



Fondation Paris-Dauphine

DAUPHINE  
UNIVERSITÉ PARIS

# Réorganiser la régulation : Pourquoi, Comment ?

Synthèse de conférence

**Conférence annuelle de la Chaire Gouvernance et Régulation  
organisée en coopération avec le Conseil d'Etat**

*Université Paris-Dauphine, 10 février 2017*



Conférence organisée en coopération avec  
**le Conseil d'Etat**



# Table des matières

## **1<sup>ère</sup> table ronde : Comment concilier politiques publiques et indépendance ?**

La culture de l'indépendance et la protection contre les influences indues.....	3
L'indépendance de la régulation économique .....	5
Quels moyens pour une véritable indépendance ?.....	7
Les sources de l'indépendance .....	9
Indépendance et politiques publiques : une conciliation difficile mais nécessaire .....	11

## **2<sup>ème</sup> table ronde : Les contrôles démocratique et contentieux : quelle étendue, quelle efficacité ?**

Quelle cohérence des contrôles contentieux ?.....	14
Complexité et richesse du droit de la régulation.....	16
La notion de juge régulateur .....	18
Le statut général des AAI.....	19
Contrôle et évaluation de l'efficacité de l'action des AAI.....	21
Un dialogue avec le juge et le Parlement à renforcer ?.....	22

## **3<sup>ème</sup> table ronde : Faut-il remodeler, et selon quels critères, le paysage de la régulation en France ?**

Critères de délimitation des compétences entre autorités de régulation.....	25
Vers une rationalisation du paysage de la régulation en France ?.....	27
Vers un regroupement CSA - ARCEP ?.....	29
Fusion ou mutualisation ? .....	31

## **4<sup>ème</sup> table ronde : Quelle organisation de la régulation au sein de l'Union européenne ?**

Les agences européennes de régulation.....	34
Regard analytique sur la régulation énergétique européenne .....	36
Regard de terrain sur la régulation énergétique européenne.....	38
Modèles d'architecture de la régulation sectorielle.....	39
Une compliance polyphonique dans un territoire ouvert.....	40



# Réorganiser la régulation : Pourquoi, Comment ?

Conférence annuelle de la Chaire Gouvernance et Régulation  
10 février 2017

---

*Il était tout à fait naturel que le Conseil d'Etat participe à la conception et la réalisation de cette journée. Et pour cause, il est non seulement un partenaire historique de l'Université Paris-Dauphine, mais également un partenaire naturel de la régulation – dont il est à la fois acteur et contrôleur. Ainsi, tous les textes qui ont créé les instances de régulation et défini leurs compétences sont examinés par le Conseil d'Etat, dont nombre de membres siègent par ailleurs au sein des autorités de régulation. Qui plus est, le droit de la régulation est largement façonné par la jurisprudence du Conseil d'Etat, qui a ouvert de nouvelles pistes et rénové certains modes de contrôle juridictionnel – avec des conséquences qui vont sans doute au-delà même de la régulation. Enfin, ce sujet est intéressant à examiner en commun. C'est toute la richesse de cette journée qui réunit des praticiens de la régulation, des entreprises, des juges administratifs et judiciaires, et des universitaires – dont nous attendons beaucoup tant l'apport doctrinal est important dans ce domaine très nouveau.*

**Bernard Stirn**  
**Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat**



# 1 ère table ronde : Comment concilier politiques publiques et indépendance ?

## La culture de l'indépendance et la protection contre les influences indues

**Anna Pietikainen**

**Analyste des politiques à la Division de la politique de la réglementation - OCDE**

La Division de la politique réglementaire de l'OCDE travaille de manière très directe avec près de 80 régulateurs (issus de pays de l'OCDE ou non), dans le cadre du Network of Economic Regulators (NER).

### L'indépendance de la régulation en France

Les indicateurs de réglementation des marchés des produits<sup>1</sup> montrent qu'en 2013, la France occupait le 12ème rang sur 33 en termes d'indépendance des régulateurs. C'est en Allemagne et en Italie que les régulateurs seraient le plus indépendants, et en Australie qu'ils le seraient le moins. Ces données sont en cours d'actualisation et seront à nouveau publiées en 2018. Elles portent principalement sur l'indépendance statutaire (« indépendance légale ») et sont complétées par la publication *Being an independent regulator* qui aborde aussi la façon dont cette dernière se traduit dans la vie quotidienne des agences réglementaires.

### Perspectives générales<sup>2</sup>

La légitimité des régulateurs se fonde sur leur engagement avec les parties prenantes. Être indépendant, c'est avant tout rendre des comptes – sur son activité, sur ses résultats. Cela signifierait que dans un sens plus l'on est indépendant, moins l'on est libre.

Par ailleurs, l'indépendance pratique est tout aussi importante que l'importance légale – c'est-à-dire, comment cette indépendance formelle ou *de jure* se traduit dans les actions et comportements quotidiens du régulateur et quels sont les moyens dont le régulateur dispose pour se protéger des influences indues. Les expériences et les pratiques des agences réglementaires dans cette mise en œuvre de leur indépendance varient significativement d'un pays à l'autre. Des principes d'orientation sont en cours de rédaction à l'OCDE pour appuyer les régulateurs dans la définition et l'utilisation de mesures institutionnelles visant à renforcer leur indépendance *de facto*. Les principaux thèmes abordés sont la gouvernance externe, la gestion budgétaire et financière ou encore le personnel de direction (niveau de transparence dans les recrutements, processus de nomination, niveaux de salaire, règles de restriction d'emploi avant

<sup>1</sup> [http://www.oecd-ilibrary.org/fr/economics/data/statistiques-de-l-ocde-sur-la-reglementation-des-marches-de-produits/reglementation-globale\\_data-00593-fr?isPartOf=/content/datacollection/pmr-data-fr](http://www.oecd-ilibrary.org/fr/economics/data/statistiques-de-l-ocde-sur-la-reglementation-des-marches-de-produits/reglementation-globale_data-00593-fr?isPartOf=/content/datacollection/pmr-data-fr)

<sup>2</sup> <http://www.oecd.org/fr/publications/being-an-independent-regulator-9789264255401-en.htm>

l'entrée et après la sortie).

Enfin, même lorsque tous les mécanismes de garantie de l'indépendance sont en place, ils ne sont jamais acquis. En effet, l'indépendance n'est pas statique. Elle est dynamique. Le risque d'influence induite peut ainsi croître à plusieurs occasions (élections, approbation budgétaire, etc.). Aussi importe-t-il que les agences de régulation soient gouvernées par une culture d'indépendance, facteur clé de leur stabilité et de leur performance.



## L'indépendance de la régulation économique

**Jean-Ludovic Silicani**  
**Ancien Président de l'ARCEP**

L'indépendance s'entend d'une part vis-à-vis des acteurs économiques, auxquels sont imposées des contraintes et des obligations diverses, et d'autre part vis-à-vis du Gouvernement, notamment lorsque l'Etat est actionnaire. En effet, il convient d'appliquer le principe en vertu duquel « nul ne peut être juge et partie », afin d'éviter les conflits d'intérêts.

Indépendante du gouvernement, une AAI, qui est un élément de l'exécutif non-gouvernemental, est, en revanche, placée sous le double contrôle du parlement et du juge : ça n'est pas un électron libre ! Et son indépendance ne signifie ni l'autisme ni l'opacité, bien au contraire. On peut même dire que les autorités indépendantes de régulation sont sans doute les administrations les plus transparentes : aucune décision structurante n'est prise sans avoir été précédée de la mise en consultation publique de questions ouvertes, puis de la mise en ligne des synthèses des réponses et enfin de l'avant-projet de décision – soit un processus itératif de consultation et de dialogue.

### Le dialogue entre les AAI et les autorités gouvernementales

Ce dialogue est permanent. Pour prendre l'exemple de l'ARCEP, les échanges sont quasi quotidiens entre ses services et ceux du ministère de l'industrie. Et ils sont fréquents entre le président et le gouvernement, sous réserve bien sûr, dans les deux cas, des informations protégées par le secret des affaires. Ces relations, qui se font dans le strict respect des compétences de chacun, sont très fructueuses. Par ailleurs, les décisions les plus importantes, à caractère général et réglementaire, sont prises au terme d'un mécanisme de codécision avec le ministre concerné.

### Quelques exemples

Dans le cadre du déploiement du très haut débit fixe (fibre optique), la répartition des rôles entre l'administration gouvernementale et l'ARCEP a été définie d'emblée et de façon très claire, ce qui a permis une coopération fructueuse. Le gouvernement a défini l'organisation générale du déploiement. Le régulateur, avec l'aval du parlement, a fixé les conditions technico-économiques de ce déploiement dans les différentes zones du territoire.

Pour le déploiement du très haut débit mobile, la situation s'est avérée au départ un peu plus difficile. En effet, il convenait d'interpréter la disposition législative selon laquelle les fréquences 4G devaient être attribuées suivant un critère prioritaire d'aménagement du territoire. Or le régulateur en faisait une interprétation plus large et plus ambitieuse que le gouvernement. Celui-ci a finalement décidé de saisir pour avis le Conseil d'Etat, sur l'interprétation à donner à la loi, et de suivre cet avis, qui allait dans le sens de ce qu'avait proposé le régulateur. Cet exemple démontre que des mécanismes existent pour surmonter les éventuelles difficultés.

### Un enseignement et une recommandation

En définitive la mise en cohérence entre les objectifs gouvernementaux et ceux du régulateur pose moins de difficultés que la mise en cohérence des différents objectifs relevant du seul gouvernement, notamment lorsque l'Etat est actionnaire. L'exemple de France Télécom, devenu Orange, est très significatif à cet égard. Le gouvernement rappelle régulièrement au régulateur la nécessité de tenir compte de certains objectifs de politique publique, comme l'emploi ou l'investissement – ce qui est normal. Mais lorsqu'il s'agit de répartir la marge d'Orange, les représentants de l'Etat actionnaire privilégient souvent les dividendes au détriment des investissements. En outre, les plans de réduction des effectifs d'Orange ont toujours été approuvés par les représentants du gouvernement au conseil d'administration de l'opérateur historique.

Par ailleurs, je recommande d'éviter de créer des autorités de régulation ayant un champ trop large. Le risque, dans ce cas, est en effet que l'autorité fasse en interne des arbitrages politiques et devienne ainsi progressivement un Etat dans l'Etat.

## Quels moyens pour une véritable indépendance ?

**Pierre Cardo**

**Ancien président de l'ARAFER**

En 2009, l'ARAF (Autorité de régulation des affaires ferroviaires) a été créée car l'Europe avait mis la France en demeure de mettre en place une autorité indépendante dans ce domaine dans lequel l'Etat est à la fois l'actionnaire majoritaire d'un monopole (SNCF), l'actionnaire exclusif du gestionnaire de réseau (en charge de l'attribution des sillons et de la tarification) et l'autorité organisatrice du transport. Il est donc susceptible d'être atteint de schizophrénie. Qui plus est, l'Etat comme le Parlement étaient à l'époque – et sont encore un peu – en situation d'asymétrie d'information. Après la réforme de 2014, il a été encore davantage nécessaire de renforcer le rôle du régulateur (devenu ARAFER) compte tenu de l'organisation des trois Epic (SNCF, SCNF Réseau, SNCF Mobilités). A savoir que cette organisation mettait le Président de SNCF Mobilité Président de l'EPIC de tête (SNCF), holding intégrant SNCF Réseau comme filiale.

### Des moyens, gages d'une indépendance théorique...

Le Parlement a conféré à l'ARAFER une personnalité morale. Ce qui en fait une autorité publique indépendante (API) et non une AAI – et, du même coup, disposant d'un pouvoir de sanction. Le Sénat a également longuement débattu pour donner à notre Autorité son indépendance budgétaire, théorique, fixant son plafond de ressources à cinq millièmes de l'ensemble des péages effectués par les entreprises ferroviaires sur le réseau, et rendant donc son budget indépendant du budget de l'Etat.

Par ailleurs, le collège de l'ARAFER est constitué de sept membres. Son président est nommé pour un mandat de six ans non-renouvelable. Le plus souvent, il s'agit d'une personnalité en fin de carrière. Les six autres membres sont nommés l'un par le président du Sénat, le deuxième par le président de l'Assemblée nationale et les quatre autres par les ministères du Budget et des Transports. Cette diversité de nomination participe à la garantie d'indépendance. Ainsi, le régulateur n'a à rendre compte qu'au Parlement et au juge.

### ... mais quelques accrocs à son indépendance pratique...

Tout d'abord, le gouvernement a décidé que le siège de l'ARAFER serait au Mans. La Cour des comptes soulignera plus tard qu'aucune autre autorité indépendante n'a vu son siège fixé par l'exécutif. Cette situation posera dès le départ des problèmes de recrutement pour les postes nécessitant des séniors ceux-ci résidant principalement en région parisienne et souhaitant rarement la quitter.

Ensuite, un écrêtement des recettes et un plafond d'emplois ont été imposés à l'ARAFER par le Gouvernement, sans que le Parlement n'émette d'objection.

Enfin, avant 2009, le Parlement avait décidé que la future autorité régulatrice aurait un avis conforme sur la tarification. Dans le cadre du débat sur la réforme de 2014, des tentations de ne lui conférer qu'un avis éclairé se sont fait jour, au motif que la

tarification devait être fixée par le Réseau. Mais la réglementation européenne précise que l'avis conforme vise uniquement à vérifier que la tarification obéit aux règles de son élaboration et à celles voulues par l'Europe, et l'ARAFER a finalement obtenu gain de cause. De la même façon, l'ARAFER a mené bataille, et obtenu satisfaction, pour que ne soit pas imposé un commissaire du gouvernement au sein de son collègue.

... et des tentatives de réduire le pouvoir de l'Autorité.

Il arrive aussi que l'Etat tente de transgresser ses propres règles. Ainsi, un contrat de performance avait été envisagé lors de la réforme de 2014, notamment pour SNCF Réseau – non pas pour réduire son endettement, mais pour simplement le stopper (à 40 milliards d'euros !) et lui fixer une trajectoire financière. Mais, deux ans plus tard, ce contrat n'est toujours pas signé. Comment, dès lors, l'ARAFER peut-elle mener à bien sa mission de vérification de la trajectoire financière de SNCF Réseau ? Qui plus est, force est de constater que les avis motivés que l'ARAFER doit émettre sur un certain nombre de décrets d'application concernant le ferroviaire ont souvent été assez peu respectés par le Ministère des transports.

Toujours dans le cadre de la réforme de 2014, une règle d'or avait été fixée : SNCF Réseau ne pourrait plus être endetté au-delà d'un certain ratio de dette/marge opérationnelle. Mais jusqu'à la toute récente loi Macron, ce ratio n'avait jamais été fixé. En outre, si la loi le fixe à 18, il est déjà à 22 dans le budget prévisionnel – ce qui interdit toute demande de financement pour quelque investissement que ce soit. Etant encore précisé que le décret d'application de la loi n'est toujours pas paru. Pour citer cet autre exemple, l'Assemblée nationale – celle-là même qui avait voté la règle d'or – a approuvé, fin 2016, un amendement soumis par le Gouvernement, en vertu duquel l'investissement pour le Charles-de-Gaulle Express n'était pas concerné par la règle d'or. Ce qui quelque part autorise une augmentation de la dette de SNCF Réseau en contradiction avec cette même règle d'or.

Enfin, la réforme de 2014 avait prévu que les dividendes de SNCF Mobilités et l'impôt sur les sociétés seraient utilisés pour financer SNCF Réseau par le biais de la Holding SNCF, à hauteur de 500 millions d'euros par an. L'objectif étant que cette somme évite à l'Etat le versement d'une subvention du même montant à Réseau. Malencontreusement, l'Etat en réduisant une partie des subventions à SNCF Réseau pour le fret a considéré que cette perte serait compensée par un prélèvement sur les dividendes de Mobilité. Ce qui en conséquence traduit une réduction des moyens attribués à SNCF Réseau puisque les mêmes sommes ne peuvent pas servir à deux objets différents.

## Les sources de l'indépendance

**Luc Rousseau**

**Vice-Président du Conseil Général de l'Economie (CGE)**

Le champ d'action du CGE recouvre l'industrie, le numérique, l'innovation, l'énergie, la sécurité et le secteur financier. Ses missions de conseil, d'inspection et d'étude le conduisent donc à entretenir des rapports avec plusieurs AAI : l'ARCEP, la CRE, l'ASN et l'ACPR. S'il s'agit indubitablement d'AAI, sont-elles toutes des régulateurs ?

### Facteurs d'indépendance

En amont de l'indépendance, se trouve le sujet du choix des membres du collège. Moins ceux-ci (en particulier le président) sont dépendants de telle ou telle partie prenante pour l'avenir de sa carrière administrative voire professionnelle, plus l'indépendance est garantie.

L'indépendance des régulateurs s'entend également vis-à-vis du gouvernement, des opérateurs et de la pression médiatique. Son degré souhaitable est plus ou moins fort suivant les missions. Ainsi, l'indépendance conférée au régulateur doit être totale concernant l'ouverture d'un marché historique avec une régulation asymétrique, les relations avec un opérateur public dont l'Etat est actionnaire ou encore les missions de contrôle. A l'inverse, elle ne saurait être absolue concernant les secteurs fortement innovants – dans lesquels la réglementation est nécessairement progressive et s'étend parfois au-delà du secteur considéré. Une complémentarité avec les initiatives gouvernementales et législatives est alors indispensable. Enfin, dans d'autres cas, la situation peut s'avérer plus complexe. Ainsi, l'existence des AAI est parfois une réponse à la difficulté à construire le droit sur de sujets nouveaux et à évolution rapide par des voies purement réglementaires. D'où l'importance d'une forte indépendance de ces autorités, mais aussi, dans le même temps, la nécessité d'un réel dialogue avec le pouvoir réglementaire donc gouvernemental.

L'indépendance doit également être suffisamment garantie face aux pressions des médias et de l'opinion publique (lorsque le régulateur agit sur les prix, notamment les prix de détail, par exemple), mais aussi électorales et budgétaires – lesquelles sont fortement susceptibles de nuire à la nécessaire appréciation du temps long, indispensable pour envisager et engager certains investissements. De même, au-delà de l'exercice de la concurrence dans un secteur, les retombées économiques, par la compétitivité et l'innovation, sur l'ensemble des secteurs clients, voire l'ensemble de l'économie doit être davantage dans certains cas appréciée.

### Indépendance et dialogue

En général, le dialogue est bon avec les parties prenantes (les régulés et les pouvoirs publics), avec parfois même une place pour des échanges informels – à ne pas confondre avec la négociation ou a fortiori la compromission – lorsque les règles sont un peu trop rigides. Croiser les regards et partager la vision globale et à moyen terme d'un secteur est fondamental pour mieux se comprendre et travailler davantage en harmonie. Pour autant, tout n'est pas toujours simple. En témoignent

les récents échanges entre la CRE et le Gouvernement dans le cadre projet TURPE (tarif d'utilisation des réseaux publics d'électricité). Comme aussi lors des débats entre l'ARCEP et le Gouvernement pour l'attribution des fréquences 4G, sur le sous-sujet est de l'aménagement du territoire. La question est alors de savoir si la politique d'aménagement du territoire en matière de numérique doit relever de la responsabilité de l'AAI ou du gouvernement. La réponse appelle nécessairement nuance et subtilité.

## Indépendance et politiques publiques : une conciliation difficile mais nécessaire

**Laurence Franceschini**

**Conseillère d'Etat, Médiateur du Cinéma et HADOPI**

Il ressort des interventions précédentes qu'il n'existe pas de modèle préétabli des relations entre l'Etat et ces instances. Ces relations sont à la fois le fruit de l'histoire et fonction de la nature du secteur régulé. J'interviens aujourd'hui en tant qu'ancien directeur d'administration centrale ayant eu affaire à deux AAI : le CSA et la HADOPI. Pour ces dernières, l'indépendance a d'emblée été considérée comme essentielle. D'une part, le secteur audiovisuel sortait d'une période de monopole et faisait l'objet de suspicions quant à l'influence du politique. D'autre part, concernant la HADOPI, l'on imaginait mal un ministère ou une administration centrale exercer un pouvoir de sanction à l'égard de la piraterie. Il n'empêche que cette nécessité de concilier politique publique et indépendance des instances n'a pas toujours été aisée.

### Un parcours chaotique vers l'indépendance du régulateur

Les deux premières instances de régulation de l'audiovisuel n'ont pas pu aller au terme de leur mandat, auquel le législateur a systématiquement mis fin après le changement de majorité politique. Aussi le Conseil constitutionnel a-t-il considéré, lors de la création du CSA en 1989, qu'il ne respecterait la volonté du Parlement de changer l'instance de régulation de l'audiovisuel qu'à condition de la remplacer par une nouvelle instance offrant au minimum les mêmes garanties. Il en allait de la crédibilité et de l'indépendance du régulateur, donc de son inscription dans la durée.

Pour la HADOPI, la difficulté de la conciliation entre politique publique et indépendance – conciliation dont il convient toutefois de noter qu'elle s'améliore – est liée au fait que la politique publique concernée n'est pas encore tout à fait consensuelle et assumée. Cela étant, la volonté d'afficher l'indépendance de cette instance dans sa composition était réelle. Ainsi, son collège compte trois membres qui sont respectivement désignés par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et la Cour des comptes, trois autres conjointement désignés par le ministère de la Culture et de la Communication et le ministère en charge des Communications électroniques, un représentant du Sénat et un représentant de l'Assemblée nationale. En outre, son président est élu parmi les membres désignés par le Conseil d'Etat, la Cour de cassation et la Cour des comptes.

Quoi qu'il en soit, la conciliation entre politiques publiques et indépendance du régulateur est une nécessité. En effet, celui-ci participe des mêmes objectifs que celles-là, sous le contrôle du juge (dont le rôle a été extraordinairement structurant pour la régulation de l'audiovisuel). Le partage des rôles est clair sur le plan théorique : le législateur définit les principes, le pouvoir réglementaire les décline et l'instance de régulation autorise (notamment à émettre sur les fréquences hertziennes, dessinant de ce fait le paysage audiovisuel français) et sanctionne.

## Une indépendance à la fois organique et fonctionnelle

Les AAI s'avèrent particulièrement souples et réactives lorsqu'elles sont légalement dotées d'un pouvoir réglementaire. C'est ainsi le cas dans le domaine de la publicité (placement de produits). Ce pouvoir participe pleinement de l'efficacité de la régulation. Il en va de même concernant l'édition du droit souple (pouvoir d'avis, pouvoir de recommandation), lequel constitue une garantie pour les différents acteurs qui interviennent dans le secteur et rééquilibrent la régulation au sens le plus large du terme.

La maturité croissante des rapports entretenus entre ceux qui définissent la politique publique et le régulateur, est passée par le renforcement de l'indépendance des membres du CSA dans le cadre de la réforme constitutionnelle de 2008 puis des lois du 15 novembre 2013 et du 20 janvier 2017 (transfert du CSA en API). Cette volonté de renforcer l'indépendance et l'impartialité du CSA dans l'exercice de ses pouvoirs s'est également traduite par l'évolution de son pouvoir de sanction. Plusieurs exemples d'articulation vertueuse entre les pouvoirs publics et l'instance de régulation peuvent être cités. Ainsi, dans le cadre de l'extinction de la diffusion analogique de la télévision et du passage à l'hertzien terrestre, le législateur (aussi bien le Parlement que le gouvernement législateur) a fixé le cadre et les objectifs, charge au CSA de conduire les opérations. L'indépendance du régulateur n'est donc pas seulement organique. Elle est aussi fonctionnelle.

Les AAI ont un rôle majeur à jouer en termes de transparence également. D'où l'importance des études d'impact, des démarches de conciliation et des audiences publiques, mais également des lieux de débat entre les différents acteurs et les pouvoirs publics – qu'il revient aux instances de régulation d'organiser. Le fait que ces dernières se dotent d'expert est un gage de crédibilité.

## La conciliation entre politiques publiques et indépendance du régulateur, une ardente obligation

Le monde de l'élaboration des normes et celui de la régulation ne sont pas deux univers cloisonnés. En l'occurrence, les recommandations et les avis du CSA et de la HADOPI (qui commencent à émerger) inspirent largement le législateur et le pouvoir réglementaire.

La conciliation entre les politiques publiques et l'indépendance du régulateur est également servie par une obligation. Le développement du numérique et la multiplication des acteurs ne permettent pas à ceux qui élaborent la norme de prévoir tous les cas de figure et de légiférer ou réglementer sur chacun d'entre eux. Aussi le législateur a-t-il l'ardente obligation de laisser au régulateur une marge de manœuvre, sous le contrôle du juge.

Pour la suite, sans doute importe-t-il d'aller vers une hiérarchie des normes plus cohérente. La loi doit fixer les principes, le pouvoir réglementaire doit édicter les règles générales d'application et le régulateur doit pouvoir les décliner. C'est à ce prix que la crédibilité des instances de régulation sera totale.



## Echanges avec la salle

### ***Michel Boyon***

L'on peut multiplier toutes les garanties au travers des textes, l'indépendance est avant tout dans la tête : l'on a un état d'esprit indépendant ou on ne l'a pas. Par ailleurs, harmoniser voire unifier les AAI et leur imposer des règles communes n'aurait que peu de pertinence. En revanche, il importe de permettre à ces instances doivent être en harmonie parfaite avec le secteur dont elles ont la charge, ce qui impose pragmatisme et souplesse.

### **Ne faudrait-il pas introduire de la prospective dans la régulation, dans une optique de transversalité entre les différentes instances ?**

### ***Jean-Ludovic Silicani***

J'ai créé un comité de la prospective au sein de l'ARCEP dès mon arrivée à la tête de cette autorité en 2009, et des structures de ce type existent dans d'autres autorités. Cela n'empêche pas, par ailleurs, que les AAI échangent des informations et débattent entre elles. Ces échanges devraient en effet se développer.

## 2<sup>ème</sup> table ronde : Les contrôles démocratique et contentieux : quelle étendue, quelle efficacité ?

### Quelle cohérence des contrôles contentieux ?

**Guy Canivet**

**Premier Président honoraire de la Cour de cassation**

Le régime de contrôle juridictionnel sur les autorités de régulation est-il approprié ?  
Devrait-il être réorganisé ?

#### Le contentieux de la régulation, entre juridiction judiciaire et juridiction administrative

Le débat doit dépasser les relations entre les deux ordres de juridictions pour être examiné d'un point de vue systémique. La question de la juridiction la plus appropriée pour juger des recours contre les décisions des autorités de régulation économique s'est posée à la fin des années 1980, à propos des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence. A cette époque, le débat a opposé les tenants de l'ouverture libérale, pour qui l'abandon de l'économie administrée imposait de sortir de l'emprise administrative, y compris pour les juridictions de contrôle, à ceux de la doctrine administrative traditionnelle, pour qui la décision d'une autorité de régulation, dès lors qu'elle est administrative, fut-elle indépendante, et/ou qu'elle exerce une mission de service public, relève par nature de la juridiction administrative.

La loi du 6 juillet 1987 a réglé la question en transférant à l'autorité judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence. Le recours formé contre cette loi a donné lieu à la décision du conseil constitutionnel (Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987) qui a déterminé les conditions auxquelles le législateur peut confier le contentieux des autorités de régulation au même ordre de juridiction, en l'espèce judiciaire. Après avoir érigé en principe à valeur constitutionnelle la compétence réservée aux juridictions administratives, le conseil admet que dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, la loi peut unifier les règles de compétence juridictionnelle, à condition que l'unification se fasse dans l'ordre principalement intéressé et que cet aménagement des règles de compétence soit précis. L'idée était, dans une matière déterminée, de soumettre à la même juridiction la responsabilité civile des opérateurs et les décisions d'injonction et de sanction prises par le régulateur dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché et de permettre à ce juge de réaliser une unité conceptuelle dans l'interprétation et l'application d'un ensemble de règles visant au même but.

Dans sa mise en œuvre, ce principe de répartition, hérité de la théorie des blocs de compétence, a-t-il permis une distribution rationnelle des recours contre les décisions des autorités de régulation économique ? L'appréciation est plutôt négative. Si, dans un premier temps, le législateur a eu une appréciation réaliste de la bonne administration de la justice (en matière de concurrence et de régulation des produits financiers), il

s'en est ensuite éloigné (par exemple en matière de régulation bancaire ou du secteur de l'audiovisuel), puis il a perdu de vue l'objectif d'unification des contentieux (en matière de concurrence et de régulation des marchés financiers, les recours sont divisés). En outre la protection constitutionnelle de la réserve de compétence des juridictions administratives n'a pas permis de confier au juge judiciaire les recours contre les décisions d'avis ou réglementaires. Enfin après avoir adopté une conception englobante du bloc de compétence, le Tribunal des conflits et le Conseil d'Etat en ont désormais une vision beaucoup plus restrictive. Ajoutent à la confusion les décisions récentes du Conseil d'Etat se donnant un pouvoir de contrôle sur les décisions non-contraignantes des autorités de régulation, y compris dans des domaines attribués aux juridictions judiciaires.

Tout cela est d'autant moins cohérent que le régime des recours est différent : en premier et dernier ressort devant le Conseil d'Etat, tandis que les arrêts de la cour d'appel de Paris, juridiction judiciaire généralement désignée par les textes, sont soumis à pourvoi en cassation, que les instruments procéduraux sont différents, que les règles et techniques de contrôle le sont également enfin, que l'intensité voire l'effectivité des contrôles sont variables. Selon ce que l'on veut démontrer, on peut s'en satisfaire, en estimant que la répartition est désormais admise et quelle permet à chacun des juges d'opérer un contrôle approprié, ou le regretter, en insistant sur la complexité et le manque de cohérence du système.

En tout cas, la situation actuelle méconnaît l'originalité de la régulation qui met en œuvre un pouvoir de réglementation destiné à encadrer le comportement d'opérateurs économiques dans des relations commerciales de droit privé pour assurer le bon fonctionnement d'un secteur. Cela supposerait la mise en œuvre simultanée de principes de droit public et de droit privé. La solution optimum serait donc de porter les recours devant une juridiction capable d'opérer la synthèse entre les deux. Elle est à inventer. Ce qui semble utopique en raison de la vision dogmatique actuelle des compétences respectives de l'un et l'autre des ordres de juridictions.

## Complexité et richesse du droit de la régulation

**Bernard Stirn**

**Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat**

### Les autorités de régulation doivent-elles avoir un juge ?

La réponse n'était pas tout à fait évidente, au départ. Mais il est rapidement apparu que c'était indispensable, qu'il s'agisse du juge constitutionnel pour tracer le cadre général ou d'un juge pour contrôler les décisions et les activités des autorités de régulation. La question de principe de l'existence d'AAI posait elle-même problème d'un point de vue constitutionnel. D'une part, l'article 20 de la Constitution indique que le gouvernement dispose de l'administration. D'autre part, est-il possible d'attribuer un pouvoir réglementaire à une AAI alors que la Constitution attribue ce pouvoir au premier Ministre ? Le Conseil constitutionnel a répondu que le principe d'AAI peut être prévu par la loi, laquelle peut accorder à celles-ci un pouvoir réglementaire dès lors qu'il s'agit de mesures de portée limitée. Le Conseil constitutionnel a également encadré le pouvoir de sanction de ces autorités.

Dans le même temps, le Conseil d'Etat a jugé, dans son arrêt Retail du 10 juillet 1981, que les actes du Médiateur pouvaient faire l'objet d'un recours, le médiateur étant une autorité administrative. Le Conseil constitutionnel a pris le relais de cette décision, en jugeant que la CNIL puis le CSA relevaient, comme toute autorité administrative, du contrôle du juge. Il l'a également indiqué du point de vue de la responsabilité, dans une décision de 2011 sur le Défenseur des droits : nul ne peut être exonéré de toute responsabilité, y compris par la loi.

### Quel juge ?

Le président Canivet a tout dit sur le sujet. Je souhaite toutefois apporter quelques observations complémentaires. Le Tribunal des conflits a assez peu eu à intervenir. La complexité de la répartition des contentieux n'a donc pas été si élevée qu'on peut le penser. Par ailleurs, le législateur a laissé complètement ouvertes les deux voies (Tribunal de grande instance ou CNIL, donc Conseil d'Etat) pour les demandes de déréférencement des moteurs de recherche – tandis qu'en Italie, le choix d'une voie ferme nécessairement l'autre. En outre, le choix a été fait de ne pas créer de chambre spécialisée sur le sujet au sein du Conseil d'Etat. Par conséquent, le contentieux de la régulation est assez réparti entre les différentes chambres de la section du contentieux. Enfin, il convient de souligner l'importance du dialogue des juges, non seulement franco-français mais surtout franco-européen. Concernant par exemple les questions du pouvoir de sanction des régulateurs ou les exigences en matière d'indépendance et d'impartialité de ces derniers, les juges nationaux ont posé un cadre et le juge européen l'a confirmé. Ce dialogue est en cours sur la question du « *non bis in idem* ».

### Quel contrôle ?

Le contrôle juridictionnel a été adapté aux particularités du contentieux de la régulation. Dans de nombreux cas, les outils préexistants (excès de pouvoir et plein contentieux, notamment) ont pu être utilisés sans bouleversement. La ligne de force

de la jurisprudence du Conseil d'Etat est que le juge doit n'intervenir qu'en deuxième rideau. C'est ainsi le sens de la décision par laquelle le juge administratif considère qu'en matière d'audiovisuel, les études d'impact doivent être rendues publiques avant toute prise de décision du CSA.

Ce contrôle a également connu d'importantes innovations, qui pourraient avoir des conséquences au-delà du contentieux de la régulation. Le Conseil d'Etat a ainsi innové en jugeant qu'une publication sur le site Internet d'une autorité de régulation fait courir les délais de recours au même titre que les notifications et les publications au *Journal officiel*. Autre exemple, non seulement le Conseil d'Etat reconnaît la nécessité d'un contrôle adapté des actes de droit souple des autorités de régulation, mais encore il entend valoriser ce droit. Depuis 2016, le contentieux a ainsi ouvert des voies de recours contre les mesures de droit souple prises par les autorités de régulation lorsqu'elles produisent des effets économiques notables ou influent de manière significative sur les comportements. Là encore, les répercussions peuvent aller au-delà, comme c'est déjà le cas en matière de rescrit fiscal.

Ce contrôle soulève aussi des interrogations, tant en matière de procédure que sur le fond. La question de l'équilibre entre le caractère contradictoire de la procédure et le contrôle effectif du juge se pose avec acuité, notamment dans les contentieux économiques et de concurrence. Se pose aussi une interrogation de fond : par exemple, le régulateur informatique (la CNIL) peut-il obtenir qu'un opérateur supprime un lien entre une personne et une information ? Ces interrogations traduisent à la fois la complexité et la richesse du droit de la régulation.

## La notion de juge régulateur

**Olivier Douvreur**

**Président de Chambre à la Cour d'appel de Paris**

La compétence de la Cour d'appel de Paris ne s'exerce qu'à l'égard des décisions individuelles prises par certaines autorités de régulation, aux premiers rangs desquelles l'Autorité de la concurrence, l'AMF et, en matière de règlement des différends, la CRE, l'ARCEP et l'ARAFER. Par ailleurs, ainsi que l'a rappelé le président Canivet, cette compétence ne correspond nullement aux entières compétences desdites AAI. Ainsi, concernant l'Autorité de la concurrence, la Cour d'appel de Paris est compétente à l'égard des pratiques concurrentielles tandis que le contentieux des décisions en matière de concentration relève du Conseil d'Etat.

### Un contrôle de plein contentieux

Les interventions de la Cour d'appel de Paris sont désormais relativement stabilisées, après moult hésitations – certaines ayant été alimentées par le constat que la Cour n'était pas véritablement une juridiction d'appel lorsqu'elle était saisie de recours contre les décisions individuelles des AAI citées, celles-ci n'étant pas des juridictions et leurs décisions n'étant pas des jugements. En effet, le législateur a assez clairement indiqué qu'il s'agissait de conférer à la Cour un pouvoir de plein contentieux, en instituant le plus souvent un recours en annulation et en réformation. Ce contrôle de plein contentieux constitue la contrepartie nécessaire au pouvoir de sanction qu'exercent certaines autorités de régulation, au regard des exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

### Les modalités de l'exercice du plein contentieux

La Cour d'appel de Paris exerce un contrôle sur la forme et la procédure, mais aussi sur le fond. A ce titre, elle examine la légalité externe et interne de la décision qui lui est déférée. C'est ainsi qu'elle en vérifie la régularité formelle et procédurale, en ce compris la suffisance de sa motivation, au regard, en particulier des prescriptions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, avant d'en apprécier le bien-fondé. Elle dispose alors du pouvoir d'annuler ou de réformer cette décision ; elle peut, en matière de sanction, livrant sa propre appréciation des faits en cause, substituer sa propre décision à celle du régulateur, en modifiant la nature et le quantum de la sanction prononcée par l'autorité de régulation, par exemple en application du principe de proportionnalité. Il en va de même en matière de règlement des différends, la Cour d'appel pouvant écarter la solution retenue par le régulateur et trancher différemment le différend qui lui est soumis.

En conclusion, si ce pouvoir d'annulation et de réformation s'exerce dans tous les domaines de compétence de la Cour d'appel de Paris, les modalités de son contrôle ne sauraient être ramenées à un standard unique.

## Le statut général des AAI

**Anne-Yvonne Le Dain**  
**Assemblée nationale**

### L'espace infini et sans cesse renouvelé du droit

Dans nos sociétés occidentales, le droit devient de plus en plus un construit social compliqué. Nous inventons en continu de nouveaux droits (loi, décrets, arrêtés, jurisprudences, règlements, etc) et, ce faisant, nous devons inventer une nouvelle forme d'exercice du droit. Non seulement s'agit-il de tenir compte du fait qu'Internet met, mettra ou pourra mettre tout à disposition de tout le monde, y compris les décisions de justice (qui sont signées) – créant ainsi, de fait, tout à la fois un immense espace de liberté et un immense espace de vindicte. Mais il convient également de prendre en compte, outre le droit national (espace infini d'incertitudes et d'interprétations possibles), le droit européen et les décisions impérieuses qui s'appliquent à nous bien qu'elles émanent de juridictions étrangères. Je pense notamment au *Patriot Act* américain, qui oblige et sanctionne des personnes morales voire des entités économiques sur notre propre territoire. Dans un tel contexte, la force des démocraties est qu'elles inventent leur propre régulation.

### Les AAI, du domaine de l'administration à celui du droit

Auparavant, les AAI étaient créées au fil de l'eau, en fonction des nécessités, exigences ou besoins réels ou supposés de la société, et ne dépendaient d'à peu près personne. Elles ont désormais un statut explicité par dans un texte juridique voté, ce qui signifie qu'elles existent officiellement et sont reconnues en tant que telles par une "loi support" et donc la démocratie admet qu'elles sont intrinsèquement nécessaires à son propre exercice. – et plus uniquement de manière "ad hoc" en fonction des besoins ressentis par l'administration et/ou la société. Le monde même du droit construit ainsi son propre droit, influencé par les décisions de ses différents dispositifs. En l'occurrence, il a décidé que les AAI seraient du droit (sic).

Dès principes ont donc été posés : conformément à l'article 1 de la loi du 20 janvier 2017 portant statut général des AAI et des API, une même autorité indépendante ne peut pas compter plus d'un magistrat d'un même corps (conseil d'Etat, cour des comptes, tribunaux administratifs, cours d'appel et CRComptes) en son sein (à l'exception du président). Cette décision, qui limite les perspectives de carrière au sein de ces différents corps, a donné lieu à débat et n'a pas été simple à prendre, même si ce texte a été voulu conjointement par la majorité et l'opposition. Autre impératif, afin de se mettre en conformité avec la loi une fois promulguée, les membres d'AAI qui se trouvent dans cette situation doivent démissionner dans les trente jours. Cette évolution montre à quel point le législateur ne fait pas facilement le droit mais le construit vaille que vaille, en prenant acte du monde réel. De même, aucun membre des AAI ne peut avoir exercé une activité au sein d'une structure publique ou privée qui a été "contrôlée" durant les 2 années précédentes. Et une activité à temps plein dans l'AAI est incompatible avec toute autre activité professionnelle, publique ou privée (hors science, art, littérature, enseignement).

### Un construit social innovant : l'exemple de la CNIL

Un nouveau règlement européen vient d'être adopté concernant les droits et libertés individuelles et les données personnelles sur Internet. Il devra être transcrit dans le droit national avant mai 2018. Ce travail est en cours, en France, pour a minima transcrire le règlement européen, qui peut aussi être alourdi (mais pas allégé), c'est-à-dire interprété. En l'occurrence, ce texte se situe à l'exacte convergence du droit latin et de la *Common Law* anglo-saxonne. Aussi représente-t-il un espace tout à la fois "dur et mou" – véritable novation européenne. Le législateur français devra donc élaborer ce nouveau droit, alors même que la Loi Informatique et Liberté avait été novatrice sur ces sujets, seule de son espèce à l'époque, précurseur donc, mais aussi amender la toute récente loi République numérique.

Cet exemple témoigne à quel point le droit se fabrique en continu et à un rythme très rapide, car il peut être influencé par des réalités venues d'ailleurs. Il n'est donc pas un abstrait, mais un construit social continu qui doit vivre dans son monde – si compliqué et incertain soit-il. Il arrive également que, face à des contradictions internes (par exemple au sein de l'UE), le droit tarde à s'installer... et qu'il faille des événements externes pour enclencher un processus pourtant à l'évidence nécessaire : conflits entre administrations, entre lignes politiques, entre pays, etc etc.



## Contrôle et évaluation de l'efficacité de l'action des AAI

**Isabelle de Silva**

**Présidente de l'Autorité de la concurrence**

Les AAI ont-elles trop de pouvoir et sont-elles exonérées de tout contrôle ? Cette interrogation revient régulièrement, sans doute parce que les actions des AAI ont acquis une certaine visibilité, laissant apparaître que le rôle de l'Etat serait entravé, l'action du Gouvernement et des ministères étant de plus en plus difficile à mettre en œuvre.

### Un cadre d'action défini par loi et contrôlé par le juge

Les autorités de régulation sont créées par le législateur, dans un cadre précis et pour exercer des missions déterminées. Elles ont donc, par définition, une compétence d'attribution et ne disposent pas de la clause de compétence du Gouvernement. En outre, ainsi que le note le rapport du Conseil d'Etat de 2001, « *les AAI [...] agissent au nom de l'Etat sans être subordonnées au Gouvernement et elles bénéficient, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties qui leur permettent d'agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ou censurée, si ce n'est pas le juge* ». Par ailleurs, les autorités de régulation entretiennent de multiples rapports de collaboration et de complémentarité avec l'extérieur : sphère étatique, entreprises, associations de consommateurs, juridictions et Parlement.

Les autorités de régulation ne développent donc pas leur action en dehors de toute responsabilité et de tout contrôle, bien au contraire. Et c'est extrêmement heureux.

### Quelle mesure de l'efficacité de l'action des AAI ?

Est-il possible de mesurer l'efficacité des actions des AAI et, le cas échéant, avec quels outils ? Quel est le bon critère pour juger qu'une AAI remplit ses missions de façon satisfaisante : le nombre des décisions prises, le volume des sanctions prononcées ? Si tant est qu'ils soient pertinents, il s'agit là d'indicateurs d'activité et non d'efficacité.

Par ailleurs, est-il légitime de chercher à mesurer l'efficacité d'une décision de sanction ? Sur le plan théorique, la sanction prononcée par une autorité de concurrence à l'encontre d'une entreprise trouve son efficacité dans sa simple existence, puisqu'elle supprime le surprofit de l'entreprise. Pour autant, certains souhaitent mesurer l'effet de l'action des autorités de concurrence sur l'économie. Mais force est de constater que la réponse bute souvent sur le lien de causalité. Suite à la récente décision Nespresso, par exemple, le marché des fabricants alternatifs de capsules de café a connu une forte croissance. Mais il est difficile d'affirmer que seule la décision de l'Autorité de la concurrence a permis ce développement de la concurrence. Il peut y avoir eu d'autres causes exogènes.

Les difficultés méthodologiques de la mesure de l'efficacité d'une décision au regard de critères concurrentiels ne signifient pas pour autant qu'il faille abandonner ce type d'exercice.

## Un dialogue avec le juge et le Parlement à renforcer ?

**Martine Lombard**

**Membre du collège de l'ARCEP**

J'avais initialement coutume de considérer – en tant qu'universitaire – que les AAI risquaient d'être des « paradis technocratiques ». Aujourd'hui, en tant que membre du collège de l'ARCEP, je ne me renie pas : plus que jamais je considère que les contrôles sont des facteurs essentiels de la légitimité démocratique des autorités de régulation. Le dialogue avec le Parlement pourrait même gagner encore en intensité. Mais je dois bien reconnaître que ces contrôles sont déjà en fait substantiels.

### Le contrôle contentieux

Ce contrôle a gagné en extension avec la jurisprudence Fairvesta sur le droit souple, jurisprudence qui est réaliste même si elle laisse une grande marge d'appréciation au juge administratif quant à la recevabilité des recours. Ce contrôle a gagné aussi en cohérence, paradoxalement, même si les actes des autorités de régulation relèvent tantôt d'un ordre de juridiction, tantôt d'un autre. Les jurisprudences ont tendu à se rapprocher. Au reste, si l'une d'entre elles s'avérait plus exigeante que les autres, les autorités de régulation se caleraient sans doute sur la première.

Par ailleurs, si le délai nécessaire à la Cour d'appel de Paris pour rendre ses arrêts dans le cadre des recours contre les décisions de règlement des différends est passé au fil des ans de six à dix-huit mois, il convient de rendre hommage aux juges qui se saisissent pleinement de dossiers éminemment techniques sans recourir à la solution de facilité que serait une expertise (qui ne ferait qu'alourdir la procédure). La pratique des « enquêtes à la barre » donne en particulier des résultats remarquables.

En 2013, le Conseil constitutionnel a privé l'ARCEP de son contrôle de sanction. En effet, il était apparu qu'une anomalie dans la loi (corrigée depuis) empêchait la procédure de cette autorité de respecter les exigences du principe d'impartialité. Cet exemple montre à quel point le contrôle contentieux rend nécessaire le dialogue avec le Parlement.

### Le contrôle – ou dialogue – parlementaire

Plusieurs interventions du Parlement ont donné à penser que le créateur des AAI se méfiait de ses créatures : depuis 2006, plusieurs rapports parlementaires ont dénoncé le trop grand nombre des autorités de régulation, ou leur coût, voire leur fonctionnement. Pour ma part, je me réjouis que le dernier rapport ait permis d'adopter les deux lois de janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes. Dorénavant, le Parlement disposera ainsi chaque année d'un rapport très complet sur les dépenses des autorités de régulation (emplois, rémunérations, loyer, etc.), qu'elles soient des AAI ou des API.

Cela renforcera la transparence et limitera d'ailleurs le risque de tuer insidieusement des autorités de régulation en réduisant discrètement le nombre de leurs emplois.

Cela étant, je regrette un peu que la loi reste timide quant aux auditions par les commissions parlementaires – qui devraient se multiplier, tant elles sont importantes. Elles permettent de rendre compte, mais aussi d’alerter. Par exemple pour aller plus loin encore dans certains domaines comme l’aménagement numérique du territoire, puisque la loi charge bien l’ARCEP d’y contribuer, une telle AAI devrait pouvoir se tourner vers le politique, si nécessaire, et suggérer le cas échéant de nouveaux aménagements législatifs.

Finalement, là où je me renie peut-être un peu, c’est que le dialogue entre les AAI et le Parlement est beaucoup plus riche que je ne l’avais soupçonné en tant qu’universitaire !

## Echanges avec la salle

**Jean-Yves Ollier**

Avec l'émergence du droit souple, la dualité de juridiction pose parfois des défis. Je pense notamment à la question du commissionnement des fournisseurs d'énergie par les gestionnaires de réseaux de distribution, qui a donné lieu de façon quasi simultanée à deux décisions d'annulation, respectivement de la Cour d'appel de Paris (commissionnement en gaz) et du Conseil d'Etat (commissionnement en électricité) – ce qui a conduit le collège et le Cordis à réexaminer ces sujets dans le cadre de leurs compétences respectives. Le Cordis a demandé l'avis du collège qui, sous sa responsabilité, a conduit des études économiques et mènera une consultation publique sur les deux énergies.

**Que se passe-t-il quand un même acte administratif semble relever de deux ordres de juridiction ? Deux récentes décisions (de la Cour de cassation puis de la Cour d'appel de Paris) semblent reconnaître au régulateur un pouvoir réglementaire en matière de règlement de différends. Et ce, alors même qu'il s'agissait d'actes administratifs pour lesquels le Conseil d'Etat était compétent. Dès lors, y a-t-il une malfaçon dans la loi, ou convient-il de considérer qu'en matière juridictionnelle comme en matière économique la concurrence a du bon ?**

**Anne-Yvonne Le Dain**

Ma question est du même ordre. Le prix du timbre et celui du kilowattheure sont identiques sur l'ensemble du territoire. C'est une décision du législateur, très ancienne. En revanche, il en va tout autrement concernant les chemins de fer, où la sophistication de la tarification atteint des sommets aujourd'hui (!) alors qu'auparavant le tarif était calculé au km parcouru. Tandis que pour les télécoms, la loi selon laquelle il revient au secteur public d'intervenir dans les zones non rentables (notamment le monde rural) et au secteur privé d'intervenir dans les zones rentables n'avait, jusque récemment, été remise en cause par personne. Elle interdisait pourtant à la puissance publique de financer le déploiement du Très Haut Débit pour Internet dans les territoires urbains (considérés comme rentables) lesquels aucun opérateur privé ne souhaitait s'y rendre... ce qui créait de facto une discrimination pour l'accès à l'information pour tous : les plus isolés... le restaient.

**Martine Lombard**

Nous n'avons sans doute pas suffisamment parlé du juge qu'est la Cour de justice de l'Union européenne. En l'occurrence, lorsque les collectivités publiques interviennent, elles sont soumises au contrôle des aides d'Etat. C'est une dimension très forte du droit de la régulation et de la concurrence dont le législateur doit tenir compte.

Quant au thème hélas classique de la privatisation des profits et de la socialisation des pertes, il pourrait être encore le sujet d'un nouveau colloque !

# 3<sup>ème</sup> table ronde : Faut-il remodeler, et selon quels critères, le paysage de la régulation en France ?

## Critères de délimitation des compétences entre autorités de régulation

**William Kovacic**

**Professeur à George Washington University Law School / Competition and Markets Authority du Royaume-Uni**

Une récente étude de la Washington University Law School montre une tendance à la diversification et au regroupement des compétences au sein des autorités de régulation. Ainsi, nombre d'entre elles ne traitent pas uniquement de concurrence, mais aussi de protection du consommateur ou de qualité du service public. Trois critères semblent particulièrement importants pour décider qui fait quoi en matière de régulation.

### Un portefeuille de responsabilités intellectuellement cohérent

Toute réforme organisationnelle impose de se donner du temps : le nouveau système doit pouvoir s'adapter et s'approprier son nouveau rôle. En effet, il importe que les membres de l'autorité de régulation soient complémentaires, afin de ne pas se substituer les uns aux autres, et se soutiennent mutuellement – étant entendu qu'il ne suffit pas de le décider de regrouper plusieurs fonctions pour que les synergies soient effectives. Qui plus est, le choix du dirigeant de l'agence de régulation est primordial. Ce dernier doit avoir une véritable expérience en leadership et en management d'organisation complexe, ainsi qu'une réelle compréhension du contexte politique et économique dans lequel l'organisation s'insère.

### Une capacité d'adéquation entre engagements et compétences

Le fossé entre les promesses venues du haut et les ressources fournies aux instances chargées de mettre en œuvre ces promesses est bien souvent la source de tensions politiques fortes et d'un fort mécontentement. Il peut également s'avérer très handicapant pour le fonctionnement des instances.

Aussi s'agit-il de s'assurer que le capital humain dispose des talents nécessaires pour accomplir la mission qui lui est assignée. Pour une autorité de la concurrence qui entend travailler dans des secteurs dynamiques où la technologie évolue sans cesse, il ne suffit pas d'embaucher des juristes et des économistes, si intelligents soient-ils. Il faut des ingénieurs, des personnes qui comprennent ce que sont les quatre côtés d'une plateforme à quatre côtés, qui connaissent la différence entre la 2G et la 4G ! Cela paraît évident, mais force est de constater que certaines autorités de la concurrence échouent faute d'avoir accordé suffisamment d'importance aux talents et aux compétences.

Il convient également de s'assurer que l'autorité dispose du pouvoir légal pour mener à bien son mandat. A-t-elle accès à des sanctions crédibles pour faire exécuter ses décisions ? Dispose-t-elle d'outils de recherche et d'analyse nécessaires pour effectuer un véritable travail de recherche et développement, afin de comprendre au mieux les secteurs qui relèvent de sa compétence ?

### La compatibilité politique

La configuration de l'autorité de régulation doit s'insérer dans les contraintes inhérentes au processus politique – qu'il convient donc d'avoir finement étudié en amont. A défaut, le système existant risque d'empêcher la régulation de fonctionner.

Lors de sa création, par exemple, le Bureau de protection financière du consommateur (Consumer Financial Protection Bureau) a été présenté comme l'agence la plus indépendante jamais créée aux Etats-Unis, avec un dirigeant unique au contrat de long terme, une autonomie budgétaire totale et une insertion dans l'institution régulatrice existante gage de protection. Mais ces caractéristiques ont créé l'impression que cette instance avec un exécutif fort n'aurait jamais à répondre de ses actes devant le pouvoir législatif ou politique. Le mécontentement a été tel, qu'il faudra sans doute radicalement reconfigurer cette institution.

## Vers une rationalisation du paysage de la régulation en France ?

**Eric Brousseau**

**Directeur scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation et du Club des Régulateurs**

En 2015, un rapport du Sénat dénombrait quarante-cinq autorités de régulation. Avant lui, plusieurs rapports parlementaires ont dénoncé une prolifération incontrôlée du nombre de ces instances (pourtant toutes créées par des actes parlementaires) depuis la création de la CNIL en 1978. Le dernier rapport du Sénat avance comme chiffre d'or – sans explicitation apparente – une vingtaine d'autorités de régulation. Si l'on peut s'interroger sur les raisons poussant le Parlement à se focaliser sur le nombre d'AAI et API, il demeure pertinent de se demander s'il existe des voies de rationalisation du paysage de la régulation en France ?

### Pour quelles raisons faire évoluer le périmètre et l'organisation des autorités de régulation ?

Plusieurs arguments sont avancés en faveur du regroupement de plusieurs autorités de régulation. Les premiers portent sur l'optimisation de la pertinence de la régulation. Tout d'abord, regrouper certaines autorités renforcerait leur puissance donc leur indépendance. Ensuite, il s'agirait de s'ajuster au mieux au périmètre des industries et des opérateurs à réguler. Une question se pose, toutefois : quels sont ces périmètres, avec la transformation numérique ? Un autre argument est celui de l'amélioration de la lisibilité, voire de la cohérence, de la régulation. Enfin, des régulateurs de plus grande taille pourraient s'avérer mieux à même d'atteindre la taille critique et donc le niveau de spécialisation adéquat, pour réaliser certaines opérations.

Une autre série d'arguments met en avant la rationalisation de la gestion des autorités de régulation, par le franchissement de certains seuils pour gérer, par exemple, les achats, ou assurer une complémentarité des compétences. Pour autant, les économies à attendre seraient-elles significatives et produiraient-elles des effets visibles sur les finances publiques ? Le benchmark international montre que la régulation française coûte significativement moins cher que les régulations allemande et britannique, y compris en termes d'emplois. La réorganisation de la régulation serait donc avant tout justifiée par des questions d'efficacité.

### Quelle faisabilité ?

Plusieurs éléments peuvent freiner l'enthousiasme à fusionner des autorités de régulation, au-delà même des coûts d'ajustement. Ainsi, toutes les autorités de régulation n'ont pas la même finalité logique et philosophique. Le CSA et l'ARCEP, par exemple, n'ont pas été créés pour les mêmes raisons et ne pratiquent pas exactement la même régulation : les fusionner ne serait pas nécessairement pertinent. Sans compter que leurs corpus juridiques et leurs écosystèmes sont différents (tant en aval, du côté des régulés, qu'en amont du côté des ministères). Une moindre transparence pourrait également être à craindre, car il est parfois difficile de savoir ce que font les organisations de très grande taille – qui s'avèrent aussi, parfois, moins agiles.

Pour autant, la question de la réorganisation de la régulation est fondamentale, ne serait-ce que parce que les missions des autorités de régulation évoluent naturellement

au fil du temps, des décisions en matière de régulation, ainsi que de l'évolution intrinsèque des industries (liée aux technologies, aux stratégies des acteurs, etc.).

### Perspectives

La pluralité de solutions est réelle et aucun outil ne doit être interdit : fusions, suppressions, mutualisations, nouvelles modalités de travail entre autorités, regroupements géographiques, mobilité des équipes au gré de la charge de travail, interrégulation, etc. Qui plus est, l'information et l'expertise sont indispensables pour mieux connaître les effets de la régulation au-delà de telle ou telle décision. Il convient en effet de conduire une analyse approfondie de la modification des comportements des acteurs du système.

A cet égard, un observatoire des régulateurs permettrait de créer un vecteur de réflexivité pour les régulateurs eux-mêmes, mais aussi de renforcer le contrôle de l'autorité publique en dotant les parlementaires et le Gouvernement d'outils d'analyse et de diagnostic sur l'effectivité de la régulation. Cela servirait aussi aux citoyens et à la République, pour mieux comprendre l'utilité de la régulation.



## Vers un regroupement CSA - ARCEP ?

**Michel Boyon**

**Conseiller d'Etat honoraire, Avocat Ancien président du CSA, de Radio France et de Réseau ferré de France**

Les parlementaires ont le sentiment de ne pas avoir de prise sur les AAI - ce qui est assez exact -, mais ils oublient bien vite que les lois par lesquelles ils les ont créées ont souvent été adoptées à une grande majorité, voire à l'unanimité. Par ailleurs, l'approche (très française) par les structures et les organisations plutôt que par les objectifs et les stratégies est rarement pertinente. Ainsi, le sujet Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) - Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) est-il généralement mal abordé.

### La régulation française du secteur de l'audiovisuel

CSA, ARCEP, Autorité de la concurrence, HADOPI, ARJEL, CNIL: nous avons une véritable « équipe de France de la régulation » ! Ce système est à la fois très logique et absurde, et pose de sérieux problèmes qu'il convient de résoudre.

Jusqu'au début des années 2010, j'étais convaincu que la régulation de l'audiovisuel n'avait absolument rien à voir avec celle des télécoms et qu'il était injustifié de penser à rapprocher ces deux régulations et les deux régulateurs : les missions de ceux-ci ne sont pas les mêmes, pas plus que la nature du contrôle qu'ils exercent. Mais, pendant que j'étais au CSA, ce que j'ai vu de près m'a conduit à changer d'avis. Le succès d'Internet (fixe comme mobile) a complètement transformé le système de diffusion et de distribution des médias audiovisuels. On regarde de moins en moins la télévision au sens de téléviseur, mais de plus en plus au sens de programmes de télévision. Les terminaux connectés se multiplient. Quant aux fournisseurs de l'Internet, ils sont aussi désormais des vendeurs de programmes. Outre ces considérations d'ordre technique, des considérations économiques jouent également. Les opérateurs de télécommunications, par exemple, investissent de plus en plus dans la fabrication de contenus.

### Une indispensable évolution

L'ARCEP et le CSA travaillent aujourd'hui sur de mêmes dossiers : concurrence, neutralité de l'internet, partage des fréquences, qualité des réseaux. Tous deux conduisent des études, prennent des initiatives, émettent des recommandations sur des objets communs. Par ailleurs, il est bon que les régulateurs de l'audiovisuel puissent savoir ce qu'il se passe dans le domaine des réseaux et des supports. Et, à l'inverse, il est bon que les régulateurs des télécoms sachent ce qu'il se passe pour les contenus. Aussi suis-je arrivé à la conclusion qu'une évolution forte était nécessaire - même si cette réforme sera délicate puisqu'elle touchera à la liberté d'expression et à la liberté de communication, mais aussi à la production cinématographique et audiovisuelle et à la création culturelle qui disposent de puissants relais d'influence en France.

Par ailleurs, je considère que le CSA a mangé son pain blanc. Il avait été créé pour deux missions essentielles : les autorisations d'usage des fréquences et le suivi des programmes. Mais il n'existe plus aujourd'hui, ou presque, de fréquences audiovisuelles disponibles sur le plan national. Le CSA n'aura donc qu'à se prononcer sur le renouvellement d'autorisations d'usage de fréquences. Sa première mission s'est réduite comme une peau de chagrin. Qui plus est, les programmes en provenance du monde entier échappent à la régulation du CSA. Ainsi, le périmètre d'intervention de celui-ci dans le cadre de sa seconde mission se contracte d'année en année.

Un rapprochement CSA - ARCEP redonnerait sans doute une dynamique à l'exercice de ces missions. Il doit être engagé avec précaution, par exemple en prévoyant une période de transition avec deux collèges distincts, un pour les programmes et un pour les réseaux, mais avec un président unique. Cela permettrait au moins de faciliter la circulation de l'information et de contribuer à la définition d'une vision d'ensemble. Mais il va de soi que la logique des réseaux ne devra jamais l'emporter sur celle des contenus, garante de l'identité culturelle de notre pays.

## Fusion ou mutualisation ?

**Bruno Lasserre**

**Président de la section de l'intérieur au Conseil d'Etat, ancien président de l'Autorité de la concurrence**

Mon introduction prendra la forme d'une motion de synthèse, puisque je partage tout ce qui a été dit jusqu'ici. Tout d'abord, en France et de manière assez surprenante, nous avons davantage aménagé, concernant les autorités indépendantes, un parc à l'anglaise qu'un jardin à la française – peut-être sans nous en rendre compte. Ensuite, la fusion n'est évidemment pas la seule réponse au besoin de rationalisation. L'interrégulation, l'obligation de travailler ensemble et de se nourrir réciproquement de l'expertise de l'autre représentent autant de pistes très pertinentes. Les bons critères d'un regroupement ou d'une mutualisation ont, certes, été définis par des précédents intervenants. Peut-être, toutefois, des motifs inavoués méritent-ils d'être cités : changer les personnes et « mettre en sourdine » une autorité qui se serait montrée indépendante voire rétive à certains choix politiques. C'est une mauvaise raison de faire, mais elle existe. Une autre raison, inaperçue cette fois, est d'ordre psychologique : la différence de métier est fondamentale selon que l'on est un régulateur sectoriel (qui finit par manquer de recul vis-à-vis des acteurs qu'il côtoie au quotidien et qui sont toujours les mêmes) ou un régulateur transverse, au-delà du mandat lui-même. Aussi importe-t-il d'élargir le territoire des régulateurs pour leur permettre de « s'aérer ».

Quant à la question budgétaire, elle n'est, à mon avis, pas centrale. En France, la régulation est plutôt sobre. Le cas échéant, dans une optique strictement budgétaire, mieux vaudrait viser la mutualisation de certaines fonctions (ressources humaines, budget, informatique, logistique etc.) que la fusion.

### Quels critères pour une fusion ou un rapprochement ?

Le choix d'un périmètre peut obéir à plusieurs raisons. La première est peut être la complémentarité des activités (rail et route par ex. L'Autorité de la concurrence a toujours milité pour un régulateur intermodal des transports). Mais, parfois, il peut aussi s'agir de regrouper des intérêts opposés, pour aboutir aux bons arbitrages. Les AAI doivent-elles se spécialiser dans un point de vue ou une politique publique ? Dans certains cas, pour ne pas avoir à faire remonter la décision à d'autres (Gouvernement ou autorité transversale), il faudrait peut-être confier aux AAI le soin d'arbitrer entre des intérêts opposés. A cet égard, il serait peut être pertinent de fusionner la CNIL et la CADA. Enfin, s'il peut y avoir des activités complémentaires ou opposées, il peut aussi y avoir des activités successives – en admettant que certains régulateurs ont une tâche transitoire (obtenir un équilibre voulu par le législateur puis, une fois que cet équilibre est atteint, passer à autre chose ailleurs).

En Europe, deux modèles ont été tentés. Le modèle britannique, inédit et très original, a fait des régulateurs sectoriels des mini-autorités de la concurrence. A l'inverse, en Espagne et aux Pays-Bas, la régulation de la concurrence et celle de secteurs économiques ont été fusionnées dans une instance unique. Il existe une certaine logique à regrouper concurrence et protection du consommateur (comme dans le cas des prothèses auditives, par exemple). Mais, si le levier concurrentiel (via la

capacité à imposer des sanctions allant jusqu'à 10 % du chiffre d'affaires mondial d'un groupe) est très puissant en termes de dissuasion et de changement, il souffre d'un double inconvénient : le standard d'action est très élevé (démontrer un abus de position dominante est difficile) et l'effet des décisions intervient à plus long terme. Le risque est donc celui de préférer le recours aux instruments de la protection du consommateur, qui produisent des effets immédiats, comme par exemple la fixation de prix maxima, plutôt qu'à ceux de la régulation de la concurrence.

### Perspectives

A titre personnel, je ne considère pas qu'un observatoire des régulateurs serait une bonne idée, car elle reviendrait à sous-traiter à des experts un travail qui devrait être effectué par des politiques. Mieux vaudrait des études d'impact et des évaluations ex-post sérieuses, inscrites dans la méthode politique. J'observe également que l'on parle trop des AAI qui, finalement, se sont bien adaptées au paysage institutionnel français. En revanche, l'on ne pose jamais la question du devoir de l'Etat de repositionner l'administration ministérielle dès qu'il crée une AAI, pour se dégager des curseurs quotidiens de la régulation et se recentrer sur la définition de la stratégie, la construction des politiques publiques et leur évaluation. Cette question est pourtant primordiale. Enfin, je soutiens les propos sur l'importance du travail en commun et de la consultation mutuelle pour poser le diagnostic le plus indépendant, impartial et complet possible des sources d'efficacité.

## Echanges avec la salle

### ***Eric Brousseau***

Dans le cas français, nous avons affaire à une classe politique soucieuse de maintenir son pouvoir discrétionnaire – en se déchargeant de toute évaluation sérieuse des décisions et des politiques passées. Les études d'impact qui devraient s'imposer ne sont jamais faites. D'où ma proposition d'un observatoire des régulateurs, qui pourrait très bien voir le jour au sein d'une institution existante, comme la Cour des comptes par exemple. La raison d'être des AAI en matière économique vise précisément à limiter la capacité discrétionnaire des pouvoirs publics à prendre des décisions et à les remodeler sans évaluation.

### ***Thierry Tuot***

Je retiens de toutes vos interventions que réformer la régulation, c'est quand même réguler l'Etat.

Par ailleurs, peu importe le budget : la régulation est un investissement collectif, dont la rentabilité est très longue – et que l'on apprécie uniquement si l'on sait pourquoi cet investissement a été décidé.

Enfin, la qualité de la régulation est d'abord celle des régulateurs. Peu importent les pouvoirs de contrôle, la vertu est la première qualité des régulateurs. C'est le caractère et l'autorité du président et de son collègue qui font la différence. Comment les choisir ? Comment les détecter, les former ? Cette question mérite d'être posée, dans l'intérêt de la démocratie.

### ***Antoine Louvaris***

Qu'est-ce que l'administration centrale d'un Etat régulateur ? Qu'est-ce qu'un service déconcentré ? Qu'est-ce qu'une collectivité territoriale ? Qu'est-ce qu'un ministre de régulation ? Les réponses à ces questions sont fondamentales lorsqu'il est question du rôle et de l'action des AAI.

### ***Bruno Lasserre***

La véritable question, en effet, est celle de la redistribution efficace du rôle de l'Etat régulateur ou stratège et de celui des AAI. Les vrais choix politiques sont des choix de long terme. Or, paradoxalement, ce sont les AAI qui disposent du temps long. C'est cela qui perturbe répartition des rôles.

# 4<sup>ème</sup> table ronde : Quelle organisation de la régulation au sein de l'Union européenne ?

## Les agences européennes de régulation

**Jean-Arnold Vinois**

**Conseiller Energie à l'Institut Jacques Delors, directeur honoraire à la Commission européenne**

A l'heure où l'Union européenne fait face à des défis colossaux, l'on assiste à une remise au premier plan de la souveraineté nationale avec, corollairement, une remise en cause de la construction européenne dans nombre de domaines. L'exemple des agences européennes montre pourtant que leur développement reflète un long et pragmatique cheminement vers des solutions techniques communes qui sont bénéfiques pour tous, d'autant qu'elles sont développées par toutes les parties concernées dans un processus largement ouvert quoique peut-être trop technique.

### Une perspective temporelle longue

La construction européenne est articulée autour de quatre libertés : la libre circulation des personnes, la libre circulation des marchandises, la libre circulation des services et la libre circulation des capitaux. Elle s'est surtout développée à partir de 1985 avec, pour dénominateur commun, la libre circulation des marchandises comme première liberté à mettre en œuvre. L'industrie des réseaux est un bon exemple du développement de la régulation européenne. Prenons l'exemple des transports. Le traité de Rome comportait une politique commune des transports – même s'il s'est agi très longtemps d'une accumulation de politiques nationales – qui a généralement évolué au fil des crises ou de l'ouverture du marché. Dans le secteur maritime, par exemple, les accidents successifs de tankers ont conduit à mettre en place une Agence européenne pour la sécurité maritime. Ensuite, la libéralisation du secteur aérien a donné lieu à la création d'une Agence européenne de la sécurité aérienne, qui a notamment pour compétence de certifier les avions pour l'ensemble de l'Union. Ainsi, les Airbus bénéficient d'une certification européenne qui est une référence forte pour la certification dans d'autres Etats comme les Etats-Unis. Dans le cadre du Brexit, et à titre d'exemple, la question de la certification des avions britanniques se posera prochainement lors des négociations.

Puis, au début des années 2000, la libéralisation du secteur ferroviaire a entraîné la création d'une Agence ferroviaire européenne dont la mission consistait à proposer à la Commission et au processus européen de régulation des spécifications techniques d'interopérabilité des trains. Quelque temps après, cette agence de régulation a également été chargée de la sécurité ferroviaire. A l'époque, il a été demandé aux Etats-membres de créer un régulateur national de l'activité ferroviaire. En France, il a fallu près de quinze ans pour que ce dernier dispose de véritables ressources.

Les compétences des agences sont régulièrement augmentées en fonction des nouveaux besoins d'harmonisation technique identifiés et de l'intégration des marchés concernés. Par exemple dans le ferroviaire, une certification européenne est également en cours d'élaboration. La régulation de l'énergie n'a pas échappé non plus à cette perspective temporelle longue mais elle n'est apparue de façon forte que depuis moins de dix ans, avec le troisième paquet et la séparation de la gestion des infrastructures et de la production et la distribution d'énergie.

#### Une forte technicité des secteurs à réguler

En règle générale, les régulateurs de secteurs à forte composante technique comme les réseaux (ministères nationaux, Commission européenne) n'ont ni la compétence technique ni la longueur dans le temps pour s'occuper de la régulation et de l'harmonisation de règles nationales techniques destinées à éliminer les obstacles à la libre circulation des services et des véhicules. C'est généralement pour une question très pragmatique de compétences techniques que les agences de régulation européennes ont été créées, à commencer par les industries de réseau, particulièrement techniques. Finalement, on peut constater que toutes les agences européennes de régulation ont été instituées pour répondre à un besoin spécifique, le plus souvent technique, les différences techniques entre Etats membres empêchant à la fois les économies d'échelle pour l'industrie et le bon fonctionnement du marché intérieur. Les compétences de ces agences sont adaptées par le législateur européen chaque fois que des modifications sont apportées aux règles du marché concerné comme par exemple pour le marché intérieur de l'électricité ou du gaz où l'Agence de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) a vu ses compétences élargies trois fois depuis 2009. Si elles n'ont, par ailleurs, pas nécessairement pour mission de mettre en place le marché, ces agences constituent un excellent observatoire du fonctionnement du marché concerné.

## Regard analytique sur la régulation énergétique européenne

**Jean-Michel Glachant**

**Directeur de la Florence School of Regulation, Institut universitaire européen**

Deux caractéristiques marquantes de la régulation sectorielle en Europe sont sa faiblesse et sa nature hétéroclite. Ainsi, l'agence européenne de régulation de l'énergie ACER est deux fois plus petite que le régulateur français et vingt fois inférieure à l'agence fédérale américaine FERC, tant en budget qu'en personnel. Par ailleurs, la régulation sectorielle européenne est *multicanal* (la politique de concurrence européenne prime sur la régulation sectorielle de l'énergie), *multi-niveau* (européenne, nationale, et même régionale en Belgique) et *multi-formes* – de la forme la plus archaïque (la Commission, pouvoir exécutif est toujours en première ligne) aux formes les plus innovantes (« Forum », « Pack », « Network »).

### L'exemple du marché intérieur de l'électricité

Dans un marché unique d'électricité il faut un mécanisme européen commun de formation de prix de gros, car l'électricité n'est qu'une commodité. Il faut aussi des règles communes d'opération des réseaux, pour que les décisions des acteurs de marché soient appliquées et que l'énergie soit délivrée. Tous les acteurs en convenaient et pourtant, le premier paquet européen de 1996 – n'a amené aucun mécanisme commun de formation de prix de gros ou d'opération coordonnée des réseaux de transport. Le deuxième paquet, en 2003, ne convergeait toujours pas vers l'unicité de ces règles. Pas plus que le troisième paquet de 2009 – qui n'a produit que des procédés détournées de convergence qui ne s'achèveront qu'en 2020. Pour définir toutes les règles de base du marché intérieur d'électricité, Il aura donc fallu, au total, vingt-quatre ans...

### Les mécanismes innovants de production européenne de règles sectorielles

Le « *Forum* » est un premier mécanisme innovant. Depuis 1998, la Commission européenne réunit toutes les parties prenantes une à deux fois par an pour discuter de façon ouverte : un Forum ouvert de discussion de règles (non contraignantes légalement). Ce Forum produit des idées et une atmosphère. C'est une sorte d'assemblée générale d'étudiants.

Le « *Pack* » : la Commission étant un « exécutif régulateur » sectoriel faible, elle construit des « packs » autour de quelques pouvoirs forts, par exemple en réunissant sa direction de la Concurrence avec celle de l'Énergie ; ou bien en s'alliant elle-même avec le Conseil européen (le « chef d'état européen »). Le fameux « 20-20-20 » (réduire les émissions de gaz à effet de serre de 20 % par rapport au niveau de 1990, passer à 20 % la part d'énergie renouvelable et augmenter de 20 % l'efficacité énergétique) a ainsi été décidé avec l'appui décisif du Conseil européen. Cela étant, un « pack » ne peut que prendre de grandes décisions générales, sans pour autant créer d'architecture complète des règles cohérentes.

L'achèvement de la régulation européenne ne vient donc pas des Packs ou du Forum. Vient-elle de la « dictature de la Commission de Bruxelles » ? Non plus : Bruxelles est



trop faible. La grande astuce du troisième paquet, c'est de remettre la production européenne des règles du marché intérieur à une *mutuelle* (« Network ») des autorités nationales de régulation (pour les *Guide Lines*) ; et à une mutuelle des opérateurs nationaux de réseaux de transport (pour les *Grid Codes*). Il existe donc bien, aujourd'hui, un ensemble cohérent de règles européennes : c'est une auto-régulation, engendrée par la mutualisation des autorités nationales et des opérateurs nationaux. Voilà, c'est cela, la régulation européenne réelle, concrète et pratique.

## Regard de terrain sur la régulation énergétique européenne

**Mailys Lange**

**Expert national détachée à la Commission européenne, DG ENER**

Sur le marché européen de l'énergie, les régulateurs nationaux ont un rôle très important à jouer, accompagnés par la Commission européenne. Le 30 novembre 2016, celle-ci a adopté huit propositions législatives dont certaines concernent plus particulièrement la régulation. Afin d'adapter au mieux cette dernière à la réalité du marché (développement des interconnexions, décentralisation des ressources, flexibilisation de la demande et de la production), la coordination des régulateurs nationaux devra de plus en plus se faire à l'échelle régionale tout en répondant aux besoins de flexibilité locaux. Pour rappel, cette coordination s'opère au sein de l'ACER.

### L'échelle régionale de la régulation européenne

Avec la construction du marché intérieur de l'énergie, les échanges transfrontaliers se développent, les opérateurs nationaux coopèrent davantage (les gestionnaires de réseau de transport à travers l'ENTSO-E) et de nouveaux acteurs apparaissent, sous la forme de plateformes d'échange (Bourses de l'électricité ou «NEMOs» pour *Nominated Electricity Market Operators*) agissant à l'échelle supranationale. Il convient non seulement de renforcer cette tendance, mais aussi et surtout de l'accompagner en termes de régulation. Aussi le récent paquet propose-t-il de créer des centres régionaux opérationnels pour coordonner l'action des opérateurs de réseau de transport – coopération largement volontaire jusqu'ici, mais qui sera de plus en plus rendue obligatoire. L'ENTSO-E aura l'obligation d'agir de manière indépendante et dans l'intérêt public européen (car il ne s'agit pas d'une entreprise commerciale). Son processus décisionnel devra également être plus transparent.

Les régulateurs doivent eux aussi coopérer à l'échelle régionale. C'est la raison pour laquelle plusieurs propositions visent à renforcer budgétairement et en termes de compétences l'ACER. Une nouvelle organisation institutionnelle a également été mise en place pour faciliter et rationaliser la prise de décision. La majorité simple sera désormais la règle de vote, dans une logique communautaire, et certaines décisions qui requéraient l'accord des 28 autorités de régulation nationales seront directement prises au sein de l'ACER.

### L'échelle locale de la régulation européenne

Par ailleurs, le niveau local fait face à des problématiques d'augmentation considérable des moyens de production d'énergie renouvelable, qu'il convient d'intégrer davantage au réseau à des conditions de marché. Cela induit un besoin de flexibilisation accrue du réseau. L'un des défis consiste donc à renforcer les compétences des gestionnaires du réseau de distribution (GRD), notamment en matière de gestion des données «intelligentes» des consommateurs, en veillant de façon plus systématique à la séparation stricte de l'infrastructure et du fournisseur. La Commission propose la création d'une entité représentant les GRD à l'échelle européenne. La régulation de l'énergie a encore de beaux jours devant elle !

## Modèles d'architecture de la régulation sectorielle

**Jean-Yves Ollier**

**Directeur général de la CRE, président du NER de l'OCDE, membre de l'organe d'appel de l'ACER**

Si la France fait le constat récurrent de l'hétérogénéité des statuts de ses régulateurs sectoriels, il en va de même à l'échelle européenne.

### Des modèles d'architecture hétérogènes

Paradoxalement, alors que les directives sectorielles du troisième paquet ont défini des missions communes pour les régulateurs nationaux, ainsi que des principes communs de gouvernance et de fonctionnement, la coordination européenne s'est effectuée dans une grande diversité d'organisations et de statuts selon les secteurs.

Dans le domaine de l'énergie, à compter de 2006, les initiatives régionales des régulateurs nationaux et des gestionnaires de réseaux de transport ont joué un grand rôle dans la construction des mécanismes de l'intégration des marchés européens (couplage des marchés, couplage fondé sur les flux). Au début des années 2000, le même type de dynamique spontanée s'est produit au niveau européen également, par association des régulateurs dans le cadre du Conseil européen des régulateurs (CEER).

### Vers une évolution du modèle de co-production

L'une des spécificités fortes de l'Agence de coopération des régulateurs prévue par le paquet de 2009 vient du caractère coopératif ou de coproduction des normes qu'elle élabore. L'ACER ne compte que 86 agents et 4 experts nationaux détachés, auxquels s'ajoutent toutefois 150 collaborateurs des autorités nationales de régulation. Son travail est donc le résultat de la co-production de normes au sein de groupes de travail, avec des itérations entre les gestionnaires de réseau et l'Agence. Ce travail s'organise autour de trois pôles principaux : l'élaboration des codes de réseau, le règlement des désaccords sur les questions transfrontières, la collecte des données dans le domaine de la surveillance des marchés de gros.

Le quatrième paquet prévoit de structurer la régionalisation, donc d'institutionnaliser les dynamiques spontanées – avec le risque de rigidification que cela comporte. Il soulève également un point de vigilance quant au juste équilibre à trouver entre la gouvernance et développement de nouvelles compétences de l'ACER. Pour assurer cet équilibre, peut-être faudrait-il passer à la règle de majorité simple ? Il me semble qu'une répartition entre majorité simple et majorité des deux-tiers selon les sujets serait plus pertinente. Le même type de débat est en cours dans le secteur des télécoms.

Enfin, le quatrième paquet ajoute de nombreuses compétences à l'ACER, dont les moyens demeurent limités. Ce sujet sera donc étudié avec la plus grande attention.

## Une compliance polyphonique dans un territoire ouvert

**Jean-Luc Sauron**

**Déléguée au droit européen au Conseil d'Etat**

Le domaine de régulation le plus récent, quant à son organisation, est le modèle proposé par le Règlement général pour la protection des données (RGPD), lequel entrera en vigueur en mai 2018.

### La compliance dans le domaine de la protection des données

Trois grandes particularités caractérisent la régulation dans le domaine de la protection des données : l'horizontalisation du droit, le lien avec la déterritorialisation des règles et le nombre extrêmement élevé de bénéficiaires.

La régulation n'est pas confiée en priorité à un régulateur, mais aux bénéficiaires des règles. Le droit ne descend pas du sommet, il émerge du terrain et fonctionne en circularité horizontale. D'une part, le bénéficiaire de base (particuliers ou entreprises) a la capacité de défendre ses droits et à en demander le respect. D'autre part, la distribution des droits (donc le bénéfice du droit) ne repose pas sur l'Etat (sauf dans les administrations publiques), mais sur les structures dans lesquelles se produit la diffusion des données (en France, principalement les entreprises). Ce sont donc les entreprises qui auront principalement la charge d'assurer la mise en place de mécanismes de compliance.

Dans ce contexte, il conviendra de désigner un délégué à la protection des données (*data protection officer*), qui devra être à la fois salarié et indépendant puisqu'il sera dans le même temps vérificateur, en charge de la mise en place du processus de protection des données et arbitre. Il pourra éventuellement être extérieur à l'entreprise – et pourquoi pas avocat.

### Un nouveau mécanisme de production des normes

Le Comité européen de la protection des données aura pour objectif d'assurer la convergence des protections au sein du groupe des 29 (les 28 autorités nationales et la Commission) : comment contrôler quelque chose qui se joue totalement des frontières, tout en protégeant les droits des bénéficiaires et des opérateurs ? La convergence et la cohésion des 28 systèmes nationaux auront toute leur importance.

La régulation sera assurée par les juges nationaux et, de temps en temps, le juge européen. C'est le grand apport de l'arrêt Schrems de la Cour de justice. Cette dernière vise à protéger les autorités nationales de contrôle en matière de protection des données et les compétences des opérateurs vis-à-vis des Etats et des grands opérateurs internationaux. Tout un système de régulation parallèle à l'Etat se met donc en place. Le contrôle administratif disparaît, pour laisser place à une régulation effectuée par les très nombreux acteurs du processus de production de la norme – d'où les notions d'horizontalité et de polyphonie. Il s'agit quasiment d'un système d'« autogestion ».

## Echanges avec la salle

### **Jean-Arnold Vinois**

Le fait qu'un nombre limité d'agences nationales de régulation, essentiellement celles des anciens Etats membres, contribue aux travaux de l'ACER est un problème souvent passé sous silence, mais dont l'importance est réelle. En Europe, la fracture Est/Ouest en matière de gouvernance est une réalité à prendre en considération, notamment lorsqu'il est question d'approches régionales. Pouvons-nous continuer à avancer avec une telle disparité, ou faudrait-il créer des cercles plus restreints d'Etats avec ceux qui veulent véritablement avancer ? La question des coopérations renforcées est en effet d'actualité dans le nouveau débat européen en cours.

### **Jean-Michel Glachant**

L'eupéanisation de la régulation de l'énergie (qui n'est effective quand dans une moitié de l'Europe) est faite par les régulateurs nationaux pour les principes directeurs, et par les exploitants des systèmes de transport pour les décisions concrètes. C'est donc de l'auto-eupéanisation. Et force est de constater que ce système fonctionne, si « baroque » soit-il. Aux Etats-Unis, la régulation commune du secteur fédéral de l'énergie est bloquée.

## **Quel est l'impact économique de cette régulation ? Contribue-t-elle à favoriser la baisse du prix de l'énergie, ou est-elle source des complexités et de coûts ?**

### **Mailys Lange**

Il importe de différencier les prix de gros et le prix final pour le consommateur. En l'occurrence, il est prouvé que la construction du marché intérieur de l'énergie fait baisser les prix de gros – ce qui ne se ressent pas nécessairement sur la facture du consommateur, compte tenu des nombreuses éléments qui s'ajoutent au coût d'approvisionnement pour obtenir le prix de l'énergie.

## **Cette régulation est-elle transeuropéenne ou strictement européenne ?**

### **Jean-Michel Glachant**

A mon avis, le soutien au renouvelable est interétatique, et certainement pas mutualisé. Et ce, même si la régulation intervient à l'échelle européenne.

### **Mailys Lange**

Le mix énergétique est une compétence des Etats membres, mais la Commission européenne a proposé un règlement sur la gouvernance de l'Union de l'énergie qui doit permettre la coordination des objectifs des Etats membres sur la base d'un dialogue structuré avec la Commission.

**Le paysage énergétique risque de changer à nouveau avec l'intégration du véhicule électrique. Il conviendra donc de bâtir une nouvelle vision prospective et cohérente du sujet.**

***Mailys Lange***

Cette réflexion a été conduite et la tâche a été confiée aux gestionnaires de réseaux de distribution. Tous les éléments du paquet du 30 novembre seront négociés dans les mois et les années à venir.

**L'organisation de la régulation est déjà une réalité dans certains secteurs, comme celui de l'audit. C'est l'Union européenne qui a été à l'initiative de cette coopération.**





Fondation Paris-Dauphine

*Chaire Gouvernance et Régulation*

*Fondation Paris-Dauphine*

*Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75116 Paris (France)*

*<http://chairgovreg.fondation-dauphine.fr>*