



HAL
open science

La régulation

Bruno Deffains, Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Bruno Deffains, Thomas Perroud. La régulation. Le droit économique au 21e siècle, 2021. hal-03119541

HAL Id: hal-03119541

<https://hal.science/hal-03119541v1>

Submitted on 10 Feb 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La régulation

Bruno DEFFAINS et Thomas PERROUD

Professeurs à l'Université Panthéon-Assas

Réfléchir à la régulation dans un projet sur le droit économique au XXI^e siècle invite à mettre en perspective les transformations que nous avons connues pour réfléchir d'emblée aux impensés de cette régulation. La régulation s'est présentée, notamment à partir des années 2000, comme un dogme. La doctrine juridique n'a pour l'instant pas fourni de discours critique de cette notion, trop occupée qu'elle a été pendant de nombreuses années à chercher à identifier les contours de cette notion pour en faire une notion juridique et en décrire le régime¹. L'économie, de son côté, a fourni des soubassements théoriques² et idéologiques³ aux réformes. Les autres sciences sociales se sont très peu emparées jusqu'à présent. Il faut signaler toutefois un changement à cet égard, puisque les politistes ont manifesté récemment un intérêt pour cet objet. Antoine Vauchez a en effet dirigé une recherche d'ampleur sur les agences, financée par la Mission de recherche Droit et Justice, qui s'est

-
1. L. BOY, « La fonction de régulation de l'Autorité de régulation des télécommunications (réflexions contributives à la notion de régulation) », in rapport intermédiaire au GIP « Droit et Justice » du ministère de la Justice, juill. 1999 ; L. BOY, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », *D.* 2001, chron., p. 3031 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », *D.* 2001, chron., p. 613 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », *D.* 2004, p. 126 ; G. MARCOU, « La notion juridique de régulation », *AJDA* 2006, p. 347 s. ; G. MARCOU, « Régulation et service public – Les enseignements du droit comparé », in *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, t. 1, *Comparaisons et commentaires*, p. 60. V. aussi la thèse de R. RAMBAUD : *L'institution juridique de régulation (Recherches sur les rapports entre droit administratif et théorie économique)*, L'Harmattan, Logiques juridiques, 2012. V. aussi A. SÉE, *La régulation du marché en droit administratif : étude critique*, thèse dactyl., Université de Strasbourg, 2010.
 2. On pense ici aux travaux sur la tarification et la régulation incitative, notamment initiés par Jean-Jacques Laffont et Jean Tirole. V. en ce sens J.-J. LAFFONT et J. TIROLE, *A Theory of Incentives in Regulation and Procurement*, MIT Press, 1993.
 3. Les références à Hayek, à la théorie de la capture du régulateur sont nombreuses dans le débat public.

traduite par la publication d'un rapport⁴ et d'un livre sur la « Politique de l'indépendance »⁵. Autrement dit, un discours critique commence à émerger. L'approche que nous voudrions proposer ici s'inscrit dans cette ligne émergente. En effet, inviter un économiste et un juriste à réfléchir sur la régulation impose en effet de confronter cette notion à la réalité et donc de tenter d'établir une sorte de bilan de la régulation. C'est ce que nous souhaitons entreprendre ici. Pour cela, il nous faudra au préalable tenter de définir ce que l'on entend par régulation pour essayer de comprendre le phénomène que nous voudrions saisir afin d'en faire un bilan critique.

Les définitions proposées en doctrine sont nombreuses et ne se recourent pas toutes. Nous voudrions ici partir d'une conception plutôt restrictive de cette notion que nous identifions à la fonction administrative de création d'un marché dans des secteurs où celui-ci ne peut émerger tout seul en raison de l'existence d'un monopole naturel⁶. Par extension, on peut remarquer que la régulation se justifie le plus souvent par la volonté de corriger une défaillance de marché. La question des rendements d'échelle croissants qui contribue à expliquer l'existence de monopoles naturels constitue un point d'entrée parmi d'autres puisqu'il conviendrait de considérer également les externalités, les biens publics ainsi que les asymétries d'information pour aborder la régulation dans une perspective économique globale. Nous entendons néanmoins nous concentrer sur la problématique de la régulation lorsque son objet est l'ouverture à la concurrence dans des secteurs caractérisés par une tendance au monopole naturel. Autrement dit, il s'agira principalement de réfléchir de façon critique à l'ouverture à la concurrence des services publics en réseau. Les réflexions critiques dans ce domaine sont peu nombreuses, ce qui nous permettra d'envisager certaines pistes de réforme. Un prolongement possible concerne d'autres secteurs qui sont eux aussi traditionnellement régulés mais plutôt pour corriger d'autres défaillances, en particulier les professions dites « réglementées », partant du constat de l'existence d'asymétries informationnelle entre les professionnels et leurs clients. Le point commun tient au fait que pour ces professions, la tendance est également une ouverture croissante à la concurrence⁷.

4. A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, Registres de Justification et Formes d'Autorité Politique des Agences de Régulation en France*, Mission de recherche Droit et Justice, sept. 2019 (disponible en ligne sur le site de la Mission).
5. B. FRANÇOIS, A. VAUCHEZ (dir.), *Politique de l'indépendance, Formes et usages contemporains d'une technologie de gouvernement*, Presses universitaires du Septentrion, 2019.
6. V. T. PERROUD, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, Dalloz, Nelle Bibl. thèses, t. 127, 2013.
7. On pense en particulier au rôle de l'Autorité de la concurrence qui est associée depuis 2015 à la régulation de certaines professions réglementées juridiques, sa mission étant de « participer à la mise en œuvre d'une réforme qui modernise ces professions tout en veillant à préserver la viabilité économique des offices existants ».

Même si nous adoptons une conception restrictive de la régulation, les régulateurs français appartenant à la catégorie institutionnelle des autorités administratives indépendantes ou publiques indépendantes, nous ferons parfois des excursions dans d'autres domaines comme celui de la régulation des professions réglementées ou de la régulation financière par exemple.

Nous voudrions donc mettre en évidence d'abord la crise actuelle de la régulation (§ 1), ensuite ses impensés (§ 2), pour enfin tenter de dresser certaines pistes de réforme de nature à assurer une régulation dans l'intérêt global de la société (§ 3).

§ 1. Une crise de la régulation indépendante ?

Le modèle de la régulation indépendante, tel qu'il s'est imposé depuis les années quatre-vingt, est en crise. Plusieurs indices, nous semble-t-il, plaident en faveur de la conclusion que nous entrons peut-être dans une nouvelle ère, le populisme s'attaquant frontalement à ce modèle.

Les premiers indices concernent les premières de ces autorités indépendantes : les banques centrales. Le travail théorique sur l'indépendance a d'abord concerné ces entités, que Milton Friedman a justifiées à partir de l'argument de la stabilité des anticipations⁸. Or, la banque centrale américaine est aujourd'hui grandement menacée du fait de ses relations avec le gouvernement américain sous l'ère du président Donald Trump. En Europe, dans un tout autre ordre d'idées, et pour de tout autres raisons, l'initiative de chercheurs autour de Thomas Piketty d'un Parlement de la zone euro va dans le sens d'un accroissement de la légitimité démocratique de l'action de la Banque centrale européenne tout en remettant en question le principe de l'indépendance vis-à-vis du politique⁹. Ne faut-il pas en outre interpréter la nomination de Christine Lagarde, qui n'est pas économiste de formation, à la tête de la Banque centrale européenne, comme un changement d'époque ?

En Turquie, le président Recep Tayyip Erdogan, qui a fait son élection en 2018 en promettant de reprendre à son compte la nomination des personnalités en charge de la politique économique, a placé un proche au poste de responsable de la politique économique et a, dès son élection, limogé le directeur de la banque centrale afin de faire pression pour une augmentation des taux d'intérêt.

8. « The device of an independent central bank embodies the very appealing idea that it is essential to prevent monetary policy from being a day-to-day plaything at the mercy of every whim of the current political authorities » (« Should There Be an Independent Monetary Authority? », in L. B. YEAGER (ed.), *Search of a Monetary Constitution*, Harvard University Press, 1962, p. 177-178).

9. S. HENNETTE-VAUCHEZ, T. PIKETTY, G. SACRISTE, A. VAUCHEZ, *Pour un traité de démocratisation de l'Europe*, Seuil, 2017.

Les exemples sont multiples à l'échelle de la planète. On le voit également en Inde, qui a vu le directeur de la Banque centrale démissionner après une tentative de reprise en main par le pouvoir. Aux États-Unis, terre d'élection de la forme même d'autorité indépendante au XIX^e siècle, celles-ci font l'objet d'une reprise en main par le pouvoir en place, à l'image de la désignation d'un président connu pour ces prises de position climatosceptiques à la tête de l'agence de l'environnement.

Les autres champs de la régulation indépendante sont aussi concernés. En France même, ne faut-il pas interpréter la nomination d'un préfet à la tête de la Commission de régulation de l'énergie dans ce sens ? De même que deux lois, dont une organique, sont venues établir un cadre pour limiter la prolifération des autorités indépendantes, et notamment lutter contre les conflits d'intérêts¹⁰. En somme, des signes forts existent montrant que ce modèle manifeste des marques d'essoufflement.

§ 2. Les impensés de la régulation

À partir des années quatre-vingt, avec la régulation, la concurrence devient un objectif à part entière du droit des services publics, alors même qu'il en avait été progressivement banni. Ce changement de conception est très visible dans la jurisprudence du Conseil d'État. Le Conseil avait imposé la protection du service public municipal dans les années trente, en faisant du monopole le mode de gestion obligatoire des services publics locaux avec l'arrêt *Société des autobus antibois* (en empêchant donc les municipalités de conclure un second contrat de délégation de service public)¹¹. On trouve la jurisprudence inverse aujourd'hui, puisque dans un arrêt de 2004, Département de la Vendée¹², sur une question de bac, de navette reliant l'île d'Yeu au continent, le juge affirme que la puissance publique ne peut

10. LO n° 2017-54, 20 janv. 2017, relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes ; L. n° 2017-55, 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

11. CE, 29 janv. 1932, *Société des autobus antibois*, DP 1932, III, 60, concl. LATOURNERIE, note BLAEVOET, S. 1932, 111, 65, note P. LAROQUE.

12. CE, 30 juin 2004, *Département de la Vendée*, AJDA 2004, p. 2210, note S. NICINSKI, et p. 2309, note N. CHARBIT ; RJEP 2004, p. 487, concl. COLLIN ; RLC 2004/1, p. 50, note S. DESTOURS ; JCPA 2004, n° 1712, note M.-Ch. ROUAULT : "(...) si ces mêmes collectivités et personnes morales publiques ne sont autorisées par aucune disposition législative à consentir aux entreprises chargées d'un service public de transport maritime le monopole de l'utilisation des ouvrages portuaires et, dès lors, en l'absence de circonstances exceptionnelles à réserver à ces entreprises l'exclusivité de l'accès aux installations portuaires, il leur appartient, dans des limites compatibles avec le respect des règles de concurrence et du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, d'apporter aux armements chargés d'un tel service public l'appui nécessaire à l'exploitation du service et, le cas échéant, de leur accorder des facilités particulières pour l'utilisation du domaine public".

établir un monopole sur le domaine public que dans des « circonstances exceptionnelles ». De même, le juge administratif impose à l'Administration de respecter la concurrence dans l'attribution d'un contrat public¹³, dans les actes de gestion du domaine public¹⁴ ou dans l'édition d'actes de police administrative¹⁵ lorsque ceux-ci ont un effet sur le marché. La concurrence est donc devenue un objectif à part entière dans l'ensemble de l'action publique. Même s'il faut bien reconnaître que la portée de cette jurisprudence en droit administratif est purement symbolique, l'entrée de la concurrence comme objectif principal des politiques publiques a profondément bouleversé ces secteurs ainsi que la société française dans son ensemble.

Nous voudrions ici mettre en évidence plusieurs éléments : la multiplication des objectifs a fortement dilué les missions de service public et la concurrence est devenue en réalité un objectif prioritaire (A). Or, la concurrence n'est pas nécessairement synonyme d'intérêt général comme on le montrera à partir de quelques exemples (B). La concurrence change en outre profondément le service public en mettant de côté, notamment, le principe d'égalité (C). Enfin, nous voudrions mettre en évidence un aspect moins discuté, à savoir le coût humain de l'irruption de la concurrence dans les services publics puisque le contentieux impliquant les dirigeants de France Télécom a bien montré que l'irruption de la concurrence a imposé un changement radical dans ces entreprises (D).

A. La multiplication des objectifs et la dilution du service public

La notion de régulation fut définie par Marie-Anne Frison-Roche et Gérard Marcou comme la conciliation de l'ouverture du marché avec d'autres objectifs de politiques publiques. Aujourd'hui, la régulation s'est grandement complexifiée. Les objectifs de la régulation des services publics sont aujourd'hui multiples et contradictoires.

Les services publics doivent intégrer l'impératif de concurrence, dont nous verrons qu'il met en danger les autres impératifs du droit des services publics et notamment le principe d'égalité. Ils doivent aussi, et c'est un changement majeur, dégager de la richesse pour les actionnaires car nombre d'entreprises publiques sont maintenant sur les marchés financiers. L'État est d'ailleurs dans une position ambiguë à cet égard puisqu'il est à la fois régulateur et actionnaire et ces deux rôles ne sont pas forcément alignés. La régulation doit aussi intégrer la contrainte environnementale,

13. CE, 3 nov. 1997, n° 169907, *Société Million et Marais*.

14. CE, sect., 26 mars 1999, n° 202260, *Société EDA*.

15. CE, avis, 20 nov. 2000, n° 223645, *Société L&P Publicité Sarl*.

qui est devenue majeure. De surcroît, ces services sont bien souvent le support de droits fondamentaux (droit à l'eau, à l'énergie, pluralisme, continuité des services publics) et, pour utiliser les termes d'Amartya Sen et Marta Nussbaum, dont les travaux ne sont pas suffisamment discutés dans le domaine des services publics, ils sont essentiels au développement des capacités humaines¹⁶. À ces objectifs, il faut encore ajouter la réalisation de l'intégration européenne. On pourrait enfin ajouter le développement de l'innovation.

Or, ces objectifs ne sont pas forcément alignés les uns avec les autres, on le disait. La dilution du service public avec la multiplication des objectifs semble être aujourd'hui un problème majeur et ce d'autant plus que la révolution digitale impose des transformations profondes dans la gestion des industries de réseaux à l'image de la distribution d'électricité (lignes virtuelles, smart grid, autoproduction,...) dont les conséquences sur le service public ne sont encore bien nettes.

On peut donc légitimement se demander si la multiplication des objectifs de la régulation (explicites et implicites car la valeur actionnariale n'est pas un objectif inscrit dans la loi) ne rend pas proprement impossible la gouvernance de ces secteurs dans l'intérêt général. Il faudrait très certainement hiérarchiser ces objectifs en fonction des secteurs pour avoir des politiques plus lisibles. En tout cas, comme nous l'avons montré pour ADP, il semble très difficile de poursuivre une politique environnementale dans un contexte de privatisation et d'ouverture à la concurrence¹⁷.

De façon générale d'ailleurs, il apparaît que l'ouverture à la concurrence est le principe prioritaire de la régulation depuis les années quatre-vingt au regard duquel tous les autres objectifs ont dû céder. Or, comme nous voulons le mettre en évidence à partir d'une étude de cas, cet objectif n'est pas forcément aligné avec l'intérêt général.

B. La concurrence et l'intérêt général

Les évaluations économiques globales de la régulation manquent malheureusement. Cependant, des études portant sur certaines décisions structurantes existent et permettent de montrer que, ponctuellement en tout cas,

16. A. SEN, *Commodities and capabilities*, Amsterdam: North-Holland, 1985 ; NUSSBAUM and SEN (eds.), *The Quality of Life*, Clarendon Press, 1993.
17. B. DEFFAINS, T. PERROUD, « La privatisation d'ADP introduit un nouvel acteur qui sera opposé à toute évolution des politiques environnementales », *Le Monde*, 26 févr. 2019. V. aussi notre article : « La privatisation d'Aéroport de Paris et l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 : Aéroport de Paris est un monopole de fait ! », *Blog Jus Politicum*, 29 janv. 2019 (disponible ici : <http://blog.juspoliticum.com/2019/01/28/la-privatisation-daeroport-de-paris-et-laline-9-du-preambule-de-la-constitution-de-1946-aeroport-de-paris-est-un-monopole-de-fait-par-bruno-deffains-et-thomas-perroud/>).

l'objectif de concurrence a fait de la régulation un dogme, pour ne pas dire parfois une idéologie.

Le fondement de la politique de la concurrence est en effet la théorie microéconomique du bien-être (*Welfare Economics*) selon laquelle une économie de marchés concurrentiels doit permettre de promouvoir le bien-être maximal de la société comme l'exprime le premier théorème de l'économie du bien-être. Cette situation idéale constitue le plus souvent un « *benchmark* » sur la base duquel les mesures « régulatrices » doivent être définies.

Il est à noter que cette approche repose sur des hypothèses restrictives : pas de rendements croissants (ou alors les marchés sont contestables), pas de barrières à l'entrée et à la sortie, accès de tout entrant à la meilleure technologie, pas d'anticipation de baisse de prix par l'entreprise installée après l'entrée d'un concurrent, pas d'indivisibilité, pas d'externalités, information parfaite et donc symétrique. On admet généralement que si ces hypothèses ne sont pas respectées, on est en présence de défaillances qui rendent nécessaires des politiques de régulation dans les secteurs concernés.

Par ailleurs, il convient de remarquer que cette perspective microéconomique en termes d'efficacité des marchés pour fonder la régulation pose inéluctablement la question des relations avec d'autres objectifs de politique économique ou d'autres considérations sociales ou, plus généralement, politiques. Se pose également la question de savoir si la concurrence est un objectif en soi.

À titre d'illustration, on peut se référer au contexte de la construction européenne. Dans ce cadre, la réponse est négative dans la mesure où la concurrence est d'abord conçue comme un instrument en vue d'atteindre les objectifs ultimes de la politique économique. Le traité instituant la Communauté européenne mentionnait en effet la politique de concurrence comme un des moyens pour atteindre les objectifs généraux du traité (objectifs cités dans l'article 3 du traité : croissance durable et équilibrée, cohésion économique et sociale, taux d'emploi élevé, progrès social) : « L'action de la Communauté comporte un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur »¹⁸. On renvoie aussi à cet égard à l'article 120 TFUE : « Les États membres conduisent leurs politiques économiques en vue de contribuer à la réalisation des objectifs de l'Union, tels que définis à l'article 3 du traité sur l'Union européenne, et dans le contexte des grandes orientations visées à l'article 121, paragraphe 2. Les États membres et l'Union agissent dans le respect du principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre, favorisant une

18. Rédaction antérieure au traité de Lisbonne du 13 déc. 2007 ; reprise dans son principe par le protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence annexé aux traités.

allocation efficace des ressources, conformément aux principes fixés à l'article 119 ».

La concurrence n'est donc pas le moyen exclusif et le maintien de la concurrence ne se justifie que tant que les objectifs généraux du traité sont mieux atteints par le processus concurrentiel que par d'autres formes de contrôle comme la réglementation ou par la coopération entre agents économiques privés ou publics, surtout si la concurrence ou l'intensification de la concurrence a des effets pervers. C'est ce que les théoriciens de l'économie appellent la théorie du *second best*. Ainsi, la mise sur pied d'un cartel de crise pourrait être préférable à une concurrence exacerbée si celle-ci résulte en une course aux investissements débouchant sur d'énormes surcapacités, comme ce fut le cas par exemple dans le secteur des fibres synthétiques à partir de 1975 et dans la sidérurgie européenne durant les années 1970.

De même, les aides d'État peuvent non seulement viser à remédier aux échecs/défaillances du marché, par exemple en soutenant les investissements des PME, en subventionnant les investissements générant des externalités, notamment les investissements dans la formation et ceux ayant un effet favorable sur l'environnement, mais peuvent aussi être justifiées par un objectif de cohésion sociale ou de développement régional.

En outre, la référence à la politique de concurrence dans les premiers articles du traité traduit l'objectif du marché unique. La politique européenne de concurrence doit, par exemple, empêcher que des comportements d'entreprises ne reconstituent des barrières internes entre les pays composant l'Union européenne. Ainsi, dans le texte des articles 101 et 102 TFUE (ci-après le « traité »), une des conditions d'application est l'affectation du commerce entre les États membres, ce qui traduit bien l'objectif des premiers articles du traité. C'est cette condition d'affectation du commerce entre les États membres qui différencie les articles 101 et 102 du traité par rapport aux dispositions équivalentes réprimant les ententes et les pratiques abusives reprises dans les législations nationales de concurrence des États membres.

Il convient de souligner par ailleurs que d'un point de vue économique, la plupart des analyses sont généralement réalisées en équilibre partiel et non en équilibre général ce qui peut sembler assez paradoxal dès lors que l'on cherche à comprendre les effets des stratégies d'entreprises en termes d'efficacité, c'est-à-dire au regard de leur capacité à promouvoir ou à réduire le bien-être économique et social¹⁹.

19. La somme d'équilibres partiels la réalisation de l'équilibre général et l'allocation optimale des ressources par le marché ne signifie pas que les objectifs en termes de justice sociale et d'équité sont réalisés.

En guise d'illustration, l'importance donnée à la concurrence dans les choix publics a ainsi pu être critiquée au moment où l'ARCEP choisissait d'autoriser l'entrée d'un nouvel opérateur sur le marché²⁰. Sur le fond le débat portait sur l'évaluation de l'ensemble des effets de la réorganisation de la structure du marché²¹. La dernière étude réalisée sur le sujet montrait bien l'importance de procéder à un bilan global de la décision de l'ARCEP pour la société française : « Elle fait apparaître un bilan globalement négatif pour la collectivité. L'arrivée de Free s'est traduite par un gain annuel d'environ 1,2 milliard d'euros pour les consommateurs. Ce gain est compensé par une perte d'un montant un peu plus élevé pour les producteurs. Mais il s'accompagne d'une perte annuelle de 0,4 milliard pour les finances publiques. Au total, la décision politique prise apparaît regrettable. » Ces auteurs n'hésitent donc pas à stigmatiser l'idéologie des régulateurs : « Le cas de la téléphonie mobile fait écho aux cas de l'électricité ou du chemin de fer. Dans ces secteurs aussi, la théorie des bienfaits de la concurrence, transformée en dogmatisme de la concurrence à tout prix, est en pratique très difficile à mettre en œuvre. On essaye d'y parvenir au moyen d'usines à gaz réglementaires qui augmentent le pouvoir des administrations (que l'on prétendait réduire) et qui font finalement autant ou plus de mal que de bien. La théorie de la concurrence, c'est bien. L'analyse cas par cas, c'est mieux »²².

Cette analyse permet donc de montrer, à partir de l'étude d'un cas, à quel point les régulateurs doivent prendre en compte l'intérêt général dans leur prise de décision. Notamment le coût pour les finances publiques des décisions n'est pas pris en compte dans ce type de politique. Un récent Working Paper sur le bilan de l'ouverture à la concurrence dans le rail met aussi en évidence le coût « considérable » de cette politique pour les finances publiques. Le même travail met en évidence, comme nous le verrons plus loin pour les télécommunications, une dégradation des conditions de travail des cheminots²³.

Nous voudrions montrer à présent que, non seulement la définition et l'évaluation de l'intérêt sont des préalables indispensables, mais en plus

-
20. B. DEFFAINS, « Quand l'idéologie de la concurrence dessert l'économie », *Les Échos*, 11 juin 2012.
 21. D. THESMAR, A. LANDIER, L'impact macroéconomique de l'attribution de la quatrième licence mobile, 25 nov. 2012. Récupéré sur HEC : https://studies2.hec.fr/jahia/webdav/site/hec/shared/sites/thesmar/acces_anonyme/home/non%20academic%20articles/FreeComplete5.
 22. P.A. KOPP, R. PRUD'HOMME, « L'introduction de Free sur le marché des mobiles : essai d'analyse coûts-bénéfices ». *REP* 2014/3, vol. 124, p. 409-436.
 23. O. MALAY, L. VAN KEIRSBILCK, « Libéralisation du rail : qui va gagner, qui va perdre ? », *Discussion Paper* 2019-3, Institut de recherches économiques et sociales de l'Université catholique de Louvain.

que l'idéologie de la régulation a fait perdre de vue les objectifs sociaux du droit des services publics, principalement les principes d'égalité et de solidarité.

C. Les conséquences de la concurrence sur les principes du service public

Les usagers des services publics sont-ils les grands perdants de la régulation, du point de vue de leurs droits ? Les leviers des usagers pour influencer la régulation sont aujourd'hui limités puisqu'ils sont privés du relais politique. Certes, les régulateurs utilisent des procédures participatives, mais sont-elles aussi efficaces que les relais démocratiques de jadis ?

Ce que l'on peut dire avec certitude, c'est que la régulation n'a pas poursuivi, dans beaucoup de secteurs, un objectif d'égalité des usagers et de solidarité entre les territoires. Alors que la logique du service public mettait au centre l'égalité des usagers et donc des territoires, la logique actuelle a profondément entamé ce principe. Des territoires entiers ont été en effet relégués, oubliés par la régulation. Alors que le régulateur des communications électroniques est actuellement occupé par le déploiement de la 5 G des territoires sont encore zone grise, sans téléphonie mobile. Autrement dit, les inégalités territoriales et donc aussi entre les usagers se sont accrues, alors même que les services publics ont été jadis un agent majeur d'unification du territoire.

On retrouve la mise à l'écart des questions d'égalité dans les nouvelles formules de tarification des services publics proposés par les économistes qui ont été les plus influents pour la mise en œuvre de la régulation des services publics. On sait que le principe tarifaire de péréquation était jadis un mode de tarification important, assurant une solidarité territoriale. Ce principe, excepté dans le domaine postal, est largement abandonné.

Par exemple, dans le prolongement du modèle « Joskow-Tirole »²⁴, Jean Tirole explique qu'il faut ouvrir les marchés, les faire surveiller par des autorités *ad hoc*, et fixer des systèmes de tarification ou d'enchères. Il écarte surtout l'idée d'un conflit entre service public et concurrence à condition que la puissance publique prévoie des dispositions protégeant les plus démunis et favorables à l'aménagement du territoire, en même temps qu'elle détermine les obligations de service universel. Ce qu'il faut

24. Joskow et Tirole montrent que, si un producteur en monopole ou un acheteur unique exercent leur pouvoir de marché, ils peuvent utiliser les droits de transport de l'électricité pour accroître ce pouvoir de marché. Leur analyse suggère que les droits financiers sont en général préférables aux droits physiques : un producteur détenteur de droits physiques pourrait décider de ne pas utiliser l'ensemble de la capacité acquise pour augmenter ses profits, ce qui n'est pas possible s'il détient des droits financiers.

comprendre de ces modèles, c'est que l'ouverture à la concurrence n'est bénéfique globalement que si la puissance met parallèlement en œuvre des politiques sociales à destination des plus démunis. En l'absence de telles politiques, certains usagers peuvent être les perdants de la régulation. C'est bien ce qui s'est passé.

Enfin, nous souhaiterions ajouter la nécessité d'intégrer dans la réflexion le coût humain de certaines réformes s'inscrivant dans de nouveaux modèles de régulation, avec le contentieux impliquant les anciens dirigeants de France Télécom pour le harcèlement managérial qu'ils ont fait subir à certains employés. Les décisions des tribunaux judiciaires ont bien mis en relief les conséquences managériales de l'ouverture à la concurrence.

D. Le coût humain de l'ouverture à la concurrence

Avec le procès porté devant les juridictions pénales des anciens cadres dirigeants de France Télécom, pour harcèlement moral, on perçoit mieux à présent les conséquences humaines de l'ouverture à la concurrence et de la privatisation. Les plans mis en œuvre à l'époque, à partir de 2006, appelés NExT (Nouvelle expérience des télécommunications) et ACT (Anticipation et compétences pour la transformation), ont donc impliqué 22 000 suppressions de postes et 10 000 mobilités internes. Une grande partie de ces effectifs étant des fonctionnaires, l'entreprise mit en place des stratégies pour les forcer au départ que les juges qualifient ainsi : « une politique d'entreprise visant à déstabiliser les salariés, à créer un climat professionnel anxiogène »²⁵ dont le résultat humain est le suivant : « dix-neuf se sont donné la mort, douze ont tenté de se suicider et huit ont souffert de dépression ou été mis en arrêt de travail. » Le groupe et ses dirigeants ont été condamnés par le tribunal correctionnel de Paris le 20 décembre 2019. Voilà comment on passe d'une entreprise de service public à une entreprise privée.

Dans ces conditions, comment peut-on réfléchir à une régulation qui tienne mieux compte de l'ensemble de ces aspects, économiques, financiers, humains ?

§ 3. Pour une régulation dans l'intérêt de la société

Comment peut-on réfléchir à une régulation qui prendrait davantage en compte l'ensemble des intérêts généraux de la société ? Depuis l'ère industrielle, l'influence réciproque des modes de gouvernement des hommes par les États et par les entreprises s'est accélérée et semble avoir généré

25. Cass. crim., 4 oct. 2016, n° 16-81.200 ; Cass. crim., 5 juin 2018, n° 17-87.524.

une mutation profonde de la figure de l'État moderne qui aurait elle-même bouleversé de façon irrémédiable les modalités traditionnelles de l'action publique (la norme, la subvention, etc.) qui se trouvent désormais contestées. Entre la dénonciation répétée de l'inflation normative et la remise en cause de la rigidité supposée de la norme juridique, entre la critique du poids financier des interventions publiques jugées inefficaces et la volonté résolue de réduction des dépenses et d'utilisation plus efficiente des moyens, l'État moderne, en dépit des différentes réformes initiées depuis une cinquantaine d'années, serait ainsi profondément remis en cause et avec lui son appareil juridique et, par-là, les fondements (sécurité juridique et confiance dans la stabilité de la norme juridique...), principes (conception de l'intérêt général modifiée sous l'effet d'une approche plus fragmentée ou parcellisée, uniformité du service public remise en cause au profit d'une approche plus personnalisée...), cadres et catégories juridiques qui le sous-tendent.

Cette confrontation des normativités de l'État et du marché n'est pas nouvelle. On en trouve des traces à la fois dans les débats théoriques et dans la pratique. Dans une perspective historique, il est intéressant de constater à quel point la normativité de l'État a pu se justifier et se développer souvent comme un remède aux défauts (les « défaillances » dont parlent les économistes) de la normativité du marché. Ces défauts renvoient à toute une série de problèmes bien connus des économistes à travers les problèmes de monopole naturel, de bien public, d'asymétries d'information ou encore d'externalité, c'est-à-dire des situations dans lesquelles le système de prix ne fonctionne pas ou fonctionne mal. Il est donc pour le moins intéressant de mesurer à quel point la période récente traduit un renversement de la tendance avec un retour en force de ce qui s'apparente à une normativité de marché. On pense ici à l'élaboration et à l'utilisation de dispositifs visant à élaborer de nouveaux outils de « bonne gouvernance » qui sont autant de signaux visant à évaluer les performances des acteurs tant public que privé (c'est-à-dire en quelque sorte des valeurs et donc des « prix »). Il conviendrait toutefois de nuancer les choses dans la mesure où la normativité en question est peut-être moins celle du marché proprement dit qu'une normativité « managériale » tant elle met l'accent sur la dimension « performative » des acteurs concernés en tant qu'outil de gestion technocratique plutôt qu'une normativité basée véritablement sur des mécanismes de marché. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les logiques qui prévalent ne sont pas toutes fondées sur une analyse économique rigoureuse et approfondie puisqu'elles reposent le plus souvent sur une approche en termes de coûts comptables.

Ceci implique de disposer d'outils qui permettent de comprendre les arbitrages auxquels se trouvent confrontés les décideurs publics parmi lesquels

les outils économiques ont une place importante. En l'absence de tels outils, le risque est celui de voir les décisions relever essentiellement du « fait du prince » et donc de nous éloigner du fonctionnement satisfaisant d'une démocratie moderne. Dans ces conditions, il semble nécessaire de réfléchir aux méthodes de régulation. À cet égard, il conviendrait de généraliser l'analyse coût-bénéfice globale. Nous voudrions aussi mettre l'accent sur le problème démocratique de la régulation indépendante (A) et les moyens d'y remédier (B).

A. La décision de régulation doit prendre en compte l'ensemble des intérêts généraux

La régulation indépendante fut justifiée dans les années quatre-vingt par le besoin de mettre l'expertise au cœur de la décision publique dans ces secteurs stratégiques. L'analyse sociologique réalisée dans le rapport dirigé par Antoine Vauchez montre qu'en réalité, l'expertise n'a pas été mise au centre de la régulation, en tout cas pour les postes de direction des autorités administratives indépendantes. C'est d'ailleurs une spécificité de la France que d'avoir mis des magistrats au cœur de la régulation puisque le Conseil d'État, la Cour des comptes et la magistrature judiciaire se partagent l'essentiel des postes, le Conseil d'État se plaçant en tête²⁶ : « Le nombre de conseillers d'État, de conseillers maîtres à la Cour des comptes et de magistrats de la Cour de cassation excède en effet le pouvoir de nomination de ces instances. Chacune d'entre elles pourvoit 8 postes dans les collèges, mais on trouve au sein de la population 13 conseillers d'État, 9 conseillers à la Cour des comptes, et 10 magistrats de la Cour de cassation. Les grands corps comptent ainsi pour 40 % de la population des collèges, 27 % pour les seuls Conseil d'État, Cour des comptes et Cour de cassation. » De fait, les corps techniques, les seuls à maîtriser les méthodes d'évaluation des politiques publiques sont relégués : ils n'ont aucun pouvoir de nomination et ils sont faiblement représentés.

Mettre l'expertise au cœur de la régulation impose donc de repenser la composition des autorités indépendantes. Mais quelle expertise peut-on mettre en œuvre pour tenter de s'approcher d'un intérêt général ?

Il semble aujourd'hui nécessaire de réfléchir à de nouveaux modes de décisions qui permettent de reconstruire un intérêt général afin de prendre des décisions qui bénéficient au plus grand nombre. L'outil qui permet cela en économie est l'analyse coût-bénéfice. Il est en effet important de mettre au centre de la décision publique un outil qui permet d'agréger les coûts et les

26. A. VAUCHEZ (dir.), *Un champ de la régulation publique indépendante ? Acteurs, registres de justification et formes d'autorité politique des agences de régulation en France*, préc., p. 165.

bénéfiques d'une mesure au niveau global, et ce afin de pouvoir éviter une réflexion uniquement en termes de concurrence ou de dette²⁷. Certes, cet outil n'est pas exempt de critiques, et il faut en faire un usage raisonné car il ne permet pas de prendre véritablement en compte certains risques, notamment environnementaux²⁸. L'analyse coût-bénéfice ne permet ainsi pas de prendre bien en compte les effets futurs et même les améliorations que l'on a apportées à cette technique pour lui permettre de mieux refléter certaines incertitudes et certains effets irréversibles sont sujets au problème de l'intérêt composé²⁹.

Ce mode de raisonnement, qui justifie une action publique en fonction d'un bilan des conséquences, des coûts et des bénéfices d'une réforme, a pris forme notamment en médecine, en droit de l'environnement, ainsi qu'en finances publiques avec la Rationalisation des choix budgétaires³⁰ dans les années 1970. Mais l'histoire intellectuelle de cet instrument est beaucoup plus ancienne et mériterait d'être approfondie : le grand économiste-ingénieur Dupuis en avait théorisé toutes les

27. À ce sujet, les analyses de la Cour des comptes, par exemple, ne tentent jamais une évaluation du bien-être global que génèrent les dépenses publiques.

28. H. S. RICHARDSON, (2000). « The Stupidity of the Cost-Benefit Standard », *The Journal of Legal Studies*, vol. 29, 971-1003 ; S. ROSE-ACKERMAN, « Putting Cost-Benefit Analysis in Its Place: Rethinking Regulatory Review », *University of Miami Law Review*, 2011, 65, 335 ; R. H. FRANK, « Why is Cost-Benefit Analysis so Controversial? », *The Journal of Legal Studies*, 2000, 29, 913-930. Il existe en outre de nombreuses propositions pour l'améliorer : A. SEN, « The Discipline of Cost-Benefit Analysis », *The Journal of Legal Studies*, 2000, 29, 931-952 ; S. ROSE-ACKERMAN, « Progressive Law and Economics – And the New Administrative Law », *Yale Faculty Scholarship Series*, 598, 1988 ; A.B. ATKINSON, *Inequality: What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2014.

29. « To their defenders these techniques are a better reflection of the public interest than political bargaining outcomes or majority voting. Citizens and politicians may be based on their own short-term interests, not the longer term perspective of CBA and IA. Furthermore, misinformation and fear can distort public priorities. CBA and IA, as tools of persuasion, can help overcome the problem of irrational fear. Misinformation, however, is pervasive, and systematic analysis alone is not a sufficient response. Those who seek reelection may provide benefits that appeal to voters but have long-term social costs. To counter that bias, CBA invites policy-makers to consider the discounted value of benefits and costs over time; however, citizens may not be impressed. Furthermore, the far-distant future has little weight in a conventional CBA under any positive discount rate. Even recent developments in CBA methodology that take account of uncertainties and irreversibilities are subject to the logic of compound interest. To respond to such problems, policy analysts need to help citizens and politicians assess their obligations to future generations and to the preservation of the natural world. CBA, as a technical exercise, can help articulate the consequences of various alternatives, but it cannot resolve the normative challenges of issues such as climate change and biological diversity whose benefits and costs extend over decades and even centuries » (S. ROSE-ACKERMAN, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, France, and Germany*, à paraître).

30. P. AMSELEK, « Note sur la rationalisation des choix budgétaires », *Revue administrative* 1972, p. 425-438 et 529-535.

difficultés dès le XIX^e siècle³¹ et, récemment, Alain Supiot en a retrouvé des marques dans certains discours du mathématicien Bernoulli au XVIII^e siècle³².

L'analyse coût-bénéfice permet ainsi de dépasser une vision idéologique de la régulation pour tenter de retrouver et de chiffrer pour les mettre en balance l'ensemble des conséquences positives et négatives des choix publics. Cet instrument ne doit pas être conçu comme un moyen pour remplacer la décision politique (par le vote par exemple), mais comme un chaînon dans le processus de décision permettant d'éclairer le public et le régulateur sur l'impact global des choix de politiques publiques. L'idée n'est pas de remplacer le processus de décision majoritaire – qui de toute façon est inexistant pour les régulateurs car ce sont des autorités indépendantes – mais d'enrichir le débat démocratique et d'éclairer la décision publique.

Cet instrument peut aussi être perfectionné pour prendre en compte les effets redistributifs des mesures et donc de comprendre les effets de chaque mesure sur les différentes classes sociales. Atkinson avait ainsi proposé de mettre en balance l'objectif de concurrence avec le calcul des effets redistributifs de chaque mesure dans la proposition numéro 2 qu'il avait formulée pour diminuer les inégalités : « Proposal 2: Public policy should aim at a proper balance of power among stakeholders, and to this end should (a) introduce an explicitly distributional dimension into competition policy »³³.

Un autre exemple pour illustrer notre propos concerne la régulation dans le secteur des réglementations professionnelles. Dans tous les pays, de nombreuses professions sont réglementées, soit directement soit par délégation de pouvoirs de réglementation à des associations professionnelles. Ces réglementations régissent les conditions d'entrée dans un secteur ou accordent des droits d'exclusivité pour l'exercice de certaines activités. Elles portent aussi sur les normes et conditions de pratique, par exemple les restrictions sur la publicité, sur la possibilité de recourir à des auxiliaires ou sur les formes organisationnelles des entreprises. Le détail des réglementations diffère considérablement d'une juridiction à l'autre. Il y a aussi des différences notables entre pays dans l'éventail des professions réglementées.

Cette organisation du marché des services professionnels est très différente de ce qu'on observe habituellement dans les marchés de biens ou services. Il y a peu de secteurs, en effet, où l'on délègue à une organisation de

31. P. POINSOT, « Jules DUPUIT : CBA and Collective Choices », *NECTAR Cluster 6 and Regional Science Academy*, juin 2016, Champs-sur-Marne, France ; J. DUPUIT, « De la mesure de l'utilité des travaux publics », *Revue française d'économie* 1995, vol. 10, n° 2, p. 55-94.

32. A. SUPIOT, *La gouvernance par les nombres*, Fayard, 2015.

33. A.B. ATKINSON, *Inequality : What Can Be Done?*, Harvard University Press, 2014.

producteurs des pouvoirs relativement aux conditions d'entrée dans l'industrie ou aux pratiques permises. La notion d'autoréglementation – même encadrée par un organisme de surveillance – s'oppose donc foncièrement à celle de marché concurrentiel. Comme pour beaucoup d'interventions réglementaires, on justifie cet écart par rapport aux règles du jeu habituelles par le fait que le marché laissé à lui-même produirait des effets indésirables.

Selon l'argument standard, les « dysfonctionnements » du marché dans le cas des services professionnels sont principalement dus au fait que les utilisateurs de services n'ont pas les connaissances requises pour évaluer la qualité des prestations qui leur sont fournies ou même pour déterminer de quels services ils ont besoin. Dans un régime de concurrence non encadrée, on peut craindre que les consommateurs se voient offrir des services de qualité médiocre ou inadaptée. Ainsi, l'objectif des réglementations professionnelles est en principe d'assurer la « protection du public », c'est-à-dire de prémunir contre les préjudices physiques, psychologiques ou financiers pouvant découler de la consommation de services professionnels. De manière générale, les conditions d'entrée et les réglementations relatives aux normes de pratique ont un effet restrictif sur la concurrence et sur le mode de production ou d'organisation des services professionnels. Ces restrictions peuvent alors se traduire non seulement par des prix plus élevés pour les consommateurs – particuliers ou entreprises – mais aussi par des services moins variés et moins accessibles.

Le fait qu'une réglementation engendre des coûts de services plus élevés ne signifie toutefois pas que les consommateurs en sortent perdants. Si, en l'absence de réglementations, le marché n'offre qu'un niveau de qualité inapproprié (au sens du risque de préjudice), une intervention se traduisant à la fois par une hausse des coûts et de la qualité offerte peut parfaitement être bénéfique. Il ne suffit pas évidemment que l'intervention améliore la qualité des services offerts ; l'amélioration de la qualité doit être suffisante pour compenser la hausse des prix aux yeux des utilisateurs. Lorsque c'est le cas, il est d'ailleurs possible d'observer une augmentation de la consommation de services malgré la hausse de prix.

La question que soulèvent les réglementations professionnelles est donc celle des avantages nets qu'elles procurent d'un point de vue socio-économique. L'évaluation de ces avantages se heurte à de nombreuses difficultés, conceptuelles et factuelles. Sur le plan conceptuel, la principale difficulté tient au fait que, même en l'absence de toute réglementation, l'organisation des marchés de services complexes – comme le sont les services professionnels – s'éloigne considérablement du modèle traditionnel des marchés de concurrence. On ne peut donc opposer de façon simpliste concurrence et réglementation pour déterminer les effets des réglementations. Au

niveau factuel, une des principales difficultés tient à la mesure de la qualité des services et à l'estimation des dispositions à payer des utilisateurs pour des niveaux de qualité donnés. De ce point de vue, les études empiriques ne permettent pas de trancher dans la mesure où elles se concentrent généralement sur un aspect du problème, tantôt la mise en évidence de rentes en faveur des professionnels, tantôt la recherche d'effets sur la qualité du service offert au consommateur. On comprend bien que, selon l'angle choisi, on en vient à biaiser souvent et à adopter un point de vue normatif favorable ou défavorable à l'idée même de régulation alors même qu'une analyse rigoureuse en termes de comparaison des coûts et des bénéfices recommanderait de traiter simultanément les deux aspects comme les deux côtés d'une même pièce³⁴.

Les mesures d'allègement réglementaire ou de façon générale les mesures de libéralisation – par exemple l'extension aux professions du droit de la concurrence – ont une incidence sur le statut même des professions. Par certains côtés, le programme qui sous-tend ces mesures oppose les vertus du « marché » et de la « concurrence » aux vertus – ou aux défauts – du « professionnalisme » comme mode d'organisation de l'offre de services professionnels. Ces mesures tendent à faire en sorte que le comportement des professionnels en pratique privé se conforme plus aux pratiques commerciales habituelles, autrement dit à faire en sorte qu'il soit plus étroitement régulé par les mécanismes de marché. De même, selon ce programme, les professionnels salariés se comporteraient plus comme des salariés « normaux » soumis à un contrôle hiérarchique ou à des normes d'entreprise.

L'idée de base est ainsi d'avoir plus de concurrence et d'accorder plus de poids aux incitations financières ou commerciales, en donnant notamment au consommateur – ou selon le cas au tiers payeur ou au supérieur hiérarchique – un plus grand rôle dans la détermination des services à fournir. Sur le fond, un tel programme s'oppose donc radicalement au modèle traditionnel du professionnalisme, lequel met l'accent sur le niveau d'expertise privilégié du professionnel et l'engagement de celui-ci à l'endroit du client ou du patient en vertu de son code d'éthique.

Cette représentation traditionnelle du professionnel constitue évidemment la justification de l'autorité et de l'autonomie qui lui sont reconnues. Dans la plupart des études sur les avantages et les coûts des réglementations professionnelles, cette représentation est perçue avec scepticisme et comme relevant le plus souvent d'une entreprise de mystification au profit d'une recherche de statut ou d'avantages économiques. Malgré tout, on peut

34. V. par ex., B. DEFFAINS et D. DEMOUGIN, « Capitation Fees and the Regulation of Professional Services », *Working Paper*, 2020, CRED.

penser que cette vision est réductionniste et qu'elle néglige des phénomènes importants.

L'évaluation des avantages et des coûts d'un régime de réglementation professionnelle comprend deux volets : d'une part, un cadre conceptuel permettant d'identifier les questions pertinentes, ce qui suppose en particulier que l'on soit en mesure d'identifier les mécanismes en jeu et de comprendre les effets positifs ou négatifs possibles associés aux diverses formes de réglementation ; d'autre part, une information factuelle détaillée sur les différents marchés de services professionnels considérés.

L'expertise est un moyen crucial pour – non pas remplacer – mais enrichir le débat démocratique. Nous voudrions donc insister enfin sur le problème démocratique que pose la régulation indépendante, particulièrement dans son modèle européen.

B. Comment remédier au déficit démocratique de la régulation ?

Le problème du déficit démocratique de la régulation a plusieurs facettes. En effet, comme le relève Antoine Vauchez³⁵, la régulation est un « champ de force » que se disputent de multiples intérêts : le Parlement, le gouvernement, les entreprises régulées, les avocats, l'Administration. Le public, lui, qui pourrait être représenté dans une administration démocratique par le relais politique, est absent. L'analyse de l'AMF produite dans le rapport dirigé par Antoine Vauchez montre bien la faiblesse de la commission consultative qui représente la masse des investisseurs³⁶, position partagée par le FMI : « le FMI a d'ailleurs estimé dans une revue récente du secteur financier français que la présence des représentants des investisseurs ou des épargnants dans ces commissions n'est pas suffisante »³⁷. Autrement dit, et c'est un problème classique de l'organisation de l'action collective, les intérêts diffus sont mal représentés.

Ce problème de représentation du public est accentué par les risques de capture que génèrent les nombreux cas de conflits d'intérêts dans les agences. Le rapport dirigé par Antoine Vauchez a tenté de construire un indicateur des circulations public/privé dans les autorités indépendantes. La conclusion à laquelle parvient le rapport est plutôt encourageante puisque la place des membres des collèges venant exclusivement du public est prépondérante, 57 %, « ce qui suggère que l'État conserve une forte emprise

35. V. rapport rendu à la Mission de recherche Droit et Justice, préc.

36. V. rapport préc., p. 79 et s.

37. V. rapport préc., p. 80 ; FMI, 2013, *Financial sector assessment programme*, France, Washington, D.C.

sur les mécanismes de régulation »³⁸. Malgré tout, ce chiffre assez encourageant cache de fortes disparités : dans le domaine bancaire et financier, par exemple, ce chiffre est plus faible.

De surcroît, les chiffres ne rendent pas compte de phénomènes plus subtils de reconfiguration de l'action étatique : « Ce partage public/privé n'est donc pas entièrement satisfaisant car il ne rend pas compte de la pluralité des carrières "publiques" ou "privées", ni des lieux de croisement entre les deux. Plus que du "public", c'est donc de certaines régions de l'État qu'il faut signaler l'emprise, et plus spécifiquement, des administrations économiques, sur la régulation. Ainsi, si le pouvoir de nomination de Bercy est encadré par ses rapports aux acteurs du secteur régulé, il faut également noter que Bercy compte pour 23 des 59 passages par une direction générale ou un cabinet ministériel (dont 14 pour l'AMF, l'ACPR et l'Autorité de la concurrence), loin devant le ministère de la Justice (6) et Matignon (5). »³⁹

Les phénomènes de capture sont certainement plus subtils que la lecture en termes de conflits d'intérêts ne le laisserait supposer. C'est la force de conviction des entreprises régulées, associé à la faiblesse de l'expertise et la difficulté de représenter les intérêts diffus qui expliquent selon nous davantage les risques de capture. Même s'il ne faut pas négliger l'importance des conflits d'intérêts et l'intérêt de les encadrer, ce n'est peut-être pas la première source de capture.

Le déficit démocratique de l'action des régulateurs indépendants est peut-être un facteur important de capture. Il n'est pas facile à résoudre. La réflexion peut s'orienter dans plusieurs directions : établir une obligation de participation pour l'ensemble de l'action administrative, imposer la motivation des décisions administratives en fonction des résultats de ces consultations. Plus profondément, il semble que ces conditions, importantes, passent à côté d'un problème, qui est celui de l'activation des intérêts diffus. On a vu que les commissions consultatives sont faibles dans certains domaines de la régulation. Ceci s'explique par la difficulté de coaliser des intérêts qui ne sont que faiblement concernés par une décision, même si l'impact global est très important. Dans ce cas, il faudrait trouver des solutions publiques pour organiser la représentation de ces intérêts.

Enfin, nous voudrions évoquer une dernière difficulté démocratique qui n'est jamais évoquée, qui s'explique par le choix constitutionnel en Europe pour l'Administration indirecte. En effet, les régulateurs et la régulation dont nous parlons ici sont des administrations de mise en œuvre du droit de l'Union européenne. L'indépendance de ces autorités est protégée par

38. V. rapport préc., p. 168.

39. Rapport préc., p. 170.

les directives européennes. Or, le choix de l'administration indirecte est très fâcheux démocratiquement. L'administration indirecte confie aux administrations nationales la mise en œuvre du droit de l'Union. C'est un choix général en Europe qui s'oppose au choix américain. Aux États-Unis, lorsque le niveau fédéral crée une administration ou une nouvelle compétence, elle est forcément mise en œuvre par une administration fédérale, dans les États. En conséquence, l'administration en charge de la mise en œuvre du droit fédéral est responsable devant le Congrès américain. En Europe en revanche, les agences nationales qui mettent en œuvre le droit de l'Union dans les secteurs régulés ne sont responsables ni devant les parlements nationaux ni devant le Parlement européen. Ceci devrait être modifié. Ces administrations devraient être responsables devant le Parlement européen de la mise en œuvre du droit de l'Union. Ceci pourrait permettre de limiter leur déficit démocratique, tout en assurant une mise en œuvre du droit de l'Union dans l'intérêt général de l'Union, car rien n'exclut que ces agences ne soient en réalité plus sensibles aux données nationales qu'aux impératifs européens.

En conclusion, on voit qu'il est nécessaire aujourd'hui de commencer à nourrir un discours critique sur les agences. Ce discours ne doit pas permettre d'alimenter des arguments populistes, mais de perfectionner le schéma de régulation, afin de rendre la fourniture des services publics plus conforme à l'intérêt commun de la France et de l'Europe. Pour cela, une réflexion sur l'expertise, et la légitimité démocratique des actions des régulateurs est essentielle.