



# Régulation économique : quels secteurs réguler et comment ?

Les notes du conseil d'analyse économique, n° 44, novembre 2017

**D**epuis les années quatre-vingt, l'ouverture à la concurrence des secteurs en monopole public (transport, énergie, télécommunications) et le retrait de l'État de la production directe ont conduit à la création d'autorités de régulation économique sectorielle. En organisant des marchés dans lesquels l'opérateur historique reste dominant, ou lorsque l'importance des coûts fixes limite la concurrence, le régulateur s'assure que les intérêts du consommateur sont préservés tout en mettant en place les conditions pour la croissance et l'innovation dans le secteur dont il a la charge.

Cette *Note* commence par rappeler que la régulation sectorielle entendue comme le contrôle du pouvoir de marché, ne doit pas être utilisée à d'autres fins que l'efficacité économique : si l'environnement ou l'aménagement du territoire sont des préoccupations légitimes, d'autres instruments de politiques publiques doivent être mobilisés.

Les auteures se posent ensuite la question du bon niveau de spécialisation des autorités de régulation économique. Une compétence relativement large limite les risques de capture par les industries régulées, réduit les coûts et permet de prendre en compte les effets croisés entre marchés connexes ; cependant, c'est au prix d'une compréhension moins fine de chaque secteur et d'un risque de mettre entre les mains du régulateur des arbitrages qui ne sont pas de son ressort. Finalement, elles recommandent de décider au cas par cas, tout en favorisant la coopération entre régulateurs de différents secteurs.

L'indépendance du régulateur doit être assurée à l'égard des industries régulées comme du pouvoir politique. De ce point de vue, la France évolue dans le bon sens mais beaucoup reste à faire pour assurer une indépendance non seulement de droit, mais surtout de fait. Les auteures mettent notamment en avant la question des compétences : les rémunérations et les conditions de mobilité doivent être fixées de manière à réaliser le meilleur arbitrage possible entre exigences déontologiques et accès à un vivier de compétences de qualité.

Les auteures insistent sur le caractère évolutif de la régulation sectorielle : en fonction du degré de concurrence et de maturité des marchés, l'activité des régulateurs sectoriels peut être amenée à diminuer au profit soit de l'Autorité de la concurrence, soit de l'échelon européen. Ici encore, elles mettent en garde contre l'application d'un schéma unique.

Enfin, la régulation sectorielle doit aujourd'hui faire face à la révolution numérique, qui modifie en profondeur les structures de marché, notamment *via* l'économie des plates-formes. Les auteures considèrent qu'une régulation économique des plates-formes ne se justifie pas, même si d'autres aspects doivent être régulés (fiscalité, loyauté, transparence des algorithmes). En revanche, le numérique appelle à un renforcement des compétences des autorités de régulation dans le domaine des données de masse et des algorithmes.

Cette note est publiée sous la responsabilité des auteurs et n'engage que ceux-ci.

<sup>a</sup> Telecom ParisTech, membre du CAE ; <sup>b</sup> MAPP (microéconomie appliquée), correspondante du CAE.

L'irruption des nouvelles technologies (notamment numériques) et l'internationalisation croissante de nombreuses activités suscitent des interrogations sur l'adéquation du cadre de régulation sectoriel en place en France : faut-il fusionner des régulateurs aujourd'hui distincts ? Déplacer la régulation à un niveau plus large, notamment européen ? Par ailleurs, l'évolution du marché suggère qu'une forme donnée de régulation peut être justifiée durant une période transitoire (par exemple, une période d'ouverture à la concurrence), avant que des mécanismes classiques de régulation *a posteriori* ne prennent le relais. En matière de régulation, c'est un constat de succès pour une autorité que de disparaître ou, *a minima*, de se transformer. Inversement, l'arrivée des technologies numériques fait naître de nouveaux débats sur l'opportunité de réguler ou non les activités qui en sont issues. Cette *Note* pose la question de l'efficacité à la fois du périmètre et des modalités de la régulation sectorielle en France.

## Régulation sectorielle : de quoi parle-t-on ?

La théorie économique identifie de façon relativement limitative les cas dits de « défaillances de marché » où le marché laissé à lui-même ne permet pas d'atteindre la situation optimale et où l'intervention des pouvoirs publics est alors justifiée : l'existence de barrières à l'entrée, d'un monopole naturel, d'effets externes, de biens publics, de biens tutélaires, ou encore, d'asymétries d'information<sup>1</sup>. En France, l'intervention publique s'est historiquement traduite par la production directe des biens publics par l'administration, puis par des entreprises détenues par l'État, notamment dans les secteurs de réseau (poste, télécommunications, transport ferroviaire, électricité). Cependant, l'action des pouvoirs publics peut elle-même être porteuse de défaillances (du fait notamment des asymétries d'information), de lourdeur bureaucratique ou de capture par les groupes de pression. Depuis les années quatre-vingt, l'action publique s'est progressivement déplacée de la production directe à la réglementation des secteurs ; parallèlement, les secteurs précédemment caractérisés par des monopoles publics ont été ouverts à la concurrence. Bien que réduit, l'État actionnaire a dû, pour éviter les conflits d'intérêts, confier la régulation à des autorités plus ou moins indépendantes :

Autorité de régulation des télécommunications (ART), créée en 1997, devenue Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) en 2005, lors de l'ouverture du secteur postal ; Autorité de régulation des activités ferroviaires créée en 2009, devenue Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) en 2015, suite à l'ouverture du transport routier de voyageurs à la concurrence ; Commission de régulation de l'énergie (CRE), créée en 2010 lors de l'ouverture du marché de l'énergie ; Autorité de régulation des jeux en ligne (ARJEL), créée en 2010 pour accompagner la libéralisation des jeux en ligne. L'État s'est aussi impliqué dans la réglementation de certains marchés de biens et services comme ceux servis par les professions réglementées (réglementation des prix, de l'entrée sur le marché, etc.).

On appelle souvent « régulation » une grande variété d'interventions publiques de nature généralement sectorielle, allant d'actions strictement économiques (prix, quantités) aux règles de déontologie qui s'appliquent à une profession ou à la protection de la vie privée. Toutes ces interventions, qu'elles soient de nature économique ou non, peuvent affecter le fonctionnement des marchés. Toutefois dans cette *Note*, nous nous restreindrons à la régulation de nature concurrentielle, c'est-à-dire ayant un impact direct sur les conditions économiques d'exercice de l'activité dans un secteur, et motivée par le contrôle du pouvoir de marché<sup>2</sup>.

En France, l'histoire de la régulation est riche de mesures trouvées, au fil du temps, une justification évolutive s'éloignant parfois de l'objectif d'efficacité économique. Ainsi la régulation des prix de détail, des prix de gros et des marges dans le secteur de la distribution de carburant dans les départements d'outre-mer a-t-elle conduit à maintenir, en dehors de toute considération de rentabilité, la pérennité de stations-service peu fréquentées<sup>3</sup>. S'il est légitime que la puissance publique s'intéresse au maintien d'une couverture territoriale satisfaisante, il existe souvent un moyen de garantir aux acteurs un revenu décent sans pour autant fausser les prix et les conditions de concurrence du secteur, par exemple, à l'aide de transferts forfaitaires directs. De la même manière, une régulation de l'implantation des grandes surfaces peut parfaitement se justifier par des raisons environnementales ou urbanistiques, mais il convient alors de ne pas utiliser à mauvais escient la régulation économique de l'entrée

---

Les auteurs remercient Jean Beuve, Conseiller scientifique au CAE pour son aide et ses apports. La *Note* a aussi bénéficié de l'éclairage de Jean Tirole, Joëlle Toledano et Carine Staropoli, sans que ces derniers ne portent aucune responsabilité sur son contenu.

<sup>1</sup> Les barrières à l'entrée sont établies par les acteurs déjà en place et/ou par la réglementation. Les nouvelles entreprises sont interdites d'entrer sur le marché ou bien simplement découragées par des coûts fixes élevés (par exemple, réglementation des auto-écoles). Le monopole naturel est une structure de marché dans laquelle les économies d'échelle sont telles que seule une entreprise en monopole a le potentiel pour produire efficacement (par exemple, réseau ferré). Les effets externes (ou externalités) recouvrent les répercussions de l'activité d'agents économiques sur d'autres agents ne donnant pas lieu à une compensation monétaire. Les biens publics sont des biens dont l'accès ne peut être interdit aux consommateurs et dont la consommation par un agent n'affecte pas la quantité disponible pour les autres (par exemple, air pur). Les biens tutélaires sont quant à eux les biens dont la consommation est sciemment encouragée ou découragée par l'État (par exemple, biens addictifs). Enfin, les asymétries d'information correspondent aux situations d'échange dans lesquelles certains des participants disposent d'informations pertinentes que d'autres n'ont pas (par exemple, octroi d'un prêt bancaire).

<sup>2</sup> Ainsi, sont exclues de ce champ les régulations ayant trait, par exemple, à l'environnement, au droit du travail, même si toutes ces régulations sont susceptibles d'avoir un impact sur la concurrence. Sont également exclues les professions réglementées pour lesquelles aucune défaillance de marché ne vient justifier l'intervention de l'État et la création de barrières à l'entrée. Nous excluons également la régulation financière qui pourrait faire l'objet d'une *Note* spécifique.

<sup>3</sup> Voir ainsi l'avis 09-A-21 du 24 juin 2009 de l'Autorité de la concurrence relatif à la situation de la concurrence sur les marchés des carburants dans les départements d'outre-mer.

sur le marché, comme ce fut le cas en France jusqu'à la Loi de modernisation économique qui n'a que partiellement résolu le problème<sup>4</sup>. Ces exemples sont symptomatiques d'une tentative, particulièrement importante en France, d'utiliser la régulation économique à des fins éloignées de sa finalité première. En matière de régulation comme dans tous les domaines de la politique économique, la multiplication des objectifs est le plus sûr moyen de n'atteindre aucun des objectifs assignés, selon le vieux principe du prix Nobel d'économie Jan Tinbergen<sup>5</sup>.

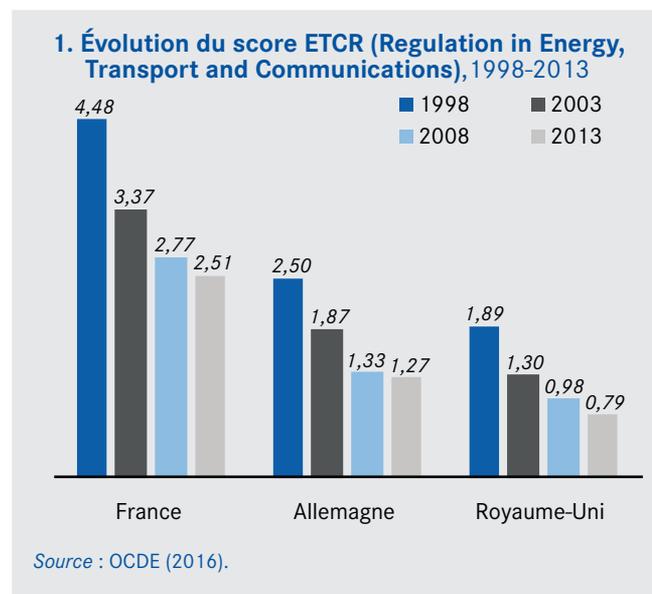
La régulation concurrentielle sectorielle a pour objectif de permettre la satisfaction des besoins des consommateurs en favorisant l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché et l'accès à une infrastructure essentielle sur le marché amont aux acteurs du marché aval (comme, par exemple, l'accès au réseau ferroviaire aux opérateurs de transport ou l'accès au réseau téléphonique fixe constitué par la « paire de cuivre » de l'opérateur historique). À plus long terme, l'objectif est le développement de l'innovation et la croissance. En matière d'ouverture des activités de réseau, la France accuse un retard important vis-à-vis de ses partenaires, selon l'OCDE. À l'exception du secteur aérien, toutes les industries de réseau sont davantage réglementées en France que dans la moyenne des pays de l'UE-15 : même s'il a diminué de 45 % entre 1998 et 2013, l'indice de réglementation ETCR (*Regulation in Energy, Transport and Communications*) reste très supérieur aux niveaux observés en Allemagne et au Royaume-Uni qui ont également diminué (voir graphique 1)<sup>6</sup>.

**Recommandation 1.** Limiter la régulation économique aux marchés présentant des défaillances (monopole naturel, effets externes, etc.) ; ne pas utiliser la régulation sectorielle pour atteindre d'autres objectifs que l'efficacité économique.

## Portrait du régulateur sectoriel

### Les acteurs de la régulation

De nombreux acteurs interviennent dans le champ de la régulation, avec des compétences diverses<sup>7</sup>. L'ensemble de l'appareil législatif, national et européen, détermine les règles du jeu (lois et normes) qui régulent les secteurs économiques.



En plus du législateur, on peut distinguer deux types d'acteurs : les administrations et les autorités indépendantes.

Les régulateurs sectoriels ont, en France, le statut d'Autorité administrative indépendante ou d'Autorité publique indépendante (AAI et API, voir encadré 1). Plusieurs AAI ont été créées et se sont transformées au fur et à mesure de l'ouverture à la concurrence des secteurs. Leur articulation avec l'administration ne va pas sans parfois poser problème, le pouvoir réglementaire d'une autorité pouvant, par exemple, entrer en contradiction ou en concurrence avec les décisions du gouvernement.

Les relations entre les autorités indépendantes et l'administration varient selon les secteurs. Dans le cas des télécommunications, l'ARCEP et le ministère de l'Économie semblent avoir des rôles clairement identifiés. Par exemple, dans le cas du déploiement de la fibre optique, le gouvernement a défini l'objectif, tandis que l'ARCEP en a précisé les conditions techniques sur le territoire. À l'inverse, dans le secteur des transports, l'indépendance de l'ARAFER par rapport au pouvoir exécutif semble moins assurée. Par exemple, l'ARAFER a un pouvoir réglementaire supplétif permettant de fixer les règles et conditions d'accès au réseau ferré uniquement après homologation par le ministre chargé des Transports<sup>8</sup>. Cette difficulté dans le secteur ferroviaire n'est pas sans lien avec le rôle de l'État comme actionnaire majoritaire de la SNCF et actionnaire exclusif du réseau. Cet exemple montre

<sup>4</sup> La loi de modernisation de l'économie en 2008 relève de 300 m<sup>2</sup> à 1 000 m<sup>2</sup> le seuil au-dessus duquel un commerce doit demander une autorisation administrative d'implantation. Voir le rapport de Alain M-L., C. Chambolle et S. Turolla (2016) : *Évaluation des effets de la loi de modernisation économique et des stratégies d'alliances à l'achat des distributeurs*, Rapport au ministre l'Économie, de l'Industrie et du Numérique, décembre, qui recommande de ne pas utiliser les règles de concurrence pour atteindre des objectifs environnementaux ou urbanistiques.

<sup>5</sup> Tinbergen J. (1952) : *On the Theory of Economic Policy*, North-Holland.

<sup>6</sup> L'indicateur ETCR est calculé, tous les cinq ans, à partir de 200 questions portant sur la présence et l'intensité de certaines réglementations et sur les caractéristiques des structures de marché. Selon le marché concerné, l'indicateur peut tenir compte de la réglementation à l'entrée, de la propriété de l'État, de l'intégration verticale, de la structure du marché et du contrôle des prix, voir DG Trésor (2017) : « Les réglementations sectorielles en France », *Trésor-Éco*, n° 203, août.

<sup>7</sup> Pour un descriptif complet, voir Brousseau E. (2016) : « La régulation et ses modèles », *Économie et Management*, n° 159, avril.

<sup>8</sup> Par ailleurs, l'ARAFER a dû, après de longues négociations, résister à la transformation de son avis conforme prévu par la loi de 2009 sur la tarification en avis consultatif lors du débat parlementaire de 2014.

l'importance de confier la régulation sectorielle à une autorité réellement indépendante (voir *infra*).

Outre la distinction entre administrations et autorités indépendantes, une seconde distinction doit être faite entre régulation *a priori* et contrôle *a posteriori*. La régulation *a priori* est nécessaire dans les secteurs d'activité où les conditions de marché créent des barrières à l'entrée qu'une intervention *a posteriori* ne permettrait pas de lever. Un cas typique est l'ouverture à la concurrence de secteurs dans lesquels il existe un monopole de droit ou de fait : transport ferroviaire, énergie, télécommunications. La régulation sectorielle est souvent (mais pas toujours) confiée à une autorité indépendante à la fois des autorités publiques et des acteurs économiques, avec pour mission de veiller à ce que la concurrence s'exerce de manière effective, loyale et durable. Le contrôle *a posteriori* de la concurrence est lui aussi assuré par une autorité indépendante – l'Autorité de la concurrence ou, au niveau européen, la Direction générale de la concurrence de la Commission européenne<sup>9</sup>. Contrairement aux autorités sectorielles, ces autorités de régulation *a posteriori* ont une compétence transversale.

### Quel périmètre pour la régulation sectorielle ?

Quel est le périmètre optimal d'une autorité de régulation et, par conséquent, son degré de spécialisation ? En 2014, le rapport du sénateur Patrice Gélard note que, malgré les efforts de regroupement accomplis, les autorités demeurent nombreuses et hétérogènes<sup>10</sup>. Si la loi de 2017 vient clarifier le statut juridique des AAI (voir encadré 1), elle ne tranche pas la question du bon niveau de transversalité, lequel est intimement lié à l'indépendance du régulateur vis-à-vis des acteurs régulés. Une autorité transversale qui régule de nombreux secteurs a, en effet, moins de chances d'être capturée par des intérêts particuliers<sup>11</sup>. Par ailleurs, la régulation dans un secteur particulier peut affecter les prix ou les conditions de concurrence sur un autre marché : un périmètre relativement large permet de mieux prendre en compte ces externalités. La convergence économique et technique entre les secteurs, du fait notamment de la révolution numérique, rend de plus en plus obsolète une régulation sectorielle trop limitée. Enfin, la multiplication des agences de régulation intervenant dans un même secteur engendre des coûts de coordination et peut aboutir à des décisions contradictoires.

### 1. Qu'est-ce qu'une autorité indépendante ?

Les autorités administratives indépendantes (AAI) et les autorités publiques indépendantes (API) ont en commun d'agir au nom de l'État sans être subordonnées au gouvernement et de bénéficier, pour le bon exercice de leurs missions, de garanties pour agir en pleine autonomie, sans que leur action puisse être orientée ni censurée, si ce n'est par le Juge. Elles disposent de pouvoirs plus ou moins étendus qui, dans certains cas, combinent un pouvoir de réglementation, d'autorisation individuelle, de contrôle, d'injonction, de sanction, voire de nomination, et se limitent, dans d'autres cas, à un simple pouvoir d'influence<sup>a</sup>.

Les AAI sont apparues en France dès les années soixante-dix, avec la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) en 1978, puis la Haute Autorité de la communication audiovisuelle (HACA) en 1982, premières AAI qualifiées ainsi par le Conseil constitutionnel en 1984. Les AAI interviennent généralement dans deux grands domaines :

- la protection des citoyens : par exemple, la CNIL, le Défenseur des droits, la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique (HATVP), la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) ;
- la régulation d'une activité économique : par exemple, l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), la Commission de régulation de l'énergie (CRE), l'Autorité de sûreté nucléaire (ASN).

Les AAI sont une exception au regard de la séparation stricte des pouvoirs au sens où elles appartiennent au pouvoir exécutif, ont un pouvoir réglementaire et également un pouvoir de sanction donc de nature judiciaire. L'indépendance des AAI par rapport à la hiérarchie du pouvoir exécutif est une spécificité au regard des autres administrations et de l'article 20 de la Constitution (lequel désigne le gouvernement comme ayant l'autorité sur les administrations). Le Conseil constitutionnel a limité en France le pouvoir réglementaire de chaque AAI en le restreignant à un domaine précis.

La loi du 20 janvier 2017 donne un cadre juridique et définit un statut général pour vingt-six AAI différentes. Elle précise les modalités de désignation de leur président, des membres de leur collège, leur mandat, leur déontologie, leur indépendance et leur fonctionnement.

<sup>a</sup> Contrairement à une AAI, une API a une personnalité morale et une indépendance budgétaire. En ce sens, son indépendance vis-à-vis l'exécutif est mieux garantie.

<sup>9</sup> Le partage des rôles entre la Commission européenne et les autorités nationales de concurrence est défini par des textes aussi bien en matière de pratiques anticoncurrentielles que de contrôle des concentrations, mais toutes ces affaires peuvent faire l'objet d'un renvoi entre les unes et les autres après accord entre elles.

<sup>10</sup> Voir Gélard P. (rap.) (2014) : « Autorités administratives indépendantes 2006-2014 : un bilan », *Rapport d'information fait au nom de la Commission des lois*, n° 616 (2013-2014), 11 juin. Déjà, en 2010, les députés Dosière et Vanneste critiquaient le nombre excessif d'autorités de régulation et le coût associé, pour préconiser le regroupement de certains organismes, cf. Dosière R. et C. Vanneste (2011) : « Sur la mise en œuvre des conclusions du rapport d'information (n° 2925) du 28 octobre 2010 sur les autorités administratives indépendantes » *Rapport d'information du comité d'évaluation et de contrôle des politiques publiques*, n° 4020, 1<sup>er</sup> décembre.

<sup>11</sup> Un régulateur très spécialisé a accès à une information privilégiée qu'il peut être tenté d'utiliser à son profit, ce qui peut déboucher sur une collusion entre le régulé et le régulateur, voir Stigler G. (1971) : « The Theory of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, vol. 2, n° 1, pp. 3-21 et Laffont J.-J. et J. Tirole (1993) : *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, MIT Press, chapitre 11.

Cependant, une spécialisation sectorielle relativement étroite permet au régulateur de bien connaître le secteur qu'il régule. Un exemple éclairant est le secteur électrique en Californie – régulé par une *Public Utilities Commission* dont la compétence couvre aussi les télécommunications, le gaz, l'eau et les transports. En 2001, la Californie a dû affronter une coupure générale d'électricité ; cette crise était due à un sous-investissement des entreprises du secteur et à une erreur du régulateur qui avait limité la signature de contrats de fourniture de long terme. Le développement des transactions sur des marchés au comptant a exposé le secteur à une hausse soudaine des prix de gros. Le triplement des cours de l'électricité pendant l'hiver 2000-2001 a alors induit de nombreuses faillites chez les distributeurs. Cet exemple montre les conséquences désastreuses d'une mauvaise régulation et la nécessité d'une connaissance fine du secteur par le régulateur, ce qui plaide en faveur des régulateurs sectoriels spécialisés.

La multiplicité de régulateurs spécialisés, en augmentant le nombre de régulateurs compétents pour un même secteur, si elle entraîne des coûts de coordination, a l'avantage de limiter le risque de capture<sup>12</sup>. En effet, si plusieurs autorités de régulation interviennent sur un même secteur, elles ont toutes la même information sur les entreprises, de sorte que le risque de rente informationnelle du régulateur (donc, de collusion avec le régulé) est réduit. Par ailleurs, l'existence d'un contrôle *a posteriori* des comportements par l'Autorité de la concurrence ou des autorités judiciaires limite aussi le risque de capture. Aux États-Unis, dans les années quatre-vingt, l'opérateur historique de télécommunications AT&T (American Telephone & Telegraph) avait réussi à convaincre le régulateur, la Federal Communications Commission, qu'une ouverture de son réseau à des concurrents locaux serait nuisible. Les concurrents, dont MCI (Microwave Communications, Inc.), ont alors mené une bataille juridique et, en 1984, le juge a considéré que les régulateurs étaient capturés et a donné raison à MCI au titre de la loi anti-trust.

De son côté, une régulation transversale implique de concilier une pluralité d'objectifs qui peuvent éventuellement entrer en contradiction. Le régulateur, dans ce cadre « multi-tâche », peut être amené à privilégier les objectifs les plus accessibles à une mesure objective, au détriment d'autres activités plus complexes à évaluer. Cet argument justifie, par exemple, de maintenir la séparation du régulateur des télécoms et de celui des contenus audiovisuels (encadré 2). Une fusion des deux régulateurs présenterait le risque d'une sous-évaluation des objectifs les moins facilement mesurables – ici la diversité culturelle ou la défense de la langue française – au profit de la couverture du territoire ou des prix<sup>13</sup>. Il n'existe donc pas de réponse univoque à la question du bon niveau de transversalité (tableau 1). Il s'agit d'arbitrer, d'une part, entre l'expertise technique et le risque de capture et, d'autre part, entre convergence sectorielle et respect

des objectifs divers de la société. Le choix d'une organisation doit donc être déterminé au cas par cas, en fonction du poids respectif des différents arguments.

## 2. ARCEP et CSA

La convergence économique entre les secteurs des télécoms, de l'audiovisuel et de l'Internet amène à s'interroger sur l'opportunité d'une régulation commune. Les opérateurs télécoms, les chaînes de télévision et les acteurs de l'Internet diffusent des contenus similaires sur les mêmes réseaux et des supports similaires. L'ensemble des acteurs doit avoir accès à la même ressource : les fréquences qui appartiennent à l'État et que gère l'Agence nationale des fréquences (ANFR). Pourtant, la régulation diffère largement d'un acteur à l'autre puisque les acteurs audiovisuels ont accès gratuitement aux fréquences en échange d'un investissement dans la création, les opérateurs télécoms financent l'accès aux fréquences et les acteurs de l'Internet y accèdent gratuitement sans contrepartie. En outre, il serait utile d'offrir un interlocuteur unique aux partenaires étrangers.

L'échec de la tentative de fusion en 2012 a toutefois mis en lumière le risque de mettre le régulateur unique face à des arbitrages qui ne seraient pas de son ressort, par exemple entre efficacité et soutien à la création, ou entre neutralité et politique culturelle. Aujourd'hui, le débat semble avoir été supplanté par une réflexion sur la bonne articulation des deux autorités et sur la compréhension des bouleversements introduits par le numérique.

## 1. Avantages et inconvénients de la spécialisation

Régulation spécialisée	Régulation transversale
<p><b>Avantages</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Compétences</li> <li>- Pas d'arbitrage entre objectifs multiples</li> </ul> <p><b>Inconvénients</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Davantage de risque de capture par le secteur régulé (sauf pluralité des régulateurs sur un même secteur)</li> <li>- Coordination difficile</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Moins de risque de capture qu'un régulateur sectoriel</li> <li>- Synergies (convergence sectorielle)</li> <li>- Réduction des coûts de coordination</li> <li>- Compréhension moins fine</li> <li>- Risque d'arbitrages, qui ne sont pas de son ressort, par le régulateur</li> </ul>

Source : Auteurs.

La comparaison internationale ne permet pas de distinguer la France de ses voisins sur la question de la transversalité, même si la France semble privilégier légèrement la régulation sectorielle à la régulation transversale. Sur les sept activités

<sup>12</sup> Laffont J. J. et D. Martimort (1999) : « Separation of Regulators against Collusive Behavior », *RAND Journal of Economics*, vol. 30, n° 2, pp. 232-262.

<sup>13</sup> Cazenave Th., D. Martimort et J. Pouyet (2005) : « Crise de régulation » in *Les risques de régulation*, Frison-Roche (dir.), Presses de Sciences Po, Coll. Droit et Économie de la Régulation, vol. 3.

## 2. Autorités de régulation sectorielles françaises, allemandes et britanniques

	France	Allemagne	Royaume-Uni
Énergie (électricité et gaz)	Commission de régulation de l'énergie (CRE)	Bundesnetzagentur (BNetzA)	Office of Gas Electricity Markets (OFGEM)
Transport aérien	Direction générale de l'aviation civile (DGAC)	Luftfahrt-Bundesamt	Civil Aviation Authority (CAA)
Transport routier	Autorités de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER)	Kraftfahrt-Bundesamt	Office of Rail and Road (ORR)
Transport ferroviaire			
Poste	Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP)	Bundesnetzagentur (BNetzA)	Office of Communications (OFCOM)
Télécommunications			
Audiovisuel	Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)	Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten	

Légende : En noir, les autorités indépendantes ; en bleu : les autorités rattachées à l'administration.

Source : Arlandis A., C. Bonnery, E. Brousseau, C. Caccinelli, P-F. Edwige, C. Galano, O. Herz, C. Le Bihan-Graf, J-Y. Ollier, P. Perennes, A-B. Schlumberger, A. Souriadakis et J. Toledano (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.

recensées dans le tableau 2, la France compte cinq autorités de régulation différentes, contre quatre en Allemagne et quatre au Royaume-Uni. Ces agences sont plus souvent rattachées à l'administration en Allemagne (3 sur 4) qu'elles ne le sont au Royaume-Uni (0 sur 4) et en France (1 sur 5). Enfin, dans la mesure où le coût de la régulation sectorielle est moindre en France qu'en Allemagne ou au Royaume-Uni<sup>14</sup>, une éventuelle réorganisation de la régulation doit être justifiée par des gains potentiels d'efficacité et non par la recherche d'économies budgétaires. Le débat sur le sujet ne doit pas être dichotomique (fusion ou non) car il existe de nombreux moyens pour permettre aux régulateurs sectoriels d'échanger des informations ou des bonnes pratiques<sup>15</sup>.

**Recommandation 2.** Fixer le périmètre de la régulation sectorielle au cas par cas, selon les caractéristiques des secteurs. Favoriser des formes souples de rapprochement des autorités existantes (mutualisation, inter-régulation, conventions de fonctionnement et mobilité des équipes).

### L'indépendance du régulateur

L'indépendance de l'autorité de régulation, qu'elle soit sectorielle ou transversale, vis-à-vis des acteurs régulés et de l'État

(souvent encore actionnaire), est fondamentale. De nombreuses règles ont été expérimentées et instituées pour limiter les risques de capture : statut des membres, rémunération, règles déontologiques, etc. (voir encadré 3). En outre, les membres du collège d'une AAI ne peuvent avoir de mandats électoraux ni financer une campagne électorale. Dans la plupart des pays, et c'est le cas en France, les règles de déontologie interdisent aux membres de bénéficier d'aides ou gratifications de la part des entreprises régulées et les personnels des AAI ne peuvent prendre un emploi dans les entreprises régulées immédiatement après leur emploi chez le régulateur.

Comment mesurer l'indépendance des régulateurs ? Thatcher (2002) mesure la facilité avec laquelle un membre du collège d'une AAI réalise des allers-retours entre entreprise régulée et régulateur (phénomène dit de « porte tambour », *revolving door*). Sur la période 1990-2001, il observe que, sauf au Royaume-Uni, les régulateurs recrutent peu leurs membres dans le secteur privé mais fournissent en revanche de nombreux anciens salariés au secteur privé. La France fait figure d'exception avec très peu d'allers-retours (graphique 2)<sup>16</sup>.

Cependant, l'indépendance dépend aussi de l'existence d'un budget autonome pluriannuel, de la nomination transparente des présidents des autorités de régulation et de l'existence d'une lettre de mission claire<sup>17</sup>. Selon ces critères, la France a des progrès à faire, tant sur la pratique de déontologie, l'indé-

<sup>14</sup> En 2014, le budget de la BNetzA allemande était de 183 millions d'euros, contre un total de 71,1 millions d'euros pour les régulateurs français de l'énergie, des télécommunications, de la poste et des chemins de fer. Cette différence s'explique en grande partie par les effectifs : à périmètre d'intervention identique, l'Allemagne compte 2 600 employés, contre 664 en France (130 postes pour la CRE, 171 pour l'ARCEP, 304 pour l'ANFR (Agence nationale des fréquences) et 59 pour l'ARAFER). Sur le périmètre poste, télécommunications et audiovisuel, les dépenses des autorités françaises étaient de 96 millions d'euros en 2014, contre 150 millions d'euros engagés par l'OFCOM britannique. En termes d'effectifs, l'OFCOM comptait 767 employés en 2012 contre 845 au total dans le cas français (310 postes pour le CSA, 60 pour la HADOPI, 171 pour l'ARCEP et 304 pour l'ANFR), voir Arlandis A., C. Bonnery, E. Brousseau, C. Caccinelli, P-F. Edwige, C. Galano, O. Herz, C. Le Bihan-Graf, J-Y. Ollier, P. Perennes, A-B. Schlumberger, A. Souriadakis et J. Toledano (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.

<sup>15</sup> Pour une typologie complète des formes de rapprochement entre autorités de régulation, voir Arlandis et al. (2016), *op. cit.*

<sup>16</sup> Thatcher M. (2002) : « Regulation After Delegation : Independent Regulatory Agencies in Europe », *Journal of European Public Policy*, vol. 9, n° 6, pp. 954-972. Par ailleurs, Thatcher relève également un nombre relativement faible de recours en France après une décision d'une AAI.

<sup>17</sup> OCDE (2016) : *Being an Independent Regulator*, Coll. The Governance of Regulators, 19 juillet.

### 3. L'indépendance des régulateurs

L'indépendance des autorités de régulation se définit doublement, à l'égard du pouvoir politique et à l'égard des opérateurs régulés :

- *indépendance à l'égard du pouvoir politique*, afin d'éviter à la fois les interférences entre les objectifs de politique générale et ceux propres à la régulation sectorielle, et les distorsions liées aux intérêts privés de l'État actionnaire ;
- *indépendance à l'égard des opérateurs régulés*, pour prévenir le risque de capture. Du fait de sa proximité avec les entreprises régulées ou en raison d'asymétries d'information, le régulateur peut se détourner des objectifs qui lui ont été fixés et poursuivre des intérêts privés. Il est donc nécessaire de soustraire les autorités de régulation à l'influence des groupes de pression (opérateurs historiques et nouveaux entrants).

L'indépendance repose sur la composition des autorités de régulation (la collégialité permet, par exemple, de réduire l'influence des groupes de pression), l'exercice du pouvoir de nomination et de révocation des dirigeants, le statut des membres de ces autorités, les moyens humains et financiers dont elles disposent pour accomplir leurs missions et la nature des emplois accessibles en quittant l'autorité. Les garanties prennent la forme de déclaration d'intérêts et de patrimoine, de régimes d'incompatibilité, d'obligations de déport ou encore de procédures de récusation. Les dispositifs ne dispensent pas les autorités de rendre des comptes au pouvoir politique. Ils varient d'un pays à l'autre et/ou d'un secteur à l'autre.

L'article 9 de la loi du 20 janvier 2017 fixe désormais une règle générale selon laquelle les membres des AAI et des API « ne prennent, à titre personnel, aucune position publique préjudiciable au bon fonctionnement de l'autorité à laquelle ils appartiennent » (obligation d'impartialité) et « ne reçoivent ni ne sollicitent d'instruction d'aucune autorité » (indépendance). De la même façon, les conditions de recrutement, d'exercice des fonctions et de cessation des fonctions des membres des collèges et des personnels des services des AAI sont encadrées par des règles qui visent à prévenir les conflits d'intérêts.

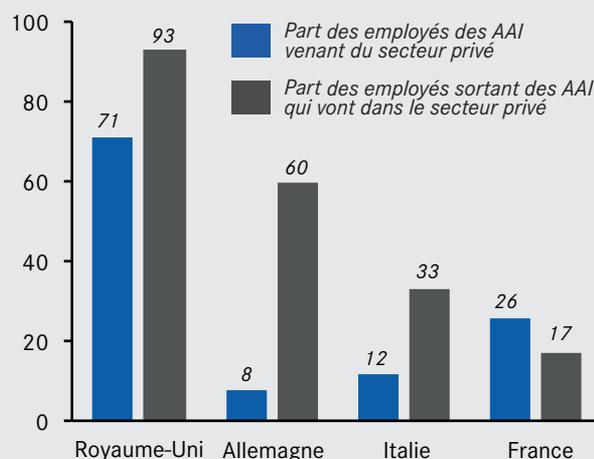
pendance budgétaire des autorités que sur la nomination de leurs membres. En particulier, l'indépendance de fait est aussi importante que l'indépendance formelle : c'est dans la pratique des relations entre l'autorité et le gouvernement, d'une part, et entre l'autorité et les entreprises, d'autre part, que s'évalue cette indépendance.

**Recommandation 3. Renforcer et garantir l'indépendance de droit mais également de fait des régulateurs sectoriels, à l'égard du secteur régulé comme du pouvoir politique.**

<sup>18</sup> Voir le rapport d'information du Sénat sur les AAI, Gélard (2014), *op. cit.*

<sup>19</sup> Martimort D. (1999) : « The Life Cycle of Regulatory Agencies: Dynamic Capture and Transaction Costs », *The Review of Economic Studies*, vol. 66, n° 4, pp. 929-947.

### 2. Provenance et destination des employés des agences de régulation, 1990-2001, en %



Source : Auteurs d'après Tchatcher (2002).

La mise en œuvre de cette recommandation consisterait notamment à mettre fin à la tutelle budgétaire des autorités de régulation (sans pour autant supprimer le double contrôle de leurs dépenses de fonctionnement par le Parlement et la Cour des comptes) et de revoir les procédures de nomination des présidents et des membres des collèges des régulateurs. À ce titre, la procédure plus transparente adoptée en 2017 pour la nomination du nouveau président de l'Autorité des marchés financiers (AMF) (avec, pour la première fois, un appel à candidature, à l'image ce qui se fait au Royaume-Uni) va dans le bon sens. La nomination des personnalités qualifiées au sein des collèges pourrait aussi être plus ouvertement liée aux compétences. Cependant, l'indépendance n'exonère pas l'autorité indépendante d'une responsabilité vis-à-vis du pouvoir politique. La transmission au Parlement, prévue par la loi de 2017, des rapports annuels (par ailleurs rendu publics) des régulateurs, ainsi que les auditions parlementaires<sup>18</sup>, permettent non seulement aux régulateurs de rendre compte de l'exercice de leurs missions mais aussi d'alerter et/ou de faire des recommandations.

Notons toutefois qu'avec le temps, les risques de capture et de collusion augmentent : les acteurs se connaissent mieux, le régulateur accumule une information privilégiée, les groupes de pression deviennent plus efficaces. Pour éviter la capture, les règles institutionnelles se multiplient et la bureaucratisation progresse, rendant la régulation plus coûteuse, moins discrétionnaire, moins efficace<sup>19</sup>. Ces deux risques liés au vieillissement de l'autorité – capture et bureaucratisation – incitent à en réévaluer périodiquement les frontières et/ou en à renouveler les responsables.

Enfin, la question de l'indépendance du régulateur est intimement liée à celle des compétences. Face aux acteurs régulés,

le régulateur doit compenser son désavantage en termes d'information et d'effectifs par sa maîtrise d'un large champ de compétences. Il s'agit à la fois de compétences propres à chaque secteur (économie sectorielle, domaines spécifiques du droit, technologie, etc.), mais aussi de compétences trans-sectorielles justifiant notamment le recours à des profils plus académiques ou venus d'autres secteurs.

Plusieurs facteurs rendent cependant difficile le recrutement des profils nécessaires tant dans les collèges qu'au sein des services (dès lors qu'il s'agit de postes de responsabilité élevée). À un niveau élevé de séniorité, les rémunérations proposées sont généralement peu attrayantes par rapport à celles qui ont cours chez les opérateurs régulés. Par ailleurs, les fortes restrictions imposées aux individus en sortie de poste réduisent l'attrait de la fonction pour les cadres issus de ces secteurs, sauf en toute fin de carrière. La recherche d'experts du secteur entre ainsi en tension avec la garantie d'indépendance : un arbitrage doit être réalisé entre des règles déontologiques strictes et l'accès à un vivier de qualité pour les recrutements.

**Recommandation 4.** Attirer les compétences nécessaires par le biais de salaires compétitifs et des facilités de mobilité dans la sphère publique ou privée non régulée.

## Régulation *a priori* ou *a posteriori*, France ou Europe

### Régulation sectorielle et politique de la concurrence

Le partage des rôles entre la régulation économique et la politique de la concurrence est variable dans le temps et suivant les pays. Ainsi, au Royaume-Uni, certains secteurs (énergie, télécoms, rail, eau...) sont dotés d'un régulateur sectoriel en charge à la fois de la régulation *a priori* et de la mise en œuvre de la politique de la concurrence *a posteriori*. Dans d'autres pays, comme la France, une séparation stricte des rôles est consacrée par l'organisation institutionnelle : dans les secteurs où un régulateur sectoriel existe, ses attributions sont bien séparées de celle de l'Autorité de la concurrence, dont le rôle est transversal<sup>20</sup>. Au-delà de ce partage institutionnel, certains secteurs sont régulés dans certains pays mais non dans d'autres. Ainsi le Royaume-Uni a-t-il ouvert à la concurrence le transport par autocar en 1980, sans pour autant soumettre le secteur à une régulation sectorielle (sauf

dans le cas de Londres) tandis que la loi Macron de 2015<sup>21</sup>, qui ouvre ce secteur à la concurrence en France, met sa régulation entre les mains de l'ARAFER.

Si le paysage de la régulation sectorielle se présente comme une mosaïque évolutive, les principes théoriques qui permettent de tracer la frontière avec ce qui devrait relever du seul droit de la concurrence sont en revanche assez clairs<sup>22</sup>. Le rôle de la régulation sectorielle est d'organiser le marché *a priori*, tandis que celui de la politique de la concurrence est de détecter et de sanctionner *a posteriori* les comportements anti-concurrentiels des opérateurs sur les marchés. Ainsi, appartiennent au champ de la régulation sectorielle la détermination du nombre de licences délivrées (opérateurs de téléphonie mobile), leur mode d'attribution (enchères, « concours de beauté »), les conditions d'accès à une infrastructure essentielle (paire de cuivre dans les télécoms, rail, capacité nucléaire), certains prix outre les tarifs d'accès (comme les prix publics du gaz et de l'électricité), ainsi que d'autres conditions éventuelles (technologies autorisées, localisation des activités, obligations de service universel...).

Intervenant en amont, un régulateur sectoriel opère toujours dans une situation à la fois d'incertitude sur les conditions de fonctionnement du marché et d'asymétrie d'information vis-à-vis des opérateurs. Ce dernier aspect, largement développé par la littérature<sup>23</sup>, est à l'origine de nombreuses difficultés : le régulateur est souvent amené à prendre des décisions, notamment dans le domaine tarifaire, alors qu'il n'a pas connaissance des coûts des opérateurs ou a des informations biaisées, les opérateurs cherchant ainsi à obtenir du régulateur des conditions plus favorables. La théorie de la régulation met en avant l'arbitrage nécessaire entre les rentes abandonnées aux entreprises régulées et l'extraction de l'information pertinente. L'asymétrie d'information dont souffre le régulateur pose aussi un problème lorsqu'il s'agit de déterminer le nombre optimal de licences à allouer sur le marché : si le régulateur ne connaît pas la technologie, il n'est pas non plus en mesure d'apprécier le partage entre coûts fixes et coûts variables, déterminant pourtant essentiel du nombre optimal de licences. La régulation sectorielle, en charge du *design* des marchés (nombre d'opérateurs et périmètre de leur activité, conditions d'accès aux infrastructures, intégration ou désintégration verticale) doit donc prendre des décisions structurantes dans un contexte d'asymétrie informationnelle. Cela requiert la mise en place de contrats conduisant les opérateurs à révéler leur information.

À l'inverse, une autorité de concurrence ne se pose théoriquement aucune de ces questions. Traitant des comportements,

<sup>20</sup> Toutefois, l'organisation de la régulation concurrentielle a elle aussi évolué : ce n'est que depuis 2008 que la Loi de modernisation de l'économie est venue concentrer entre les mains de l'Autorité de la concurrence la totalité de la régulation concurrentielle. Antérieurement, celle-ci était partagée avec la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF) qui avait en charge le contrôle des concentrations. La régulation et le contrôle coexistent parfois dans le domaine de la finance.

<sup>21</sup> Loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, promulguée le 7 août 2015.

<sup>22</sup> Voir, par exemple, Perrot A. (2002) : « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Revue Française d'Économie*, vol. 16, n° 4, pp. 81-112, janvier.

<sup>23</sup> Voir Laffont et Tirole (1993), *op. cit.*

c'est-à-dire de stratégies des entreprises ayant des conséquences observables sur les marchés, elle est en principe à même d'identifier celles qui ont des conséquences négatives sur la concurrence.

En pratique toutefois, les frontières peuvent être plus floues. D'abord, les autorités de concurrence ont vu au fil du temps leurs pouvoirs s'accroître, dans un objectif d'efficacité et surtout d'adéquation du rythme de leurs interventions avec la vie des affaires. La capacité de l'Autorité de la concurrence à prononcer des injonctions qui contraignent les comportements des acteurs pour l'avenir est ainsi souvent vue comme une incursion, voire une intrusion, dans le champ de la régulation<sup>24</sup>. Par ailleurs, les autorités de concurrence peuvent se saisir d'analyses sectorielles pour alerter, hors de tout contentieux, sur les freins à la concurrence existant dans un secteur. Il s'agit alors d'une forme d'intervention *a priori*, d'ailleurs parfois contestée à ce titre. Symétriquement, les régulateurs sectoriels se sont dotés de capacités d'intervention *a posteriori* à travers leur rôle en matière de règlement des différends. Ainsi, le partage des tâches entre autorités sectorielles et de concurrence a eu tendance à s'estomper ces dernières années.

Dès lors, comment décider qu'un marché relève d'une régulation sectorielle spécifique s'exerçant *a priori* ou de la surveillance *a posteriori* par les autorités de concurrence ? Comme on l'a vu, l'existence d'un monopole naturel nécessite une régulation *a priori*. Lorsqu'en outre, le monopole amont (par exemple, le réseau ferré) exerce une activité en aval (le transport de voyageurs), le risque qu'il mette en œuvre une tarification évinçant les concurrents (« ciseau tarifaire ») exige une intervention *a priori* du régulateur. Dans le secteur des télécommunications, la Commission européenne estime qu'une régulation sectorielle devrait être mise en place lorsque trois conditions sont réunies : l'existence de barrières à l'entrée élevées et durables, l'absence d'évolution vers une situation de concurrence effective sur une durée de trois ans et l'insuffisance du droit de la concurrence pour remédier seul aux problèmes identifiés. C'est sur cette base que l'Autorité de la concurrence et l'ARCEP ont organisé le partage de leurs interventions en France. Cependant, le secteur des télécommunications est aujourd'hui arrivé à la fin d'un cycle en matière de régulation : les fréquences ont été allouées, les prix et le nombre d'acteurs sont stabilisés, l'accès aux infrastructures de l'opérateur historique assuré. À ce titre, une régulation uniquement *a posteriori* par l'autorité de la concurrence pourrait suffire. Cette « extinction » progressive de la régulation après ouverture à la concurrence est déjà une réalité dans le domaine de la régulation tarifaire du marché du détail<sup>25</sup> : l'ARCEP se borne désormais à la régulation du marché de gros pour s'assurer que l'opéra-

teur historique met bien à la disposition des concurrents les moyens de leur activité. Au-delà, une intervention au niveau des marchés de détail pourrait même biaiser les conditions de concurrence.

De manière générale, on s'attend à voir la régulation sectorielle évoluer dans le temps, en fonction de l'avancée de l'ouverture à la concurrence et de la maturation du marché. Les obligations en matière de service universel demeurent néanmoins et sont compatibles avec l'ouverture à la concurrence. Elles ne justifient pas la création d'une autorité de régulation spécifique ni le maintien des régulateurs dans leurs fonction et périmètre d'action initial.

**Recommandation 5.** Lorsqu'un secteur a achevé son ouverture à la concurrence, une régulation *a priori* ne se justifie plus ; seul un contrôle en aval par l'Autorité de la concurrence reste nécessaire.

## Régulations nationales et européennes

La question de la répartition des tâches de régulation entre les niveaux national et européen se pose dans les activités de réseau dès lors que les marchés affectés par le périmètre de la régulation dépassent le cadre national et concernent l'espace économique européen. C'est le cas dans le transport aérien : l'Agence européenne de la sécurité aérienne (AESA) délivre des certifications et fixe les réglementations dans le but d'assurer non seulement la sécurité des passagers et des personnels, mais aussi de développer une concurrence non faussée entre les opérateurs. Toutefois, le « bon » niveau de régulation – national ou européen – n'est pas nécessairement identique dans tous les secteurs car il faut tenir compte de l'existence ou non de politiques communes, de la fragmentation éventuelle du marché national et du niveau de technicité.

Dans le domaine des télécommunications ou du ferroviaire, la régulation consiste pour une bonne part à introduire de la concurrence ou, à défaut, à réguler une situation monopolistique. La politique commune est claire : elle correspond aux objectifs du marché unique. Dans le cas du ferroviaire, on peut éventuellement y adjoindre un objectif environnemental (développement du fret). Le niveau de régulation – national ou européen – comme le type de régulation requise (voire le besoin de régulation *a priori*) doit essentiellement répondre à un souci d'efficacité, en fonction des résultats obtenus, et évoluer au cours du temps. Avec le développement de l'inter-

<sup>24</sup> Notamment par le biais des mesures conservatoires en ce qui concerne l'Autorité de la concurrence française, contrairement à la Commission européenne qui n'est pas dotée de cette compétence. Par ailleurs, il existe quelques exemples de régulation directe des prix par une autorité de concurrence, face à des « abus d'exploitation » qui ne trouvent pas leur origine dans l'érection de barrières à l'entrée. Au Royaume Uni, l'*Office of Fair Trading*, avant sa transformation en *Competition and Markets Authority*, a ainsi fixé les prix de médicaments qu'elle jugeait trop élevés. L'Autorité de la concurrence a en France demandé aux banques des engagements à baisser les taux de commission sur les paiements par cartes bancaires auprès des commerçants.

<sup>25</sup> En 2005, l'ARCEP avait imposé des tarifs sur les marchés de détail à France Télécom. Puis, à la faveur du développement de la concurrence et d'avis croisés entre Autorité de la concurrence et ARCEP, la sortie de la régulation des marchés de détail a commencé en septembre 2006 et le contrôle tarifaire sur les offres de communications résidentielles, par exemple, a été supprimé en 2007.



opérabilité, on pourrait imaginer, par exemple, un rapprochement des régulateurs aériens et ferroviaires (ces derniers ayant aussi compétence sur le transport routier en France).

À l'inverse, la régulation européenne dans le domaine de l'énergie se heurte à l'absence de politique énergétique commune (mix énergétique, stratégie d'approvisionnement...) et à la fragmentation infra-nationale du marché. À cela s'ajoute l'extrême technicité de la gestion des réseaux et la capacité limitée des interconnexions. Dans ce contexte, les gains d'efficacité futurs viendront avant tout des infrastructures et du déploiement des réseaux intelligents (*smart grids*), voire de la technologie *blockchain*, car l'enjeu est surtout de surmonter les pics de consommation, extrêmement coûteux pour les gestionnaires de réseaux. C'est d'ailleurs dans cette direction que la Commission européenne semble vouloir aller avec son quatrième paquet énergie (novembre 2016), qui élargit les compétences de l'Agence européenne de coopération des régulateurs de l'énergie (ACER) (responsabilité accrue en ce qui concerne les codes de réseau, par exemple) et lui confie des missions nouvelles (comme, par exemple, la coordination de certaines fonctions liées aux futurs centres opérationnels régionaux ou la surveillance des opérateurs désignés du marché de l'électricité, *Nominated Electricity Market Operator*, NEMO). Si ces propositions ont suscité de nombreuses réserves de la part des régulateurs nationaux, de parlementaires et du Réseau européen des gestionnaires de réseau de transport (REGRT), invoquant à la fois la perte d'efficacité et le principe de subsidiarité, elles s'inscrivent dans un cadre souple dans lequel le niveau de régulation dépend non seulement du secteur, mais aussi de l'activité concernée.

**Recommandation 6.** Accentuer les efforts de coopération dans les domaines de la régulation pour lesquels les externalités transfrontalières sont importantes, sans nécessairement adopter un schéma unique pour tous les secteurs ni pour toutes les activités d'un secteur donné.

## Faut-il réguler les plates-formes numériques ?

L'« économie numérique » englobe toute une série de sujets qui ne sont pas d'égale pertinence pour la régulation. Une partie d'entre eux relèvent clairement du champ de la politique de la concurrence. D'autres aspects de l'économie numérique, comme le déploiement de la 4G sur le territoire, relèvent de la régulation sectorielle des télécommunications. Cependant le sujet des plates-formes numériques soulève des questions nouvelles. Nous avons soutenu plus haut que

la régulation sectorielle doit savoir s'adapter aux évolutions du marché. L'irruption de l'économie des plates-formes offre un bon cas d'école.

La capacité des plates-formes numériques à échapper à l'impôt, à contourner les contraintes du droit du travail, à faire un usage parfois peu transparent des données qu'elles recueillent, ainsi que la réputation qui leur est faite de « manipuler » les résultats de recherche par des algorithmes opaques et de maximiser leurs revenus en favorisant les résultats qui leur sont les plus favorables remettent sans cesse sur le devant de la scène la question d'une régulation sectorielle spécifique à ces acteurs. Tous les sujets soulevés par l'économie numérique n'appartiennent pas au même champ d'intervention, puisque sont concernés aussi bien l'économie du travail que la fiscalité ou la régulation concurrentielle. On s'en tient ici aux aspects strictement liés au contrôle du pouvoir de marché.

Trois arguments avancés en faveur d'une régulation économique des plates-formes paraissent discutables<sup>26</sup>.

Le premier argument est la taille des plates-formes, qui découle des effets de réseaux à l'œuvre dans le numérique. Sans avoir besoin de déployer des stratégies d'éviction anti-concurrentielles, les plates-formes qui réussissent sur leur marché sont de grande taille, cette caractéristique étant consubstantielle à leur efficacité<sup>27</sup>. Outre l'intérêt du service rendu et la qualité de l'algorithme, le nombre et la variété des transactions déterminent l'attractivité d'une plate-forme pour les consommateurs comme pour les professionnels. Nombre des plates-formes sont d'une taille beaucoup plus grande que les agents économiques avec lesquels elles traitent : que l'on songe aux hôtels face à aux plates-formes de réservation comme *Booking* ou *Expedia*, aux chauffeurs face à *Uber*, ou aux comparateurs de prix face à *Google*. Toutefois la grande taille d'un opérateur, y compris lorsqu'elle conduit à la détention d'une position dominante, n'est pas suffisante pour justifier une intervention publique. En droit de la concurrence, seul l'abus de position dominante est sanctionné ; dans le champ de la régulation sectorielle, il n'y a pas de justification à réguler un acteur pour la seule raison qu'il serait en monopole.

Le deuxième argument en faveur de la régulation est la difficulté à faire jouer les mécanismes de marché habituels. Sur les marchés traditionnels, une entreprise qui pratique des prix élevés est menacée par l'arrivée de concurrents capables d'offrir des produits ou des services concurrents à un prix plus bas, d'une qualité supérieure, ou dotés de caractéristiques répondant mieux aux besoins et aux préférences des acheteurs. Cette capacité existe aussi dans le monde numérique, notamment dans les configurations de *multi-*

<sup>26</sup> Toledano J. (2017) : « Réguler le "numérique" ? Les plateformes numériques ? Ou plutôt Adapter les régulations au XXI<sup>e</sup> siècle », *GovReg Working Paper Series*, n° 2017/03.

<sup>27</sup> Voir Colin N., A. Landier, P. Mohnen et A. Perrot, (2015) : « Économie numérique », *Note du CAE*, n° 26, octobre.

*homing* dans lesquelles les acteurs utilisent les services de plusieurs plates-formes concurrentes. Cependant, un nouvel entrant offrant un service à prix plus bas se heurte à la taille du réseau déjà opéré par les plates-formes en place, ou « base installée ». Par exemple, une plate-forme de réservation hôtelière en ligne peut venir concurrencer une plate-forme dominante en proposant des prix moins élevés, mais elle doit alors convaincre hôteliers et consommateurs de recourir à ses services alors que l'autre côté du marché n'est pas encore présent. Ce mécanisme pousse les agents des deux côtés du marché (hôtels et consommateurs dans le cas des plates-formes de réservation hôtelière) à utiliser les services d'une seule plate-forme (celle sur laquelle est présent le plus grand nombre d'agents de l'autre face) : ce comportement de « *single homing* » rend les mécanismes habituels de concurrence moins efficaces que sur les marchés classiques où les effets de réseau ne jouent pas. Quand la mobilité entre plates-formes est grande ou quand le *multi-homing* est la règle, le marché dispose de toute la fluidité concurrentielle nécessaire : c'est le cas des VTC ou des plates-formes de musique et vidéos. Il existe cependant des cas où le rattachement à une plate-forme implique des coûts importants et non récupérables en cas de changement d'opérateur : les mécanismes de marché jouent alors de manière imparfaite. Les effets de réseau sont donc à la source de barrières à l'entrée importantes et freinent les mécanismes de la concurrence en prix. Mais dans un très grand nombre de cas, la capacité à mettre les acteurs en concurrence existe (*multi homing*) et les consommateurs font jouer effectivement cette possibilité. Surtout, l'existence de rentes liées au *single-homing* peut susciter l'entrée de nouveaux acteurs dont l'objet est de faciliter la mobilité (par le transfert des données) ou l'agrégation des différentes offres.

Le troisième argument, l'accumulation de données par certaines plates-formes, entrées les premières sur leurs marchés, pourrait dans certains cas constituer une source de barrières à l'entrée, ces données n'étant pas reproductibles par de nouveaux entrants. Cet argument doit toutefois être considéré avec réserve : aucune des plates-formes entrées séquentiellement sur leurs marchés respectifs n'a été freinée par un problème d'accès aux données détenues par ses concurrents en place. À titre d'illustration, en matière de service reposant sur des données de géolocalisation, toutes les plates-formes répertoriant les services de proximité (hôtels, restaurants, commerces), comme celles proposant des services de transport, ont pu déployer leur offre sans avoir recours aux données détenues par les premiers entrants. Les plates-formes ont la capacité d'engendrer par la multitude de leurs utili-

sateurs les données nécessaires à leur activité sans être entravées en cela par la détention des données par les rivales : aucune des plaintes devant les autorités de concurrence française ou européenne ne fait état de telles barrières à l'entrée. Une plate-forme qui rend un meilleur service parce qu'elle a un meilleur algorithme attire rapidement les utilisateurs qui apportent du même coupleurs données. Ce constat est partagé par les autorités de concurrence allemande (le *Bundeskartellamt*) et française qui ont publié en 2016 un rapport commun sur la question<sup>28</sup>, qui concluent qu'en l'état actuel des choses, la détention de données ne semble pas constituer une source préoccupante de barrières à l'entrée.

Des arguments nettement plus solides justifient d'appliquer aux activités numériques le seul droit commun de la concurrence. Tout d'abord, même lorsque les plates-formes numériques sont concernées, les cas d'abus d'exploitation (prix excessifs, par exemple) sont peu fréquents. Les cas traités aujourd'hui par la DG Concurrence à la Commission européenne, comme celui qui a donné lieu à une notification de griefs à *Google* le 15 avril 2015, ont trait à des comportements d'abus d'exclusion, de même nature que ceux que les autorités de concurrence ont l'habitude de traiter. Nul besoin ici d'outils plus interventionnistes. On peut objecter que le temps de traitement de telles affaires est excessif par rapport à l'irréversibilité des dommages concurrentiels potentiellement occasionnés. Il est vrai que la Commission manque d'instruments lui permettant d'agir rapidement, mais ce n'est pas le cas en France où l'Autorité de la concurrence peut prendre des mesures conservatoires permettant de traiter en un temps très court, et de les suspendre, des comportements préjudiciables au développement du marché<sup>29</sup>. Ensuite, les stratégies des plates-formes se déploient en grande partie sur des marchés concurrentiels, comme celui de la publicité. Dès lors, il est possible d'appréhender les comportements des plates-formes sur ces marchés à l'aide des outils usuels du droit de la concurrence. Enfin, « le numérique » n'est pas un secteur. Les technologies numériques irriguent l'ensemble de l'économie et de très nombreux services – qu'ils soient classiques mais bouleversés par les technologies numériques (comme les taxis l'ont été par les VTC), ou complètement nouveaux (comme le guidage des automobilistes en temps réel dans les embouteillages) – s'appuient sur une technologie de plate-forme où jouent pleinement les effets de réseaux.

Par ailleurs, on ne voit pas quels seraient les instruments additionnels plus pertinents dont disposerait un régulateur sectoriel. Tout nouvel entrant peut pénétrer un segment de

<sup>28</sup> Voir Autorité de la Concurrence et Bundeskartellamt (2016) : *Competition Law and Data*, 10 mai. Disponible sur [www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf](http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf)

<sup>29</sup> Ce fut le cas, par exemple, en juin 2010 au sujet des publicités en ligne. Après avoir été saisie par *Navx*, société qui commercialise des bases de données radar par Internet, l'Autorité de la concurrence a décidé de prononcer des mesures d'urgence dans l'attente de sa décision au fond, estimant que « la politique de contenus du service AdWords avait été mise en œuvre par *Google* dans des conditions qui manquaient d'objectivité et de transparence et qui conduisaient à traiter de façon discriminatoire les fournisseurs de base de données radars ». L'Autorité de la concurrence a ainsi enjoint la société *Google* à clarifier auprès des annonceurs, « dans des conditions objectives, transparentes et non discriminatoires », la portée du règlement AdWords et ses procédures pouvant conduire à la suspension du compte, et à rétablir le compte AdWords de la société *Navx*.



marché en proposant une nouvelle technologie, un nouveau service ou un modèle d'affaires innovant. Pour réguler les prix ou les taux de commission pratiqués par les plates-formes, le régulateur sectoriel devrait se livrer au même type d'exercice de *benchmarking* que celui mené par les autorités de concurrence devant statuer sur une plainte pour prix excessifs. Ainsi, si l'on cherchait à appliquer aux marchés servis par des plates-formes les trois critères mis en œuvre dans les marchés de télécommunications rappelés plus haut, viendrait à manquer au minimum le critère de l'insuffisance du droit de la concurrence.

En revanche, les plates-formes appellent une régulation autre que la régulation des marchés. Nous ne développons pas ces éléments qui ne rentrent pas dans le champ de cette *Note*. Les enjeux de protection des données personnelles, par exemple, ceux liés à la neutralité du réseau, les questions liées à la diversité des informations et à la transparence des algorithmes, la loyauté des plates-formes, ou la nécessité de définir des outils européens permettant de limiter l'optimisation fiscale, devraient certainement faire l'objet d'interventions publiques. Certains de ces sujets ont été traités dans la loi pour une République numérique<sup>30</sup>. En particulier, l'article 19 instaure une obligation renforcée d'information de la part des plates-formes à l'égard du consommateur. Cependant, ces dispositions pourraient être complétées d'une obligation de transparence à l'égard des professionnels, en particulier, concernant les procédures de référencement sur ces plates-formes.

**Recommandation 7.** Ne pas imposer de régulation économique (entrée sur le marché, type d'activité, tarification) spécifique aux plates-formes numériques. Limiter le champ de la régulation du numérique à d'autres enjeux comme la fiscalité, la protection des données personnelles, la loyauté et la transparence des algorithmes.

Toutefois, l'irruption des plates-formes numériques dans les différents secteurs de l'économie nécessite une montée en compétence des différents régulateurs dans les technologies et mécanismes de l'économie numérique. Pour adapter la régulation, les régulateurs ont besoin de personnels formés en informatique, en gestion et analyse des données, etc.<sup>31</sup>. Le métier a évolué et les compétences nécessaires pour l'exercer également. Adapter la régulation à l'innovation numérique peut aussi modifier la manière de réguler, par exemple, en utilisant la « multitude » pour faire remonter en temps réel les connaissances fines sur l'état des réseaux. La mise à disposition de l'information peut, enfin, permettre au marché, dans une certaine mesure, de s'autoréguler. Le site *monreseau mobile.fr* mis en place par l'ARCEP, fournit un bon exemple de cette nouvelle forme de régulation par la donnée. Les utilisateurs accèdent à une cartographie des couvertures géographiques des différents opérateurs, ainsi qu'à leur qualité de service. Élaborées grâce aux informations recueillies auprès des opérateurs et des utilisateurs, ces données facilitent la mobilité des consommateurs et peuvent aussi être utilisées par d'autres acteurs pour élaborer de nouveaux services.

**Recommandation 8.** Développer les compétences en outils numériques et sciences des données au sein des agences de régulation.

La répartition des responsabilités en matière de régulation – régulation amont et régulation aval, ou niveau national et européen – est appelée à évoluer en fonction de la maturation de la concurrence ou des évolutions technologiques. Les principes de ces différentes formes de régulation économique ne sont pas fondamentalement remis en cause par les technologies numériques. Cependant l'irruption du numérique amène à repenser les méthodes. ●

<sup>30</sup> Loi « pour une République numérique », n° 2016-1321, 7 octobre 2016.

<sup>31</sup> Voir Colin, Landier, Mohnen et Perrot, (2015) : *op. cit.*



**conseil d'analyse  
économique**

Le Conseil d'analyse économique, créé auprès du Premier ministre, a pour mission d'éclairer, par la confrontation des points de vue et des analyses de ses membres, les choix du Gouvernement en matière économique.

**Présidente déléguée** Agnès Bénassy-Quéré

**Secrétaire générale** Hélène Paris

**Conseillers scientifiques**

Kevin Beaubrun-Diant  
Jean Beuve, Clément Carbonnier,  
Manon Domingues Dos Santos

**Assistante de recherche**

Amélie Schurich-Rey

**Membres** Yann Algan, Maya Bacache-Beauvallet,  
Olivier Bargain, Agnès Bénassy-Quéré,  
Stéphane Carcillo, Anne-Laure Delatte, Élise Huillery,  
Étienne Lehmann, Yannick L'Horty, Philippe Martin,  
Corinne Prost, Xavier Ragot, Jean Tirole, Farid Toubal,  
Natacha Valla, Reinhilde Veugelers

**Correspondants**

Dominique Bureau, Anne Perrot

**Les Notes du Conseil d'analyse économique**

ISSN 2273-8525

**Directrice de la publication** Agnès Bénassy-Quéré

**Rédactrice en chef** Hélène Paris

**Réalisation** Christine Carl

**Contact Presse** Christine Carl

christine.carl@cae-eco.fr Tél. : 01 42 75 77 47