

RENDEZ-VOUS DES ANNALES DES MINES

Session du 9 décembre 2004

Qui régule les régulateurs ?

Avec la participation de

Marie-Anne Frison-Roche, Professeur de droit, IEP de Paris

Catherine Guaino, Directeur adjoint, Gaz de France

Dominique Roux, Membre du collège de l'ART

M. Percebois, Directeur du CREDEN

Débat animé par Jacques Maire, Président du Club des Annales des Mines

Conseil Supérieur de l'Audiovisuel en 1989, Autorité de Régulation des Télécommunications en 1996, Commission de Régulation de l'Energie en 2003, ... diverses autorités administratives indépendantes dites «de régulation» ont été créées ces dernières années. «Organismes administratifs qui agissent au nom de l'Etat et disposent d'un réel pouvoir sans pour autant relever de l'autorité du Gouvernement», selon la définition donnée par le Conseil d'Etat, ces nouveaux acteurs suscitent souvent des interrogations.

Quel est leur pouvoir réel ? L'impact économique de leur action est-il maîtrisé ou même maîtrisable ? Quel contrôle juridictionnel, démocratique ou politique garantit la conformité à l'intérêt général ? Qui définit ce dernier ? Bref qui régule les régulateurs ?

Les spécialistes réunis le 9 décembre 2004 tentent d'éclairer ce débat.

Selon **Marie-Anne Frison-Roche**, l'existence même des autorités indépendantes de régulation provoque le désarroi des personnes chargées de décrire et de conceptualiser l'ordre juridique français.

D'abord ces organismes s'insèrent mal dans l'organisation constitutionnelle qui distingue le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. L'indépendance de ces autorités est en outre difficile à penser, car ne correspondant pas à la tradition française, qui logeait les autorités administratives dans la hiérarchie de l'exécutif.

Ensuite les autorités indépendantes se laissent difficilement enfermer dans des listes ou des catégories. Elles évoluent ; leurs activités et leurs secteurs d'intervention changent. La mission même des régulateurs n'est pas toujours parfaitement définie. La loi leur confie de nombreux objectifs, potentiellement contradictoires, sans chercher à les hiérarchiser.

Enfin, les décisions d'un même régulateur, en fonction de leur nature, pourront être contestées soit devant un tribunal civil soit devant un tribunal administratif, brouillant ainsi la dualité française des ordres de juridiction.

A cette révolution juridique s'ajoute, pour les entreprises internationales régulées comme Gaz de France, une complexité liée à la multiplicité des pratiques de la régulation dans les différents pays : régulation indépendante ou non du gouvernement, régulation régionalisée ou nationale, ... **Catherine Guaino** explique que l'entreprise doit s'adapter aux modalités locales de la régulation, comme elle s'adapte aux besoins de ses clients locaux. « L'ouverture des marchés », « la sécurité d'approvisionnement », « le service public » ne sont pas des notions universellement comprises de la même manière. Qui plus est, le sens pratique donné à ces mots peut évoluer au cours du temps au sein d'un même pays. Même en Europe, les

directives communautaires laissent aux états-membres une assez grande liberté d'interprétation et d'adaptation.

Toutefois, le véritable défi, pour une entreprise qui existait avant l'arrivée du régulateur, est bien de repenser son identité dans le nouveau contexte de la régulation. L'ex-monopole devenu régulé ne peut sans doute pas prendre instantanément la mesure de ce choc identitaire et des mutations qu'il va devoir accomplir. L'arrivée de la régulation est d'abord vécue comme une agression et comme une désorganisation. Passée une phase de scepticisme, le régulé prend souvent peur ; il ne comprend plus comment les choses pourront fonctionner et développe une crainte mêlée de vénération pour le régulateur. Enfin, à force de dialogue, arrive le moment où l'entreprise régulée et l'autorité indépendante peuvent communiquer comme deux adultes.

A ce moment là, la préoccupation essentielle du régulé n'est sans doute pas de comprendre « qui régule le régulateur », mais bien la pertinence économique des décisions du régulateur et la visibilité sur les conditions futures de la régulation.

Dominique Roux ne considère pas, pour sa part, les autorités indépendantes de régulation comme des entités extraordinaires. Les autorités indépendantes de régulation agissent bien au nom de l'Etat et engagent la responsabilité de ce dernier. Certes elles ne sont pas subordonnées au gouvernement ; c'est la garantie de leur indépendance et cela leur donne la possibilité de conduire une politique dans la durée. Mais leur véritable originalité est ailleurs. Par exemple dans le fait que des entreprises soient tenues de leur soumettre des décisions commerciales avant même qu'elles soient prises, c'est-à-dire « ex ante ». Ou encore dans le caractère asymétrique de la régulation, qui ne traite pas de la même manière les anciens monopoles et les nouveaux entrants.

Le régulateur ne considère pas non plus qu'il échappe à tout contrôle. La cour d'appel de Paris et le Conseil d'Etat peuvent toujours être saisis en appel des décisions de l'ART. En outre le régulateur doit chaque année justifier son action par un rapport au Parlement. Enfin, le contrôle permanent et informel par les acteurs du marché eux-mêmes, y compris les consommateurs, est aussi très efficace. Quoiqu'il en soit, un régulateur ne peut être crédible très longtemps sans convaincre les acteurs de la pertinence économique de ses décisions.

Jacques Percebois s'intéresse justement aux conséquences économiques de l'action des régulateurs, en particulier dans le secteur de l'énergie, qui présente sans doute plus de difficultés que le secteur des télécommunications. Il souligne d'abord quelques ambiguïtés de la « nouvelle régulation » : comme Marie-Anne Frison-Roche l'a déjà indiqué, les missions du régulateur ne sont pas toujours bien précises ; dans ces circonstances, l'effet de ses décisions sur l'économie ne peut pas être prévisible. Veut-on combattre les positions dominantes ou juste l'abus de positions dominantes ? Est-on prêt à autoriser la formation de champions européens particulièrement puissants et performants ? Est-il impératif de demander à l'opérateur historique de céder une partie de ses actifs de production ? ... L'expérience mondiale des premières ouvertures de marché montre que le régulateur n'est pas non plus à l'abri de défaillances : mauvaises décisions, absence de réaction adaptée face à des stratégies de manipulation des prix ou encore incapacité à stimuler les investissements nécessaires sont trois exemples de défaillances déjà rencontrés. Même en l'absence de défaillance, la mise en place de la « nouvelle régulation » a un coût : coûts de transaction, par exemple les dépenses de publicité auprès des consommateurs, coûts sociaux des gains de productivité et des fusions-acquisitions, coût d'une certaine fragilisation du système, par exemple dans le domaine de la sécurité d'approvisionnement ...

Les questions de la salle permettent alors de débattre de quelques sujets connexes.

- **La création de régulateurs européens est-elle envisageable ?** Dominique Roux souligne, en tous les cas, l'intérêt du « *benchmarking* » entre régulateurs nationaux. Il constate toutefois de grosses différences d'orientations entre les pays, par exemple s'agissant de la notion de « service public ». Marie-Anne Frison-Roche s'interroge également sur la possibilité de la mise en place d'un régulateur européen, dont les décisions auraient un impact sur les budgets nationaux. Dissocier celui qui décide de celui qui paye ne semble pas politiquement réaliste. Jacques Percebois pense que la régulation européenne se mettra en place pas à pas, de manière pragmatique.
- **Quelle est la durée de vie d'un régulateur ?** Dominique Roux explique que l'objectif premier des autorités indépendantes est de faire évoluer le secteur économique qu'elles régulent vers un état dans lequel le droit commun de la concurrence s'applique. « Notre souhait, c'est de disparaître, lorsque le marché jouera pleinement son rôle, pour laisser place aux juridictions classiques en charge des problèmes de concurrence ». Jacques Maire, de son côté, se demande si le régulateur du secteur de l'énergie pourra un jour atteindre cet objectif. Marie-Anne Frison Roche souligne que cette marche vers le droit commun de la concurrence est aussi, au sein de l'Union Européenne, une évolution conduisant à un transfert de pouvoir du régulateur vers la Commission européenne, c'est-à-dire du niveau national au niveau communautaire.
- **Le fait que les régulateurs soient à la fois organes d'instruction et de sanction ne pose-t-il pas problème ?** Marie-Anne Frison-Roche le confirme ; l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme pose que chacun a droit à un tribunal impartial, le jugeant dans un délai raisonnable, au terme d'un procès équitable. Au regard de la Convention, les régulateurs sont appréhendés comme des juridictions. Or, si la même personne instruit et juge, la décision est atteinte de partialité objective. Cette considération a conduit les régulateurs à réformer leurs modes de fonctionnement.
- **Un régulateur est-il légitime pour gérer des risques** tels que le risque de manque d'investissement dans le secteur de l'électricité ou dans celui des chemins de fer ? Marie-Anne Frison-Roche pense que la gestion de tels risques revient toujours – en définitive - au politique. Les régulateurs doivent être essentiellement considérés comme **des régulateurs de l'accès** : leur principal rôle est de permettre l'accès de tiers aux réseaux, aux stockages, ...

Jacques Maire conclut la séance en constatant que l'avènement des régulateurs nous fait entrer dans un monde plus complexe et incertain. Nous sommes loin d'avoir vu toutes les conséquences des nouvelles organisations de marché et le système évoluera encore.