

FORUM DE LA REGULATION 2001

11-12 octobre 2001 – PARIS

Atelier : Services publics et « régulation »

Régulation d'experts ou régulation d'acteurs ?

Pierre Bauby (*)

En une dizaine d'années, le concept de « régulation » a enregistré en France un succès foudroyant en économie et en sciences sociales. Pourtant, il est pour l'essentiel étranger à notre histoire et à notre culture économique, administrative et politique. Il est employé dans de nombreux secteurs, avec des sens assez divers, et son usage est très rarement défini avec précision.

Pour ma part (1), je définirai la « régulation » comme modes d'ajustements permanents d'une pluralité d'actions et de leurs effets, permettant d'assurer l'équilibre dynamique de systèmes instables. La régulation recouvre donc la « réglementation », c'est-à-dire l'établissement des lois et contrats, le « contrôle » de leur exécution, ainsi que les nécessaires adaptations. S'il y a « régulation », c'est parce que les règles ne peuvent tout prévoir, doivent être interprétées et sont remises en cause - en adaptation perpétuelle, en fonction des situations et des objectifs.

La régulation de tout groupe social correspond aux interactions entre les intérêts particuliers de chaque composante du groupe et l'intérêt commun ou général de celui-ci. Elle permet d'éviter que la coexistence d'intérêts et d'aspiration différents et contradictoires ne se traduise par le combat permanent de chacun contre chacun et contre tous. La régulation est pour partie interne au groupe considéré (« autorégulation »), voire à l'individu (par rapport à ses pulsions), mais concerne aussi les rapports et interactions du groupe avec ce qui l'entoure.

Toute régulation implique une série d'arbitrages entre des intérêts différents – compte tenu à la fois de la diversité des acteurs, des échelles temporelles prises en compte (intérêts des générations futures), des spécificités territoriales, de l'internalisation de telle ou telle externalité, etc. Ces arbitrages mettent en jeu des intérêts et forces qui non seulement ne sont pas identiques, mais le plus souvent s'opposent. Pour qu'il y ait arbitrage efficace et accepté, il faut préalablement que toutes les propositions et issues puissent s'exprimer à égalité. Cette expression permet non d'éviter l'existence d'effets pervers, inhérents à toute action sociétale, mais d'en limiter l'ampleur et d'en corriger rapidement les défauts.

(*) Docteur en science politique, directeur de l'Observatoire Electricité et sociétés d'EDF, secrétaire du Comité européen de liaison sur les Services d'intérêt général, auteur en particulier de *Reconstruire l'action publique*, Syros, 1998 ; *Le service public*, Flammarion, 1997 ; *L'Etat-stratège*, Editions ouvrières, 1991 [pierre.bauby@noos.fr].

(1) Pierre Bauby, *Reconstruire l'action publique. Services publics, au service de qui ?*, Syros, 1998.

La régulation implique l'expression de tous les acteurs concernés, la transparence, la délibération collective, la confrontation de la pluralité des approches et donc la démocratie. Elle suppose de pouvoir s'appuyer sur une évaluation multicritères et la pluralité d'expertises. En matière de régulation de la société, il y a toujours supériorité du collectif sur l'individuel. Toute entrave à l'expression d'une composante du corps social est une mutilation pour l'ensemble de celui-ci. La reconnaissance de l'existence d'oppositions d'intérêts, de contradictions dans tout groupe humain est la condition même de son existence comme groupe et de la définition de son intérêt commun ou général. L'existence de contre-pouvoirs n'est donc pas, comme c'est le cas dans la culture politique française dominante, une entrave à l'exercice du pouvoir de toute institution, mais au contraire une condition essentielle de son efficacité. Fondamentalement, la légitimité de tout pouvoir repose sur l'existence de contre-pouvoirs.

Je voudrais éclairer ces définitions générales en prenant comme champ d'analyse la « régulation des services publics ».

Comment réguler les services publics ?

Le concept de « service public » fait l'objet en France d'une série de confusions entre missions de service public, monopole, entreprises publiques, statut des personnels et finalement Etat. Si l'on s'intéresse d'abord aux missions de service public, au type d'organisation mise en oeuvre pour les accomplir, à leur régulation, l'essence du concept de service public (2) relève d'un mode d'organisation sociétale, du lien social, du contrat social, en étant indissociablement, à chaque niveau (local, régional, national, européen, voire demain mondial), l'emboîtement de trois registres :

- la garantie du droit individuel de chacun d'accéder à des biens ou services essentiels pour la satisfaction de ses besoins, la garantie d'exercice des droits fondamentaux de la personne, conditions du lien social (droits à l'éducation, à la santé, au logement, à l'eau et à l'assainissement, à l'énergie, aux communications, aux transports, etc.) ;
- l'expression de l'intérêt général de la collectivité, pour assurer la cohésion sociale et territoriale (égalité d'accès, de fourniture, de service et de qualité, recherche du moindre coût, péréquation géographique des tarifs, adaptabilité) ;
- un moyen essentiel que se donne la puissance publique pour conduire des politiques publiques (par exemple protection de l'environnement, politique énergétique, sécurité d'approvisionnement, recherche-développement, etc.) et concourir au développement économique et social (emploi, participation au développement local, etc.).

Ainsi, le concept de service public intègre à la fois l'économique, le social et le politique ; le marchand et le non-marchand ; le local, le régional, le local, le national et l'europpéen ; les besoins du consommateur, du citoyen et de la société ; l'individuel et le socialisé ; les droits fondamentaux de la personne et la cohésion sociale ; les droits des générations actuelles et ceux des générations futures ; le court, le moyen et le long termes.

L'autorité publique (nationale, locale ou européenne), qui décide de faire relever telle ou telle activité du « service public » et non du seul marché et de la seule régulation par le droit commun de la

(2) Cf. Pierre Bauby, *Le service public*, Dominos-Flammarion, 1997.

concurrence, peut soit assurer elle-même le service (à travers un ministère, une régie, une agence, etc.), soit en déléguer (et contrôler) l'accomplissement à des entreprises, publiques, mixtes ou privées, ou encore des associations (à travers un régime de concessions, de licences ou de franchises, des cahiers des charges, la fixation des tarifs, le contrôle des investissements, etc.).

L'autorité publique doit tout à la fois définir les missions, l'organisation et le financement de leur accomplissement, un processus de contrôle et de régulation publique, des procédures d'évaluation, ainsi que de critères d'évolution dans le temps et dans l'espace, afin d'adapter régulièrement le contenu du service public à l'évolution des besoins des usagers, des citoyens et de la société.

Cependant, on a beaucoup trop souvent tendance à assimiler dans le langage commun la « régulation des services publics » à la mise en place d'un « régulateur » et à le définir comme « indépendant » (de l'Etat supposé être intrinsèquement pervers ou du moins inefficace).

Du fait des missions de service public, la régulation publique des services publics ne se réduit pas à la mise en œuvre du droit commun de la concurrence, mais relève des rapports conflictuels entre les règles de concurrence et les missions d'intérêt général dont ils sont chargés. Ces rapports ne sont pas stables et figés, mais évolutifs dans le temps et l'espace. Ils tiennent notamment aux histoires, traditions, institutions et cultures nationales. Les modes de mise en œuvre des services d'intérêt économique général sont étroitement dépendants des sociétés dans lesquelles ils prennent place. Quelles sont donc les fonctions que cette régulation spécifique recouvre ? J'en recense 7.

Les fonctions de régulation

C'est à la fois (cf. tableau en annexe) : la réglementation, les objectifs publics sectoriels ou transversaux, la surveillance de la concurrence, l'équité d'accès à l'infrastructure – monopole naturel, les relations évolutives entre missions de service public et opérateurs, la tarification du « service public », la répartition de la rente et le financement des missions, l'évaluation de l'efficacité économique et sociale du système (y compris de la régulation elle-même), afin de contribuer à l'évolution dans le temps et dans l'espace, en fonction des besoins des consommateurs, des citoyens et de la société.

L'ensemble de ces fonctions ne sauraient relever d'une responsabilité unique, d'un organe désigné comme « le » régulateur et censé assurer l'ensemble des fonctions de régulation, mais de l'emboîtement de plusieurs instances à responsabilités complémentaires à la fois quant à leurs fonctions et à leur champ territorial (du local à l'échelon européen).

La mise en œuvre des services publics implique d'abord une définition claire et transparente des missions de la part de l'instance publique qui décide d'en reconnaître la nécessité (autorité organisatrice) : loi définissant les missions, le mode d'organisation, le type de régulation, l'expression des acteurs, décrets, règlements, etc.

Outre la réglementation, les pouvoirs publics peuvent décider et mettre en œuvre des politiques publiques, sectorielles ou transverses (lois, règlements, décisions).

Compte tenu de l'ouverture des secteurs concernés à une concurrence oligopolistique, les conditions de cette concurrence entre opérateurs ont à relever du droit de la concurrence et donc du Conseil de la concurrence.

Dans la plupart des cas, il subsiste une part d'infrastructure continuant à relever du « monopole naturel », mais auquel les différents acteurs (opérateurs de services, consommateurs « éligibles ») ont accès. Les enjeux d'équité d'accès à ce réseau apparaissent décisifs. Compte tenu également de la complexité du domaine, cette fonction amène à créer des « commissions » spécialisées « autonomes » (et non « indépendantes », car aucune instance dans la société n'est « indépendante ») par rapport aux autres acteurs, donc évidemment par rapport à l'Etat-actionnaire d'un des opérateurs, disposant de réels pouvoirs d'investigation, de décision (en particulier en matière de tarifs d'accès à l'infrastructure), d'arbitrage et de sanction. Ces « commissions » sont un des acteurs – certes essentiel - de la régulation et non « le » régulateur. La régulation est trop importante et complexe pour être confiée à un organe disposant d'un nouveau monopole.

Plutôt d'ailleurs que d'utiliser le qualificatif d'« indépendant », il me semblerait bien préférable d'inverser la perspective pour examiner les conditions qui permettent à chaque organe d'être le moins dépendant possible de chacun des autres acteurs du système (cf. les rapports entre « régulateur » et opérateur).

Les relations entre missions de service public et concurrence relèvent d'abord de l'expression de tous les acteurs concernés aux différents échelons territoriaux pertinents (variables selon les secteurs), en particulier les consommateurs (usagers individuels, PME-PMI, collectivités, industriels), élus, personnels et organisations syndicales. Les « commissions » ont à être consultées pour avis, mais le pouvoir de décision doit revenir à l'autorité organisatrice, avec possibilité de recours judiciaire.

La tarification du « service public », les enjeux en termes d'affectation des gains de productivité et de répartition de la rente inhérente aux réseaux d'infrastructures entre consommateurs, entreprises du secteur, personnels, autorités publiques nationales et locales, le financement proportionné de la mise en œuvre des missions des service public doivent relever des pouvoirs publics, après avis des « commissions » et des instances d'expression des acteurs.

L'évaluation des activités et performances, de l'efficacité économique et sociale du système (y compris de sa régulation) suppose de mettre en place (3), à chaque niveau d'organisation-régulation, des Observatoires multi-critères, pluralistes dans leur composition comme dans les critères d'appréciation, disposant de capacités d'expertise autonomes, rendant des rapports publics. Ils doivent associer tous les acteurs concernés (régulateurs, opérateurs, élus nationaux et locaux, représentants des différentes catégories de consommateurs, des personnels et des organisations syndicales, des associations de la société civile, des chercheurs et universitaires, etc.).

Ces dispositifs ne sauraient être mis en œuvre qu'en France, mais viser à emboîter les échelons territoriaux pertinents du local-régional à l'europpéen.

(3) Cf. Pierre Bauby, *Evaluer les performances des Services d'intérêt économique général en Europe*, rapport pour la Commission européenne, CEEP-CIRIEC, 2001

Experts ou acteurs ?

Le face-à-face entre opérateur(s) et régulateur s'accompagne le plus souvent d'un déséquilibre structurel d'informations en faveur du premier pouvant déboucher sur un phénomène de « capture du régulateur par l'opérateur ». Les opérateurs de service public, qui disposent de droits spéciaux, exclusifs, de monopoles ou d'oligopoles (qu'ils soient publics, comme privés), sont spontanément tentés d'abuser de l'asymétrie d'informations dont ils bénéficient pour s'accaparer ou détourner la rente au détriment des consommateurs et/ou de la collectivité.

Cette caractéristique implique de sortir du « jeu à deux », du face-à-face entre régulateur et opérateur(s), pour passer d'une régulation d'« experts » à une régulation d'« acteurs ». Les autorités publiques doivent d'une part assujettir les services publics à des règles de droit clairement établies, précises mais limitées, sous le contrôle des juridictions nationales et communautaires, d'autre part, œuvrer au développement de contre-pouvoirs et de participations à la fois internes et externes. Il faut faire intervenir tous les acteurs concernés : non seulement les autorités publiques et les opérateurs, mais aussi les consommateurs (les usagers domestiques comme industriels - grands et petits), les citoyens, les collectivités locales et les élus (nationaux et locaux), les personnels et organisations syndicales. Les uns et les autres disposent, de par leurs expériences multiples, de nombreuses informations qui « manquent » au régulateur et sont porteurs d'aspirations et d'exigences sur la base de la diversité de leurs besoins. Associer tous les acteurs concernés, les amener à engager la confrontation, le dialogue, la négociation, est un moyen de renforcer la régulation des services publics.

Aujourd'hui, un nouveau niveau de régulation apparaît avec l'Union européenne. A travers l'élaboration des directives, puis leur transposition, ou l'application directe des règlements, elle est en mesure de modifier en profondeur les « règles du jeu » dans l'ensemble des Etats membres. Elle est l'initiatrice et la formalisatrice de décisions toujours plus nombreuses, mais renvoie le plus souvent la mise en oeuvre et l'évaluation de celles-ci au niveau national. Bien loin de suivre ceux qui estiment prématuré de poser la question d'instances européennes de régulation, il faut prendre en compte le fait que les institutions européennes, la Commission (aujourd'hui, la DG Concurrence - s'est instituée en régulateur de fait des services publics) et la Cour de justice, exercent d'ores et déjà un rôle de régulation, le plus souvent sans le reconnaître explicitement. Il convient donc de procéder aux nécessaires clarifications et de préciser, sur la base du principe de subsidiarité, ce qui relève d'une régulation européenne, sur quelles bases, avec quels organes et les modes de relations avec les régulations nationales et infra-nationales.

Il s'agit donc, aussi bien en France qu'en Europe, d'opérer un véritable « retournement de perspective » : définir le service public non à partir des principes et par en haut, mais en partant des droits fondamentaux de la personne et de leur garantie d'exercice, des besoins et aspirations des consommateurs, des citoyens et de la société, qui sont la finalité des services publics.