

# Le rôle des incitations réputationnelles dans la régulation

Synthèse de séminaire

---

**Séminaire du Club des Régulateurs**

*Université Paris-Dauphine, 18 octobre 2019*



**Dauphine** | PSL   
CHAIRE GOUVERNANCE  
ET RÉGULATION



# Table des matières

La régulation par la donnée : utiliser la puissance de l'information pour mieux orienter le marché et mieux assurer la protection de l'utilisateur .....	3
Synthèse des échanges à l'issue de l'exposé.....	5
Les enjeux de la sunshine régulation, ses modalités d'application et ses effets – exemples tirés notamment de la régulation des sociétés concessionnaires d'autoroutes .....	6
Synthèse des échanges à l'issue de l'exposé.....	8
Listes noires et recommandations sur les bonnes et mauvaises pratiques du secteur, un levier dans la lutte contre le piratage et la régulation des plateformes.....	9
La publication nominative de la sanction de régulation, une « incitation réputationnelle ».....	12
Behavioural insights of reputation incentives .....	15
Synthèse des échanges à l'issue de l'exposé.....	17



# Le rôle des incitations réputationnelles dans la régulation

Séminaire fermé du Club des Régulateurs  
18 octobre 2019

---

*Les incitations réputationnelles ont précédé le développement du Big Data et des « données partout ». L'Arcep et l'Autorité de régulation des transports (ART), notamment, ont été très en pointe dans la régulation par la donnée et la sunshine regulation.*

*Donner des informations sur les comportements des entreprises régulées pour accroître la transparence sur le marché suffit-il à faire évoluer les comportements des utilisateurs ? Il n'est pas rare que ceux-ci restent prisonniers de leurs choix passés et ne changent pas de fournisseur. Par ailleurs, alors que les régulateurs ont accès à une information beaucoup plus fine qu'autrefois grâce à la donnée, leur capacité à faire de la sunshine regulation s'est-elle accrue ? En somme, quels sont les outils qui facilitent la transformation de l'information en modification des comportements, et jusqu'où guident-ils les choix des utilisateurs ? Dans quel cadre juridique évolue-t-on en la matière ?*



# La régulation par la donnée : utiliser la puissance de l'information pour mieux orienter le marché et mieux assurer la protection de l'utilisateur

**Pierre Dubrueil**

**Adjoint au chef de l'Unité Régulation par la donnée, Arcep**

Le concept de régulation par la donnée est en partie inspiré des travaux de Nick Grossman et de son article « *White paper : Regulation, the Internet Way* »<sup>1</sup> paru en 2015. Dans la société de l'information, la distribution de l'information a un coût nul, les modèles qui permettent d'établir la confiance s'en trouvent modifiés et un nouveau paradigme de régulation s'avère nécessaire. Ainsi, il convient de passer d'une régulation 1.0, qui suivait une approche par la permission *ex ante*, à une régulation 2.0 dans laquelle les acteurs peuvent agir librement mais sont responsabilisés par la publication d'une grande quantité de données et la réputation qu'elle leur confère.

Dans ce contexte, plutôt que prescrire un comportement aux acteurs économiques, l'Arcep entend créer un réseau d'informations et d'incitations pour réduire les asymétries et démultiplier l'impact de son action. Ce type de régulation vise trois objectifs : amplifier la capacité d'action du régulateur dans une logique de supervision ; éclairer les choix des utilisateurs et mieux les protéger ; actionner des mécanismes d'incitation réputationnelle auprès des opérateurs, notamment pour favoriser l'investissement dans les réseaux.

## Mesurer la qualité de service mobile et fixe

L'Arcep met en place des mécanismes d'incitation réputationnelle en dégroupant la donnée des opérateurs et en la rendant accessible. Cela permet d'éclairer le choix des utilisateurs et d'effectuer une saine pression sur les opérateurs en les poussant à investir.

Pour combler l'insuffisance des données sur la couverture et la qualité de service mobile et permettre une information plus personnalisée, l'Arcep a construit [monreseau-mobile.fr](http://monreseau-mobile.fr). Cet outil présente les cartes de couverture en multicouches pour permettre à chacun de comparer les opérateurs et de faire le meilleur choix. Dans la continuité de cet outil, l'Arcep a également adopté une approche de *crowdsourcing* pour enrichir les informations disponibles en les publiant en *open data*, en mettant à disposition le « kit du régulateur » pour permettre aux collectivités et autres acteurs de reproduire ses tests avec le même standard, mais aussi en encourageant le partage de données avec des tiers. Ces données permettront aussi d'enrichir les cartes de [monreseau-mobile.fr](http://monreseau-mobile.fr). La première étape consistera à présenter les données de mesure de qualité de service effectuées par la SNCF sur les réseaux ferroviaires.

Comme sur le marché mobile, même si la granularité de l'information est très différente, l'Arcep s'est engagée dans une démarche de dégroupage de la donnée des opérateurs du marché du fixe. Nous suivons également une logique de co-construction inclusive, en faisant appel à la fois aux applications de *crowdsourcing* et aux acteurs de la mesure de la qualité de service Internet. Dans ce cadre, nous avons publié un code de conduite sur la qualité de service Internet à destination des outils de *crowdsourcing*. En outre, nous nous apprêtons à mettre en place une API « carte d'identité de l'accès ». Celle-ci sera développée

<sup>1</sup> <https://datasmart.ash.harvard.edu/news/article/white-paper-regulation-the-internet-way-660>

dans les boxes des utilisateurs et accessible aux outils de mesure conformes au code de conduite. Ce faisant, notre ambition est de créer un cercle vertueux dans l'écosystème de la mesure : pour accéder à l'API, les outils seront incités à suivre le code de conduite donc à bannir les pratiques les plus questionnables ; de leur côté, les opérateurs seront incités à mettre en place l'API pour avoir accès à des observatoires de meilleure qualité ; le tout, au bénéfice des utilisateurs qui seront alors en capacité de faire le meilleur choix.

### Faire peser l'expérience utilisateur dans la régulation

Un autre chantier de la régulation par la donnée vise à faire remonter de l'information des utilisateurs vers le régulateur. La plateforme de signalement [jalerte.arcep.fr](http://jalerte.arcep.fr) permet ainsi de faire remonter les dysfonctionnements du terrain. Cette base d'alerte est exploitable par les services métiers de l'Arcep pour assurer un suivi en temps réel des signaux faibles mais aussi pour identifier les dysfonctionnements récurrents. Chaque citoyen devient donc un micro-régulateur à son échelle.

### Premier bilan et perspectives

Opérer ce changement de paradigme de la régulation par la donnée imposait de relever un défi technique majeur en termes de collecte, de stockage et d'analyse, mais aussi de diffusion de la donnée. Aussi l'Arcep a-t-elle recruté de nouveaux profils pour développer ses compétences techniques.

La régulation par la donnée n'est pas spécifique au secteur des télécoms. C'est une démarche innovante qu'utilisent d'autres acteurs, comme l'application Yuka dans la *foodtech*. Elle offre également des perspectives prometteuses pour une régulation du numérique, par la transparence des algorithmes mais aussi la mise en œuvre d'outils de comparaison et d'évaluation. Enfin, elle permet une nouvelle approche régulatoire par la supervision, rendue nécessaire par l'évolution rapide des technologies.



# SYNTHÈSE DES ÉCHANGES À L'ISSUE DE L'EXPOSÉ

La notion de changement paradigmatique est très forte et se pose la question de savoir s'il n'est pas préférable de parler plutôt d'un changement d'outils et d'une amélioration de la démarche grâce à l'apprentissage en continu. En même temps, l'Arcep ne fournissant plus seulement des données agrégées mais aussi des informations personnalisées à chaque utilisateur, on peut effectivement avancer l'idée d'un changement de paradigme, notamment à la faveur du recours au crowdsourcing.

Pour autant, les régulateurs ne sont pas non plus en train de se limiter à des observatoires. Un outil comme monreseaumobile.fr, qui a été présenté ici, fait partie du faisceau d'indicateurs ayant participé à la genèse du New Deal Mobile. Les utilisateurs se le sont d'ailleurs approprié, de même que les pouvoirs publics et les collectivités, désormais en capacité d'engager des actions plus contraignantes que par le passé. Par ailleurs, grâce à la plateforme jalarte.arcep.fr, il ne s'agit plus de seulement de répondre aux utilisateurs mais d'identifier des signaux faibles pour ouvrir le dialogue sur ces sujets avec les régulés et aller au-delà de l'incitation. Ainsi, quand le marché mobile a été fortement secoué par l'arrivée de Free Mobile, avec une politique tarifaire et une qualité de service très différentes des autres, l'information sur l'ensemble de ces paramètres, au-delà des seuls prix, a été précieuse et justifie le principe même de la régulation.

Enfin, l'information ne saurait encore être parfaitement triée par l'intelligence artificielle dans ce domaine. C'est aussi pourquoi l'ARCEP a choisi de diffuser des informations très personnalisées, estimant que l'expérience accumulée permettra de savoir si cette démarche est conforme aux attentes des utilisateurs et des collectivités. Le cas échéant, les outils devront en effet évoluer. Dans cette perspective d'ailleurs, une nouvelle version de jalarte.arcep.fr est prévue pour début 2020. Les moyens doivent aussi être adaptés aux capacités actuelles de traitement des données ; des expériences sont à ce titre réalisées via l'accueil de deux entrepreneurs d'intérêt général. En revanche, il ne s'agit pas d'homologuer les démarches des différents acteurs ou à couvrir l'ensemble de l'écosystème des outils d'observation et de mesure, en France et à l'étranger, et ce d'autant moins qu'il semble hasardeux de prétendre qu'il existerait une seule bonne méthode. L'idée est plutôt de mettre au point un code de bonne conduite invitant à faire cesser les mauvaises pratiques. La démarche de co-construction de l'Arcep permet d'avancer avec les acteurs dont les outils sont conformes à ce code.

# Les enjeux de la sunshine régulation, ses modalités d'application et ses effets – exemples tirés notamment de la régulation des sociétés concessionnaires d'autoroutes

**Nicolas Wagner | Directeur du Transport routier de voyageurs et des autoroutes, Autorité de régulation des transports (ex-Arafer)**

Depuis 2015, l'ART est dotée de compétences de régulation du secteur autoroutier, réparties en deux missions : le suivi économique des concessions ; le contrôle des contrats des marchés de travaux. Par ailleurs, son pouvoir, pour ce secteur, n'est pas toujours contraignant sur le plan juridique. Il ne lui est notamment pas possible de faire de la régulation par les prix, dans la mesure où il existe une loi tarifaire couvrant toute la durée des concessions. C'est sans doute l'une des raisons qui explique que son cadre de régulation s'appuie largement sur les incitations réputationnelles.

## L'exemple du plan d'investissement autoroutier (PIA)

En mars 2017, l'ART a été saisie de sept projets d'avenants aux contrats des concessions historiques portant sur 57 opérations routières et environ 800 millions d'euros de travaux essentiellement financés par des hausses de péage supplémentaires en 2019, 2020 et 2021. Elle a rendu des avis publics mais non contraignants pour chacun de ces projets.

Notre analyse s'est déroulée en cinq temps et s'est conclue par les décisions suivantes.

- Les opérations ne relèvent-elles pas d'obligations déjà prévues contractuellement ? L'ART a répondu positivement pour huit d'entre elles. L'analyse des avenants définitifs montre que l'Autorité a été entendue sur ce point. Les opérations sont-elles utiles et nécessaires ? L'ART a estimé que l'utilité n'était pas établie pour 20 d'entre elles. L'analyse des avenants définitifs montre toutefois que seules les opérations les plus modestes en valeur ont été retirées du plan. En revanche, l'encadrement contractuel des programmes de réalisation de places de covoiturage a été renforcé dans les avenants définitifs.

- Le montant des travaux est-il correctement dimensionné ? L'ART a établi que les coûts retenus étaient souvent surestimés. L'analyse des avenants définitifs montre néanmoins que les mises en garde de l'Autorité n'ont pas été suivies d'effet sur ce point. Le niveau de rémunération des capitaux est-il raisonnable ? L'ART a estimé que le taux de rémunération qui résultait des paramètres des avenants pouvait se traduire par une rémunération excessive des SCA. L'analyse des avenants définitifs montre que le taux de rémunération du capital a été revu à la baisse à la suite des avis de l'ART.

- Le contrat intègre-t-il des clauses d'encadrement en cas de résultats plus haut que prévu ? L'Autorité a relevé que deux types de clauses contractuelles modifiant le partage des risques entre concédant et concessionnaire portaient indûment atteinte aux intérêts des usagers (clause relative au calcul de l'« indu financier » en cas de retard dans les investissements, d'une part, clause de paysage instaurée pour compenser SAPN d'une éventuelle perte de recettes liée à l'ouverture du contournement est de Rouen, d'autre part). Les réserves de l'Autorité n'ont pas conduit à une révision des avenants sur ce point. Au final, le périmètre du plan a été ajusté à 43 opérations et 700 millions d'euros de travaux.

Cet exemple illustre les forces et faiblesses d'un avis non contraignant. D'un côté, l'absence de risque fort de contentieux rend l'ART plus libre de ses propos. De l'autre, ses avis ne sont pas tous suivis et quand ils le sont, on ne maîtrise pas sur quel aspect. En tout état de cause, la publicité des avis concourt nécessairement à une plus grande transparence dans la négociation des contrats.

### L'observation des marchés

La mission de réaliser plusieurs publications sur le secteur autoroutier nous est confiée. Pour établir le rapport sur la synthèse des comptes des concessions autoroutières, nous collectons des données comptables que nous agrégeons à la fois par concession et pour un bilan sectoriel. Pour le rapport sur les marchés et les contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes, plus technique, nous suivons notamment le taux d'attribution à des entreprises liées. Cet indicateur est regardé de très près par les sociétés, mais son interprétation n'est pas simple du fait de la grande variabilité des marchés, notamment de travaux, en termes de coûts et de nature.

Par ailleurs, les pouvoirs de collecte de données qui nous ont été confiés sont puissants, d'autant qu'ils sont assortis d'un pouvoir de sanction. Notre expertise s'est construite au fil des années et renforcée par des formations mais aussi le recrutement de data scientists.

L'analyse du secteur reste toutefois un défi du fait à la fois de la différenciation spatiale très marquée, de la nécessité d'une approche multimodale et de la présence de services planifiés et/ou subventionnés.

En conclusion, je voudrais souligner l'intérêt des incitations réputationnelles, mais aussi souligner ses difficultés. C'est le cas lorsque, comme dans notre secteur, les régulés peuvent exploiter des vecteurs de communication puissants mais aussi que les signaux peuvent être brouillés par le débat public.

Je voudrais aussi ajouter que le passage à l'ART devrait ouvrir de belles perspectives à l'échelle intermodale (vers une meilleure compréhension du marché de transport urbain) mais aussi intramodale (*benchmark* au moyen d'indicateurs de performances économiques régionalisés ou entre transports conventionnés et non-conventionnés).

## SYNTHÈSE DES ÉCHANGES À L'ISSUE DE L'EXPOSÉ

L'on peut s'interroger sur la portée d'un avis simple en tant qu'incitation réputationnelle. En réalité, ce type d'avis n'est ni une incitation économique, ni une contrainte juridique le caractère incitationnel réside dans le mécanisme – le risque d'affichage, par exemple – qui poussera l'État concédant et la concession à suivre ou non cet avis simple.

Par ailleurs, une association ou un citoyen concerné peut porter plainte pour casser un avenant, en se fondant sur des avis qui n'auraient pas été suivis et cela mettrait l'État en difficulté. En effet, l'ART vérifie pour sa part la bonne application du code de la voirie routière et le Conseil d'Etat s'appuie sur ses avis pour se prononcer sur un projet d'avenant. Le régulateur peut donc apparaître progressivement plus légitime : il n'avait au départ qu'une compétence d'avis sur les tarifs réglementés de vente et du fait de nombreux contentieux et annulations, avec des effets désastreux sur le marché et le consommateur final, il s'est vu confier une compétence de proposition tarifaire. Par suite, les rapports de ses observatoires tarifaires ont été utilisés à plusieurs reprises devant le Conseil d'État et le tribunal de commerce. A titre de comparaison, lorsqu'un recours est fait contre un arrêté ministériel, le Conseil d'État s'appuie sur l'analyse économique de la CRE, qui sur le même registre qu'un avis de l'ART, est donc un outil puissant.

# Listes noires et recommandations sur les bonnes et mauvaises pratiques du secteur, un levier dans la lutte contre le piratage et la régulation des plateformes

**Anna Butlen**

**Directrice des Affaires juridiques, Hadopi**

La question des conséquences de l'activité administrative sur la réputation des acteurs nous anime au quotidien notamment dans le cadre des réflexions sur l'avant projet de loi audiovisuelle en cours de consultation. En l'occurrence, les pouvoirs publics envisagent de consacrer dans la loi des mesures « stigmatisantes » comme un des leviers de pression et d'action pour la lutte contre le piratage et la régulation des plateformes. Dans cette optique, l'Hadopi a formulé des propositions et analyse à l'agrès de ces mesures sous trois angles : la finalité, l'efficacité et la légalité de la stigmatisation.

## La stigmatisation : dans quel but entacher la réputation d'un acteur économique ?

Cette question relève presque de la sociologie du droit. Pour paraphraser Michel Foucault et être volontairement provocatrice, la finalité de la régulation est-elle désormais de « surveiller et salir » ?

Sous l'angle juridique on se pose la question de cette nouvelle notion et de l'adéquation et de la proportionnalité de son régime juridique dans une vision finaliste du droit.

Sur le plan des sciences politiques, on s'interroge également. Assiste-t-on à un délitement de la sanction ou au renouveau de l'action publique face aux « géants transnationaux » certes un peu dégradée mais dans un objectif plus pragmatique ?

Alors que la société est technicisée, complexifiée, mondialisée et transnationale, des failles sont apparues dans l'applicabilité des dispositifs juridiques, mais aussi dans la définition des politiques publiques. En outre, la dématérialisation modifie les repères normatifs et avec l'essor de la société d'information et des réseaux sociaux, le rapport au droit et à la loi peut paraître amoindri.

L'effectivité et l'acceptabilité du droit constituent donc l'enjeu pour tous les régulateurs du numérique. Y répondre entraînera nécessairement une rénovation de la place du régulateur et de l'action publique : il faut agir différemment parfois cela implique des effets sur la réputation des acteurs régulés ou surveillés .

## Quelle efficacité ?

Il est indispensable de tenir compte de deux éléments : nous sommes dans une société de l'information et de l'exemplarité, et dans une société « technologique » très évolutive qui nécessite des modes d'action souples et adaptés aux nouveaux interlocuteurs, étant entendu que le plus souvent, ceux-ci ont un très fort potentiel économique et peuvent être transnationaux ou internationaux.

Dans ce contexte, entretenir avec les acteurs une relation à la fois de proximité et de rapport de force peut présenter un intérêt pour le régulateur. Il importe donc de ne pas

rejeter d'emblée le droit dit de manière stigmatisante « mou », comme s'il était synonyme de dégradation des pouvoirs de l'État – je préfère d'ailleurs parler de droit « souple » dès lors qu'il peut s'agir d'outils pragmatiques, efficaces et doivent être appréciés à l'aune de leurs effets et notamment s'ils parviennent à atteindre la cible.

La stigmatisation ne peut pas être l'alpha et l'oméga d'une politique publique efficace. Il s'agit d'un levier qui doit s'inscrire dans un ensemble de mesures structurantes pour lui donner du sens.

Nous avons identifié trois clés pour analyser la pertinence de ces mesures de stigmatisation : les effets des mesures, leur cible et l'articulation avec les moyens d'action du régulateur.

Par ailleurs nous considérons qu'il convient de distinguer deux types de mesures très différentes : les mesures directes (qui relèvent de l'activité administrative, pour lesquelles la publicité stigmatisante constitue « juste » un volet complémentaire qui relève de la communication au public de la mesure) ; les mesures indirectes ou plutôt détournées (qui consistent à stigmatiser dans le but de créer un effet par ricochet, via des tiers).

Une mesure directe (sanction, avis ou recommandation), bien connue et établie dans l'ordonnement juridique n'est pas de la seule stigmatisation en tant que telle, mais du pouvoir administratif. C'est la communication qui lui procure, le cas échéant, un caractère stigmatisant. Penser que l'on va induire un changement de comportement en jouant sur la réputation d'un acteur n'est pas nouveau et peut se heurter à une limite : le risque de l'acceptabilité sociale et de la réputation de l'administration elle-même. Pour que la mesure soit efficace et bénéfique, il faut que l'autorité qui la prend soit elle-même exemplaire et dont l'action est acceptée socialement. Les réseaux sociaux se déchainent eux aussi régulièrement contre des mesures administratives mal acceptées ou portées par des acteurs publics fragilisés ou avec une image de marque dégradée. Il ne faut pas que les mesures stigmatisantes fassent elles-mêmes naître une polémique en mettant en cause la légitimité de l'administration qui la porte. Par ailleurs, les mesures directes ne ciblent que les acteurs licites et régulés. Et pour cause, elles n'auraient aucune utilité contre les acteurs illicites. Il est donc indispensable d'éviter de faire de ces mesures des trophées de chasse, au risque de créer des revendications de type « que faites-vous contre les acteurs les plus dangereux voire mafieux sur internet ? ». Vis-à-vis des acteurs illicites, en revanche un levier possible est celui des mesures indirectes ou détournées pour alerter le public et inciter le monde économique à isoler ces acteurs illicites, c'est-à-dire à induire un changement de comportement chez les autres. Cela implique de faire le pari de l'effet informatif des mesures d'incitation. Reste à savoir si c'est suffisant.

En l'occurrence, établir des listes noires des acteurs illicites ne suffit pas. Sans doute faudrait-il que cette régulation s'inscrive dans une politique globale, alliant l'information et la sensibilisation du public (afin qu'il modifie lui-même son comportement), la valorisation de l'offre légale, et l'implication de tous les partenaires économiques. Le dispositif doit donc aller bien au-delà de la stigmatisation, et agir pour participer à la lutte contre le piratage en apportant des expertises sur les caractéristiques de ces services susceptibles d'éclairer le juge mais également en aval de ces procédures judiciaires pour sécuriser les acteurs économiques qui veulent rompre leurs relations avec les sites illicites grâce à cette même expertise.

Le « *name and shame* » est également un levier diplomatique et de coopération entre États. Les États-Unis ont commencé à dresser des listes avant l'Europe, pour identifier les services illicites d'une part et les pays peu regardants sur le piratage d'autre part.

Un ancêtre de la stigmatisation est la Commission des clauses abusives, chargée d'établir des standards juridiques et d'émettre un avis sur chaque clause dont elle est saisie. Ce mécanisme de caractérisation, de simplification et de fluidification du travail du juge fonctionne plutôt bien. Suivant cette même logique, réfléchissons à une caractérisation juridico-technique de la notion de site illicite. En effet, préciser dans la loi ce qu'est un site illicite n'aurait pas de sens, car cette définition deviendrait très rapidement obsolète. En revanche, un référentiel juridico-technique mis à jour par un régulateur pourrait servir à la fois aux acteurs privés, aux ayants droit, aux utilisateurs et au contentieux, et permettrait d'atteindre l'objectif d'efficacité recherché. C'est dans cette perspective qu'Hadopi a élaboré plusieurs propositions de caractérisation et de suivi des mécanismes d'autorégulation privés.

### Et la faisabilité juridique des listes noires?

Le régulateur numérique devrait se voir confier un pouvoir d'accompagnement des acteurs vertueux et de caractérisation des acteurs illicites qui relèvera du droit souple dès lors qu'il ne s'agit pas de « sanction administrative avec effet direct sur la poursuite de l'activité » en matière de service de communication au public en ligne. En France, le pouvoir de sanction (à l'exception de la lutte contre la pédopornographie ou du terrorisme) est confiée au juge et non à l'autorité publique. Conformément au principe de liberté de la communication, un site Internet est légal jusqu'à preuve du contraire, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'il soit bloqué ou fermé par un juge.

Dès lors, comment rattacher nos mesures à l'ordre juridique ? D'une part, le régulateur n'ayant pas de pouvoir de fermeture ou blocage administratif, sa liste noire n'est ni exécutoire, ni opposable. D'autre part, en cas d'information erronée, la responsabilité de l'administration peut être engagée par les tiers à qui elle a demandé d'agir sur la base de cette information. Se pose aussi la question de la diffamation, en cas d'annulation de la liste noire.

En résumé, Hadopi considère qu'il convient d'essayer de construire le principe de spécialité non pas autour de la notion de stigmatisation mais autour de la mission de caractérisation du régulateur, en accompagnant les acteurs dans le cadre d'accords. Et ce, tout en gardant en tête qu'il ne s'agit pas de constater l'illégalité d'un site mais l'existence de potentielles atteintes au droit sur ce site. La mise en place de cette articulation alimentera à coup sûr de nombreux débats.

# La publication nominative de la sanction de régulation, une « incitation réputationnelle »

**Claudie Boiteau**

**Professeure de droit public, Université Paris-Dauphine – PSL**

Les mesures incitatives de régulation utilisant le levier de la réputation peuvent être mises en œuvre en amont du comportement recherché (mesures citées plus haut, auxquelles on peut ajouter les « mises en garde », publiées notamment par l'AMF et qui sont emblématiques de la *sunshine regulation*, ou bien encore les « mises en demeure », prononcées notamment par le CSA) mais aussi en du comportement attendu .

Je souhaiterais ici évoquer une autre mesure de régulation, qui utilise, en tout ou partie, la réputation comme levier, qui est mise en œuvre en aval du comportement du régulé : la sanction de régulation et, plus précisément, le caractère nominatif de la sanction de régulation.

La sanction de régulation, décision administrative, est possiblement duale avec un volet disciplinaire et un volet pécuniaire. Surtout, elle peut être publiée. De façon anonymisée. Elle ménage alors la réputation de la personne sanctionnée. On considère qu'une telle publication a une visée pédagogique, incitative. Les acteurs du marché sont ainsi incités à adapter leur comportement. Elle peut l'être aussi de manière nominative. C'est là où la dimension d'« incitation réputationnelle » de la mesure de régulation, que constitue la sanction, apparaît. Concrètement, le risque réputationnel engendré par une éventuelle publication nominative de la sanction est un instrument supplémentaire du régulateur, un élément de sa pratique régulatoire, visant à inciter plus fermement les opérateurs à rectifier leur comportement en leur faisant craindre de voir leur crédibilité amoindrie.

Plutôt qu'une sanction-punition, la décision de publication de la sanction nominative constitue un exemple assez topique de la sanction-régulation, toute entière tournée vers l'avenir, dans le cadre de la répression administrative. En outre, la dimension réputationnelle est renforcée par le support de la publication. Ainsi, la mise en ligne nominative d'une sanction de régulation démultiplie sa portée et peut même avoir l'effet d'un pilori perpétuel.

## La diversité des régimes applicables

Les textes organisant la publication nominative des sanctions de régulation ne sont pas harmonisés. Ils sont même globalement silencieux quant au caractère nominatif de cette publication – sans doute parce que le principe est la publication nominative et l'exception, la publication anonymisée. Cela étant, certaines pratiques développées par des autorités régulatrices, notamment celles de l'AMF ont été inscrites dans la loi.

La variété des dispositions applicables peut être illustrée par les exemples suivants. Les décisions la Cnil sont publiées sur son site Internet et sur celui de Legifrance. Celles de l'Arcep sont publiées pour une durée proportionnée à la sanction infligée et peuvent être rendues publiques. Celles du CSA sont publiées sur son site ainsi qu'au Journal officiel. Les sanctions de l'AMF peuvent être publiées et reportées, publiées sous une forme anonymisée ou non publiées. En outre, ces décisions demeurent disponibles durant au moins cinq ans à compter de la publication. Concernant l'ACPR, en revanche, la loi ne



comporte aucune indication quant à la durée maximale d'accessibilité des données à caractère personnel sur son site. S'agissant de l'ART, la loi est sobre puisqu'elle prévoit simplement que les décisions de sanction sont publiées au Journal officiel – mais la commission des sanctions de ce régulateur n'en a pas encore prononcé. La loi prévoit également que les décisions du CoRDIS sont publiées au Journal officiel, et celles-ci peuvent être précisées réglementairement.

#### La qualification de sanction complémentaire et le contrôle du juge

En 2006, la publication nominative de la sanction régulatrice a été qualifiée par le juge administratif de sanction complémentaire (CE, 17 nov. 2006, CNP Assurances, n° 276926). Il s'agit là d'une jurisprudence réaliste puisque la publication nominative peut s'avérer plus pénalisante que la sanction proprement dite, particulièrement en termes de réputation. Cette appréciation conduit à dissocier la sanction et son but répressif de sa publicité, qui peut être considérée comme un instrument de régulation ayant aussi pour objectif, en tout ou partie, la sauvegarde de l'ordre public économique.

Par ailleurs, cette sanction complémentaire est soumise au contrôle de proportionnalité du juge administratif : si elle n'exige pas de motivation spécifique et distincte de la sanction principale, elle doit être adéquate avec le motif qui la fonde. En pratique, le juge applique une forme de théorie du bilan qui le conduit à vérifier que la sanction complémentaire de publication ne cause pas de préjudice excessif au regard des exigences d'intérêt général qui la fondent. (CE, sect., 6 juin 2008, n°299203, Société Tradition Securities et Futures).

Par la suite, la généralisation de la publication des sanctions de régulation sur le site Internet du régulateur a changé la donne et conduit le juge administratif à raffiner son contrôle de proportionnalité, en l'étendant notamment à la durée de la publication. Ainsi, par l'arrêt « Société théâtre national de Bretagne » du 28 septembre 2016 (n° 389448), il a fait du support et de la durée de publication sur Internet, lorsqu'elle la décision de sanction est accessible de façon libre et continue, des éléments intrinsèques de la sanction et non plus de simples modalités de son exécution. En conséquence, le défaut d'indication de la durée de publication équivaut à l'édiction d'une sanction à durée illimitée – donc disproportionnée.

Cette décision, rendue à propos d'une sanction de la Cnil, est transposable à toutes les sanctions complémentaires de publication prononcées par toutes les autorités de régulation. C'est d'évidence l'analyse qu'en a faite la commission des sanctions de l'ACPR dans sa décision « Banque postale » du 21 décembre 2018, en décidant, pour la première fois, que sa décision serait publiée sous forme nominative durant cinq ans, puis maintenue sous une forme anonymisée. Il convient toutefois de préciser que la limitation de la publication nominative de la sanction dans le temps concerne le site Internet de l'autorité concernée et/ou le Journal officiel, et qu'il n'appartient pas à l'autorité de régulation de s'assurer du déréférencement de la décision dont d'autres sites auraient pu se faire l'écho.

Une nouvelle évolution jurisprudentielle a été engagée l'été dernier. Jusqu'alors, en application du principe de proportionnalité, le juge n'avait pas censuré une décision de sanction au seul motif du caractère nominatif de sa publication. C'est désormais presque chose faite, par une ordonnance de référé de suspension du 9 août 2019. Dans cette affaire, l'ACPR avait sanctionné une banque en prononçant un blâme et une sanction pécuniaire

de 200 000 euros, et sa Commission des sanctions avait décidé d'une publication nominative durant cinq ans au registre de l'autorité. Cette banque avait alors introduit devant le Conseil d'État un référé-suspension de la décision en tant qu'elle ordonnait sa publication au registre de l'autorité – ce qui montre bien que la sanction la plus crainte est la sanction réputationnelle : la banque ne demandait pas la suspension de la sanction principale (blâme et sanction pécuniaire) mais celle de la sanction complémentaire de publication nominative. En l'occurrence, de manière assez novatrice, le juge du référé de suspension a fait droit à la requête en considérant notamment que la publication anonyme était déjà appropiée à la recherche d'exemplarité.

### Perspectives

Cette récente évolution jurisprudentielle, qui manifeste l'attention particulière du juge au risque réputationnel, appelle quelques observations.

D'une part, l'interprétation faite par le juge du référé de suspension dans cette affaire a vocation à concerner toutes les autorités de régulation. Or, le fait que l'ordonnance minore l'importance des griefs, dont elle indique qu'ils porteraient simplement sur des défaillances d'ordre méthodologique, pose problème dans la mesure où la procédure de sanction développée en matière de lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme recherche presque exclusivement ce type de défaillances. Si de telles défaillances sont mineures et mises en regard du risque réputationnel généré par une publication nominative, une décision de publication de ce type sera systématiquement disproportionnée. On peut donc se demander si une telle évolution annonce la fin de l'instrumentation du risque réputationnel dans l'exercice du pouvoir de sanction.

D'autre part, les autorités de régulation sont invitées à motiver la publication nominative afin de ne pas fragiliser leurs décisions de sanction. L'ACPR a d'ores et déjà entendu le message puisque, pour la première fois, en septembre (ACPR, CS, n° 2018-08) , elle a précisé la raison pour laquelle sa Commission des sanctions estimait nécessaire de publier nominativement une sanction.

Enfin, des voix s'élèvent pour soutenir qu'une autorité de régulation devrait différer la publication de sa décision de sanction jusqu'à ce que les contentieux soient purgés. Même si l'on comprend l'intérêt d'une telle proposition, celle-ci me semble assez préoccupante. En effet, elle risquerait d'infléchir sensiblement le caractère obligatoire de la décision administrative, ce qui ferait du juge le véritable régulateur. L'on s'orienterait alors vers une véritable judiciarisation de la régulation économique et financière.

En définitive, la publication nominative de la sanction de régulation, qui engendre un risque réputationnel et constitue donc une incitation, est un outil délicat à manier. Toutefois, les régulateurs l'utilisent à bon escient, dans le but d'assurer la sauvegarde de l'ordre public économique. L'anéantir serait très certainement priver le régulateur d'un instrument efficace de la réalisation de ses missions.

### **Remarque**

L'évolution jurisprudentielle de 2019 est cependant inquiétante. Sur le plan juridique, elle pourrait remettre en cause la présomption de légalité des décisions du régulateur. Et sur le plan pratique, Hadopi doit actualiser tous les mois sa liste noire. Il convient alors de s'interroger sur la manière de procéder faire s'il faut attendre que le délai de recours (deux mois) soit passé et que le Conseil d'État ait purgé tous les contentieux. Auquel cas, cet outil de régulation deviendrait complètement inefficace.

# Behavioural insights of reputation incentives

**Jammes Drummond**

**Policy Analyst, Regulatory Policy Division, OECD**

Behavioural insight tools can be used in legally uncontroversial ways to drive and improve policy outcomes. They can provide a deeper understanding of individuals' attention capacity, belief formation, ability to make choices and determination to follow through on those choices.

## What are behavioural insights?

People's ability to make good decisions is influenced by the social and environmental context and individual biases. Behavioural insights offer an inductive, evidence-based approach to policy making by first trying to understand what drives individual decision-making and then applying that to public policy and regulation. This increasingly popular methodology, which is applied by well over 200 institutions around the world, is informed by research in the behavioural and social sciences as well as experimentation and observation. As such, it challenges many of the assumptions that are integral to traditional policy-making models.

The behavioural insights methodology seeks to identify the behaviours that drive a process, analyse those behaviours in terms of attention, belief formation, choice and determination, develop strategies to counteract relevant behaviours, test interventions, and then deliver large-scale change. With the Network of Economic Regulators, the OECD has been working to apply behavioural insights on various projects, including consumer protection policy in the Colombian telecommunications market, the safety culture in the energy sectors of Canada, Ireland, Mexico and Oman, and the stakeholder engagement process for water charging in Scotland.

## Can behavioural insights improve regulatory outcomes?

Regulators need to determine the drivers of a problem in order to establish the right behavioural approach to challenging it. Often, non-compliance is due to missing or inadequate information or cumbersome procedures: most people are not inherently bad but they often require help to be good. For example, a study by the UK tax authority, the HMRC, found that only 4% of non-compliance was deliberate 'tax dodging'. This finding that has been replicated in a number of studies.

Policymakers should plan for (in)attention and (in)action. Consumers are likely to accept pre-selected default options. Before the practice was outlawed in the EU and many other countries, UK consumers were wasting around £100 million per annum on travel insurance that they did not want simply because it was the default option when they bought flight tickets. As default options and pre-filled fields are a significant driver of (in)action, these tactics can be used to dramatically increase rates of form completion.

Regulators should also work to support positive belief formation. The OECD's work on safety with regulated entities in Canada, Oman, Mexico and Ireland highlights the

importance of bias and personal experience in belief formation. Staff who work on frontline tasks have a lower perception of workplace safety than managers, who are not directly involved in tasks that affect safety. Regulators have the lowest perception of safety as their work obliges them to seek out and focus on unsafe behaviour.

Our roles affect our beliefs about behaviours and, through the messenger effect, also affect our ability to receive information about behaviours. People's ability to absorb messages is influenced by the source of the information. A cross-national OECD study of large regulated entities found that safety messages delivered by regulators and management were effective but that messages from peers had little impact. Conversely, experiments with small-scale gas and electricity installers in Ireland showed that messages from regulators were ignored while messages from trusted peers within industry associations were strongly adopted. The ideal messenger is, therefore, someone who is of higher professional status but socially close.

Message format can also drive behaviour. Changing the format of non-conformance notices for registered gas installers in Ireland from a flat, standard letter to a personalised, behaviourally-informed notice increased timely resolution of non-conformance by 13% when the installer worked within a firm. Among people who worked alone, however, this approach reduced resolution rates by 14%. Actions that work with one population might have unintended consequences among another population.

Feedback can be used to motivate desirable behaviours. Socially-driven feedback that places behaviour within a larger social context can be highly effective. In an effort to cut excessive prescriptions of antibiotics that are driving antimicrobial resistance, doctors in the top 20% of UK prescribers were sent a letter telling them that they were in the top band and suggesting ways that they could reduce rates. In three months, the number of doses they prescribed fell by 73,000. In Australia, similar letters were sent to the top 30% of practices and rates fell by 12.3% over six months. 'Naming and shaming' is another extremely powerful tool to remediate poor behaviour. However, it must be remembered that negative feedback can have negative consequences and should be used with care. For example, highlighting poor behaviour can make that behaviour seem more common and, hence, more socially acceptable. Careful testing and piloting is necessary to check that an intervention has the desired effects.

### Conclusion

Behavioural insights offer policymakers many tools to achieve desired outcomes. Interventions should always be piloted, as a solution that was successful in one country or industry will not necessarily transfer successfully to another situation. Policymakers should also remember that problems tend to be a combination of structural issues, such as inadequate legal texts or insufficient economic incentives, and behavioural issues and work to implement appropriate solutions that target both aspects.

# SYNTHÈSE DES ÉCHANGES À L'ISSUE DE L'EXPOSÉ

Dans le domaine de la régulation économique des industries de réseaux, l'analyse des données permet de mettre en évidence des variations de qualité de service qui devraient inciter les consommateurs à changer de fournisseur. D'autres considérations, telles que la durée du contrat et les coûts du changement, ont tendance à avoir la priorité et les consommateurs conservent finalement leur fournisseur initial.

Les données mettent cependant bien en évidence ce problème potentiel de changement de fournisseur. Les régulateurs du monde entier devraient donc chercher à comprendre ces comportements et leurs sous-jacents. Ceux-ci devraient donc chercher à comprendre ce comportement et ceux, sous-jacents, qui le motivent. A ce seul prix, ils pourront identifier les actions et les outils appropriés, à supposer qu'ils disposent du mandat et du pouvoir juridique nécessaires pour le faire.

Savoir dans quelle mesure l'information produite influence réellement les utilisateurs semble ici nécessaire et le travail de personnalisation effectué par exemple, par l'ARCEP, a montré, à partir d'un sondage, des utilisateurs s'estimant insuffisamment informés sur la qualité de service et la couverture, critères importants de choix d'un opérateur. Pour autant, une étude sur l'influence réelle de monreseau mobile.fr sur le marché fait encore défaut et pourrait être utile. De même pour ce qui concerne la CRE, le lien avec le consommateur final est affecté par l'existence du médiateur de l'énergie. Qui plus est, le rôle des opérateurs régulés semble mal compris du grand public. De ce fait, l'aspect incitationnel et réputationnel de certaines mesures passe encore au second plan. Enfin, la question du rapport de l'opérateur à son image de marque est aussi importante. En l'occurrence, on ne saurait nier un risque d'effet pervers des mesures réputationnelles : favoriser des actions de communication concentrées sur les plus gros acteurs économiques, en particulier étrangers. La régulation ne doit pourtant pas porter uniquement sur eux même si la régulation réputationnelle ne peut fonctionner que sur les acteurs sensibles à leur réputation. La discussion sur la réputation présuppose qu'avec plus d'informations, les utilisateurs prendront de meilleures décisions alors qu'en réalité, cela peut rendre celles-ci plus compliquées. Lorsque les individus se voient proposer un grand nombre de choix, ils tendent vers les extrêmes. Réduire la quantité d'informations et se concentrer sur les questions les plus importantes pourrait être un moyen de résoudre ce problème.

Enfin, pour les infractions graves, l'article 40 du Code de procédure pénale prévoit la saisie du procureur par les autorités de régulation, qui en pratique ne le font quasiment jamais. Elles stigmatisent plus facilement en revanche les faits moins importants.







**Dauphine | PSL**   
CHAIRE GOUVERNANCE  
ET RÉGULATION

*Chaire Gouvernance et Régulation*

*Fondation Paris-Dauphine*

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

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