

Conclusion du volume

Réversibilité entre légitimité et efficacité dans les systèmes de régulation

Marie-Anne Frison-Roche

I. ILLUSTRATION OU SPÉCIFICITÉ DES LIENS ENTRE LÉGITIMITÉ ET EFFICACITÉ DANS LES SYSTÈMES DE RÉGULATION

Une démarche instructive peut être d'analyser les processus d'efficacité et ceux de l'autorité, pour en trouver des traces, des illustrations et des contre-exemples dans la régulation des secteurs sur lesquels les modes traditionnels d'autorité et de légitimité sont moins accessibles, du fait du recul ou de l'affaiblissement de l'État, dans son aptitude à décider et à obtenir la conformité des comportements à ses prescriptions. Les systèmes de régulation sont pris comme illustration et mises à l'épreuve d'observations générales. Les secteurs deviennent alors un cas plus particulier de l'évolution du droit et de l'État, une illustration d'un mouvement général, donc ordinaire, aux contours simplement plus saillants.

Il est difficile en effet de contester que tout mécanisme doit être à la fois légitime et efficace, c'est le propre de l'action humaine, dont l'économie et le droit ne sont eux-mêmes que des illustrations. L'exiger ici aussi relève de la rationalité générale de l'action.

Une seconde démarche, plus restrictive, ramène l'étude à ce qui articule d'une façon particulière l'autorité et la légitimité lorsque ce sont les secteurs régulés qui en constituent le cadre. Le souci premier devient la spécificité de ce lien et non plus l'illustration particulière d'une règle générale.

II. L’AFFIRMATION TRADITIONNELLE D’UNE FAIBLE LÉGITIMITÉ RACHETÉE PAR UNE EFFICACITÉ CONSTATÉE.

L’observation de la régulation des secteurs conduit assez souvent à soutenir que la régulation telle qu’elle est organisée aujourd’hui sur de nombreux secteurs non laissés à la simple loi de la concurrence souffre d’un manque d’autorité lié à une légitimité trop faible, insuffisance qui en quelque sorte se rattrape par l’efficacité de ce type d’organisation. Le raisonnement glisse d’un dogmatisme à l’autre, allant de la raison politique traditionnelle qui ne veut de pouvoirs qu’a priori légitimes, c’est-à-dire fondés, au postulat du pragmatisme qui pose que le fonctionnement vaut raison.

On soutiendra ainsi aisément que l’Autorité de régulation, composée d’experts non élus, parfois appartenant directement au secteur concerné lorsque la régulation se rapproche de l’autorégulation, n’est dotée que d’une autorité toujours hésitante parce que la question de savoir d’où vient son pouvoir corrode l’exercice qui en est fait. Dès lors, parce que la légitimité n’est donnée ni *a priori* ni en permanence, l’exercice du pouvoir est sans cesse dépendant du bon accueil qui en fait, notamment par les opérateurs.

On aboutit alors à une sorte de contradiction logique dans laquelle c’est le bon accueil des décisions du régulateur par les régulés qui en fait la légitimité. Mais dans le même temps, cela expose le régulateur à une forme particulière de capture — le régulateur capturé par le bon ou mauvais accueil fait à ses décisions — rendant ainsi fragile son autorité. Pour empêcher ce cercle vicieux, il faut poser la bonne foi des différents intervenants dans la régulation, qui accueilleront bien ce qui est bon pour la régulation. Cette affirmation constitue un postulat de nature à la fois méthodologique, car il faut connaître ce qui est bon ou mauvais pour le déploiement du secteur, et morale, car il faut que les opérateurs admettent de respecter les décisions bonnes pour les secteurs, ce qu’ils n’ont pas toujours intérêt à faire, et résistent à la tentation de feindre de les trouver mauvaises.

Si l’on a du mal à suivre un tel optimisme, l’idée qui vient alors est celle d’un rattrapage : peu importe la légitimité du système de régulation puisqu’il marche. Plus encore, non seulement l’efficacité console de l’absence de légitimité mais elle vaudrait légitimité. Le pragmatisme fusionne efficacité et légitimité. La régulation se présente comme un mécanisme d’efficacité, instrument vers un but — l’ouverture à la concurrence par exemple —, l’obtention d’une efficacité accrue, notamment parce que le seul droit de la concurrence ne suffit pas à éventrer les rentes des opérateurs historiques.

Cette démonstration présente un inconvénient majeur : si c’est l’efficacité qui fournit la légitimité, la démonstration d’une défaillance de la régulation, voire une crise ouverte du secteur ou la preuve patente d’une faute d’analyse du régulateur, provoquent l’écroulement de la régulation. Cette perspective fragilise les systèmes de régulation. D’ailleurs, si l’idée qu’efficacité vaut légitimité était si forte, les affaires ayant révélé l’inefficacité des régulations auraient dû faire anéantir les régulations et

les secteurs sous-jacents, ce qui n'est pas le cas. Dès lors, pourquoi ne pas plutôt évoquer l'hypothèse inverse à celle du départ ?

III. L'HYPOTHÈSE D'UNE EFFICACITÉ CONTESTABLE SUPPORTÉE GRÂCE À UNE LÉGITIMITÉ INTRINSÈQUE

Cela consisterait à reconnaître que les systèmes de régulation ne sont pas nécessairement plus efficaces que les autres modes de gouvernement mais qu'ils se maintiennent de fait et de droit en raison d'une légitimité qui leur est propre. On comprendrait mieux la persistance des régulations — et des régulateurs — malgré le dévoilement d'une certaine inefficacité.

Les systèmes de régulation ne sont pas nécessairement plus efficaces, ils portent plus haut et plus fort ce souci, ce qui est différent. Les contours et l'appréciation de cette efficacité dépendent des prémisses et des buts de la régulation. En effet, le système traditionnel de régulation des marchés, dans sa tradition continentale, repose sur une intégration entre un opérateur public monopolistique et le Gouvernement politique. L'efficacité à cette aune se mesure principalement dans la capacité pour l'État à obtenir que de l'argent lui soit reversé par l'entreprise quand le besoin s'en fait sentir et que les infrastructures nécessaires soient établies. Si l'on examine le système traditionnel de régulation adoptée aux États-Unis, il s'agissait d'utiliser le droit commun de la concurrence, certes passant par le goulot de la théorie des facilités essentielles, c'est-à-dire d'obtenir la sanction des abus qui se donnent à voir ou qui sont dénoncés.

Mais les systèmes actuels de régulation économique sont basés sur une intervention *a priori* qui suppose avant tout l'information de ceux qui, à divers titres, ont le pouvoir de réguler. C'est pourquoi les théories de la régulation ont mis au cœur du système l'information et ont pointé comme souci principal l'asymétrie de celle-ci. L'information est certes importante dans les systèmes plus traditionnels, elle en améliore le bon fonctionnement, mais d'une façon plus accessoire. Dans le système ératique, l'État fixe les règles et les opérateurs s'ajustent, ce qui suppose de bien manier la théorie des incitations mais requière moins cruciallement l'information. Dans le système du droit de la concurrence, l'information est apportée à l'autorité, par un abus manifeste ou plus concrètement encore par la plainte d'une victime.

Or, plus les systèmes de régulation ont mis l'information en leur centre et plus on s'est soucié de l'asymétrie d'information entre ceux qui doivent fournir l'information — le secteur régulé, les opérateurs — et ceux qui doivent l'utiliser pour le bien du secteur — le régulateur —, et plus on a mesuré l'ampleur des dissimulations, ce qui fait douter de l'efficacité du système.

De la même façon, parce que le régulateur n'a par définition pas la même position que l'État propriétaire, une lacune des systèmes de régulation apparaît de plus en

plus nettement : les investissements à long terme. L'État en donnait l'ordre et l'entreprise publique réalisait sa volonté, peut-être avec trop de luxe, mais l'investissement était fait. Le régulateur n'a pas de budget autonome, ne peut se substituer aux opérateurs et la question de l'investissement est aujourd'hui une case vide de la régulation, aussi bien dans les systèmes continentaux qu'aux États-Unis, le droit de la concurrence ne pouvant prescrire d'investir que d'une façon très marginale.

Ne louons donc pas sans nuance l'efficacité des systèmes de régulation. Elle reste à démontrer en permanence — comme on le dit souvent de la légitimité. C'est pourquoi l'évaluation de l'efficacité des systèmes de régulation, notamment au regard de l'ouverture à la concurrence, de la prévention des risques systémiques et de l'innovation, est essentielle.

Si les nouveaux systèmes de régulation survivent pour l'instant à leur défaillance fréquente d'efficacité, c'est parce qu'ils développent une légitimité qui leur est propre. Elle tient essentiellement dans le régulateur. On retiendra le thème, très anglo-américain, de la limitation du pouvoir comme légitimité de celui-ci, dont le fondamental *check and balance* est l'exemple le plus flagrant. Cela est net pour le régulateur puisque l'exercice qu'il fait de son pouvoir est amarré en amont par l'acte du législateur et en aval par les comptes qu'il doit rendre.

Si l'on adopte des critères de légitimité d'un type moins procédural, on relève que le régulateur emprunte à la fois à la figure de l'administrateur le pouvoir de décider pour tous et de structurer un secteur, par exemple en fixant les prix, et à la figure du juge le pouvoir d'apprécier d'une façon impartiale les situations des opérateurs. Malgré la similitude du vocabulaire, il ne s'agit pas ici de renvoyer à la figure du « juge-administrateur » développé par le droit public traditionnel, qui fait notamment alterner dans le Conseil d'État fonction de conseil et fonction de juge, car cela renvoie alors à une succession de fonctions pouvant s'entrechoquer. À l'inverse, le régulateur est en permanence et en unité un administrateur indépendant. Cette légitimité fait pardonner, quelque temps du moins, la faiblesse parfois constatée de son inefficacité.