

# La régulation et ses modèles

En France, plus de 40 autorités administratives indépendantes sont chargées de définir et d'organiser les conditions de la distribution de certains services, ainsi que les modalités d'interaction entre concurrents dans certains secteurs. Quelles sont les justifications et la doctrine des interventions de ces entités ?

Auteur

**Éric Brousseau**

Professeur à l'université Paris-Dauphine, directeur scientifique de la chaire gouvernance et régulation

**En France**, plus de quarante autorités administratives indépendantes ont été créées au cours des vingt dernières années. Si elles ne sont pas toutes des autorités de régulation « économiques », une grande partie d'entre elles est chargée de définir et d'organiser les conditions de la distribution de certains services, ainsi que les modalités d'interaction entre concurrents dans certains secteurs. Par ailleurs, des autorités qui n'avaient au départ pas de telles missions ont acquis des prérogatives en la matière, du fait de l'évolution des enjeux qu'elles gèrent, à l'instar de l'Autorité de la concurrence qui joue désormais un rôle important en matière d'organisation de la distribution, ou de la Cnil dont le rôle devient central pour les opérateurs du numérique. Quelles sont donc les justifications et la doctrine des interventions de ces entités ?

### Des modèles forgés par l'histoire

Si l'on analyse l'histoire (récente), la réponse est loin d'être évidente. D'aucuns évoqueront la construction – fréquemment qualifiée de « néolibérale » – du grand marché européen. Certes, l'intégration économique européenne a joué un rôle majeur dans l'introduction de la concurrence dans un grand nombre de secteurs auparavant considérés comme relevant de monopoles publics, mais l'explication est évidemment un peu courte si l'on considère qu'un très grand nombre de pays non européens régulent tant le secteur financier que les industries de réseaux, sans oublier les taxis ou la distribution d'eau. Évidemment, un tel constat n'exempte en rien de l'appréciation « néolibérale » mentionnée plus haut. Ces évolutions mondiales ne seraient que le fruit de la victoire d'une idéologie d'origine anglo-saxonne, relayée par de puissants réseaux, notamment

aux seins d'un certain nombre d'organisations internationales. Mais, là encore, une telle explication ne résiste pas longtemps à l'analyse.

Tout d'abord, si l'on prend le cas des États-Unis où les premières « agences de régulation » furent inventées au tournant du xx<sup>e</sup> siècle<sup>1</sup>, ce sont les comportements prédateurs, les abus de position dominante et les crises qui ont justifié, dans un pays rétif à l'intervention de l'État dans l'économie, la création d'agences fédérales chargées de domestiquer la concurrence et d'organiser marchés et industries. Si la régulation est, pour de nombreux Européens, le produit du libéralisme, elle est, pour de nombreux Américains, celui de l'étatisme. Par ailleurs, la régulation ne date en rien de l'aube du xx<sup>e</sup> siècle, pas plus qu'elle n'est une spécificité occidentale. Les marchés sont historiquement étroitement organisés par les pouvoirs publics ; qu'il s'agisse de Cités-États, comme dans l'Italie médiévale, ou de vastes empires, tels les empires chinois et ottomans. De tout temps, les détenteurs du pouvoir politique ont cherché à organiser les marchés tant pour en tirer des rentes, que pour les redistribuer en partie, afin de s'assurer des soutiens au sein de la société. L'idée que les marchés seraient autonomes du politique est, au fond, une fiction moderne. Plus exactement, c'est un vœu, qui explique en partie la création d'agences publiques « indépendantes » du pouvoir politique et organisant la concurrence pour le plus grand bénéfice des consommateurs et de la société.

Pour mieux comprendre cette permanence de l'intervention de l'État sur les marchés et l'évolution de ses modalités vers la forme moderne de la

régulation par des agences indépendantes, il n'est pas inutile de revenir sur la manière d'interpréter le difficile équilibre entre concurrence sauvage et dirigisme politique. Le libéralisme, dont il convient de rappeler qu'il fut historiquement politique aussi bien qu'économique, s'est construit en réaction à des systèmes construits au bénéfice exclusif d'une élite bloquant toute concurrence et innovation, afin de préserver ses rentes et son pouvoir. Les économies européennes, jusqu'au xviii<sup>e</sup> siècle, foisonnent de monopoles protégés par les pouvoirs publics, pour le plus grand bénéfice de ces derniers, ainsi que des entrepreneurs ou corporations concernés. Mais le libéralisme effréné du xix<sup>e</sup> siècle, notamment aux États-Unis, a conduit, en retour, à constater les limites du marché tant du fait de la difficulté à ajuster des milliers, parfois des millions, de décideurs individuels (qui plus est exposés à des signaux informationnels imparfaits et incomplets), qu'à cause des comportements prédateurs de certains opérateurs, construisant puis exploitant leur pouvoir de marché, à nouveau au détriment de l'innovation et du public. C'est dans ce contexte que sont nées les formes contemporaines de régulation des marchés aux États-Unis à l'aube du xx<sup>e</sup> siècle. Il s'est agi, d'abord, de réguler la concurrence, quand cette dernière aboutissait à l'émergence de monopoles<sup>2</sup>.

Mais des régulations sectorielles sont aussi apparues nécessaires dans les secteurs d'infrastructures où la concurrence avait pu conduire, soit à des situations absurdes de refus d'interconnexion et de développement d'infrastructures concurrentes, parfois chacune non viables, soit à des monopoles. La notion de monopole réglementé s'est alors imposée :

les pouvoirs publics octroyant des licences d'exploitation en échange d'obligations de service. Au-delà de ces secteurs, et face aux abus d'un certain nombre d'industriels et d'entreprises de services vis-à-vis des consommateurs et usagers, une régulation des produits est également née. Les agences administratives spécialisées sont apparues dans ce contexte. Il fallait des administrations spécialisées pour prévenir les abus, organiser les secteurs « régulés », mettre au point et superviser l'application des normes de service, etc.

Si la régulation s'est voulue la réponse aux excès du marché, elle a aussi pu elle-même être « capturée ». Puisqu'il s'agit d'imposer des contraintes aux opérateurs d'un marché, ces derniers peuvent chercher à influencer les décideurs politiques pour que ces contraintes les avantagent par rapport à leurs concurrents. Telle norme peut correspondre à la technologie maîtrisée par une entreprise, voire protégée par un brevet. Ainsi, le lobbying ne sert pas nécessairement à bloquer la mise en œuvre de réglementations, mais peut avoir pour objectif de favoriser l'instauration de régulations aux effets asymétriques entre concurrents<sup>3</sup>. Dans les situations où les pouvoirs publics attribuent des licences d'exploitation, les modalités de leur distribution ont des effets encore plus directs sur la concurrence. En principe, ces licences devraient revenir aux opérateurs les plus

L'idée que les marchés seraient autonomes du politique est, au fond, une fiction moderne

1 > L'Interstate Commerce Commission (ICC), créée par l'Interstate Commerce Act de 1887 et supprimée en 1995. La Federal Trade Commission (FTC), créée en 1914 par le Federal Trade Commission Act, dont la principale mission est l'application du droit de la consommation et le contrôle des pratiques commerciales anticoncurrentielles.

2 > Il s'agit notamment du Clayton Antitrust Act (15 octobre 1914), destiné à remédier aux insuffisances du Sherman Antitrust Act (1890), qui constitue le premier acte du droit moderne de la concurrence rendant illégales certaines pratiques anticoncurrentielles.

3 > L'analyse de la capture ou emprise réglementaire a notamment été développée par le prix Nobel Georges Stigler et d'une manière plus générale par les analystes du Public Choice. Pour une synthèse récente, voir E. Dal Bó, « Regulatory Capture: A Review », *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, n° 2, 2006, p. 203-225.

## Encadré 1. L'organisation institutionnelle de la régulation

La régulation est généralement organisée autour de trois instances principales : le gouvernement, les agences administratives indépendantes, les cours de justice. Le gouvernement désigne ici l'instance qui élabore les lois et règlements. Il s'agit donc de la réunion des pouvoirs exécutif et législatif qui élaborent des textes définissant un certain nombre de principes généraux (par exemple, l'introduction de la concurrence dans les industries de réseaux) et des priorités de politiques publiques (par exemple, réduire les émissions de gaz à effet de serre dans la production d'énergie).

Les agences administratives – souvent qualifiées de « régulateurs » – sont chargées de traduire la volonté politique sous forme de normes techniques et économiques ou de règles de marché, qu'il s'agisse des conditions des licences d'exploitation, des tarifs de certains services ou de seuils de qualité de service. Elles surveillent également l'application de ces normes et règles, et sont parfois dotées de pouvoirs de sanction. En pratique, elles disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire, ne serait-ce que parce que les objectifs qui leur sont assignés par les pouvoirs publics ne sont pas toujours compatibles entre eux ou réalistes. Elles établissent donc des priorités et procèdent à des interprétations.

Les acteurs du marché, de leur côté, disposent d'un recours auprès de la justice lorsqu'ils estiment que les autorités de régulation ont outrepassé leur pouvoir, commis des erreurs dans l'interprétation de tel ou tel principe législatif, ou bien encore décidé à tort de sanctionner. Suivant la nature du dossier, ils peuvent se retourner vers la justice administrative ou civile. Le statut précis des agences de régulation, leur degré d'autonomie administrative et budgétaire, le mode de nomination de leurs commissaires, etc. sont assez hétérogènes d'un pays à l'autre et plutôt instables dans le temps.

efficaces ou proposant le meilleur rapport qualité de service/prix. En pratique, les firmes installées bénéficient d'un sérieux avantage. Non seulement elles disposent de l'expérience, et donc de la connaissance fine du marché concerné, mais, en plus, elles peuvent avoir établi des liens avec les décideurs afin de les convaincre que le statut quo est préférable pour eux (tant du fait des bénéfices qu'ils peuvent tirer des liens avec le bénéficiaire de la concession que parce qu'ils peuvent garantir à leur électorat une certaine continuité [de service, de l'emploi, etc.]).

Par ailleurs, la régulation peut aussi être capturée par des utilisateurs puissants économiquement ou politiquement. Typiquement, des usagers peuvent faire pression sur les hommes politiques pour qu'ils imposent des contraintes aux opérateurs, même lorsqu'elles menacent l'équilibre économique de ces derniers. Ces avantages gagnés à

court terme par les usagers peuvent néanmoins leur nuire à long terme s'ils découlent de contraintes imposées aux opérateurs, après que des investissements à horizon très long ont été décidés. Le risque, qu'une telle incertitude entraîne, dissuade les entreprises d'investir. *In fine*, cela aura des conséquences en termes de (mauvaise) qualité de service ou de coût (élevé), mais ces dernières n'étant pas immédiatement apparentes, le court-termisme des usagers, le cas échéant renforcé par celui de politiciens préoccupés par le cycle électoral, peut l'emporter.

Cette méfiance à l'égard de la capture des décideurs politiques par les entreprises régulées ou les usagers explique, pour partie, pourquoi des agences « indépendantes » ont pu être créées. L'indépendance du régulateur, nommé par le pouvoir politique mais non révocable, est censée le rendre comptable de l'intérêt général. Plus précisément, l'objectif essentiel

qui lui est assigné est d'assurer la meilleure performance possible de l'industrie, et l'on compte sur ses préoccupations concernant sa réputation personnelle pour garantir un comportement vertueux. Tel un juge, un régulateur a intérêt à se forger une réputation de compétence, de probité et d'impartialité, dans la perspective de la gestion de sa carrière, qu'elle se poursuive dans l'administration et la régulation, dans le secteur privé ou même dans la politique.

Cela étant, l'indépendance des régulateurs suppose la création d'organisations spécifiques, distinctes de l'administration, pour aider les sages que sont les régulateurs dans les dossiers techniques pointus qu'ils gèrent (encadré 1). Or, à l'instar de toute organisation, une fois créées, les agences de régulation peuvent être marquées par la volonté de leurs cadres dirigeants de les renforcer et de les faire croître. Elles connaissent alors des dérives tendant à multiplier règlements et contrôles, coûteux pour les opérateurs et les usagers, sans examen approfondi de leur bien-fondé et donc de l'adéquation des moyens aux fins. La concurrence entre agences se disputant prérogatives et domaines de compétences peut même conduire à des situations d'inflation réglementaire paralysante. Enfin, les agences de régulation peuvent être rétives à l'innovation, tant parce que cette dernière menace leur pouvoir (par exemple, en rendant obsolète la justification de la régulation), qu'en raison de leurs compétences limitées : elles ne maîtrisent pas les technologies ou les modèles d'affaires innovants modifiant l'économie, la logique du secteur sur lequel elles avaient développé des compétences.

La critique « néo-libérale » de la régulation contemporaine est née, à partir des années 1960 aux États-Unis, de ce double constat de « capture » politique de la régulation et d'inefficacité liées aux dérives bureaucratiques de certaines agences.

## Encadré 2. Le contraste États-Unis/Europe

Si de nombreux éléments de convergence existent, la régulation s'est développée selon des modèles différents aux États-Unis et en Europe (continentale). Trois séries d'éléments expliquent ces contrastes.

Historiquement, et pour faire simple, les États-Unis ont privilégié des solutions de régulation du secteur privé en cas de défaillances de marché, alors que l'Europe a recouru plus volontiers à la nationalisation et à l'intégration dans le secteur public. Des attitudes culturelles différentes vis-à-vis de l'État l'expliquent en partie, mais il faut aussi prendre en considération l'influence de la taille des marchés intérieurs et celle de la forte conflictualité entre nations européennes qui ont eu tendance à organiser l'industrie dans la perspective de conflits tant économiques que militaires. Quoi qu'il en soit, les évolutions réglementaires récentes se sont inscrites dans un continuum institutionnel aux États-Unis, alors que l'Europe a procédé à des privatisations en même temps qu'elle construisait des marchés et déployait des régulations les concernant.

Deuxièmement, les États-Unis sont un pays fédéral alors que l'Europe n'est pour l'instant qu'une Union en construction. L'organisation de la régulation en Europe est fortement marquée par les vicissitudes de la construction européenne qui, à l'exception d'une évolution récente dans la banque avec l'élargissement des prérogatives de la BCE, n'a pas prévu de cadre unifié pour la régulation. Aux États-Unis, la régulation peut se faire au niveau fédéral, des États ou des collectivités territoriales. Il n'y a pas de niveau fédéral en Europe, même s'il existe des coordinations entre régulateurs sectoriels nationaux et qu'une politique commune de la concurrence est mise en œuvre par la DG Comp\* (qui n'est pas, par ailleurs, une agence administrative indépendante).

Enfin, les modèles d'élaboration législative diffèrent. Aux États-Unis, c'est le parlement qui décide, parfois de manière très autonome par rapport à l'exécutif. Cela tient au système électoral américain dans lequel les membres du Congrès sont avant tout les élus de leur circonscription, assez indépendants de leurs partis. La politique européenne est très clairement dominée par des systèmes de partis qui contrôlent le processus électoral et de formation des exécutifs. Les réglementations sont donc bien votées par les parlements, mais largement construites par les gouvernements et leur administration, souvent en étroite collaboration avec les régulateurs qui apportent leur expertise. Les agences de régulation américaines sont donc beaucoup plus éloignées et autonomes vis-à-vis des instances qui élaborent les législations et réglementations que les agences européennes plus « intégrées » au pouvoir exécutif, tant statutairement que sociologiquement. Il y a aussi clairement des traditions administratives différentes entre les deux continents.

\*Direction générale de la concurrence au sein de la Commission européenne.

Elle a inspiré des politiques de libéralisation dont l'objet a été de pallier les effets de réglementations biaisées politiquement et économiquement par le renforcement de la concurrence partout où cela était possible, afin de substituer au contrôle bureaucratique un contrôle par les utilisateurs finaux éclairés par les offres concurrentes. C'est pour permettre l'organisation de cette concurrence que les industries ont été « désintégrées », créant des marchés concurrentiels se substituant aux anciennes entreprises verticalement intégrées tout au long de la chaîne de valeur. L'évolution la plus spectaculaire a évidemment concerné les industries de réseaux (télécommunications, énergie, transport ferroviaire, etc.) où la gestion des infrastructures a été séparée de celle des services qui ont été ensuite fournis de manière concurrentielle, les modalités concrètes de

ces réorganisations ayant été très différentes d'une industrie à l'autre et d'un pays à l'autre. Cela étant, en aucun cas il ne s'est agi d'un mouvement de « déréglementation ». Tout au contraire, ces nouveaux marchés ont été forgés par un arsenal de mesures réglementaires mis en place par des autorités de régulation.

Il ne faut cependant pas voir dans cette évolution récente le fruit d'un plan bien ordonné de construction de marchés concurrentiels dont l'objectif – en l'occurrence la structure et les modalités de fonctionnement – aurait été connu à l'avance. Tout au contraire, qu'il s'agisse des États-Unis ou de l'Europe (pour une comparaison de leurs processus de régulation, cf. encadré 2), le processus de libéralisation fut chaotique, marqué par des crises et des revirements, et s'apparente largement à un processus d'expérimentation et de tâtonnement

vers des modalités organisationnelles que l'on espère meilleures, mais qui peuvent se heurter à toutes sortes d'aléas de mise en œuvre : résistances de groupes d'intérêts, difficultés techniques, obstacles juridiques. Le modèle visé est d'autant moins clair que chaque situation nationale est spécifique avec des structures industrielles particulières, tant sur le plan technique – par exemple, en matière d'énergie mix – qu'économique. Ensuite, les objectifs politiques peuvent être différents : la Grande-Bretagne a libéralisé son secteur électrique par le biais de l'Electricity Act (1989), en grande partie pour briser la puissance des syndicats charbonniers ; la France l'a fait pour que son champion national puisse pénétrer des marchés étrangers, etc. Enfin, les acteurs ont innové, créant de nouveaux usages, de nouveaux marchés et de nouvelles technologies,

modifiant par là-même l'économie du secteur. Ces innovations ont pu être à l'origine de dysfonctionnements – qu'ils s'agissent de black-out électriques ou de crises financières – qui ont conduit à adresser de nouvelles demandes à la régulation et aux régulateurs.

Ainsi, il n'y a jamais eu de modèle à proprement parler – les Anglo-Saxons parleraient de *blueprint* – pour organiser les marchés et leur régulation. Certes, la théorie économique propose des justifications pour cette dernière, mais finalement assez peu de solutions clés en main. Quant aux pratiques, on l'a dit, elles sont contrastées d'un secteur à l'autre, d'un pays à l'autre. Pourtant, l'analyse économique permet d'éclairer cette diversité. Revenons sur ces points.

## Pourquoi et comment réguler ?

Trois niveaux de réponses sont proposés à la question. Le premier, le plus classique, revient à expliquer la régulation à partir des échecs du marché. La régulation se justifierait, car les marchés concurrentiels ne permettraient pas toujours de donner les bonnes incitations et informations aux agents économiques, les conduisant à faire des choix erronés. Le deuxième niveau consiste à monter un cran au-dessus dans l'analyse, en s'interrogeant sur les modalités de l'intervention sur les marchés : comment pallier les échecs du marché sans déboucher sur des échecs politiques et bureaucratiques ? Le troisième niveau revient à resituer le marché dans la société. Il n'est pas une sphère autonome et encore moins spontanée. Il est le fruit du jeu des acteurs.

Le premier niveau d'analyse est celui développé par l'économie industrielle qui, partant du principe que le marché concurrentiel est un mécanisme efficace de coordination, essaye

de comprendre comment pallier leurs défaillances. Trois situations sont alors distinguées. La première est celle des biens collectifs, fréquemment qualifiés de « publics ». Ces biens sont d'abord caractérisés par la non-rivalité entre utilisateurs. La fourniture du bien à un utilisateur supplémentaire se fait à un coût marginal nul (ou très bas). Par ailleurs, l'exclusion de l'accès à ces biens ne peut se faire qu'à un coût prohibitif (par rapport à la valeur du bien). Tout rationnement est donc inefficace sur le plan collectif puisqu'il prive certains utilisateurs potentiels de la jouissance du bien ou du service et engendre des coûts importants. Cela étant, deux problèmes se posent. Comment inciter les utilisateurs à financer les coûts fixes de la production du bien ? Comment choisir entre les différents biens à financer ? Le principe du marché permet de répondre à ces deux questions de manière efficace pour les biens privés puisque les consommateurs, en concurrence pour l'accès aux biens de la même façon que les producteurs des différents biens sont en concurrence pour l'accès aux consommateurs, sont conduits à révéler leur propension à payer et donc leurs vraies préférences. Rien de tel pour les biens publics<sup>4</sup>. D'où l'idée qu'un planificateur social mette en place des mécanismes de révélation des préférences collectives et, en fonction de ces derniers, choisisse à la fois le montant des investissements à réaliser et leur nature, puis collecte auprès des membres de la collectivité concernée les moyens de les financer. Dans ce contexte de bien collectif, le régulateur est donc finalement celui qui va décider des investissements à réaliser et

4 > C'est un problème connu de longue date des constructeurs d'infrastructures publiques et auquel les ingénieurs économistes français ont essayé d'apporter des réponses pratiques dès le XIX<sup>e</sup> siècle. Sur le plan analytique, il a été rendu célèbre par l'analyse de la tragédie des communs proposée par Hardin (G. Hardin, « The Tragedy of the Commons », *Science*, vol. 162, n° 3859, 1968, p. 1243-1248).

des moyens de les financer en fixant des tarifs adéquats. On notera qu'il est rarement, en pratique, celui qui va fixer les objectifs. Cela relève du gouvernement, qui peut décider, par exemple, que tout citoyen doit être inclus dans la société de l'information – et donc établir le principe d'un service universel – ou que l'énergie doit être moins intensive en carbone – et donc favoriser les investissements dans les énergies renouvelables.

La deuxième situation d'échec du marché est liée à l'existence d'externalités (qu'elles soient d'ailleurs négatives ou positives). Le problème tient à ce que l'offreur de service n'intègre pas dans ses décisions l'ensemble des paramètres pertinent, car ils ne sont pas relayés précisément par un marché. L'exemple classique est celui du producteur qui n'intègre pas dans ses coûts celui de la pollution générée par les biens qu'il produit. Il ne les répercute pas dans ses prix, si bien que les utilisateurs surconsument le bien par rapport à son coût social. Le rôle du régulateur dans ce contexte est de conduire les décideurs à intégrer le coût social dans leurs décisions, soit en manipulant les tarifs (par des taxes ou subventions), soit en fixant des normes (par exemple, de pollution ou de qualité de service). Cela suppose que le régulateur soit à même de mesurer de manière précise les externalités et d'adapter les mesures correctrices en fonction des externalités générées par chaque opérateur<sup>5</sup>.

La troisième situation est celle du monopole naturel correspondant aux cas où les économies d'échelle

5 > En pratique, il faut aussi que le régulateur soit investi de la charge de gérer telle ou telle externalité. Cela peut aboutir à la multiplication des missions du régulateur (comme c'est le cas de nombreux régulateurs sectoriels qui doivent gérer des objectifs en partie contradictoires) ou à la démultiplication des agences de régulation (comme c'est le cas dans le secteur de la santé en France, avec le risque que les interdépendances entre problèmes, par exemple le financement de la santé et le risque sanitaire, ne soient pas gérées en synergie).



sont telles que la taille optimale de production est supérieure à la taille du marché. Dans ce cas, la concurrence devrait « naturellement » conduire à la présence d'un seul opérateur qui, en cherchant à maximiser son profit de monopole, serait conduit à rationner les consommateurs, engendrant une perte sèche pour la société puisque des consommateurs potentiels, pourtant prêts à payer un prix supérieur (ou égal) au coût marginal de leur desserte par le monopoleur, ne seraient pas servis par ce dernier pratiquant un prix (unique) de monopole. Ce problème disparaîtrait si le monopoleur pratiquait une discrimination parfaite, mais cela suppose qu'il puisse concrètement le faire en étant en mesure de connaître la propension à payer de chacun et d'empêcher toute revente entre utilisateurs. Lorsque le prix unique est la règle, il est généralement demandé au régulateur d'intervenir en obligeant le monopoleur à se rapprocher de l'équilibre concurrentiel, c'est-à-dire en tarifant ses services à un prix proche du coût marginal mais permettant de couvrir ses coûts fixes : ce sont les prix Ramsey-Boiteux. Par ailleurs, pour éviter que l'opérateur ne joue sur la qualité de service pour baisser ses coûts et augmenter ses marges, le régulateur est chargé de fixer les conditions de service. Enfin, si les coûts fixes sont très importants par rapport aux coûts variables, de nouveaux entrants pourraient tenter de pénétrer le marché en ne tarifant qu'au coût marginal, c'est-à-dire à des tarifs inférieurs aux prix Ramsey-Boiteux. Pour éviter cette tentation prédatrice, nuisible aux incitations à investir, le régulateur est alors chargé de protéger le monopoleur régulé contre d'éventuelles entrées.

Ce premier niveau d'explication proposé nous indique donc pourquoi et selon quelle logique le régulateur doit intervenir. Comme on le voit ici, nulle question pour lui d'organiser la concurrence. Il intervient quand

elle ne fonctionne pas ou quand il « manque des marchés ». C'est en revenant à l'origine de ce manque que les économistes du droit et des institutions proposent une approche complémentaire du rôle des régulateurs. L'intuition fondamentale fut proposée par Ronald Coase en 1960 à partir de l'analyse des questions d'externalités : l'existence d'externalités ne justifie en soi la régulation, d'autant que cette dernière est un outil imparfait de correction. Les interventions du régulateur ne sont pas calibrées en fonction des coûts et bénéfiques privés propres à chaque agent. Elles reposent sur des mesures génériques qui compensent imparfaitement les externalités générées individuellement et ne dédommagent pas toujours des pertes subies individuellement. Il en résulte des adaptations sous-optimales des comportements et d'éventuelles redistributions injustifiées entre parties prenantes. Dans un tel contexte, il est préférable de conduire les parties prenantes à négocier des arrangements en définissant des droits de propriété, par exemple sur l'air ou la santé, qui permettent aux victimes de nuisances de négocier avec leurs auteurs des compensations conduisant ces derniers à internaliser les coûts des premières. C'est l'esprit des marchés de « droits à polluer » ou encore de « capacités » que le régulateur peut être amené à organiser.

Dans le même esprit, les situations de monopole naturel ne devraient pas nécessairement conduire à une intervention administrative. Le régulateur pourrait faciliter des négociations entre les usagers victimes du rationnement imposé par le monopole et ce dernier, afin de lui permettre de valoriser le coût de la non-desserte de la partie de la demande incapable de payer le prix de monopole, mais néanmoins prête à payer un prix supérieur au coût marginal. Les consommateurs concernés peuvent accepter de payer un prix intermédiaire, ce qui revient à partager avec le fournisseur le surplus

de bien-être lié à leur desserte. Ces utilisateurs marginaux doivent, par ailleurs, s'engager à ne pas revendre le service obtenu à ceux qui n'auraient pas accès à ce prix préférentiel. Dans le cas de la fourniture de biens publics, des accords volontaires sont aussi envisageables. Les membres des communautés bénéficiant de la production du bien peuvent se mettre d'accord entre eux et négocier avec un fournisseur les conditions de production et de distribution du bien public concerné. Dans tous ces cas, la présence d'un régulateur n'est pas indispensable, mais elle peut faciliter l'émergence de solutions négociées. *Ex ante*, c'est un expert qui peut informer les parties prenantes des effets prévisibles de l'accord envisagé, tant en matière de bien-être individuel que sur le plan de l'intérêt général. *Ex post*, il peut être le tiers de confiance garantissant le respect des obligations mutuelles.

Le troisième niveau d'analyse, celui que propose l'économie politique des institutions, part du principe que rien n'est moins naturel que l'économie de « marchés concurrentiels ». Comme l'ont souligné North, Wallis et Weingast, à l'état naturel, les sociétés ont tendance à créer un ordre économique subordonné à l'ordre politique et dont la seule logique est de pérenniser ce dernier. D'où l'organisation d'une économie non concurrentielle générant des rentes prélevées par les détenteurs du pouvoir politique et utilisées par ces derniers pour le conforter. La révolution des Lumières et la rivalité féroce entre monarchies européennes ont conduit à l'invention d'une alternative : les sociétés libérales fondées sur le principe de la concurrence ; cette forme organisée de la compétition. Tant sur le terrain politique

Nulle question pour le régulateur d'organiser les marchés plus que la concurrence

que dans la sphère économique, des règles tendent à garantir que les choix puissent être éclairés par une information la moins biaisée et la plus complète possible, que les compétiteurs soient placés dans des positions d'équité et qu'ils respectent des principes d'honnêteté. Il s'agit de prévenir les conflits à propos des « règles du jeu » qui menacent l'équilibre fragile sur lequel reposent ces sociétés libérales, c'est-à-dire la confiance en leur pérennité et les perspectives qu'elles procurent à chacun qui est le moteur des investissements (y compris des individus en matière de spécialisation) soutenant la croissance.

Néanmoins, la construction des cadres institutionnels de l'économie de marché ne relève pas d'un jeu coopératif mené par un hégémon bienveillant. Elle est le fruit d'initiatives d'un grand nombre de parties prenantes : décideurs politiques, technocrates, parties dans les échanges, organisateurs de systèmes d'échange, etc. Ces divers intervenants inventent et produisent les différentes composantes des technologies sociales

sophistiquées que sont les marchés : dispositifs de rencontre entre l'offre et la demande, système de mesure de la qualité des biens échangés, mécanisme de reconnaissance, négociation et transfert de droits d'usages et d'accès, systèmes garantissant l'exécution des accords et présidant à la résolution des conflits, etc. Or, le design de ces éléments n'est pas neutre, car s'ils créent de la valeur, ils consacrent aussi une répartition de celle-ci entre parties prenantes. Trois logiques s'articulent donc autour de la construction des marchés. D'abord, une logique politique : les parties prenantes tentent de construire des positions de pouvoir, ainsi que des coalitions pour peser sur la répartition. Elle est ensuite économique : les parties prenantes produisent des mécanismes renforçant l'efficacité de l'échange marchand, parfois au prix de la disparition de dispositifs préexistants. Ensuite, une logique juridique : il s'agit de garantir des droits pour limiter les risques induits par les évolutions potentiellement erratiques que peuvent produire les

rivalités politiques et économiques. La fonction (économique) de l'état de droit est de rendre l'innovation et la concurrence acceptables pour ceux dont les investissements deviennent obsolètes, les transformations disruptives pouvant être atténuées, retardées et ouvrant droit à compensation. Dans ce contexte, le régulateur est précisément l'arbitre entre les intérêts des uns et des autres et entre les trois logiques présidant aux évolutions institutionnelles. Ses actions doivent permettre à l'organisation des industries et des marchés d'évoluer en évitant les blocages, limitant les perturbations et en garantissant leur fonctionnement quotidien.

Le régulateur, en fonction des situations, est ainsi tour à tour, un substitut au marché remédiant à ses défaillances, un organisateur de « marchés dérivés » atténuant les défaillances sur les marchés des produits et services, un arbitre enfin tentant de contrôler les innovations et la concurrence dans la production des infrastructures de marchés. ●

### > bibliographie

- BALDWIN R., CAVE C. et LODGE M. (eds), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- BROUSSEAU E. et GLACHANT J.-M. (eds), *The Manufacturing of Markets: Legal, Political and Economic Dynamics*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- COASE R. H., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, vol. 3, n° 1, 1960, p. 1-44.
- DECKER C., *Modern Economic Regulation: An Introduction to Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- LAFFONT J.-J. et TIROLE J., *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, MIT Press, 1993.
- LÉVÊQUE F., *Économie de la réglementation*, Paris, La Découverte, 2004.
- NORTH D. C., WALLIS J. J. et WEINGAST B. R., *Violence and Social Orders: A Conceptual Framework for Interpreting Recorded Human History*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- SHLEIFER A., *The Failure of Judges and the Rise of Regulators*, Cambridge, MIT Press, 2012.
- SPILLER P. et LIAO S., « Buy, Lobby or Sue: Interest Groups' Participation in Policy Making – A Selective Survey », in E. BROUSSEAU et J.-M. GLACHANT (eds), *New Institutional Economics: A Guidebook*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 307-327.