systèmes interopérables entre eux, on conçoit des interfaces qui sont basées sur des normes techniques, la norme étant la base de conception des interfaces.

Dans la mesure où la plupart des normes techniques sont aujourd'hui conçues sur un plan international par des organismes spécialisés (tel l'ITU pour les normes de

radiocommunication électroniques), elles échappent en général à la compétence des autorités de régulation qui n'ont pas, la plupart du temps, les moyens nécessaires ni les attributions correspondantes.

L'interconnexion des réseaux est une notion complètement différente. Elle consiste à relier entre eux différents réseaux, qui, par définition, doivent être interopérables, afin que chacun des membres d'un de ces réseaux puisse communiquer avec n'importe quel autre membre des autres réseaux interconnectés.

À titre d'exemple, les trois grands réseaux de téléphonie mobile qui existent en France et qui sont interopérables, sont désormais interconnectés entre eux et sont également interconnectés au réseau de téléphonie fixe de l'opérateur historique : ainsi, un abonné de Bouygues Télécom peut joindre avec son téléphone portable un abonné du réseau Orange ou du réseau SFR, ainsi que toute personne disposant d'un équipement de téléphonie fixe.

En matière d'interopérabilité et d'interconnexion de réseaux, les textes de base figurent dans la Constitution Européenne (Partie III/ Titre III/ Ch III/ Section 8 : Réseaux transeuropéens) :

- *l'article 26 – point 2 dit ceci : « Dans le cadre d'un système de marchés ouverts et concurrentiels, l'action de l'Union vise à favoriser l'interconnexion et l'interopérabilité des réseaux nationaux ainsi que l'accès à ces réseaux. »*
- *l'article 247 – point 1 – point b dit : « L'Union met en oeuvre toute action qui peut s'avérer nécessaire pour assurer l'interopérabilité des réseaux en particulier dans le domaine de l'harmonisation des normes techniques. »*

Ainsi, l'Union européenne a notamment pour objectif, en favorisant l'interopérabilité des réseaux, de permettre l'accès de nouveaux opérateurs dans un secteur donné aux réseaux existant en leur permettant de s'y interconnecter.

En France, et sous la pression de l'Union européenne, à l'occasion de l'ouverture à la concurrence des services en réseaux, la réglementation, sur la base de la théorie des installations essentielles, développée par la jurisprudence américaine et reprise par la jurisprudence française, a prévu que les opérateurs historiques réputés exercer une influence significative sur un marché pouvaient se voir imposer la fourniture aux nouveaux opérateurs de prestations d'interconnexion ou d'accès à des éléments de réseaux existants (développés par ces opérateurs historiques) dans des conditions non discriminatoires et à des conditions de tarif non excessif ou d'éviction.

À titre d'exemple, l'ARCEP, sur la base de l'article L.38 du Code des Postes et Communications électroniques, a déterminé des obligations particulières pour TDF en sa qualité d'opérateur dominant sur le marché particulier de la diffusion des services de communication télévisuelle, et pour France Télécom sur le marché du raccordement aux réseaux téléphoniques fixes ouverts au public.

Des dispositions similaires ont été prises dans le domaine de l'énergie (gaz et électricité) vis-à-vis de GDF et de RET-EDF Transport, et dans celui du transport ferroviaire vis-à-vis de Réseau Ferré de France qui détient les réseaux ferrés développés par la SNCF.

Afin de faciliter ce droit d'accès aux réseaux historiques, la propriété de ces derniers, à l'occasion de l'ouverture à la concurrence des secteurs correspondants, a été en

général transférée à une structure juridique indépendante, bien que souvent filiale de l'opérateur historique.

Désormais, dans tous ces secteurs à réseaux techniques historiques, les dispositions nécessaires ont donc été prises pour que de nouveaux opérateurs, de nouveaux entrants sur les marchés concernés, n'ayant ni la taille ni les moyens nécessaires pour développer des réseaux d'infrastructures nationaux ou régionaux concurrents, puissent accéder à ces réseaux historiques afin de permettre progressivement l'émergence d'une concurrence favorable aux consommateurs.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Voilà donc les opérateurs capables d'opérer. Ils peuvent accéder au marché. Mais cela ne suffit pas pour créer un marché, et notamment un marché équilibré. Pour créer un marché équilibré, il faut que les opérateurs se contestent eux-mêmes, puissent se livrer à une compétition effective qui, elle, régulera. Alors, comment va-t-on faire pour doper les nouveaux entrants ?

Peut-être que leurs talents suffiront à les faire grossir. Peut-être que les lacunes de l'opérateur historique les aideront, mais ce n'est pas toujours le cas. C'est pourquoi on s'est posé la question dite de la régulation asymétrique. Puisqu'il s'agit à terme de faire apparaître des opérateurs contestant l'opérateur historique, est-il légitime que le régulateur dise à l'opérateur historique : « Pousse-toi un peu pour faire de la place aux autres » de façon à ce qu'ils croissent suffisamment rapidement pour que le marché puisse réguler par la main invisible qui signera l'acte de décès du régulateur.

## **M. Jean-Jacques GUILHEM**

On peut donner quelques exemples de ce type de régulation, dite asymétrique, par les autorités de régulation.

Ainsi, dans le domaine des communications électroniques, et, plus particulièrement sur le marché de la téléphonie fixe, France Télécom a toujours été considérée par le régulateur comme un opérateur puissant, c'est-à-dire ayant une influence significative sur le marché du téléphone.

C'est pourquoi l'ARCEP, en sa qualité de régulateur, sur le marché dit de la « terminaison des appels fixes » et eu égard au fait que France Télécom est propriétaire des installations correspondant à ce que l'on appelle la « boucle locale » (c'est à dire la partie du réseau téléphonique qui va des installations de cette dernière – les centraux téléphoniques- aux prises téléphoniques de chaque abonné), a fixé, en matière de tarification, des obligations différenciées aux opérateurs présents sur ce marché :

- *France Télécom, opérateur historique, s'est vu imposer l'obligation de pratiquer une tarification orientée vers les coûts, c'est-à-dire vers ses prix de revient ;*
- *alors que les opérateurs alternatifs se sont vu imposer une simple obligation de ne pas pratiquer des tarifs excessifs.*

Les nouveaux entrants ont ainsi été autorisés à pratiquer des prix qui leur permettent de réaliser une marge importante, à la condition que celle-ci ne génère pas des tarifs excessifs pour le consommateur ; France Télécom, pour sa part, doit facturer au consommateur cette prestation à un prix proche de son prix de revient.

Ce type de décisions prises par les régulateurs a été validé par la Commission européenne, dans la mesure où elles visent à garantir aux nouveaux entrants un espace économique suffisant pour le développement de leurs activités.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Il y a donc, et on en trouverait de nombreux autres, des exemples dans lesquels le régulateur bouscule un peu l'opérateur historique pour donner de l'espace aux autres.

Est-ce que cela fonctionne ? Est-ce que cela permet de faire que des marchés arrivent à maturité, et qu'on puisse leur rendre la liberté, qu'on puisse les laisser sous l'emprise de la main invisible ? Dispose-t-on d'exemples de cette nature ?

### **M. Jean-Jacques GUILHEM**

Une fois de plus, c'est dans le secteur des communications électroniques, qui est le secteur à réseau le plus ancien ouvert à la concurrence, que l'on peut constater ce que l'on pourrait appeler des exemples de régulation réussie, aboutissant à une dérégulation, c'est-à-dire à l'abandon d'une régulation *ex ante* pour un retour au droit commun de la concurrence.

La régulation qui avait été imposée à France Télécom sur ce que l'on appelle le « marché de gros des offres d'accès large bande » (c'est-à-dire sur le marché des offres ADSL) livrée au niveau national, a été abolie. L'ARCEP a en effet considéré que le niveau de concurrence sur ce marché pertinent avait atteint

l'intensité concurrentielle nécessaire pour revenir dans le seul champ de compétence du droit commun de la concurrence (*ex post*).

On peut ainsi constater tous les jours l'importance des publicités faites, notamment par voie d'affichage, par les fournisseurs d'accès à internet pour les offres dites « Triple Play » (offres combinant par un accès à haut débit, de l'internet, de la téléphonie fixe et de la télévision) dont les prix ont chuté de plus de moitié en quelques années sous le poids de la concurrence.

Certaines offres de téléphonie fixe au détail avaient déjà fait l'objet de la part du régulateur d'une dérégulation *ex ante* (marché des communications résidentielles).

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Donc, ça a marché, certes, mais sur des petits marchés.

### **M. Jean-Jacques GUILHEM**

Non pas sur des petits marchés, car le marché des communications résidentielles (c'est à dire du marché de la téléphonie fixe destiné aux utilisateurs privés comme vous et moi) de même que le marché de gros des offres ADSL sont aujourd'hui des marchés très importants.

L'ARCEP considère aujourd'hui qu'elle doit porter son activité de régulation en amont, c'est-à-dire sur les marchés de gros plutôt que sur les marchés de détail, considérant que c'est sur les marchés entre professionnels que les risques d'atteinte à la concurrence sont les plus importants, dans la mesure où ils ont une influence directe sur les prix de détail.

## **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Oui, mais c'est important tout de même de noter cette idée que le succès du régulateur conduirait à sa propre disparition. Elle fait sourire un peu les juristes, mais elle n'est pas complètement illusoire. On en a des exemples.

Autre thème toujours sur la construction du marché : l'idée qu'un régulateur, quels que soient les talents des hommes qui le composent, pourrait ne pas faire mieux que les opérateurs ou qu'autrefois l'administration. C'est une idée qui n'est pas aussi incongrue qu'il y paraît. Il faut bien réaliser qu'on est parfois confronté à des hypothèses de bêtise du régulateur. Le régulateur s'est trompé.

Les décisions qu'il a prises, fondées généralement sur des anticipations erronées de l'évolution du marché, s'avèrent funestes pour le marché. Yves Gaudemet, tout à l'heure, tirera les conséquences de telles erreurs en termes de responsabilité, mais ce qu'il est intéressant de constater, c'est qu'on ne peut pas poser en principe que les décisions du régulateur sont bonnes. Elles pourront être contredites par l'évolution du marché et notamment par les préférences du consommateur. Sur des marchés émergents, par exemple, il est arrivé déjà plusieurs fois que des anticipations de régulateur s'avèrent erronées et que les orientations qu'il a pu donner au marché se révèlent funestes pour les opérateurs.

Vous avez, je crois, quelque chose à dire à ce sujet.

## **M. Jean-Jacques GUILHEM**

Je n'ai pas d'exemple particulier sur ce point, mais je suis amené à constater certaines évolutions.

Le régulateur, comme toute autorité, doit, à un moment donné faire des choix. Un des choix qui a été fait il y a quelques années pour densifier les réseaux régionaux et locaux a été celui de la « boucle locale radio » qui est une technologie de connexion de réseaux entre eux. Or, il s'avère aujourd'hui que malgré les dizaines de licences qui ont été attribuées, cette boucle locale radio n'a pas connu le succès qu'on pouvait en attendre, loin de là. Malgré les investissements effectués par un certain nombre d'acteurs sur ce marché, beaucoup d'opérateurs ont dû jeter l'éponge.

Concernant le futur, on sait, en matière de téléphonie mobile, que les choix technologiques concernant la quatrième génération (dite 4G) vont être arrêtés en 2009 pour une application à partir de 2011. Les technologies en lice devraient normalement être dérivées des technologies UMTS (normes 3G – 3e génération) dont les licences ont coûté très cher aux opérateurs eu égard au système de fixation de prix retenus par les régulateurs en Europe.

Or les membres de l'ITU (International Telecommunication Union), organisme qui définit les normes internationales en matière de télécommunication, ont récemment entrepris d'officialiser le WIMAX comme un standard d'échanges radio et comme norme possible pour la 4G.

Le WIMAX pourrait ainsi devenir la norme fédérative des acteurs mondiaux et offrir aux consommateurs la possibilité de se connecter partout dans le monde sans avoir à changer de terminaux.

Un certain nombre de professionnels, qui ont lourdement investi dans les technologies UMTS de 3e génération, voient d'un mauvais œil l'arrivée du WIMAX comme l'une des normes de la 4G, car les nouveaux acteurs, qui ont acquis des licences WIMAX à des coûts très inférieurs à ceux des licences UMTS, deviendraient des compétiteurs redoutables, pouvant remettre en cause tout le modèle économique de la téléphonie mobile actuelle.

Ainsi, le choix de cette technologie comme norme de la 4G remettrait indirectement en cause non pas le choix technique qui a été fait à l'époque par le régulateur, mais le choix qui a été fait pour la fixation du prix des licences UMTS, basé sur un système d'enchères.

Si une erreur a pu être faite à un moment donné par le régulateur, lors de l'attribution des fréquences nécessaires au déploiement de l'UMTS, c'est celle qui a consisté à mettre aux enchères les fréquences correspondantes.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Il y a des possibilités d'erreurs, sinon de bêtises, du régulateur. Mais il y a bien plus grave. La doctrine américaine souligne depuis très longtemps déjà, qu'il y a des phénomènes dits de capture du régulateur. Qu'est-ce que cela signifie ?

Cela signifie qu'il y a une asymétrie d'informations entre le secteur régulé, les professionnels du secteur régulé et le régulateur. Et que comme les informations viennent du secteur régulé, on distille au régulateur des informations choisies pour essayer d'orienter ses décisions. Le régulateur est en quelque sorte captif du secteur ou de ses opérateurs. C'est tellement inquiétant

que certains économistes américains en sont venus à condamner ce système de régulation ; et c'est vrai aussi d'ailleurs pour quelques économistes français qui estiment que ce modèle de régulation atteint très rapidement ses limites, à raison des périls que je viens de souligner.

Il ne faudrait donc pas croire qu'un bon régulateur garantit une évolution favorable du secteur. La voie est, au contraire, extrêmement périlleuse.

### **M. Jean-Jacques ISRAEL**

Juste deux brèves observations en transition sur ce problème de la capture du régulateur :

L'une est de replacer la régulation là où elle se situe, c'est-à-dire, comme le disait Vedel, comme une fonction plus que comme un concept. C'est une notion fonctionnelle. À partir du moment où elle est fonctionnelle, elle s'applique au marché. Et le marché, c'est le cadre de la régulation dans une « *société démocratique* » telle que définie par la convention européenne, de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Donc, il faut organiser la concurrence sur le marché. Et comme on passe d'une situation de monopole public - puisqu'on ne parle ici que de la régulation sectorielle, qui n'est qu'un des aspects - à une situation de concurrence, il faut donc organiser la concurrence. Il n'y a pas de doute qu'il y a une certaine inefficacité ou, en tout cas, une difficulté à organiser la concurrence, alors que normalement, le système concurrentiel est un système spontané. C'est un système qui devrait fonctionner de lui-même.

Les phénomènes de capture viennent d'abord de l'analyse du marché, et l'analyse du marché par une comparaison avec le cartel. Les économistes l'ont montré. Les théories de la régulation, en France, sont relativement récentes, mais elles viennent de beaucoup plus loin dans la théorie anglo-saxonne qui connaît depuis longtemps aux États-Unis ou en Angleterre les autorités de régulation et l'analyse économique de la régulation.

Dans ce contexte-là, on a comparé la régulation au cartel, parce que sur les marchés qui sont des marchés où l'organisation de la concurrence est artificielle, ( on passe à une situation de marché là où on était dans une situation de type monopole), on a besoin de fixer des règles et il faut que le régulateur donne des indications. Ces indications sont l'application des règles générales posées que sont les principes qui s'imposent au secteur régulé. Si on énumère simplement les principes qui s'imposent, on voit le risque de dérive.

Ces principes sont la séparation des opérateurs et des régulateurs et l'exigence d'indépendance du régulateur. Il faut souligner les règles qui sont celles de la nomination des autorités de régulation et les difficultés qui conduisent à donner les fonctions de régulation à des personnalités qualifiées qui, pour être qualifiées, viennent du secteur lui-même. Et là - pardon de ce long cheminement pour arriver à la question précise de la capture - on comprend pourquoi il y a ce risque de capture. D'abord par le phénomène de cartel, c'est-à-dire la limitation de la concurrence à quelques opérateurs dont un est privilégié, l'opérateur historique qui est privilégié, parce qu'il a l'antériorité sur le marché. Ensuite, par la perméabilité entre le secteur contrôlé et les contrôleurs.

Tout ça peut être tempéré par le système de recours juridictionnel. Mais sur le plan du marché, il y a déjà une difficulté. Alors, on va essayer de l'éviter par la mixité de la composition de l'organe régulateur. Mais cette mixité ne sera qu'une limitation, un tempérament à ce risque de perméabilité et d'informations déséquilibrées, une information privilégiée qui vient des acteurs qui sont eux-mêmes ceux qui sont contrôlés par le régulateur.

Ou a donc des forces et des faiblesses de la régulation qui sont liées à la structure propre de ce marché et à la place qu'ont les régulateurs au regard des acteurs.

## ● **Devoir du régulateur**

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Puisque la réalité est très diverse, je voudrais passer la parole à monsieur le Président Marini de façon à ce qu'il nous dise un mot d'une autre autorité sectorielle qui n'a pas du tout la fonction que nous venons d'étudier : il s'agit de l'AMF.

### **M. Philippe MARINI**

Je veux bien vous parler de l'AMF, bien entendu, mais je voudrais aussi m'inscrire dans l'ensemble du débat, et peut-être proposer une distinction entre deux cas de figure.

Si l'on prend l'exemple des marchés financiers, ils ont toujours existé en tant que marchés financiers, à toutes les époques, et ils vivent de leur dynamique propre.

Ils sont, selon les périodes, plus ou moins segmentés, plus ou moins ouverts sur l'extérieur.

Dans la période de l'après-guerre, comme dans toutes choses dans la vie économique, l'État était omniprésent. Et j'en ai encore le souvenir, quand j'étais élève de l'ENA ou même jeune inspecteur des finances, le Bureau du marché financier, rue de Rivoli, c'était une unité physique. C'était un bureau, au sens physique du terme, et où l'on élaborait notamment un outil que l'on appelait le tableau carré. Le tableau carré, c'était le volume des émissions et les besoins de l'économie. Et ceci était, non pas régulé, mais acté, décidé par la puissance publique. Il n'en reste pas moins qu'il existait des transactions sur les valeurs mobilières et qu'il y avait une COB qui fonctionnait tous les jours, qu'il y avait un marché au comptant et un marché à terme.

Bref, d'un côté, un État non pas régulateur, mais gérant de l'économie, et de l'autre, des dispositifs de droit privé issus du fonctionnement des sociétés commerciales, et qui trouvaient leur origine, leur filiation dans le XIXe siècle, et notamment dans la loi de 1867 sur les sociétés commerciales.

Progressivement, les choses ont évolué, et à partir de la commission des opérations de bourse créée en 1967, nous en sommes arrivés par des fusions successives à l'actuelle autorité des marchés financiers. Mais, tant la COB de l'origine que l'AMF élargie d'aujourd'hui, ont, il faut le rappeler, deux fonctions :

- *Une fonction de régulation, consistant à faire émerger, à établir, à faire respecter les règles du marché. C'est le règlement général de l'autorité des marchés financiers qui prescrit les dispositions applicables par les opérateurs.*

- *Mais aussi, seconde fonction, un rôle disciplinaire. Ce rôle qui, aujourd'hui, s'exprime dans la commission des sanctions de l'autorité des marchés financiers, existe depuis l'origine. Depuis la COB de 1967, la fonction disciplinaire existe. Elle se traduit par des enquêtes, par des investigations, par des sanctions administratives, avec, vous le savez, le délicat sujet de la coordination de l'approche administrative et de l'approche judiciaire.*

Donc, voilà le descriptif, le survol à très grands traits, extrêmement rapide et simplificateur que je puis faire en ce qui concerne les marchés financiers.

Si l'on regarde d'autres situations, des situations sectorielles : télécommunication, média, énergie, transport, il y a aussi des approches de régulation, mais qui sont d'essence différente et d'origine différente. Car, dans chacun de ces secteurs, nous sortons de situations caractérisées par le monopole. Et c'est bien ce qui a été dit par l'intervenant précédent, régulation et concurrence sont deux approches qui se rejoignent, et qui même font corps. Lorsque naît un marché, il lui faut une régulation. Il faut s'assurer de la transparence, de l'équité, de la bonne circulation de l'information, qui est inhérente, qui est consubstantielle à la nature du marché.

Et nous voyons donc ces deux approches qui convergent en quelque sorte, et qui convergent - et je voudrais m'arrêter là - vers un modèle, un format qui est celui de l'autorité administrative indépendante. C'est la forme que revêt le régulateur, qu'il s'agisse d'une approche horizontale comme celle de l'autorité des marchés financiers, qu'il s'agisse d'une approche verticale en substitut ou en suite des anciens monopoles d'État d'autrefois, ou des positions dominantes gérées par l'État, comme dans les secteurs que j'ai cités.

Mais, en tout état de cause, des principes prévalent en commun :

- *Indépendance du régulateur par rapport au pouvoir administratif,*
- *Collégialité de l'instance,*
- *Séparation claire selon les principes du droit européen de la régulation et des activités répressives débouchant sur des sanctions à l'égard des acteurs de marché,*
- *Personnalité morale,*
- *Autonomie financière,*
- *Recette affectée pour asseoir cette indépendance et cette capacité à résister aux pressions éventuelles du pouvoir administratif.*

Toutes ces caractéristiques sont communes, que la filiation des régulateurs provienne de l'une ou de l'autre voie. Et récemment au Sénat, plusieurs collègues de notre commission des lois ont fait un travail de fond, un travail très important sur cette notion de régulateur : qu'est-ce qui fait un régulateur susceptible de tenir son rang et de mériter pleinement cette appellation ?

Nous savons que, dans notre pays, les situations sont encore variables, contrastées selon les régulateurs et que certains demeurent trop proches du pouvoir administratif. D'autres peuvent être qualifiés de régulateurs majeurs. Peut-être serait-il bon de simplifier, de revoir ce paysage, mais ceci est une autre affaire.

## **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Avant de vous passer la parole pour des questions, quelques mots quand même sur les deux autres thèmes que nous souhaitons aborder : des questions qui sont plus propres au partage de réseau. Observons d'abord que, généralement, le régulateur ne gère pas le réseau. Il est géré par un autre organisme. Il n'intervient donc que pour déterminer les conditions d'accès au réseau, pour s'assurer que le marché fonctionne de façon équilibrée. Ce n'est pas lui qui gère le réseau.

Ceci donne évidemment à ce type de régulateur une plus grande espérance de vie, car le réseau demeurera de sorte qu'on ne peut pas espérer la disparition du régulateur en raison du succès de sa mission. Et comme c'est le cas dans beaucoup d'hypothèses, je ne suis pas absolument certain que les régulateurs disparaîtront véritablement, puisque beaucoup surveillent cette mise en commun, cet accès, en tout cas, au réseau.

## **Jean-Jacques GUILHEM**

Oui, savoir si effectivement la durée de la fonction de régulateur est liée à la durée de partage de réseau, je pense qu'il n'y a pas de lien. Il y a des réseaux qui, par nature, compte tenu des investissements qu'ils impliquent, ne peuvent être dupliqués ou s'ils peuvent être dupliqués pour les besoins de l'environnement, on ne les dupliquera pas. Je pense que ces réseaux sont appelés à durer, et pour autant, il arrivera un moment où l'accès à ces réseaux, l'interconnexion avec les réseaux des autres opérateurs aura atteint un niveau qui permettra au régulateur de relâcher son activité de régulation sur ces réseaux, sur ces infrastructures et sur l'opérateur historique.

Donc, je pense qu'il n'y a pas de lien entre l'infrastructure, le réseau et la durée du mandat du régulateur, d'autant plus que certaines infrastructures qui sont substituables, feront que certains réseaux historiques, comme celui de France Télécom, ne seront plus un jour des infrastructures essentielles. On peut imaginer aujourd'hui, par exemple, que les réseaux ferroviaires puissent servir à la mise en place de réseaux de troisième ou quatrième génération, c'est-à-dire de réseaux de fibres optiques qui permettront aujourd'hui de transporter dans de meilleures conditions les données audiovisuelles qui sont nécessaires à la culture et au public. Le réseau de France Télécom pourrait, à ce titre, disparaître en tant qu'infrastructure essentielle. Mais, je ne vois pas le lien qu'il peut y avoir entre l'infrastructure, le réseau et la durée du mandat du régulateur. On peut citer d'autres exemples.

### **M. Jean-Jacques ISRAEL**

Juste un mot pour compléter : dans la fonction de régulation, on a beaucoup parlé jusqu'à maintenant et à juste titre de la régulation du marché, de l'organisation d'une concurrence loyale sur le marché, des risques de mauvais fonctionnement du marché ou de fautes de régulateur. Il faut peut-être ajouter aussi dans le débat la fonction d'organiser l'accès, non pas seulement des opérateurs, mais aussi des usagers. Cela a été dit au tout début, mais il faut réintroduire ici la notion de service public. Dans une définition actuelle de la régulation, il y a aussi cet équilibre à tenir entre les prérogatives de la puissance publique dont on a bien compris qu'elles étaient renforcées, et non pas atténuées par le système. C'est un des paradoxes que le vocabulaire a souligné.

Quand on parle de déréglementation, on parle en réalité de re-réglementation. Et c'est une évolution du rôle de l'État, une nouvelle forme d'intervention publique qui se justifie peut-être par la nécessité d'assurer la protection des usagers, la protection du service qui est rendu aux usagers, et pas seulement celle du fonctionnement loyal et transparent du marché.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Puisque nous devons réserver de l'espace pour un débat, une dernière observation en deux minutes sur le devoir du régulateur de composer entre cette amélioration du fonctionnement du marché et d'autres impératifs. On a évidemment évoqué le service public, parce qu'il est très souvent présent, mais il en est d'autres.

Je crois qu'il faut bien noter que le problème que cela pose est susceptible de degrés. S'il s'agit de composer entre le bon fonctionnement du marché d'une part, et par exemple, l'accomplissement d'une mission de service public, c'est évidemment au régulateur d'établir les bases de cette composition. Beaucoup plus souvent qu'on ne le pense, il est possible de composer entre l'impératif de concurrence et le service public.

Mais s'il s'agit de choisir, c'est-à-dire de décider qu'il y a incompatibilité entre l'accomplissement de la mission de service public et la règle de concurrence, ce qui impose de préférer l'accomplissement de la mission de service public, alors, je ne suis pas sûr que le régulateur ait une légitimité pour prendre une telle décision, opérer un tel choix, car on sort de la mécanique du marché pour déboucher sur des choix qui me paraissent être de nature politique.

Vous le savez, et ce sera évoqué tout à l'heure, il existe une grande interrogation sur la légitimité des régulateurs. On y arrive très rapidement, lorsqu'ils sont confrontés à la sauvegarde d'autres impératifs.

Je crois que nous allons nous arrêter là pour répondre aux questions que vous voudrez nous adresser.

### **Mme Claire FAVRE**

Je ne vais peut-être pas être un grand témoin, mais je vais poser une question très naïve.

Je crois avoir donc compris que ce secteur régulé est nécessaire pour arriver à un équilibre des règles et des forces dans des secteurs où de manière générale, il y avait avant des monopoles, donc où il faut pouvoir ouvrir et créer un marché et d'ouvrir à la concurrence.

Alors ma question, c'est : dans ces conditions, qui va définir les règles de concurrence et est-ce qu'on ne va pas arriver à des frictions, des oppositions entre chacun de ces secteurs régulés et le Conseil de la Concurrence ?

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

C'est une question tout à fait cruciale que nous avons considérée comme un peu en marge de la table ronde, mais vous avez raison de la poser, car elle est essentielle. Il y a un début de réponse dans ce que nous a dit, Monsieur Guilhem tout à l'heure, lorsque l'ARCEP s'est demandée si le marché de la large bande était suffisamment mûr pour accéder à l'autonomie, enfin pour sortir de la régulation. Elle a interrogé le Conseil de la concurrence qui a rendu un avis en disant : « Oui, il me semble que la concurrence peut fonctionner seule »,

et par conséquent, l'ARCEP a décidé de sortir de la régulation cette partie du marché. »

### **M. Philippe MARINI**

Je crois qu'il y a là une question très délicate qui n'est pas réglée. On en parle de plus en plus. Je pense qu'on peut prendre l'exemple des professions financières, la banque et l'assurance. Le fait que la commission bancaire exerce ses prérogatives, que l'autorité de contrôle des assurances, mutuelles et institutions de prévoyance, exerce aussi les siennes, n'est pas exclusif des compétences générales du Conseil de la concurrence. En matière de concentration, en matière de prévention des ententes, voire de répression de situations excessives ou condamnables du point de vue du bon fonctionnement du marché, le Conseil de la concurrence est naturellement compétent.

Au demeurant, c'est un choix qui a été fait il y a quelques années. Je n'ai pas tout en tête, peut-être que mon collègue et ami Alain Lambert a une meilleure mémoire que moi, mais nous avons bien acté dans la législation, ce principe selon lequel la régulation sectorielle des banques ou des assurances joue son rôle, mais ne l'emporte pas sur la régulation générale horizontale et donc, sur les responsabilités, sur les prérogatives du Conseil de la concurrence.

### **M. Jean-Jacques ISRAEL**

Puis-je rappeler l'un des premiers forums de la régulation qui avait bien mis en évidence les phénomènes de concurrence entre autorités de concurrence et les phénomènes de concurrence

des autorités horizontales et sectorielles avec les juridictions. Une des réflexions les plus significatives de cette confrontation, c'était non seulement la difficulté qu'on connaît évidemment déjà abondamment en France avec les différents ordres de juridiction et la complexité de notre système, mais ce qui était intéressant aussi, c'était la stratégie des acteurs. Et donc, la possibilité pour les acteurs plaignants ou poursuivis de se mouvoir à l'intérieur de ce système. Et là, Madame la Présidente, l'observation a un sens et une portée qui vont au-delà de l'analyse théorique.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Pour résumer, on peut dire que l'espèce de guerre entre les autorités de concurrence et les autorités de régulation qui a pu exister à certains moments serait en voie d'apaisement par l'effet de l'apparition de règles de droit et parfois d'accords entre les autorités concernées.

### **Intervenant**

J'ai du mal à assimiler la notion de régulation. Est-ce qu'au fond, ce n'est pas tout simplement l'expression de la puissance publique qui ne connaîtrait pas la séparation des pouvoirs, car on y trouve le réglementaire ou le législatif, on y trouve l'exécution, on y trouve le judiciaire, puisqu'il y a la sanction. C'est bien l'acte. Quel est l'intérêt du régulateur par rapport à la puissance publique en général ?

## **Intervenant**

Vous avez raison. Simplement, on ne trouve pas de tout dans la même. Il y a certaines autorités qui sont très judiciairisées, les quasis juridictions et d'autres qui sont beaucoup plus proches de l'administration. Donc, je crois que c'est difficile de poser une question unitaire. Il faut à ce moment-là regarder autorité par autorité.

### **M. Philippe MARINI**

Je ne pense pas qu'il y ait d'ambiguïté. Les autorités administratives indépendantes dont nous parlons sont administratives. Elles ne sont en aucun cas judiciaires. Elles peuvent apparaître dans certaines de leurs tâches et de leurs formations comme ayant des caractères préjurisdictionnels, donc susceptibles de déboucher sur des avis, sur des mesures administratives faisant grief. De ce fait, elles tombent sous le coup des principes généraux ou des prescriptions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ceci a conduit, en particulier au sein de l'AMF, à isoler une commission des sanctions qui ne peut délivrer que des sanctions administratives, mais selon des règles bien précises : respect du contradictoire, procédures écrites et séparation de l'instruction et non pas du jugement, mais de la décision. La formation de décision ne doit pas comporter en son sein la personne qui instruit le dossier et le rapporte devant cette formation. Ce sont des prescriptions qui, aujourd'hui, s'appliquent de manière extrêmement générale partout. Et on a tendance, et je crois que c'est une bonne chose, à les interpréter de manière extensive.

Dernier exemple en date, ce matin, en commission des finances du Sénat, j'ai proposé un amendement

pour faire évoluer un organe administratif qui s'appelle le Comité consultatif de répression des abus de droit. Peut-être qu'il y a dans la salle un certain nombre de professionnels qui sont familiers de ces sujets. C'est un corps administratif consultatif, mais dès lors que l'administration lui a délégué l'examen de situations et la capacité d'émettre des avis qui sont des avis susceptibles de faire grief, puisque la suite de la procédure va être impactée par le sens de l'avis, il est souhaitable que des garanties existent.

Voilà ! Mais on ne peut pas – et je reviens au corps de régulation – considérer qu'il soit attentatoire à la séparation des pouvoirs. Finalement, ce n'est qu'un mode d'administration. L'autorité administrative indépendante est un mode d'administration qui relève du pouvoir exécutif et de lui seul.

Si je reprends mon exemple de tout à l'heure, le bureau du marché financier prescrivait les équilibres de financement de l'économie et définissait même toutes sortes de procédures avec les taux associés en fonction des secteurs dans lesquels l'argent était investi, c'était le pouvoir exécutif. Aujourd'hui, l'AMF est un corps créé bien sûr par le législateur, mais qui exerce ses activités, pour moi, au sein de l'exécutif, et il ne peut y avoir aucune espèce de doute à ce sujet. Je parle sous les yeux de la doctrine la plus compétente et la plus exigeante de ce pays, mais il ne peut y avoir aucune espèce d'ambiguïté à cet égard.

Le régulateur n'est pas un élément du pouvoir législatif, il ne peut pas l'être, il n'a pas de légitimité issue du souverain, c'est-à-dire du suffrage. Il a une légitimité issue de la nomination et il ne peut pas être un élément du pouvoir judiciaire. Il est donc purement administratif, mais bien sûr, dans l'ordre administratif, il y a différentes gradations et j'ai le souvenir de ces critiques

qu'on a souvent d'ailleurs adressés à l'ancienne COB où on disait : « Elle fait la règle. Elle fait la police de la règle. Elle fait la sanction de la règle. » Il me semble que sans que les choses ne soient jamais parfaites, l'AMF d'aujourd'hui décompose mieux, et en apportant de réelles garanties, les différentes phases d'exercice de ce pouvoir administratif.

### **M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Peut-être une dernière question, car il va nous falloir céder la place à l'autre table ronde.

#### **Intervenant**

Je ne voudrais pas abuser de la parole, mais je voudrais faire référence à deux situations récemment rencontrées : l'une, celle d'une profession voisine du notariat et la profession des commissaires de compte par une profession voisine sur un autre cheminement. Il existe depuis quelques années un Haut Conseil du commissariat aux Comptes, et il est prévu, c'est dans un texte que nous examinons en ce moment, de lui conférer personnalité morale, autonomie financière, une ressource propre, de sortir ses services de la dépendance étroite de l'administration centrale du ministère de la Justice. Nous sommes bien dans une logique de régulation. Ce sont des règles. Il s'agit de faire évoluer les principes comptables, les règles de déontologie, les règles de contrôle interne de cette profession.

Deuxième exemple et là, ça touche d'un peu plus près le notariat, les ventes aux enchères, les ventes volontaires. Il existe depuis quelques années - et cette

institution devra sans doute évoluer, être complétée – un conseil des ventes volontaires. Le conseil des ventes volontaires est compétent dans tout le domaine des ventes aux enchères. Mais il est compétent, *ratione, materie*. Il est compétent sur des opérations très diverses ressortant des mêmes activités plus exactement. Mais ces activités sont susceptibles d'être exercées par des professionnels obéissant à des statuts divers, des statuts encore réglementés : commissaire priseur, courtier, huissier et notaire, qui peuvent veiller à la bonne organisation et instrumenter une vente aux enchères.

On voit bien cette dialectique et ce compromis à trouver dès lors qu'il n'y a plus de monopole professionnel possible conformément aux règles du marché intérieur européen. Ce sera votre prochaine table ronde. Et tous ces marchés qui reposent sur des activités bien identifiées doivent entrer dans une logique de régulation. Et dans l'exemple que je prends, les ventes aux enchères, il y a bien un régulateur qui a sans doute un peu de peine à s'affirmer, parce que sa logique de départ est une logique très ministère de la Justice, tutelle des professions réglementées. Mais en réalité, sa vocation est économique, et elle vise à faire prévaloir la transparence, à assurer la répression, le cas échéant des fraudes ou des risques de fraudes susceptibles d'apparaître ou différents prestataires sont indéliçats ou biaisent les cartes, trompent sur la réalité de la marchandise.

C'est bien d'une responsabilité économique qui a vocation à s'appliquer à différentes situations professionnelles, et on est dans une véritable transition entre un monde vertical, réglementé profession par profession, j'allais dire corporation par corporation, et la vision d'un marché avec ses enjeux économiques et sociaux. C'est un exemple parmi bien d'autres choses.

**M. Claude LUCAS de LEYSSAC**

Et il ne me reste qu'à remercier de votre part les membres de la table ronde et vous remercier pour votre attention.

## **2<sup>E</sup> TABLE RONDE**

### **« LES AUTORITÉS DE RÉGULATION »**

#### **M. Yves GAUDEMET**

Je voudrais d'abord remercier le Conseil supérieur du notariat de l'accueil qui nous est fait, de la confiance qui nous est faite par provision. Je voudrais remercier également les participants à la première table ronde, et notamment mon ami Lucas de Leyssac qui a ménagé une transition parfaite, puisque nous sommes déjà en train de parler des autorités de régulation, ce qui est l'objet de cette deuxième table ronde. Il faut tout de suite dire que son thème général est peut-être plus facile à cadrer que celui de la première table ronde. On nous a dit que la définition de la régulation était difficile; on l'a cherchée avec des outils intellectuels performants depuis longtemps, mais peut-être un peu vainement aussi. Nous sommes maintenant sur un terrain institutionnel. Les autorités de régulation, on peut les nommer, on peut les recenser, on peut leur donner une étiquette. Je crois que, de ce point de vue, l'approche est plus facile.

Comme il a été indiqué, ces autorités de régulation sont des autorités administratives. Ce sont des autorités administratives, elles appartiennent toutes au monde de l'administration et nous voyons donc que, dès lors que la régulation - quel que soit son objet, nous y reviendrons - est confiée à des autorités administratives, c'est une certaine publicisation finalement de ces activités qui s'exprime à travers des actes administratifs.

Donc, de ce point de vue là déjà, la régulation confiée à des autorités de régulation n'est pas - on l'a dit tout à

l'heure, je crois qu'il faut à nouveau le souligner – un recul du droit public. C'est peut-être une nouvelle forme du droit public, sous forme d'une sorte de délégation de la puissance publique donnée à ces autorités administratives indépendantes pour remplir une fonction de régulation, principalement - mais pas exclusivement - d'organisation des marchés.

Ce sont des autorités administratives qui, au départ, ne sont pas personnalisées. Ce sont des autorités administratives qui se confondent avec la personne de l'État. Et donc, c'est l'État qui agit à travers les autorités administratives indépendantes et - nous y reviendrons - avec la légitimité de l'État et aussi la responsabilité de l'État.

Cependant, dans une période plus récente, un mouvement de personnalisation de ces autorités va s'accroître. Les autorités administratives indépendantes, ces autorités de régulation, pour certaines d'entre elles, se sont vues doter d'une personnalité morale, ce qui fait qu'elles ont rejoint une catégorie apparue assez récemment, celle des personnes publiques spéciales autres que les établissements publics. Ce n'est plus la personne publique de l'État, ce sont d'autres personnes publiques avec leur dénomination, leur responsabilité propre, leur capacité à agir en justice propre. Ce sont des personnes publiques qui n'appartiennent pas non plus à la catégorie des établissements publics et le problème se pose de leur rattachement. Il se pose, nous le verrons, directement ou indirectement ; il s'est posé par exemple à propos de l'autorité de contrôle des assurances et des mutuelles dont on a parlé : lorsque celle-ci a été dotée de la personnalité juridique, s'est posée la question de l'assurance de cette autorité de contrôle des compagnies d'assurances, parce que tout simplement sa responsabilité pouvait être engagée.

Et là d'ailleurs, on a peut-être vu les limites de l'indépendance, bien que ces autorités régulatrices, autorités administratives, soient réputées être des autorités indépendantes.

Indépendantes qu'est-ce que cela signifie ? La première fois - je ne peux pas m'empêcher de le rappeler - que le terme d'autorité administrative indépendante apparaît dans la littérature juridique, il apparaît sous la plume d'Hauriou, en 1896, dans une note sous l'arrêt Brault qui concerne les jurys d'examen et de concours. Hauriou nous dit : « Que sont ces jurys d'examens et de concours ? Ce sont des autorités administratives ; ils ont un pouvoir d'acte administratif ; ils prennent des décisions administratives. Ils sont souverains. Qu'est-ce alors que cette souveraineté des jurys.

Hauriou nous dit : « Il n'y a pas l'ombre d'une souveraineté là-dedans » ; cette souveraineté signifie simplement que leurs décisions sont soustraites à tout pouvoir hiérarchique, à tout pouvoir de tutelle : ce sont des autorités indépendantes. Et elles sont dans cette situation particulière que leurs actes ne sont soumis qu'à un contrôle possible, le contrôle juridictionnel, alors qu'elles sont pourtant des autorités administratives.

Là encore, nous trouvons un problème dès lors que ces autorités sont dotées de la personnalité juridique ; il y a par principe, sur des actes d'une personne publique spéciale, un contrôle non juridictionnel qui est possible, un contrôle de tutelle. Là, il ne peut s'exercer. Nous sommes dans une configuration particulière.

Donc, autorités administratives, autorités indépendantes, nous comprenons ce que cela veut dire. Ces autorités de régulation : ont un pouvoir d'actes administratifs et ce pouvoir d'actes administratifs s'exerce sans contrôle autre que le contrôle juridictionnel et autorités régulatrices.

Autorités régulatrices, ensuite : leur objet, c'est la régulation d'un marché où peut-être, d'une façon particulière, l'ouverture d'un marché à la concurrence; mais pas toujours cependant ; nous l'avons vu, par exemple pour les autorités financières et les autorités en matière de concurrence : il n'y a pas ouverture d'un marché, il y a régulation, il y a administration des marchés dans la durée. Cela est différent de la régulation pour l'ouverture d'un marché, régulation éventuellement asymétrique qui consiste à favoriser l'ouverture du marché, donc l'accueil des nouveaux opérateurs et à contourner d'une certaine façon l'opérateur historique.

Il faut ici ajouter que ces autorités régulatrices sont caractérisées bien sûr par leur objet, mais aussi par leurs formes, les formes qu'elles utilisent. Le langage de la régulation est un langage nouveau par rapport au langage juridique classique. La régulation est une activité caractérisée par les formes qu'elle utilise, au lieu de l'acte juridique habituel. Ces autorités indépendantes - et elles y trouvent une partie de leur force - utilisent des formes de « droit mou », des formes de concertation, de préconisation, d'incitation. Et d'ailleurs, leurs « décisions » prennent souvent la forme de recommandations ou encore une forme contractuelle; on assiste ainsi à une sorte de conventionnement au moins formel des autorisations qu'elles délivrent ou des actes unilatéraux qu'elles prennent.

Il y a là quelque chose d'assez nouveau, comme si le visage classique de l'action publique à travers les figures classiques de l'acte unilatéral, du contrat, des avis, se confondait dans une multitude d'actes aux dénominations très variées : code de bonne conduite, préconisation, recommandation, incitation, normes simplifiées, fuyant le vocabulaire classique et cherchant

derrière ce type d'intervention peut-être plus d'efficacité; mais en même temps - c'est une question que nous aurons à nous poser - est-ce que la sécurité juridique, pour les destinataires, est la même ?

Voilà ce que sont, sur le plan institutionnel, ces autorités régulatrices, autorités du monde de l'administration, appartenant à l'administration, agissant par la voie administrative, avec cette indépendance d'action que nous avons indiquée et d'autre part une fonction de régulation qui est caractérisée bien sûr par son objet, mais aussi par les formes qui sont utilisées.

Alors, pour parler de ces autorités administratives de régulation, de ces autorités indépendantes de régulation, nous allons essayer d'ouvrir véritablement une table ronde, de dialoguer, et, pour cela, d'examiner d'abord quel est le champ - une sorte de cartographie - de ces autorités indépendantes, en fonction des connaissances plus complètes de certains d'entre nous sur ces autorités indépendantes et puis, nous verrons ensuite les problèmes difficiles de leur légitimité, de leur mode d'action et de leur contrôle. Ce seront les deux temps des propos de la table ronde devant vous.

Alors, Monsieur le Président, je ne sais pas si vous avez participé vous-même à des autorités administratives indépendantes.

## ● **Autorités administratives indépendantes**

### **M. Pierre LECLERCQ**

J'ai participé à plusieurs autorités administratives indépendantes, mais non à celles qui ont été énoncées tout à l'heure, puisque celle dans laquelle j'ai été le plus longuement membre, c'est la CNIL qui n'intervient pas directement dans les activités économiques. Il se trouve qu'à la CNIL, j'étais chargé des questions financières, et chargé notamment des relations avec le secteur bancaire, ce qui est donc directement économique. Aujourd'hui, dans sa formation renouvelée et dans des fonctions redéfinies par la loi du 6 août 2004, la CNIL est devenue pleinement une autorité de régulation, de normalisation, formulant des recommandations et accordant des autorisations pour la gestion de fichiers nécessaires à des activités économiques essentielles, et intervenant éventuellement par l'exercice d'un pouvoir de sanctions. Elle a dû, comme l'AMF, se subdiviser elle-même pour respecter totalement la nécessaire impartialité notamment dans le prononcé de sanctions.

J'ai connu la CNIL dans ses activités économiques. J'en ai connu d'autres qui sont moins directement orientées vers les activités économiques : la commission des clauses abusives, laquelle n'est pas habituellement citée comme une véritable autorité administrative, mais qu'évoque le rapport Gélard en la qualifiant de : « proche de l'autorité administrative indépendante ».

Je préside une commission qui ne prétend pas être une autorité administrative indépendante, la commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC), mais qui est de plus en plus couramment chargée de définir

les usages loyaux dans un certain nombre de secteurs du commerce. Est-ce que définir les usages loyaux, ce n'est pas déjà exercer un pouvoir de régulation ?

J'ai aussi participé assez régulièrement, en qualité de suppléant, aux travaux de la commission bancaire. Enfin, je connais assez bien le fonctionnement de l'AMF (avant elle de la COB), mais ma voisine, Mme la Présidente FAVRE pourrait mieux que moi nous éclairer sur le fonctionnement de l'AMF, puisqu'elle en a été membre pendant trois ans et demi. Donc, elle a dû quitter pour prendre la présidence de la Chambre commerciale de la Cour de Cassation.

Donc, ces commissions que je connais, exercent des fonctions administratives. Mais j'y ai toujours été désigné en tant que magistrat de l'ordre judiciaire. Et ce qui est très symptomatique, c'est que dans toutes les autorités administratives, on trouve de plus en plus systématiquement des magistrats, leur présence étant censée nécessaire pour garantir toute la méthodologie procédurale dans l'exercice des pouvoirs de sanction, et comme garants de l'indépendance de toute la structure.

Monsieur le sénateur Marini a parlé de pré juridictionnalisation et dès qu'on parle de sanctions, certes, ce sont des sanctions disciplinaires pour l'essentiel - on ne peut pas les qualifier de sanctions pénales. Il n'en demeure pas moins que pour une part très importante, les recours formés contre elles relèvent de la compétence de la Cour d'appel, ce qui renforce l'exigence de rigueur procédurale. Monsieur le sénateur Marini l'a décrit : il faut une notification préalable de griefs, il faut respecter le principe du contradictoire et même organiser de véritables audiences avec la participation des Conseils en défense.

## **M. Yves GAUDEMET**

Je pense qu'il est très important d'observer – je vous remercie beaucoup de ce témoignage concret – que, finalement, les autorités administratives indépendantes sont le lieu de regroupement de toute une série de fonctions, dont l'exercice doit être organisé distinctement. Nous passons ainsi du consultatif à la décision, avec cet échelon intermédiaire de la préconisation, de la recommandation, puis à la décision qui peut faire grief et ensuite à la sanction proprement dite.

Vous avez parlé par exemple de la commission bancaire. La commission bancaire est une juridiction administrative spécialisée ; elle est véritablement une juridiction administrative spécialisée dans certaines de ses attributions. Elle est aussi un organisme consultatif. Elle est encore un organisme qui peut prendre des actes administratifs.

Il n'y a pas pour autant confusion des genres, mais une possibilité de regroupement des fonctions dans ces autorités administratives indépendantes, qui a fait dire qu'elles empruntaient – et au-delà même des personnes - un peu à la juridiction, parce qu'elles ont des fonctions qui sont très proches de la juridiction et quelque fois carrément juridictionnelles, ; et puis qu'elles empruntaient également au monde de l'administration. Et ces compétences, avec les garanties déontologiques que vous avez dites, s'exercent concurremment.

Ceci pose immédiatement le problème de la classification des fonctions, parce qu'encore une fois, comme cela a été rappelé très bien tout à l'heure, ces fonctions sont de nature différente : une fonction de conseil auprès des pouvoirs publics ou auprès d'autres demandeurs d'avis, ne doit pas être exercée dans les

mêmes conditions de procédure, n'appelle pas les mêmes garanties qu'une fonction de décision, et a fortiori qu'une décision de sanction.

Donc, il est clair que le fait que ces autorités administratives indépendantes soient une, même si des efforts vont dans le sens d'une distinction des différentes fonctions, peut comporter du point de vue des destinataires, de l'action de ces autorités administratives indépendantes, certaines difficultés. Et je reprends ma référence à la sécurité juridique, on ne sait pas toujours très bien, en présence de telles préconisations, invitations, conventionnements, recommandations, échanges de lettres, si véritablement, on est sur le terrain de la décision, auquel cas, il y a tout de même la possibilité d'exercer au moins le contrôle juridictionnel, ou bien si l'on est sur le terrain de l'échange d'argumentations. Et je pense que ceci est vécu difficilement quelques fois par les destinataires des décisions de ces autorités administratives indépendantes.

## **M. Jean-François GUILLEMIN**

Les entreprises sont en effet confrontées à une véritable explosion de la régulation. Les activités du groupe dans lequel j'exerce mes fonctions sont ainsi régulées par le CSA, l'ARCEP, l'AMF et bien d'autres organismes, dont la Commission européenne et les régulateurs des pays dans lesquels le groupe est implanté.

Quel regard portent les entreprises sur la régulation ?

Les législateurs et les gouvernements ne cessent de créer de nouveaux régulateurs, les raisons invoquées étant toujours les mêmes : complexité des sujets, nécessité de les confier à des spécialistes, recherche

d'une plus grande efficacité de la règle de droit et du juge, postulat selon lequel le droit positif et les juridictions ne seraient pas en mesure de répondre à certains défis, par exemple la compréhension d'économies de plus en plus complexes ou de nouvelles technologies qui soulèvent des problèmes juridiques inédits. Au-delà de ces considérations, le recours à la régulation est le plus souvent inspiré par le souci de ne pas laisser faire le marché dans un domaine d'activité qui ne présente pas encore le profil d'un marché ouvert et concurrentiel : un régulateur est chargé de suivre et encadrer une activité dont l'État se retire par privatisation ou qui est plus simplement l'objet d'une déréglementation.

Il faut constater que recherchant le pragmatisme et l'efficacité, ou ne sachant comment répondre à certains défis, le législateur et l'État ont choisi une fragmentation du droit et des autorités en charge de sa mise en œuvre.

Une première conséquence est un coût élevé pour les entreprises. Sous diverses formes elles sont généralement conduites à supporter les coûts du régulateur. Par ailleurs, la régulation mobilise les dirigeants et de nombreux collaborateurs. Il faut veiller au respect des obligations imposées par le régulateur, fournir à ce dernier des informations et des rapports, participer à ses réflexions sur l'évolution de la régulation, négocier les cahiers des charges. La régulation est quotidiennement présente dans la vie de l'entreprise, elle a notamment beaucoup accru les effectifs juridiques des entreprises présentes dans un secteur régulé.

La régulation est par ailleurs un monde agité et instable. Outre la multiplication des régulations et des régulateurs, toute régulation et tout régulateur

ne cessent de se transformer, donnant le sentiment d'une fuite en avant. Par exemple environ tous les quatre ans, la régulation de l'audiovisuel est modifiée, les compétences, les pouvoirs et l'organisation du régulateur étant eux aussi revus et transformés. Pour les entreprises européennes, cette instabilité est d'autant plus perturbante qu'aux régulateurs nationaux se superpose la Commission européenne dont les directions générales sont autant de régulateurs. Cette accumulation d'autorités et ces métamorphoses incessantes affectent beaucoup la lisibilité et la prévisibilité de l'environnement dans lequel évoluent les entreprises.

Elles génèrent aussi beaucoup de problèmes d'inter-régulation : les périmètres de compétence ne sont pas toujours bien définis et certains régulateurs comme les autorités de concurrence ont vocation à intervenir dans tous domaines. Les interventions concomitantes ou successives d'autorités ayant des approches parfois différentes des sujets créent des imbroglios. On voit ainsi la Commission européenne souhaiter un effacement à son profit des actuels régulateurs nationaux en charge des télécoms.

Le sentiment d'instabilité et d'insécurité est également alimenté par le fait que les régulateurs n'hésitent pas à s'affranchir de nombre de principes juridiques ou de règles de droit bien établies. Les décisions des régulateurs sont peu censurées par les juridictions. Il est rare que celles-ci osent reprendre intégralement un dossier et adopter une position sur ces sujets qu'il est apparu indispensable de confier à un régulateur spécialisé. De façon plus surprenante, cette crainte de perturber le fonctionnement de la régulation, ce complexe vis-à-vis des « sachants » apparaît aussi lorsqu'il s'agit de

trancher des questions de pur droit. C'est la Cour européenne des Droits de l'Homme qui a dû rappeler et exiger le respect de certains principes fondamentaux.

Par ailleurs, la régulation et les régulateurs sont souvent peu contrôlés ou surveillés par les législateurs ou les gouvernements. Pourtant, leur action joue un rôle capital et structurant. Par exemple, l'action du régulateur de l'eau en Grande-Bretagne a eu pour effet le retrait de ce pays des industriels de l'eau, au profit de fonds d'investissement. En France la régulation n'a pas permis l'émergence dans le secteur de l'audiovisuel d'un grand groupe de taille européenne, comparable par exemple au Groupe Bertelsman. Est-ce positif, est-ce négatif ? Ces questions ne sont guère posées.

Enfin, les objectifs de la régulation ne sont pas toujours clairs et suscitent beaucoup d'interrogations. Par exemple dans le secteur des télécoms, si le Royaume Uni a ouvert au même moment le marché de la téléphonie mobile à quatre opérateurs en excluant l'opérateur historique, (avec un résultat spectaculaire puisque le leader mondial est aujourd'hui Vodafone, société anglaise), en France le choix a été fait de laisser un duopole préempter le marché avant d'introduire de nouveaux concurrents. Cet exemple montre que cette régulation n'est pas entièrement orientée vers l'objectif qui consiste à créer la concurrence et à donner à chacun sa chance en corrigeant les déséquilibres. Cet exemple est tiré de la régulation des réseaux. D'autres régulateurs ont des missions et poursuivent des objectifs différents, mais leurs actions suscitent aussi des interrogations. La réalité de la régulation est le plus souvent très complexe.

La régulation est encore à la recherche de son équilibre, de son efficacité, de sa place et de son poids dans nos systèmes juridiques.

Monsieur le Président Reynis, en énonçant le thème de ce colloque, a réuni les termes libéralisme et régulation. La régulation apparaît parfois comme un masque qui cache la poursuite de politiques éloignées du libéralisme ou autre objectif de la régulation, elle n'est souvent qu'un mode d'administration qui sous une forme apparemment bien différente n'arrive guère à s'éloigner de l'administration classique.

### **M. Yves GAUDEMET**

Est-ce que c'est le sentiment que vous avez, Monsieur le Président ? Est-ce que c'est le sentiment qu'ont les régulateurs lorsqu'ils interviennent sur le marché ?

### **M. Pierre LECLERCQ**

Le marché est ouvert. En fait, le discours commun des autorités indépendances régulatrices des réseaux, ou des effets de la mise en œuvre de nouvelles technologies ou méthodes d'organisation des marchés, par exemple dans les attributions de la CNIL ou même dans celles de la CEPC, c'est que nous observons et gérons, avec un certain volontarisme, des transitions et nous efforçons d'assurer le respect de certains équilibres temporaires au cours de diverses mutations, avant même que leur impact puisse être pleinement mesuré et que des normes permanentes puissent être établies. Il faut s'efforcer, par exemple en matière de protection des données nominatives, de faire apparaître aussi tôt que possible des principes généraux permettant de légitimer les normes successives d'adaptation (et ces principes sont déjà structurants pour la gestion économique des données personnelles). Mais les normes d'application sont inéluctablement révisables, évolutives.

Il faut les adapter à des situations constamment nouvelles et cette évolutivité constante du marché, des techniques, des applications économiques, donne beaucoup de légitimité à mes yeux aux autorités administratives. Cette gestion de transition ne peut, et ne doit sans doute, pas être prise en charge par le législateur lui-même. Pourtant, on peut relever le paradoxe résultant de l'inflation législative dans beaucoup de secteurs dans lesquels opèrent des autorités administratives indépendantes. Certes, la délégation de fonction normative aux administratives ne peut être consentie que pour une durée limitée. Il est normal qu'on en révise très régulièrement le mode d'activité, mais la délégation du pouvoir législatif devrait être à moyenne durée.

C'est vrai plus ou moins selon les secteurs, la commission bancaire n'est pas soumise à cette inflation législative, la CNIL même n'a connu en 30 ans que deux grandes vagues législatives, mais dans les domaines d'organisation des réseaux, l'inflation législative est flagrante. Et je n'évoque que pour ordre à cet égard ma commission d'Examen des Pratiques commerciales qui est impliquée dans les évolutions successives et rapides de la loi Galand (actuellement tous les deux ans).

### **M. Jean-François GUILLEMIN**

Oui, les autorités ne se substituent pas au législateur, et les recommandations, avis, diagnostics d'un régulateur peuvent avoir dans la vie des affaires une influence plus grande que certaines lois éphémères. Il y a bien un cumul d'interventions. Mais personnellement il ne me paraît pas souhaitable de régler le problème en déléguant largement le travail normatif aux régulateurs.

Une telle solution amplifierait le risque d'instabilité, d'insécurité, de dispersion de la règle de droit.

## **M. Pierre LECLERCQ**

Pour assurer la formalisation des usages commerciaux, la CEPC n'a sans doute pas encore autant d'influence qu'il serait souhaitable. La jurisprudence de la Cour de cassation a très légitimement restreint la place des usages du commerce comme source du droit en droit français, cela pour une raison simple d'ailleurs, à savoir que les usages commerciaux, qu'il s'agisse du domaine de la publicité ou du domaine bancaire, avaient toujours été définis par la puissance dominante du secteur économique considéré. Ainsi, c'est le président de l'AFB (devenue la Fédération bancaire) qui énonçait des parères sur les usages bancaires, et nous avons considéré que naturellement le consommateur n'était pas soumis à la formulation de tels usages d'où ce fameux arrêt sur les dates de valeur qui n'avait pas d'autre légitimité juridique que l'ancienneté (et leur amplification récente) qui a été si mal perçue par ceux qui les imposaient. Donc, les parères définis par la puissance dominante ne peuvent, quelle que soit leur qualité, être validés en tant que tels. En matière de publicité, c'est le même phénomène. Mais les usages du commerce doivent être restaurés. J'en ai la conviction. Pas seulement à la commission d'Examen des Pratiques Commerciales, mais je crois que les usages commerciaux doivent devenir créateurs de normes et de règles juridiques. Pour les valider, il faut pratiquer des négociations, et examiner des situations concrètes, rechercher des équilibres, ce qui justifie l'institution d'autorités indépendantes, souvent paritaires aussi, en tout cas rassemblant des partenaires venant d'horizons économiques différents, et exprimant initialement des soucis totalement contradictoires, mais opérant des synthèses constructives.

## ● **Légitimité, mode d'action et contrôle**

### **M. Yves GAUDEMET**

Avant que nous passions aux questions de contrôle et de légitimité, je veux revenir sur ce langage que j'appellerais – ce n'est pas du tout négatif – un langage de terrain, celui finalement des autorités administratives indépendantes, qui n'est pas le langage juridique classique, qui est un langage auquel sont associés les opérateurs. Les décisions sont construites en concertation avec les opérateurs. Ils y sont associés. Est-ce que finalement - là aussi je me pose la question de façon peut-être un peu tranchée - mais est-ce que c'est là une façon de « faire la norme » ou la quasi-norme qui est appréciée par les entreprises ou est-ce qu'elles y voient au contraire une forme de piège dans lequel chacun ne prendrait pas ses propres responsabilités : l'un est responsable de fabriquer la norme et l'autre est responsable de la respecter ou de la contester.

### **M. Pierre LECLERCQ**

La régulation par ces autorités indépendantes est là pour être plus efficace, plus concrète, plus accessible aux influences diverses que les administrations, ses juridictions voire même que le marché lui-même d'ailleurs. Est-ce que les entreprises apprécient finalement ce pragmatisme ?

## **M. Yves GAUDEMET**

Elles sont partie prenante dans la régulation.

## **M. Jean-François GUILLEMIN**

Oui, c'est exact que les entreprises sont parties prenantes de la régulation en ce sens qu'il y a une proximité entre les acteurs du marché et les autorités de régulation qui sont beaucoup plus ouvertes que ne peut l'être une administration ou une juridiction au dialogue avec les entreprises. Ça, je dirais que c'est la vision peut-être un peu idyllique là aussi. Pour reprendre les exemples communautaires, il y a aussi des régulateurs qui ont des dogmes et des visions extrêmement dogmatiques. Et donc, le dialogue avec l'entreprise se réduit à peu de choses. Nous, nous l'avons vécu dans les télécoms. Par exemple, faut-il lier l'octroi d'une licence ou d'une autorisation d'occupation du domaine public et le choix d'une technologie ?

Vous savez que notre entreprise a beaucoup combattu certains choix technologiques et là, c'est l'exemple d'un dialogue qui n'aboutit à rien, parce que le régulateur a une idée, d'ailleurs, qui était un échec absolument extraordinaire : la 3G fut un échec considérable. Vous voyez, ce dialogue, ce soi-disant pragmatisme, cette soi-disant proximité n'aboutissent strictement à rien. Bon, je suis un peu embarrassé pour vous répondre. Oui, il y a des domaines dans lesquels la régulation est pragmatique, mais il y a des domaines aussi où elle est terriblement dogmatique.

On parlera peut-être tout à l'heure du Conseil de la concurrence, parce qu'il faut aussi mettre les pieds dans le plat. Le vrai malaise est là finalement. C'est le Conseil de la concurrence. C'est là que la régulation est

la plus douloureuse pour les entreprises et la plus contestée par les entreprises et la plus incomprise.

Elle est devenue espace. Pour moi, la régulation n'est pas ab initio espace...

### **M. Yves GAUDEMET**

De ce point de vue là, je crois que ce problème a été rencontré et traité assez complètement dans une décision du Conseil d'État récente, du 30 novembre 2007, dans laquelle le Conseil d'État était saisi d'un recours contre un refus de l'Autorité de contrôle des assurances de procéder à une inspection. On avait demandé à l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles de procéder à une inspection, elle n'avait pas répondu, un refus implicite est né et le requérant attaquait celui-ci. Et c'est à cette occasion que le commissaire du gouvernement se livre à une véritable analyse de fond de la régulation et de ce qui la distingue de la réglementation classique.

Agissant en termes de régulation, l'Autorité de contrôle des assurances régule un secteur. Elle fait le choix librement de ce qu'elle décide de contrôler ou de ne pas contrôler à telle ou telle époque ; dans ce choix, il n'y a pas une décision qui fait grief. C'est un comportement de régulateur qui n'entre pas véritablement dans le monde du droit.

Si au contraire, on réagit ou si on aborde la question et qu'on la qualifie selon le langage juridique habituel, il y a là une décision de refus qui se détache de la poursuite qui n'a pas eu lieu et qui donc, étant détachable, constitue un acte administratif susceptible de recours de la part de tout intéressé. Et c'est la solution qu'adopte le Conseil d'État dans cette décision.

Peu importe finalement le vocabulaire qui avait été utilisé ; il faut regarder la véritable portée de la décision et, par là, le langage de la régulation est un peu ramené au langage administratif classique : est-ce que véritablement, c'est une décision qui fait grief, est-ce que c'est une décision, est-ce qu'elle est susceptible de recours ?

Donc, ce problème de qualification se pose véritablement et ceci nous conduit d'ailleurs un peu insensiblement au problème du contrôle et de la légitimité. Au moment du contrôle, il y a bien la nécessité de qualifier véritablement les actes de ces autorités administratives indépendantes.

Et le contrôle, c'est aussi la question de la légitimité. Ces autorités de régulation sont construites, jusqu'aux personnes d'ailleurs, par une forme d'emprunt au pouvoir juridictionnel, à l'autorité judiciaire ou plus largement juridictionnelle, à la « société civile » et à l'administration. Cet ensemble est logé dans ces autorités administratives indépendantes, en des proportions variables selon les autorités administratives indépendantes. C'est de cet ensemble qu'on attend finalement une activité de régulation.

Cette recomposition qu'est la création d'une autorité administrative indépendante suppose bien entendu un texte législatif, même lorsqu'il n'y a pas véritablement création d'une autorité de sanction. L'amputation du pouvoir réglementaire général attribué par la Constitution au premier ministre et au président de la République nécessite un texte législatif, a fortiori lorsqu'il s'agit de doter l'autorité en cause de compétences de sanction. C'est cela la légitimité juridique de ces autorités administratives indépendantes.

C'est la volonté du législateur de les créer, de déterminer leur compétence et ensuite de définir leurs attributions.

Dans cet exercice, le législateur a procédé, me semble-t-il, par étapes. Il a souvent qualifié d'autorités administratives indépendantes des autorités administratives qui, en réalité, n'étaient que des autorités consultatives, et qui auraient peut-être pu être créées par voie réglementaire.

Mais aujourd'hui, est-ce que le mouvement de création des autorités de régulation est un mouvement qui est en cours d'expansion ; vous parliez à l'instant de la suppression d'autorités administratives indépendantes. Cette espèce de reconfiguration de l'administration et de la juridiction qu'est l'autorité administrative indépendante, est-ce un moment finalement dans l'histoire de l'organisation administrative ? Est-ce que ce mouvement qui est plutôt un mouvement, là aussi, inflationniste, de multiplication d'autorités administratives indépendantes, et pas seulement dans le domaine des autorités régulatrices, mais également dans le domaine des libertés où beaucoup interviennent, est-ce que c'est quelque chose qui vraiment est appelé à décliner ?

Monsieur, le Président, qu'en pensez-vous ?

### **M. Pierre LECLERCQ**

Vous avez évoqué la diversité des formulations, des résultats des délibérations de toutes les autorités indépendantes. Vous en avez oublié un, à savoir "l'avis". Nous voyons des avis partout : lorsqu'il s'agit d'un avis donné à l'administration ou à l'autorité politique, on reste dans le processus administratif le plus classique.

Il n'y a pas besoin d'une autorité de régulation. Mais ces avis cachent souvent des recommandations qui font griefs, et qui deviennent en elles-mêmes des éléments non pas de décisions, mais des éléments créatifs d'une situation de droits.

Donc, où se trouve la frontière entre un avis donné à l'autorité publique pour qu'elle-même organise ses propres actions et un avis qui est un avis créatif d'une solution juridique nouvelle ?

Je ne sais pas où se trouve la frontière. Et pour moi, beaucoup d'avis font grief, de plus en plus. Si je me réfère à ma commission d'Examen des Pratiques commerciales, je relève que la moitié de nos saisines viennent de l'Administration. Souvent d'ailleurs, l'Administration nous renvoie des dossiers mettant en cause des entreprises en conflits plus ou moins difficiles, mais l'avis émis est souvent un avis de régulation, n'orientant pas l'action de l'Administration, mais constituant le résultat final de cette action administrative.

### **M. Yves GAUDEMET**

C'est le rôle consultatif véritablement.

### **M. Pierre LECLERCQ**

Alors là, on n'est pas dans le consultatif. C'est nous qui, finalement, finalisons l'action administrative. L'administration instruit et nous délibérons et donnons un avis sur ce qui constitue les bons usages dans tel secteur. C'est un avis donné à l'administration, mais dont l'action se bornera, finalement, à en assurer la

publication et la diffusion. Parallèlement sont émis des avis sur les évolutions législatives en cours, sur les projets de textes réglementaires, sur l'évaluation de leur mise en oeuvre. Bien entendu, alors, tous les pouvoirs de décision classiques continuent à jouer au-delà de tout ce que l'on peut formuler.

Sous le mot « avis », il y a quand même une diversité aussi grande que sur le mot « décision », que sur le mot « recommandation », que sous le mot « résolution ». Il n'y a que le pouvoir de sanction qui est quasiment unidimensionnel dans sa formulation.

### **M. Yves GAUDEMET**

Le pouvoir de sanction plus largement le pouvoir de prendre des actes, des actes qui sont soit des actes généraux, réglementaires, soit des actes individuels, des autorisations...

### **M. Pierre LECLERCQ**

Il y a toutes les autorisations.

### **M. Yves GAUDEMET**

Et le contrôle des autorisations, le prononcé des sanctions.

### **M. Pierre LECLERCQ**

Autorisations et sanctions sont soumises à des rigueurs procédurales du type juridictionnel, pour la raison qui a

été indiquée tout à l'heure, c'est-à-dire que la convention européenne l'impose.

### **M. Jean-François GUILLEMIN**

Beaucoup d'entreprises partagent l'avis que certains régulateurs ne sont pas des régulateurs. Pour être clair et précis, les autorités de la concurrence ne sont pas des régulateurs, mais des juges répressifs, qu'il s'agisse de l'autorité communautaire ou de l'autorité nationale.

Les entreprises adhèrent à l'objectif poursuivi par le droit de la concurrence. Elles sont les premières à saisir les autorités de la concurrence. En France beaucoup plus souvent que le ministre ou que les associations de consommateurs ! Elles ont donc intégré dans leur fonctionnement l'importance et la nécessité du droit de la concurrence. Elles comprennent aussi que des amendes pécuniaires leur soient infligées et, même si elles posent la question du cumul des sanctions, la demande actuelle d'une réparation du préjudice qui résulte des pratiques anticoncurrentielles.

Un fort malaise est exprimé par les entreprises parce qu'elles ne comprennent pas les sanctions prononcées et le fait qu'il y ait aussi peu de contrôle juridictionnel. Le Conseil constitutionnel n'a admis le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes qu'à la condition que celles-ci respectent les principes constitutionnels qui encadrent les sanctions pénales. Or les autorités de la concurrence n'hésitent pas à s'affranchir des contraintes qui encadrent l'action du juge répressif.

En France le législateur a défini des critères de détermination des sanctions, mais, par exemple, il est considéré que le dommage d'une pratique concurrentielle à l'économie ne peut être évalué. Quant au critère de la situation de l'entreprise, il ne sert pas à personnaliser la sanction, mais à sanctionner la grande entreprise plus durement que les petites sociétés.

La lecture des récentes lignes directrices de détermination des sanctions publiées par la commission permet aussi de comprendre à quel point l'autorité de concurrence communautaire s'est éloignée des grands principes. Toute liberté est laissée à l'autorité, l'existence d'un dommage à l'économie n'est pas un critère d'appréciation, le critère déterminant est la dissuasion.

Récemment dans une interview le Président du Conseil de la concurrence français a déclaré que : « Pour conduire une politique de sanction lisible et transparente, il faut être certain que les juridictions de contrôle partagent les mêmes principes que ceux que nous appliquons. Des « lignes directrices » publiées par le Conseil pourraient-elles en droit lier le juge de contrôle dans ses appréciations ? La question mériterait d'être débattue ».

Pourtant, il faut le souligner à nouveau, la loi encadre strictement la détermination de la sanction en fixant des critères : la proportionnalité, la gravité des griefs, l'importance du dommage causé à l'économie, la situation de l'entreprise et de son groupe, l'éventuelle répétition. Pourquoi faudrait-il convaincre la Cour d'appel que les principes du Conseil de la concurrence, dans la détermination des sanctions, sont les bons ? Ces principes ne peuvent être ni ceux du Conseil de la concurrence ni ceux de la Cour d'appel, ce sont les principes fondateurs qui gouvernent la détermination

des sanctions en matière pénale, comme l'a exigé le Conseil constitutionnel et comme l'a énoncé clairement le législateur.

Il n'est pas illégitime de souhaiter que les sanctions des autorités de la concurrence ne procèdent pas d'une « politique » de sanction, mais de la mise en œuvre de ces grands principes. De l'adhésion des entreprises à la régulation, de leur compréhension de la façon dont elle fonctionne, résulteraient me semble-t-il une meilleure efficacité.

### **M. Yves GAUDEMET**

Oui, je crois que le Conseil de la concurrence est dans une situation un peu particulière, surtout sous cet angle, parce qu'il est véritablement une autorité « sanctionnatrice ». C'est véritablement une autorité de sanction, et sous cet angle-là, pas d'abord une autorité de régulation et a fortiori pas une autorité de régulation sectorielle. Mais il est vrai que le Conseil de la concurrence a toujours dit aussi qu'il exerçait une fonction pédagogique à travers les sanctions qu'il prononce, et qu'il avait une fonction effectivement de régulation, d'éducation du marché. C'était très net notamment dans les premiers rapports du Conseil de la concurrence, et à ce titre-là, nous sommes sans doute en présence d'une autorité régulatrice.

Mais ce que vous dites pose le problème du contrôle de ces autorités administratives indépendantes. Ce sont des autorités administratives qui prennent des actes administratifs ; même lorsque le législateur a considéré que le contentieux de ces actes administratifs était un contentieux judiciaire, c'est un contentieux matériellement administratif porté

- lorsque le législateur l'a décidé et que le Conseil constitutionnel l'a permis dans certaines limites - porté devant le juge judiciaire. C'est un contentieux administratif. Alors, la responsabilité - et donc, la légitimité de ces autorités de régulation, d'une certaine façon - peut être appréciée sur deux terrains :

- *Leur légitimité politique : est-ce que véritablement l'efficacité de leur action justifie l'absence de légitimité véritablement démocratique, puisqu'elles sont soustraites à l'appareil d'État, à la responsabilité des ministres, et qu'elles n'ont pas non plus cette reconnaissance de décider au nom du peuple français, qui est celle des juridictions ? Et là, je crois qu'il faut appréhender la question sur ce terrain, parce que la réponse me paraît lourde de conséquences pour l'avenir : le terrain de la légalité de leurs décisions, du contrôle qui s'exerce sur ces décisions, et des moyens dont on dispose, dans ce contrôle de légalité, d'obtenir des mesures de suspension, ce qui est quelque chose qu'on a peut-être un peu négligé, de non-application de ces décisions dans un premier temps, ainsi qu'il en est dans le contentieux administratif ordinaire.*

- *Puis, l'autre aspect qui me paraît lui aussi lourd de conséquences : c'est la responsabilité civile de ces autorités de régulation. Je parlais tout à l'heure de l'Autorité de contrôle des assurances et des mutuelles. Sa première réaction, si je puis dire, s'agissant d'une personne morale, lorsqu'elle a reçu précisément cette personnalité morale, a été de se préoccuper d'une couverture d'assurance. Car elle sentait bien que sa responsabilité civile (en termes de droit administratif) pouvait être engagée du fait des décisions qu'elle prenait ou qu'elle ne prenait pas.*

*À vrai dire, les choses ont été assez compliquées, parce qu'on ne voyait pas comment l'Autorité de contrôle des assurances pouvait s'assurer de son comportement vis-à-vis des entreprises d'assurance.*

Un avis a été demandé au Conseil d'État qui a été rendu, je le disais tout à l'heure, dans des termes un peu embarrassés ; le Conseil d'État a dit en substance: «Effectivement, il y a une difficulté à ce que cette personne juridique puisse assurer sa responsabilité civile compte tenu de son objet, mais si véritablement les choses se passaient mal, c'est l'État qui garantirait». Ce qui marque les limites de l'indépendance de l'autorité administrative indépendante dotée de la personnalité morale. C'est pour cela que cette question de la personnalité morale est une question complexe.

### **Mme Claire FAVRE**

Je voulais simplement dire que, pour avoir fait partie d'une autorité administrative indépendante, en effet c'est l'autorité des marchés financiers qui a la personnalité morale.

### **M. Yves GAUDEMET**

Surtout la personnalité morale.

### **Mme Claire FAVRE**

Il faut avoir la personnalité morale, il faut avoir un budget qui permette d'assurer les paiements des primes.

**M. Yves GAUDEMET**

Voilà. Mais, c'est pour cela que je disais, Madame la Présidente, que cette attribution de la personnalité morale créant une obligation d'assurance...

**Mme Claire FAVRE**

C'est-à-dire qu'il n'y a pas une impossibilité.

**M. Yves GAUDEMET**

Non, mais là, c'était compte tenu de l'objet de l'Autorité, le contrôle des assurances, qu'il y avait une difficulté. Peut-être pas d'ailleurs à mon avis, une impossibilité, mais en tous les cas, on a considéré que ça n'était pas possible. Et donc, cela a fait réapparaître tout de même une certaine garantie par l'État.

**Mme Claire FAVRE**

Si vous me permettez, je crois que ce qui est important pour moi, puisque je suis magistrat et j'ai vécu un petit peu dans ce secteur réglementé. Ce qui m'a paru important, c'est la pluridisciplinarité des membres d'une autorité administrative indépendante. Je crois que c'est ce qui fait vraisemblablement en grande partie sa légitimité, et ce qui peut lui donner sa force, parce que nous sommes dans des secteurs très techniques dans la plupart des cas. Donc, il nous faut des techniciens, mais il me semble qu'ils doivent être encadrés pour cette prise de décision par des juristes, par un certain nombre d'autres personnes. Donc, cette multidisciplinarité est importante.

De même que l'approche qui me paraît être totalement différente de celle d'une administration ou de celle

d'une juridiction, est la concertation, la discussion avant toute prise de décision et je dirais à tous les niveaux.

Moi, ce que j'ai vécu à l'autorité des marchés financiers, c'est qu'avant, nous avons, en trois ans, puisque toute la législation européenne nous y contraignait, refait tout le règlement, et bien la discussion est ouverte avec la place, et ce n'est qu'après avoir vraiment eu pendant des mois et des mois ce constat et ces échanges que nous sommes arrivés à un règlement.

Donc, il me semble que dans des domaines techniques - et là malgré ce que vous venez de nous dire dont je suis bien consciente - cette forme de régulation est peut-être préférable tout de même à une décision purement administrative ou à un règlement des conflits laissés à leurs postes bien après, uniquement à une juridiction à laquelle on va reprocher de ne pas avoir la connaissance technique suffisante pour la compréhension des données, des faits. Donc voilà un petit peu ce que je voulais dire à ce niveau de la discussion.

### **M. Yves GAUDEMET**

Et du point de vue du contrôle alors, Madame la Présidente, de la Cour d'appel et de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ?

### **Mme Claire FAVRE**

Du point de vue de la Cour d'appel, vous savez que les contrôles des autorités administratives indépendantes des autorités de régulation sont très divers. Parfois, nous avons un contrôle administratif qui est lié à notre distinction administrative et judiciaire. Le contrôle des décisions, de sanctions rendues par le Conseil de la concurrence est fait par la juridiction judiciaire.

Donc par la Cour d'appel de Paris, puis par la Cour de Cassation.

Il est certain qu'en ce qui concerne la Cour de Cassation, comme dans toutes les matières, la Cour de Cassation n'est pas le juge du fait. Donc, toutes les données de fait qui seront apportées par la décision du Conseil, nous ne reviendrons pas dessus. Mais en revanche, nous avons un contrôle de la sanction, c'est-à-dire que nous regardons si le Conseil de la concurrence puis la Cour d'appel ont bien, pour arriver à la sanction, appliqué les critères définis par la loi.

### **M. Yves GAUDEMET**

Sur ce contrôle par le juge judiciaire, effectivement, il n'y a pas que l'AMF. L'ARCEP, c'est encore moitié-moitié et différemment moitié-moitié.

### **Mme Claire FAVRE**

Les sanctions de l'AMF sont moitié-moitié. Ce sont des sanctions prononcées contre des professionnels. Ça va devant le Conseil d'État, et comprenez donc que ça va devant le juge judiciaire.

### **M. Yves GAUDEMET**

Vous avez un éclatement du contentieux, donc du contrôle finalement des décisions prises par ces autorités administratives indépendantes. Cela a joué aussi pour l'ARCEP. Un éclatement qui a été fait pour la première fois à propos du Conseil de la concurrence et qui a consisté à confier, non pas au juge judiciaire proprement dit, mais à la Cour d'appel de Paris avec un pourvoi en Cassation devant la Chambre

commerciale, ce contentieux des sanctions qui sont des actes administratifs, mais qu'on a pu soustraire – au bénéfice d'une construction du Conseil constitutionnel – qu'on a pu soustraire à la compétence naturelle du juge administratif, bien que ce soit l'annulation et la réformation d'actes administratifs qui relèvent en principe de la compétence du juge administratif.

Donc, cette construction a existé en 1987 pour le Conseil de la concurrence. Elle a été utilisée par la suite pour d'autres actes d'autres autorités administratives indépendantes. Mais, ce sur quoi je voulais peut-être que nous revenions un instant, c'est sur le fait que, même si c'est le juge judiciaire qui est compétent dans les termes que vous avez rappelés, Madame la Présidente, il s'agit là matériellement d'un contentieux administratif ; c'est un contentieux de l'acte administratif qui aboutit à l'annulation ou à la réformation de l'acte administratif. Et que, dans ce contentieux que le juge administratif manie depuis longtemps, bien évidemment, tous les éléments du contentieux administratif ont leur place.

En particulier – je voudrais simplement revenir d'un mot sur cet aspect – lorsque le Conseil constitutionnel a admis cette attribution de compétences, il a dit : « C'est à la condition que l'on crée devant le juge judiciaire une procédure analogue à celle du sursis à exécution (qu'on appelle maintenant suspension) de l'acte administratif. C'était une condition constitutionnelle du transfert de compétences. Ceci a été fait. La procédure prévoit cette possibilité de sursis, mais je crois qu'il n'est pratiquement jamais prononcé.

### **Mme Claire FAVRE**

Je peux donner un exemple en ce qui concerne les

décisions de l'autorité des marchés financiers. Le sursis n'avait pas à être prononcé, car en règle générale, l'AMF dès lors qu'il y avait un recours devant la Cour d'appel, d'elle-même, suspendait les opérations. Je ne parle pas en matière de sanctions, je parle en matière d'OPA, de décisions.

**M. Yves GAUDEMET**

Et sur le contentieux de la responsabilité donc, vous nous rappelez que l'AMF s'était assurée ?

**Mme Claire FAVRE**

Oui, tout a fait.

**M. Yves GAUDEMET**

Il y a d'ailleurs des précédents concernant la Commission bancaire – sous votre contrôle Monsieur le Président – dans lesquels la responsabilité de la Commission bancaire a été retenue pour faute lourde. Et d'ailleurs, ce qui est assez révélateur, sa responsabilité a été retenue vis-à-vis d'un organisme qui n'avait pas été suffisamment bien contrôlé, et c'est en général sous cette forme que cela fonctionne.

Il y a quelque chose qui est virtuellement important, parce que ces autorités de régulation économiques dont nous parlons prennent des décisions. On a dit tout à l'heure qu'elles pouvaient se tromper, qu'il peut y avoir des décisions erronées qui peuvent être très lourdes de conséquences économiques. Il est clair que dans cette hypothèse-là, la voie de l'action en responsabilité civile, une responsabilité administrative, mais civile, est une voie qui ne pourra pas rester éternellement

inexplorée, d'où d'ailleurs cette attitude de précaution qui consiste à s'assurer, lorsqu'on est attributaire de la personnalité morale. Tant qu'on se confond avec l'État, c'est évidemment la responsabilité de l'État qui est engagée, même si c'est du fait d'une décision sur laquelle l'appareil classique de l'État ne pouvait rien, puisqu'il s'agit d'une autorité indépendante. Il y a d'ailleurs aussi des exemples à l'étranger d'engagement de responsabilité d'autorités administratives indépendantes.

### **M. Pierre LECLERCQ**

Il y a même des exemples d'organisations internationales. Moi, je fais partie d'une autre autorité administrative indépendante, au niveau international, qui est la commission de contrôle des fichiers d'Interpol. Et Interpol est très préoccupé de la mise en cause éventuelle de sa responsabilité devant des juridictions nationales : Interpol participant, par nature, à la diffusion de tout ce qui peut constituer les armes de la lutte antiterroriste, ainsi la diffusion des inscriptions faites par l'ONU ou d'autres organismes dans des listes de suspects, dans la gestion desquelles il y a nécessairement quelques « à peu près ». Or, les « à-peu-près » peuvent être très préjudiciables.

Donc, un organisme comme Interpol n'a pas encore vu, si peu que ce soit, sa responsabilité engagée, mais celle d'autres organisations internationales l'a été, et pas seulement d'ailleurs sur le fondement de la convention européenne des droits de l'homme, mais aussi sur la référence à la notion maintenant devenue universelle de la notion de procès équitable et de proportionnalité des sanctions.

### **M. Yves GAUDEMET**

On me dit que nous avons été peut-être un peu bavards. Je m'en excuse. Il n'y aura pas de pause. Mais en revanche, si vous voulez poser quelques questions.

### **M. Alain LAMBERT**

Oui, ma question était la suivante. Vous avez parlé tout à l'heure de la prolifération des règles dans le monde de la régulation. Et je me suis demandé si ce n'était pas un phénomène de contamination, puisque dans la puissance publique, la prolifération de la loi, du règlement, est propre, sinon à la France en tout cas, elle prend des proportions tout a fait inquiétantes.

Je me demandais aussi si le fait qu'on soit passé de l'économie administrée à de l'économie de marché dans des domaines aussi sensibles que le transport, l'énergie et les télécommunications, ne donne pas la tentation permanente à la puissance publique de vouloir continuer à légiférer pour répondre à un supposé vœu sociétal qui s'exprime chaque jour dans les journaux, si on peut se demander de temps en temps si Le Monde sortant, par exemple, à 14 heures, ne détermine pas la législation comme le 20 heures de TF1 l'avenir au Parlement ?

Ça, c'était ma première question. Donc, contamination ou pas, et s'il y a contamination, est-ce que finalement on ne se retrouve pas avec deux autorités : autorité publique, autorité, et qui vont continuer chacune de leur côté à alimenter des règles qui vont, si j'ai bien compris, affaiblir les agents économiques, et donc notre économie.

Deuxième question : les ressources. S'agit-il de l'argent public ? Dès lors, s'il s'agit d'argent public, est-ce qu'on imagine que ces autorités puissent être contrôlées comme le sont tous ceux qui reçoivent l'argent public ?

C'est une question qui me semble devoir être traitée, dès lors que ces autorités ont manifesté le soin dans le budget de l'État de pouvoir être, lorsqu'elles ont accès aux ressources du budget de l'État, à être traitées séparément ? Ce qui naturellement peut poser des questions à ceux qui ont la charge de vérifier le bon usage de l'argent public.

### **M. Yves GAUDEMET**

Monsieur le Ministre, vous avez dit plus que je ne pourrais répondre. Je crois qu'on ne peut que souscrire à vos propos : la multiplication des autorités administratives en elles-mêmes et par le droit bavard qu'engendrent ces autorités administratives indépendantes ensuite, tout cela comporte une sorte d'effet au carré. Tout cela contribue largement à l'inflation législative. Cela me paraît certain.

J'ajouterais que ces autorités administratives indépendantes – le rapport Gélard en dressait déjà une liste, elle est déjà périmée – il s'en crée pratiquement tous les jours. Pas toujours des autorités régulatrices dans le domaine de l'économie, mais aussi dans le domaine des libertés publiques ; il n'est guère de texte important qui ne se termine par la création d'une autorité administrative indépendante.

Quant au décès des autorités administratives indépendantes – parce que, pour les autorités régulatrices, la concurrence est établie et qu'elle est régulée – il y a une vieille loi de science administrative qui me fait penser qu'il sera peu vraisemblable ou en tous les cas très rare. Donc, certainement le droit est alimenté à l'excès par ces autorités administratives indépendantes, par leur création et par le droit qu'elles créent à leur tour.

Et cela engendre une situation de grande insécurité juridique, parce que ce droit s'est multiplié, se répète, est inflationniste et qu'il n'est pas en plus toujours exprimé dans des termes juridiques classiques. Ce qui fait qu'il est assez difficile de le comprendre ; je prends un exemple tout récent – nous ne sommes pas dans le domaine de la régulation économique – mais la HALDE (la Haute Autorité de Lutte contre les Discriminations) vient de rendre une recommandation qui prend, d'après ce que j'ai compris de mes collègues plus spécialistes que moi du droit du travail, le contre-pied d'une jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d'embauche.

C'est une recommandation. Après tout, la HALDE peut estimer que le droit doit évoluer, qu'il est fait pour évoluer. Mais, cela crée tout de même une situation de grande insécurité juridique pour les employeurs dans ce domaine qui, il est vrai, n'est pas celle dont nous parlons.

Quant au coût finalement de ces autorités administratives indépendantes, c'est une question qui a été abordée par le rapport Gélard, d'autant que l'attribution de la personnalité juridique se conjugue en général avec l'attribution de ressources propres. Je dirais presque que c'est même un peu pour ça qu'elle est faite ; des ressources propres qui sont en général prélevées sur le marché. Donc, qui renchérissent le coût du marché, et finalement le coût du marché pour le consommateur, puisque tout ceci est répercuté.

Il y a effectivement un problème d'utilisation des deniers publics qui correspond au fonctionnement performant de ces autorités administratives indépendantes. Nous sommes - pour autant que je puisse établir une comparaison avec l'étranger - tout de même relativement discrets.

Je pense par exemple au Conseil de la concurrence comparé au Bundeskartellamt, ce n'est pas du tout le même gabarit. Donc, je crois que là, nous sommes encore ou peut-être au début d'une charge financière très grande ; mais vous avez infiniment raison, et d'ailleurs comment en serait-il autrement. Vous connaissez ces questions magnifiquement. Il y a un problème de coût de ces autorités administratives indépendantes. Certainement. D'autant qu'elles ne font pas disparaître les administrations classiques. Il existe toujours au ministère des Finances un service des assurances alors qu'on pouvait penser que la direction des assurances était maintenant « logée » dans l'Autorité de contrôle des assurances.

Et je ne parle pas des autorités administratives indépendantes, dans le domaine des libertés publiques qui existent à l'intérieur des collectivités locales ou des établissements publics, avec une sorte de doublon de l'administration classique qui là aussi a son coût.

D'autres questions ?

### **M. Jean-Jacques ISRAEL**

D'abord une brève observation : pour continuer dans l'évocation du coût des doublons, ce matin justement, je participais à une réunion de l'AERES qui est notre organisme administratif indépendant d'évaluation de la recherche et qui vient s'ajouter aux organes classiques de l'administration. Et donc ici également, on va avoir un avis d'un organisme d'évaluation avant que le ministère prenne la décision.

Ensuite ce que je voulais surtout ajouter, c'était la question suivante : en entendant l'intervention très brillante de monsieur Guillemin notamment sur le problème de la sanction, la question qui se pose

effectivement, c'est de savoir si pour le Conseil de la concurrence, entre autres, il ne faudrait pas que les sanctions soient prononcées par un collège de type juridictionnel. Il faut être attentif à la composition du Conseil de la concurrence. On voit bien les évolutions des autres organes de régulation, la tendance. Prenons par exemple pour la CRE, le CORDIS, le comité de règlement des différends, qui est composé de magistrats. Et je dirais dans ce sens d'autant plus qu'en ce qui concerne le contrôle de la sanction, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, en la matière, qui a été qualifiée très pudiquement par René Chapus de « transactionnelle » - ce qui en dit long sur l'appréciation qu'on peut porter - est une jurisprudence qui est en retrait de la manière classique qu'avaient les juridictions nationales et notamment la Cour de Cassation, mais aussi le Conseil d'État, d'appliquer, et de faire respecter les droits de la défense.

En effet, le juge européen tolère et même valide des irrégularités - c'est ancien, c'est la jurisprudence Le Compte - au seul motif que l'instance de recours va se prononcer dans des conditions qui elles sont conformes au droit au procès équitable. Si on avait, au moins sur le prononcé des sanctions, une juridictionnalisation du processus, on pourrait peut-être éviter ce sentiment du contrôle insuffisant de la sanction, sans pour autant aller jusqu'à la qualification pénale, mais en s'en rapprochant, parce que la sanction, c'est quand même éminemment quelque chose de pénal comme l'étymologie du terme le rappelle.

## **M. Yves GAUDEMET**

Mais, j'ajouterais un point, il me semble aussi que le

contrôle législatif est important. J'en viens aux lignes directrices de la Commission, qui vous explique que, clairement, ce qui compte, c'est la dissuasion. Le critère fondamental de la détermination de la sanction pour la Commission européenne, c'est la dissuasion. Et quant au mode de calcul – tout le monde l'a fait pour comprendre – on peut arriver jusqu'à 500 % de la valeur des ventes sur le marché considéré affecté par la pratique.

Je reste au demeurant surpris que, dans de simples lignes directrices, on puisse aboutir à instaurer un système de détermination de la sanction. On verra ce que font les juridictions communautaires. Mais personnellement, je pense qu'il faudrait une intervention législative. Est-ce qu'on peut prononcer des sanctions aussi importantes sur le fondement de simples lignes directrices ?

### **Intervenant**

Au niveau communautaire, vous avez quand même eu dans les dernières années une différenciation très nette entre les positions de la Cour de justice et celle des commissions elles-mêmes.

### **M. Yves GAUDEMET**

D'accord.

### **Intervenant**

Donc, le contrôle juridictionnel est quand même un contrôle qui s'est même exacerbé dans ces choses-là. L'exacerbation n'est pas intervenue en France, mais assez largement quand même.

On ne peut pas dire que c'est purement fictif, le contrôle par la Cour d'appel de la proportionnalité de la sanction. On ne peut pas le dire. Il n'y a pas eu ce conflit jurisprudentiel qui a été systématisé au niveau européen, qui aujourd'hui encore laisse encore sur les lignes directrices que vous évoquiez quand même beaucoup d'aléas sur leurs véritables forces.

**M. Yves GAUDEMET**

Et même leur constitutionnalité.

**Intervenant**

Oui.

**M. Yves GAUDEMET**

D'autres questions ?

Eh bien, je voudrais à mon tour remercier en votre nom les participants à la table ronde, et vous remercier également de vos questions et de votre accueil.

Alors donc, nous cédon la place, mais sans désemparer, puisque la pause est supprimée.

### **3<sup>E</sup> TABLE RONDE**

## **«LA RÉGULATION ET L' EUROPE»**

#### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Comme convenu dans l'organisation scientifique du travail et la répartition des tâches, nous allons à partir de maintenant insister sur la dimension européenne de la régulation et les perspectives et difficultés qui lui sont spécifiques. Cependant, cette question n'est pas autonome des précédentes, ce qui montre au passage que la régulation forme un tout puisque les questions interfèrent. Ainsi, l'Europe ne constitue pas la même perspective suivant qu'est concerné tel ou tel secteur régulé, par exemple les télécommunications ou l'énergie. On pourrait soutenir que le premier se prête plus à une régulation européenne en tant qu'il se rapproche de plus en plus d'une organisation neutre de la concurrence tandis que les décisions à long terme en matière énergétique relève du régalién et donc du national. Mais l'on pourrait tout aussi estimer que l'enjeu européen est celui d'une politique énergétique, que cette dimension politique appelle précisément la régulation au-delà de l'ajustement de l'offre et de la demande sur les marchés et du contenu géographiquement limité des états.

De la même façon, la dimension européenne ne peut se détacher sans artifice de la question du régulateur, préalablement examinée. En effet, et c'est actuellement en débat, l'avenir est peut-être à des régulateurs européens, car il existe en réalité peu d'obstacles juridiques pour cela, soit à des régulations nationales en réseaux, sur le modèle du réseau des autorités de concurrence, avec la question sous-jacente, lancinante

et difficile de situer la Commission européenne dans de tels schémas.

Plus radicalement, on peut se demander si le niveau européen est pertinent. Il fût longtemps perçu trop ambitieux, ou importun, ou attentatoire aux souverainetés. Il semble aujourd'hui dans bien des secteurs trop petits, par exemple en matière de régulation financière. Peut-être reviendra-t-on sur ce point en conclusion, car affirmer cela, c'est déjà aller au-delà du thème ici étudié, qui se limite à l'horizon européen.

Reprenant donc les thèmes de discussions, je sollicite Monsieur Peter Herbel, directeur juridique du Groupe Total pour l'interroger sur l'articulation entre tel et tel secteur et la construction européenne. Les produits ou l'activité concernée, énergie, téléphonie, médias, finances, banque, etc., gagnent-ils à une dimension européenne donnée à leur organisation, alors même que celle-ci n'est pas laissée au simple jeu de la concurrence ? L'Europe est-elle légitime à construire des secteurs sur un mode qui n'est pas celui du simple marché et qui intègre une dimension politique ? Quels secteurs sont économiquement, techniquement et juridiquement suffisamment construits pour profiter d'une telle expansion européenne ? Comment peut-on techniquement construire une régulation communautaire pour chacun d'eux, notamment lorsque des réseaux sont en jeu, comme en matière ferroviaire et énergétique ?

Enfin, le niveau européen est-il pertinent alors même que bien des secteurs appelant régulation renvoient à une organisation qui n'est performante qu'au niveau mondial. Cette dimension n'a été que peu évoquée jusqu'ici parce qu'on a principalement étudié ce que l'on désigne comme les « industries de réseaux »

(télécommunications, médias, énergie), mais la régulation concerne tout autant la finance ou la banque, de dimension supra-européenne.

Dans cette perspective donc, ne faut-il pas quelque chose qui soit au-delà du niveau européen, par exemple en matière de finance, en matière monétaire ou en matière bancaire ? Pourriez-vous nous éclairer sur cette série de premiers points ?

### **M. Peter HERBEL**

Merci Marie-Anne Frison-Roche pour vos questions pertinentes. Comme je travaille pour un groupe qui exerce ses activités principalement dans le secteur de l'énergie, je ne me permettrai pas d'avoir une opinion tranchée sur les marchés de la finance, de l'assurance, des notaires, des avocats ou autres, qui seront peut-être évoqués plus tard. À mon avis, cette question de la régulation au niveau européen nous ramène un peu à la première table ronde sur les secteurs régulés, au cours de laquelle le sénateur Marini a bien mis en exergue les différentes caractéristiques des régulateurs.

Il faut bien distinguer les différents types de régulation : celle qui a été abordée lors de la première table ronde et lors de la deuxième dans une moindre mesure, consiste à réguler verticalement un secteur auparavant dominé par un monopole étatique pour l'amener vers une économie plus ouverte, plus libre. Et ce, au profit du consommateur. C'est un élément important, que le Professeur Claude Lucas de Leyssac a eu raison de souligner et sur lequel je reviendrai, car c'est bien à l'aune du bénéfice qu'en retire le consommateur que la régulation d'un secteur doit être évaluée.

Cette forme de régulation s'exerce dans les secteurs

où il existe des réseaux techniques qu'il faut interconnecter et pour lesquels une interopérabilité est donc nécessaire. Je ne pense pas que les notaires ici présents soient particulièrement intéressés par ces secteurs-là aux aspects assez techniques : il s'agit des télécommunications, des gazoducs, des oléoducs, du transport, etc.

Une autre forme de régulation est à distinguer, celle que le sénateur Marini a qualifiée d'horizontale ; elle est par exemple exercée par l'Autorité des marchés financiers que Madame la Présidente Favre connaît bien. Dans ce secteur, il existait déjà une multitude d'acteurs. L'État a simplement considéré comme nécessaire d'encadrer ces différentes opérations financières pour protéger les opérateurs les uns des autres, mais surtout pour protéger le consommateur (ou son intermédiaire) qui agit sur ces marchés. C'est à mon avis plutôt sur ce second type de régulation que nos amis et hôtes les notaires peuvent souhaiter avoir quelques éclaircissements. Il n'est en effet pas exclu que le notariat soit un jour concerné par une régulation de ce type et c'est d'ailleurs la raison qui nous réunit aujourd'hui.

Au départ de ces régulations nationales dont je viens de parler, qu'elles soient horizontales ou verticales, se trouvent souvent des directives européennes. Sans vouloir offenser Monsieur le Ministre Alain Lambert, je me permettrais de rappeler que certains politiciens se retranchent derrière la Commission européenne en lui rejetant la responsabilité des décisions prises en matière de régulation. Mais les directives européennes sont approuvées par le Conseil, et donc par les États : sans leur aval, il n'y a pas de réglementation européenne. Il ne faut donc pas accabler Bruxelles, ce domaine-là est de la responsabilité de chacun.

Il est vrai néanmoins qu'au départ de toutes ces réglementations, il existe un mouvement européen emprunté pour partie des us et coutumes américains et pour une autre partie créée de toutes pièces par notre vieille Europe.

Ces règles sont ensuite déclinées au niveau national par les différentes organisations en présence. Dans le domaine de l'énergie, que je connais un peu mieux que d'autres, une entreprise comme Total, à l'image de Bouygues dans son secteur, est soumise à une multitude de régulateurs. Je dois avouer que je ne connais même plus exactement le nombre de ces régulateurs. Il y a bien sûr l'AMF, puisque le Groupe est coté en Bourse à Paris, mais aussi la SEC puisqu'il l'est également à New York. Évidemment, les règles imposées par ces organismes ne sont pas similaires, ce qui ne facilite pas la vie des uns et des autres.

En matière de gaz naturel, le Groupe est bien entendu régulé en France par la Commission de Régulation de l'Énergie, déjà citée tout à l'heure. Il faut savoir que dans ce domaine, et je reviens ainsi à ce que disait le professeur Lucas de Leyssac ce matin, l'origine de la réglementation existant en Europe vient de l'Angleterre. Madame Thatcher a commencé dans les années 1985/86 à déréglementer – selon le terme anglais qui a bien été expliqué tout à l'heure – le marché du gaz. Elle a mis en place une réglementation qui n'a pas correctement fonctionné. Celle-ci a donc été modifiée au début des années 90 par ses successeurs. La régulation n'a toujours pas porté ses fruits, puisque les prix n'ont pas baissé pour le consommateur.

Enfin, au début des années 2000, il a été introduit un nouveau système appelé NETA (New Electricity Trading Arrangements) qui est un cauchemar pour les juristes.

En effet, c'est une réglementation qui fait aujourd'hui environ 1,5 mètre de large de papier, elle est produite tous les mois par une réunion entre les acteurs du marché et l'autorité de régulation : chaque mois, quelques pages, et parfois quelques centimètres, y sont ajoutés. En tant que citoyen, et je ne parle pas en ma qualité d'entrepreneur, je me pose véritablement la question suivante : est-ce bien raisonnable ?

Ce n'est peut-être pas une chose à dire, mais je me permettrais tout de même de le faire, puisque l'électricité fait un peu partie du domaine d'activité de Total : ce secteur, avec EDF comme seul opérateur, fonctionnait à peu près correctement, le consommateur français payant un prix inférieur à la plupart des pays européens.

Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE semble contester ce point.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Pardon d'avoir semblé, par une expression faciale, contesté un fait qui est acquis. Simplement, il est parfois difficile de distinguer parmi les causalités. Certains rattachent le prix modéré de l'électricité pour le consommateur à la vertu du système, notamment à sa constitution autour d'un opérateur public verticalement intégré, ce qui légitime alors le choix d'un tel schéma, mais cela peut avoir d'autres causes, par exemple des subventions croisées. Le prix n'est en outre pas le seul élément d'appréciation de la réussite des mécanismes de régulation, par exemple au regard de la sécurité et du caractère durable des installations techniques.

### **M. Peter HERBEL**

C'est vrai que le prix n'est qu'un élément, néanmoins important, car il faut bien que la régulation soit utile à quelqu'un et en priorité à la population, même si les entreprises en profitent aussi, comme je suis bien placé pour le savoir.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

À cet égard, il est à noter que vous êtes non seulement un consommateur, mais encore un contribuable. Des économistes ont soutenu que des rentes illégitimes pouvaient être engendrées alors même que le consommateur bénéficie d'un prix favorable, parce que la charge de tout le système est transférée d'une façon qui n'est pas visible sur le contribuable. S'il en est ainsi, l'organisation apparaît moins vertueuse, non seulement dans ses résultats, mais encore dans ses modalités, puisqu'il n'y a plus de transparence.

### **M. Peter HERBEL**

Il est vrai qu'en France le contribuable a subventionné la mise en place de la fusion nucléaire. Aujourd'hui apparaissent sur ce secteur des acteurs économiques supplémentaires, dont Total. Comme les opérateurs n'ont pas facilement accès à la production française, le commerce de l'électricité se fait à partir de l'Angleterre pour ce qui nous concerne. L'électricité est acheminée depuis l'Angleterre vers la France, grâce à une sorte de câble sous la Manche appelé *interconnector*. Mais il est aussi possible de le faire en sens inverse. Les entreprises comme Total sont donc intéressées par cette réglementation dans le domaine de l'électricité, qui

représente une ouverture pour elles. Ceci n'empêche pas de légitimement s'interroger sur l'économie générale de cette réglementation.

Pour en revenir à la question de l'Europe, les secteurs de régulation sont à ce niveau à peu près les mêmes que ceux évoqués tout à l'heure sur le plan national, puisque la plupart des réglementations étatiques font suite à des initiatives européennes. Les seules réglementations qui échappent à cet état de fait sont celles dont il était question lors de la deuxième table ronde et qui concernent les libertés individuelles, où la tendance est à la création d'une autorité de régulation à chaque nouvelle loi d'importance en la matière.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Si nous vous avons bien compris, vous n'êtes donc pas favorable à la création de régulation européenne, sans même évoquer la question seconde de savoir comment les créer ? Si l'on ne s'oriente pas vers cette direction de régulateurs européens sectoriels, remplaçant les régulateurs nationaux et absorbant leurs compétences, restons-en à l'hypothèse du maintien de ceux-ci.

Même dans cette dernière hypothèse, certains mécanismes juridiques pourraient être favorisés (lieux de rencontre, fora, recommandations communes, etc...) pour une convergence européenne. Ces procédés ont été mis en place en matière financière par exemple par des directives communautaires concrétisant des « plans d'action » adoptés dès 2001 pour construire un marché financier européen unifié, alors même que n'existe pas d'autorité européenne de régulation financière. Le processus dit *Lamfalussy* permet aux autorités nationales et communautaires d'articuler leurs

pouvoirs, à différents stades de l'adoption des textes. Cette façon de faire met tout à la fois la régulation au niveau européen sans créer de régulateur européen et peut servir de modèle.

Il en résulte l'adoption rapide de textes cohérents, sans que joue en première ligne le mécanisme hiérarchique entre l'Europe et les États membres, lequel a souvent pour effet de bloquer l'adoption des textes.

À tout le moins, si l'on adopte une conception plus unifiée de la régulation, ne prenant pas comme *summa divisio* les « industries de réseaux » d'une part et les régulations bancaires et financières d'autre part, division qui a sans doute comme sous-jacent la distinction du droit public et du droit privé, on pourrait emprunter ces procédés de convergence européenne des régulations d'une façon générale.

### **Intervenante**

Des applications ?

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

En effet, ces mécanismes, appliqués en matière de banque, d'assurance et de finance, ont institutionnalisé des dialogues permanents entre les différents niveaux normatifs. Si l'on estime qu'il est de bonne méthode de procéder ainsi, notamment pour intégrer la technologie au rythme de celle-ci, alors, cela devrait se développer aussi en télécommunication, médias et énergie. Les dialogues sont pour l'instant assez informels mais les projets de la Commission visent à les institutionnaliser, notamment entre régulation nationale et gestionnaires

nationaux de réseaux de transport. Dès lors, ce qui était critiquable, comme les rafales de directives ou l'adoption de nouveaux textes européens alors que les précédents ne sont pas encore transposés, ou la superposition d'autorités nationales et d'autorités européennes, doit au contraire être approuvée. Dans un tel jeu, personne n'est le maître et n'y a le dernier mot. La France peut donc très bien jouer son rôle et Il me semble qu'elle l'a fait, tant méthodologiquement que dans la défense de ses propres intérêts. Il faut aussi assumer de le dire. Dans quelle mesure cela ne pourrait-il pas représenter une méthode efficace ? En outre, les professionnels sont fortement présents dans ces processus. En effet, la régulation s'opérant sur un mode moins hiérarchique, ils facilitent les accords, leur fait place, voire en font des relais nécessaires.

### **M. Peter HERBEL**

Il est vrai, en particulier dans les domaines techniques mentionnés tout à l'heure, qu'il est préférable d'avoir une concertation européenne plutôt que de devoir affronter séparément l'un des 27 régulateurs différents. Comme l'a souligné Monsieur Guillemin tout à l'heure, un groupe européen ou mondial souffre d'affronter en permanence des réglementations différentes en fonction des pays. Dès que l'on passe la frontière, il faut mettre en place des juristes supplémentaires pour comprendre ce qui se passe sur le plan local, ce qui est regrettable.

Je suis en outre entièrement sur cette lignée qui consiste à prendre la régulation comme un mécanisme permettant d'améliorer les fonctionnements du marché, ceci en est même l'objectif premier. Dans un monde globalisé ou au moins européen, il vaut mieux considérer l'emploi, pour ce faire, de mécanismes

contribuant à un rapprochement entre les différentes réglementations et régulations.

Pour revenir à la Commission européenne, et plus particulièrement au domaine du droit de la concurrence évoqué tout à l'heure, il existe, comme vous le savez, des programmes de clémence. Le directeur général de la Commission dans le domaine de la concurrence m'a expliqué un jour que la situation en la matière était dorénavant satisfaisante, parce qu'il existait un programme européen. Je lui ai répondu que ce programme ne faisait qu'ajouter une réglementation aux 27 déjà existantes. Lorsqu'une entreprise constate qu'une entente a été commise dans une de ses entités, elle doit alors « courir » à 27 endroits différents et à Bruxelles en plus, afin de pouvoir éventuellement bénéficier d'une clémence ainsi qu'il est prévu. Un système cohérent sur le plan européen serait donc évidemment préférable.

### **Intervenante**

Je me permets de vous poser la question, Monsieur le Vice-Président. De façon peut-être plus générale, qu'elle serait, si on admet le principe comme quoi une régulation européenne de ces secteurs-là, sauf si vous voulez dire que certains secteurs doivent en effet être plus..., quelles sont les conséquences institutionnelles d'une régulation conçue au niveau européen, que ce soit le rôle de la Commission européenne dans son rôle de conception, des droits de la concurrence ou bien de la politique de la concurrence, ce n'est pas tout à fait pareil.

Si je prends le secteur dont vous êtes un grand spécialiste, la Commission européenne dit que

désormais, il y a une politique énergétique, ça change. Ce n'est pas pareil, parce que quand on dit qu'on a une politique énergétique, alors on se pose en régulateur et on dit et bien voilà : « Je vais dire que l'environnement, c'est très important et que je vais donner telle part à l'environnement par rapport à telle part au développement d'une politique industrielle ». Et d'ailleurs, je vais définir la politique industrielle. Quand vous avez une Commission européenne qui se pose comme cela, et elle l'a fait, elle se décale par rapport à la conception qui était celle pour laquelle elle avait été faite pour ça. À l'époque, tout au début, elle n'avait pas été faite pour ça, mais en fin on s'était habitué, au fait que la Commission européenne représentait le droit de la concurrence, donc la surveillance, le maintien, la construction des comportements sur des marchés avec les sanctions des comportements anticoncurrentiels et le contrôle des concentrations. On n'était pas habitué, en tout cas pas ouvertement, à ce que la Commission européenne assume d'être un organe de politique de régulation, ce qui éventuellement nous ramène aussi à la deuxième table ronde sur les légitimités politiques, et je n'ai parlé que d'un des organes de l'Europe qu'est la Commission européenne. Mais, il y en a beaucoup d'autres.

### **M. Jean-Pierre FERRET**

Je crois que lorsqu'on parle de politique, cela implique d'avoir une vision globale avec un projet précis et relativement clair. Le profane que je suis, dans le domaine qui nous intéresse depuis le début de l'après-midi, ne peut que relever – en tout cas c'est ma perception – un nombre important de contradictions. Dans un premier temps, l'objectif étant de parvenir à la mise en place d'un marché concurrentiel, le profane

peut comprendre qu'il y ait nécessité de faire tomber les réglementations qui pourraient avoir des effets restrictifs sur la concurrence : c'est l'étape déréglementation. Mais vient ensuite un deuxième temps : l'absence de règles peut contribuer à favoriser le plus fort et à éliminer les plus faibles, quid alors de la concurrence s'il n'en reste que quelques uns qui imposeront alors leur loi au marché? On arrive alors au temps de la deuxième étape : celui de la régulation. Le pouvoir instaure alors de nouvelles règles : il régule. Si on peut comprendre un tel mouvement de balancier, il est possible aussi au simple citoyen de s'interroger. Que ressent le profane ? Une absence de vision globale, une navigation au mieux pragmatique, au pire à vue. On modifie ou on évolue au fur et à mesure des événements. Ainsi, on est partie du niveau européen pour s'intéresser aux règles de concurrence sur le marché européen. Et puis il y a quelques années, en 2004, on fait en partie basculer les contrôles vers les autorités nationales. Et aujourd'hui, on se demande s'il ne faut pas revenir, c'est un d'interrogation, vers des contrôles européens.

Sur cette même période, on a voulu dans un premier temps favoriser l'externalisation de la prise en charge de services publics par les entreprises qui assuraient à la fois des obligations de services publics et des activités commerciales. Et donc, interdire les subventions entre les deux types d'activités. Et puis finalement, on en revient ou du moins c'est ce qu'admet la jurisprudence de la Cour de justice, à autoriser les aides ou les compensations financières lorsqu'une entreprise a assumé des obligations de service public qui lui sont donc imposées par l'État.

Alors finalement, on trouve peut-être dans ce va-et-vient, dans cette évolution, les sources des doutes des

citoyens qui s'interrogent sur le rôle de la concurrence, le rôle de la régulation. Quel doit être le bon niveau de concurrence, jusqu'où doit aller la concurrence ? Et à force de semer le doute dans l'esprit du citoyen on finit par arriver à l'échec qu'on a connu sur le traité européen. Donc, il y a certainement un problème d'équilibre entre les pouvoirs européens en termes de régulation et les prérogatives des États. Où s'arrête la liberté des États d'exercer des choix sur leurs territoires, des choix souverains, et où commence l'autorité de la commission ?

Alors, il est vrai que l'Europe s'est construite d'abord sur la concurrence, sur les aspects économiques. Et cette base de la construction européenne a donné aux instances européennes un poids plus important dans des domaines où au départ, il n'était pas prévu de compétences particulières. Aujourd'hui, les directions qui ont le plus d'activités, qui sont le plus prolifiques en matière de textes et d'interventions, sont les Directions Générales Concurrence et Marché Intérieur. On peut s'interroger, je pense légitimement, sur le pourquoi du peu de rôle effectif de la Direction Justice et Affaires Intérieures, alors que pourtant on assiste à une évolution nouvelle de l'Union européenne, une évolution beaucoup plus sociale, une évolution plus vers une Europe des citoyens et moins vers une Europe des marchés. Et il serait peut-être temps aujourd'hui de donner à la Direction Justice Affaires Intérieures, un pouvoir plus important par rapport aux pouvoirs qui sont reconnus, pas forcément par les textes, mais qui sont exercés en fait par la DG Concurrence et la DG Marché Intérieur.

Je crois qu'il y a là, pour le pouvoir politique de chacun des États européens, un véritable choix de modèles, un choix à faire pour le modèle européen de demain.

## **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Dans les développements qui viennent d'être faits, il faut distinguer d'une part la pertinence du niveau européen, qui semble acquise pour tous, et l'approbation de la façon dont le droit européen se développe, emprise qui suscite davantage de réserve. Sans doute sommes-nous au milieu du gué, dans cette demande d'une Europe plus équilibrée. Je voudrais simplement souligner que la Commission européenne ne joue pas le même rôle lorsqu'il s'agit de rendre efficace dans un Etat-Membre, par exemple des actes authentiques, qu'une mise en place d'un système européen de paiement interbancaire, qui requiert plus de réglementation. Je ne prétends pas défendre par principe les « 1,50 mètre de large » de textes, mais cela peut tenir à la complexité technique de l'objet.

Par ailleurs, les textes européens changent, et l'on s'essouffle derrière eux, mais cela tient souvent au fait que les États membres se refuseraient à signer les textes communautaires si des marges politiques ne leur étaient pas laissées dans leurs transpositions successives. Ce jeu proprement politique dans la construction européenne du droit de la régulation est imputable aux États membres. La France en a particulièrement joué, par exemple en matière énergétique

Pour résumer et suivant les différents secteurs, le niveau européen s'est parfois imposé parce que les techniques avaient déjà dépassé les frontières, comme en télécommunication. Mais il a pu s'agir aussi d'une décision politique, comme en matière énergétique, ou bancaire et financière. Dans ce cas-là, un État membre peut efficacement opposer une sorte d'inertie normative à une dynamique européenne qui contrarie ses intérêts.

Pour aller plus loin, la seule solution sera alors la négociation, plus proche des procédés diplomatiques ordinaires. Ainsi, la directive de 1996 *relative à la libéralisation du secteur de l'électricité*, a conduit à l'adoption en 2000 d'une loi française de transposition dite « *relative au service public de l'électricité* ».

On ne peut donc avoir une vision trop simple et unifiée de ce niveau européen. En effet, même si ces différentes régulations sont liées par cet équilibre général entre libéralisme et direction imposés, ce que l'on désigne parfois comme la « gouvernance des marchés », les solutions, et l'appréciation de celles-ci, dépendent secteur par secteur, technologie par technologie volonté politique par volonté politique. L'attitude et les choix de la Commission ne sont souvent que le reflet de ces variables, et non pas une incohérence dans son action ou un excès de dogmatisme dans sa référence première au modèle libéral.

### **M. Jean-Pierre FERRET**

Sans doute, oui. Vous avez tout a fait raison. Mais, est-ce que parfois aussi, l'attitude de la Commission ou du pouvoir européen n'a pas porté tort à certaines entreprises européennes en instaurant des règles trop rigides ou trop contraignantes ? Je pense à certains regroupements ou fusions qui n'ont pas pu être opérés par crainte d'encourir une sanction de Bruxelles ; n'a-t-on pas là affaibli des entreprises européennes au profit d'autres entreprises non européennes ?

Par cette volonté d'assurer une concurrence totale, n'a-t-on pas fragilisé certaines entreprises européennes face à des entreprises américaines ? Est-ce que l'Europe n'a pas été à un moment donné trop rigoureuse dans

l'application de ses principes ? Est-ce que cela n'a pas nui aux européens ?

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

En effet, vous songez certainement au cas Schneider/Legrand, dans lequel la Commission refusa la fusion, en considérant la situation concurrentielle interne à l'Europe, sans donner pertinence à la concurrence à l'égard des autres régions du monde. À l'époque, les présidents des deux entreprises publièrent un article pour affirmer que le refus européen de l'idée de « champion industriel » géographiquement situé alors que la concurrence est mondiale dans certains secteurs, était une grave erreur de régulation économique a appliqué le droit de la concurrence purement et simplement, en refusant d'appréhender la question en matière de régulation, et, par suite, en refusant de prendre en compte l'existence de concurrents aux États-Unis. En ce sens, le droit de la régulation serait donc non pas le passage vers la concurrence, mais, dans un tel cas, l'au-delà de la concurrence. Les entreprises globales sont directement concernées par cette question et je reviens donc vers Monsieur Peter Herbel.

### **M. Peter HERBEL**

Il me semble que nous touchons là vraiment aux fondements de la régulation, comme nous l'avons entendu lors de la première et de la deuxième table ronde, qu'il est possible d'exprimer sous la forme d'une simple question : à quoi sert la régulation ?

À l'origine de la régulation, je crois qu'il y a de la part de l'État le souhait de faire deux choses principalement :

premièrement, ouvrir certains secteurs probablement trop fermés, où il y a un seul ou peu d'acteurs et où, de ce fait, l'innovation et le marketing ne comptent pas ; deuxièmement, diminuer sur un secteur donné l'influence politique des gouvernements qui se succèdent, afin de lui offrir plus de sécurité, ce qui est un objectif louable en soi.

Mais pour ce faire est adoptée une loi qui va créer tel ou tel organisme de régulation et en préciser le cadre d'action. Une fois créé, que fait cet organisme ? Dans le meilleur des cas, il interprète la loi qui lui a permis d'exister. Dans les cas les plus fréquents, il extrapole au-delà du cadre qui lui a été donné. La question se pose alors de savoir qui définit la politique industrielle et économique de l'État.

Dans un système démocratique, c'est normalement le Parlement qui décide et c'est lui qui est légitime pour déterminer le système économique du pays. Une fois que l'État, si vous me permettez l'expression, a rendu son tablier à un organisme de régulation, lequel prend certaines libertés, il faut se demander si la politique industrielle est définie au niveau approprié.

En ce qui concerne la Commission européenne ainsi que le Conseil, ce motif d'interrogation est encore plus flagrant, puisque ceux-ci n'ont pas de légitimité démocratique directe. Je ne voudrais pas que mes propos soient mal interprétés : je suis un Européen convaincu et je ne remets pas en cause l'existence de la Commission notamment, qui a fait des choses absolument formidables. Mais sur le plan démocratique, la question de la légitimité des choix industriels mis en œuvre se pose parfois de manière implicite ou même directe. L'affaire Schneider/Legrand, citée précédemment, en est un exemple.

Il y a d'autres exemples où la Commission, mais aussi les régulateurs nationaux, manifestent par leurs prises de position une certaine idéologie propre, quant à la manière dont le marché devrait être organisé.

Si la régulation doit être acceptée comme un mode de fonctionnement intelligent, il est important de déterminer une espèce d'aller-retour entre le régulateur et le Gouvernement ou le Parlement, permettant de vérifier régulièrement la légitimité démocratique des décisions prises dans un domaine qui n'est pas simplement technique.

Je suis d'accord avec Marie-Anne Frison-Roche pour considérer que, lorsque l'interconnexion de systèmes de télécommunications ou de gazoducs par exemple doit être mise en place, il est nécessaire de l'encadrer d'une réglementation. Mais elle pourrait plutôt prendre la forme d'ordonnances, il n'y a pas besoin de lois pour définir des normes faisant fonctionner les installations ensemble. Ce point ne pose pas vraiment problème. Cependant, lorsque des choix économiques de fond sont faits, la question qui se pose est la suivante : comment l'État peut-il transférer sa propre légitimité démocratique dans le domaine économique à un organisme qui n'en a pas ?

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Il s'agit là d'une question centrale, de nature politique. Nous pourrions donc inviter le Président Alain Lambert, à y répondre. On ne peut méconnaître la nature politique de la régulation, nature accrue par rapport à la référence au libéralisme. En effet, il y a des enjeux de politique industrielle et pas seulement de construction de marché et de loyauté dans la compétition ou de

protection du consommateur. Même quand le régulateur se « contente » de désigner des normes techniques, par exemple en télécommunication, son choix structure les entreprises, les modes de vie, etc.

La question devient presque insoluble. En effet, le législatif conserve la dimension politique, souvent exprimée par le vocable de service public, et ne délègue que la dimension technique au régulateur. Dès lors, il n'est pas contrariant que celui-ci exerce un pouvoir normatif, puisque l'objet de celui-ci n'est pas politique. La composition des autorités, faite d'experts, le démontre.

Mais, même si l'on veut qu'il en soit ainsi, la technique est une forme de politique, comme le montre l'exemple de la convergence des médias, tenue par les régulateurs. Comment tirer conséquence de cet office, de fait, politique que le régulateur ne peut pas ne pas exercer ?

La solution sera dans l'évaluation de l'action des régulateurs. Cette reddition des comptes oblige le régulateur à expliciter tout d'abord les résultats qu'il entend obtenir, et en considération desquels il a pris telle et telle mesure. Cela permet dans un second temps de mesurer si les effets obtenus sont conformes aux résultats pour lesquels on avait créé les références, les contraintes, les normes, etc. Cette évaluation a vocation à être menée par ou devant le politique. L'évaluation serait ainsi ce par quoi se reconnaît et s'harmonise la dimension politique et la dimension technique de la régulation. Il est vrai que nous sommes très loin de l'idée d'un « droit simple », et le droit de la régulation ne prétend pas l'être, mais la simplicité n'est pas non plus la fin nécessaire du droit. À économie compliquée et évolutive, droit compliqué et évolutif.

## **M. Alain LAMBERT**

Un mot simplement pour indiquer que dans le cadre de la modernisation de l'action publique, il a été institué ce qu'on a appelé la RGPP. C'est-à-dire la revue générale des politiques publiques.

Il a été également institué la revue générale du prélèvement obligatoire.

Est-ce qu'on ne pourrait pas envisager une revue générale des normes obligatoires, de manière à peigner peut-être le stock de textes qui existent pour essayer de préserver ce qui est indispensable pour une bonne organisation de notre société, et pour une efficacité de notre économie. Et puis déclasser ceux qui ne le méritent pas, pour pouvoir l'abroger dans une nuit de rêves au parlement ?

## **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Cette observation conduit tout naturellement à la question suivante de savoir si l'Europe, et la régulation, ont fait naître ou favorisé un marché des droits, une expansion des institutions, un accroissement des coûts pour les entreprises, etc. La régulation a un coût très important, l'Europe étant encore loin, sous cet angle, par rapport aux États-Unis. Cela doit-il entrer en considération directe pour préférer une gestion juridique moins coûteuse qu'est celle du libéralisme ? La régulation crée-t-elle un nouveau marché qui est le marché du droit de la régulation ? Ce marché de la régulation juridique est-il de niveau européen ?

## **M. Peter HERBEL**

Il existe deux phases : d'abord la suppression des règles qui amène plus de liberté, ensuite l'instauration de nouvelles dispositions permettant de réguler ; ces deux mouvements favorisent le travail et le rôle des juristes. De ce fait, comme l'a fait Marie-Anne Frison-Roche, il faut se demander s'il est possible aujourd'hui de parler d'un marché du droit.

Personnellement, je ne suis pas convaincu de l'existence d'un seul marché du droit, car il existe plusieurs catégories de juristes bien séparés les uns des autres, du moins en France. Toute une série d'intervenants évolue sur ce marché du travail. Il y a les universitaires, mais, sans vouloir les offenser, ils sont un peu à mettre à part sur le marché du droit. Il y a les magistrats qui possèdent le plus souvent un statut. Il est d'ailleurs possible de se demander parfois si les autorités de régulation ne sont pas elles aussi des magistrats lorsqu'elles ont le pouvoir de sanctionner.

En dehors de ces personnes, qui représentent un nombre important de professionnels, il existe trois autres catégories de juristes, du moins dans notre système continental : les notaires, les avocats et les juristes d'entreprise.

La question se pose de savoir si l'ensemble de ces intervenants travaille ou intervient sur le même marché. À mon avis, ce n'est pas le cas. Les magistrats n'interviennent pas sur un marché ouvert à la clientèle, tandis que les autres professionnels, les notaires, les avocats et les juristes d'entreprise sont effectivement des prestataires de services. À ce titre, ils interviennent auprès de clients sur ce qui pourrait être qualifié de marché. Mais il faut alors envisager qu'il existe plusieurs marchés du droit.

Ces professionnels du droit ne délivrent pas tous les mêmes prestations. Le notaire est investi d'une délégation des autorités publiques, qui lui confère le pouvoir d'authentifier les actes qu'il reçoit et dont découlent certaines obligations : le conseil, l'accompagnement, la responsabilité, etc.

Les avocats interviennent eux aussi sur ce marché, celui du conseil. Mais ils sont également sur le marché de la plaidoirie, sur lequel les notaires ne sont pas. Concernant les juristes d'entreprise, ils sont sur le marché du conseil, mais aussi sur celui de la rédaction et de la négociation.

Pour pouvoir parler de marché du droit, il faut donc adhérer à l'acception qu'il y en a plusieurs. Ils présentent des points de convergence, pour ne pas dire des points de friction ou de frottement. Une partie du secteur du droit relève des trois professions que nous connaissons sur notre territoire continental européen.

Si l'hypothèse de l'existence d'un marché du droit est acquise, il faut alors en tirer les conséquences au vu du sujet de ces tables rondes et considérer que cette concurrence entre juristes impose une régulation. Elle doit néanmoins être organisée de manière différente sur les deux marchés des avocats et des notaires, il ne peut pas y avoir une régulation identique puisque l'un des professionnels a une casquette tout à fait particulière, celle d'officier public, ce qui confère à l'État le droit de réguler plus directement et d'instaurer des règles plus rigoureuses.

Pour les avocats, qui sont eux aussi soumis à des régulations importantes tenant compte du rôle d'auxiliaire de la justice, il s'agit de règles déontologiques : secret, conseil, responsabilité, etc.

En conclusion, s'il est question de marché du droit, il faut, à mon avis, parler des marchés du droit. Il en existe au moins deux : ils ont un secteur en commun et un secteur qui leur est propre, ce qui implique pour chacun de ces deux secteurs des règles spécifiques de régulation avec une particularité supplémentaire s'agissant des notaires. Il faudra également un jour s'intéresser à l'autre profession de droit, le juriste d'entreprise.

### **Intervenant**

Je crois qu'il faut comprendre que la Commission européenne et donc, les débats quelque part, continueront à s'attaquer à tout ce qui ressemble à un monopole, dont celui des notaires, dont celui des avocats. Ils l'ont déjà épié avec la directive du service, etc. Donc, ça va revenir. Ça, c'est très clair, pour moi en tout cas.

Alors ensuite, la question que je me pose toujours, est-ce qu'on ne peut pas faire comprendre parfois au niveau étatique et peut-être au niveau européen, que certains secteurs peuvent s'autoréguler sans nuire aux consommateurs, sans nuire à un fonctionnement correct, comme l'on fait en quelque sorte les avocats puisque quand vous regardez les barreaux, c'est une espèce d'autorégulation de la profession. Ils ont mis en place des règles qui sont quelque part sanctionnées par l'État comme valables, et puis la profession s'organise comme ça. Mais, il y a quand même une espèce d'acceptation par l'autorité étatique.

Donc, je ne vais pas conclure là-dessus. Je dis simplement, notamment donc à nos amis notaires ici, ne croyez pas que vous serez à l'abri d'attaques qui

continueront à venir de Bruxelles, n'oublions pas, c'est aussi avec les États.

## **Intervenant**

Si je peux contribuer à la suite du débat, Peter Herbel a évoqué oralement le terme de monopole. Ce que nous appelons, le « domaine réservé d'activités ». Je dois vous rappeler qu'actuellement, la commission de Bruxelles, et je pense la DG concurrence considèrent que le notariat hollandais est tout à fait exemplaire, parce qu'un certain nombre de contraintes ont été levées. Ce qui pour la commission constitue une contrainte. Je pense à un tarif, notamment à une liberté totale d'installation. Donc le notariat néerlandais a abandonné, du moins le pouvoir public néerlandais a levé une certaine règle concernant son notariat.

Et aujourd'hui, la Commission considère que ce notariat est exemplaire. Et bien pourtant, ce notariat néerlandais est celui qui bénéficie, parmi l'ensemble des notariats européens, je crois même peut-être l'ensemble des notariats du monde du haut (75 pays) qui connaissent le notariat néerlandais est celui qui bénéficie du domaine d'intervention réservée le plus large qui soit.

Donc, il y a bien là, confirmation ou indication, en ce sens, que la commission n'est pas forcément opposée à ce qu'un secteur, tel ou tel secteur d'une activité soit réservée à telle ou telle catégorie de professionnels. Pourquoi dirait-on qu'aux Pays-Bas, il est très bien de réserver les ventes immobilières, les constitutions de sociétés, les cessions de parts, les cessions d'actions, les successions, les contrats de mariage, des testaments, enfin, j'en oublie sans doute, au notariat, alors que dans tel ou autre État,

réserver telle ou telle activité et en laisser d'autres dans le domaine concurrentiel pur, serait une infraction ?

Je pense qu'on peut poser la question. Je n'ai pas la réponse, mais je pense que c'est un élément qui peut alimenter notre réflexion.

### **Intervenante**

Vous avez parlé de la possibilité d'évaluer le travail des autorités administratives et indépendantes. Alors, vous avez parlé de la possibilité de comparer les résultats qu'elles sont en mesure d'attendre et les résultats concrets qui vont aboutir. Qui va comparer les deux résultats en fait ? Est-ce que c'est le parlement au fait ? J'ai une question là-dessus.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Les anglais désignent cela comme *l'accountability*, nous pouvons dans notre langue renvoyer à la « reddition des comptes ». Les évaluateurs sont des organes soit internes aux Parlements, comme en France, soit externes. Ils se multiplient, s'épaulent ou se contredisent, la multiplicité des évaluations nourrissant le système.

S'il s'avère un décalage entre les résultats obtenus et ceux en considération desquels les pouvoirs étaient donnés, alors ces pouvoirs deviennent, par rétroaction, illégitimes. S'il y a adéquation, ou à tout le moins justification par l'autorité d'une telle distance, alors il doit y avoir responsabilité politique du régulateur.

Pour expliciter cela, il faut revenir à ce pour quoi le pouvoir politique de réguler a été transféré des

gouvernements à des régulateurs. Cela permettait à des gouvernements nationaux, qui n'y étaient pas toujours juridiquement obligés, d'avoir l'opportunité de dégager leur propre responsabilité quant aux décisions de libéralisation en la renvoyant sur la Commission européenne.

D'autre part, cette approche de la responsabilité du régulateur la lie étroitement au critère d'efficacité, jusqu'ici peu évoqué dans nos débats. L'État a établi des régulateurs par souci d'efficacité, ceux-ci étant mieux informés et plus réactifs face aux marchés, plus aptes à susciter la concurrence, etc. Ainsi, la description qui a été précédemment faite à propos du notariat hollandais montre bien que la Commission Européenne admet des organisations qui ne correspondent pas au pur et simple libéralisme, par exemple l'organisation des marchés par des professions ou l'existence de monopoles, dès l'instant que l'efficacité en est alléguée et démontré par une évaluation.

Il s'agit de questions complexes, sur lesquelles travaillent des institutions, par exemple la Banque Mondiale, à travers les rapports annuels *Doing Business*. Nous devons certes travailler à une analyse plus affinée de l'efficacité économique du droit, que celle pour l'instant faite, mais le principe en est vertueux.

### **Intervenante**

Je suis étudiante en droit à l'université Paris 12. Et tout à l'heure, vous avez démontré que la régulation sur le plan communautaire était difficilement applicable, notamment par les outils juridiques à étudier de la directive, puisqu'il faut deux ans pour transposer cette directive et bon nombre d'États de par leur spécificité en matière de télécommunication, ont du mal à transposer cette directive.

Ne voit-on pas là, un frein notamment à l'objectif que se donne le traité sur la Communauté européenne ? C'est-à-dire d'harmonisation à la législation. Et revenir à ce que disait monsieur Ferret, c'est-à-dire d'admettre une autorégulation du marché, mais à l'échelle nationale et des États membres ? C'est-à-dire vouloir aussi peut-être une limite au rôle de l'Union européenne, de l'Europe en matière de régulation ?

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Je ne pense pas trahir ce qui a été exprimé, à savoir que le monde ne se limite pas à l'Europe, pas plus que l'organisation des sociétés ne relève que de la seule régulation.

Donc, l'Europe n'exclut pas l'autorégulation. D'ailleurs, si les systèmes de régulation publique ne font pas place aux opérateurs et aux consommateurs, ils fonctionnent mal. Ainsi, la figure n'est pas celle du vase communicant, mais celle de la montée en puissance conjointe et mixte. Par exemple, la régulation du secteur des jeux ou du secteur pharmaceutique, prendra de plus en plus la forme et d'autorégulations et de régulation publique, chapeautant les premières.

Donc, vous avez des secteurs qui vont être régulés. Le secteur des jeux ou le secteur pharmaceutique par exemple, vont devenir de plus en plus régulés. Cela n'exclut en rien, au contraire, la place des professions, et le recours à l'intermédiation dans les échanges, notamment pour assurer la sécurité des produits ou préserver la confiance. C'est ce que vous dites et ce qu'ont dit les intervenants. Les deux formes ne sont pas exclusives l'une de l'autre, elles s'appuient l'une sur l'autre.

## **M. Gérard CANALES**

Gérard Canales, je suis Président de la Chambre des notaires de Paris. J'avais une question à vous poser, qui est la suivante. La prestation juridique, c'est une prestation qui demande, j'allais dire une force investissement intellectuel pour une force formation normalement. Et, il n'y a pas une corrélation directe entre la prestation qu'on donne et l'enjeu économique sur laquelle elle porte. Je m'explique. C'est évident, si on intervient pour le groupe TOTAL dans un gros marché, il y aura une corrélation. Si on intervient pour des handicapés dans le cadre de la protection d'handicapés, etc. On voit bien tout de suite que l'enjeu n'est pas du tout de même nature.

Alors, ma question tout simplement, c'est de dire l'Europe s'est constituée à partir des marchands. Est-ce que vous croyez que la prestation juridique est toujours marchande ? C'est-à-dire purement marchande ? Donc, s'insérer purement dans un secteur concurrentiel ?

## **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

C'est précisément l'intérêt du droit de la régulation par rapport au droit de la concurrence que de prendre en considération cette différence que vous évoquez. Ainsi, le droit de la concurrence vise le « juste prix », c'est-à-dire celui qui résulte du bon ajustement global de l'offre et de la demande, alors que le droit de la régulation vise le « prix équitable ». Cela peut être le même, mais parfois la régulation prend distance de la concurrence, notamment lorsque les demandeurs n'ont pas de moyens financiers, le prix équitable pouvant atteindre la gratuité et le transfert sur les finances publiques.

L'exemple que vous avez pris à propos des personnes handicapées en est topique. La régulation, y compris au niveau européen, qui est dans certains cas le moyen de construire la concurrence de force, peut aussi être le moyen d'aller au-delà des marchés. Prenons pour exemple l'interdiction de couper l'alimentation en électricité même en cas de non-paiement des factures, ou la péréquation tarifaire pour permettre à chacun de se déplacer en train. La tarification est un outil de régulation très présent dans la construction des réseaux européens de transport, ce qui montre la bonne intelligence entre l'Europe et « l'au-delà » du concurrentiel et des justes prix.

Il est souhaitable que l'Europe progresse de plus en plus vers ces processus, et s'oriente vers la régulation. Cela suppose ou traduit une Europe plus politique que celle qui a pris jusqu'ici les traits des principes concurrentiels. Par suite, il me semble que philosophiquement, l'Europe, conçue à travers la régulation, ne trahit pas ce qui a toujours été la grande noblesse des États, à savoir les équilibres globaux, le souci du collectif, les projets communs pour l'avenir.

### **M. Denis Mazeaud**

Oui, Marie-Anne, juste pour préciser ce que tu disais sur le rapport Doing Business et pour prolonger peut-être l'intervention précédente : Doing Business, je crois, ce n'est pas vraiment apprécier l'efficacité économique du droit. C'est apprécier la valeur des droits sur le marché du droit dans le monde, à travers le seul prix de l'efficacité économique. On se souvient, elle avait prêté la plume à la réponse, à la réplique qu'avait faite CAPITANT. L'association CAPITANT considère que le droit ne se réduit pas à de simples intérêts économiques,

et qu'il y a des prestations non marchandes. Il y a des valeurs humaines aussi dans le droit.

Et puis peut-être, apporter comme une esquisse de réponse à ce que disait Peter Herbel qui posait la question de la légitimité des autorités européennes à intervenir de la façon qu'elles le font. Dans les domaines que nous avons étudiés cet après-midi, est-ce que cette réponse n'est pas finalement de prêter attention à la communauté économique européenne que je sache ? Des États membres qui ont adhéré à cette communauté économique européenne ont impliqué une part de leur souveraineté dans certains domaines, à tel point que la Commission européenne des autres autorités n'a plus de compétence d'attribution. Donc si elles interviennent dans ces domaines, c'est qu'elles ont une compétence. La preuve, quand la Commission européenne a voulu s'occuper d'harmoniser les contrats, elle a dû faire machine arrière parce qu'elle n'avait pas de compétence d'attribution.

Donc je partage la légitimité des interventions des autorités européennes dans les domaines qu'on a étudiés aujourd'hui, la région, c'est Rome 1987. On peut le regretter, mais elles sont compétentes. La question qu'on pouvait se poser, c'est savoir s'il fallait impliquer la souveraineté dans ces domaines. Et maintenant que c'est fait, voilà, c'est très réaliste et pragmatique, mais je ne crois pas qu'on peut contourner cette réalité.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Denis, mon intervention n'est pas contradictoire avec tes observations, puisque mes propos ne visaient que la légitimité de définir une politique industrielle. Juridiquement, je ne peux que pareillement constater l'ampleur des compétences juridiques de la

Commission, dépassant les diverses branches du droit, et prenant, par exemple, prise en droit pénal. Mais en matière de politique industrielle, il y a des conceptions différentes entre la France et l'Allemagne, entre l'Italie et la Finlande, etc., et ce à propos de secteurs régulés cruciaux, notamment le secteur énergétique. On peut alors se demander qui doit en décider, du pouvoir technocratique ou du pouvoir politique, question classique et récurrente, question à laquelle se limitait ici mon analyse.

### **Intervenante**

Je n'ai pas pu poser ma question concernant la deuxième table ronde, alors elle s'adresse à monsieur Gaudemet. À savoir sur le rôle des autorités administratives indépendantes qui, selon moi, est un nouvel interventionnisme de l'État, est-ce qu'elle ne porte pas atteinte à la notion de libéralisme au point peut-être de s'éloigner de la profession libérale française ou de s'en approcher ?

Merci.

## **M. Yves GAUDEMET**

J'avais effectivement posé, un peu sous forme de boutade, la question de l'articulation des deux termes qui encadrent notre réunion de cet après-midi, donc régulation et libéralisme. Et je pense effectivement - et conforté par ce qui vient d'être dit par le Président de la troisième table ronde - que la régulation n'est pas une branche du libéralisme économique, que la régulation est foncièrement dans la tradition, avez-vous dit, dans la grande tradition d'interventionnisme étatique européenne ; sans doute une intervention autrement, sous une autre forme, par d'autres et par d'autres voies. Mais, une intervention de l'État sur les marchés ou de l'État délégué par une autorité administrative indépendante. Une intervention beaucoup plus détaillée et beaucoup plus suivie, beaucoup plus quotidienne qu'elle ne l'était antérieurement. Ce qui se traduit sur le plan quantitatif par l'inflation que nous avons rappelée tout à l'heure.

Je pense véritablement que si on s'en tient au libéralisme économique, celui dans lequel finalement l'argument qui présidait à l'organisation du marché était la liberté économique de chaque partenaire sur le marché, la régulation ne va pas dans le sens du libéralisme économique. Et la concurrence elle-même n'est pas une espèce d'enfant du libéralisme. La concurrence administrée, telle qu'elle l'est par les autorités de régulation, c'est, pour employer un terme qui va choquer - mais je crois que c'est quand même de cela qu'il s'agit, tel que nous le comprenons nous administratives - c'est de la police économique. C'est une organisation économique. Organisation économique molle, par des voies un peu détournées, par ce droit mou économique de la régulation. C'est de même nature.

C'est une intervention qui vient encadrer l'exercice des libertés économiques individuelles sur le marché et de la liberté d'entreprendre. Alors, puisque vous me posez maintenant la question que j'avais laissée ouverte, je livre mon opinion sur ce point. Je vois qu'elle n'est pas partagée. Et que là aussi, comme mon ami Denis Mazeaud, je n'arrive pas à convaincre, mais je ne pense pas faire erreur. Nous sommes en présence d'une publicisation, à travers les autorités administratives indépendantes, très large des activités économiques. Très large, très détaillée. L'intervention pour organiser la concurrence pourrait se faire sous forme de principes. Elle se fait jusqu'à aller dans le détail. On pourrait par exemple, pour l'interopérabilité, se limiter à poser le principe qu'effectivement les dispositifs appropriés doivent créer. On n'est pas obligé de réglementer, pour le changer quatre fois dans l'année, le diamètre des tuyaux.

Donc une intervention du quotidien, une intervention très détaillée et qui aboutit à ce mètre 50 que vous avez signalé. On va plus loin et plus loin dans le détail et le quotidien que par le passé. Mais, c'est d'une intervention publique de même nature qu'il s'agit. C'est tout de même une intervention publique de la nature d'une police économique, mais si c'est en termes de « droit mou » et de concertation.

### **Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE**

Pour revenir à la question connexe, apparue dans le débat, des pré-supposés du travail ayant abouti aux rapports annuels *Doing Business*, je rejoins tout à fait les réserves formulés quant aux méthodes et quant aux réductions que l'analyse fait du droit. En effet, il est critiquable non pas tant en ce que le rapport pose le

droit comme un instrument, mais en tant qu'il suppose que les finalités servies sont simplement économiques. Précisément, la régulation, droit instrumental, neutre dans ses moyens, suppose des finalités plus politiques et diversifiées, servies par la puissance du droit.

### **M. Claude LUCAS DE LEYSSAC**

Je voudrais prendre le contre-pied de ce que vient de dire mon ami Yves Gaudemet. Pour moi, il y a une différence absolument considérable entre la régulation et l'économie administrée.

L'économie administrée, c'est l'ENA fait mieux que le marché. Or, on sait maintenant que non ! l'ENA ne fait pas mieux que le marché.

C'est pourquoi maintenant c'est le marché. Certes il faut parfois aider le marché à fonctionner, mais c'est pour en améliorer le fonctionnement, pas pour se substituer à lui. Par conséquent, je suis à l'opposé de ce que dit Y. Gaudemet, quelle que soit la justesse de son analyse sur le rôle de certaines règles de régulation quand le marché ne fonctionne pas du tout. Mais le but est bien de créer un marché ou de simuler un marché, et pas du tout de se substituer au marché. J'estime que cette différence de perspective emporte des conséquences considérables.

### **M. Yves GAUDEMET**

Je voulais simplement rajouter quelques mots. Rebondir, mais très rapidement sur un point qui a été soulevé : l'existence d'activités réservées qui peut se justifier par l'efficacité de la prestation. Et je crois qu'à

cet égard lorsque certains types d'opérations, je pense aux ventes immobilières notamment, sont réalisés par des notaires, que ce soit en France ou ailleurs, il apparaît que le degré d'efficacité, la sécurité apportée tant aux particuliers, mais aussi à l'État dans la sécurité des fichiers, des transactions, etc., elle est trouvée.

Alors, peut-être pour contribuer à la réflexion de l'auditoire pourrait-on parler d'un exemple de marché qui se crée, c'est la circulation des actes notariés sur le territoire européen. Actuellement existe un projet au sein du notariat européen, porté par la chancellerie française, sur une reconnaissance mutuelle des actes notariés sur le territoire européen, qui ferait qu'un acte établi par un notaire allemand aurait exactement le même effet en France que l'acte établi par un notaire français. C'est tout à fait nouveau dans la réflexion puisque ce n'est pas l'autorité française qui aura désigné le notaire allemand, mais son acte produira néanmoins les mêmes effets que celui établi par le notaire français.

Et bien la réflexion qui existe au sein des notariats européens pour porter ce projet de reconnaissance mutuelle, très vite a révélé la nécessité de mettre en place un véritable code européen de déontologie notariale.

Et pourquoi ce code européen doit être mis en place par les notariats européens ?

Et bien parce qu'on ne peut pas ouvrir un marché, créer un marché sans mettre en place une autorité de régulation. Et comme l'autorité de régulation pour les notaires au niveau européen, pour le moment, ça ne peut pas être Bruxelles. Et bien, il faut que les notariats européens instaurent un code de déontologie européen, que chacun des notariats nationaux fera intégrer dans son code de déontologie national pour l'établissement

d'actes qui doivent être reconnus sur l'ensemble du territoire européen.

Il y a là un exemple qui prouve bien que lorsqu'un marché prend naissance, il faut instaurer une certaine régulation pour assurer l'efficacité de ce marché. C'était la précision que je voulais apporter.

## SYNTHÈSE

### Mme Marie-Anne FRISON-ROCHE

Relevons quelques points que ces interventions et débats très fructueux ont mis en exergue.

● **Le premier point** tient au constat même de nos disputes, sur... à peu près tout. C'est une observation relevée bien avant la fin de cette rencontre. La preuve est là : tout simplement, aucune définition commune de la régulation et du droit de la régulation n'agrée encore l'ensemble de la doctrine et des parties concernées. Cela ne facilite pas la clarté des discussions, ni la compréhension du droit, mais l'on peut y voir un très bon augure. En effet, cela signifie que nous avons le courage intellectuel et le dynamisme commun de travailler les définitions pertinentes, et en premier celle du droit de la régulation.

Cela n'est pas un jeu intellectuel. En effet, suivant qu'on adopte telle ou telle définition, il en résulte une acceptation plus ou moins aisée des autorités de régulation et une organisation qui s'impose à elles. Par exemple, si le droit de la régulation exprime un mode d'intervention public, alors c'est à la base un droit public qui s'impose, éventuellement adapté, mais la référence première est celle-là. Si la régulation est une anticipation d'un fonctionnement concurrentiel, elle prend comme idéal l'autorégulation des marchés, donc le contrat est le cadre juridique des échanges et des organisations.

*En outre, le droit de la régulation se définit par rapport à ce qu'il n'est pas. Le titre même de l'ensemble de ces réflexions, situant ce droit entre le libéralisme et la réglementation, avec laquelle on confond trop souvent le droit de la régulation. Ce travail de définition a donc un enjeu pratique important, notamment parce que si l'on désigne précisément ce en quoi consiste la régulation, pour mener des organisations monopolistiques jusqu'à la concurrence, ou pour rester en deçà de la fluidité concurrentielle, ou pour aller au-delà de l'ajustement des échanges économiques, les gouvernements politiquement légitimes sont le bon niveau de régulation par rapport à une Europe encore aveugle à cette dernière ambition, ou illégitime pour la porter.*

● **Le deuxième point** tient à la question de savoir d'où viennent ces nouvelles règles de régulation. De cette question de fait, nous n'en avons pas parlé parce que nous sommes tous juristes, mais ces règles viennent, pour beaucoup, des économistes, travaillant le plus souvent et d'une façon étroite avec des ingénieurs. Cela explique notre difficulté à comprendre des textes. Cela est encore plus net lorsque ceux-ci renvoient d'une façon sous-jacente à des théories économistes. Pour ne prendre qu'un exemple, qui fût ici évoqué, le « monopole naturel » est un vocable que les économistes utilisent et que les juristes croient reconnaître. Mais pour les juristes, le monopole est un mode d'organisation, que l'on constate dans la réalité de la puissance monopolistique ou dans sa création légale, alors que les économistes visent quant à eux les réseaux, qui ne peuvent être rationnellement dupliqués par les entreprises, dès l'instant qu'un premier réseau a été mis en place.

*On peut certes établir des liens, notamment en affirmant que dès l'instant qu'il existe un monopole naturel économique, il est efficace et juste qu'il soit confié à une entreprise titulaire d'un monopole légal dont l'activité sera surveillée par un régulateur. Mais il s'agit d'un lien conduit par un raisonnement et non pas d'une identité. Cela explique nos difficultés à comprendre ces notions, du fait de la technicité du vocabulaire employé. Si cela n'est pas aperçu, le contresens est dommageable en pratique. Le travail doit donc s'opérer en permanence avec les économistes. Cela n'implique pas d'en dépendre, car précisément la régulation peut constituer dans un au-delà de la concurrence, renvoyant alors à des choix de société et d'ordre public sur lesquels les économistes, pas plus que les juristes, n'ont de légitimité à se substituer aux pouvoirs politiques légitimes.*

• **Le troisième point** tient dans la considération qu'il faut avoir des histoires. En effet la Grande-Bretagne et les États-Unis par leurs systèmes d'agences, une jurisprudence accueillante à l'idée que la régulation est le mode efficace de modérer les puissances des entreprises, préférant le faire par cette voie et sur ce mode, plutôt que par l'État et les nationalisations, etc. ont une histoire qui en est plus compatible que la nôtre. Le vocabulaire et les travaux de la doctrine anglo-américaine sont plus abondants et moins hésitants. Ce n'est pas dire qu'ils ont davantage raison, mais simplement que l'onde de choc du droit de la régulation est moins ressentie, et dans son ampleur et en ce qu'il serait néfaste pour notre droit et pour notre économie. Cela débouche sur une question à par entière, de nature philosophique: jusqu'à quel point peut-on forcer le pas et contrarier des traditions et des ancrages sociaux ?

*Jusqu'à quel point les pays gagnent à se tenir à l'égard de mouvements mondiaux ou régionaux, que le droit traduit, notamment par une construction européenne qui n'est ni figée ni isolée, pas plus par exemple en régulation financière qu'en régulation énergétique.*

● **Le quatrième point** que je voudrais faire ressortir, est que tout simplement la « régulation » est un mot nouveau, ce qui explique aussi notre désarroi et nos divergences. Cette nouveauté ne méconnaît pas les ancrages précités, notamment dans l'histoire des peuples ou dans les autres branches du droit, mais offre aussi une autonomie dans la conception (notamment par rapport au libéralisme), autonomie cristallisée par la constitution d'autorités administratives indépendantes. L'imagination est donc d'autant plus appelée à y mettre sa patte, dans le même temps que les références classiques et l'histoire sont requises pour fonder les innovations. Cela signifie que la place de la doctrine doit y être grande. Cette doctrine n'est pas nécessairement universitaire, elle peut, peut-être elle doit, être aussi issue des parties et professions impliquées.

● **Le cinquième point** qui s'est dégagé des débats tient dans le fait que nous sommes en haute philosophie. Certes, la régulation, plus encore que la concurrence, requiert une appréhension très technique et concrète de son objet. Ainsi, ont été évoqués des thèmes comme ceux du câble, de l'interopérabilité de paiements interbancaires, etc. Mais, parce que la régulation englobe plus que la bonne gestion des marchés, les choix politiques sont aussi exprimés par le droit de la régulation. Pour ne reprendre qu'un exemple, la désignation du consommateur ou du contribuable comme payeur du système, ou le choix de ce que l'on désigne

désormais comme le dividende numérique, sont des choix de valeurs fondamentales, par rapport auxquels la doctrine doit prendre position.

Or, à reprendre l'ensemble des réflexions précédentes, les philosophies de chacun sont très diverses, mais il semble qu'un accord se dégage plus facilement à propos des autorités de régulation. On ne pouvait plus logiquement faire que de mettre la table ronde à elles consacrée au cœur de l'après-midi. Cela renvoie d'ailleurs à la généralisation dans les différents systèmes juridiques. Ainsi, alors même qu'on se dispute âprement sur les finalités de la régulation, tandis que celles de la concurrence sont relativement simples, l'accord se fait sur les instruments. Cela peut paraître une inversion regrettable dans la méthode, voire constituer un danger puisque conférant de fait si ce n'est de droit le pouvoir des régulateurs pour forger des objectifs majeurs dans un sens ou dans un autre pour les sociétés.

• **En sixième point**, on ne peut être frappé par la diversité des régulations souvent les secteurs économiques concernés, et plus encore la perception de cette diversité. En effet, et c'est le droit qui produit un tel reflet, les télécommunications et l'énergie ont souvent été traités de paire, parce que les textes pour ces deux secteurs ont été établis sur bien des points en recopiage les uns des autres. Pour des questions bureaucratiques ou d'organisations, il n'en a pas été de même dans les organisations et règles juridiques des régulations bancaires et financières. Pourtant, les interventions ont montré qu'on pouvait penser dans des termes analogues ces secteurs-là, alors même que leur rapport à la concurrence est nettement plus lointain, voire que celle-ci leur est étrangère. Un enjeu intellectuel qui se dessine est sans doute, par nos travaux et

*discussions, de déterminer les points communs et les spécificités. Ainsi, l'histoire a lié télécommunication et énergie d'une part, finance et banque d'autre part. Mais l'énergie s'éloigne de nouveau de la concurrence, non seulement en fait, mais comme idéal, pour tenter par la régulation d'assurer la sécurité de la production, de l'approvisionnement, du transport, etc., essayant ainsi de prévenir les crises et de conforter la solidité des systèmes voire d'y nouer d'une façon politique l'environnement. Voilà qui fait penser très fortement à la banque et aux marchés financiers, dont la régulation est un système de gestion de risques de système. Le droit pourrait alors en prendre acte et redessiner ses frontières en conséquence.*

● **En septième point**, devant cette difficulté et l'intérêt d'une géographie technique de la régulation, il convient de reprendre ce qui s'est parfaitement dégagé de la première table ronde. Le droit de la régulation se dégage des objets industriels et économiques, ainsi que les relations sociales, sur lesquels il porte. En conséquence, le droit de la régulation sera englobant ou spécifique si les objets eux-mêmes interfèrent ou non, comme en matière de convergences, ou d'effet domino en matière financière. Il en est de même dans le choix du niveau européen, qui dépend grandement de l'existence ou non d'un marché européen, acquis ou à construire. Le droit de la régulation se pense à partir des contours technologiques et géographiques du secteur industriel, économique et financier. Ces dimensions ne rendent plus le juriste plus savant, elles sont la base de son intervention. Cela n'empêche que le droit de la régulation est un droit de conviction, notamment parce qu'il postule une position politique par rapport au libéralisme ou à la construction européenne ainsi que la construction générale de vos

*travaux a permis de la dégager. Je ne peux donc que vous remercier infiniment d'avoir réussi tout à la fois à nous éclairer et à nous avoir permis d'accéder à une vision plus nuancée des choses entre la concurrence et l'économie administrative, alors que les deux sont souvent incompatibles.*

● **Enfin, en huitième point**, ces travaux montrent qu'il reste des équilibres à trouver. Il y a rien de nouveau sous le soleil que la notion de droit et la notion d'équilibre, le droit étant en charge de les construire, là où la nature ou l'intérêt n'y suffisent pas. On peut se référer à l'équilibre que la régulation cherche à faire entre la concurrence et le monopole. Mais surtout, prenons aussi en considération quelque chose qui est en train de prendre forme autour de la notion de risque. La régulation mettra alors en équilibre l'initiative, que l'on peut désigner par nature comme la prise de risque, et la prévention de celui-ci. Cet équilibre s'établit encore entre l'action à court terme, qui est risquée, et l'action à long terme, qui permet de mieux intégrer les dommages possibles. Le droit de la régulation, parce que longtemps pensée par rapport à la concurrence, n'a que relativement peu intégré cet office. Il est pourtant en train de le prendre en charge. La question est de savoir quel rapport entre le politique et le droit en résultera. En outre, il est déjà acquis que la concurrence ne se décrète pas, contrairement à ce que crurent souvent des législateurs, la prévention des risques se contente encore moins du pouvoir normatif du droit. Nous verrons donc si le droit de la régulation peut être à la hauteur de telles tâches. Celles-ci reposent souvent sur les professions, en soi et dans leur rapidité à réagir. Ainsi, et dans cette optique, la crise énergétique en Californie, comme sans doute la crise des subprimes, sont avant tout des crises de régulation, problème commun à deux secteurs techniquement sans rapport,

*crises survenues parce que l'organisation juridique de la régulation avait été déficiente.*

*Il nous reste donc à apprendre, à comprendre et à réfléchir ensemble. Vos entretiens s'avèrent déjà précieux dans ce sens et je ne peux qu'une nouvelle fois, et au nom de tous, exprimer tous mes remerciements pour cela.*

### **M. Bernard REYNIS**

Merci beaucoup, Madame le Professeur, pour cette brillante synthèse. Merci à tous les orateurs, à tous les participants à ces trois tables rondes, de nous avoir rendus, nous profanes... je crois que l'expression a été utilisée tout à l'heure, peut-être pas sachants mais capables d'avoir une meilleure compréhension de ce qu'est la régulation. Je note d'ailleurs qu'on a parlé plus de régulation que de libéralisme, et que d'une certaine façon, je me demande si la régulation n'est pas une autre forme d'économie administrée. Mais, c'est une question que j'ai cru posée à un moment donné par d'autres administrateurs que les administrateurs publics.

Merci à tous.