



Thierry Thuot

Vers un État régulateur ?

On m'a donné comme sujet « Vers un État régulateur ? ». J'ai différentes perspectives sur cette question. Je viens du Conseil d'État et je continue à y faire du droit. J'ai travaillé dans l'industrie (pour Aérospatiale) pendant six ans, puis j'ai été directeur du Fonds d'action sociale pour les travailleurs immigrés et leurs familles (Fas, devenu en 2001 le Fonds d'action et de soutien pour l'intégration et la lutte contre les discriminations), avant de travailler sur la question de la régulation des marchés de l'énergie.

Depuis quelques années, la question de la régulation a fait irruption dans la sphère publique. Tout le monde parle de régulation, mais personne ne sait vraiment ce que c'est et il n'existe pas de théorie de la régulation. À ma connaissance, il n'y a jamais eu de débat à l'Assemblée nationale sur cette question, pas plus qu'au niveau communautaire.

Il y a un malentendu de départ sur cette notion même : « *regulation* » en anglais se traduit réellement par « réglementation » en français. Il y a là un croisement fâcheux de vocabulaires dû à la manie française de « traduire » le vocabulaire anglo-saxon en le reprenant tel quel. Dans le sens où il est utilisé, le mot « régulation » n'existe pas dans le dictionnaire français.

Mais si elle ne se théorise pas, la régulation se pratique. Voyons ce qu'elle est concrètement en France.

I. La pratique française en matière de régulation

On observe qu'il existe depuis une dizaine d'années plusieurs autorités de régulation, comme la Commission de régulation de l'énergie (CRE), le CSA ou l'Autorité des marchés financiers (AMF). Ces autorités de régulation ont des caractéristiques et un mode d'action communs.

En premier lieu, ce sont des autorités administratives. En effet, la régulation relève de l'État, ce qui ne va pas nécessairement de soi. Ainsi, en Allemagne, certains veulent promouvoir l'autorégulation. Mais quand celle-ci est effectuée par une organisation privée professionnelle, on peut difficilement parler de régulation. Les autorités de régulation sont à la fois une action administrative et une autorité exécutive ; elles ne relèvent ni du judiciaire, ni du Parlement.

La deuxième caractéristique commune de ces autorités de régulation est qu'elles sont indépendantes. Bien qu'elles soient au sein de l'exécutif, elles ne répondent pas devant les ministres. Le problème est que l'on ne sait pas bien comment traiter un morceau d'exécutif irresponsable politiquement. Ces autorités de régulation sont également indépendantes vis-à-vis des acteurs concernés : le CSA est indépendant des chaînes de télévision. Il n'a aucun intérêt particulier à ce que les choses se passent bien ou mal ou à ce que les électeurs soient satisfaits, du moins, dans ses statuts.

La troisième caractéristique des autorités de régulation est la spécialisation. Dans les faits, en raison du fonctionnement de toute politique gouvernementale, toutes les administrations sont généralistes

et doivent tenir compte de la totalité de la politique gouvernementale. Mais un régulateur a une seule mission et l'interdiction absolue de tenir compte d'autres intérêts. Cette spécialisation est essentielle pour comprendre la fonction du régulateur : grâce à elle, il a une vision très claire de l'objectif à accomplir, sans tenir compte d'autres considérations, politiques par exemple. S'il doit réguler les prix de l'électricité, par exemple, il ne s'occupe que de cela.

La quatrième caractéristique est que, dans une même autorité, on retrouve toute la gamme des pouvoirs : expertise, surveillance et exécution. Chaque autorité de régulation a toute la compétence sur un secteur donné, tout comme les acteurs concernés, à savoir les entreprises, concentrent toutes les compétences dans leur domaine d'action. Il n'y a donc pas de morcellement dans la chaîne de production et d'application des modes de régulation.

La cinquième caractéristique est que les autorités de régulation recourent à une méthode particulière, qui se fonde essentiellement sur une expertise technique. Les autorités de régulation ont le même niveau de compétence que les acteurs régulés, le même langage technique, ils travaillent dans la transparence (il n'y a pas de secret des délibérations) et la concertation : il n'y a jamais de moment précis où la décision est prise, pas d'avant - après de la régulation comme la publication au Journal officiel pour un décret ; il y a simplement des suggestions sur une façon de faire ensemble et on corrige ensemble sur une base d'expertise partagée.

Ce mode de fonctionnement commence à se développer dans des secteurs comme l'audiovisuel (CSA), les marchés financiers (AMF), le marché de l'électricité (CRE), qui ne relèvent plus du tout de l'État. Il n'existe par exemple plus de direction générale des télécoms, ce domaine relevant maintenant de l'ARCEP (Autorité de régulation des communications électroniques et des postes). On assiste à un basculement de pans entiers de l'administration centrale vers les autorités de régulation.

On fait à ces autorités de nombreux procès, mais ces critiques sont souvent infondées.

La première critique est qu'elles manquent de légitimité démocratique et qu'elles sont gérées par des bureaucrates ivres de pouvoir. Par exemple, lors du débat sur la privatisation de Suez - GDF, certains parlementaires ont reproché à la CRE son manque de légitimité. Dans les faits, les autorités de régulation ont une réelle légitimité qui vient du législateur. Leur existence est exigée par des textes réglementaires européens, mais le parlement peut décider de les supprimer à tout moment, s'il le souhaite. C'est, en fait, la même légitimité que toutes les administrations françaises.

On reproche également à ces autorités leur soi-disant manque de responsabilité politique, ce qui est faux. Elles sont sous contrôle juridictionnel, comme on l'a vu, il y a quelques années, lorsque certaines procédures d'action de la Cob ont été jugées non conformes à la Convention européenne des droits de l'homme par la Cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. En outre, ces autorités sont responsables vis-à-vis de leur marché, et, si elles manquent de compétence, elles peuvent perdre toute crédibilité.

À l'inverse, il y a aussi des dithyrambes excessifs vis-à-vis de ces autorités de régulation. Je ne dirai pas, comme certains, que la régulation est l'avenir de l'État. C'est une des façons d'agir de l'État qui émerge, mais ce n'est certainement pas le seul mode d'action de l'État. Ce n'est pas davantage la forme ultime du libéralisme. Les considérations idéologiques ne sont, certes, pas absentes de la notion de régulation, qui repose en partie sur l'économie de marché et le désir d'assurer une concurrence pure et parfaite, mais c'est aller trop loin que de dire que la régulation est l'avenir du monde. C'est un pas à ne pas franchir, un mirage.

II. Quel est l'avenir de la régulation ?

J'ai plusieurs préoccupations, ou, plutôt, des interrogations inquiètes sur cette question.

La première est que, derrière l'idée de régulation, on retrouve l'idée que l'État devrait se limiter à fixer les règles, à jouer un rôle normatif d'arbitre, rien de plus. Selon cette conception, le cadre légal, concernant l'électricité ou l'audiovisuel, par exemple, est fixé par le législateur, et l'autorité de régulation fait les normes et contrôle leur application, sans que l'État joue un réel rôle dans tout cela. C'est une conception très limitative du rôle de l'État. Il ne faut pas oublier que l'État doit agir, mener des politiques, et que vouloir borner son action de la sorte relève d'un choix idéologique.

La deuxième interrogation inquiète est que l'État serait presque superflu. Si les acteurs jouent bien et respectent les règles, on pourrait se passer de l'État. Mais les sociétés modernes peuvent-elles se contenter d'un État qui pratique le *benign neglect*, d'un simple observateur qui n'interviendrait qu'en cas de pathologie grave ?

Ma troisième interrogation inquiète renvoie à la déclaration des Droits de l'homme de 1789, placée sous le regard de l'Être suprême. On a parfois l'impression que la régulation aurait trouvé un Être suprême, un marché parfait où tout fonctionnerait selon une concurrence parfaite. Par exemple, avant la mise en place de la CRE, les tarifs de l'électricité étaient fixés par les députés, des intérêts locaux et d'autres considérations politiques. Le fait de passer à une tarification indépendante des intérêts politiques est une bonne chose. Mais si on ouvre totalement ce marché, il ne se passera rien, il n'y aura aucune initiative privée, simplement parce que le marché de l'électricité n'est pas rentable en soi, pas plus que les chemins de fer, les ports ou les aéroports. C'est l'État qui les a rendus rentables en construisant les infrastructures indispensables et en faisant toutes sortes d'investissements. Il ne peut pas y avoir de marché sans État pour construire à fonds perdus les infrastructures essentielles au fonctionnement du pays. L'État fait, certes, des erreurs, mais son action est indispensable.

Cela ne signifie pas pour autant qu'il faut jeter la régulation à la poubelle. Elle peut jouer un rôle important.

III. Les apports de la régulation

Reconnaître la fonction régulatrice revient à reconnaître l'existence d'une sphère publique non afférente à des intérêts individuels. C'est, certes, l'irruption du libéralisme, mais c'est aussi la reconnaissance d'une sphère publique à laquelle tous les acteurs du marché doivent se référer.

En deuxième lieu, la régulation oblige l'État à sortir de la fausse sphère universelle de l'intérêt public. Les infrastructures essentielles, comme les chemins de fer, doivent être utilisées de façon égale et l'État joue un rôle indispensable en la matière. Mais la régulation a obligé à sortir de l'idée que l'intérêt public fait tout. Elle oblige à s'interroger sur ce que le service public fait bien et sur ce que le marché fait bien. Le réseau public d'électricité est un service public essentiel, mais la télévision ne l'est pas forcément. Cette réflexion sur ce qui relève de la régulation pousse à sortir d'une conception pure du service public et à en revenir à ce que l'État doit faire pour que la société puisse vivre, ce qui ne rend pas nécessaire qu'il soit présent partout.

Le troisième apport de la régulation est l'idée que plusieurs légitimités puissent coexister. En France, on reconnaît traditionnellement la légitimité des parlementaires, celle des hauts fonctionnaires..., mais on reconnaît moins la légitimité associative, par exemple. La régulation fait coexister différentes légitimités, qui viennent des associations de consommateurs, de l'expertise, du service public, et mène la concertation pour trouver un équilibre.

Le dernier apport tient au fait que les autorités de régulation sont de petites autorités, peu coûteuses. L'AMF, qui compte seulement 110 personnes, a réussi à faire de la place de marché de Paris une réussite, parce qu'elle a une idée très claire de sa mission. C'est un exemple dont pourraient s'inspirer les administrations sectorielles : une mission claire, un étalon de référence du succès de la mission, des objectifs simples et des méthodes claires pour les atteindre.

Discussion

Gilles Coffin : Y a-t-il, selon vous, en France des champs d'action où des organes de régulation pourraient être créés et sont empêchés d'exister par l'administration ?

TT : au niveau européen, on a tendance à penser que la régulation indépendante est indispensable pour tout secteur s'ouvrant à la concurrence. Mais il existe aussi des secteurs où, sans qu'il soit question d'ouverture à la concurrence, on pourrait avoir des règles simples d'implantation des services publics, comme les postes et les écoles, et un arbitre appliquant ces règles de façon transparente, sans bisbilles ni inégalités. On vient de transférer aux régions la compétence sur le transport des voyageurs, ce qui n'est pas nécessairement le bon niveau. On pourrait imaginer la création d'une agence interrégionale de transports. Mais tout fonctionnaire d'une administration centrale est normalement hostile au départ à la création d'une autorité de régulation, parce que cela signifie qu'une nouvelle compétence échappe à l'administration centrale.

Jean-François Savy : vous avez mentionné le fait que c'est l'État, et non le marché, qui investit dans les infrastructures essentielles, parce qu'elles ne sont pas rentables. On voit ce problème avec EDF aujourd'hui. L'Europe a exigé l'ouverture au marché, mais qui assurera les missions de service public d'EDF, par exemple l'accès à l'électricité de certaines zones rurales. Ce service public n'est pas rentable, mais il est nécessaire.

TT : j'admets que le débat est biaisé : il n'est pas nécessairement entre public et privé. L'ouverture à la concurrence était exigée par la Commission. Cela ne rend pas nécessaire la privatisation d'EDF. On aurait très bien pu séparer les réseaux électriques et les fonctions commerciales. Au nom d'une conception ancienne du service public, on n'a pas privatisé, mais tout cela a entraîné une certaine confusion : le producteur d'électricité affirme qu'il est toujours un service public, mais il veut faire des profits, et, parce qu'il est en voie de privatisation, il ne veut pas assumer les charges d'implantation dans certaines régions.

Q : Le problème est qu'on n'a pas bien défini les missions de service public d'opérateurs comme La Poste.

TT : il existe aujourd'hui un schéma communautaire dominant. La Commission a observé que l'on avait tout privatisé en Grande-Bretagne dans les années 80 et que cela fonctionnait bien. Mais elle en a déduit que c'était la privatisation qui avait fonctionné, ce qui n'est pas nécessairement le cas. En ce qui concerne La Poste, je reste sceptique sur le fait que l'on puisse plaquer partout le modèle de l'industrie de réseaux. Le schéma du marché de l'électricité ou du gaz est plaqué sur un service social qui n'est pas de même nature.

Q : en ce qui concerne les chemins de fer et l'aménagement du territoire, le TER est confié aux régions.

TT : ce n'est pas la même logique : il y a une séparation entre le transport et les rails.

Q : lorsqu'il y a une telle organisation, quelle forme prend la responsabilité de ces autorités de régulation par rapport aux acteurs ?

TT : les organisations des autorités de régulation sont très variables : elles ont une taille différente, un recrutement différent et des règles déontologiques différentes. En général, elles réunissent cinq à neuf personnes, avec des règles déontologiques fixées non par le législateur, mais par le régulateur lui-même, avec un souci très fort de les appliquer, parce que le régulateur doit être insoupçonnable. Il y a, par exemple, des exigences très strictes pour la prise de parole publique. Ce qui est frappant, en France, c'est que la nomination des autorités de régulation reste très technocratique. Aux États-Unis, il est impensable qu'il n'y ait pas au moins un syndicaliste. Elles comportent généralement un technocrate, un syndicaliste et un représentant d'associations de consommateurs.

Q : dans la mesure où les marchés du rail ou de l'énergie deviennent européens, peut-on imaginer un régulateur européen ?

TT : oui, mais ces marchés sont surtout européens sur le papier. En matière d'électricité, il existe encore des frontières et des différences physiques selon les pays. La situation est à peine meilleure en matière de chemins de fer. On pourrait envisager un régulateur européen, mais cela poserait le problème du rapprochement par rapport au consommateur. Il serait peut-être plus pertinent de s'interroger sur un régulateur régional ou interrégional. Cela peut en tout cas se discuter. Aujourd'hui, en matière de régulation des autorisations de produits de santé et de mise sur le marché de médicaments en Europe, il existe des agences, qui sont un peu des autorités de régulation, qui jouent un rôle de police.

Q : lors de la mise en place de régulateurs, par exemple pour les télécommunications ou l'énergie, on a l'impression que l'on fixe des conditions draconiennes à l'opérateur historique, qu'on le met à genoux pour faciliter l'entrée de concurrents sur le marché.

TT : Cela dépend des cas. En termes d'énergie, l'opérateur historique n'est pas l'ennemi du régulateur. Mais celui-ci fixe des limites et oblige cet opérateur historique à partager les infrastructures qu'il a mises en place et dont il a supporté le coût. Mais si on va trop loin dans cette démarche, le régulateur risque de faire de l'opérateur historique non un concurrent comme les autres, mais un obstacle. Ainsi, l'ART est allée trop vite et trop fort au début, sans toujours avoir les compétences techniques. Les choses peuvent évidemment mal se passer parce qu'on s'y prend mal avec l'opérateur historique. En ce qui concerne le marché de l'énergie, la CRE s'y est mieux pris.

Q : y a-t-il des éléments d'évaluation sur la qualité du travail du régulateur et sur celle du service public ?

TT : le service public a des évaluateurs. Mais le travail des régulateurs ne fait malheureusement pas l'objet d'une évaluation objective et régulière, ce qui serait souhaitable. Un contrôle parlementaire serait une bonne idée. Il existe cependant une évaluation de fait : par exemple, on peut constater que l'AMF fonctionne bien puisque la place du marché de Paris attire les investisseurs. Mais il y a un risque de captation par les acteurs, ce qui rend nécessaire un deuxième critère d'évaluation, en plus de l'efficacité de l'action : l'impopularité par rapport aux acteurs. On peut considérer qu'une autorité de régulation est efficace lorsque le marché sur lequel elle agit fonctionne bien et lorsque tous les acteurs qu'elle régule en sont un peu mécontents. C'est le cas de la Commission de contrôle des assurances.

Mari-Noëlle Jego-Laveissière : les objectifs des régulateurs ne sont pas toujours clairs. Par exemple, en introduisant l'exigence de concurrence dans les renseignements téléphoniques, on a brouillé la situation. Il y a trop de numéros, personne n'y comprend rien et les gens recourent beaucoup moins aux renseignements téléphoniques. Cela ne correspondait à aucune nécessité réelle, mais simplement à un dogme, qui est celui de la concurrence.

TT : ce n'est pas la faute du régulateur. C'est la faute de l'État qui a accepté, à Bruxelles, l'exigence de mise en concurrence des renseignements téléphoniques. Cela s'est fait pour des raisons idéologiques acceptées par les gouvernements de droite comme de gauche. Il y a bien eu un consensus de la classe politique sur ce point. Les hommes politiques, y compris les hommes politiques français, sont allés plus loin en la matière que la Commission ne le demandait. La seule solution pour tenter d'éviter de telles décisions est de fonder un parti politique et de chercher à penser les choses.

Il faut aussi tenir compte d'une tendance actuelle : l'appel général des citoyens pour que l'État prenne les choses en charge via une norme. Par exemple, lors de l'incendie du centre équestre qui a causé la mort de plusieurs adolescents, la presse et l'opinion publique ont demandé plus de normes et de contrôles, notamment en matière de sécurité des bâtiments accueillant des enfants. On a donc fait passer un décret. Ce n'est pas l'État qui a voulu cette judiciarisation, mais l'opinion publique. Elle reproche à l'État d'être trop présent et, en même temps, elle demande des normes pour que tout ait une réponse juridique possible. En tant qu'ancien régulateur, j'estime qu'il reste des espaces pour l'action collective. Mais l'accusation abstraite d'« eux » (l'État, Bruxelles) est trop facile quand on n'agit pas en tant que citoyen.

Pierre Veltz : vous avez pris comme critère discriminant la question des infrastructures essentielles. Pour certaines d'entre elles, il faut des investissements très lourds, qui ne sont donc pas rentables et sont pris en charge par l'État. Mais cette distinction s'estompe aujourd'hui : on voit apparaître des outils qui deviennent essentiels pour le fonctionnement de nos sociétés, comme Internet, sans que cela résulte d'un investissement public.

TT : cela montre l'imperfection des doctrines économiques. En ce qui concerne le rôle de l'État, elles s'appliquent souvent jusqu'aux années 50. Qu'est-ce qu'une infrastructure essentielle dans l'État actuel ? Peut-on considérer que les caisses de sécurité sociale en sont une ?

Pierre Veltz : cela relève en fait d'une conception très physique de l'infrastructure essentielle, alors qu'il existe des choses essentielles qui n'ont pas été créées par des investissements publics physiques.

TT : je suis d'accord. Il y a vingt ans, qui aurait imaginé que l'État pourrait exister sans contrôler la monnaie ? Or, il fonctionne bien depuis la mise en place de l'euro. Il faut mener de nouvelles réflexions sur le rôle de l'État, son action, son articulation avec la société civile et sur la légitimité de l'action publique.

Patrick Le Galès : j'aimerais revenir sur le fait que les gens veulent plus de normes. C'est vrai. Mais, quand on leur demande s'ils font plus confiance à un ministère ou à une agence, ils préfèrent l'agence.

Par ailleurs, je pense qu'il existe déjà beaucoup de réflexions des économistes sur la question de la régulation. D'une certaine façon, la régulation est en partie le triomphe des économistes.

Enfin, les réflexions sur cette question devraient davantage prendre en compte l'Europe. On court le risque que les agences de régulation nationales deviennent simplement des filiales d'agences européennes.