

GovReg NOTES

L'évolution du périmètre
de la régulation sectorielle :
Quels déterminants ?
Quelles modalités ?

Eric Brousseau



L'évolution du périmètre de la régulation sectorielle : Quels déterminants ? Quelles modalités ?

La présente note se concentre sur les potentielles évolutions des missions et des champs de compétences des autorités de régulation sous le triple effet des évolutions de la demande sociale ou des priorités politiques, des transformations technico-économiques affectant les secteurs dont elles ont la charge, des conséquences de leur propre action sur les marchés et industries qu'elles régulent. Dans une première partie, nous nous interrogerons sur les facteurs d'évolution des missions assignées à la régulation et aux régulateurs. Puis, nous analyserons les facteurs d'évolution des modalités d'action des régulateurs. Enfin, nous explorerons les propositions de stratégies possibles d'adaptation de la régulation à la nouvelle donne.

Table des matières

Remerciements	7
Executive Summary	8
Réinterroger les raisons d'être et les modalités d'action des régulateurs	11
Les facteurs d'évolution des missions assignées à la régulation et au régulateur	14
Le débat récurrent sur l'utilité de régulateurs indépendants.....	14
L'impact de la libéralisation : la fragmentation des objets régulés	15
Innovation et changement technique dans les secteurs régulés	17
L'échange entre parties prenantes, clés de l'agilité.....	17
L'évolution du périmètre pertinent de la régulation.....	18
Sécuriser l'environnement des innovateurs.....	20
Une évolution des frontières pertinentes de la régulation du fait de l'élargissement de l'arène stratégique.....	22
De l'internationalisation des marchés pertinents	22
Le jeu à trois entre pouvoirs publics nationaux et européens et régulateurs	24
sectoriel.....	24
Développement de l'expertise et prise en charge de fonctions de coordination des politiques publiques et des stratégies industrielles.....	25
Régulation des marchés et/ou mise en œuvre des politiques publiques.....	25
Régulation sectorielle et mise en concurrence des politiques publiques	29
Des processus d'extension des missions des régulateurs.....	30
L'évolution des préférences collectives et des politiques publiques.....	31
Les facteurs d'évolution des modalités d'action des régulateurs.....	34
L'institutionnalisation de la régulation au travers du développement du droit souple	34
Le règlement des différends	34
La publication d'information sur les opérateurs	35
La transformation numérique comme source de nouvelles modalités de régulation.....	36
L'économie des données et leur régulation.....	37
Une contribution à la régulation des données.....	38
L'exigence sociale de responsabilité des régulateurs et de plus grand contrôle des comportements des entreprises : le rôle de tiers de confiance	39
Exploration des stratégies possibles d'adaptation de la régulation à la nouvelle donne : les propositions.....	41
Organisation institutionnelle, Priorités, Moyens	41
La gouvernance du changement	43
Une feuille de route pour l'évaluation de l'action du régulateur et l'encadrement de son évolution.....	46
Références.....	49

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 et Anne-Béatrice Schlumberger. Du côté de la Chaire, Joëlle Toledano et Chiara Caccinelli, 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 Miguel Amaral, Christophe Boutin, Guillaume Eliet, David Ettinger, Stéphane Lhermitte, Patricia Pérennes, Blaise Rapior, Jessica Salvatori Rinaldi, Alexis Tsoukiàs.

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.

Executive Summary

La libéralisation, l'ouverture à la concurrence, et la construction d'un espace économique intégré ont été considérées en Europe comme un facteur d'amélioration de la compétitivité et de la qualité de service dans les industries en charge des grandes infrastructures de la vie économique et sociale. Le besoin de gérer des périodes de transition vers davantage de concurrence et d'ouverture a justifié la mise en place de régulateurs spécialisés et indépendants des intérêts des professions ou des opérateurs historiques ainsi que de leurs actionnaires, dont l'État. Une fois la concurrence établie, se pose la question de la pérennisation de ce pilotage sectoriel par un régulateur dédiés et indépendants.

Pour certains, après la phase de libéralisation, l'utilité du régulateur sectoriel résiderait dans sa capacité à continuer de *piloter des évolutions* — par ailleurs décidées par le pouvoir politique ou résultant des stratégies des acteurs — et de garantir un certain nombre d'équilibres sectoriels, cette dernière notion faisant référence aux conditions négociées avec les parties prenantes — opérateurs historiques, investisseurs dans les infrastructures, syndicats de salariés, pouvoirs publics locaux, professions, etc. — à l'occasion des différentes phases d'évolution. Ce pilotage sectoriel par un régulateur indépendant ne fait cependant pas l'unanimité.

Pour autant, *de nombreux facteurs viennent impacter la régulation et son exercice*. Nombre de ces évolutions sont exogènes à la régulation et à l'action des régulateurs, tels que l'innovation technologique, l'émergence de nouveaux modèles de création de valeur, ou l'approfondissement de l'internationalisation de l'économie. Certaines de ces évolutions sont issues de l'évolution du comportement des acteurs sous l'impact de la régulation et de l'action même des régulateurs. Ces évolutions contribuent à questionner de manière récurrente la raison d'être, les missions ou les modalités d'intervention des régulateurs sectoriels.

Sur le plan *endogène*, la dé-intégration verticale qu'induit la libéralisation provoque un processus de *fragmentation de l'objet régulé* en une multitude de marchés spécifiques. Le régulateur sectoriel peut jouer un rôle dans la gestion de la transition et, le cas échéant, dans la surveillance du fonctionnement des nouveaux marchés, notamment parce qu'il est en mesure d'évaluer les interdépendances entre eux. Par ailleurs, l'ouverture à la concurrence dans un contexte d'investissements lourds et à longue durée de vie fait du régulateur sectoriel un tiers utile pour les parties prenantes du fait de sa connaissance approfondie des interactions complexes entre des modèles d'affaire et des écosystèmes aux logiques contrastées. Il facilite les *coordinations nécessaires des investissements* et est en mesure de fournir des garanties de long terme. Par ailleurs, l'entrée de nouveaux offreurs peut conduire à revoir le *périmètre d'action* des régulateurs en les calquant sur des *grands domaines* (mobilité, énergie, communications, etc.) qui seraient plus pertinents du point de vue tant des besoins des usagers, que des stratégies des acteurs ou encore de la définition des politiques publiques.

Sur le plan *exogène*, des *innovations* radicales peuvent venir perturber la régulation comme c'est le cas de nombreuses innovations portées par le numérique. La régulation se doit alors d'être agile pour s'adapter, permettre aux utilisateurs de bénéficier des effets de l'innovation et aux parties prenantes de s'adapter à la nouvelle donne, tout en garantissant à tous un certain niveau de sécurité. La régulation peut se révéler particulièrement

pertinente dès lors qu'elle favorise *l'émergence et l'adoption des solutions technico-économiques les plus efficaces* au plan collectif. Ainsi, elle peut être un outil au service de la coordination des stratégies des innovateurs et ou des comportements d'adoption des utilisateurs. L'innovation questionne également le *périmètre de la régulation* dans la mesure où les opérateurs des secteurs régulés peuvent être concurrencés par des acteurs non-régulés qui peuvent bouleverser les équations économiques des premiers. Se pose alors inévitablement la question de l'extension de régulations existantes à de nouveaux acteurs et objets, ou bien de la définition de régulations ad hoc (e.g. plateformes, données).

L'évolution de la *gouvernance des sociétés contemporaines*, marquées par des tendances à la fois vers une décentralisation accrue au plan interne et une plus grande coordination au plan supranational conduisent les autorités de régulation sectorielle à jouer un rôle de *coordination entre autorités publiques* intervenant à divers titres sur les équations économiques des secteurs régulés. Au-delà, ils peuvent aussi être amenés à jouer un rôle de pivot entre les parties prenantes à des marchés qui concernent des activités aux multiples externalités pour la société et l'économie ; et pour lesquels s'expriment en conséquence une grande variété d'attentes qu'il convient de réconcilier dans un contexte de débats très techniques et complexes. L'expertise et l'indépendance des régulateurs sectoriels peut s'avérer être le vecteur d'une *gouvernance répondant de manière efficace aux attentes des citoyens et des acteurs économiques*.

Il n'existe cependant pas de pratique formalisée en matière de surveillance, identification, qualification et prise en compte des conséquences de ces évolutions, ni chez les régulateurs eux-mêmes, ni au sein des autorités politiques nationales ou supranationales. Les évolutions de la régulation, des missions des régulateurs, ou de leurs modalités d'action apparaissent plus comme *une résultante de multiples décisions indépendantes les unes des autres en matière de politiques publiques ou de jeux d'acteurs*, sans que la cohérence des situations qui en résultent ne soit jamais prise en considération.

La mise en œuvre récurrente de *revues sur la cohérence de l'organisation et des objectifs des régulations sectorielles* apparaît donc comme une nécessité. Tant un bilan rétrospectif qu'une réflexion prospective devrait être menés pour questionner à la fois la pertinence de la pérennisation des autorités de régulation, que les frontières de leur périmètre sectoriel et, bien entendu, de la composition du portefeuille d'objectifs et de missions qui leur sont assignés en tenant compte des bénéfiques (synergies) mais aussi des inconvénients (complexité, conflit d'objectifs, tensions sur les moyens).

Il conviendrait également de revenir sur les modalités d'action des régulateurs, en analysant l'efficacité de l'action de chacun tant au regard des objectifs qui lui sont assignés sur le plan national, qu'en prenant en considération son rôle au plan européen et les bénéfiques qu'en tire la communauté nationale, qu'il s'agisse des utilisateurs ou des opérateurs. A cet égard, il serait très certainement pertinent de juger du rôle du régulateur dans sa capacité *à contribuer à une action publique agile et efficace*.

Compte tenu du rôle charnière des régulateurs, le *parlement* devrait être le principal organisateur de telles revues. Il serait néanmoins utile qu'il dispose d'un rapport du *gouvernement* sur l'évaluation par ce dernier de la contribution de chaque régulateur aux politiques publiques, *d'évaluations systématique des politiques publiques* (en s'appuyant sur la Cour des Comptes, les inspections diverses, France Stratégie et des évaluateurs

externes à l'administration, par exemple dans le monde de la recherche) ainsi que ***d'exercices d'autoévaluations*** par les régulateurs à l'instar de ce qui se pratique en matière d'évaluation d'un certain nombre d'entités publiques bénéficiant d'une certaine autonomie (telles les universités). Une liste des points à aborder systématiquement dans ces revues est proposée en conclusion de cette note.

Réinterroger les raisons d'être et les modalités d'action des régulateurs

Alors que l'ARCEP a fêté ses 20 ans, que la toute jeune ARAFER s'est vu confier des responsabilités supplémentaires quelques années seulement après sa création, que les objectifs climatiques occupent une place croissante dans la régulation de l'énergie ou encore que le développement de plateformes numériques questionne plusieurs régulations sectorielles, la question des objectifs de la régulation et de l'adéquation de ses instruments à ces derniers ressurgit.

Dans le cas des industries de réseau en France, le développement des régulations économiques sectorielles, matérialisé en particulier par la création de régulateurs indépendants, a eu le plus souvent pour objectif central, dans un premier temps, d'augmenter l'efficacité productive des entreprises du secteur et d'obtenir une baisse des tarifs pour les consommateurs. Aujourd'hui, si cet objectif reste central et n'est pas encore atteint dans tous les secteurs, la question de l'incitation à de nouveaux investissements (très haut débit, énergies renouvelables, décongestion urbaine, etc.) est devenue le cœur de nombreuses politiques publiques. Dans le domaine bancaire et financier, l'évolution de la régulation et du rôle des régulateurs apparaît, elle aussi, liée à l'évolution des priorités des pouvoirs publics, ainsi qu'à l'innovation qui fait émerger de nouveaux acteurs et des risques inédits.

De manière plus générale, la demande politique et sociale adressée à la régulation peut évoluer. Il paraît donc pertinent de s'interroger sur les facteurs expliquant l'évolution des objectifs de la régulation, et par suite des missions et du positionnement des régulateurs. Les questions du nombre des régulateurs ou de la mutualisation de leurs moyens peuvent, dans ce contexte, sembler de second ordre par rapport à celles de la clarification de la hiérarchie de leurs priorités, de leur dotation en moyens adéquats et du développement d'outils d'évaluation facilitant le pilotage et le contrôle des politiques à la mise en œuvre desquelles ils sont associés.

Ces réflexions sur l'évolution des missions des régulateurs doivent tenir compte également de l'essor de modèles d'affaires, telles les plateformes numériques, qui modifient les équations économiques des opérateurs régulés, soit parce qu'ils sont concurrencés à la marge, soit parce que ces plateformes, si elles contribuent à fournir des services complémentaires à ceux des opérateurs historiques, ont aussi une capacité à capter la valeur ajoutée, renforçant la question du financement des infrastructures et services associés ; cette question se posant dans des termes propres à chaque secteur d'activité. Les équations économiques de nombreuses activités évoluent tant du fait de l'innovation – qui dépasse la seule dimension numérique – que de l'internationalisation des arènes stratégiques des opérateurs. Le contexte de la régulation se modifie donc, imposant de nouvelles contraintes et offrant parfois de nouvelles opportunités aux régulateurs.

Toutefois, les priorités de la régulation évoluent aussi de manière endogène, parce que l'introduction même de la concurrence dans des secteurs auparavant très concentrés et intégrés verticalement induit des innovations techniques et commerciales, et des évolutions stratégiques qui posent de nouvelles questions en matière d'organisation des marchés et de régulation de la concurrence.

Encadré 1 : Réglementation, Régulation et Concurrence

La régulation et la réglementation répondent fondamentalement à des asymétries d'information et à des défauts de capacité d'action collective au détriment des utilisateurs. La réglementation (des propriétés des biens et services ou des conditions d'offre) peut suffire à prévenir la plupart de ces problèmes lorsque la concurrence s'exerce raisonnablement. Le rôle de la puissance publique se limite alors à définir un corpus de règles et à assurer le contrôle de leur respect, soit *a priori*, notamment lorsque les risques sont considérés comme importants, soit *a posteriori*. Ce contrôle peut être réalisé par l'administration elle-même, ou demeurer du seul ressort du système judiciaire. Cela étant la concurrence est aussi un puissant facteur de "compliance" dans la mesure où les acteurs qui ne respectent pas les normes peuvent prendre des risques commerciaux considérables par rapport à leurs clients.

En pratique, jeu concurrentiel et réglementation se combinent souvent pour protéger les consommateurs. A titre d'exemple, sur le marché automobile, l'asymétrie d'information entre constructeurs et consommateurs pourrait induire des défaillances de marché pouvant, in fine, avoir un impact sur la sécurité publique (véhicules moins chers mais peu sûrs). En Europe, les pouvoirs publics ont mis en place des systèmes d'homologation des produits *a priori*. Le conseil juridique est également une activité largement concurrentielle. Le recours aux services des avocats étant cependant peu fréquent pour la plupart des citoyens, il existe une importante asymétrie d'information entre utilisateurs et professionnels quant à la qualité des prestations de ces derniers. Le contrôle de l'accès à la profession par les pouvoirs publics est un élément censé assurer un niveau minimal de qualité des professionnels habilités à exercer. Le secteur de la restauration est lui aussi largement concurrentiel. Cette concurrence pourrait inciter certains à négliger les règles d'hygiène, au détriment de la santé des consommateurs. Les pouvoirs publics mettent en place des contrôles par sondage *a posteriori*.

La mise en place d'une régulation sectorielle s'explique quand, aux problèmes classiques d'asymétrie d'information entre l'offre et la demande, s'ajoute une situation de très forte concentration de l'offre (monopole naturel ou oligopole caractérisé par de fortes asymétries entre opérateurs), ou à tout le moins lorsqu'existent des goulets d'étranglement dans la chaîne de valeur (i.e. des facilités essentielles) ou des barrières à l'entrée, qui empêchent la concurrence de jouer son rôle de gendarme dans la relation entre offre et demande et permet des captures de rentes (par collusion, abus de position dominante, etc.). Un régulateur intervient alors pour prévenir ou sanctionner ces abus potentiels, définir des tarifications, superviser le niveau de qualité des services et, le cas échéant, introduire de la concurrence si elle peut s'avérer viable ou produire régulièrement de l'information.

Le régulateur est aussi chargé de s'assurer que les décisions de politiques publiques sont mises en œuvre en articulation avec les contraintes technico-économiques du secteur. A ce titre il peut superviser la manière dont un service universel, par exemple, est assuré, mais aussi comment des mécanismes de subvention (e.g. aides d'État) sont mis en œuvre dans le cadre d'une politique de cohésion territoriale (bien qu'il ne soit pas le seul interlocuteur en la matière).

Au total, un régulateur sectoriel est chargé d'intervenir ex-ante pour pallier les défauts de structuration des marchés et donner des incitations aux parties prenantes à agir dans le

sens d'une maximisation de l'efficacité collective, compte tenu des préférences collectives reflétées par les grandes orientations des politiques publiques.

Dans les cas où l'on estime que les mécanismes traditionnels de contrôle, notamment celui du juge, ne seraient pas suffisants pour garantir une régulation efficace, le régulateur sectoriel peut être doté d'un statut particulier garantissant son indépendance. Deux cas de figure peuvent se présenter : tout d'abord, lorsque l'État est un actionnaire significatif des entreprises soumises à la régulation ; ensuite lorsque le pouvoir exécutif peut-être tenté de manipuler la régulation (par exemple en revenant, pour des raisons électorales, sur des engagements vis-à-vis de certaines parties prenantes). L'indépendance du régulateur permet dans ces cas à la puissance publique de garantir que la régulation sectorielle est menée conformément à l'intérêt général à long terme, prenant en considération de manière équilibrée les intérêts de l'ensemble des parties prenantes. Elle confère de la crédibilité aux politiques publiques de long terme, permettant aux acteurs d'investir et de s'organiser en conséquence.

Par essence, la régulation est plus évolutive que la réglementation qui fixe les solutions pour une certaine durée. La régulation présente l'avantage de pouvoir accompagner des situations évolutives. Elle présente le risque que des erreurs de jugement ou d'interprétation soient commises, d'où l'importance de son encadrement institutionnel.

Au total, l'activité des régulateurs est appelée à évoluer, voire à être questionnée, du fait de transformations économiques, sociales et techniques qui, par ailleurs, s'enchevêtrent souvent. Ces facteurs d'évolution influencent les missions qui sont assignées à la régulation ainsi que les modalités d'action des régulateurs.

Dans les pages qui suivent, nous reviendrons successivement sur ces deux dimensions des évolutions de la régulation et mettrons l'accent sur les divers facteurs qui les expliquent. Ils relèvent de trois logiques qui nous serviront de fil conducteur dans le cadre de cette note.

Tout d'abord, de manière endogène, l'action même des régulateurs modifie à la fois les industries qu'ils régulent et les pratiques des parties prenantes de la régulation. Cela constitue un premier facteur potentiel d'évolution de leurs méthodes et modalités d'action. Ensuite, de manière plus générale, des évolutions techniques et institutionnelles peuvent transformer l'équation de la régulation. En particulier l'internationalisation croissante de l'économie et la transformation numérique impactent l'économie des secteurs régulés et les capacités de régulation. Enfin, les évolutions socio-politiques plus générales peuvent contribuer à faire évoluer la hiérarchie des préférences collectives, mais aussi des normes sociales, se traduisant par une évolution des objectifs et des modalités de l'action publique.

Ce document est structuré en trois parties. La première partie explore les facteurs susceptibles d'influencer le rôle, le positionnement et les missions du régulateur. La deuxième partie analyse les facteurs d'évolution des modalités d'action du régulateur. La troisième propose une esquisse des voies de transformation possibles de la régulation et des régulateurs et s'achève par une réflexion sur la gouvernance du changement qui identifie les acteurs les plus pertinents pour introduire ces changements ainsi que les modalités de leur intervention.

Les facteurs d'évolution des missions assignées à la régulation et au régulateur

Après un bref rappel de la manière dont se présente en général le débat sur le rôle et les missions des régulateurs sectoriels, sont présentés les facteurs endogènes d'évolution de leur mission, à savoir le développement d'une multitude de marchés du fait de la "dé-intégration" des industries libéralisées et de l'arrivée de nouveaux entrants porteurs de modèles industriels et d'affaires alternatifs. L'innovation et l'internationalisation jouent aussi leur rôle dans l'évolution du cadre de référence pertinent à prendre en compte tant pour les opérateurs que pour les régulateurs. Enfin, la demande sociale et l'évolution des politiques publiques peuvent aussi conduire à transformer le mandat des régulateurs.

Le débat récurrent sur l'utilité de régulateurs indépendants

En France, des voix s'élèvent de manière récurrente pour demander une redistribution des rôles entre l'administration et les autorités de régulation, allant jusqu'à remettre en cause l'existence de ces dernières. Les circonstances dans lesquelles plusieurs autorités de régulation sectorielles ont été mises en place constituent une des raisons de cette interrogation sur la légitimité, la pérennité et la durée de vie de celles-ci. En effet, les régulateurs ont souvent été créés dans un but précis : permettre le fonctionnement concurrentiel d'un secteur libéralisé après une période de monopole public ou de domination d'un opérateur historique dont l'État était l'actionnaire majoritaire. Dès lors que l'objectif de la création d'un marché concurrentiel est atteint et que l'État ne joue plus un rôle prépondérant dans le capital de l'opérateur historique, la raison d'être du régulateur sectoriel paraît donc être questionnée. Le régulateur pourrait disparaître, les secteurs concernés n'étant soumis qu'au seul contrôle a posteriori de l'Autorité de la Concurrence (Cf. Note du Conseil d'Analyse Économique, 2017). Le cas échéant, le pouvoir de régulation *a priori* serait transféré à une administration placée sous l'autorité du pouvoir exécutif.

Un autre sujet souvent évoqué est celui de la modification du périmètre de compétence des autorités de régulation. Ainsi, le Parlement français s'interroge-t-il régulièrement sur les missions de certains régulateurs et propose-t-il des regroupements ou fusions. Jusqu'à présent, il a été jugé préférable de pérenniser l'existence des régulateurs en place, soit parce que la fusion avec un autre régulateur serait inadaptée aux spécificités sectorielles, soit parce que l'utilité du régulateur ne se réduirait pas à la simple ouverture du marché à la concurrence, mais pourrait constituer une garantie du bon fonctionnement du marché et un obstacle à tout retour en arrière, soit encore parce que des missions supplémentaires lui seraient dévolues. Il lui revient alors d'assurer notamment l'égal accès aux infrastructures essentielles, de régler les différends sectoriels avant le juge, ou encore de jouer le rôle d'expert sectoriel pour de nouveaux projets (comme, par exemple, le déploiement du très haut débit en matière numérique ou celui des réseaux électriques intelligents).

Dans le domaine bancaire et financier, le débat sur la justification d'agences spécialisées et indépendantes n'est pas posé de la même façon que dans le domaine des "utilities". Il est en effet plus communément admis que la gestion des risques systémiques implique la création de régulateurs indépendants du pouvoir politique, dans la mesure où ce dernier

peut être à l'origine de certains risques et que l'évaluation, la prévention et, le cas échéant, la capacité à remédier aux risques pouvant déstabiliser le système nécessite l'accumulation de compétences et de capacités d'action significatives. La sphère financière est par ailleurs un secteur où les limites des capacités des États de petite et moyenne dimension à agir sur des marchés et des acteurs très internationalisés sont reconnues et où, par conséquent, les pouvoirs publics nationaux sont plus enclins à abandonner une partie de leur souveraineté au profit d'entités supranationales ou fédérales.

Pour le reste, dans le domaine des "utilities", la libéralisation et l'ouverture à la concurrence des marchés ont été considérées en Europe comme un facteur d'amélioration de la compétitivité et de la qualité de service. C'est au départ le besoin de gérer des périodes de transition vers davantage de concurrence qui a justifié la mise en place de régulateurs spécialisés et indépendants des intérêts des professions ou des opérateurs historiques ainsi que de leurs actionnaires, dont l'État. Or, une fois la concurrence établie, l'exigence de bon fonctionnement du marché peut rendre nécessaire l'évolution du modèle de régulation en vigueur ou celle des missions du régulateur. Le régulateur se trouverait ainsi en charge de piloter des évolutions du secteur — par ailleurs décidées par le pouvoir politique — et de garantir un certain nombre d'équilibres sectoriels, cette dernière notion faisant référence aux conditions négociées avec les parties prenantes — opérateurs historiques, investisseurs dans les infrastructures, syndicats de salariés, pouvoirs publics locaux, professions, etc. — à l'occasion de la libéralisation.¹ Ce rôle de pilotage sectoriel et de garant du bon fonctionnement du secteur par un régulateur indépendant ne fait cependant pas l'unanimité.²

L'impact de la libéralisation : la fragmentation des objets régulés

Si la création de régulateurs indépendants a pu être justifiée par la nécessité d'installer un cadre concurrentiel, quels éléments expliquent la pérennisation de ces entités sans dévier de la justification initiale ? Deux éléments peuvent se combiner.

Tout d'abord, la libéralisation d'industries très capitalistiques ne peut être que très progressive car il s'agit de maintenir la continuité du service et des engagements vis-à-vis des investisseurs. Un "big bang" est d'autant moins envisageable que les modalités d'organisation de marchés concurrentiels sont inconnues au démarrage du processus de réforme. En effet, dans la mesure où, de manière inhérente, il demeurera des infrastructures impossibles à dupliquer, il conviendra in fine d'organiser l'accès à ces dernières. Cependant, cet accès ne peut être connu avant le démarrage de la libéralisation car celle-ci va entraîner, ou être concomitante, d'innovations technologiques et en matière de modèles d'affaires qui ne sont pas aisément prévisibles. En conséquence, périmètres, règles d'accès et tarification des facilités essentielles ne peuvent être conçus *a priori* et avant qu'un processus d'expérimentation et d'adaptation à la concurrence ait pu permettre de dégager les nouveaux paradigmes d'organisation des marchés intermédiaires et finaux et de déterminer les réglages fins en matière de règles d'interopérabilité entre les

¹ Bien évidemment, les régulateurs dont la vocation n'est pas purement économique, voire dont les missions initiales sont liées à la protection des droits civiques (e.g. CNIL, CSA), sont dans une situation où la régulation économique ne constitue qu'une des dimensions de leur action et où le fonctionnement concurrentiel d'un marché ne saurait suffire pour garantir le pluralisme politique, la protection des publics fragiles ou encore la sécurité des données personnelles.

² La libéralisation de certains secteurs et de certaines professions, même si elle est passée par la remise en cause des droits exclusifs de certaines professions réglementées, telles que les notaires ou les sociétés de taxis, ne s'est pas accompagnée de la mise en place d'une régulation sectorielle et d'un régulateur (même si, dans le cas des notaires, l'Autorité de la Concurrence joue de facto le rôle d'un régulateur *a priori* : définition des zones, tarification, etc.).

participants à la filière concernée. Il s'agit là de processus de tâtonnements inhérents à la création de tout marché (cf. Brousseau & Glachant [2014]). Ils peuvent s'étaler sur deux ou trois décennies lorsqu'ils impliquent des investissements significatifs de la part de multiples parties prenantes. Dans le même temps, le cadre posé doit être suffisamment fiable pour permettre les investissements en question ; d'où l'importance du mécanisme de gouvernance présidant à son évolution.

Ensuite, la libéralisation des marchés peut initier une transformation technico-économique permanente des industries concernées, si bien que le processus d'expérimentation peut ne pas conduire à un nouvel équilibre stable où il serait pertinent de ne plus intervenir qu'ex-post pour éviter que le processus concurrentiel ne se grippe. En effet, la libéralisation ne conduit pas uniquement à mettre fin aux monopoles : il s'agit de donner accès aux infrastructures essentielles à de nouveaux entrants et de supprimer les avantages concurrentiels dont bénéficient les opérateurs historiques. L'ouverture qui en résulte peut avoir pour effet la transformation, l'hybridation, voire la disparition totale de certains stades de la chaîne de valeur des secteurs concernés, et partant, la "dé-intégration" (unbundling) des opérateurs historiques qui avaient construit leur modèle et leurs performances sur des stratégies d'intégration verticale. Cette "dé-intégration" peut plaider en faveur de la persistance d'un organe administratif, tel un régulateur, qui garantisse l'absence d'asymétrie d'information, de distorsion de concurrence ou d'abus de position dominante dans l'accès aux ressources nécessaires pour mettre sur le marché des produits et services viables.

L'ouverture à la concurrence peut aussi conduire à des changements substantiels des modèles économiques et des périmètres de marché. Ainsi, une modification de la formation des prix peut-elle conduire à placer hors marché une partie de l'offre (comme, par exemple, la production thermique centralisée dans le secteur de l'énergie), comme l'apparition d'une nouvelle offre très attractive portée par des opérateurs alternatifs peut rendre obsolète les offres tarifaires préexistantes (exemple du forfait dans la téléphonie mobile). Au-delà, la libéralisation contribue à faire évoluer la notion de marché pertinent avec le développement d'offres, à la fois partiellement concurrentes et partiellement complémentaires, par des opérateurs établis sur des marchés connexes, qui peuvent être locaux ou européens (par exemple avec les offres multimodales dans le transport).

Tous ces éléments se combinent pour faire évoluer les besoins auxquels l'action du régulateur doit répondre. Tout d'abord, la fragmentation de l'objet régulé en une multitude de marchés spécifiques implique pour les pouvoirs publics d'en comprendre les interdépendances. Le régulateur sectoriel peut jouer un rôle dans la gestion de la transition et, le cas échéant, dans la surveillance du fonctionnement des nouveaux marchés, notamment parce qu'il est en mesure d'évaluer ces interdépendances. Dans des secteurs caractérisés par des investissements lourds et à longue durée de vie, des coordinations (règles d'interopérabilité, planification des investissements, etc.) sont nécessaires et un régulateur sectoriel peut être un tiers utile entre les parties prenantes du fait de sa connaissance approfondie des interactions complexes entre des modèles d'affaire et des écosystèmes aux logiques contrastées. Cela peut conduire à revoir le périmètre d'action des régulateurs en les calquant sur des grands domaines (e.g. mobilité urbaine, transport longue distance, fret, santé humaine, etc.) qui seraient plus pertinents du point de vue tant des stratégies des acteurs que de la définition des politiques publiques.

Innovation et changement technique dans les secteurs régulés

Au-delà des innovations endogènes liées à la libéralisation des marchés, des innovations radicales, exogènes aux secteurs régulés, peuvent venir perturber la régulation comme c'est le cas de nombreuses innovations portées par le numérique. La régulation se doit alors d'être agile pour s'adapter, permettre aux utilisateurs de bénéficier des effets de l'innovation et aux parties prenantes de s'adapter à la nouvelle donne, tout en garantissant à tous un certain niveau de sécurité. La régulation peut se révéler particulièrement pertinente dès lors qu'elle favorise l'émergence et l'adoption des solutions technico-économiques les plus efficaces au plan collectif. Ainsi, elle peut être un outil au service de la coordination des stratégies des innovateurs et ou des comportements d'adoption des utilisateurs.

L'interaction entre régulation et innovation est cependant assez délicate dans la mesure où l'innovation introduit toujours des incertitudes et le développement de nouvelles connaissances et de nouveaux usages, ayant un impact sur les contours des futurs marchés et les structures des appareils productifs. En un mot, les décisions en matière de régulation peuvent être prises sur la base d'une information très incomplète, et s'avérer erronées alors même qu'elles ont des conséquences sur la capacité à innover ou à saisir les opportunités offertes par l'innovation. Réguler l'innovation impose donc une dialectique délicate et la meilleure solution semble souvent le laisser-faire jusqu'à ce que des marchés se stabilisent autour de technologies "paradigmatiques" et de "design dominant" ; dont on corrige éventuellement ex-post les défauts par des actions réglementaires.

Dans les secteurs nécessitant la coordination d'investissements très lourds et le recours à des ressources communes (espace public, réseaux physiques, données, etc.), la dialectique de la relation entre régulation et innovation est par essence particulièrement délicate à gérer. Il en va de même si l'innovation est porteuse de risques importants pour les usagers ou la société dans son ensemble.

L'innovation impose donc une agilité aux régulateurs sectoriels, qui doivent s'interroger sur le fait qu'ils peuvent être amenés à réguler des acteurs historiquement non-régulés et sur les difficultés que présentent de telles évolutions.

L'échange entre parties prenantes, clés de l'agilité

L'innovation change les équations économiques de nombreux secteurs régulés. Si le régulateur est généralement doté d'outils lui permettant d'adapter sa régulation à des changements progressifs (par exemple, lorsque la concurrence commence à être établie, les opérateurs régulés peuvent être soumis à des contraintes moins invasives), des changements plus marqués peuvent nécessiter de faire évoluer les missions et les outils du régulateur.

Dans les télécommunications, par exemple, la numérisation a conduit à séparer la production des services de l'exploitation des infrastructures, puis à réguler l'accès à la boucle locale, avant que le déploiement de la fibre ne modifie substantiellement les conditions d'accès à l'infrastructure de l'opérateur historique et la régulation de la nouvelle boucle locale. De telles évolutions rendent cruciale une certaine agilité de la part du régulateur qui doit faire évoluer les règles, en mettre certaines au rebut et en

concevoir de nouvelles plus adaptées. Sans changer de mission, il doit être en mesure de préciser sa doctrine face à de nouvelles opportunités technologiques alors qu'une période de mutation technologique se traduit nécessairement par nombre d'incertitudes tant sur l'évolution des coûts, que sur celle de la demande, et par suite, sur les niveaux et le rythme d'investissement désirables. Dans un tel contexte, un dialogue permanent avec les opérateurs peut être nécessaire pour pouvoir mettre en place des principes réglementaires réalistes tenant compte du meilleur état des connaissances sur la technologie et la demande, et pour les aider à faire évoluer leurs plans d'investissement.

La régulation doit aussi être articulée avec la politique de la concurrence. La gestion de transition, en dépit de ce qu'elle implique en matière d'obsolescence accélérée de certains équipements, de redéploiement du capital humain et de vagues de nouveaux investissements, ne saurait justifier un retour en arrière ou la création de rentes de situation. En même temps, des incertitudes en matière de politique de la concurrence pourraient dissuader certains investissements. Il convient donc d'organiser une coordination étroite entre l'Autorité de la Concurrence et les régulateurs sectoriels pour envoyer aux parties prenantes des signaux adéquats favorisant leur adaptation aux nouvelles données technico-économiques et incitant à une certaine coordination pour éviter l'accroissement démesuré des coûts et risques, les dérives collusives et les atteintes à l'ouverture effective des marchés qui pourraient notamment favoriser des choix erronés en matière de trajectoire technologique. Il faut aussi tenir compte dans cette perspective, de la politique européenne en matière d'aides d'État.

L'évolution du périmètre pertinent de la régulation

L'innovation peut aussi conduire à faire évoluer l'arène stratégique pertinente des opérateurs régulés, et, partant, interroge le périmètre de la régulation. L'apparition de nouveaux acteurs non régulés peut en effet perturber le fonctionnement du marché et remettre en cause ses fondamentaux. Dans le secteur des transports, des plateformes comme BlaBlaCar (covoiturage), Uber (véhicule à la demande), Ouicar, Koolicar ou encore Drivy (autopartage) ne sont pas régulées, contrairement par exemple aux "cars Macron" et *a fortiori* au rail.

Le cas des plateformes porteuses de modèles d'affaires disruptifs pose des questions particulièrement délicates en matière de régulation dans la mesure où, n'étant en général pas des opérateurs à proprement parler mais des coordinateurs/organisateur de marchés mettant en relation prestataires et utilisateurs, elles affectent le fonctionnement de marchés régulés tout en n'étant pas en première analyse soumises aux règles de ces marchés.³ Par ailleurs, elles ont un rôle ambigu du point de vue de la régulation car elles sont fondées sur des principes (comme le traçage, l'ajustement en temps réel entre les capacités disponibles et la demande, le contrôle de la qualité des prestations, etc.) qui répondent aux défis de la régulation découlant de l'asymétrie d'information entre offre et demande (cf. les politiques historiques de régulation des taxis). De plus, les plateformes introduisent de la concurrence et opèrent sur des marchés fortement concurrentiels. Uber illustre particulièrement bien ce positionnement très particulier où les plateformes sont concurrencées par les acteurs des secteurs qu'elles perturbent, en même temps

³ La CJCE (Arrêt dans l'affaire C-434/15 *Asociación Profesional Elite Taxi/Uber Systems Spain SL*) a récemment estimé que « le service de mise en relation avec des chauffeurs non professionnels fourni par Uber relève des services dans le domaine des transports » et que les États membres peuvent réglementer les conditions de prestation de ce service.

qu'elles sont concurrencées par d'autres plateformes, ainsi que par les autres opérateurs du transport urbain.

Le principal problème posé par les plateformes aujourd'hui tient à ce qu'elles peuvent générer des externalités (par exemple sur les professions réglementées – e.g. taxis – ou en matière de congestion urbaine) sans que ces dernières ne soient internalisées spontanément par les plateformes, mais la résolution de ces problèmes peut ressortir d'autres mécanismes que de la régulation sectorielle, telle la taxation, la négociation d'indemnités, l'autorégulation volontaire, etc. Non seulement le régulateur n'est pas en mesure de réguler ces nouveaux acteurs, tant pour des raisons de compétence juridique et parfois technique que de compétence territoriale limitée face à des acteurs transnationaux, mais il n'est pas nécessairement légitime pour le faire.⁴

Se pose néanmoins la question de l'évolution du périmètre de la régulation dans un contexte de disruption technologique. S'agissant des "utilities" ou des intermédiations financières certaines innovations permettent de répondre de manière renouvelée à des objectifs correspondants traditionnellement à ceux de la régulation ; qu'il s'agisse d'objectifs économiques – i.e. efficacité productive et partage équitable de la valeur ajoutée –, de sécurité collective, ou d'objectifs politiques et sociaux (e.g. inclusion sociale, continuité territoriale). De nouvelles combinaisons de technologies et de services peuvent aussi rendre caduques certaines façons traditionnelles de répondre à ces objectifs. En revanche, des risques ou besoins nouveaux peuvent apparaître. Il est donc nécessaire de s'interroger sur la meilleure façon de gérer les nombreuses interactions entre modèles d'affaires novateurs, et capacité de la régulation et des régulateurs à atteindre leurs objectifs, compte tenu des effets de l'arrivée des nouveaux entrants ou de l'apparition de nouvelles offres sur la soutenabilité des entreprises en place.

Encadré 2 : La régulation des algorithmes

Les algorithmes pourraient être à l'origine de nouveaux modèles d'affaires et sont même susceptibles de générer des distorsions de concurrence. A ce titre, ils constituent de nouveaux objets d'attention pour les régulateurs. Par exemple, ils peuvent être utilisés à des fins de collusion – ou tout au moins induire des mécanismes de collusion – ou pour exercer un pouvoir de marché. Plus simplement, ils jouent sur des décisions du ressort de la régulation, comme par exemple le calcul du "merit order" dans l'énergie. Se pose alors le problème de l'administration de la preuve et de la sanction en amont de celui de la responsabilité. Par ailleurs, les algorithmes peuvent constituer eux-mêmes des outils de régulation s'ils sont programmés de façon adéquate. En tout état de cause, les régulateurs doivent maîtriser des compétences pour réguler les opérateurs qui utilisent eux-mêmes des algorithmes ; qu'il s'agisse de machine learning ou d'intelligence artificielle.

Trois perspectives sont à prendre en considération quand il s'agit de réguler les algorithmes: leur intentionnalité, c'est à dire les objectifs visés par les concepteurs ; leur légitimité,

⁴ Il existe deux principales barrières à la régulation des plateformes: d'une part, des barrières techniques qui relèvent de la capacité technique à comprendre les mécanismes de fonctionnement de ces plateformes et à pouvoir mobiliser les compétences et outils nécessaires pour les réguler ; d'autre part, des barrières juridiques et institutionnelles, dans la mesure où les autorités de régulation ne disposent pas nécessairement de la compétence juridique (au plan des textes) ou institutionnelle (au plan de leur rôle) pour le faire. Ainsi peut-on se demander quelle autorité pourrait être en charge de la régulation d'un acteur comme Airbnb dans le secteur de l'hébergement.

c'est-à-dire, l'évaluation de leurs impacts effectifs pour les usagers et la société ; leur transparence, c'est-à-dire la possibilité de rendre intelligible et vérifiable par des tiers leurs principes de fonctionnement.

La réflexion et les pratiques d'audit ou d'évaluation des algorithmes s'inventent à mesure de leur développement dans un nombre croissant d'organisations et de marchés. En fonction de leur nature déterministe ou non – i.e. selon qu'ils peuvent ou non "apprendre" (machine learning et intelligence artificielle) – ces activités de test et d'évaluation sont plus ou moins complexes. Aujourd'hui, l'évaluation des trois dimensions citées précédemment relève de démarches volontaires de la part des entités utilisatrices d'algorithmes. En l'absence de méthodes issues de la littérature scientifique, le recours à des méthodes de benchmarking domine. L'essentiel reste donc à développer et il n'existe à ce jour ni méthodologie disponible "sur étagère", ni même de consensus sur la manière de les concevoir et de les mettre en œuvre.

Pour ce qui concerne l'identité des autorités qui pourraient être en charge de réguler et de contrôler ces algorithmes, plusieurs options existent : des acteurs du numérique pourraient se positionner ; la CNIL, historiquement créée pour garantir la protection des droits personnels, est aujourd'hui en charge des problématiques liées aux données personnelles ; les régulateurs sectoriels pour ce qui concerne leurs secteurs respectifs ; d'autres organismes comme l'INRIA, dédié à la recherche scientifique dans le domaine du numérique ; les régulateurs sectoriels, sachant cependant que leur légitimité peut être questionnée au regard de leur positionnement sur les chaînes de valeur sectorielles. En effet, les régulateurs interviennent généralement dans la partie "amont" des chaînes de valeur, au niveau des gestionnaires d'infrastructures, alors que les algorithmes sont aujourd'hui plutôt déployés dans la partie "aval", au niveau des marchés et des consommateurs finaux ; d'autres acteurs qui mettraient en place et gèreraient des systèmes objectifs et internationaux de cotation/classement.

Quelle que soit l'identité de(s) l'autorité(s) en charge de réguler et de contrôler les algorithmes, elle(s) doit(vent) être en capacité d'analyser l'impact de ces algorithmes sur le bien-être collectif et sur l'économie du secteur.

Sécuriser l'environnement des innovateurs

Au-delà des effets de bord des innovations sur la compétitivité ou la soutenabilité des modèles d'affaires des acteurs régulés, se pose la question du développement de nouveaux produits, process et marchés qui interrogent le périmètre des régulations existantes et posent inévitablement la question de l'extension de régulations existantes à de nouveaux acteurs et objets, ou bien de la définition de régulations ad hoc. C'est le cas de certaines innovations dans le secteur financier, ou de l'émergence de nouveaux objets comme les drones et les véhicules autonomes, qui sont potentiellement porteurs d'impacts spécifiques sur l'écosystème de la mobilité urbaine.

Dans le domaine financier, les plateformes de financement participatif se sont créées et développées dans une sphère qui n'était pas régulée. Pour protéger les investisseurs et permettre un développement de ces plateformes dans un cadre sécurisé, l'Autorité des Marchés Financiers a ainsi été amenée à les réguler. Pour ce faire, elle a transposé la

réglementation existant sur les marchés tout en l'allégeant, accompagnée par la loi qui a créé un statut de « conseiller en investissement participatif » nécessitant une autorisation préalable de sa part. Plus récemment, l'AMF s'est penchée sur la question des « ICO » – Initial Coin Offering ; une nouvelle modalité de levée de fonds adossée à la technologie blockchain – qu'elle aura probablement à réguler demain.

Ainsi, l'intervention réglementaire ne doit-elle pas être perçue comme un facteur inhibant nécessairement l'innovation. Bien au contraire, la régulation et la réglementation peuvent appuyer l'innovation et sa diffusion en offrant aux parties prenantes un environnement sécurisé dans lequel les responsabilités sont, au moins partiellement, établies *a priori*. Par exemple, la réglementation qui a autorisé l'utilisation de drones a été un facteur du développement de la technologie en favorisant leur recours par des grands acteurs, tels la SNCF qui peut s'en servir pour améliorer ses modes opératoires. Par ailleurs, et plus fondamentalement, le développement du véhicule autonome sera directement lié à la réglementation à laquelle seront soumis ces véhicules ainsi qu'à la régulation de tout ou partie de leurs usages. Selon que les pouvoirs publics locaux favoriseront des solutions fondées sur des véhicules individuels ou des prestataires de service, articulant ou non les différents modes de transport, reposant ou non sur la concurrence entre prestataires, (etc.) des configurations très différentes émergeront tant du côté de l'offre (intégrée ou non dans une offre cohérente de transport urbain) que de sa régulation. La concurrence technologique entre nations et entre consortiums industriels sera très certainement l'un des moteurs des choix de régulation qui seront opérés, mais en même temps, du fait de la multiplicité des centres de décision et des incertitudes inhérentes à une technologie émergente, rien ne garantit que des choix collectivement optimaux seront réalisés. Les régulateurs sectoriels peuvent jouer un rôle dans la réconciliation des points de vue compte-tenu de leur position centrale par rapport à de nombreuses parties prenantes.

D'une manière plus générale, l'innovation exige une revue régulière des régulations en vigueur de manière à identifier les régulations inadaptées qui doivent être mises au rebut. Dans le même temps, ces évolutions doivent prendre en considération les garanties qui ont été données ex-ante aux investisseurs, tant dans un souci d'équité que de crédibilité à long terme, pour garantir les capacités futures d'investissement.

Au-delà des garanties juridiques à apporter aux parties prenantes, l'autre dimension importante de la régulation est qu'elle permet de fournir aux investisseurs et aux parties prenantes des points focaux leur permettant de se coordonner, par exemple sur des grands principes de déploiement des infrastructures et des services, sur des options techniques structurantes, ou encore sur des mécanismes d'interconnexion et d'interopérabilité ; en bref sur les infrastructures de marché qui permettront dans le futur d'organiser les échanges, la coordination des opérations et définiront le jeu concurrentiel. En amont de l'innovation, de nombreuses options sont toujours disponibles, alors que ni les acteurs, ni les pouvoirs publics n'ont suffisamment de connaissances sur les technologies et usages futurs pour pouvoir faire des choix pertinents. Il convient donc de favoriser l'expérimentation, permettre une certaine flexibilité des principes organisateurs de l'industrie et des marchés, tout en faisant converger progressivement la vision des acteurs afin qu'ils participent au développement d'un modèle commun, porteur d'externalités positives de réseaux et de rendements croissants d'adoption, à défaut d'être le modèle optimal.

Au total, l'innovation peut faire évoluer le rôle des régulateurs. D'abord, les pouvoirs publics peuvent être amenés à étendre le champ de compétence des régulateurs en leur demandant de superviser des marchés connexes ou des acteurs particuliers ayant un impact sur les acteurs des secteurs régulés. Les autorités de régulation peuvent également être amenées à jouer un rôle de coordination entre autorités publiques intervenant à divers titres sur les équations économiques des opérateurs des secteurs régulés, ainsi que le montre l'exemple du jeu complexe des collectivités territoriales et des autorités nationales, voire supranationales autour de la mobilité. Enfin les régulateurs peuvent, du fait de leur position centrale entre les parties prenantes, jouer un rôle utile dans la nécessaire coordination entre eux autour de l'innovation et des investissements que celle-ci induit.

Cela étant, la prise en compte de l'innovation par les régulateurs peut les amener à traiter de sujets très éloignés de leurs compétences techniques ou à s'intéresser à des marchés qui, historiquement, ne sont pas ceux sur lesquels ils ont développé des compétences, comme c'est le cas du véhicule individuel pour le régulateur du transport, mais aussi des marchés qui servent de sous-jacents à des produits spéculatifs pour le régulateur financier. Ainsi, l'AMF – dont la mission est de protéger l'épargne publique – a pu être amenée à mener des investigations sur des marchés tels que celui des manuscrits anciens ou les forêts de bois de tek en Amérique Latine. Toute la difficulté pour un régulateur sectoriel est d'identifier comment les innovations sur des marchés qui ne sont pas dans son champ de surveillance habituel – les marchés d'actions et d'obligations dans le cas de l'AMF – peuvent impacter sa mission. Ceci est d'autant plus difficile qu'il faut *a priori* comprendre des activités très différentes pour lesquelles il n'existe pas nécessairement de référence aisément accessible. Par exemple, le marché des manuscrits anciens est bien plus opaque et décentralisé que ceux du vin ou du diamant pour lesquels il existe des références non-officielles de mesure de la qualité et de la valeur.

Une évolution des frontières pertinentes de la régulation du fait de l'élargissement de l'arène stratégique

L'une des raisons d'être des régulateurs réside dans la conciliation d'objectifs de politiques publiques avec les contraintes concurrentielles (et en matière d'efficacité productive) des opérateurs régulés. De ce dernier point de vue, l'évolution du périmètre stratégique pertinent pour ces derniers peut conduire à une évolution des éléments à prendre en considération de la part de la régulation et du régulateur. Pour autant, les régulateurs restent organisés dans le cadre de juridictions et de l'organisation des pouvoirs publics à l'échelle nationale. Il en résulte un désajustement potentiel entre l'échelle souhaitable de la régulation et son organisation institutionnelle.

De l'internationalisation des marchés pertinents

Plusieurs facteurs expliquent l'évolution du périmètre de l'arène stratégique de nombre d'opérateurs régulés.

La construction européenne, tout d'abord, est largement fondée sur la création d'un marché intégré qui exige l'ouverture des différents marchés nationaux et induit de la part des opérateurs une internationalisation de leur stratégie. En amont, elle incite au développement de marchés transfrontaliers. Au-delà de la régulation de ces derniers, la prise en compte des interactions entre régulations nationales est de plus en plus prégnante

pour chaque juridiction nationale, car il s'agit à la fois de prendre en considération l'impact des réglementations sur les stratégies d'investissements des opérateurs et l'éventuel effet d'une régulation sur la compétitivité de l'opérateur historique.⁵

Par ailleurs, la construction européenne participe d'une dynamique d'internationalisation de certains marchés. Par exemple, dans certains secteurs, les opérateurs doivent répondre à une demande de continuité de service trans-territoriale de la part d'utilisateurs, dont une partie est de plus en plus mobile ; dans tous les cas, dans les secteurs tels que les télécommunications, le transport ou les services bancaires et financiers, il est nécessaire de réguler de manière de plus en plus différenciée les services, selon que ceux-ci concernent des marchés locaux, nationaux ou transnationaux. Tel est à titre d'exemple le cas des secteurs ferroviaire ou routier où, clairement, plusieurs niveaux de régulation pertinents semblent émerger.

L'innovation et son financement, enfin, constitue un troisième facteur d'évolution des frontières géographiques des marchés pertinents. D'une part, les investissements en R&D allant croissant dans un contexte de domination de quelques opérateurs globaux, les besoins de financement liés à l'innovation augmentent – et, partant, la prise de risque s'accroît – ce qui appelle au développement de coopérations ou d'alliances entre firmes ou à la concentration de certains marchés. D'autre part, même lorsque de grands projets européens, relayés au niveau national, se développent – par exemple au travers de mandats confiés à des agences spécialisées comme l'ADEME, l'ANAH ou encore l'Agence du Numérique – leurs résultats ne seront industrialisables qu'à une échelle supranationale. La politique d'innovation peut donc induire une plus grande intégration des politiques de régulation, ainsi qu'une prise en compte des contraintes de l'innovation par les autorités en charge de la concurrence. Les pays membres de l'Union Européenne pourraient aussi prendre en considération des dimensions de « politique industrielle » à l'échelle de l'Union, à l'instar de ce qui a été fait dans le passé autour du GSM, par exemple.

Encadré 3 : Une internationalisation très variable selon les secteurs

Même si l'arène stratégique des opérateurs a tendance à s'internationaliser, on observe un degré effectif d'internationalisation très différent d'un secteur à l'autre. A une extrémité, on trouve bien évidemment le secteur financier, avec une régulation qui s'opère au niveau européen. A l'autre extrême, on trouve le secteur ferroviaire qui demeure peu ouvert sur l'international :

- L'interopérabilité entre réseaux est limitée du fait de normes techniques (signalisation, alimentation, écartement de rails, etc.) incompatibles.
- Le produit reste éminemment national : même si la vente de billets commence à s'internationaliser à la marge et qu'il existe des flux transfrontaliers, le trafic voyageur demeure essentiellement domestique. Le marché du fret est plus internationalisé,

⁵ Dans le cas particulier de la régulation financière, l'internationalisation de la régulation s'explique aussi par la volonté de limiter les marges de manœuvre des acteurs qui cherchent à contourner la régulation en se délocalisant ainsi qu'en déplaçant constamment leur proposition de valeur pour rester en dehors du champ de la régulation (des produits nouveaux venant se substituer à des objets régulés). L'intégration au plan européen de la régulation permet pour partie de répondre à ces deux défis en bénéficiant à la fois d'une juridiction "sans couture" et d'un régulateur réalisant des économies d'échelle et d'envergure. Le numérique est porteur d'enjeux identiques.

notamment du fait de l'internationalisation par rachat d'opérateurs de la *Deutsche Bahn* – mais demeure beaucoup moins dynamique que le fret routier.

- Le degré d'ouverture des marchés à la concurrence demeure très différent, d'autant que le droit européen autorise le monopole sur les trains nationaux jusqu'en 2020. Certains pays ont ouvert leur marché (Allemagne, Italie, Suède, Grande Bretagne) ; d'autres attendent de le faire.
- Les modalités de régulation sont très variables selon les pays : il n'y a pas de régulateur en république Tchèque ; les pouvoirs de l'ARAFER sont limités par rapport à ceux des régulateurs anglais ou italien ; le régulateur allemand est multisectoriel (télécoms, énergie, ferroviaire), le régulateur espagnol est multimodal (aérien, maritime, routier, ferroviaire), etc.
- Les principes réglementaires sont appliqués de manière différente. Par exemple, la tarification au coût marginal défini par la directive européenne fait l'objet d'interprétations très variables du fait de l'application de méthodes de calcul de coût qui demeurent très hétérogènes et du choix d'ajouter ou non au calcul du coût marginal des éléments de coût fixe.

Le cas du secteur autoroutier souligne que, bien qu'il existe de fortes interfaces européennes, le secteur demeure peu internationalisé. D'une part, il n'existe aucune barrière physique et technique significative à une intégration accrue des réseaux ; des directives européennes, notamment celle relative à l'Euro-vignette, limitent les distorsions qui pourraient être introduites en matière de péages ; et la Commission Européenne contrôle certains aspects du financement des infrastructures à travers son contrôle sur les aides d'État. De l'autre, tant du côté des opérateurs que des clients finaux, le besoin d'une intégration transnationale de services demeure limité. Par ailleurs, bien qu'il existe une directive télépéage poids lourds, ses modalités d'application extrêmement variables d'un pays à l'autre (avec des dérogations majeures pour l'Italie, par exemple) soulignent in fine la faible volonté des pouvoirs publics d'intégrer ce marché au plan européen.

Le jeu à trois entre pouvoirs publics nationaux et européens et régulateurs sectoriels

Ces évolutions font naître le besoin d'une régulation plus harmonieuse au plan européen, ce qui a nécessairement un impact sur les relations entre les régulateurs et les gouvernements nationaux. En effet, dans une logique de subsidiarité, les agences de régulation, établies au niveau national, émanent de leur tutelle nationale, mais le besoin croissant de prise en considération des contraintes transnationales des entreprises régulées, de même que la construction progressive d'un "*level playing field*" concurrentiel au plan européen, conduisent les régulateurs à harmoniser leurs pratiques, ce qui peut aussi induire des recommandations auprès des gouvernements nationaux pour faire évoluer le cadre réglementaire. Il en résulte une potentielle prise d'autonomie progressive des régulateurs par rapport aux gouvernements nationaux, et notamment par rapport aux administrations (ministérielles ou régionales) historiquement en charge de l'"organisation" de certaines activités.

Cette autonomie n'a pas nécessairement de traduction en matière législative et constitutionnelle. Elle découle du jeu complexe qui se joue entre trois types d'acteurs :

les gouvernements nationaux, les régulateurs sectoriels et la Commission Européenne. Ce jeu est lui-même complexifié par les alliances qui peuvent se nouer entre régulateurs, notamment à travers leurs coordinations européennes ou au niveau de l'OCDE, entre ces coordinations et la Commission, et bien entendu dans les coalitions qui se créent entre États à Bruxelles.

L'exemple de l'évolution de l'organisation de la régulation financière européenne est, à cet égard, intéressant. Avec la création de l'ESMA, on a assisté à une coopération renforcée entre les autorités de supervision des marchés financiers et de protection des épargnants. Se pose cependant désormais la question du passage d'une logique "confédérale" à une logique "fédérale" fondée sur la combinaison d'une subsidiarité reconnue et du développement d'une autorité intégrée au plan européen. Deux solutions sont actuellement évoquées dans le cadre d'une consultation organisée par la Commission Européenne en vue de moderniser les agences européennes de supervision. La première consiste à "remonter" la régulation des entités ou activités systémiques au niveau d'une agence européenne de supervision. Ceci pourrait inclure les infrastructures de marché, par nature systémiques, ainsi que les très gros acteurs du marché. La seconde solution, consistant à mettre en place une évolution de la gouvernance au plan européen, pourrait également constituer une amélioration, en dotant l'ESMA (le collège des 28 régulateurs) de pouvoirs plus étendus et en modernisant sa gouvernance (en mettant en place, par exemple, un comité exécutif composé de personnalités indépendantes pour prendre un certain nombre de décisions). De telles évolutions sont évidemment facteurs de prise d'autonomie des agences nationales par rapport à leurs gouvernements nationaux. Elles sont aussi susceptibles de transformer les missions du régulateur comme on le verra plus bas.

La coopération internationale entre régulateurs ne va cependant pas d'elle-même dans de nombreux secteurs car, du fait des contrastes entre nations tant en matière de tradition historique et de culture, d'organisation politique et administrative, que de structures industrielles et de marché, les régulateurs sectoriels ont des statuts différents, des moyens et des missions qui peuvent varier, et ne sont pas tous mono-sectoriels (Cf. les exemples cités dans l'encadré 3). Il en résulte des façons de réguler contrastées, voire des visions hétérogènes de la régulation, qui ne garantissent ni un besoin, ni une possibilité de convergence rapide vers des pratiques communes et intégrées. Dans le cas de la régulation financière, c'est clairement le choc économique, politique et social majeur qu'a constitué la crise de 2008 qui a forcé les autorités politiques à intégrer la régulation au plan européen.

Développement de l'expertise et prise en charge de fonctions de coordination des politiques publiques et des stratégies industrielles

Régulation des marchés et/ou mise en œuvre des politiques publiques

Aux États-Unis, les agences de régulation se sont développées dans un contexte d'absence d'administration sectorielle fédérale. Ces agences se sont donc progressivement vu attribuer des mandats de plus en plus larges en se voyant confier la mise en œuvre, et parfois la définition même, de politiques sectorielles bien au-delà de la supervision des pratiques anticoncurrentielles ou de l'harmonisation au plan national de l'environnement

réglementaire. En Europe, l'histoire est différente puisque des structures administratives très puissantes en charge de la mise en œuvre des politiques publiques et de l'organisation de certains segments de l'offre préexistaient à l'émergence des agences de régulation. Pour autant, ces dernières ont pu se voir progressivement confier des missions supplémentaires par rapport à celles qui avaient présidé à leur création. Ce faisant, un conflit de compétence potentielle est créé entre l'administration centrale ou territoriale et le régulateur indépendant. Plusieurs facteurs expliquent, justifient parfois, cette évolution de l'organisation de l'administration. Notons par ailleurs, que la question de légitimité des compétences de régulateurs indépendants est particulièrement sensible en France, pays de forte tradition administrative, unitaire et républicaine. Il n'en va pas nécessairement de même chez nombre de partenaires de l'Union Européenne où les administrations centrales n'étaient ni systématiquement puissantes, ni obligatoirement neutres et compétentes par rapport aux collectivités territoriales ou aux intérêts privés.

Comme nous l'avons rappelé, en France, l'indépendance du régulateur par rapport à l'administration est souvent perçue comme légitime lorsqu'il existe un risque de conflit d'intérêts parce que l'État est actionnaire de l'opérateur historique. En l'absence d'un tel risque, deux conceptions continuent à s'affronter sur ce que doit être le profil idéal du régulateur : la première vise à limiter au strict minimum la délégation des missions de l'État à des agences indépendantes – la fonction d'arbitrage entre objectifs de politiques publiques relevant du Premier Ministre, responsable devant la représentation nationale de la politique de la Nation qu'il détermine et conduit –, la seconde associe l'acte de régulation à un acte de mise en œuvre des politiques publiques exigeant la réalisation d'une synthèse entre les objectifs de plusieurs politiques publiques, la réalité des conditions de fonctionnement d'un marché et la prise en compte d'intérêts catégoriels. L'évolution potentielle du statut du régulateur et de son degré effectif d'indépendance est évidemment fonction de la conception prédominante que l'on peut avoir de la régulation. Il faut à cet égard noter une différence entre les raisonnements s'inscrivant dans une logique constitutionnelle, qui aboutissent à l'idée qu'une autorité administrative indépendante est par nature temporaire puisqu'elle se justifie par la réalisation d'une mission ciblée, et les raisonnements construits à partir d'une logique économique dans laquelle il apparaît cohérent dans un monde polycentrique de créer des autorités spécialisées pérennes capables d'orchestrer la réconciliation des objectifs ainsi que la coordination des parties prenantes.

En réalité, deux problèmes différents se posent. Tout d'abord, celui de la nécessité du développement d'une expertise technique pointue. D'aucuns notent qu'il n'est pas nécessaire pour cela de mettre sur pied une autorité administrative indépendante puisque d'autres formes d'organisation sont possibles, par exemple avec des établissements publics spécialisés comme, par exemple, l'ANFR, l'IRSN, ou le CEREMA ou encore en conservant une expertise technique forte au sein même de l'administration.

Ensuite, se pose la question de l'étendue du mandat de l'agence. D'un côté, plus elle se voit confier une mission précise et circonscrite, plus sa mission est technique et placée sous le contrôle étroit du politique, ce qui règle ipso facto la question de la légitimité et de l'indépendance du régulateur. Cependant, dans ce cas, soit les agences sont temporaires, soit elles doivent coopérer entre elles quand des problèmes nouveaux se posent. Les bénéficiaires de la spécialisation peuvent alors être dilapidés dans des coûts de reconfiguration permanente du portefeuille d'agences – le politique devant en permanence

créer et supprimer des agences spécialisées – et des coûts de coordination entre agences.⁶ A l'inverse, une agence sectorielle dotée d'une mission très large de surveillance et d'organisation des marchés dans une industrie donnée, se voit ipso facto dotée d'une autonomie de fait puisqu'elle dispose nécessairement de marges d'appréciation sur la hiérarchie des priorités ou sur le rythme de mise en œuvre d'une politique. Pour garantir sa légitimité, le régulateur est alors fortement incité à développer une large expertise sur le secteur qu'il régule, ce qu'il peut faire s'il est doté de moyens suffisants. En revanche, le risque qu'il s'autonomise trop par rapport au pouvoir politique, voire soit en partie "capturé" par une partie des acteurs du secteur qu'il régule, ne doit pas être négligé, ce qui suppose d'être particulièrement vigilant en matière de gouvernance.

Il y a donc clairement un équilibre délicat à trouver en matière d'étendue des missions à confier à un régulateur sectoriel ainsi que de nombre de régulateurs impliqués dans un secteur. Le secteur de la santé en France, marqué par la coexistence d'un très grand nombre d'autorités tant organisatrices que régulatrices de l'offre de service de santé, constitue à cet égard un cas dont il conviendrait de faire une analyse détaillée pour savoir si la régulation ne pourrait pas être moins fragmentée.

Encadré 4 : La coopération entre régulateurs

Le législateur (français comme européen) a institutionnalisé dans un certain nombre de cas la coopération entre les autorités de régulation dont les compétences apparaissent complémentaires.

L'organisation de l'articulation entre les autorités sectorielles et l'Autorité de la concurrence est assez fréquente. C'est ainsi, par exemple, que dans le cadre de ce qu'on appelle les « analyses de marché », pierre angulaire de la régulation asymétrique des marchés de communications électroniques, l'Arcep doit consulter l'Autorité de la concurrence quand elle définit un marché pertinent et qualifie un opérateur de « puissant ». Elle doit ensuite tenir compte de ses avis. Autre exemple, en matière de contrôle des concentrations : l'Autorité de concurrence doit systématiquement consulter l'Arcep, la CRE, le CSA ou l'Arafer quand elle examine des cas concernant des secteurs régulés par ces dernières.

L'expérience montre que ces coopérations fonctionnent et qu'elles sont considérées comme utiles par l'ensemble des parties, qu'il s'agisse des autorités de régulation ou des entreprises concernées par les procédures. Pour l'Autorité de la concurrence, qui peut ainsi s'appuyer sur les compétences sectorielles des AAI, ces consultations permettent de diminuer l'asymétrie d'information d'une institution omni-sectorielle. Les autorités sectorielles peuvent de leur côté mettre en avant leurs préoccupations au regard de leurs objectifs de régulation sectorielle. C'est ainsi que l'Autorité de la concurrence a été amenée à constater, en consultant en parallèle le CSA et l'Arcep que ceux-ci n'envisageaient pas toujours les mêmes difficultés quand il s'agissait d'autoriser ou d'interdire des clauses d'exclusivité de programmes.

On peut toutefois s'interroger sur les conditions d'exercice de ces consultations croisées. En effet, une institution consultée sera d'autant plus pertinente dans sa réponse qu'elle

⁶ Le périmètre très large de de l'autorité de régulation des réseaux, mis en œuvre notamment en Allemagne (BNetzA), peut s'avérer le cas échéant un cadre minimisant les reconfigurations nécessaires et leur coût.

pourra accéder à tout ou partie des pièces du dossier à l'origine de la consultation. Or, l'accès n'est pas toujours effectif sans justification évidente. Cette absence de transparence peut limiter l'intérêt de la procédure. Par ailleurs, les textes ne prévoient pas toujours que l'Autorité qui consulte doivent « tenir compte » de l'avis et, partant, expliquer pourquoi elle n'en tient éventuellement pas compte. Est-ce légitime, à tout le moins si la consultation est obligatoire ?

Indépendamment de cette coopération régie par les textes, les AAI ont aussi mis en place, à leur initiative, quelques coopérations « techniques » qui visent à explorer ensemble des sujets nouveaux ou à partager de l'information. C'est ainsi qu'une « cartographie des enjeux » de l'Internet des objets a fait l'objet d'un rapport commun à l'Arcep, la DGE, la CNIL, l'ANFR, le Ministère du logement et de l'habitat durable et l'ANSSI. En 2010, la CRE et l'AMF avaient déjà signé un accord de coopération relatif à l'échange d'informations sur les marchés de l'énergie et des quotas de CO₂.

Cela étant, la coopération entre autorités administratives n'est pas toujours aisée, en particulier quand elle concerne des entités relevant de départements ministériels différents.⁷ A cette limite classique, la coopération entre Autorités Administratives Indépendantes est d'autant moins simple qu'elle soulève des problèmes de capacités d'engagement. Tant les membres des collèges que les collaborateurs des services ne peuvent engager leur institution, au nom du collège, à l'égard d'autres institutions dans le cadre d'une réflexion antérieure à une prise de décision.

En pratique, cependant, l'expertise sectorielle reconnue de certaines autorités administratives indépendantes a pu conduire les gouvernements successifs à leur déléguer (parfois sans leur accorder de moyens supplémentaires correspondants) le déploiement d'une partie des politiques publiques en lieu et place de l'administration concernée. Ainsi la CRE s'est-elle vu confier des responsabilités en matière de surveillance du marché des émissions de carbone.⁸ De son côté, l'Arafer a été mandatée pour superviser une partie de l'activité des exploitants de concessions autoroutières. Il arrive donc au législateur de confier de nouvelles compétences à des régulateurs dans leur domaine d'expertise et sur leur secteur, afin qu'ils prennent en charge de nouveaux entrants ou de nouveaux marchés (comme c'est le cas pour les modèles d'économie dite collaborative dans le transport ou la finance), ou encore des marchés qui ne faisaient pas encore l'objet d'une régulation (cas des activités autoroutières). On assiste donc à une évolution potentielle du périmètre d'action et des missions du régulateur, avec l'apparition d'un potentiel de concentration des régulateurs autour de missions (comme la supervision de la gestion des données personnelles) ou de « grands besoins » (communication, énergie, mobilité, etc.).

Cette tendance à l'élargissement des missions des régulateurs économiques sectoriels peut s'analyser de deux façons. Elle peut correspondre, tout d'abord, à la simple volonté de la part de l'exécutif (et du parlement qui entérine ses propositions) de ne pas multiplier les structures administratives, tant dans un souci d'économie et de rationalisation de l'action publique que du fait d'une certaine « paresse politique » consistant à résoudre

⁷ Ces échanges seraient cependant encore plus compliqués entre deux administrations placées sous l'autorité de ministres différents.

⁸ S'agissant d'instruments proches d'instruments financiers, ce marché aurait pu être régulé par une autre autorité que la CRE, telle l'AMF. Le choix des pouvoirs publics s'explique sans doute par le fait que les principaux acteurs de ce marché sont ceux de l'énergie et que l'État est par ailleurs un actionnaire majoritaire ou de référence pour ces derniers.

pragmatiquement des questions qui paraissent d'ordre technique et secondaire, alors même que, comme il est souligné dans ce document, on peut considérer qu'il s'agit d'une évolution potentiellement majeure de l'organisation de l'action publique, de plus en plus menée par des composantes de l'administration qui disposent de fait d'un certain pouvoir discrétionnaire. L'autre clé de lecture, est évidemment que de telles évolutions sont voulues, à la fois parce qu'elles apparaissent comme le moyen à la fois de réformer l'action publique en luttant contre le "mille-feuilles administratif" – les régulateurs sectoriels pouvant se substituer à terme et de manière plus cohérente à de nombreux services intervenant dans la mise en œuvre des politiques publiques – de mener efficacement des politiques publiques dans un cadre libéralisé où il ne s'agit plus pour l'État de faire, mais d'inciter et de canaliser l'action privée, ainsi que de vaincre un certain nombre de résistances aux réformes structurelles, en s'appuyant sur des régulateurs, le cas échéant indépendants, pour les mettre en œuvre.

Régulation sectorielle et mise en concurrence des politiques publiques

Au-delà des questions de doctrine sur la gouvernance idéale de l'administration publique – et qui tournent autour des moyens de garantir sa compétence et sa neutralité – l'une des justifications de telles évolutions pourrait tenir à la nécessité d'une réorganisation de l'action publique, les découpages ministériels historiques n'apparaissant plus comme pertinents. Une autre raison tient à l'évolution des systèmes de gouvernance caractérisés par la prolifération des niveaux de décision et des sources de légitimité politique. Une caractéristique des sociétés post-modernes et en effet le caractère "pluri-niveau" ou "polycentrique" de la gouvernance (Ostrom, 2005). Concrètement, le niveau national interfère avec le niveau européen et plusieurs échelons de niveau local dans le cadre d'une subsidiarité qui est loin d'être parfaitement claire. Il convient d'ajouter à cet "éclatement" de l'autorité publique en plusieurs niveaux un certain émiettement horizontal entre des autorités en charge de divers aspects des politiques collectives : sécurité, santé, aménagement du territoire, etc.

Dans un tel contexte, des régulateurs sectoriels indépendants peuvent être nécessaires pour protéger l'intérêt général face à des autorités publiques dont l'action concrète peut être excessivement court-termiste ou marquée par le besoin de répondre à des intérêts spécifiques ; ce point étant accentué dans le contexte de fragmentation de l'autorité politique à des niveaux multiples (local, national, supranational). Le rôle du régulateur peut donc être de s'assurer de la cohérence d'une action publique décidée à des niveaux multiples. Il peut aussi devenir une sorte de guichet unique pour les opérateurs et les utilisateurs, réduisant ainsi leurs coûts de transaction et rendant le marché plus ouvert et plus transparent. En sus, une telle coordination peut limiter les stratégies de "forum shopping" permettant à des acteurs informés ou bénéficiant d'accès privilégiés à certains maillons des appareils politico-administratifs de se garantir des rentes. Il peut donc y avoir un intérêt, par exemple, à ce que la relation collectivités territoriales / entreprises s'inscrive dans un contexte supervisé par un régulateur sectoriel. De la même façon, au plan européen, une coordination renforcée entre régulateurs sectoriels peut permettre d'assurer une plus grande cohérence et stabilité des cadres de régulation.⁹

⁹ Comme évoqué au début de cette section, la conception élargie des compétences des régulateurs sectoriels ne fait pas l'objet d'un consensus. Rappelons cependant que les régulateurs "indépendants" sont soumis à un contrôle de leur action par le parlement et à un encadrement de leur activité par le gouvernement. Il ne s'agit donc pas d'autorités autonomes et souveraines. On mentionne ici les éléments expliquant pourquoi les régulateurs peuvent s'avérer utiles à la mise en œuvre des politiques publiques.

Un exemple est fourni par l'interaction entre régulation sectorielle et aménagement du territoire. Les lois NOTRe ont transféré aux nouvelles régions de larges compétences dans des domaines régulés, notamment en matière d'accès aux infrastructures essentielles, conduisant à interroger le poids et les caractéristiques des régulations régionales ou nationales afin de respecter le principe constitutionnel d'égalité, alors même que les financements ou les capacités sont très différents. Certains choix gouvernementaux en matière de niveau de maillage et de financement de la construction ou du renouvellement d'infrastructures essentielles ont conduit à la coexistence de différents modèles d'exploitation de ces infrastructures et, partant, à celle de différents modèles de régulation. A leur tour, ces évolutions font peser une exigence accrue sur la régulation tarifaire, souvent censée résoudre la quadrature du cercle. C'est par exemple le cas des concessions de distribution d'électricité, soumises – y compris en matière d'investissement – à des obligations locales négociées avec les autorités concédantes, alors même que la couverture des coûts d'investissement de l'opérateur national et leur rémunération sont régulées par la Commission de Régulation de l'Énergie au même titre que les charges d'exploitation. Dans le même ordre d'idée, l'ARAFER n'a pas de pouvoir relatif aux appels d'offres pour les contrats de transport régional, alors que ceux-ci ont un impact sur la soutenabilité financière des entreprises dont l'activité est en partie régulée par l'autorité. Des questions de mise en cohérence de l'ensemble méritent donc d'être posées.

Des processus d'extension des missions des régulateurs

Ainsi, *de facto*, les régulateurs peuvent-ils se trouver en charge de devoir concilier des objectifs ou exigences dissonantes : ici, entre exigence de démocratie et de cohésion territoriale ; là entre exigence de concurrence et de coopération dans l'innovation, ou bien encore entre protection des investissements des entreprises en place et nécessité de ménager l'entrée des innovateurs, et enfin entre régulation du marché national et exigence d'attractivité pour les acteurs transnationaux. Se pose alors la question de l'évolution des moyens et des compétences des autorités de régulation. Quel échelon et quel type d'entité seront demain compétents pour réguler quels types de marchés et d'objets : administrations (centrales, déconcentrées ou locales) ? agences ? autorités indépendantes ? Quelles articulations entre ces entités au sein d'un même domaine de régulation, entre plusieurs champs de régulation ? Ces questions doivent être traitées conjointement par le couple exécutif / législatif, après que l'échelon européen ait défini, le cas échéant, quelques règles, y compris d'indépendance (la Commission constitue, pour une partie des politiques de régulation mises en œuvre, un garde-fou indispensable dans la mesure où elle dispose d'un droit de regard sur un certain nombre de décisions prises au niveau national).

En pratique, ces évolutions des responsabilités, prérogatives et moyens des régulateurs ne se font le plus souvent pas au terme de réflexions et de débats approfondis remettant l'ensemble des questions sur la table, mais de manière progressive, dans le cadre d'ajustements à la marge justifiés par le pragmatisme et le besoin de répondre de manière urgente à un enjeu. Un régulateur se voit en général confier une nouvelle responsabilité lorsqu'il apparaît en mesure de mieux faire qu'un juge intervenant a posteriori sur le respect de règles imposées par le législateur. C'est notamment le cas s'il existe des risques importants en cas de non-conformité ou si une expertise spécifique est nécessaire

pour superviser le respect des règles. La nécessité d'une proximité avec le marché peut également justifier le recours à un régulateur. Dans le transport par exemple, la possibilité de substitution entre trafic ferroviaire régulé et nouvelles pratiques (co-voiturage, autocars) peut justifier l'intervention dans la mesure où il existe des liens capitalistiques entre les acteurs intervenant sur les différents marchés.

Ce pragmatisme dans l'organisation de l'action publique peut cependant être source de confusion de posture et de problématiques de compétence (en termes de savoir-faire et en termes juridiques). Par exemple, la modernisation de pratiques anciennes (comme le covoiturage) peut conduire à s'interroger sur leur prise en charge par un régulateur, en particulier lorsqu'elles viennent perturber les équilibres d'un marché existant lui-même régulé ou posant des problèmes d'équité concurrentielle (par exemple le marché du transport collectif en zone urbaine où coexistent des moyens collectifs publics et des moyens d'opérateurs privés comme Uber). Ce faisant, se posent des problèmes tant juridiques — par exemple, il existe deux définitions différentes du covoiturage en droit français — que de compétences — les outils de surveillance du marché n'existent pas — que de capacité à réguler des acteurs transnationaux qui, à l'instar d'Uber, offrent des services disponibles à l'échelle globale, représentent *de facto* un attrait important pour un segment important de la clientèle et donc disposent d'un "pouvoir de négociation" non négligeable vis-à-vis des autorités publiques nationales jouant à la fois de capacités effectives de contournement du marché et de ses régulation et du soutien d'une partie des usagers et de l'opinion publique. Se pose aussi le problème de l'équilibre complexe entre régulation et innovation (cf. supra).

L'évolution des préférences collectives et des politiques publiques

Sur le plan politico-administratif un régulateur est un outil de mise en œuvre des politiques publiques au même titre que les structures administratives classiques. Son indépendance et son autonomie se justifient par des besoins spécifiques liés avant tout au potentiel conflit d'intérêt entre l'appareil administratif ou le/les exécutif(s) vis-à-vis des citoyens ou des opérateurs économiques. Ce faisant, comme on l'a noté plus haut, l'existence même d'une agence de régulation qui développe des compétences sectorielles spécifiques, mais aussi une légitimité vis-à-vis des citoyens ou des agents économiques, peut conduire le politique à confier de nouvelles missions au régulateur au-delà de celles qui ont présidé à son émergence. Ces extensions de missions changent par définition la raison d'être du régulateur ainsi que la nature de la régulation. Elle peut clairement viser plusieurs objectifs, notamment parce que les préférences collectives, relayées en partie par les politiques publiques, évoluent. Il convient d'explicitier ces évolutions, notamment en ne les faisant pas passer pour de simples aménagements techniques, et de les assumer collectivement en s'assurant que les pouvoirs publics les valident. Il en va de la légitimité des régulateurs et de l'efficacité des politiques publiques.

A cet égard, il est important de souligner que l'évolution consistant à "étendre" le mandat des régulateurs indépendants est une tendance de fond des sociétés post-modernes, notamment en Europe. Tout d'abord, ainsi que le souligne Pierre Rosanvallon (2008), ces sociétés post-modernes sont marquées par une complexification croissante qui rend les circuits de décision opaques pour les citoyens et instruit une méfiance envers ces derniers, une perte de légitimité et, partant, d'efficacité. Le développement d'une gouvernance fondée sur l'expertise et l'indépendance est l'un des mécanismes permettant de pallier

ces évolutions, à la fois en permettant une plus grande efficacité potentielle de la décision, et en atténuant le soupçon de manipulation de l'expertise. Encore faut-il, évidemment, que l'indépendance des experts vis-à-vis du politique soit garantie et qu'ils agissent en toute transparence.

Ensuite, dans le contexte de la construction européenne, le renforcement de l'autonomie des agences de régulation vis-à-vis des systèmes politico-administratifs nationaux résulte d'une dynamique politico-économique entre les gouvernements, la commission européenne et les agences nationales de régulation ; dynamique qui n'est pas nécessairement maîtrisée par aucun des trois acteurs, mais qui aboutit à ce que de manière croissante les agences voient leur indépendance vis-à-vis de leur tutelle nationale renforcée et leur mandat évoluer en conséquence.

La dynamique de coordination entre régulateurs nationaux en Europe contribue indéniablement à modifier la donne au plan national, renforçant l'autorité et la légitimité des autorités de régulation vis-à-vis des autres composantes de l'État, mais aussi des opérateurs. Ce renforcement mutuel entre autorités de régulation bénéficie, aussi bien qu'il est encouragé par elle, à la Commission Européenne dans la mesure où cela lui donne une voie alternative d'accès à de l'information, de l'expertise et de la légitimité, sans parler d'un canal de mise en œuvre en matière de politiques publiques. De la même façon, il a été documenté de longue date que les gouvernements nationaux se servent du vecteur des agences de régulation (et des obligations souscrites à Bruxelles) pour mettre en œuvre des réformes. Un jeu à trois se joue entre régulateurs, Commission, et gouvernements nationaux, qui tend à modifier *de facto* le mandat des régulateurs sectoriels qui deviennent des maillons importants des politiques sectorielles, articulées entre les autorités locales, nationales et européennes.

Plusieurs lectures peuvent être faites des évolutions en cours. En premier lieu, le régulateur peut apparaître comme un instrument au service de la mise en œuvre des politiques publiques, ces dernières étant définies à de multiples niveaux de gouvernement. Étant au service de chaque maille, il se doit de composer entre elles et le cas échéant doit gérer l'hétérogénéité des objectifs et donc arbitrer entre plusieurs priorités. En deuxième lieu, du fait de son rôle en matière de mise en œuvre (et des arbitrages qui en résultent), le régulateur peut intervenir dans la conception des réglementations. Il peut apparaître comme étant instrumentalisé dans la dynamique de la relation entre les gouvernements nationaux et la Commission. Il est alors en tension entre un rôle de vecteur du déploiement de politiques européennes et un rôle d'ambassadeur des intérêts nationaux dans les coordinations internationales entre régulateurs ou auprès des organisations intergouvernementales. En troisième lieu, il peut apparaître comme acteur mû par ses propres intérêts, à la fois parce que, dans une logique wébérienne, il peut être porteur d'une légitimité de la gouvernance technico-économique indépendante (des remous des relations entre instances politiques) et parce qu'en phase avec les phénomènes décrits par l'école du Public Choice, il est l'acteur d'une dérive bureaucratique de perpétuation et de renforcement. Il participe alors, dans le cadre de coopérations européennes ou multilatérales, à la formulation de normes transnationales.

Quoi qu'il en soit, cette autonomisation des régulateurs nationaux vis-à-vis de l'autorité politique nationale est clairement à l'œuvre et correspond à une évolution majeure du mandat du régulateur qui se voit assigner clairement un rôle qui dépasse celui qui était

à l'origine de sa création : sa mission ne consiste plus seulement à réaliser un objectif temporaire (d'introduction de la concurrence) mais à articuler la mise en œuvre des politiques publiques avec les contraintes opérationnelles et financière des opérateurs et la préoccupation d'assurer une certaine qualité/permanence/soutenabilité à long terme des infrastructures de la vie économique et sociale ainsi qu'une prévention des risques systémiques pouvant les concerner.

Au-delà de cette évolution majeure du rôle des régulateurs, les choix de politiques publiques ont bien évidemment un impact sur les priorités des régulateurs. Par exemple, le volontarisme environnemental se traduisant par des engagements internationaux pris par la France dans le cadre de la COP21, a engendré le bouleversement des équations économiques d'un certain nombre de secteurs (transport et énergie en particulier). Ces évolutions ont conduit à la fixation de nouveaux objectifs de régulation et, partant, au développement de nouveaux cadres juridiques, comme c'est par exemple le cas pour la surveillance des marchés du carbone déjà mentionné.

Les facteurs d'évolution des modalités d'action des régulateurs

Au-delà des facteurs conduisant à s'interroger sur les raisons d'être et les missions des régulateurs économiques sectoriels, d'autres évolutions administratives, technologiques ainsi que politiques et sociales conduisent à interroger les modalités d'action du régulateur. Tout d'abord, le régulateur apparaît comme porteur de nouvelles pratiques administratives et juridiques que l'on a pris l'habitude de qualifier de droit souple, par analogie avec l'expression anglo-saxonne de *soft law*. L'idée est que de par sa position d'intermédiaire entre les (multiples) autorités publiques, d'une part, et les parties prenantes de l'industrie et des marchés, de l'autre, le régulateur peut agir en émettant des recommandations qui tentent de répondre de manière pragmatique à des enjeux concurrentiels, de services aux usagers, ou de coordination entre opérateurs, de manière plus rapide et moins rigide que le processus de conception et de mise en œuvre de la loi et des règlements ne l'impose. C'est aussi une manière de gérer la multiplicité des niveaux de prise de décision en la matière et de répondre aux défis de l'innovation. Ensuite, la transformation numérique interroge les modalités d'action du régulateur. Il dispose potentiellement de nouveaux outils pour procéder à la surveillance des marchés et des comportements des opérateurs. Mais ces outils peuvent aussi remettre en cause, au moins partiellement, l'utilité même de la régulation de même qu'ils soulèvent eux-mêmes des questions qui peuvent justifier une évolution du rôle du régulateur vis-à-vis des parties prenantes d'un marché en devenant un tiers de confiance quant au partage des données. Enfin, cette évolution du régulateur comme tiers de confiance résulte elle-même de l'évolution d'une demande politique et sociale en faveur d'une plus grande "responsabilité" – au sens de l'anglais *accountability* – de la part des autorités publiques. Leur légitimité devant être établies à la fois vis-à-vis des citoyens, des acteurs économiques et des parties prenantes de la politique, les régulateurs se doivent, plus que d'autres composantes de l'autorité publique, d'être transparents et explicites sur leurs modalités de prise de décision et la justification de ces dernières ; ce qui peut avoir un impact sur leur positionnement et leur rôle.

L'institutionnalisation de la régulation au travers du développement du droit souple

Deux éléments principaux marquent l'émergence d'un rôle spécifique du régulateur en tant qu'agent du développement du droit souple (même si les autorités de régulation sectorielles ne sont pas les seuls acteurs de ce développement) : le règlement des différends et la publication d'avis ou d'évaluations sur le comportement des opérateurs.

Le règlement des différends

Le règlement des différends constitue un outil original distinct de la justice, de la médiation ou encore du pouvoir de sanction dont sont dotées la plupart des autorités de régulation. L'autorité de régulation dont la nature est administrative intervient comme arbitre en ayant pour objectif, au-delà de la résolution d'un litige entre opérateurs d'un même secteur économique régulé, de garantir l'ouverture effective et harmonisée de ce secteur à la concurrence. Même si toutes les autorités de régulation ne sont pas dotées de ce pouvoir, le règlement des différends apparaît comme l'une des meilleures expressions de leur mission de régulation.

Pour les secteurs qui disposent de ce mode de résolution des litiges (CSA, ARCEP, CRE, ARAFER, Hadopi), le règlement des différends s'est progressivement imposé comme un instrument central de régulation et comme une source de production normative sectorielle. Même s'il ne donne pas lieu à un contentieux de masse, il est devenu un instrument efficace d'ouverture à la concurrence, permettant de garantir l'accès aux infrastructures essentielles. Les opérateurs des secteurs régulés de l'énergie, de l'audiovisuel, des communications électroniques et du secteur ferroviaire se sont rapidement approprié cet instrument qui permet d'apporter des réponses efficaces à des litiges extrêmement techniques.

Pour autant, le règlement des différends ne permet pas de résoudre l'ensemble des litiges entre opérateurs et ne fait que compléter le rôle des juridictions. En effet, même si les autorités de règlement des différends sont parfois comparées à des juridictions de premier degré, ce qui a conduit à l'application de garanties procédurales liées aux exigences du procès équitable, ces autorités demeurent très différentes des juridictions. Elles complètent l'office du juge sans le concurrencer, en apportant des solutions techniques rapides aux préoccupations des opérateurs du secteur qu'elles régulent. De leur côté, les juges ne sont pas étrangers à la définition du rôle des autorités de régulation, dont ils contribuent par leur jurisprudence à préciser ou à cadrer le rôle. Enfin, ils disposent de larges pouvoirs de réformation des décisions qui leur sont soumises, bien que les sujets relèvent d'une grande technicité. Ils sont donc conduits à contribuer à la régulation des secteurs soumis à leur contrôle.

Ainsi la capacité de règlement des différends a-t-elle contribué à conférer un rôle spécifique au régulateur organisant, par ailleurs, un mécanisme où le rôle du juge gagne en importance, devenant lui-même un régulateur de l'action du régulateur sectoriel... et participant ainsi à l'institutionnalisation de son rôle et de ses modalités d'action spécifiques.

La publication d'information sur les opérateurs

Par ailleurs, le régulateur apparaît, là aussi sous le contrôle croissant du juge, comme un émetteur d'avis et de recommandations qui, même s'ils n'ont force pas force légale, importent, notamment dans la mesure où ils peuvent avoir des impacts sur la réputation des opérateurs et des intervenants sur les marchés.

Il y a chez certains régulateurs une volonté certaine de participer au développement d'une sunshine regulation, pratique dans laquelle le régulateur met au service de l'utilisateur-client-électeur de l'information sur la qualité de service et les tarifs de manière à exercer une pression sur les opérateurs. Dans une acception participative et de manière à contourner l'avantage informationnel des opérateurs, l'idée consiste même à impliquer les usagers dans la production de l'information sur la qualité de service, notamment en signalant les défaillances. Cependant une forme de prudence s'observe chez les usagers, comme en témoignent des taux de participation assez faibles aux divers mécanismes de collecte d'information ou d'avis. Leur volonté de révéler leurs opinions demeure faible. Par ailleurs, les conséquences effectives des classements ou de la diffusion d'information sur le comportement des usagers, et leur propension à effectivement s'adresser à la concurrence, demeurent à démontrer. Cependant, on peut imaginer que les traces numériques, de même que l'évolution des usages aboutissent à terme à faire évoluer les pratiques, à l'instar de

ce qui s'est passé pour les prestataires de service de l'hôtellerie ou de la restauration.

Par ailleurs, si les régulateurs ne développent pas eux-mêmes ces outils de comparaison entre prestataires, il est fort probable que des acteurs, notamment du numérique, développeront de tels outils. Rien ne garantit qu'ils le feront de manière aussi neutre et pertinente qu'on peut l'attendre d'un régulateur sectoriel garant de l'intérêt général. Tout dépendra au final de leur modèle d'affaire et des motivations qui orienteront la construction de leurs outils d'évaluation/classement. Comme l'illustrent les cas du développement des systèmes de classement des établissements d'enseignement supérieur, ou de l'évaluation des dettes souveraines par les agences de notation financière, des systèmes de classement et de mesure, même très biaisés et controversés, peuvent avoir des impacts importants sur les opinions des acteurs sur les marchés et des décideurs.

Même si la voie de la régulation par la réputation demeure exploratoire, on observe une certaine consolidation des pratiques de *soft regulation* dont le poids va croissant dans les régulations sectorielles et dans la "jurisprudence" associée. En effet, les régulateurs, par des délibérations de nature générale ou des prises de position, font usage d'un *soft power* lorsque la réglementation fait défaut ou dans un contexte d'innovation, avec comme objectif d'expérimenter les mesures qui pourraient devoir être prise face au développement de modèles d'affaires novateurs ; l'idée étant d'éclairer le processus de conception de la *hard law* qui définira ensuite le cadre réglementaire et régulateur. Par exemple, dans le secteur de l'énergie, la CRE a pu pousser le pouvoir politique à se positionner sur certains sujets grâce à son *soft power*, associant communications et délibérations. Ce *soft power* des régulateurs est loin, cependant, de faire l'unanimité, et il a pu être contesté et attaqué par des acteurs du marché lorsque son usage a été jugé injustifié ou inapproprié.

La transformation numérique comme source de nouvelles modalités de régulation

La transformation numérique génère une masse d'information tant sur le fonctionnement interne des organisations que sur le fonctionnement des marchés, les conditions de l'échange ou le comportement des utilisateurs qui, en première analyse, modifie fondamentalement la donne pour les régulateurs économiques dans la mesure où ils pourraient potentiellement disposer d'une information exhaustive et fiable sur les phénomènes qu'ils sont sensés observer et réguler. Ajoutons, toujours en première analyse, que si cette information venait à être produite automatiquement, systématiquement et à large échelle, les raisons d'être de la régulation et des régulateurs sectoriels pourraient en partie disparaître puisqu'elles sont fondées sur les asymétries d'information entre utilisateurs et opérateurs et entre ces derniers et autorité de la concurrence. Il en résulte que le développement d'outils de collecte et de partage systématique d'information sur le fonctionnement des industries régulées pourrait constituer l'un des principaux vecteurs d'évolution des agences de régulation et qu'ils constituent la condition d'un allègement du poids de la régulation ex-ante (puisque le régulateur peut plus facilement identifier et réagir à temps à des comportements contraires à l'intérêt général, sans avoir à définir *a priori* la listes des pratiques autorisées ou interdites).

L'économie des données et leur régulation

Une telle analyse pêche cependant par une conception naïve de ce que sont la technologie et l'économie des données. Les données sont coûteuses à produire, non immédiatement porteuses de sens, et n'intéressent pas les différentes parties prenantes au même titre. Pour être utilisables, les données doivent en effet être qualifiées, tant pour être contextualisées qu'authentifiées. Elles n'ont en général pas de sens prises isolément, mais doivent être associées à de nombreuses autres données, par ailleurs produites par des intervenants ou des systèmes techniques hétérogènes, ce qui induit ipso-facto des questions de standardisation et de format d'interopérabilité. Enfin, les incitations à produire des données sont différentes. Les opérateurs de réseaux, par exemple, gèrent des flux alors que les fournisseurs de services au détail gèrent des profils d'utilisateurs variés, voir des individus. Il résulte de ces différents éléments que de par leur format et leur "clés de lecture", la majorité des données, y compris lorsqu'elles sont fournies de manière ouverte, ne sont pas forcément utilisables. La pertinence des formats étant par ailleurs très contrastée en fonction des destinataires et des usages, il est douteux que des standards "universels" émergeront spontanément et rapidement.

Compte tenu de ces éléments, les données les plus pertinentes sur le fonctionnement des marchés, en général, et des marchés régulés en particulier, sont aux mains de deux groupes d'acteurs : les opérateurs historiques d'une part, des GAFAM et des opérateurs de télécoms, de l'autre. Les premiers disposent d'une information fiable sur les caractéristiques et les taux d'utilisation des infrastructures. Les seconds disposent d'informations sur les usagers dont ils tentent de tracer les comportements dans un nombre croissant de dimensions (usage des services, mobilité, usages domestiques, préférences individuelles, etc.), notamment grâce aux smartphones et aux applications associées, et demain via la multiplicité des "terminaux intelligents" qui constitueront l'Internet des objets. Il existe naturellement de fortes complémentarités entre l'ensemble de ces données, puisqu'elles ne sont que très partiellement substituables entre elles, mais les plateformes du numérique s'érigeant progressivement en principal guichet d'accès à nombre de services, elles disposent indéniablement d'un avantage dans la négociation sur le partage de la valeur ajoutée. Ajoutons que les données étant également le principal moteur de développement des algorithmes, eux-mêmes clés de l'innovation et de la fourniture de services par les plateformes numériques, elles revêtent un caractère particulièrement stratégique pour ces dernières, ce qui explique à la fois leur faible propension à vouloir les partager (en tous cas en dehors de relations commerciales ou d'intérêt mutuel bien compris) et les investissements colossaux qu'elles réalisent pour assurer leur capacité à accéder, si possible de manière privilégiée, à une diversité sans cesse croissante de sources de données.

Au total, bien que les données constituent un vecteur potentiel de transformation des capacités d'intervention des pouvoirs publics, de même que des potentialités d'action des utilisateurs dans le but d'assurer un fonctionnement plus transparent du marché, la capacité des pouvoirs publics à rendre effectives ces potentialités n'est pas toujours assurée. Elle suppose en effet à la fois que les régulateurs soient en mesure de collecter et traiter des grandes quantités de données, ce qui n'est pas nécessairement le cas du fait de leurs moyens techniques et humains actuels, mais surtout, en amont, qu'une politique de régulation de ces données soit définie. Il s'agit à la fois de définir des normes techniques, des modalités de production de l'information, des règles d'accès et d'usage, des modalités

suivant laquelle les résultats des analyses ou bases de données réalisées par les autorités publiques sont rendues publiques, etc. En l'absence à la fois de cette réglementation sur la fourniture et l'usage des données et sur le développement de capacités pour les traiter, le risque est grand soit que l'information – y compris sous forme de données ouvertes – demeure difficilement utilisable en pratique (d'autant que nombre d'opérateurs peuvent à juste titre considérer l'ouverture de leur donnée comme une menace pour leur modèle d'affaire et en tous les cas pour leurs intérêts commerciaux ou industriels), soit que la production de valeur par les données demeure entre les mains des grandes plateformes numériques qui risquent de renforcer encore leur avantage concurrentiel en la matière.

Au-delà des asymétries de capacité dans l'exploitation des opportunités ouvertes par les données, le développement de leur exploitation, et partant de leur régulation, requiert une clarification, tant sur le plan analytique que sur celui du droit et de l'économie des données. Se posent en effet de nombreuses questions ayant trait tant à leur propriété – l'identité du propriétaire pouvant être sujette à débat entre l'acteur qui la collecte (par exemple, un aéroport), celui qui la génère (le transporteur) ou la personne qu'elle concerne (le passager d'un vol) – à leur valeur – qui varie en fonction de l'identité de l'utilisateur et qui, par ailleurs, peut faire l'objet de rémunération monétaire ou non (telle qu'une contrepartie en matière de qualité de service)¹⁰ – que de la légitimité du processus de décision qu'elles alimentent (Cf. encadré 2 sur les algorithmes).

Une contribution à la régulation des données

Les autorités de régulation peuvent jouer un double rôle dans le cadre des réflexions en cours au sujet de la régulation de l'usage des données et de celles des algorithmes.

Tout d'abord, dans le cadre de leurs activités, les autorités de régulation sont demandeuses de données vis-à-vis des acteurs qu'elles régulent.¹¹ Or, ces demandes questionnent tant la nécessité que l'efficacité de la collecte de ces données. D'une façon générale, la donnée a un coût de collecte et d'organisation qui n'est pas négligeable pour les opérateurs. Les données produites ou conservées par ces derniers sont celles qui emportent un intérêt dans le cadre de leur processus industriel ou sur le plan commercial. Ils ne sont donc pas nécessairement prêts à faire les efforts nécessaires pour se conformer au besoin du régulateur, d'autant que cela peut aller à l'encontre de leur intérêt ou qu'ils peuvent craindre l'usage qui pourrait être fait de certaines informations. L'expérience des régulateurs sectoriels peut donc être utile pour mieux déterminer comment fixer les obligations en matière de communication de donnée des opérateurs afin de trouver le bon équilibre entre volonté du régulateur de disposer d'une information relativement étendue et coûts et risques pour les opérateurs. Il est intéressant de signaler que les expériences en la

¹⁰ Il y a par ailleurs un certain mythe autour de la "valeur" des données en tant que marchandise. A l'heure du big data, les données prises individuellement ont une valeur marginale très faible car ce qui fait la valeur des données c'est leur quantité, diversité et associations entre elles.

¹¹ Il est à noter que toutes les données collectées par les régulateurs ne sont pas nécessairement vouées à être publiées. Il convient à cet égard d'établir une distinction claire entre des données qui ont vocation à permettre au régulateur de réaliser ses missions de contrôle (en matière tarifaire, par exemple) mais qui peuvent s'avérer être des données sensibles pour l'opérateur, et les données qui ont vocation à être publiées dans le cadre de construction d'indicateurs agrégés ou de comparaison de performances entre opérateurs. En tout état de cause, compte tenu de leur connaissance des marchés et des enjeux stratégiques pour les opérateurs, les régulateurs sectoriels sont sans doute des acteurs pertinents pour identifier ce qui ressort des éléments qui peuvent être rendus publics et ce qui ressort des données qui doivent demeurer confidentielles ou ne peuvent être publiées qu'en assurant une certaine "anonymisation", soit parce qu'elles sont agrégées à d'autres, soit parce que les sources peuvent effectivement demeurer confidentielles. Cette compétence des régulateurs sectoriels est aussi certainement à prendre dans le contexte de la mise en œuvre des politiques de données ouvertes.

matière sont très contrastées d'un secteur à l'autre, d'où la possibilité de comparaison des alternatives. Par exemple, dans le secteur aéroportuaire, la régulation oblige les opérateurs à communiquer un large panel d'informations sur le trafic et les investissements qui renseignent le régulateur sur les motivations des opérateurs, alors qu'à l'inverse, dans le secteur du transport ferroviaire, les problématiques de transmission des données obligent l'autorité de régulation à restructurer elle-même les données.

Par ailleurs, se pose la question de l'utilisation des données ainsi collectées par le régulateur. Certains retours d'expérience dans le cadre de la recherche académique illustrent le fait que le partage d'informations auprès des participants à un marché n'a pas forcément un impact positif sur la concurrence dans un secteur donné, puisqu'elle peut permettre le développement de pratiques de collusion tacite. Il faut à cet égard rappeler que le régulateur ne pallie pas simplement des problèmes d'asymétrie d'information entre l'offre et la demande. Il répond aussi au défi de l'action collective entre les utilisateurs par ailleurs très nombreux et essentiellement individuels en ce qui concerne les utilities. Le numérique ne contribue que très mal à résoudre les défis en la matière, car s'il permet parfois d'organiser la mobilisation collective, cette dernière reste essentiellement émotionnelle et répond mal aux questions très techniques qui sont posées par la régulation des services ou des réseaux.

Les régulateurs sectoriels peuvent donc s'avérer toujours pertinents, même dans un monde très numérisé, pour à la fois organiser la collecte de données auprès des opérateurs et des usagers, et pour offrir des garanties quant à l'utilisation de ces données. Dans le même temps, la maîtrise par les nouveaux acteurs du numérique d'un nombre important de données individuelles – voire confidentielles – à propos de leurs clients ou utilisateurs les met souvent en bonne position pour contribuer à adapter l'offre aux différents segments de la demande ainsi qu'à l'évolution des besoins (parfois sur des pas de temps très courts), voire d'individualiser l'offre au plus près des préférences de chaque utilisateur. Dans ce contexte, se pose la question de la capacité et de l'utilité de l'intervention des pouvoirs publics pour réduire l'asymétrie d'information. Laisser le champ libre à des évolutions de l'organisation de l'offre au gré d'accords entre acteurs du numérique et opérateurs de services, et superviser ex-post les abus peut constituer une alternative à l'intervention ex-ante. Au-delà des abus manifestes, il s'agit à la fois de peser ex-post sur la répartition des bénéfices de la réduction des asymétries d'information, afin que celle-ci bénéficie aux utilisateurs, et, le cas échéant, de s'assurer de la capacité à mener des politiques publiques, par exemple dans le domaine des transports ou de l'aménagement urbain.

L'exigence sociale de responsabilité des régulateurs et de plus grand contrôle des comportements des entreprises : le rôle de tiers de confiance

Les régulateurs, que ce soit dans le contexte de leurs missions fondatrices ou dans celui de l'assomption de nouvelles responsabilités, apparaissent comme des vecteurs de pratiques nouvelles de la part de l'administration, précisément du fait de leur statut non-traditionnel par rapport aux administrations régaliennes. Traditionnellement, ces dernières n'ont pas à motiver leurs décisions et actions au-delà du respect des règles procédurales et de l'alignement sur les instructions de l'exécutif, précisément parce qu'elles ne sont que l'émanation de ce dernier. C'est le politique qui répond devant les parties prenantes concernées et l'opinion publique des décisions de l'administration. Il

n'en va pas de même des régulateurs sectoriels qui, parce qu'ils constituent une forme organisationnelle originale fondée sur l'arbitrage entre les parties prenantes par un tiers de confiance/expert se doit de défendre sa légitimité auprès de ces parties prenantes (qui incluent les pouvoirs publics). Ils le font, à la fois en développant une expertise forte et en se montrant capables de tenir compte tant de l'intérêt général que des contraintes et préférences des différentes parties prenantes. Il leur faut alors développer avec particulièrement d'acuité des modes de fonctionnement et de gouvernance s'appuyant sur la transparence, la responsabilité, la participation.

A cet égard, certains pays comme le Royaume-Uni s'illustrent par des pratiques de régulation volontaristes au plan de la transparence en imposant la publication de l'intégralité des décisions de leurs autorités de régulation (allant de la décision publique jusqu'aux compte-rendus de réunions). Ce niveau d'exigence dans la transparence peut cependant rétroagir négativement sur les pratiques de certains régulateurs en rendant certaines prises de position, voire certaines décisions, opaques ou implicites.

Cela étant, la société civile fait de plus en plus pression sur les corps intermédiaires, les acteurs économiques (et en particulier les opérateurs de services régulés) et sur les services de l'État pour participer aux décisions qui les concernent et pour que les décideurs fassent preuve de transparence et engagent leur responsabilité sur les dossiers emblématiques de leur secteur. Les régulateurs doivent donc répondre, au même titre que de nombreux organes de décision, à la nécessité d'explicitier et de défendre leur action devant l'opinion publique, de développer des outils d'information en direction du grand public et le cas échéant, d'innover en impliquant les citoyens et les acteurs économiques de petite taille dans la décision.

D'une manière plus générale, les citoyen-consommateurs sont de plus en plus demandeur d'un accès facile et sans obstacle aux différents biens et services publics qu'ils considèrent comme essentiels et qu'ils financent directement ou par l'impôt. Il en découle une demande d'un accès aux services et aux opérateurs via des services en ligne par ailleurs disponibles sur de larges plages horaires, une flexibilité dans les formules d'abonnement et de consommation, une capacité de réponse à des demandes spécifiques et, bien entendu, à une information transparente et comparative sur l'offre. Dans le même temps, ils demandent une meilleure protection des informations les concernant et de leur vie privée. Ils souhaitent également être protégés contre les risques auxquels les exposent leurs relations avec les grands opérateurs économiques. Ces attentes, en première apparence en partie contradictoires, correspondent à des mouvements de fond dans la société. On peut y voir une nécessité supplémentaire d'intervention d'un tiers de confiance entre les opérateurs et les citoyens-usagers. Au-delà de son rôle dans la garantie de la sécurité, de la qualité et de la gestion des informations échangées entre les parties prenantes au marché, le régulateur peut s'avérer nécessaire pour jouer un rôle de tiers de confiance participant à la définition et à la mise en œuvre des normes comportementales légitimes et acceptables de part et d'autre.

Exploration des stratégies possibles d'adaptation de la régulation à la nouvelle donne : les propositions

Compte-tenu des évolutions caractérisant la régulation et son environnement et des conséquences que cela peut avoir sur le rôle et les modalités d'action sur les régulateurs analysées dans les pages précédentes, il est pertinent de considérer les modalités selon lesquelles pourrait s'opérer l'évolution des régulateurs, avant d'analyser la façon dont ces évolutions pourraient être mises en œuvre ; i.e. la gouvernance de l'évolution de la régulation.

Comme explicité plus haut, de nombreux facteurs viennent impacter la régulation et son exercice, tant au plan institutionnel et légal qu'au plan opérationnel. Nombre de ces évolutions sont exogènes à la régulation et à l'action des régulateurs, tels que l'avènement d'une rupture technologique et/ou l'émergence de nouveaux modèles de création de valeur à la frontière des univers régulés. Certaines de ces évolutions sont issues de l'évolution du comportement des acteurs sous l'impact de la régulation et de l'action même des régulateurs, qui contribuent à questionner la raison d'être, les missions ou les modalités d'intervention des régulateurs sectoriels. Pourtant, force est de constater qu'il n'existe pas de pratique formalisée en matière de surveillance, identification, qualification et prise en compte des conséquences de ces évolutions, ni chez les régulateurs eux-mêmes, ni au sein des autorités politiques nationales ou supranationales. Les évolutions de la régulation, des missions des régulateurs, ou de leurs modalités d'action apparaissent plus comme une résultante de multiples décisions indépendantes les unes des autres en matière de politiques publiques ou de jeux d'acteurs, sans que la cohérence des situations qui en résultent ne soit jamais prise en considération. C'est donc probablement du côté de la mise en œuvre récurrente de revues sur la cohérence de l'organisation et des objectifs des régulations sectorielles qu'il faut chercher à développer des bonnes pratiques. Il s'agit à la fois de d'identifier les acteurs légitimes pour assurer cette activité d'identification / qualification / prise en compte des problèmes auxquels sont confrontés la régulation, tant sur le plan de sa légitimité et de ses objectifs qu'au plan de ses instruments et de ses modalités de mise en œuvre.

Organisation institutionnelle, Priorités, Moyens

Il est possible de regrouper les conséquences des évolutions discutées au long de ce document en deux grandes catégories : celles qui sont liées aux missions et compétences du régulateur, et celles qui portent sur son positionnement et son rôle par rapport aux autres composantes des pouvoirs publics (national, supra et infranationale) et aux acteurs des secteurs régulés.

Parmi les conséquences portant sur les missions et compétences du régulateur, on peut noter :

- une fragmentation des objets régulés en une multitude de sous-marchés spécifiques dont il faut comprendre les interdépendances. Le régulateur doit jouer un rôle dans la gestion de l'émergence de ces nouveaux marchés et, le cas échéant, assurer la surveillance de leur fonctionnement une fois créés, tout en ne perdant pas de vue que le besoin de régulation ne peut être que transitoire si les pratiques commerciales se

stabilisent et que les marchés sont suffisamment concurrentiels ;

- l'apparition de nouvelles missions confiées aux régulateurs qui peuvent être concernés par l'extension de leur mandat à de nouveaux objets (comme les données sur l'activité des opérateurs ou le comportement des usagers) du fait de leur compétence sectorielle ou par la nécessaire prise en compte des véritables périmètres concurrentiels du fait de l'apparition de nouveaux acteurs porteurs de nouveaux modèles d'affaires qui modifient les équations économiques des opérateurs régulés et transforment la nature et la dimension du jeu concurrentiel ou impactent la capacité à mener des politiques publiques;
- une contrainte de conciliation des objectifs de politiques publiques différents, voire dissonants, en partie du fait de la multiplication des niveaux de décision et des recouvrements de compétences ou des externalités entre politiques publiques, mais aussi parce que les politiques sont souvent marquées par des compromis qui doivent être dynamique, tel celui qui existe en matière d'innovation entre l'exigence de concurrence et d'ouverture et celle de coopération pour permettre l'investissement et la gestion des transitions (afin d'articuler, notamment, investissements et incitations à l'adoption par les utilisateurs);
- la nécessité croissante d'un pilotage des évolutions et équilibres sectoriels du fait notamment des réorganisations induites par les opportunités technologiques, la nécessité climatique, ou les nouvelles demandes citoyennes qui appellent à des coordinations et régulations autour de ressources transversales (e.g. les algorithmes) ou des grandes gammes de besoins (communication, énergie, mobilité, etc.). Se pose la question de régulations plus cohérentes par grands usages (par exemple : la mobilité urbaine, le transport longue distance, le fret, la santé humaine, etc.), même si se posent toujours les problèmes de curseur et de modalités d'évolution des cadres de régulation préexistants, souvent définis par les technologies de production plutôt que par les usages (et tenant donc compte des arènes stratégiques des opérateurs) ;
- l'internationalisation des marchés qui fait évoluer le rôle des régulateurs nationaux, notamment lorsqu'à l'instar de ce qui se passe dans le domaine financier, la régulation s'effectue de manière croissante au niveau supranational : le régulateur joue un rôle croissant de tiers aidant les acteurs à se conformer à la régulation et en retour relayant leurs préoccupations dans les processus de fabrication de la régulation, dans un esprit à la fois de servir les objectifs de la régulation, mais aussi d'assurer l'attractivité du marché national et la compétitivité des acteurs nationaux.

Sur le plan des modalités d'action, les évolutions se doivent de répondre à la demande :

- d'agilité de la doctrine du régulateur afin d'accompagner les transitions technologiques, mais aussi économiques et sociales qui impactent, de manière directe ou indirecte, les industries régulées ;
- de la montée en puissance d'un nouveau rôle de tiers de confiance qui induit pour le régulateur d'explicitier et de défendre son action devant l'opinion publique, de développer des outils d'information en direction du grand public et le cas échéant, d'innover en impliquant les citoyens et les acteurs économiques de petite taille dans la décision ;

- d'exploitation des opportunités offertes par le numérique dans la résolution des problèmes découlant de la combinaison d'asymétrie d'information entre offre et demande et de la difficulté à organiser l'action collective sur des marchés présentant des risques d'abus de position dominante. Ceci suppose une méta-régulation du formatage et de l'accès aux données des opérateurs et des utilisateurs qui dépassent les prérogatives et les moyens des régulateurs sectoriels, mais que ceux-ci peuvent contribuer à informer et à mettre en œuvre, de par leur rôle potentiel de tiers de confiance et leur expérience en matière de surveillance des marchés, sans oublier leur pouvoir de contrainte vis-à-vis des acteurs de ces marchés.

Ces problématiques d'évolution du rôle et des modalités d'action des régulateurs se posent de manière contrastée selon les secteurs du fait des degrés effectifs d'internationalisation des marchés et d'impact concurrentiel des nouveaux modèles d'affaire, les opportunités technologiques comme politiques en la matière étant fortement différenciées.

Ces différents éléments et leur combinaison appellent potentiellement trois types d'évolutions (par ordre décroissant de radicalité des évolutions) :

- une réorganisation institutionnelle de la régulation ;
- une redéfinition des priorités des régulateurs ;
- une transformation des modalités de leur intervention.

S'il est évident que les régulateurs peuvent être des acteurs légitimes de l'évolution de leurs modalités d'intervention, il est clair qu'ils n'ont ni la légitimité ni les moyens pour définir eux-mêmes l'organisation souhaitable de la régulation. Comme on l'a souligné dans ce document, la question même de la pérennité d'agences administratives indépendantes ne fait pas l'objet d'un consensus, de la même façon que demeurent des oppositions fortes à l'existence de régulateurs sectoriels, ou encore des débats sur l'étendue de leurs compétences légitimes. Dans le même temps, nous avons aussi passé en revue une série d'éléments expliquant pourquoi ces régulateurs sectoriels sont susceptibles de perdurer, voire de se développer, et aussi pourquoi ces évolutions peuvent être justifiées jusqu'à un certain point sur le plan normatif ; essentiellement du fait de leur utilité dans le contexte de la construction européenne, mais aussi du fait des évolutions de l'organisation des pouvoirs publics et des demandes citoyennes. Il convient alors de s'interroger sur les modalités selon lesquelles une certaine rationalité pourrait être introduite dans la gestion des évolutions de la gouvernance économique sectorielle.

La gouvernance du changement

Si des évolutions sont nécessaires, ou doivent a minima être questionnées et analysées, qui peut et doit conduire le changement : le régulateur lui-même ? le gouvernement et l'administration ? le législateur ? les institutions bruxelloises ? Cette simple façon de poser la question soulève le problème de la place et du rôle du régulateur sur les questions de politique réglementaire et de gouvernance de ses évolutions. En effet, le régulateur est souvent conduit à aborder des questions relatives à son utilité et à sa propre architecture institutionnelle, alors même que ces questions devraient être traitées au niveau politique.

En théorie, l'État fixe les objectifs du régulateur, mais en pratique, comme le souligne cette note, on a affaire à un système politique polycentrique, qui plus est dans un système politico économique où les acteurs de la vie économique et ceux de la vie civique estiment aussi avoir leur mot à dire sur les questions d'organisation de la gouvernance, et dans un contexte où ces opinions importent car il en va de la crédibilité des autorités en charge de la gouvernance économique. Cependant, la non synchronisation des calendriers des réformes politiques au niveau national, marqués par les cycles électoraux, différents du rythme de la construction européenne et en inadéquation avec le rythme des évolutions des politiques sectorielles marquées par le rythme des plans et de la contractualisation pluriannuelle, rend improbable la réflexion impliquant l'ensemble des parties prenantes à la gouvernance procédant à des transformations cohérentes entre elles.

Pour la régulation économique et financière, un processus de revue régulière existe déjà, au niveau européen (élaboration des différents "paquets"), voire supra européen (comité de Bâle par exemple). Pour d'autres fonctions (libertés publiques, sécurité), les préoccupations nationales sont plus présentes, même si l'échelon européen peut avoir un rôle à jouer, notamment pour tout ce qui touche au numérique (règlement des données personnelles par exemple). Ces paquets font l'objet d'études d'impact, de consultations publiques ou de séminaires, ainsi que d'une discussion au niveau de la Commission (qui lance le projet), du Conseil et du Parlement Européen. Toutefois, si un certain nombre de questions sont traitées, toutes ne le sont pas à cette occasion, du fait en particulier de spécificités nationales ou de compétences laissées aux États membres. Par ailleurs, la représentation nationale, devant laquelle les autorités de régulation indépendantes (lorsque c'est d'elles dont il s'agit) sont responsables, n'est pas partie prenante directe des discussions.

Dans le même temps, certaines évolutions du contexte, des enjeux ou des marchés, qui peuvent de plus être très rapides, amènent la sphère politique nationale à élaborer des réponses ou des réformes législatives, ou simplement des addendas au corpus législatif existant, y compris aux règlements européens d'application directe, sans qu'il ne soit réellement mené une réflexion sur la cohérence et l'articulation avec l'existant.¹²

Il y a donc un intérêt à se pencher de façon plus régulière (il peut y avoir jusqu'à 10 ans entre deux exercices européens par exemple) sur les objectifs, missions et moyens de la régulation et à ce que la représentation nationale en soit pleinement partie prenante. A cet égard, il pourrait être pertinent de conduire une réflexion par législature sur chaque grand champ de la régulation (sauf en cas d'absence de changements notables), qui s'appuierait sur de réelles évaluations des politiques publiques et des moyens (en s'appuyant sur la Cour des Comptes, les inspections diverses, France Stratégie et des évaluateurs externes à l'administration, par exemple dans le monde de la recherche). Les commissions des affaires économiques des deux chambres du Parlement pourraient se voir confier, moyennant une modification de leurs règlements, la réalisation de ces revues générales qui, pour éviter toute démarche opportuniste, s'inscriraient dans un cahier des charges.

¹² Dans le domaine de la finance, par exemple, la crise de 2008 a donné lieu à plus de 40 initiatives européennes en l'espace de 10 ans. Certaines directives ont été révisées alors même qu'elles n'étaient pas entièrement entrées en applications. Par ailleurs, l'inflation en matière de production normes a pu avoir un impact négatif sur leur qualité à la fois du fait de la nécessité de parvenir rapidement à des consensus dans un contexte où les différentes autorités nationales ont des préférences différentes et où se posent des problèmes de traduction qui encouragent des accords sur des formulations parfois difficiles à interpréter et renvoyant à un plus petit dénominateur commun.

Tout en étant juges et parties, les régulateurs pourraient apporter leur contribution à ce type réflexion sans que cela ne pose problème car ils ne seraient pas les organisateurs principaux du débat public les concernant. Il conviendrait bien entendu que le Parlement s'appuie davantage sur les rapports d'activité des autorités de régulation, et sur les auditions de leurs membres qu'il mène à l'occasion des revues annuelles de l'activité desdites autorités.

Compte tenu du rôle charnière des régulateurs, même si dans une pure logique constitutionnelle le parlement devrait être le principal organisateur de telles revues, il serait utile qu'il dispose d'un rapport du gouvernement sur l'évaluation par ce dernier de l'action du régulateur et de l'éventuelle nécessité de l'aménagement de son cadre. Il serait également utile de consulter les parties prenantes de la régulation : opérateurs, nouveaux entrants potentiels, usagers.

Il convient également de prendre toute la mesure de la complexité des analyses à mener qui doivent l'être secteur par secteur et doivent tenir compte des spécificités techniques, concurrentielles et politiques de chacun, même si un cadre commun doit être pris en compte.

L'objectif de ces revues régulières serait de systématiquement poser la question de ce qui peut être abandonné sans perte réelle en termes d'efficacité de l'action publique ; de ce qui devrait au contraire être développé au plan national ou au contraire européen, et d'en tirer les conséquences sur les moyens et les prérogatives à attribuer aux régulateurs sectoriels nationaux, ou bien aux autorités européennes. Cela pourrait à la fois amener à alléger l'arsenal législatif et réglementaire, en même temps que cela obligerait à une remise en question périodique des moyens à consacrer à la régulation.

La réflexion sur les moyens de la régulation est tout à fait essentielle car l'intérêt de régulateurs sectoriels tient pour une large part à leur capacité à développer une connaissance intime du secteur, de même que des capacités à y mettre en œuvre de manière crédible la politique publique. Dans le contexte européen, le régulateur est un vecteur des intérêts politiques et industriels nationaux, tout en étant aussi un acteur de la construction concrète et pragmatique des régulations.¹³ Il convient donc de permettre aux régulateurs sectoriels de développer et maintenir des compétences, ce qui implique un certain réalisme en matière de ressources humaines. Comme l'ont souligné les réflexions menées par la Chaire Gouvernance et Régulation sur le statut des régulateurs, des règles trop contraignantes en matière de plafond d'emplois, de niveau de rémunération, de statut et de mobilité — alors qu'il est essentiel pour le régulateur de recruter dans le secteur qu'il régule — sont susceptibles d'empêcher les autorités sectorielles d'exercer effectivement leurs missions et *a fortiori* de l'étendre à de nouveaux objets ou à se saisir de nouveaux outils.¹⁴

¹³ La capacité à peser dans des débats techniques, mais aussi dans la mise en œuvre quotidienne de solutions pragmatiques dans le cadre du fonctionnement des coordinations entre régulateurs dépend de manière assez directe des moyens que les régulateurs nationaux ont en mesure de consacrer à ces opérations, de même, bien évidemment que du poids et de la compétence technique des différents régulateurs nationaux.

¹⁴ Lors de la révision du Plan de Déplacement Urbain d'Ile de France, le STIF a refusé de devenir l'autorité organisatrice du covoiturage faute de moyens effectifs pour réaliser cette mission et une autorité comme l'AMF s'interroge sans cesse sur les compétences à acquérir pour assurer efficacement ses missions compte tenu de l'évolutivité des objets et marchés qu'elle est susceptible de prendre en considération (par exemple les blockchains aujourd'hui). L'ARAFER est aussi confrontée à des enjeux importants de RH.

Par ailleurs, même si, l'objectif de ces revues serait de rationaliser de manière périodique l'organisation de la régulation, il conviendrait que cet effort tienne aussi compte d'un certain nombre d'impératifs. Premièrement, le régulateur doit disposer de marges de manœuvre pour dialoguer avec les parties prenantes de la régulation et s'adapter à leurs initiatives. Il convient donc de ne pas l'enfermer de manière excessive dans un carcan réglementaire. Ensuite, comme on l'a noté dans ce document, une partie de l'évolution des compétences concrètes du régulateur découle des négociations et dynamiques se développant à Bruxelles. En bref, l'intérêt des régulateurs sectoriels tient à ce que leur indépendance est la clé d'une agilité, d'une capacité d'innovation, et d'un rôle de conciliation entre de nombreuses parties prenantes qui s'avèrent dans le contexte contemporain utiles à l'efficacité des politiques publiques.

Une feuille de route pour l'évaluation de l'action du régulateur et l'encadrement de son évolution

En tout état de cause, et pour mener à bien un tel diagnostic sur la pertinence du cadre dans lequel la régulation sectorielle doit s'opérer, il paraît indispensable que l'ensemble des paramètres présidant à la définition de celui-ci fasse l'objet d'une évaluation systématique.

Ainsi, serait-il nécessaire de procéder à une analyse de l'organisation de la régulation en fonction des facteurs d'évolution "endogènes" et "exogènes" faisant évoluer son contexte et les besoins. Pour mémoire, l'action même des régulateurs modifie la structure des industries qu'ils régulent et les pratiques des parties prenantes. Par ailleurs, les évolutions techniques et institutionnelles peuvent transformer l'équation de la régulation. En particulier l'internationalisation croissante de l'économie et la transformation numérique impactent à la fois l'économie des secteurs régulés et les capacités de régulation. Enfin, les évolutions socio-politiques plus générales peuvent contribuer à faire évoluer la hiérarchie des préférences collectives, mais aussi des normes sociales, se traduisant en évolution des objectifs et des modalités de l'action publique.

Dans ce contexte, toute revue régulière devrait systématiquement analyser les facteurs d'évolution des missions assignées à la régulation et au régulateur en faisant le bilan de ce qui s'est passé en matière :

1. de structure et d'organisation du marché (e.g. fragmentation des marchés, nouveaux objets régulés, etc.)
2. d'innovation tant sur le plan technique que sur les modèles d'affaires ;
3. d'évolution des frontières pertinentes de la régulation du fait de l'élargissement de l'arène stratégique (tant au plan international qu'intersectoriel) ;
4. de délégation par les pouvoirs publics de nouvelles missions au régulateur. Sur ce dernier plan, il conviendrait de revenir tant sur le bien-fondé de cette délégation que sur l'adéquation des moyens et des compétences du régulateur à ces nouvelles missions ;
5. de développement de la légitimité technique, économique et sociale du régulateur au regard de sa capacité à s'être érigé comme un acteur reconnu par l'ensemble des parties prenantes.

Dans tous les cas, tant un bilan rétrospectif qu'une réflexion prospective devrait être menés pour questionner à la fois la pertinence de la pérennisation de l'autorité de régulation, que les frontières de son périmètre sectoriel et, bien entendu, de la composition du portefeuille d'objectifs et de missions qui lui sont assignés en tenant compte des bénéfices (synergies) mais aussi des inconvénients (complexité, conflit d'objectifs, tensions sur les moyens).

En second lieu, il conviendrait de revenir sur les modalités d'action du régulateur, en analysant l'efficacité de son d'action, tant au regard des objectifs qui lui sont assignés sur le plan national, qu'en prenant en considération son rôle au plan européen et les bénéfices qu'en tire la communauté nationale, qu'il s'agisse des utilisateurs ou des opérateurs. A cet égard, il serait très certainement pertinent de juger du rôle du régulateur dans sa capacité à contribuer à une action publique agile et efficace notamment en :

1. développant des solutions règles et mécanismes de mise en œuvre adaptatifs et innovants à travers les instruments du droit souple qui devrait être considéré comme une méthode d'expérimentation pragmatique en matière de gouvernance économique ;
2. s'appuyant sur les technologies numériques pour rendre les marchés dont il a la charge plus souples et plus efficaces ;
3. impliquant les parties prenantes dans la mise en œuvre de politiques publiques à la fois plus efficaces et plus acceptées.

Sur ces trois points, des comparaisons internationales pourraient être utiles pour comparer les solutions retenues en France à celles mises en œuvre chez nos principaux partenaires européens.

Références

Bacache-Beauvallet, Maya et Anne Perrot, 2017, "Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ?", *Les notes du conseil d'analyse économique*, n° 44, novembre

Brousseau, Eric et Jean-Michel Glachant (eds), 2014, *The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge, UK: Cambridge University Press

Coll. (2016), "L'organisation institutionnelle de la régulation en France : quel positionnement et quelles règles pour les autorités en charge de la régulation économique", *Note de la Chaire Gouvernance et Régulation*, Université Paris Dauphine.

Ostrom, Elinor, 2005, *Understanding Institutional Diversity*, Princeton, NJ: Princeton University Press

Rosanvallon, Pierre, 2008, La légitimité démocratique. *Impartialité, réflexivité, proximité*. Paris : Le Seuil



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>