

Droit commun de la Régulation

École d'Affaires publiques . Cours magistral du semestre d'automne 2020

Marie-Anne Frison-Roche

Professeur des Universités, Sciences Po (Paris)

mafr@mafr.fr

www.mafr.fr

Leçon n°4

Place et Rôle de chacun dans le Droit de la Régulation

12 novembre 2019

INTRODUCTION

Passage d'un monde à un autre

- **Un monde centré et hiérarchisé**
 - Au cœur : l'État
 - Un fonctionnement simple : la hiérarchie
 - Une référence juridique : Kelsen

- **Un « système de jeu »**
 - Tout le monde peut « prétendre » y jouer un rôle
 - Un flux continu de discours (*Soft Law*) avec des « pointes »
 - Des « voix qui portent » : un système charismatique anté-wéberien
 - Correspond à la reféodalisation du système économique (A. Supiot)

INTRODUCTION

Les « prétendants » à jouer un rôle pour exprimer ou prendre en charge les intérêts impliqués par le Droit de la Régulation

- **L'État (et son administration)**
- **Le Juge (constitutionnel, européen, étranger, administratif, judiciaire, arbitre)**
- **L'entreprise (corégulation, autorégulation)**
- **L'expression des nouveaux liens : la « supervision » et la « compliance » (nouveau « triangle »)**
- **(un triangle : leçon en trois temps)**

- Idée de base :
 - le Régulateur n'est pas politique, mais il emprunte à la légitimité de l'État
 - Rejet des « régulateurs professionnels »
Autocapture, « corps intermédiaires »
- Émergence des Régulateurs professionnels
 - Les Ordres professionnels
 - Retour du Médiéval
 - Système de « confiance »
 - « Tiers de confiance »
 - L'avenir des structures professionnelles crédibles
 - Retour des titres
 - Nouvelles concurrences des machines
- Adoption des solutions mixtes
 - Le H3C

I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

A. LES RÉGULATEURS, ORGANES ÉTATIQUES

1. Régulateurs étatiques et Régulateurs « professionnels »

- Pouvoir de nommer les membres de l'Autorité de Régulation
 - Pouvoir discrétionnaire
 - Compétence fléchée
 - Technique de « hearing » devant le Parlement
- Pouvoir de renommer les membres
 - Le « devoir d'ingratitude »
 - Mandat long et non-renouvelable
- Pouvoir de fournir le budget
 - Indépendance et LOLF
 - Autorité constitutionnelle ?
- Pouvoir de réformer les décisions
 - Solution anglais et américaine
 - France : « plus royaliste que le Roi »

I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

A. LES RÉGULATEURS, ORGANES ÉTATIQUES

2. Indépendances et réalité de l'appartenance à l'État

- Contours des États
 - Définition de l'État par le territoire
 - Possibilité de « s'extraire » par la Convention internationale
 - Possibilité de constituer une Région juridiquement intégrée : Europe, Alena, Mercosur
- Contours des Régulateurs
 - Contours selon l'objet (secteur) et la mission
 - Régulateur plus « grand » que l'État
 - Influence du dynamisme du secteur sur la puissance du Régulateur (finance)
 - Paradoxe lorsque l'objet régulé est régalien.
« Sécurité privée » ; : banque :
 - production d'une banque centrale européenne dans une Europe non-politique
 - Difficulté d'une dynamique lorsque le secteur ne prête pas sa puissance : exemple du ferroviaire
 - Enjeu ouvert de l'Europe du numérique

I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

B. LE « JEU » ENGENDRÉ PAR LES DIFFÉRENCES ENTRE ÉTATS ET RÉGULATEURS

1. Contours des États et contours des Régulateurs

- Lenteur des États
 - « Eléphants poursuivant des guépards »
 - Établissement d'une branche de droit nouvelle
 - : « enforcement »
 - : « empowerment »

- Rapidité des Régulateurs
 - Avantage de la technocratie
 - Liens
 - Organes semi-formels
 - ACER, BEREC
 - IOSCO
 - « Process »
 - Lamfalussy process
 - « Langage commun »
 - Anglais
 - L'Économie, langue commune de la « réglementation »
 - Exemple : « accountability » ; accountable (et non plus « responsable »)

I. LE JEU ENTRE LE POUVOIR POLITIQUE ET LES RÉGULATEURS INDÉPENDANTS

B. LE « JEU » ENGENDRÉ PAR LES DIFFÉRENCES ENTRE ÉTATS ET RÉGULATEURS

2. Rapidité et coopération comparées entre États et Régulateurs

- La place du droit constitutionnel dans le système juridique
 - Branche du droit particulière dans le droit français avant 1972 et 2008
 - Place centrale aux États-Unis
 - Place en train de devenir centrale en droit français
- Place en train de devenir centrale en Droit de la Régulation
 - Élaboration acquise du Droit constitutionnel processuel de la Régulation
 - Cons. Const., 5 juillet 2013, *Numéricable*
 - Cons. Const., 18 mars 2015, *EADS*
 - Elaboration débutée d'un Droit constitutionnel substantiel de la Régulation
 - Cons. Const., *Secteur de l'énergie* 2006

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

1. Le Droit constitutionnel de la Régulation par les Cours constitutionnelles

- Le rapport de force européen né du dynamisme des Cours constitutionnelles
- En matière de régulation bancaire et financière
 - La résistance de la Cour constitutionnelle allemande sur le principe même de l'Europe : 23 juin 2009 ; 5 mai 2020
 - La question préjudicielle à propos des programmes monétaires non conventionnels
 - CJUE, 15 juin 2016, 11 décembre 2018
 - Cour const. All., 5 mai 2020
- En matière de données personnelles
 - Questions préjudicielles portées par la Cour constitutionnelle d'Irlande, saga *Schrems* : CJUE, 6 octobre 2015 ; 20 juillet 2020

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

1. Le Droit constitutionnel de la Régulation par les Cours constitutionnelles

La jurisprudence du Conseil d'État

- C.E., 3 décembre 1999, *Didier* : impartialité objective de l'Autorité de régulation
- 16 mai 2003, *Crédit Agricole/ Crédit Lyonnais* : impossibilité pour l'Autorité sectorielle d'opérer un contrôle concurrentiel
- C.E., 24 avril 2013 *Société Poweo* : contrôle de la tarification de l'électricité
- Com., 27 sept. 2017, *SFR/Orange*

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

2. Le droit administratif de la Régulation par le Juge administratif

- Le juge commercial de la Régulation
 - Jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation sur le droit des sociétés
- Le juge civil de la Régulation
 - Indemnisation consécutive à un manquement
 - Class Action (action de groupe)
 - « Civilisation » de la Régulation
- Le juge pénal de la Régulation
 - Sanction du favoritisme
 - Sanction des délits d'initié
 - Les sanctions, cœur de la régulation bancaire et financière (*non bis in idem*)
 - Ambiguïté du droit pénal dans les techniques de régulation

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

3. Le Juge judiciaire de la Régulation

- La question générale de l'arbitrabilité
 - Article 2060 du Code civil.
 - Croisement « Ordre public » et « Régulation »
- Le développement de l'arbitrage en l'absence de cadre étatique : les relations économiques supranationales
 - Organisations et relations dans le secteur des télécommunications
 - Organisations et relations dans le secteur de l'énergie gazière

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

A. LE JUGE, SOURCE DU DROIT DE LA RÉGULATION

4. L'arbitre de la Régulation

- L'homothétie entre le Régulateur et le juge

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

- Le principe d'un contrôle externe

B. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES JURIDICTIONS

- La tendance au contrôle interne

1. La reddition des comptes devant un juge

- La « pertinence » technique de la question du « juge naturel »
- Trib. Conflits, 22 juillet 1992, *Diamantaires d'Anvers*
- Police administrative ? Défaillance d'un fonctionnement libéral de principe ?

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

B. LE CONTRÔLE EXERCÉ PAR LES JURIDICTIONS

2. Existe-t-il un « juge naturel » de la Régulation ?

- La tendance du Régulateur à trancher les litiges entre les opérateurs en concurrence
- Le contentieux de l'accès aux réseaux d'infrastructure essentielle
- Les facilités essentielles v/ «droit d'accès» aux réseaux
- Nature de l'office du Régulateur lorsqu'il tranche un problème d'accès au réseau

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

C. LE JUGE PRIS COMME MODÈLE

1. La juridictionnalisation du Droit de la Régulation

- La qualification des parties prenantes comme « justiciables »
- Les recours contre les décisions du Régulateur
- La qualification du Régulateur comme Tribunal
- Réguler / Décider / Juger
- L'exemple de la « crise californienne »
- L'exemple de *Non bis in idem*

II. PLACE ET JEU DU POUVOIR JURIDICTIONNEL

C. LE JUGE PRIS COMME MODÈLE

2. La procéduralisation du Droit de la Régulation

- Fusion entre créateur de la norme et destinataire de la norme :
« Régulation, acte II »
- Suppression de l'asymétrie d'information
- Adéquation naturelle : concours
- *Enforcement* tautologique
- Inconvénients :
 - Doute sur le stoïcisme supposé
 - Auto-capture

III. DE L'AUTOREGULATION A L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT : VERS LE DROIT DE LA COMPLIANCE

A. LA PRETENTION DES ENTREPRISES A S'AUTOREGULER EN EX-ANTE

1. L'éthique et son utilité régulatoire

- L'expression diaphane ordinaire de l'éthique des affaires.
 - Le mouvement de *corporate social responsibility* (CSR) ou Responsabilité Sociétale des Entreprises (RSE)
 - L'absence de conséquences juridiques directes
 - A. Supiot, *Prendre la responsabilité au sérieux*
-
- L'édiction des chartes éthiques et autres « codes de conduites »
-
- La nature plus ou moins « engageante » de ces actes

III. DE L'AUTOREGULATION A L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT : VERS LE DROIT DE LA COMPLIANCE

A. LA PRETENTION DES ENTREPRISES A S'AUTOREGULER EN EX-ANTE

2. La cristallisation juridique incertaine

- Développement de la corégulation dans les secteurs très techniques
 - Banque
 - Finance : Collège de l'AMF, malgré la loi générale de 2017
- Développement de la corégulation dans les secteurs à distance de l'État
 - Secteur de la publicité

III. DE L'AUTOREGULATION A L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT : VERS LE DROIT DE LA COMPLIANCE

B. LE POUVOIR PARTAGE AVEC L'ENTREPRISE PAR LA CO-REGULATION

1. Développement de la co-régulation dans certains secteurs

- Corégulation dans les nouveaux espaces
 - Espace digital
 - ARCEP : « régulation – acte 2 »
- Développement de la corégulation dans des rapports avec les « professions »

III. DE L'AUTOREGULATION A L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT : VERS LE DROIT DE LA COMPLIANCE

B. LE POUVOIR PARTAGE AVEC L'ENTREPRISE PAR LA CO-REGULATION

2. Développement plus général de la corégulation

- Internalisation en *ex ante* de la répression
- La transformation du « criminel-
né » en gardien de la norme
 - Résurgence dialectique de la *Défense sociale*
- Obligation de se conformer en tous points en tous lieux à tous les textes
- Obligation de concrétiser les finalités du système de régulation

III. DE L'AUTOREGULATION A L'EMERGENCE D'UNE NOUVELLE BRANCHE DU DROIT : VERS LE DROIT DE LA COMPLIANCE

C. LE NOUVEAU JEU DES PLACES ET DES RÔLES : LA COMPLIANCE

1. L'idée de Droit de la Compliance

- Obligation de concrétiser les finalités du système de régulation
- Sanction du Régulateur ou du Juge en cas de non-respect de la *compliance* : première perception de la « violence du Droit de la Compliance»
 - *Extraterritorialité*
 - *FCPA*
 - Lois dite « Sapin 2 » (2016) et « Vigilance » (2017)

III. DE L'ASSUJETTI A L'AUTORÉGULATION : VERS LA COMPLIANCE

C. LE NOUVEAU JEU DES PLACES ET DES RÔLES : LA COMPLIANCE

2. Le jeu du *Droit de la Compliance*

- Marges du jeu :

- Obligations de moyens sur l'atteinte des fins et de résultat sur la mise en place des « outils de Compliance

- Discipline probatoire

III. DE L'ASSUJETTI A L'AUTORÉGULATION : VERS LA COMPLIANCE

C. LE NOUVEAU JEU DES PLACES ET DES RÔLES : LA COMPLIANCE

2. Le jeu du Droit de la Compliance

Transformation totale des systèmes de régulation

Au cœur :

- **La culture juridictionnelle**
 - **La culture probatoire**
- **Naturelle dans le monde anglais**
- **A acquérir dans le monde continental**