



Fondation Paris-Dauphine

Dauphine | PSL 
UNIVERSITÉ PARIS

GovReg NOTES

Articulation entre régulation
et autorégulation :
Comment faire évoluer la
régulation ?

Eric Brousseau

Articulation entre régulation et autorégulation : Comment faire évoluer la régulation ?

La présente note se concentre sur la manière dont l'initiative privée peut s'articuler efficacement avec l'action publique pour faire évoluer la régulation dans le contexte des mutations contemporaines qui rendent les univers à réguler plus évolutifs et techniquement plus complexes.

La note souligne que l'efficacité de l'articulation entre régulation publique et autorégulation dépend largement de l'objet de la régulation (interface technique, risques collectifs, partage de ressources, organisation de la concurrence) et des différentes dimensions de cette dernière (conception vs. mise en œuvre).

On met l'accent sur l'intérêt du recours à l'expertise des opérateurs privés pour proposer des solutions en matière de régulation et sur la légitimité de la puissance publique à définir les objectifs de la régulation. On souligne l'importance des approches collaboratives, tant au sein de la sphère publique qu'entre le public et le privé, pour mettre en œuvre de manière agile des régulations adaptées aux vagues d'innovation et à l'évolution des politiques publiques.

Remerciements

Dans le cadre des travaux de la Chaire Gouvernance et Régulation, un Brain Trust est régulièrement organisé afin de traiter d'une problématique particulière relative aux régulations sectorielles. Il s'agit de réunir et de partager les quatre types d'expertises présentes dans la Chaire – celles des régulateurs, des opérateurs, des académiques et des consultants – afin de tirer le maximum de la richesse et de la confrontation de leurs points de vue.

Un Braintrust n'a pas nécessairement pour objectif de faire converger les points de vue, mais plutôt de documenter les tenants et aboutissants de la problématique choisie. La présente synthèse a été rédigée par Eric Brousseau, Directeur Scientifique de la Chaire Gouvernance et Régulation. Le travail de réflexion et de synthèse a été très largement pris en charge par les cabinets Ylios, Frontier Economics, et De Pardieu Brocas Maffei, partenaires de la Chaire, notamment à travers les contributions d'Angelos Souriadakis, Christine Le Bihan Graf, Catherine Galano, Anne-Béatrice Schlumberger et Marie-Agnes Thiebaud. Du côté de la Chaire, Joëlle Toledano, Chiara Caccinelli et Marie-Hélène Caitucoli ont également contribué au travail d'organisation de la réflexion et de synthèse.

Le rédacteur de cette note et les organisateurs du Braintrust tiennent à remercier pour leurs contributions, tant orales qu'écrites à nos travaux les participant aux séances de travail, et notamment Christophe Boutin, Guillaume du Puy Montbrun, Frederic Guerchoun, Charlotte Guichard, Denis Huneau, Sophie Kamaropoulos, Clement Martin-Saint-Leon, Jean-Yves Ollier, Camilo Perez Perez, Arnaud Roland, Jérémy Terrasson, Anne Yvrande-Billon. Leur responsabilité ne saurait néanmoins être engagées par cette synthèse qui ne reflète que les opinions personnelles de son auteur et ne saurait engager ni les partenaires de la Chaire et du Club, ni les personnes qui ont été associées aux travaux du Braintrust.

Table des matières

Executive Summary	9
Introduction : l'Organisation des marchés, entre prérogative publique et initiative privée	13
Une brève contextualisation historique et internationale	16
Une grande diversité de modèles	19
Les limites des modalités traditionnelles de régulation.....	21
Clarifier les contextes influençant l'efficacité relative des alternatives	21
Des modalités renouvelées de régulation	23
Régulation : coopération et négociation au sein de l'appareil d'État	23
Inter-régulation ou dialogue entre régulateurs	24
Co-régulation.....	25
Régulation collaborative.....	26
Des pratiques qui demeurent exploratoires	28
Contexte concurrentiel	30
Cycle de vie du marché / Maturité du secteur	30
Soutenabilité de la concurrence	31
Un équilibre dépendant des sujets	33
Les différentes phases du cycle de la régulation	33
Diagnostic et fixation des objectifs de la régulation	33
Opérationnalisation de la régulation : Définition et mise en œuvre des normes.....	34
Compliance, contrôle et supervision	36
Sanction et règlement des différends.....	36
Objets de régulation	37
Interfaçage et Interopérabilité	37
Sécurité et protection des utilisateurs	38
Partage des investissements et accès aux facilités essentielles	38
Transparence et loyauté.....	39
Une efficacité difficile à mesurer, mais la nécessité d'une concertation renforcée	40
Références bibliographiques.....	43

Executive Summary

Tout marché repose sur un ensemble de règles et de normes cadrant les comportements des acteurs, notamment en matière de normes d'interfaçage entre intervenants, de gestion des risques induits par les activités concernées, de partage de l'utilisation d'un certain nombre de ressources communes, de transparence et de loyauté. Des mécanismes de gouvernance sont mis en place pour établir des règles et assurer leur mise en œuvre. On qualifie ces ensembles de régulation.

La régulation peut être organisée soit par les pouvoirs publics, soit par les acteurs de marché. La régulation publique repose sur l'élaboration d'un cadre législatif qui définit un périmètre, fixe des principes et des règles, et met en place le cas échéant une organisation *ad hoc* – une agence de régulation – pour contribuer à sa mise en œuvre. Cette dernière peut déployer son activité sur une base "sectorielle" ou au contraire "fonctionnelle".

La régulation publique fournit un cadre stable qui favorise l'investissement et l'organisation d'une concurrence efficace. Cette stabilité peut s'avérer un handicap lorsque des changements technologiques, économiques ou sociaux induisent le développement de nouveaux services et l'arrivée de nouveaux entrants qui peuvent rendre la régulation inadaptée, voire inefficace.

L'autorégulation peut alors être perçue comme une potentielle solution. Réalisée par des opérateurs au fait des contraintes de l'offre et des besoins de la demande, elle pourrait apporter des réponses pragmatiques et efficaces. Son caractère en partie informel et volontaire permettrait de garantir une plus grande agilité et adaptation à un environnement complexe.

Historiquement, cependant, la régulation publique a souvent été la conséquence des limites de l'autorégulation qui peut être utilisée par les acteurs de marché pour limiter la concurrence et qui s'avère souvent inapte à tenir compte des externalités générées par le secteur concerné sur le reste de l'économie et la société. Dans le même temps, l'initiative privée en matière de régulation contemporaine a pris de nouvelles formes, car le jeu entre deux parties prenantes – l'État et les membres d'une profession ou industrie – a évolué vers des interactions plus complexes dans lesquelles les grands utilisateurs, les ONG, les organisations inter-gouvernementales sont aussi des acteurs actifs de l'autorégulation en participant à l'élaboration de normes, à leur légitimation, au contrôle de leur respect.

Il apparaît donc pertinent d'analyser la manière dont l'initiative privée peut s'articuler efficacement avec l'action publique pour faire évoluer la régulation dans le contexte des mutations contemporaines (transformation numérique, transition énergétique, globalisation, etc.). Si la définition des objectifs des politiques publiques doit demeurer l'apanage des pouvoirs publics, les modalités de leur mise en œuvre peuvent faire l'objet d'une discussion avec les acteurs porteurs d'innovations et d'approches pragmatiques. Il convient néanmoins de maintenir une vigilance pour éviter une "capture" de la régulation par des acteurs non-comptables des éventuels dommages et risques collectifs encourus.

Il convient, par ailleurs, de se départir d'une vision simpliste et verticale de l'action publique par laquelle des objectifs établis par l'autorité politique seraient ensuite mis en œuvre de manière verticale par un ensemble d'administrations imposant des règles aux acteurs. En pratique, la régulation est confrontée à une complexité croissante du fait des innovations techniques et commerciales ; à une porosité des frontières sectorielles du fait de l'ouverture à la concurrence ; à une démultiplication des objectifs de politiques publiques. Ceci dans un contexte où le pouvoir politique est confronté à une limitation de son autorité réelle, notamment du fait de l'internationalisation de l'économie et de la difficulté à maîtriser les savoirs dispersés dans des communautés épistémiques multiples.

Ces évolutions induisent une approche plus collaborative de la régulation, y compris au sein de la sphère publique. Des coopérations verticales – entre pouvoir politique, administration et régulateurs –, comme horizontales – entre régulateurs “sectoriels” et “fonctionnels” –, s'imposent. Ces collaborations demeurent cependant contraintes par le cadre institutionnel et ne permettent pas toujours à la régulation d'être suffisamment agile et adaptée à la diversité des situations.

De leur côté, les coopérations entre pouvoirs publics et acteurs privés demeurent très limitées. La co-régulation – une coopération explicite entre une instance de nature privée organisatrice de l'activité d'une industrie ou d'une profession et les pouvoirs publics – demeure cantonnée aux professions et n'est pas de mise dans les secteurs dominés par des entreprises industrielles de grande taille. La régulation collaborative – dans laquelle l'ensemble des parties prenantes, y compris l'État, sont sur un pied – ne semble pas exister au plan interne. Certains régulateurs organisent la mise au point de codes et chartes entre professionnels ou mènent des expériences de “bac à sable” réglementaire mais ces initiatives relèvent du droit souple et ne débouchent pas sur de la régulation au sens propre.

Bien qu'elles demeurent marginales, ces hybridations entre intervention publique et privée, n'en constituent pas moins un potentiel d'évolution intéressant pour la régulation. Les opérateurs sont bien entendu animés par le désir d'éviter une régulation trop contraignante et des contrôles trop intrusifs de la part des autorités publiques. En même temps, ils doivent proposer des solutions conformes aux objectifs politiques, à condition que ces derniers soient clairement définis et affichés. Du côté des autorités publiques, l'appui sur les compétences et moyens des opérateurs constitue non seulement un vecteur de réduction des coûts, mais aussi d'efficacité accrue.

Deux dimensions contextuelles apparaissent cependant essentielles pour que la coopération entre pouvoirs publics et opérateurs privés en matière de régulation soit efficace. Tout d'abord, l'innovation induit une nécessité d'apprentissage de la part de la puissance publique. D'autre part, l'absence de concurrence suffisante accroît les risques de capture de la régulation par les acteurs dominants.

Dans le contexte de transformations technico-économiques significatives, la coopération entre pouvoirs publics et industriels est essentielle pour permettre aux premiers d'accéder à la connaissance nécessaire à une régulation efficace. Elle présente évidemment un risque d'introduction de biais dans ces apprentissages, mais d'une part la concurrence entre les acteurs, d'autre part le risque d'une rupture de

confiance entre régulateurs et régulés tendent à inciter les acteurs privés à coopérer de bonne foi. Ils peuvent espérer bénéficier *ex post* d'un cadre réglementaire plus approprié à leurs contraintes opérationnelles et garantissant la viabilité de leur modèle d'affaires. Par ailleurs, dans le contexte de l'entrée de nouveaux acteurs dans le périmètre concurrentiel, la coopération avec ces derniers est un moyen pour les pouvoirs publics de les intégrer dans l'écosystème qu'ils régulent et d'apprendre sur leurs pratiques.

Il n'en demeure pas moins, que si un degré suffisant de concurrence dans un secteur n'est pas atteint, les pratiques plus coopératives de régulation doivent demeurer cantonnées à des domaines très particuliers et faire l'objet d'une grande vigilance de la part des autorités de régulation concernées. Par ailleurs, la capacité d'un régulateur à coopérer avec un opérateur dominant dépend fondamentalement de sa capacité effective à le sanctionner.

Il apparaît que le caractère souhaitable, ou au contraire dangereux, de l'interaction entre action publique et intervention privée n'est pas le même selon les phases du cycle de la régulation et selon les catégories de normes concernées.

Lorsqu'on considère le cycle de la régulation, les pouvoirs publics sont évidemment plus légitimes que les parties prenantes en matière de définition d'objectifs collectifs. En revanche, s'appuyer sur les acteurs pour les traduire en normes comportementales ou économiques peut être un facteur de gain en efficacité. Les opérateurs peuvent être utiles, tant au stade de la conception des normes, qu'à celui de leur mise en œuvre. Des mécanismes s'appuyant sur des incitations peuvent favoriser un alignement volontaire de leurs comportements avec les objectifs des pouvoirs publics. La puissance publique doit cependant rester le garant en dernier ressort des mécanismes de sanction ou de règlement des différends. Elle doit assurer à la fois la neutralité de l'enforcement par rapport au jeu concurrentiel et la crédibilité des normes qui s'imposent aux acteurs.

Lorsque l'on prend en considération les objets régulés, on peut distinguer les sujets d'interopérabilité, de sécurité et protection des utilisateurs, d'accès aux facilités essentielles et plus généralement de socialisation des investissements et, enfin, les questions de transparence et de loyauté vis-à-vis des utilisateurs et des concurrents. Sur ces différents sujets la "confiance" qui peut être accordée aux opérateurs se situe à des niveaux différents compte tenu du degré d'alignement de leur intérêt avec l'intérêt général. Autant les deux premiers présentent un contexte favorable à une forte implication des professionnels et des industriels, autant les deux derniers requièrent une forte implication des pouvoirs publics pour garantir l'absence de biais dans le processus concurrentiel.

Deux facteurs constituent les inducteurs de performance des pratiques réglementaires s'appuyant sur l'initiative privée. Le premier critère est celui de l'alignement entre les intérêts des opérateurs et ceux de la puissance publique. Cet alignement, ou au contraire la divergence, dépend fondamentalement de l'articulation entre la structure du marché et du sujet concerné. Le second critère est celui du degré de complémentarité entre les capacités (et la légitimité) des parties concernées. Les opérateurs disposent des compétences techniques permettant de concevoir les solutions les plus efficaces. Par ailleurs, ils sont en mesure de les mettre en œuvre et disposent de l'information

pertinente sur leurs performances effectives. Les pouvoirs publics, quant-à-eux sont en mesure de déployer des ressources et des actions au-delà des frontières des entreprises, ce qui leur donne à la fois un pouvoir plus étendu et une capacité à prendre en compte les externalités des actions privées.

En dernier lieu, l'articulation public-privé doit en effet être envisagée en dynamique. Elle doit être perçue comme un facteur d'apprentissage et les pouvoirs publics sont comptables de la mise en œuvre de dispositifs permettant d'accumuler et partager les connaissances (sur les phénomènes à réguler et les solutions que l'on est susceptible d'apporter). Par ailleurs, le débat entre les parties prenantes est en soi un mécanisme permettant de discipliner les acteurs.

Introduction : L'Organisation des marchés, entre prérogative publique et initiative privée

Tout marché repose sur un ensemble de règles et de normes cadrant les comportements des acteurs. Il s'agit de diminuer les coûts de transaction, de partager un certain nombre de ressources communes, d'organiser la concurrence afin qu'elle ne soit pas destructrice. Il s'agit aussi d'apporter des réponses aux "échecs de marché" ou de prévenir les risques systémiques qui résultent des interdépendances entre acteurs de marché alors même que la décision est décentralisée. Il s'agit enfin de prendre en considération les conséquences sociales et collectives que peut avoir le fonctionnement d'un marché sur l'ensemble de la société. Pour répondre à ces différents défis, des mécanismes de gouvernance sont mis en place pour établir des règles et assurer leur mise en œuvre notamment en matière de normes d'interfaçage entre les prestations des différents acteurs de marché, de gestion des risques induits par les activités concernées, de partage de l'utilisation d'un certain nombre de ressources nécessaires au fonctionnement du système d'échange, de transparence et de loyauté des comportements des acteurs de marché entre eux mais aussi vis-à-vis de tiers en amont et en aval. Les économistes qualifient ces ensembles de règles et de mécanismes de gouvernance, de "régulation".¹

Cette dernière est par essence fortement ancrée institutionnellement et juridiquement. Elle repose sur l'élaboration d'un cadre législatif qui définit un périmètre, fixe des principes et des règles, et met en place le cas échéant une organisation ad hoc — une agence de régulation — pour contribuer à sa mise en œuvre. Cette dernière peut déployer son activité sur une base "sectorielle" ou au contraire "fonctionnelle", suivant que la régulation est propre à un secteur d'activité dont on régule le système d'échange, mais aussi le cadre industriel, ou que l'on régule un aspect du comportement de l'ensemble des entreprises de l'économie.

Cette institutionnalisation contribue à donner une certaine pérennité au cadre réglementaire ; et la stabilité est d'ailleurs un des objectifs essentiels de la régulation qui vise à créer un cadre prévisible permettant aux opérateurs d'investir dans des infrastructures indispensables à de nombreuses parties prenantes et de se coordonner (e.g. contrats de long terme). Par là même la régulation peut aussi révéler ses propres limites, notamment lorsque des changements technologiques, économiques ou sociaux permettent ou induisent le développement de nouveaux services et de nouvelles infrastructures qui peuvent avoir besoin des activités régulées ou concurrencer ces dernières. On observe alors à la fois des failles dans les régulations existantes (biaisant la concurrence), une éventuelle ineffectivité de ces dernières (par exemple lorsque le périmètre régulé ne correspond plus au cadre concurrentiel effectif du fait de l'émergence de nouveaux modèles d'affaires ou de l'entrée d'opérateurs transfrontières) et parfois une inefficience (comme lorsque les risques qu'elles étaient censées prévenir ont évolué, ou que le développement de nouvelles offres plus efficaces est empêché).

¹ Dans cette note, on utilise la dénomination de régulation de manière large et sans se référer à la distinction faite en France par les juristes entre réglementation et régulation. Nous entendons par régulation, l'ensemble des règles et interventions décidées et mises en œuvre tant par les pouvoirs publics que des autorités privées afin de remédier aux défaillances de marché, aux grippages du processus concurrentiel, ou aux problèmes d'actions collectives qui nuisent à un fonctionnement efficace et sécurisé des systèmes d'échange.

Pour ces raisons, on observe de manière récurrente des appels à l'autorégulation. La définition de règles plus ou moins informelles par les industries et les professions pourrait au demeurant s'avérer source d'efficacité à au moins deux titres. D'une part, réalisée par des « hommes de l'art », à la fois au fait des contraintes de l'offre et des besoins de la demande, l'autorégulation pourrait apporter des réponses pragmatiques et efficaces aux différents enjeux justifiant la régulation (externalités entre l'offre et la demande, interdépendances entre opérateurs, risques collectifs, besoin d'accès universel, etc.). D'autre part, son caractère en partie informel et volontaire permettrait de garantir une plus grande efficacité tant statique (minimisation des coûts de mise en œuvre, adéquation des solutions avec les investissements déjà réalisés, etc.) que dynamique (les règles renégociables pouvant plus facilement être adaptées aux évolutions des besoins ou aux opportunités technologiques).

Dans le contexte de la disruption numérique et de la transition énergétique où les modèles économiques des acteurs des industries et professions régulées sont ébranlés et concurrencés par de nouveaux modèles d'affaires, où de nouvelles interdépendances entre secteurs apparaissent (e.g. numériques et médias ; énergie et mobilité, etc.), et où de nouveaux objets de régulation potentielle semblent émerger (plateformes, algorithmes, données, etc.), l'invocation de l'autorégulation est récurrente. Suivant les argumentaires, elle apparaîtrait comme intrinsèquement supérieure à la régulation dans des économies désormais fondées sur l'innovation ; elle serait par ailleurs suffisante combinée à une politique de la concurrence efficace dans la mesure où le numérique a réduit les asymétries d'information (entre offre, demande et autorités publiques/pouvoir judiciaire) ayant historiquement justifié les régulations ; ou bien elle constituerait une phase indispensable pour permettre l'innovation avant d'éventuellement re-réguler des marchés une fois ceux-ci stabilisés ; enfin, elle serait la seule solution raisonnable pour réguler des acteurs globalisés.

La présente note porte sur l'analyse des articulations (possibles, souhaitables, nécessaires) entre régulation et autorégulation. Il s'agit de se fonder sur la variété des expériences sectorielles et des expertises que permet de réunir la Chaire « Gouvernance et Régulation » pour informer les réflexions en cours sur les évolutions possibles de la régulation. L'idée est de se demander à quelles conditions l'initiative privée pourrait s'articuler efficacement avec l'action publique pour faire évoluer la régulation. On s'interroge de manière plus générale sur les alternatives à l'autorégulation, quand celle-ci est invoquée pour répondre aux limites de la régulation telle qu'elle est organisée aujourd'hui en France et en Europe : la co-régulation pour expérimenter quand de nouveaux objets/sujets de régulation apparaissent ; l'inter-régulation (coopération entre autorités de régulation) pour répondre à l'évolution des périmètres des marchés pertinents ; l'articulation « politique de la concurrence – réglementation » quand on estime qu'il n'existe plus de source de monopole naturel dans un secteur ; l'eupéanisation de la régulation quand le cadre national apparaît comme devant être dépassé, etc.

L'idée qui préside à la rédaction de cette note est que la co-régulation est sans doute la manière la plus efficace et la plus réaliste de pallier les limites des cadres réglementaires actuels. Il convient cependant de discuter du réglage du curseur entre interventions publique et privée en fonction des différents sujets : conditions de services, tarifs d'accès, normes de sécurité, autorisation de mise sur le marché, modalités de partage des coûts de certaines ressources collectives, standards contractuels, mécanismes de résolution

des litiges, etc. L'idée générale est que les objectifs des politiques publiques devraient, bien entendu, être définis par les pouvoirs publics, mais que les modalités de mise en œuvre de l'action privée, partiellement au service des politiques publiques, doivent faire l'objet d'une discussion avec les acteurs porteurs d'innovations et d'approches pragmatiques. Il convient néanmoins de maintenir une vigilance pour éviter une "capture" de la régulation par des acteurs non-comptables des éventuels dommages et risques collectifs encourus, risques attestés par plusieurs exemples historiques mais aussi contemporains (au plan européen, par exemple).

Après une brève contextualisation historique de l'articulation entre puissance publique et intérêts privés dans la mise en place de la régulation et une caractérisation des modèles de gouvernance résultant des différents modes d'interaction, on reviendra sur les évolutions récentes de ces modalités d'interaction entre les acteurs de la régulation, notamment pour faire le point sur la réalité d'un certain nombre de pratiques. Après quoi on évoquera les inducteurs éclairant la justification, ou du moins l'explication des hybridations entre ordre public et privé (public and private ordering), avec pour objectif de souligner les bonnes pratiques et les circonstances de telles hybridations. Nous organiserons cette discussion en suivant deux logiques. Dans un premier temps, on insistera sur le contexte économique et concurrentiel. Des pratiques plus coopératives en matière de régulation peuvent être nécessaires au regard d'innovations techniques ou en matière de modèles d'affaires. Il importe ici de tenir compte de l'effectivité de la concurrence pour que les marges de manœuvres laissées aux acteurs ne soient pas détournées par ces derniers en vue de consolider leur pouvoir de marché au détriment de certains utilisateurs ou de leurs concurrents. Dans un second temps, on discutera des différentes dimensions de la régulation. Il apparaît que le caractère souhaitable, ou au contraire dangereux, de l'interaction entre action publique et intervention privée n'est pas le même selon les différentes composantes de la régulation. Cette étude systématique nous permettra de conclure sur la grille d'analyse qu'il convient de respecter pour penser l'articulation optimale entre régulation publique et privée. Nous en déduirons un certain nombre de recommandations pour les parties prenantes de la régulation.

Une brève contextualisation historique et internationale

L'autorégulation, dans une acception large, consiste en l'adoption de règles communes par les membres d'une profession, d'une industrie ou d'un réseau d'échange. Elles peuvent concerner les caractéristiques techniques des produits et des services, les pratiques contractuelles et les modalités de résolution des litiges, les pratiques commerciales à l'égard des tiers, l'accès à certaines ressources telles qu'une place de marché ou une source d'intrants. Elles visent le plus souvent à maîtriser des interdépendances et des risques, diminuer les coûts de transaction et organiser la concurrence entre professionnels. Il s'agit à la fois d'offrir des garanties aux usagers (pour éviter une défiance nuisible à tous), de rendre efficace l'offre (par exemple en évitant la duplication des investissements ou des efforts en général ou encore en maîtrisant des risques collectifs), et d'éviter une concurrence destructrice. En même temps, l'autorégulation peut être utilisée pour réduire l'intensité de la concurrence entre participants à un marché et ériger des barrières à l'entrée à l'égard des entrants potentiels. Il s'agit alors de générer des rentes et de se les partager. Il peut s'agir aussi de bloquer l'innovation afin de permettre aux acteurs installés de ne pas réaliser les investissements nécessaires en capital humain aussi bien que physique pour mettre en œuvre des nouvelles techniques ou des nouvelles formes organisationnelles plus efficaces.

De nombreux exemples historiques, tant antérieurs que postérieurs à la révolution industrielle, soulignent l'inventivité avec laquelle, dans des circonstances extrêmement variées, les parties prenantes de l'offre s'organisent spontanément pour surmonter les fameuses défaillances de marché identifiées par les économistes et parviennent à mettre en place des systèmes sophistiqués et performants permettant de créer des systèmes d'échange et des services, sources d'efficacité collective.²

Dans le même temps, ces exemples soulignent aussi combien ces entreprises d'autorégulation buttent sur deux limites. Tout d'abord, les systèmes de régulation volontaire reposent sur l'exclusion du marché, l'ostracisation, de ceux qui ne respectent pas les normes. Or, les communautés professionnelles, de marchands ou d'industriels, n'ont pas toujours les moyens de rendre cette menace crédible. Ils peuvent donc avoir intérêt à s'appuyer sur la puissance publique pour rendre leurs normes et leurs règles exécutoires. Par ailleurs, la tendance de tout système d'autorégulation à créer *de facto* des ententes limitant l'intensité concurrentielle mène à des inefficacités conduisant finalement les usagers à faire pression pour que soit mis fin aux pratiques collusives. Ils peuvent dans ce contexte faire appel à la puissance publique.

Historiquement, la régulation publique a donc souvent été la conséquence des limites de l'autorégulation, même si des voies très différentes ont été suivies en fonction des spécificités politiques et institutionnelles nationales.³ La régulation s'est soit substituée à l'autorégulation, soit l'a très sérieusement encadrée. D'une manière générale, les capacités des professions ou des industries à s'auto-organiser a été étroitement encadrée par les

² Il existe une littérature économique significative sur les institutions non-étatiques à l'origine de la structuration de nombreux marchés, avec notamment les contributions d'Avner Greif, Douglass North, Paul Milgrom. On peut aussi penser à la littérature sur les corporations dans l'Ancien Régime.

³ En simplifiant, le modèle de l'agence de régulation sectorielle s'est imposé aux USA en raison de l'absence d'une administration fédérale significative. Ces agences disposent de pouvoirs très étendus sous le contrôle du pouvoir législatif et en articulation avec l'exécutif (Cf. Balleisen). En Europe, le modèle qui a émergé historiquement est plutôt celui d'une économie administrée avec un État stratège pilotant l'action de champions nationaux qui sont soit des entreprises publiques, soit des entreprises privées, mais dans tous les cas en position dominante sur le marché domestique.

États à partir de la fin du XIX^{ème} siècle et encore plus après la seconde guerre mondiale.

Jusqu'aux années 1970, en Europe comme aux États-Unis le modèle d'un État régulateur, quand il n'est pas administrateur, d'une économie de marché s'est ainsi imposée, limitant considérablement le champ de l'autorégulation. Mais ce modèle a atteint ses limites durant les deux dernières décennies du vingtième siècle, tant parce qu'une gestion uniforme et centralisée de systèmes sociotechniques de plus en plus complexes et fragmentés – la société post-industrielle – s'est révélée inefficace, que parce que la globalisation de l'économie a progressivement rogné la capacité des États à piloter des systèmes productifs nationaux, ainsi que la pertinence à le faire. D'où la vague de "libéralisation" – trompeusement qualifiée de "déréglementation" – qui a touché les pays OCDE et qui s'est traduite par un recours croissant à la concertation entre acteurs privés en concurrence et la puissance publique. Cette dernière arbitre et impose des objectifs généraux, mais ne pilote plus dans le détail les tactiques permettant de les réaliser.

L'initiative privée en matière d'"autorégulation" contemporaine a pris de nouvelles formes car elle « s'articule avec » plus qu'elle ne « se substitue à » la réglementation et à la régulation publique. Elle est mue par trois logiques principales. Tout d'abord, le développement de marchés/chaînes de valeur internationales conduit les membres de certaines professions à adopter des règles communes tant pour dépasser la fragmentation et les incompatibilités entre systèmes juridiques que pour créer les règles manquantes. Ce mouvement peut d'ailleurs conduire à une évolution des lois et règlements publics puisque les acteurs concernés peuvent essayer de convaincre les autorités publiques nationales de tolérer voire transposer les "standards" internationaux qu'ils développent et utilisent.⁴ Ensuite, certains acteurs peuvent mettre au point (ou s'appuyer sur) des normes communes pour se différencier. C'est par exemple ce qu'on observe dans les filières agro-alimentaires où les labels de qualité prolifèrent et s'appuient sur une "régulation" très stricte de l'ensemble des maillons des filières concernées (e.g. Brousseau & Codron, 1998 ; Ménard, 1996). Enfin, les acteurs peuvent choisir de s'autoréguler pour dissuader les États de mettre en place des régulations. A l'évidence, on observe les prémices de telles initiatives chez les acteurs du numérique, mais la mise en conformité volontaire avec des standards environnementaux ou sociaux – i.e. le mouvement de la responsabilité sociale des entreprises ; CSR en anglais – est aussi observable depuis plusieurs années et interprété comme étant un moyen pour les entreprises d'alléger les interventions réglementaires potentielles résultant des pressions de l'opinion publique.⁵

Il est à noter que, dans ce contexte, les jeux d'acteurs sont aussi plus complexes que par le passé. Alors qu'historiquement, on a plutôt observé un jeu à deux parties prenantes – l'État et les membres d'une profession ou industrie – qui se jouait sous le regard des utilisateurs

⁴ Ce mouvement est extrêmement marqué, par exemple dans les filières agro-alimentaires, où les PED adoptent les normes mises au point par des acteurs non gouvernementaux (entreprises multinationales, mais aussi associations professionnelles ou ONG). C'est une des conséquences des chaînes de valeur mondiales (Global Value Chains) qui structurent désormais une large part du commerce mondial, et partant des secteurs industriels et de services (Cf. Humphrey, 2020, Swinnen & Kuijpers, 2020)

⁵ A la frontière du management, de la science politique et de l'économie des institutions s'est développé un champ de recherche qualifié de "Stratégie hors-marché" (Non-market Strategy) qui s'intéresse à la manière dont les entreprises doivent agir vis-à-vis de leur environnement institutionnel. L'hypothèse est que ce dernier influence leurs performances largement autant que les stratégies industrielles et commerciales et conditionne par ailleurs ces dernières. Il convient donc de comprendre les vecteurs par lesquels le cadre institutionnel contraint les stratégies des entreprises et comment, en retour, les entreprises peuvent chercher à le modifier (Baron, 2013). Dorobantu, Kaul & Zelner. (2017) proposent une synthèse de la littérature sur ce sujet et soulignent comment six types de stratégies génériques vis-à-vis de la régulation constituent des vecteurs de création et d'appropriation de valeur dont ils analysent les conditions de succès dans divers contextes institutionnels. Développer des initiatives en matière d'auto-régulation ou tenter d'influencer la conception des réglementations relèvent des actions possibles.

professionnels, d'une part, du grand public, de l'autre, on évolue vers des interactions plus complexes dans lesquelles les grands utilisateurs, les ONG, les organisations intergouvernementales, notamment, sont des acteurs actifs de l'autorégulation en participant à l'élaboration de normes, à leur légitimation, au contrôle de leur respect. L'autorégulation devient un objet et un instrument du *soft-power* de chacun de ces acteurs, ainsi qu'un vecteur de légitimation. Dans le même temps, l'émergence de contre-pouvoirs, l'activisme de certains groupes de pression, et la remise en cause par une partie de l'opinion publique et certains groupes politiques de la légitimité de tiers de confiance traditionnels peut miner tant l'exercice de la régulation que celui de l'autorégulation, induisant en tous les cas une prolifération des normes et des mécanismes de leur mise en œuvre.

Dans ce contexte, les efforts d'autorégulation sont étroitement articulés avec l'action des pouvoirs publics. A un premier niveau, la *compliance* peut être ultimement garantie par les systèmes judiciaires qui légitiment alors le caractère légal voire la force exécutoire d'un certain nombre de normes d'adhésion volontaire ou de mécanismes privés de résolution des litiges. A un second niveau, les normes mises au point par la diversité d'acteurs mentionnés plus haut peuvent être intégrées dans la *soft law* reconnue comme légitime par les pouvoirs publics ; par exemple par une agence de régulation. On peut parler alors de co-régulation. A un troisième niveau, l'autorégulation est reconnue comme un domaine autonome, encadrée par le droit, mais fonctionnant selon sa propre logique. C'est tout l'enjeu des accords commerciaux bilatéraux qui visent à sortir du droit commun certains sujets de régulation du fait de l'impossibilité d'harmoniser les systèmes juridiques des signataires de ces accords.

L'autorégulation ne doit donc pas être comprise comme une alternative à l'ordre public, elle en est un outil, un prolongement. Les pouvoirs publics peuvent d'une certaine manière régler le curseur pour laisser beaucoup d'autonomie aux acteurs, ou au contraire les encadrer de manière étroite. Les pouvoirs publics disposent toujours ainsi d'une menace crédible vis-à-vis des acteurs autorégulés pour les inciter à faire preuve de responsabilité et à se conformer à des objectifs de politique publique.

Dans le même temps, la manipulation de ce curseur est un vecteur de la concurrence entre États. D'une part, les acteurs de l'autorégulation peuvent faire du forum shopping en localisant les dispositifs juridiques (contrats, tribunal arbitral, etc.) ou les organisations (e.g. associations professionnelles, certificateurs, places de marché) sur lesquels s'assoit l'autorégulation dans les juridictions les plus accommodantes ou les plus fiables. D'autre part, les États capables de promouvoir les normes de régulation les plus conformes aux besoins des acteurs exercent *de facto* un *soft-power* en étant plus attractifs et en incitant les autres États à reconnaître ou adopter les normes sous-jacentes. C'est, par exemple, l'un des atouts de l'Union Européenne dont les principes de régulation influencent fortement ceux qui sont adoptées par de très nombreux pays intermédiaires (Bradford, 2015).

Une grande diversité de modèles

Si l'on recentre le propos sur le contexte national, la discussion porte sur la détermination des conditions dans lesquelles il semble pertinent d'avoir recours à l'autorégulation, ainsi que sur son articulation avec les modalités plus classiques de la régulation par les pouvoirs publics ; cette dernière apparaissant elle-même comme une modalité moins directive que l'économie administrée pour mettre en œuvre des politiques publiques en imposant des contraintes aux opérateurs des secteurs concernés.

En première analyse, le rôle et le poids de l'autorégulation sont extrêmement variables d'un secteur à l'autre, cette notion ayant peu de sens dans les secteurs très concentrés, alors qu'elle est historiquement prégnante dans les secteurs qui ne le sont pas ; typiquement les professions. D'une manière générale, il est utile de rappeler qu'un accent fort a été mis au cours des dernières années sur le contexte concurrentiel et sur la capacité à mener des politiques pro-concurrentielles efficaces qui apparaissent comme des gages d'une capacité à s'appuyer sur les initiatives des acteurs pour garantir la réalisation d'un certain nombre d'objectifs de politiques publiques (qualité et prix des services, conformité, etc.)

Par ailleurs, les réflexions sur l'interaction entre initiative publique et contributions privées se rapportent à des modalités d'élaboration et de mise en œuvre de la régulation qui doivent être repositionnées dans un contexte de :

- Complexité croissante du fait des innovations techniques et commerciales ;
- Porosité des frontières sectorielles du fait de l'ouverture à la concurrence ;
- Démultiplication des objectifs de la régulation qui se doit d'intégrer de manière croissante une multitude d'objectifs de politiques publiques ;
- Prise en compte des interdépendances entre niveaux de régulation (local, national, supranational).

Ces différents éléments expliquent la remise en cause des modèles traditionnels de régulation organisés en silos sectoriels et essentiellement de manière verticale avec des autorités nationales imposant des réglementations et une régulation économique aux acteurs d'un secteur d'activité, un régulateur sectoriel étant le cas échéant chargé de sa mise en œuvre. Un certain nombre de facteurs exogènes impliquent une évolution du cadre de la régulation tant parce qu'il convient de l'adapter aux transformations du cadre technico-économique des activités régulées, qu'en raison des inefficacités véhiculées par le cadre préexistant ou encore parce que de nouvelles opportunités se présentent pour organiser de manière plus efficace l'offre du service concerné.

Dans le contexte de mutations économiques et sociales, ce modèle peut ne plus apparaître comme pertinent, voir opérant et l'on cherche à comprendre comment différentes modalités d'interaction entre les parties prenantes et la puissance publique, ou en son sein entre ses différentes composantes, pourraient s'avérer plus efficaces. A cet égard, il est utile de penser les différentes hybridations possibles entre autorégulation pure (une régulation définie et opérée par les offreurs sur un marché) et régulation étatique « classique » avec des normes émanant des pouvoirs publics et mises en œuvre de manière souveraine et verticale.

Ce faisant, il apparaît utile de proposer une série de définitions qui pourrait aider à clarifier la réflexion sur ces hybridations

- **Régulation publique** : Mise en place d'un cadre législatif qui définit un périmètre, fixe des principes et des règles, et met en place le cas échéant une agence de régulation pour contribuer à leur mise en œuvre. Ex : ARAFER, ARCEP, CRE, etc.
- **Inter-régulation** : Cas de figure dans lequel plusieurs autorités publiques collaborent à la définition et à la mise en œuvre d'une régulation sectorielle ou transversale Ex : Coopération entre l'Autorité de la Concurrence, la CNIL et un Régulateur sectoriel
- **Co-régulation** : Articulation explicite de l'autorité publique et d'organisations professionnelles dans la définition et la mise en œuvre de la régulation. Cette co-intervention peut prendre plusieurs formes, y compris celle d'une "délégation" par l'autorité publique de la responsabilité d'un domaine/objet de régulation à l'organisation professionnelle/sectorielle en contrepartie d'une supervision et d'une intégration d'objectifs de politiques publiques. Ex : Ordre des médecins, CSA et ARPP
- **Régulation collaborative** : Articulation de l'autorité publique avec l'ensemble des parties prenantes d'une activité (offre et demande) pour mettre en œuvre une régulation dont les objectifs sont construits de manière collaborative et les modalités discutées sur un pied d'égalité. Ex : Régulation du système d'adressage et des normes de l'Internet
- **Autorégulation** : Définition collective de normes par les parties prenantes de l'offre avec mise en œuvre de mécanismes privés de contrôle de la conformité ; ces derniers pouvant ensuite servir de base à des mécanismes d'exclusion (du marché ou de la profession). Le système judiciaire peut être le niveau d'arbitrage ultime de ces arrangements privés. Ex : corporations de l'Ancien Régime ; organisations de filières "qualité" dans les IAA
- **Engagement unilatéral** : Démarche volontaire et publique de la part d'un opérateur consistant à s'engager à suivre des normes le plus souvent proposées comme référence par des tiers (associations professionnelles, ONG, etc.) mais pouvant être aussi établie par l'opérateur lui-même. Ex : Responsabilité Sociale des Entreprises (CSR)

Ces définitions sont construites à partir des modalités d'interaction entre les parties prenantes. L'ensemble de ces modèles coexistent et interagissent en pratique. Il faut par ailleurs considérer cet ensemble en dynamique. Par exemple, la régulation collaborative peut être efficace lorsque l'on explore un nouveau modèle, la mise en œuvre peut bénéficier d'une approche de co-régulation. Nous reviendrons sur ces points plus loin.

La diversité des secteurs et objets régulés influe grandement sur les modèles choisis. Les acteurs des secteurs de l'audiovisuel et de l'énergie n'ont pas la même culture, ni les mêmes attentes. Les citoyens ont aussi des attentes différentes vis-à-vis de ces derniers et les enjeux culturels ou d'accès aux utilities sont clairement différents. Dans la suite de cette note nous tenterons de mettre à jour les principaux facteurs présidant, ou devant présider, au choix d'une organisation institutionnelle plutôt qu'une autre.

Articuler les éléments du débat

Les limites des modalités traditionnelles de régulation

Face aux défis contemporains, la véritable question n'est pas de comparer les vertus de l'autorégulation par rapport à celle de la régulation, mais de comprendre comment, dans le contexte des mutations en cours, une évolution des pratiques de régulation — reposant en particulier sur un rapport plus coopératif que hiérarchique entre régulateurs et régulés, mais aussi sur une approche plus collaborative entre autorités publiques — peut être à même d'induire des comportements plus désirables de la part des opérateurs de marché tout en gagnant en efficacité. A cet égard plusieurs questions/dimensions doivent être prises en considération :

- La capacité d'accéder à l'expertise technico-économique et à l'information pertinente pour imaginer et mettre en œuvre des solutions efficaces ;
- La prise en compte des interdépendances et inséparabilités techniques qui génèrent des « externalités » entre activités et induisent la nécessité de prendre en considération ces dernières au stade de la mise en œuvre des régulations, mais aussi au stade de leur conception même (e.g. contraintes environnementales) ;
- La définition concrète de la notion d'intérêt général qui implique de hiérarchiser les objectifs communs à des parties prenantes hétérogènes ;

La réflexion sur ces questions doit intégrer que l'exécutif national est :

- Confronté à une limitation de son autorité réelle, tant au plan interne avec la montée en puissance d'autorités publiques locales, qu'au plan externe du fait de l'intégration européenne et de la globalisation de l'économie. De nombreux sujets ne peuvent plus être abordés efficacement de manière verticale ;
- Soumis à une tension entre sa légitimité dans sa capacité à définir l'intérêt général et l'accès à l'expertise fine qui repose de manière croissante sur des communautés épistémiques dispersées (professions, autorités locales ou supranationales, communautés scientifiques, etc.)

Clarifier les contextes influençant l'efficacité relative des alternatives

Par ailleurs, la participation de différentes parties prenantes et de diverses autorités publiques à la régulation peut s'opérer selon des modalités différentes en fonction du contexte concurrentiel. Deux grandes variables semblent devoir être prises en considération en la matière :

- Le cycle de vie technico-économique selon qu'il s'agit de phases d'émergence de nouvelles technologies et pratiques sociales associées, puis du développement et de la consolidation de nouveaux marchés, enfin de systèmes technico-économiques matures, puis le cas échéant en déclin ;
- La situation concurrentielle et la capacité effective qu'il y a à corriger les situations/abus de positions dominante a posteriori ;

Il faut aussi considérer que l'équilibre efficace entre pouvoirs publics, opérateurs et usagers dans la régulation dépend des domaines concernés en particulier :

- De l'aspect traité : selon qu'il s'agit d'élaborer les objectifs de la régulation, leurs traductions en normes ou d'assurer la supervision de la conformité et la *compliance* ;
- Selon qu'il s'agit de sujets ayant trait aux normes technico-économiques d'interconnexion et d'interopérabilité, de protection des utilisateurs et de prévention des risques, de partage d'investissement et de gestion de l'accès à des ressources essentielles, d'organisation de la concurrence, de prise en compte de l'intérêt général dans la desserte des différentes catégories d'utilisateurs.

Dans tous ces contextes et sur tous ces sujets il importe de s'interroger sur :

- L'efficacité de la régulation au regard de sa capacité à réellement infléchir les comportements ou équilibres de marchés visés ;
- Les coûts de mise en œuvre, tant du point de vue des budgets publics que des dépenses supportées par les opérateurs ;
- La cohérence globale de l'action collective.

Des modalités renouvelées de régulation

L'idée que la régulation correspondrait à un ensemble d'opérations logiquement et rigoureusement organisées suivant une hiérarchie politico-administrative claire selon laquelle des choix politiques émanant d'un dialogue entre l'exécutif et le législateur seraient traduits par une série de normes élaborées par une administration omnisciente avant de s'imposer aux acteurs économiques et sociaux avec, le cas échéant, des autorités administratives spécialisées et plus ou moins indépendantes chargées de les adapter à la marge et d'en surveiller la mise en œuvre (afin de tenir compte des réalités évolutives des contraintes techniques et économiques auxquelles font face les opérateurs concernés) ne correspond pas aux modalités effectives de la conception et de mise en œuvre de la régulation et des politiques publiques, en particulier dans le contexte des défis découlant de la soutenabilité de notre modèle de croissance et de notre modèle social, ou encore aux profondes transformations résultant de la vague d'innovations en cours. La régulation, telle qu'elle se pratique, est à la fois beaucoup plus collaborative, impliquant diverses parties prenantes, et se construit dans une logique d'expérimentation et d'adaptations module par module. Dans les lignes qui suivent, on revient sur ces éléments en soulignant comment, en pratique, interagissent tant des entités publiques que des acteurs privés, mus par la nécessité de s'adapter aux évolutions sociotechniques et aux pratiques des acteurs de la vie économique et sociale, et contraints par leurs capacités à les comprendre et à agir.

Deux grandes tendances se dégagent : d'une part, au-delà de l'articulation plus systématique entre intervention publique et privée, on observe la volonté de donner davantage d'espace à une pluralité d'acteurs dans les processus de conception et de mise en œuvre des normes collectives ; d'autre part une hiérarchie demeure clairement établie entre volonté politique, capacité administrative et initiative privée, même si des évolutions sont en cours.

Régulation : coopération et négociation au sein de l'appareil d'État

Même si en principe il n'a jamais été établi que la régulation devait se négocier entre le législateur, l'exécutif et son administration, et d'éventuelles autorités administratives indépendantes, on constate l'existence effective d'un dialogue, relevant parfois de la négociation, entre les composantes des pouvoirs publics chargées de définir et mettre en œuvre la régulation.

On observe en particulier des cas où les compétences respectives des différentes parties prenantes, ou du moins leurs limites concrètes, méritent d'être précisés, soit parce qu'elles ont été définies de manière imprécise⁶, soit parce que de nouveaux défis ou le jeu entre acteurs dans le cadre du fonctionnement de l'État, obligent à les préciser. Par ailleurs, les autorités administratives peuvent être amenées à interpréter leurs missions de manière évolutive, ou considérer que les évolutions de leur environnement justifient de transformer leurs modalités d'intervention. On notera que ce phénomène concerne en particulier les autorités administratives indépendantes qui ont une capacité intrinsèque à être plus créatives que les administrations centrales et cherchent à répondre aux évolutions qu'elles observent dans les systèmes qu'elles régulent. On peut citer l'exemple de la CRE qui a eu tendance à considérer qu'elle bénéficiait de marges d'initiatives très larges. Ce faisant,

⁶ En particulier, le législateur peut décider d'étendre les compétences ou de modifier les prérogatives respectives des régulateurs et de l'administration sans qu'en pratique les AAI se voient doter des moyens nécessaires

elle a obligé le législateur, soit à lui interdire explicitement de sortir de telle ou telle limite de ses missions, soit à lui donner des outils juridiques pour accomplir sa mission. Ainsi, même quand le législateur n'a pas souhaité reconnaître un pouvoir réglementaire propre à l'autorité de régulation, il peut *de facto* lui reconnaître un pouvoir supplétif, ce qui induit à un moment ou à un autre un dialogue au sein de l'administration.

Le dialogue qui résulte de cette nécessité de faire évoluer le cadre de régulation peut faire l'objet d'une organisation explicite. L'exemple récent des États Généraux du Numérique l'illustre. Ils ont rassemblé différentes autorités de régulation, les ministères, des délégations interministérielles, type DINSIC, quelques universitaires dont les réflexions se sont articulées avec le Conseil National du Numérique qui a organisé de son côté une consultation publique et des travaux en son sein. Il est à noter au passage, que les entreprises du numérique n'ont pas été intégrées dans ce dispositif.

Ce dialogue peut être moins organisé et se construire au gré du contentieux et des négociations entre les AAI et leurs tutelles au sujet de leurs prérogatives, missions et moyens. Il peut aussi comporter un volet communautaire dans la mesure où les pratiques de régulation nationale doivent s'articuler avec les engagements internationaux, notamment européens, qui induisent des principes d'ouverture à la concurrence et d'harmonisation communautaire. Par exemple, dans le cas de la régulation de la vidéo en ligne, la question de savoir si les réseaux sociaux devaient être considérés comme des plateformes vidéo, dès lors qu'ils mettent à disposition du contenu vidéo, a fait l'objet d'un débat entre régulateurs nationaux et la Commission Européenne.

Quoi qu'il en soit, il apparaît que la régulation telle qu'elle se définit et se pratique n'est pas le résultat d'un fonctionnement hiérarchique de l'appareil d'État. Des marges de négociation et d'interprétation existent. Loin d'être le résultat de dysfonctionnements – même s'il en existe naturellement – il s'agit d'une expression du retour d'expérience dont le régulateur – proche du terrain et en charge de l'action – est le cœur. Ce dernier peut constater les limites de son action au regard du comportement effectif des opérateurs et/ou des évolutions technico-économiques. Dans le contexte européen, il est aussi amené à comparer ses pratiques à celle de ses pairs. Il en résulte une propension des autorités de régulation à être des vecteurs de proposition pour faire évoluer les modalités de mise en œuvre de la régulation, son périmètre, voire certains de ses objectifs.

Inter-régulation ou dialogue entre régulateurs

Les échanges et la coopération entre entités publiques, ne sont pas simplement de nature "verticale", ils se développent de manière "horizontale" entre régulateurs. Cela résulte en partie du fait que coexistent des régulateurs "sectoriels" avec des régulateurs "fonctionnels" en charge d'un domaine de régulation spécifique, telles la CNIL ou l'Autorité de la Concurrence, qui induisent que les uns puissent avoir besoin des compétences spécifiques – et donc de l'avis – des autres sur certains dossiers précis. Cela résulte également du fait que les évolutions technologiques ou les innovations en matière de modèles d'affaires modifient les frontières des secteurs d'activité ou des marchés, questionnant l'effectivité et parfois la pertinence des champs de compétence des régulateurs et la conception même des régulations. Dans ces contextes, l'inter-régulation serait une nécessité, tant pour construire une connaissance commune, que pour répondre à l'organisation en silo/filière de la régulation.

De facto, on observe une multiplication de coopérations entre autorités de régulation. Par exemple, du fait de la diffusion privilégiée de certains médias et contenus par les assistants vocaux, une étude a été lancée par le CSA et la HADOPI à leur sujet, la CNIL, l'Autorité de la concurrence et l'ARCEP y ayant été associées à titre d'experts.⁷ De même, il existe un groupe de liaison entre le CSA et l'ARCEP. Cependant, ces collaborations entre autorités ne relèvent pas nécessairement de l'inter-régulation au sens fort, dans la mesure où, ce terme supposerait soit un processus de définition et de mise en œuvre conjointe de normes par deux régulateurs, soit qu'un régulateur empiète sur le champ de compétences d'un autre et ait un pouvoir décisionnaire. Dans les faits, ce n'est ni toujours possible sur le plan juridique, ni institutionnellement réalisable car chaque collège est très attentif à ses prérogatives et ne mandate donc pas ceux de ses membres qui interagissent avec les membres d'autres collèges. Dans le cas du CSA et l'ARCEP, par exemple, les rencontres entre membres des collèges permettent des échanges d'information et de points de vue, mais n'ont pas vocation à assurer une prise de décision commune. Aller au-delà de l'échange est institutionnellement très compliqué sauf sur des dossiers ponctuels comme c'est le cas dans les interactions entre les autorités sectorielles et l'autorité de la concurrence qui doivent partager leur vision du "marché pertinent" dans le cas où une analyse de marché est requise, par exemple pour conclure à une situation de position dominante. La CNIL est aussi amenée à travailler de concert avec les autorités sectorielles sur des sujets très spécifiques comme c'est le cas de la publicité ciblée, qui fait l'objet d'un travail conjoint avec CSA.

Dans le même temps, ces coopérations entre régulateurs tendent à se renforcer et à devenir une nécessité. Les discussions entre le CSA, la CNIL, l'Autorité de la concurrence et l'ARCEP sont hebdomadaires. Elles permettent de développer une connaissance commune des sujets émergents. Très rapidement, cependant, se pose la question de la redéfinition des périmètres d'intervention des différentes autorités, voire de leur fusion, en l'absence de dispositif institutionnel leur permettant réellement de décider conjointement. La question qui est alors posée est celle de la capacité à faire évoluer le périmètre de compétence des régulateurs au rythme des évolutions du marché et des stratégies des opérateurs.

Co-régulation

Comme on l'a noté plus haut, la co-régulation relève d'une coopération explicite entre une instance de nature privée organisatrice de l'activité d'une industrie ou d'une profession et les pouvoirs publics. Dans le cas des professions, c'est un modèle, *in fine*, ancien et traditionnel. Pour autant, il ne correspond pas nécessairement à un modèle bilatéral avec un interlocuteur unique, tel un régulateur, du côté des pouvoirs publics. Le plus souvent, l'organisation professionnelle interagit avec de nombreuses entités régulatrices ou organisatrices de l'offre, sans oublier l'autorité judiciaire, comme c'est typiquement le cas pour le modèle de l'ordre des médecins. Le monde agricole et agro-alimentaire constitue un autre exemple de coopération forte entre des organismes émanant des professionnels et les pouvoirs publics afin, en l'occurrence, de définir des standards de qualité allant des

⁷ On notera que les motivations réelles de telles collaborations peuvent faire l'objet d'une interrogation dans la mesure où elles peuvent constituer pour les autorités concernées un moyen de contrer la menace d'une réforme institutionnelle de la régulation sous forme sinon de fusion entre AAI (régulièrement évoqué, par exemple, entre le CSA et la HADOPI) du moins de redéfinition de leurs champs de compétences. Il n'en reste pas moins que la coopération est régulière entre des autorités non-concernées par de telles "menaces" (par exemple entre l'AMF et la CRE).

AOC au label rouge.

On observe *in fine* peu de cas où une co-régulation effective existe dans les secteurs où un régulateur sectoriel a été créé ; ceci expliquant peut-être en partie cela. L'exemple le plus explicite de ce type de pratique est constitué par le domaine de la publicité, où il existe deux organes, l'un relevant de la régulation sectorielle (CSA) et l'autre de l'autorégulation (ARPP : Autorité de Régulation Professionnelle de la Publicité). Ces deux autorités dialoguent. Cette situation peut être diversement appréciée dans la mesure où il n'y a pas nécessairement d'intervention conjointe. Par exemple, le moment de leur intervention n'est pas le même : l'ARPP intervient en amont en définissant des bonnes pratiques et des codes, alors que CSA intervient en aval, une fois la diffusion effectuée. Par ailleurs, il dispose d'un pouvoir de sanction qui s'exerce au regard de son interprétation du cadre réglementaire, et non des codes de conduite professionnels. L'ARPP, de son côté, dispose de peu de pouvoir effectif et il arrive que les membres de la profession n'observent pas ses recommandations. Il existe cependant des situations où les autorités publiques et privées agissent de concert. Ce fut le cas, par exemple, pour une charte sur l'image de la femme dans la publicité qui a été signée par le CSA, l'ARPP, ainsi que de représentants d'agences, de diffuseurs, et autres parties prenantes de l'industrie.

Régulation collaborative

La régulation collaborative, qui au sens littéral serait bâtie sur le modèle de la régulation de l'Internet où il n'existe pas de hiérarchie entre parties prenantes, ne semble pas exister au plan interne. Au demeurant, le modèle de la régulation propre à Internet est tout à fait spécifique car il n'existe en tant que tel qu'au plan international (en interne certains États étant très interventionnistes), qu'il n'est effectif que pour certains domaines très précis – l'adressage et les protocoles de communication – et qu'enfin un État n'est clairement pas sur un pied d'égalité par rapport aux autres parties prenantes (i.e. l'État Fédéral américain qui continue de maîtriser les ressources critiques permettant à l'Internet de fonctionner ; cf. Brousseau, 2019). Au plan national, en effet, les pouvoirs publics ne sont jamais sur un pied d'égalité avec les opérateurs privés. Pour autant, il existe des situations où, du fait de limites en matière de compétences (ou d'accès à l'information pertinente), la puissance publique peut préférer reposer sur les ressources des entreprises participantes au marché pour exercer ses missions. Il en va de même quand elle souhaite agir en l'absence d'un mandat légal clair.

Le premier cas correspond à ce qu'on observe, par exemple, dans le domaine de l'audiovisuel où la lutte contre la désinformation ou contre les contenus à risque (accès à la pornographie, par exemple) peut s'appuyer sur des dispositifs techniques mis en place par les opérateurs (identification en partie algorithmique des faux comptes, dispositif de contrôle parental). A cet égard, il sera intéressant d'observer les résultats de l'expérimentation menée entre les pouvoirs publics français et Facebook. Elle s'inscrit dans la logique des États Généraux du Numérique et prend la forme d'un groupe de travail impliquant des membres de Facebook et des représentants des différentes autorités françaises concernées. Il s'agit avant tout de réduire l'asymétrie d'information sur les traitements opérés sur les données, sur l'apprentissage algorithmique et sur les ressorts des modèles d'affaires ; dans un contexte où Facebook conservera bien la main sur les informations auxquelles les pouvoirs publics auront accès. *In fine* l'objectif est de définir des normes de régulation, mais les processus à

travers lesquels ces normes seront élaborées ne sont pas définis. Ils font intrinsèquement l'objet de l'expérimentation en cours.

Le second cas correspond à ce qu'on a pu observer dans l'énergie où, plutôt que de garantir son ouverture en s'appuyant sur des règles juridiques strictes — par ailleurs difficile à concevoir du fait des incertitudes pesant sur le fonctionnement de marchés en création ou évolution forte — le régulateur, conscient qu'il y a un certain nombre de règles techniques qui peuvent constituer à certains moments des barrières à l'entrée, incite les entreprises du secteur à se regrouper et à analyser certaines thématiques pour s'accorder sur des règles que le régulateur, dans un second temps, examine, discute, voire valide, s'il en a la possibilité juridique.

Il convient toutefois de nuancer l'aspect "collaboratif" de la régulation dans les deux cas que nous venons d'évoquer. Dans le cas des coopérations sur les nouveaux marchés du numérique, il ne semble pas être question, à ce stade, de discuter les objectifs de la régulation. Il s'agit plutôt de s'appuyer sur les moyens des opérateurs pour mettre en œuvre de manière efficace des objectifs de politiques publiques. Du point de vue des opérateurs c'est évidemment un moyen de réduire les coûts et les risques liés à la *compliance*. Dans le second cas, les solutions élaborées par les membres de l'industrie, si elles relèvent de la standardisation technique et des bonnes pratiques industrielles et commerciales, ne sont pas pour autant transformées en normes réglementaires. Il ne s'agit pas d'un processus de concertation au sens propre puisque la discussion ne porte pas sur des aspects soumis à l'autorité du régulateur. Le régulateur se limite à organiser les échanges, même si évidemment la discussion entre opérateurs s'organise sous son regard.

Dans le même temps, il est utile de rappeler qu'en pratique le régulateur n'est pas toujours en surplomb des opérateurs, prenant des décisions auxquelles ces derniers doivent se conformer. Il s'agit en l'occurrence d'une vision découlant de la manière dont on conçoit son rôle. Prenons le cas de la régulation de l'accès à une ressource essentielle, telle qu'une plateforme aéroportuaire et ses services. Le choix d'une régulation par homologation des tarifs *ex ante* (comme c'est le cas en France) ou d'une intervention *ex post* pour régler les litiges (comme c'est la pratique en Belgique) est une question pragmatique qui change la posture du régulateur et lui permet d'accéder plus ou moins facilement à l'information pertinente détenue par les parties prenantes.

Les incitations des opérateurs régulés à coopérer de manière non biaisée avec les pouvoirs publics, dépendent, par ailleurs, de l'alignement de leurs intérêts. Sur certaines questions, même s'ils sont animés par des logiques différentes, régulateurs et régulés peuvent partager un intérêt commun. C'est le cas, par exemple, de la fraude dans le domaine des jeux ou de paris en ligne : l'ensemble des parties prenantes a intérêt à promouvoir un environnement garantissant aux joueurs l'absence de manipulation par d'autres participants au système.⁸ Le régulateur peut alors s'appuyer sur les dispositifs de contrôle propres aux opérateurs pour réaliser ses missions.

Il est cependant nécessaire que le régulateur puisse se doter de moyens de garantir que les missions de régulation *de facto* déléguées aux opérateurs ne sont pas détournées

⁸ Par exemple, il s'agit d'éviter l'intervention de robots ou la collusion dans les parties de poker en ligne ou bien la corruption dans les compétitions sportives faisant l'objet de paris.

de leur objet ou exercées de manière trop légère afin de garantir qu'ils répondent aux impératifs justifiant son intervention ; qu'il s'agisse de sécurité, d'efficacité économique, d'ordre public, voire de garanties démocratiques et sociétales.

In fine, le modèle le plus abouti de régulation collaborative correspond peut-être à ce qui a été mis en œuvre dans la finance avec les expériences de "bac à sable" réglementaire. Les nouveaux entrants sont invités par le régulateur à partager avec lui des informations détaillées sur leur modèle d'affaires et leurs performances en échange d'un assouplissement/d'une tolérance sur les conditions à remplir pour exercer dans l'industrie. Cela permet au régulateur de bénéficier d'une information privilégiée et d'apprendre à mieux évaluer les risques que représentent tant les nouveaux opérateurs que leur business model. Les nouveaux entrants bénéficient à la fois de conseils et d'une labélisation souvent utile pour crédibiliser leur offre (tant vis-à-vis de leurs clients que de leurs investisseurs potentiels). Cette forme de collaboration est cependant fortement liée au fait que les régulateurs du secteur contrôlent *de facto* l'accès au marché et que les nouveaux entrants ont besoin de licences ou d'autorisations pour exercer, ce qui est loin d'être le cas dans tous les secteurs régulés.

Des pratiques qui demeurent exploratoires

Au terme de cette mise à plat, on constate que si la régulation explore des modalités plus participatives et collaboratives, elle demeure en pratique largement structurée autour de l'approche hiérarchique traditionnelle de délégation à des autorités administratives, pour parties indépendantes de la mise en œuvre de choix collectifs qui relèvent du politique. Ces autorités indépendantes sont responsables d'assurer l'interfaçage entre les décisions politiques et les opérateurs (et le cas échéant les usagers) pour tenir compte de leurs contraintes concrètes.

Dans ce contexte, les échanges entre les décideurs publics et les parties prenantes privées n'incluent pas systématiquement le régulateur. Il y a bien entendu d'éventuelles relations directes entre parties prenantes de la régulation et pouvoir administratif et politique, notamment lorsqu'il faut discuter du principe ou des objectifs de la régulation. Les autorités de régulation deviennent des interlocuteurs incontournables lorsqu'il convient de mettre en œuvre la régulation, de traduire les objectifs de politiques publiques en normes d'action concrètes pour les opérateurs. A ce stade, il peut y avoir une convergence d'intérêts à coopérer entre régulateur et régulé. Pour les autorités publiques, il s'agit de garantir l'effectivité de leur intervention en se reposant le plus possible sur les moyens des régulés et leur volonté de se conformer volontairement aux objectifs de la régulation. Pour les entreprises, il s'agit moins d'éviter la régulation que ses rigidités et sa potentielle inadéquation avec les contraintes opérationnelles ou concurrentielles des opérateurs ; ces risques et coûts induits étant renforcés pour les opérateurs multinationaux potentiellement soumis à une diversité d'environnements réglementaires. Il en va de même d'opérateurs dont les activités peuvent toucher différents secteurs régulés.

On notera aussi qu'il existe en pratique des frontières un peu floues entre les catégories que nous avons établies pour décrire différentes modalités d'interaction entre parties prenantes privées et autorités publiques. Co-régulation, régulation collaborative, et autorégulation sous l'égide d'autorités publiques correspondent en théorie à des degrés divers de formalisation des liens entre les deux sphères, mais on a affaire en pratique à

un continuum et le curseur peut se positionner de manière indépendante suivant qu'il est question de dimensions différentes de la régulation (par exemple, définition des normes et contrôle de conformité).

Même si elles restent marginales, ces hybridations entre intervention publique et privée, n'en constituent pas moins un potentiel d'évolution intéressant pour la régulation. Certes, les opérateurs peuvent être mus par le désir d'éviter une régulation trop contraignante et des contrôles trop intrusifs de la part des autorités publiques. En même temps, dans la mesure où les objectifs politiques sont clairement affichés, ils doivent proposer des solutions, y compris en matière d'autorégulation, conformes aux objectifs politiques. Ce fut le cas, par exemple, dans le secteur autoroutier où la profession a décidé de s'organiser pour permettre une autorégulation de l'entrée de nouveaux acteurs sur le marché du télépéage en conformité avec une directive européenne. Une régulation et une commission d'agrément ont été mises en œuvre pour éviter la mise en place d'une solution publique. Il s'agit, certes, pour les acteurs du secteur de s'assurer que la régulation est conforme à leurs intérêts, mais en même temps ils se conforment à la volonté de mise en concurrence voulue par les pouvoirs publics, réduisant *de facto* les coûts et les délais de mise en œuvre de la politique publique.

Du côté des autorités publiques, l'appui sur les moyens des opérateurs constitue non seulement un moyen de réduire les coûts de mise en œuvre de la régulation, mais aussi un moyen de rendre leur action plus efficace en se focalisant sur des obligations de résultat, plus que de moyens... contrairement aux apparences. En effet, l'implication des acteurs dans la régulation est l'occasion d'opérer une double évolution visant à ce qu'ils adoptent effectivement des comportements plus vertueux. Elle passe par la définition, en coopération avec eux, d'objectifs observables ; impliquant une discussion fine sur les critères au regard desquels leur action peut être jugée : taux de défaillance, niveau d'investissement, etc. Elle passe ensuite par des dispositifs jouant sur les incitations ; c'est à dire récompensant les comportements vertueux plutôt que focalisés sur la sanction en cas de manquements à des obligations formelles. Cette logique laisse plus d'initiative au régulé et peut aussi alléger l'intervention du régulateur. Il peut garantir une plus grande efficacité dans la mesure où les régulés sont amenés à proposer des solutions et adopter des comportements qui prouvent leur efficacité, qui seule permet de justifier un certain retrait de la part du régulateur public. En France, une telle approche a été proposée, par exemple, par le rapport Lescure de 2013 qui proposait d'accélérer la chronologie des médias en fonction des niveaux d'investissement des opérateurs dans la création française. Dans le même esprit, le CSA a suggéré récemment dans un document de réflexion que la loi pourrait proposer de consentir des avantages fiscaux aux opérateurs "vertueux". Le "new deal numérique" de l'ARCEP relève aussi de cette logique plus incitative et collaborative. L'adoption de telles modalités de régulation nécessiterait néanmoins des aménagements législatifs significatifs, renforçant par ailleurs sensiblement le pouvoir des autorités de régulation.

Il convient maintenant de revenir sur les facteurs induisant ou inhibant la performance de ces hybridations entre ordre public et privé. On insiste dans les pages qui suivent sur ceux relevant du contexte concurrentiel, d'une part, ou des dimensions concernées de la régulation de l'autre.

Contexte concurrentiel

Il apparaît tout d'abord essentiel de prendre en considération le contexte concurrentiel propre à une industrie ou un marché pour déterminer tant si une intervention réglementaire est nécessaire que pour se demander si elle doit s'appuyer sur les hybridations public-privé dont il est question dans cette note. Deux séries de questions se posent en effet :

- Tout d'abord se pose la question d'identifier les risques de comportement contraire à l'intérêt général (*theory of harm*) engendrés par le comportement des acteurs sur le marché et analyser les moyens alternatifs d'y remédier. Il faut en la matière se prémunir contre le réflexe de la réponse réglementaire systématique alors que le cadre juridique commun articulé des mécanismes concurrentiels peuvent dans certaines circonstances suffire à contrôler en partie ces risques (notamment au travers des effets de réputation).
- Ensuite, il faut se demander dans quelle mesure l'intervention des pouvoirs publics peut être porteuse de gains en efficacité collective, notamment parce que l'on est en mesure de limiter les effets indésirables de cette dernière — coûts et rigidités induites par la régulation et la *compliance*, coûts de la conflictualité liés aux stratégies des acteurs autour de la régulation, etc. — et parce qu'on obtient une réduction effective des risques ou sources d'inefficacité justifiant sa mise en place.

Il apparaît que l'analyse coûts/bénéfices de la régulation lorsqu'il s'agit d'envisager l'implication des acteurs, et notamment des opérateurs objets de la régulation est fortement influencée par des éléments contextuels relevant du cycle de vie du marché / de la maturité du secteur, d'une part, de la soutenabilité de la concurrence, de l'autre.

Cycle de vie du marché / Maturité du secteur

Sur ce plan, il apparaît que lors des phases d'émergence de nouveaux marchés/modèles d'affaires/usages, il est à la fois difficile de réguler et que la régulation peut s'avérer contre-productive car nuisible à l'innovation. Deux séries d'éléments entrent en considération. Tout d'abord, à l'instar des autres acteurs, les pouvoirs publics ne disposent pas d'une connaissance suffisante pour identifier de manière précise les sources de risques ou de défaillances du marché justifiant leur intervention. C'est encore plus vrai lorsqu'il s'agit de concevoir les normes et mesures qui permettraient de les pallier. Du coup, les interventions réglementaires qui peuvent être envisagées, parfois sous la pression de l'opinion, peuvent être tout à fait contre-productives. L'histoire de la réglementation financière fournit une longue liste d'exemple de mesures inappropriées mises en œuvre pour réduire les risques et ayant au total des effets controversés sur ces derniers (Pirrong, 2020).

Dans un tel contexte, la coopération entre pouvoirs publics et industriels pour permettre aux premiers d'accéder à la connaissance nécessaire à une régulation efficace se justifie. Elle présente évidemment un risque d'introduction de biais dans ces apprentissages, mais d'une part la concurrence entre les acteurs, d'autre part le risque d'une rupture de confiance entre régulateurs et régulés peuvent inciter les acteurs privés à adopter des stratégies coopératives dans la mesure où elles leur permettent d'espérer un cadre réglementaire plus approprié à leurs contraintes opérationnelles et garantissant la viabilité de leur modèle d'affaires.

Le second élément qui plaide en faveur d'une coopération en phase d'émergence de nouveaux marchés, de transformation des modèles d'affaires dominants, tient à l'entrée de nouveaux acteurs dans le périmètre concurrentiels. Ils sont étrangers aux réseaux relationnels traditionnels impactant la manière dont un secteur fonctionne et peuvent être porteurs de nouveaux risques. La coopération avec eux est un moyen pour les pouvoirs publics de les intégrer dans l'écosystème qu'ils régulent et d'apprendre sur leurs pratiques. Les évolutions de l'audiovisuel sous l'impact de la transformation numérique avec l'intrusion de nombreux acteurs nouveaux porteurs de formats innovants (e.g. plateformes, réseaux sociaux, opérateurs non-hertziens, etc.) illustrent bien ce cas de figure.

Il convient de noter que cette coopération entre autorités de régulation et membres de l'industrie peut s'avérer porteuse de gains en efficacité, car la politique alternative de "wait and see" peut s'avérer génératrice de risques importants. Tout d'abord, elle crée une incertitude pouvant nuire au développement du marché et à l'investissement. Dans le domaine des *Fintech*, de nombreux nouveaux entrants sont clairement demandeurs d'une participation aux expériences de "bac à sable" qui sécurise leur environnement réglementaire et favorise tant un développement technico-économique cohérent, que la crédibilisation de leurs projets. Ensuite, la régulation permet d'intervenir sur des pas de temps relativement courts par rapports à ceux du contentieux, tant en matière de droit commun qu'en matière de concurrence (où les délais d'intervention peuvent atteindre 5 à 6 ans, induisant d'importants risques financiers pour les opérateurs). Ce dernier point n'est pas propre aux situations de marché en phase d'émergence, mais demeure particulièrement sensible dans ce contexte.

Soutenabilité de la concurrence

La forte concentration d'un secteur constitue au contraire un terrain peu favorable tant au déploiement d'initiatives d'autorégulation que de partenariat entre autorités publiques et entreprises régulées.⁹ L'autorégulation peut constituer un vecteur supplémentaire d'entente. La régulation collaborative peut être un vecteur de capture du régulateur par les entreprises dominantes. Telles sont les raisons pour lesquelles tant qu'un degré suffisant de concurrence dans un secteur n'est pas garanti, les pratiques plus coopératives de régulation doivent demeurer cantonnées à des domaines très particuliers et faire l'objet d'une grande vigilance de la part des autorités de régulation concernées. Telles sont les raisons pour lesquelles des pratiques expérimentées dans certains secteurs comme les communications électroniques ou l'audiovisuel ne sont pas nécessairement transposables à des secteurs tels que l'énergie ou le transport ferroviaire, en tous les cas tant que la concurrence de nouveaux modèles d'affaires dans l'énergie (combinant les nouvelles capacités de production décentralisées et de stockage), ou assis sur l'intermodalité dans le transport, ne se développent pas au point de concurrencer de manière significative l'offre historique.

Il n'en demeure pas moins, cependant, que la raison d'être de la régulation ne se limite pas au démantèlement de l'économie administrée dans un certain nombre de secteurs d'activité via l'organisation d'un cadre favorable à la concurrence destiné *in fine* à effacer

⁹ Il existe bien entendu des exceptions à ce principe dans des cas très spécifiques. Par exemple dans le domaine des jeux les politiques proactives en matière de jeu responsable ou la lutte contre le blanchiment d'argent justifient le monopole afin qu'il n'y ait pas d'incitation du côté des opérateurs à relâcher leur vigilance sur ces questions.

des rentes historiques et à permettre une meilleure adéquation de l'offre aux besoins. Elle se justifie aussi par la prise en compte des externalités et par la poursuite d'objectifs de politique publique (par exemple la cohésion sociale dans le domaine des services urbains ou de transports) par les opérateurs de secteurs d'activité structurant la vie collective. Dans ce contexte, les préoccupations des régulateurs comme des régulés peuvent converger en cherchant à répondre de manière efficace à ces besoins collectifs. C'est la raison pour laquelle un certain degré de coopération et de mise en œuvre de mécanismes incitatifs peut être envisagés, pour peu que la puissance publique conserve une capacité effective à déterminer les objectifs à atteindre indépendamment de l'intérêt des opérateurs, et de les sanctionner de manière crédible en l'absence de résultats.

Il va de soi que l'attitude susceptible d'être adoptée par le régulateur en matière de coopération avec un opérateur dominant dépend fondamentalement de sa capacité effective à le sanctionner, laquelle ne dépend pas uniquement de l'arsenal juridique à sa disposition, mais de la dépendance de l'acteur en question au marché régulé concerné. A l'évidence, de ce point de vue, la relation entre la CRE et les opérateurs énergétiques français est structurée de manière significativement différente de celle du CSA vis-à-vis de Facebook.

Un équilibre dépendant des sujets

L'intérêt du poids relatif de l'initiative privée par rapport à l'intervention publique dépend fondamentalement du sujet abordé. Deux grilles de lecture peuvent être déployées en la matière.

Tout d'abord, on peut considérer le "cycle" de la régulation commençant par la question de la fixation des objectifs collectifs, qui doivent ensuite se décliner en normes et fixation d'objectifs opérationnels, puis en modalités de mise en œuvre. Une fois ces phases de "design" et d'"implémentation" achevées, se pose le problème du contrôle de la conformité et plus largement des comportements des acteurs (*compliance*), qui peut conduire à l'engagement de procédures de sanction ou à l'arbitrage de différends. Notons au passage l'importance de considérer que l'on fait face à un cycle plutôt qu'à un temps linéaire. En effet, une fois mise en œuvre, la régulation doit en permanence faire l'objet d'un diagnostic sur son efficacité, pouvant conduire à la fois à la faire évoluer dans ses modalités, mais aussi plus fondamentalement à en rediscuter les principes.

La seconde grille de lecture consiste à reconnaître que la régulation répond à des besoins différents et que, là encore, le bon positionnement du curseur de l'intervention privée par rapport à l'intervention publique peut dépendre de ces besoins. On distingue alors les sujets d'interopérabilité, de sécurité et protection des utilisateurs, d'accès aux facilités essentielles et plus généralement de socialisation des investissements et, enfin les questions transparence et de loyauté vis-à-vis des utilisateurs et des concurrents. Sur ces différents sujets la "confiance" qui peut être accordée aux opérateurs se situe à des niveaux différents compte tenu du degré d'alignement de leurs intérêts avec l'intérêt général.

Les différentes phases du cycle de la régulation

Lorsqu'on considère le cycle de la régulation, les pouvoirs publics sont évidemment plus légitimes que les parties prenantes en matière de définition d'objectifs de la régulation/des politiques publiques. En revanche, s'appuyer sur les acteurs pour la concevoir et la mettre en œuvre peut être un facteur de gain en efficacité, toutes choses égales par ailleurs bien entendu (cf. le développement précédent sur la soutenabilité de la concurrence). Ces derniers peuvent être utiles, tant au stade de la conception des normes, qu'au stade de leur mise en œuvre ou des mécanismes s'appuyant sur des incitations peuvent favoriser un alignement volontaire de leurs comportements avec les objectifs des pouvoirs publics. La puissance publique doit cependant revenir en force au stade de la sanction ou du règlement des différends qui, même s'ils peuvent s'appuyer sur les capacités de détection des dysfonctionnements des acteurs, doivent être garantis en dernier ressort par l'autorité publique qui doit assurer à la fois la neutralité de l'*enforcement* par rapport au jeu concurrentiel et la crédibilité des normes qui s'imposent aux acteurs.

Diagnostic et fixation des objectifs de la régulation

La fixation des objectifs de la régulation apparaît à l'évidence comme du ressort des pouvoirs publics, et en particulier du pouvoir politique. Il n'en reste pas moins que l'expertise de l'administration, celle des experts indépendants et celle des acteurs doit être mobilisée

pour cerner plus clairement la nécessité et le cadre de l'intervention publique.

Par exemple, on observe aujourd'hui de nombreux appels à la régulation des plateformes, des données ou des algorithmes, mais l'existence d'abus ponctuels, qu'il convient par ailleurs de documenter, ne saurait nécessairement justifier une régulation, ni surtout indiquer quels doivent être sa logique et son périmètre. Deux questions sont en effet centrales. Premièrement, pourquoi une régulation est-elle nécessaire lorsque des dysfonctionnements sont constatés ? L'arsenal juridique existant est-il inopérant ? Si oui, est-ce une question d'inefficacité (délais, par exemple, ou bien encore autorité nationale face à des opérateurs transnationaux), de capacités limitées des autorités en charge de la mise en œuvre, d'imprécision du cadre juridique, etc. ? La réponse à ces questions détermine clairement s'il faut ou non réguler de manière spécifique, ou s'il suffit de renforcer les capacités ou l'efficacité de l'intervention publique existante.

La seconde question a trait à la définition du périmètre qui doit être concerné. L'audiovisuel, la mobilité ou la finance illustrent bien ce point aujourd'hui : le champ de la régulation doit-il être avant tout défini par la technologie de production (cas du transport) ou l'héritage institutionnel (cas de la finance) ? Une logique alternative est bien entendu de prendre en considération l'arène stratégique des opérateurs. Elle pose cependant des problèmes redoutables de délimitation des frontières et transforme la nature de nombreux problèmes de régulation tels que les enjeux de position dominante, facilités essentielles, viabilité du processus concurrentiels.

Si l'on se réfère à l'audiovisuel aujourd'hui, le CSA tant à réguler des acteurs de plus en plus divers : éditeurs de télévision classiques, FAI, réseaux sociaux, plateformes de partage de vidéos, pure players, etc. Tous ces acteurs ont des fonctions différentes dans la chaîne de valeur et des modèles économiques diversifiés. Surtout, les modèles sont en évolution rapide. De nouveaux acteurs, comme les éditeurs de jeux vidéo, jouent un rôle croissant dans la filière audiovisuelle et les diffuseurs aujourd'hui les plus puissants au plan mondial, n'existaient pas il y a une décennie. Cela pose un défi redoutable à la régulation publique dont le temps d'élaboration peut être incompatible avec le rythme de l'industrie. Par exemple, la directive SMA a été relativement longue à négocier si bien qu'au moment où elle entre en application, elle n'est déjà presque plus en adéquation avec la réalité du secteur. Dans ce contexte, la logique de co-régulation et le recours au droit souple (e.g. chartes, réputation) contribuent à pallier la difficulté pratique que les pouvoirs publics peuvent avoir à définir certaines dimensions des objectifs concrets de la régulation, même si *in fine* ils sont plus pertinents que les opérateurs privés pour les fixer.

Au total, une coopération peut s'imposer tant que la nature des enjeux, les ressorts technico-économiques et concurrentiels des activités nouvelles demeurent évolutifs et mal compris d'un grand nombre d'acteurs.

Opérationnalisation de la régulation : Définition et mise en œuvre des normes

Si les objectifs de politique publique sont soit définis par le législateur, soit par le régulateur, la mise en œuvre peut faire l'objet de discussions avec les parties à la fois pour éviter que la régulation ait des résultats contre-productifs par rapport aux objectifs poursuivis, et pour diminuer les coûts de mise en œuvre. Le CSA, par exemple, tant à collaborer de manière croissante avec les opérateurs du secteur pour définir les normes à respecter tant

parce que les bases légales de son intervention peuvent s'avérer instables/en décalage par rapport aux évolutions technologiques, que parce que les entreprises sont parfois mieux placées que le régulateur pour mettre en place des outils répondant aux objectifs des pouvoirs publics. La norme et les modalités de conformité sont alors *de facto* négociés/définis conjointement entre le régulateur et les régulés comme c'est le cas pour la lutte contre la désinformation ou les contenus à risque qui font l'objet de mesures techniques ou d'interventions mises en place par les opérateurs eux-mêmes. Dans le cas des "*fake news*", par exemple, c'est Facebook qui a trouvé la meilleure solution (mise en contexte plutôt que labelliser la fausse information ("*flaguer*")); ce qui suppose de déployer un réseau de vérificateurs). Cette logique correspond *in fine* au "dialogue" qui existe souvent entre régulateurs et opérateurs pour mettre en œuvre de manière efficace un certain nombre de principes tels que le service universel, l'homogénéité de la qualité de service au plan territorial, etc.

Il apparaît donc pertinent dans de nombreux domaines d'organiser un dialogue entre régulateurs et régulés sur la meilleure façon pour les opérateurs de mettre en place des solutions techniques et opérationnelles permettant de réaliser les objectifs des politiques publiques. Cela conduit à une évolution de l'action du régulateur dont le rôle devient d'évaluer si les solutions proposées sont proportionnées et pertinentes ; le danger étant que les obligations de moyens qui sont en général souscrites par les opérateurs dans le cadre de ces dialogues bilatéraux public-privé ne soient trop légères par rapport à ce qui serait possible. En pratique, la capacité du régulateur à négocier les meilleures normes du point de vue de l'intérêt général dépend de ses compétences techniques, mais aussi d'autres facteurs tels que l'existence de contre-expertises dans la société civile ou chez les concurrents, notamment ; et enfin de la pression politique que peut représenter une menace d'intervention réglementaire plus contraignante en cas de mauvaise foi ou de volonté insuffisante des régulés. Comme on a pu l'observer de manière récurrente en matière de régulation bancaire et financière, cette pression politique n'est pas toujours suffisante du fait de la sensibilité des pouvoirs publics à la question de l'attractivité du capital.

In fine, il apparaît donc essentiel de favoriser l'exercice d'une contre-expertise. Dans ce contexte, les politiques contemporaines de transparence, reposant à la fois sur la production d'information, notamment par les utilisateurs, mais aussi sur la publication de ces dernières — en s'appuyant sur les stratégies d'ouverture des données publiques par l'administration — apparaissent comme des vecteurs favorisant ces nouvelles approches plus collaboratives de la régulation. Il est cependant essentiel de favoriser le développement d'expertises permettant d'exploiter ces sources de données, par exemple en favorisant le développement d'observatoires transversaux chargés de produire une évaluation indépendante des politiques publiques. Cela étant, la science des données a ses propres limites, tenant notamment à la qualité effective des données que l'on peut collecter. D'autres mécanismes doivent être déployés en parallèle. Par exemple, dans le secteur de l'eau en Ecosse, des *Customers Forums* ont été mis en place pour améliorer la régulation en faisant participer d'autres acteurs que le trio régulateur, régulé et État. Des panels représentatifs des différents intérêts ont été mis en place pour faire émerger les besoins, les offres, et éclairer tous les acteurs. L'intérêt de la démarche tient à son caractère permanent par rapport aux traditionnelles consultations publiques ponctuelles.

Plus largement, il peut paraître utile d'associer à la discussion sur la mise en œuvre de la régulation d'autres parties prenantes que les régulateurs et les régulés, même si les expériences pratiques tendant à associer le grand public s'avèrent rencontrer souvent peu d'adhésion de sa part. D'un côté il paraît essentiel d'associer une diversité de compétences et de points de vue tant pour évaluer la diversité des situations concrètes qu'afin d'élaborer des solutions plus opérantes, d'autant que cela peut constituer un vecteur pour associer à la réflexion des compétences pointues. C'est par exemple souvent le cas en matière d'environnement où de nombreux activistes locaux sont porteurs d'une connaissance fine des problématiques et ont beaucoup investi sur la recherche de solutions. D'un autre côté, du fait de l'inégale implication des différentes catégories de parties prenantes dans ces mécanismes de consultation, le risque est grand qu'une trop large place soit laissée à certains groupes organisés qui occuperaient tout l'espace démocratique. Il ne faut donc pas perdre de vue que la consultation publique ne peut qu'être l'un des vecteurs permettant au régulateur, et aux pouvoirs publics en général, d'élaborer des normes plus efficaces en concertation avec les "acteurs".

Compliance, contrôle et supervision

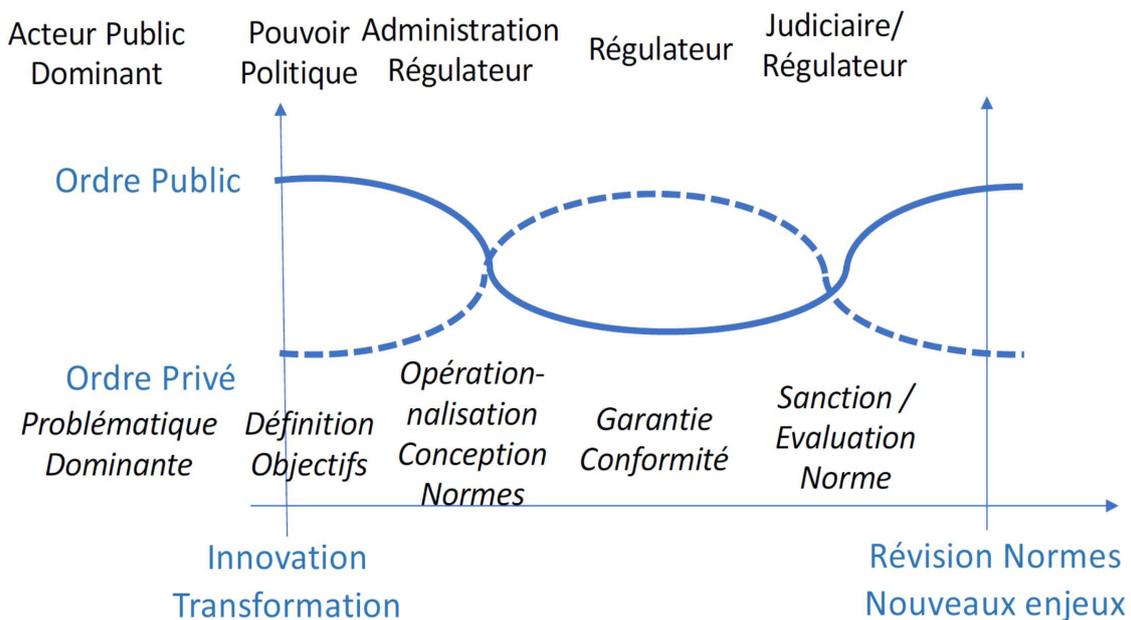
Le contrôle de la conformité à la lettre et à l'esprit de la régulation peut être plus ou moins intrusif : il existe un continuum en la matière qui va de l'action contentieuse jusqu'aux méthodes plus incitatives. Logiquement, plus les normes tendent à être négociées avec les opérateurs, par exemple dans le cadre de la discussion de chartes ou de contrats d'objectifs, plus l'on peut conjointement mettre en place avec ces derniers des mécanismes de *reporting* adéquats permettant au régulateur, mais aussi au régulé, de constater le niveau de conformité à la fois pour permettre de sanctionner des déviations et pour détecter des défauts de performance et y remédier. Il convient cependant de ne pas faire preuve de naïveté. Certaines obligations pouvant avoir pour les opérateurs des coûts significatifs tout en étant difficilement observables tant pour les utilisateurs que pour le régulateur, ils peuvent avoir la tentation de s'y soustraire. Dans le domaine de la qualité de service dans les télécoms, par exemple. Pendant de longues années, les opérateurs ne fournissaient qu'une information parcellaire au régulateur sur le niveau effectif de qualité de service selon un maillage fin du territoire ; ce qui a pu nuire effectivement à ce niveau de qualité au détriment des utilisateurs dans certaines zones. Le régulateur doit donc veiller à déployer des moyens pour contrôler la qualité de l'information qui lui est remontée par les opérateurs et ne peut compter sur la seule logique coopérative, et *a fortiori* d'auto-évaluation de leur part. On peut noter que les efforts à déployer en la matière par le régulateur/les pouvoirs publics sont par ailleurs parfaitement cohérents avec l'impératif d'évaluation des politiques publiques qui incombe aux pouvoirs publics pour l'ajuster en permanence à ses objectifs.

Sanction et règlement des différends

Comme il a été noté plus haut, la convergence d'intérêts entre les opérateurs et la puissance publique n'est jamais parfaite ; sans quoi il ne serait pas nécessaire de réguler. Si des mécanismes hybrides permettent à la fois de mieux faire converger cet intérêt et d'alléger la réglementation et sa mise en œuvre, il convient de maintenir de la part du régulateur/ des pouvoirs publics une capacité de mettre en œuvre des menaces crédibles tant en cas de non-respect de l'engagement que de violation des obligations réglementaires.

Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que les opérateurs des industries régulées peuvent s'avérer utiles dans la mise en œuvre de mesures conservatoires pour faire cesser des troubles à l'intérêt public. Dans tous les domaines touchant aux communications électroniques, par exemple, la maîtrise de l'administration des échanges ou de l'accès permet de faire cesser quasi-instantanément une situation non souhaitable. De telles situations conduisent à envisager une délégation de l'*enforcement* aux opérateurs. D'un côté, cela garantit des délais et une efficacité beaucoup plus rapide que les recours juridiques traditionnels. De l'autre, les opérateurs techniques n'offrent pas autant de garanties que le système judiciaire. Souhaitant à la fois se protéger en matière de responsabilité et automatiser la mise en œuvre opérationnelle, ils n'observent pas les fondamentaux de l'état de droit notamment la présomption d'innocence ou le recours non-suspensif. Si l'on se réfère à ce qui se passe fréquemment dans le domaine du numérique, par exemple, les mécanismes mis en œuvre par les plateformes protègent de manière asymétrique intérêts commerciaux et citoyens, ou grands opérateurs par rapport au plus petits (Elkin-Koren & Perel, 2020).

Pour conclure, la figure suivante tente de résumer notre propos en mettant l'accent sur l'équilibre optimal entre initiative publique et initiative privée au cours du cycle de la régulation et de l'innovation/processus concurrentiel, et en soulignant quelle composante des pouvoirs publics semble la plus concernée en matière d'action publique.



Objets de régulation

Interfaçage et Interopérabilité

L'économie contemporaine se caractérisant par une organisation en réseau où les chaînes de valeur et les modèles d'affaires sont avant tout définis à partir de la manière dont on organise l'articulation entre des modules afin de produire des biens et services

différenciés selon des modèles économiques variés, la définition de standards technico-économiques d'interfaçage et d'interopérabilité est cruciale. Ces standards sont à la fois la clé du fonctionnement efficace de cette économie optimisant la division du travail et la spécialisation, et le garant de sa flexibilité dynamique et de sa capacité d'innovation puisqu'ils permettent à des innovations locales de bénéficier à de nombreuses chaînes de valeur, au prix d'un ré-engineering de ces dernières. Par ailleurs, l'intégration de plus en plus forte des économies et des réseaux au plan international oblige à rationaliser ces systèmes de normes d'interfaçage.

Historiquement, la normalisation technique a largement été entre les mains des industriels. La convergence de leurs intérêts avec l'intérêt général est dans ce domaine assez naturelle. Il n'en reste pas moins qu'il existe une féroce concurrence entre systèmes de normes alternatifs et que la puissance publique peut intervenir soit pour arbitrer entre ces intérêts, soit pour promouvoir des normes plus conformes à ses objectifs ; qu'il s'agisse d'objectifs de politique industrielle ou de la défense de l'intérêt général. L'autorégulation peut en effet aboutir à des normes bloquant l'innovation ou empêchant l'entrée de nouveaux concurrents.

Il existe de nombreux exemples d'autorégulation, notamment celui des IAA (INAO par exemple pour la viticulture ou le secteur des endives). Dans de nombreux cas, les associations professionnelles qui les conçoivent génèrent des externalités positives et des économies d'échelle. Mais elles peuvent également être à l'origine d'externalités négatives (collusion). Il est donc essentiel qu'une politique de la concurrence vigoureuse prévienne l'émergence de comportements collusifs nuisibles à l'intérêt des utilisateurs et à l'intérêt général.

Sécurité et protection des utilisateurs

La sécurité et la protection des utilisateurs est un autre domaine où l'autorégulation est historiquement prégnante. Les industriels et prestataires de service ont de fortes incitations à développer une réputation positive en la matière. De plus, ils peuvent avoir intérêt à ce que cette réputation soit établie au plan collectif pour diminuer les risques individuels, ainsi que les externalités négatives entraînés par les défaillances ou négligences de certains. Dans le même temps, l'autorégulation se heurte inévitablement au caractère potentiellement rentable de stratégies de passager clandestin consistant à ne pas subir les coûts de conformité à la norme, tout en bénéficiant des effets positifs de la réputation collective, au risque de la détruire. Telles sont les raisons pour lesquelles, là encore, une supervision publique peut apparaître nécessaire, avec un curseur pouvant évoluer de la simple règle de responsabilité pour faute à un régime d'autorisation ; de nombreuses formules intermédiaires correspondant à divers degrés d'intrusion ou de coopération entre autorité de régulation et régulés.

Partage des investissements et accès aux facilités essentielles

Le partage des investissements est un sujet qui, par essence, soulève des problèmes de collusion. Les investisseurs dans les "facilités essentielles" sont fondamentalement enclins à extraire leur rente de monopole lorsqu'ils fournissent leur service à des tiers, qu'ils soient des utilisateurs ou des concurrents. Au niveau d'une industrie, la multiplication de situations de dépendance bilatérales peut conduire des opérateurs dominants à

s'entendre sur de bonnes pratiques consistant à ne pas se discriminer mutuellement, mais le risque est grand que cela ne concerne pas les autres catégories d'utilisateurs. D'une manière générale, tout goulet d'étranglement sur les infrastructures nécessaires à la production de services – des réseaux physiques aux données – de même que toute stratégie de coopération sur la réalisation des grands investissements en la matière soulève des risques concurrentiels forts qui nécessitent la présence d'un régulateur de ces infrastructures. Son intervention doit souvent se faire *ex ante* pour fournir aux investisseurs des garanties claires sur ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire en matière de coopération et sur le régime d'accès auquel sera soumis leur investissement dans le futur.

Transparence et loyauté

Lorsqu'il s'agit de garantir l'encadrement du processus concurrentiel, même si les opérateurs peuvent et doivent être associés à l'élaboration de chartes et de normes, seule une intervention crédible de la puissance publique est susceptible de garantir la loyauté du processus concurrentiel à l'égard de ceux qui ont le plus faible pouvoir de négociation (petits opérateurs et nouveaux entrants) ou la plus faible compétence utilisateurs.

Une efficacité difficile à mesurer, mais la nécessité d'une concertation renforcée

Comme on l'a souligné à plusieurs reprises dans cette note, la question de l'articulation entre initiatives publiques et privées dans la définition et la mise en œuvre des cadres de régulation se pose moins en termes d'alternative que de modalités de dialogue et de coopération entre parties prenantes des politiques publiques, d'une part, et de l'activité économique, de l'autre, afin, à la fois d'éviter de mettre en œuvre des mesures contre-productives et de garantir l'effectivité des choix collectifs.

Cependant, le choix du mode adéquat d'articulation entre public et privé est difficile à réaliser. De nombreux facteurs, parfois difficilement mesurables – telles la crédibilité à long terme d'un système de règles ou la stabilité des critères d'arbitrage en cas de litige – sont à prendre en considération lorsqu'il s'agit de comparer différentes répartitions des droits de décision entre puissance publique et opérateurs privés, si bien qu'une analyse coûts-bénéfices précise apparaît hors de portée. Ceci est d'autant plus vrai que, comme on l'a montré, il convient de distinguer différentes phases du cycle de la régulation et que les avantages et les inconvénients des différentes alternatives évoluent avec les cycles d'innovation dans les marchés et industries concernés.

L'analyse que nous avons menée permet néanmoins de faire ressortir deux facteurs constituant les inducteurs de performance des solutions alternatives, permettant ainsi de souligner les critères qui devrait être pris en considération lorsqu'il s'agit de s'appuyer sur l'initiative privée pour contribuer à la régulation publique. Le premier critère est celui de l'alignement entre les intérêts des opérateurs et ceux de la puissance publique. Cet alignement, ou au contraire la divergence, dépend fondamentalement de l'articulation entre la structure du marché (i.e. le degré de concurrence à la fois directe et indirecte) et du sujet concerné (interopérabilité, sécurité, partage des investissements, loyauté du processus concurrentiel). Dit autrement, les opérateurs n'ont pas des intérêts systématiquement contraires à l'intérêt général, mais ils peuvent néanmoins être tentés d'utiliser la régulation pour renforcer leur emprise sur le marché régulé ou pour renforcer leur compétitivité sur des marchés tiers (en induisant des subventions croisées en leur faveur, ou en œuvrant à alléger les contraintes réglementaires les concernant).

Le second critère est celui du degré de complémentarité entre les capacités (et la légitimité) des parties concernées. Les opérateurs disposent souvent des compétences techniques permettant de concevoir les solutions technico-économiques les plus efficaces pour répondre aux objectifs de politiques publiques. Par ailleurs, ils sont en mesure de mettre en œuvre les solutions et disposent de l'information la plus fiable (et en temps réel) sur leurs performances effectives. Les pouvoirs publics peuvent néanmoins déployer des ressources et des actions au-delà des frontières des entreprises, ce qui leur donne à la fois un pouvoir plus étendu et une capacité à prendre en compte les externalités des actions privées. Avant tout, les pouvoirs publics, disposent de la légitimité à représenter l'intérêt général, même si de manière récurrente celle-ci leur est contestée. Les acteurs privés peuvent donc avoir besoin de l'action publique pour renforcer leur capacité à réguler, notamment lorsqu'il s'agit d'intervenir sur les comportements des acteurs à la marge de leur marché/industrie, ou des utilisateurs.

Comme on l'a souligné, ces divers éléments évoluent avec le développement des marchés, des usages, de la technologie. Telles sont les raisons pour lesquelles il faut considérer le développement des pratiques de dialogue entre parties prenantes dans une perspective d'apprentissage mutuel. Comme l'illustre la pratique du CSA qui a favorisé ces dernières années l'élaboration de chartes avec les professions qu'il régule, l'élaboration et la mise en œuvre de ces dernières favorise une prise de conscience par les acteurs de sujets saillants au niveau des politiques publiques (e.g. place des femmes dans les médias, désinformation, accès à la pornographie, etc.). Les résultats précis de telles prises de conscience, en termes de mise en œuvre de réponses effectives et de délai de réaction, sont à la fois difficiles à mesurer et contrastés, mais l'on peut observer des évolutions des comportements tant par le biais d'une certaine réflexivité chez les acteurs, que d'une "pression sociale" externe et interne. Au-delà, ces initiatives assurent une focalisation de l'attention sur des enjeux négligés et favorisent le partage des connaissances sur la nature des problèmes et les solutions envisageables.

En termes d'organisation de la régulation, l'analyse développée dans le cadre de ce groupe de travail, plaide pour un renforcement et un développement du dialogue entre parties prenantes pour réfléchir collectivement et de manière constante à l'amélioration des règles et des modalités de gouvernance sectorielle. Il n'existe pas de vecteur unique pour organiser ces dialogues et réflexions communes car, si les régulateurs existants sont légitimes pour organiser ces concertations au sein du secteur dont ils ont la charge, y compris à leurs franges, certains sujets peuvent leur échapper car ils relèvent d'une approche plus large. Dans le contexte de la transformation numérique, en particulier, l'étendue de l'activité de certaines plateformes peut poser problème quand il s'agit de réfléchir à leur régulation. Qu'il s'agisse des réseaux sociaux à la frontière du monde des médias et de la communication, des plateformes de distribution avec leur tendance à investir un nombre croissant de domaines et notamment les contenus audiovisuels, des opérateurs de télécoms qui étendent leurs activités au domaine bancaire et financier, ou encore des opérateurs de systèmes d'exploitation qui investissent de nombreux domaines de valorisation des données individuelles avec de forts impacts potentiels sur la mobilité ou la santé, il est de plus en plus difficile de dresser les frontières pertinentes de la régulation sectorielle ou fonctionnelle. Pour autant, il apparaît important et utile que de manière continue, les opérateurs de service, les utilisateurs, professionnels ou résidentiels, les différentes entités publiques dont l'action est concernée puissent se concerter pour partager des préoccupations, s'informer et se former mutuellement tant sur les pratiques des acteurs que sur les expériences en matière de régulation collective (ce qui inclut l'autorégulation) afin de réfléchir, notamment, aux formes d'hybridation entre régulation et autorégulation qui seraient les plus efficaces et appropriées, notamment en termes de temporalité, de manière à équilibrer les préoccupations de stabilité et de sécurité avec les opportunités en matière d'innovation et de distribution efficaces de ses bénéficiaires.

Dans le cadre de telles démarches, il convient de se préserver d'une vision figée de l'articulation public-privé en matière de régulation, notamment en considérant que certains modèles seraient intrinsèquement préférables aux autres. Tout doit en effet être envisagé de façon dynamique. La co-régulation et la régulation collaborative permettent, en phase d'innovation, tant le partage de l'information que la création de règles opérationnelles. Lorsque les intérêts demeurent alignés et que le pouvoir de marché n'est pas trop concentré, les risques demeurent limités et l'autorité publique peut continuer de s'abstenir

d'intervenir de manière trop intrusive. Lorsque les conditions de marché changent, ou lorsque certaines pratiques apparaissent comme menaçant l'intérêt général, l'intervention publique doit au contraire se faire plus pressante.

Deux points importants ne doivent pas être négligés dans ces dynamiques d'évolutions. Tout d'abord, elles sont l'occasion d'apprentissage et il est fondamental pour les autorités publiques à la fois de se doter de moyens d'accumuler des connaissances et des compétences, et aussi de s'assurer que cette connaissance est partagée par les parties prenantes les moins en position d'accumuler ces dernières, qu'il s'agisse du grand public ou du tissu des PME ou des professions. Ensuite, il convient de ne pas négliger le rôle du débat et de la concurrence pour favoriser l'accès à l'information et à la connaissance, d'une part, et pour discipliner les acteurs, de l'autre. L'organisation du débat est en soi un outil de régulation dans la mesure où il contribue à limiter les asymétries d'information, permet de focaliser l'attention sur les enjeux et les risques et est source d'expertises contradictoires augmentant la capacité collective à identifier des problèmes et leurs solutions.

Références bibliographiques

Balleisen, E. J., ed. .2015. *Business Regulation*. 3 vol. Cheltenham, U.K.: Edward Elgar Publishing

Baron, D.P. 2013. *Business and Its Environment* (7th edition), Upper Saddle River, NJ; Pearson Prentice-Hall

Bradford, A., .2015. "Exporting standards: The externalization of the EU's regulatory power via markets", *International Review of Law and Economics*, Volume 42, June, pp. 158-173,

Brousseau E. & J.-M. Codron. 1998 . "La complémentarité entre formes de gouvernance : Le cas de l'approvisionnement des grandes surfaces en fruits de contre saison", *Économie rurale*, 245-246 pp. 75-83

Brousseau E. & J.-M. Glachant (eds). 2014. *The Manufacturing of Markets : Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge University Press

Brousseau E., J.-M. Glachant & J. Sgard (eds). 2020. "*The Oxford Handbook of Institutions of International Economic Governance and Market Regulation*", Oxford University Press, (in press)

Dorobantu, S. , Kaul, A. and Zelner, B. .2017., Nonmarket strategy research through the lens of new institutional economics: An integrative review and future directions. *Strat. Mgmt. J.*, 38: 114-140.

Elkin-Koren N & M. Perel, 2020. "Understanding Algorithmic Governance in a Digital Era", in Brousseau, Glachant, Sgard [2020]

Greif, A., P. Milgrom, & B. Weingast. 1994. "Commitment, Coordination, and Enforcement: The Case of the Merchant Guilds." *Journal of Political Economy* 102(4): 745-776.

Greif, Avner. 2006. *Institutions and the Path to the Modern Economy*. New York: Cambridge University Press.

Howard Davies & Maria Zhivitskaya 2020. "Global Banking Regulation: the limitations of voluntarism" in Brousseau, Glachant, Sgard [2020]

Humphrey J. 2020. "Transnational Business Governance through Private Standards", in Brousseau, Glachant, Sgard [2020]

McCubbins M., R. Noll, & B. Weingast. 1987. "Administrative Procedures as Instruments of Political Control", *Journal of Law, Economics and Organization*. 3(2), pp. 243–77.

Menard, C. 1996. «On Clusters, Hybrids, and Other Strange Forms: The Case of the French Poultry Industry.» *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE)*t 152:1, p. 154-83.

North, D. C. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

Pirrong C. 2020. "Twin Failures: Private and Public Orderings in OTC Derivatives Markets", in Brousseau, Glachant, Sgard [2020]

Swinnen J & R. Kuijpers 2020. "The Governance of Global Agri-Food Value Chains, Standards, and Development", in Brousseau, Glachant, Sgard [2020]



Fondation Paris-Dauphine

governance
& regulation

*Chaire Gouvernance et Régulation
Fondation Paris-Dauphine*

Place du Maréchal de Lattre de Tassigny - 75016 Paris (France)

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