Les conséquences des politiques de régulation par délégation de pouvoirs à des agences indépendantes

Par Olivier Grandjean *

*Olivier Grandjean poursuit actuellement des études supérieures en service public (spécialisée en droit public français) à l'Institut d'Études Politiques de Bordeaux. Il a obtenu un diplôme d'études approfondies en politique comparée et relations internationales à l'Université Science Po Bordeaux en 2003.

Abstract

Regulation of European markets has changed considerably since 1980. As a result of factors such as European integration, international forces, and the decline of the welfare state, European governments have opted for other development strategies. Most notably, there has been a movement to privatize state-owned industries, as well as to develop new constitutive rules of competition that aim to ensure market competition in order to both obtain optimal economic efficiency and most efficiently allocate resources. The economic role of the European Union has thus been reinforced accordingly. Moreover, an indirect form of government in such matters has also emerged. These strategies have ultimately developed into a new form of government, which is characterized by changes in the official functions, institutions, actors and the types of policies followed on the matters.

Introduction

Depuis les années 1980, la régulation des marchés européens a connu des changements considérables. Face à l'intégration européenne, aux forces internationales et à la faillite patente du dirigisme économique d'État d'inspiration keynésienne, les gouvernements en Europe ont suivi d'autres stratégies. Les changements les plus notables qu'on ait pu constater ont été le mouvement de privatisation massive des industries d'État, et l'élaboration de nouvelles règles constitutives d'une véritable politique de la concurrence, dont le but est d'assurer le bon fonctionnement concurrentiel des marchés, dans le souci d'une efficacité économique optimale et la

meilleure allocation possible des ressources. Dans cette optique, le rôle de l'Union Européenne a été renforcé. L'usage d'un mode de gouvernement indirect en de telles matières s'est développé. Ces stratégies ont mené à un nouveau mode de gouvernance, caractérisé par des changements dans les fonctions étatiques, les institutions, les acteurs et les types de politiques menées en la matière.

On a assisté par la suite au développement d'agences de régulation spécialisées et indépendantes, pensées à l'origine comme devant assurer la transition d'une économie dirigée (où l'État joue un rôle important), ou, plus globalement, de secteurs initialement en monopole ou du moins en oligopole à entrée fermée, en voie d'ouverture à la concurrence, vers un marché au fonctionnement concurrentiel.¹ Nous définirons une agence de régulation indépendante d'après la définition qu'en donne Mark Thatcher : comme un corps doté de pouvoirs propres et de responsabilités données en vertu de la loi, et qui est administrativement séparé des ministères et n'est pas non plus directement élu ni dirigé par des responsables élus². Jusque tard dans le XX^{ème} siècle, de telles agences de régulation indépendantes étaient rares en Europe. Bien que des autorités de contrôle de la concurrence soient apparues en Grande-Bretagne et en Allemagne après la Seconde Guerre mondiale, la plupart des agences de régulation ont été créées dans les années 1980 et 1990. Ces agences se sont vues conférer des pouvoirs importants, tels qu'approuver ou refuser des fusions, prévenir les pratiques préjudiciables à la concurrence, ou veiller à l'application des réglementations. C'est précisément leur autonomie vis à vis des politiciens élus qui fait de ces agences un modèle de régulation inédit. Tandis que les gouvernements et leur bureaucratie généraliste ont très souvent été prisonniers d'une culture corporatiste et des intérêts des grandes firmes, ces agences de régulation indépendantes ont l'avantage de pouvoir se focaliser sur de stricts objectifs de régulation, comme l'application des législations sur la concurrence ou la défense des droits des consommateurs. Il apparaît que ces agences indépendantes peuvent obtenir une légitimité procédurale au travers l'élaboration de politiques plus transparentes et pluralistes, ainsi qu'une plus grande responsabilité, note Majone.³

¹ Voir A. Perrot. « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence », *Problèmes économiques*, février 2003

² Mark Thatcher, *Regulation in Europe : independant regulatory agencies*, dans L'institutionnalisation de l'Europe (dir. Renaud Dehousse & Yves Surel), 2002a, p2.

³ G.Majone, "The regulatory state and its legitimacy problems", *West European Politics* 22, cité par Mark Thatcher, *Regulation in Europe : independant regulatory*

Il est important de constater ici que les arrangements institutionnels formels n'ont pas toujours déterminés le comportement ultérieur des agences de régulation indépendantes, pas plus que leurs rapports avec les différents acteurs interagissant avec elles. Comme le fait remarquer Thatcher, les pouvoirs et contrôles ont pu être utilisés de façons très diverses ; quant aux superstructures institutionnelles, elle n'ont pas toujours été infaillibles, et ont pu autoriser un certain pouvoir discrétionnaire de la part des décideurs.⁴ Aussi, en prenant ces éléments en compte, nous pourrions voir dans un premier temps quelle a été l'évolution des rapports de ces agences de régulation avec les politiciens élus qui leur ont conféré leurs pouvoirs initiaux, de même qu'avec les régulés ; l'intérêt sera de déterminer comment ces agences ont géré les pressions diverses pour préserver leur indépendance, et, partant, leur crédibilité. Nous verrons dans un second temps comment l'élaboration des politiques a su évoluer, pour déterminer si cette évolution a résulté par de plus grandes transparence et responsabilité, elles aussi sources de crédibilité.

Plan

I° Une légitimation par l'acquisition d'une indépendance certaine

II ° Une légitimation par de meilleures procédures d'élaboration des politiques

I° Une légitimation par l'acquisition d'une indépendance certaine

Le système de délégation de pouvoirs à des agences de régulation indépendantes implique à la base les élus qui leur confèrent ces pouvoirs ; ces agences sont en principe strictement séparées de ces élus d'un point de vue organisationnel, et les membres de ces agences sont nommés et difficilement révocables avant la fin de leur mandat. Malgré cela, ils font tout de même l'objet d'une certaine forme de contrôle de la part des politiciens élus. Même si les procédures régissant l'usage de ces contrôles sont clairement définies, les règles sont relativement succinctes pour tout ce qui concerne les critères de sélection des membres et la détermination des ressources des diverses agences. À ce niveau subsiste un important pouvoir discrétionnaire.⁵ Sans parler des capacités que conservent les élus de

contourner, le cas échéant, les décisions prises par les agences de régulation. Tous ces éléments de contrôle sont autant d'entraves potentielles à l'indépendance de l'action des agences de régulation. Tout dépend alors de la politisation des nominations, de la fréquence des démissions ou de la durée des périodes d'activité des régulateurs, de la nature des ressources financières et humaines des agences de régulation, et enfin de l'usage qui est fait par les politiciens de contourner les décisions prises, pour pouvoir déterminer si les agences de régulation sont belles et bien indépendantes. Et les études statistiques et empiriques tendent à prouver que c'est le cas, au delà de toute espérance.

Au départ, les nouvelles agences de régulation ont été conçues pour se conformer aux modèles nationaux d'élaboration de politiques de régulation. Différents cas de figure se sont présentés selon les pays, qui ont été largement fonction des contextes et traditions propres à chaque État. Dans le cas de la Grande-Bretagne, le choix fut fait de déléguer des pouvoirs de régulation à des experts et des personnalités non-partisanes. Le but ainsi affiché était d'assurer la défense des intérêts des particuliers contre les abus potentiels ou avérés des firmes. Beaucoup de régulateurs ont ainsi été choisis parmi les « great and good », c'est-à-dire des individus sans affiliation publique à un quelconque parti politique.⁶

En Europe continentale, par contre, l'approche de la question était quelque peu différente ; de fait l'allocation des fonctions de régulateurs s'est souvent faite au profit de personnalités plus clairement liées au monde politique. C'est particulièrement flagrant dans le cas de l'Italie. Ça l'est moins pour la France, où l'on trouve parmi les régulateurs des universitaires et autres membres des élites de grands corps. Ça l'est encore moins pour l'Allemagne, où l'on trouvera parmi les régulateurs de nombreux juristes, ce qui expliquera une certaine dérive ultérieure des agences de régulation allemandes vers un juridisme outrancier.

On observe également des différences notables au niveau des modes de contrôle que les dirigeants nationaux ont mis en place pour suivre l'action de ces agences indépendantes. Les modes de contrôle formels de ces régulateurs ont été globalement peu utilisés. On a observé peu de démissions de régulateurs à ce jour, et par ailleurs les gouvernements ont peu fait usage de leur pouvoir d'inverser les décisions prises par ces agences de régulation.

agencies, in L'institutionnalisation de l'Europe (dir. Renaud Dehousse & Yves Sirel), 2002, p1.

⁴ Voir Mark Thatcher, 2002a.

⁵ Voir Giandomenico Majone, *La Communauté européenne, un Etat régulateur*, Paris, 1996, p 134

⁶ Mark Thatcher, "Delegation to independent regulatory agencies : pressures, functions and contextual mediation", *West European Politics* 25 (1) 2002b, p139

Des méthodes plus officieuses et informelles ont été à l'honneur, basées sur le dialogue, qui a été soutenu et continu dès le départ. De fait, les conflits publics entre les autorités de régulation indépendantes et les gouvernements sont rares, bien que leurs rapports soient assez importants.

Avec le temps, on a assisté à une évolution tout aussi informelle de ces rapports entre agences indépendantes et gouvernements ; les agences de régulation se sont vues confier des pouvoirs de plus en plus étendus : ainsi les agences sont devenues des acteurs clé, grâce à l'acquisition d'une expertise technique appréciable, qui en a fait des acteurs incontournables en matière de régulation ; et grâce également au développement de leur réputation et de leur poids politique. En effet ces agences ont su développer des objectifs cohérents et des canevas conceptuels qui ont structuré leur politique, d'où leur grande crédibilité.

Dans le cas britannique, on a assisté à un accroissement du rôle des régulateurs grâce à l'expertise, l'information, et des contacts réguliers avec les parties concernées. Ces régulateurs ont recouru à une doctrine et des analyses économiques qui ont permis d'accroître la crédibilité de ces agences de régulation, ainsi que le nombre de décisions qui ont été prises.

Dans le cas de l'Allemagne, l'agence de régulation de la concurrence, le BKA, a beaucoup accru son indépendance vis à vis des ministères, lesquels n'ont jamais fait usage de leurs pouvoirs pour contourner les décisions prises par les régulateurs. La stratégie du BKA a consisté en une judiciarisation du processus de régulation, par le biais de pseudo-tribunaux, et d'investigations, qui ont été menées en préalable à toute décision. Par contre, dans le cas suivant, la réussite a été plus modeste que dans le cas britannique. De fait, la poursuite de l'intégration européenne a débouché sur l'émergence de la Direction Générale de la Concurrence (sous l'autorité de la Commission Européenne), véritable adversaire du BKA ; en outre, le BKA a également eu à subir la concurrence des Cour d'Appel allemandes qui ont remis en cause certaines décisions importantes (en 1999, la Cour de Berlin a remis en cause une décision concernant la Lufthansa).⁷ Par ailleurs, le BKA a souffert d'une démarche parfois trop étroitement attachée au strict respect de la loi, sans considération pour la réflexion politique, économique ; une démarche qui n'a pas non plus fait grand cas des positions de l'opinion publique sur les divers sujets que le BKA a été amené à traiter.⁸ Enfin, dans le cas de la France et de l'Italie, on

a aussi noté une progression. Même dans ces pays où il n'existait pas de tradition d'agences indépendantes, les nouveaux régulateurs ont progressivement établi leur propre profil et leurs idées.

Cependant, pour mettre un bémol à ce bilan plutôt positif, soulignons que les agences de régulation indépendantes souffrent d'un autre problème : alors qu'elles gèrent des tâches importantes, et font face à des firmes puissantes aux ressources considérables, elles sont peu nombreuses et modestement dotées du point de vue financier. Cela peut limiter éventuellement contribuer à limiter leur marge de manœuvre et les amener à une plus grande dépendance vis-à-vis des gouvernements. De fait, on observe que si les gouvernements ne font pas usage de leurs pouvoirs formels les plus visibles pour contrôler les agences de régulation, ils ont pu avoir recours, le cas échéant, à la limitation de leurs ressources pour les canaliser.

On peut globalement conclure que les agences ont tout de même gagné en indépendance vis-à-vis des élus. Elles se sont avérées capables de contester leurs vues, parfois même en public (par exemple en France, où l'ART s'est publiquement opposée aux plans de distribution des licences UMTS du gouvernement).⁹ Les agences de régulation indépendantes ont survécu, ont établi de façon incontestable leur pouvoir et leur indépendance vis-à-vis des différents gouvernements, autant de choses qui étaient inattendues au départ. Par ailleurs les craintes qui existaient que ces agences soient hautement politisées en France et en Italie, et sous le contrôle des élus, se sont avérées relativement infondées.

Les agences indépendantes, dotées de pouvoirs pour élaborer leurs propres politiques, posent problème pour les modèles traditionnels européens de responsabilité basée sur les législatures responsables devant leur électeurat. De fait, il est vrai que les agences de régulation indépendantes sont des corps composés de membres non-élus. Ces corps sont élaborés avec peu de directives procédurales et des objectifs larges, ce qui autorise une bonne marge de manœuvre, mais engendre le risque d'une opacité et de procédures discrétionnaires certaines.

Avant la création des agences de régulation indépendantes, les relations entre gouvernements et grandes firmes étaient étroites et constantes. Puissants, établis de longue date, les « champions nationaux » jouissaient d'une grande influence politique. Ces relations, plus ou moins opaques, étaient basées sur un système de faveurs mutuelles – les gouvernements garantissaient un certain niveau de protection contre la

⁷ Stephen Wilks & Ian Bartle, "The unanticipated consequences of creating independent competition agencies", *West European Politics* 25(1) 2002, p166.

⁸ *ibid*, Wilks.

⁹ Mark Thatcher, 2002b, p140.

concurrence, en échange de quoi ils obtenaient en retour emplois et financements pour leurs partis politiques. La pratique du pantouflage et du parachutage de politiciens ou de fonctionnaires dans les conseils d'administration des grandes firmes était monnaie courante, et existe encore.

Les membres des agences de régulation ne sont pas concernés par aucune forme de considération électoraliste, n'étant pas des élus, et font face par contre à de contraignantes règles légales en matière de corruption. Cependant, il existe peu de règles concernant leurs occupations avant et après leur appartenance à l'une de ces agences. En outre, les régulateurs disposent d'une discrétion importante quant à l'usage de leurs prérogatives. Leurs objectifs sont en effet souvent définis de façon très générale par la loi. Leur secteur d'activité délimité, ils ont une bonne marge de manœuvre concernant les moyens à mettre en œuvre pour exercer leurs activités.

Divers indicateurs quantitatifs nous permettent d'apprécier la nature des relations entre régulateurs et les firmes qu'ils ont pour mission d'encadrer, pour évaluer la possibilité de « capture » de ces régulateurs par les intérêts privés. En premier lieu, l'étendue de la pratique du pantouflage, la fameuse « revolving door » de Thatcher : les régulateurs provenant de firmes régulées, et repartant en fin de mandat vers les entreprises régulées. La mesure de cette pratique nous donne une idée de la distance relationnelle existant entre une agence de régulation et les firmes qu'elle régule.¹⁰ Cette pratique peut contribuer à mettre en place des régulateurs disposant d'incitations matérielles les amenant à favoriser les firmes régulées. Le nombre de fusions bloquées par les agences de régulation, ou soumises à condition, est aussi un indicateur révélateur compte tenu du fait que de telles fusions sujettes à contrôle sont souvent le fait de firmes puissantes. Enfin, le nombre de contestations des décisions du régulateur devant les tribunaux indique s'il existe des conflits entre agences de régulation et régulés.

Or, l'on observe qu'en Europe continentale, la pratique de la « revolving door » reste limitée, puisque seule une minorité de régulateurs est recrutée dans le secteur privé. En France, pays où cette pratique est la plus courante, seulement 26% des régulateurs proviennent du secteur privé. La Grande-Bretagne fait exception, puisque qu'on y constate qu'une proportion élevée de régulateurs (71%) proviennent du privé. C'est

particulièrement vrai dans le cas de l'OFT et de la *Monopolies and Mergers Commission* (MMC).¹¹

En ce qui concerne le nombre de fusions, on constate que très peu de fusions sont rejetées, ou même soumises à condition. Même lorsque les régulateurs entreprennent des investigations précises relatives à des cas choisis pour être susceptibles de poser problème, une importante proportion de fusions est autorisée. On peut se demander pourquoi les agences de régulation laissent passer autant de fusions, qui sont autant de menaces potentielles à la concurrence. L'explication que l'on peut avancer pour répondre à cela est que la régulation de la compétition par les agences de régulation indépendantes exerce une influence dissuasive si considérable que les firmes susceptibles de procéder à des fusions sujettes à contestation ne veulent même pas prendre le risque de se faire rabrouer par le régulateur. Cependant, une telle hypothèse reste à prouver. On peut également avancer que le manque de moyens dont disposent les régulateurs les incitent à être très sélectifs dans les cas sur lesquels ils choisissent d'enquêter. Une troisième réponse possible est que les autorités régulatrices recourent à des solutions informelles pour résoudre les problèmes relatifs à des cas de fusions litigieux. Certaines études, selon Thatcher, permettent d'asseoir cette hypothèse selon laquelle il existe des relations étroites et amicales entre régulateurs et firmes régulées.

On peut enfin évaluer le niveau d'indépendance des agences de régulation vis-à-vis des régulés d'après le nombre de recours en justice pour contester les décisions prises par les régulateurs, qui sont des procédés aux antipodes des arrangements privés et des compromis entre régulés et régulateurs que l'on serait en droit d'attendre si de grandes firmes avaient de l'influence sur les agences de régulation. Et là, on constate une grande diversité dans les données disponibles, qui indiquent une importante disparité de pratiques selon les pays. Très rares en Grande-Bretagne, assez rares en France, les recours sont massifs en Allemagne, où le RegTP, l'agence de régulation pour les services postaux et télécommunications, a vu plus de 80% de ses décisions contestées en justice depuis 1998.¹²

Globalement, le bilan est plutôt bon dans l'ensemble : sur le continent, les liens entre régulateurs et firmes semblent être relativement ténus, et le nombre de recours en justice concernant les décisions des agences de régulation est significatif, ce qui semble devoir indiquer que les régulateurs sont assez indépendants. On notera toutefois ici l'exception

¹⁰ Mark Thatcher 2002a, p7.

¹¹ Ibid, Thatcher 2002a, p. 8

¹² Ibid, Thatcher 2002a, p. 10

britannique, où ces liens semblent plus étroits et où moins de recours ont été enregistrés. D'un autre côté, peu de fusions ont été bloquées par les régulateurs, quels qu'ils soient. Selon Thatcher, des études de cas précises ont permis de démontrer que les liens relationnels entre firmes et agences de régulation sont restés limités, mais que ces dernières n'ont pas non plus cherché à attaquer les avantages structurels de certaines firmes. Ainsi, il n'a jamais été porté atteinte à l'intégrité des Léviathans des télécommunications publiques (France Télécom, British Telecom, etc.) pas plus qu'aux géants de l'eau et de l'énergie. La politique menée a bien plutôt consisté en une régulation comportementale, optant pour la régulation des prix dans le cadre d'une approche gradualiste au lieu d'un contrôle rigide (cf Coen, Héritier et Böhlhoff).¹³

Ainsi, bien que les rapports entre régulateurs et régulés puissent être plutôt distants et froids dans l'ensemble, on ne trouve pas de remise en cause des restructurations, ni de volonté de remise en cause de l'hégémonie de certaines firmes ayant hérité de positions dominantes. On peut donc dès lors s'interroger sur la volonté réelle des régulateurs à réguler les activités des poids lourds du marché, et, partant, sur la légitimité même de leur action.

Pour remédier à ce problème, on a développé diverses formes de responsabilité et de légitimation pour ces agences indépendantes. On a instauré des procédures de contrôles des élus sur les agences ; les agences doivent désormais répondre de leurs actes : il leur faut les expliquer et répondre aux questions qui leur sont posées par ces élus. Elles sont ainsi amenées à produire des rapports annuels d'activité, de se soumettre à des auditions devant des comités législatifs, et de se soumettre à la vigilance d'organismes de surveillance mobilisés à cet effet, comme c'est le cas pour la Cour des Comptes en France. Ainsi, les membres de ces agences de régulation indépendantes sont d'une certaine manière responsables et comptables de leur politique et de leurs activités, à défaut de pouvoir se réclamer d'une légitimité électorale.

Cette responsabilité a en outre été élargie vis-à-vis des consommateurs et des entreprises régulées, par le biais de publications de documents, d'organisation de meetings, et d'auditions-débats qui ont permis une meilleure lisibilité de leur politique au sein de l'opinion publique. En effet, cette explication des politiques menées, données à l'appui, a grandement accru la transparence dans le fonctionnement des agences indépendantes. Cette plus grande transparence, et cette information plus

importante permet une contestation et l'appel des décisions par tout un chacun sur des bases concrètes, d'où une plus grande légitimité pour les politiques menées, tandis qu'auparavant, les choix ministériels étaient annoncés avec peu d'informations complémentaires, ce qui ne réduisait d'autant plus la lisibilité des choix politiques. La responsabilité par le biais du contrôle judiciaire a également progressé : les décisions des agences ont été mises en causes par le biais de contrôles administratifs, un processus qui a été grandement facilité par la plus grande quantité d'informations et d'explications rendues disponibles.

II° Une légitimation par de meilleures procédures d'élaboration des politiques

Avant l'apparition des agences de régulation indépendantes, la régulation était souvent largement l'apanage de petits comités fermés, dominés par des politiciens élus et les intérêts des firmes (cf Foster, 1992)¹⁴ ; les gouvernements prenaient les décisions en aparté après négociations avec les représentants des firmes impliquées. Les processus de décision étaient foncièrement clos et opaques, et manquaient de principes directeurs et de consistance, susceptibles pourtant de leur donner la légitimité dont ils manquaient. Les législatures, quant à elles, ne disposaient que de peu d'informations sur ces prises de décision, et n'avaient de toute façon qu'un pouvoir très restreint sur la politique de régulation.

L'architecture institutionnelle entourant aujourd'hui les agences de régulation indépendantes donne peu de détail sur tout ce qui touche à la consultation ou la publication d'informations, ce qui peut paraître surprenant si l'on considère le fait qu'en tant qu'institutions apolitiques, on attend des agences de régulation indépendantes qu'elles soient hautement technocratiques (cf Radaelli, 1999)¹⁵. Toutefois, on observe que dans la pratique, les agences de régulation ont su s'émanciper de ces procédures privées et closes qui prédominaient auparavant. Ces agences ont prouvé qu'elles ont su faire preuve d'ouverture dans la prise de décision, et qu'elles sont restées sujettes à la vigilance et l'observation politique et administrative.

¹⁴ C.Foster, *Privatisation, public ownership and the regulation of natural monopoly*, Oxford 1992, cite par Mark Thatcher, 2002a.

¹⁵ C.Radaelli, *Technocracy in the European Union*, London 1999, cite par Mark Thatcher, 2002a.

¹³ Ibid, Thatcher 2002a, p. 10

Le nombre des acteurs impliqués dans les débats et consultations a progressé de façon significative, pour commencer. Ces acteurs nouvellement entrés dans le débat sont très divers, qu'il s'agisse de lobbies de consommateurs, de la Commission Européenne, par le biais de la désormais célèbre DGIV, de simples usagers, ou encore d'entrepreneurs, de firmes étrangères, etc.

Les agences de régulation ont créé de nouvelles procédures, comme la production de documents consultables et de commentaires divers. Elles ont publié un volume d'information, sur les sujets abordés, bien plus considérable que ce qu'ont fait les gouvernements, même sur des sujets sensibles tels que les coûts, les prix ou les parts de marché. Des systèmes d'audiences publiques ont été mis en place, pour le questionnement, et éventuellement, la contestation du bien-fondé des politiques menées. Elles ont également rendues accessibles les modèles, économiques et économétriques, sur lesquels leurs décisions sont basées, ce qui facilite la mise en cause et la critique des politiques menées. Cela ne s'est pas uniquement produit en Grande-Bretagne, pays d'obédience libérale, mais aussi, et c'est ce qui est significatif, dans des pays européens à la gestion traditionnellement plus opaque, comme l'Italie, où les agences de régulation ont pourtant opté pour un corpus de procédures basées sur les principes de transparence et de contestabilité. L'information globalement produite par les agences de régulation a été largement diffusée, ne serait-ce que par le niveau de fréquentation des sites Internet de certaines de ces agences. Les agences de régulation ont ainsi bâti une expertise dépassant celle des administrations ministérielles qui les ont précédées dans leur mission. Thatcher nous donne l'exemple d'Oftel, le régulateur britannique du secteur des télécommunications, qui développa une expertise et une information supérieure à celle de son prédécesseur, le Département du Commerce et de l'Industrie, preuve s'il en est de l'efficacité de ce nouveau mode de gestion.¹⁶ Les agences de régulation indépendantes ont également eu recours à des données et des preuves économiques, faisant souvent entrer en jeu des experts de l'extérieur. Leurs budgets ont augmenté, et surtout, nombre d'experts spécialisés, tels que des juristes et des économistes, sont apparus. Cela était vraisemblablement motivé par le désir de donner consistance et cohérence aux politiques menées. Les régulateurs ont donné des raisons pour justifier leurs décisions, même lorsque nul ne les obligeait à le faire. Ils ont développé ainsi toutes sortes de doctrines publiques, de canevas conceptuels, et de principes pour leurs actions. À tout le moins, ils

ont permis la structuration d'un débat, et ont posé les critères permettant l'évaluation de leurs politiques. De plus, on prend la mesure de la fiabilité des décisions prises, en termes d'usage de procédures administratives appropriées et de respect des objectifs et du champ de compétences prédéfini, en notant que peu de recours en justice contre les décisions des régulateurs ont été couronnés de succès. Alors que l'AGCM italienne n'a vu que 27% de ses décisions remises en cause par un tribunal depuis 1990, la Monopolies and Mergers Commission britannique n'a jamais été contrée sur cette période.¹⁷

Enfin, bien qu'étant des institutions dont les membres ne sont pas élus, les agences de régulation indépendantes sont devenues peu à peu sujettes à un degré de responsabilité plus important que celui des gouvernements. Cette rationalisation des processus de décision a eu un effet certain sur ce degré de responsabilité. Leurs décisions au sujet des prix, de la qualité des services, ont été sujettes à débat, et, de facto, controversées : à ce niveau, la plus grande information qu'elles ont su fournir, comme on l'a vu, a favorisé ces discussions. Il est arrivé en outre que la couverture médiatique de certaines agences indépendantes soit importante, et que certains régulateurs soient devenus des figures publiques de 1^{er} plan, tenues responsables par l'opinion des actions de leurs agences. Par ailleurs rappelons que les législatures n'ont pas manqué de faire usage de leurs pouvoirs pour réclamer de l'information et appeler les régulateurs à répondre de leur décisions. Enfin, les agences de régulation indépendantes font toujours l'objet d'une surveillance de la part d'administrations internes telles que la Cour des Comptes en France, ou le National Audit Office en Grande-Bretagne. La mise en place pratique de tous ces contrôles a été d'autant plus facile que les agences de régulation prêtent le flanc aux critiques par une plus grande cohérence et une meilleure lisibilité de leurs politiques.¹⁸

Les agences indépendantes ont influencé les politiques dans un sens parfois inattendu. Beaucoup d'informations ont été publiées, et les relations privilégiées entre élus, ministres, et firmes favorisées ont été affaiblies. Comme on l'a vu, toutes ces relations sont devenues beaucoup plus transparentes et légales, et des règles formelles sont venues remplacer les arrangements officieux qui prédominaient auparavant. Cela a même pu s'observer dans le cas de secteurs à forte tradition de self régulation, comme la City à Londres. On a pourtant vu que cette politique du tout formel – tout

¹⁶ Mark Thatcher 2002a, p11.

¹⁷ Mark Thatcher 2002a, p12

¹⁸ Mark Thatcher 2002a, p12

judiciaire a pu se révéler être à double tranchant, comme dans le cas de l'Allemagne.

Par contre, dans le cas de la Direction Générale de la Concurrence européenne, on assiste à un résultat spectaculaire. Créée pour défendre la concurrence et le libre-marché, elle est restée peu active pendant vingt-cinq ans. Puis, elle s'est décidée à exploiter pleinement ses pouvoirs dans les années 1980. On assiste alors à une action plus engagée à l'encontre des cartels et des monopoles. Une machinerie et un appareil de contrôle conséquents ont été développés. L'un des temps forts de cet essor a été en 1989 lors de l'instauration d'un système de contrôle des fusions.

Ainsi, au fil du temps, d'une structure à l'origine très limitée et relativement inefficace, la Direction Générale de la Concurrence est devenue une formidable machine à promouvoir l'intégration économique du marché commun européen. En contrôlant également les monopoles publics, ainsi que les aides des États, la DG IV a résolument inscrit son action dans la lutte contre les abus gouvernementaux, plutôt que contre les compagnies. Les États membres de l'Union Européenne ont donc créé une agence indépendante qui les force à respecter leurs engagements en faveur des marchés.¹⁹

Un tel développement des activités de la Direction Générale de la Concurrence dans les années 1980 tient essentiellement à deux choses : tout d'abord un volontarisme politique affirmé : les commissaires européens se sont de facto beaucoup investis dans ce sens, avec le soutien de la Cour de Justice Européenne, et de nombreux juristes de la DG IV ; cela tient aussi à contexte, un environnement favorable : il existait par ailleurs en Europe, dans les années 1980, un engagement massif néo-libéral pour les solutions de marché aux divers problèmes économiques, ainsi qu'une dynamique d'intégration du marché commun affirmée comme but économique et politique de l'Union.²⁰

La Direction Générale de la Concurrence a su élargir sa juridiction en toute indépendance, et avec des fondements légaux. Elle a développé un partenariat avec la Cour de Justice de la Communauté Européenne et tout un ensemble de juristes spécialistes de la concurrence. Le problème qui en est issu est le même que celui qu'a connu le BKA en Allemagne : un juridisme outrancier en est issu, jusqu'à en arriver à défier parfois la logique

même de l'économie, ce qui aura pu causer à l'occasion des soucis pour les gouvernements nationaux, et pour les observateurs académiques.²¹

De façon générale en Europe, les politiques de régulation ont pu, avec le temps, changer d'orientation de façon souvent imprévue. En Grande-Bretagne, la libéralisation et la défense de la compétition n'étaient que des objectifs secondaires à l'origine pour les agences de régulation, et ces considérations sont passées au 1^{er} plan. En France et en Italie, de telles normes sont même développées à l'encontre des traditions de régulation étatique.

Ce comportement des agences indépendantes a affecté les réformes institutionnelles ultérieures. A la lumière des expériences évoquées précédemment, les Etats ont délégué davantage de pouvoirs aux agences indépendantes, des pouvoirs qui ont été contrebalancés par des moyens renforcés de contrôle de leur action pour les parlementaires et les régulés. En 1998, le *Competition Act*, en Grande-Bretagne, a accru les pouvoirs du *Monopolies and Mergers Commission* contre les comportements anti-concurrentiels, sur la base des articles 80 et 81 du Traité de Rome. Répondant à des problèmes de manque de clarté dans les objectifs et de transparence, de même qu'au problème de manque de représentation indépendante des consommateurs, en 2000, le *Utilities Act* a renforcé les pouvoirs du régulateur du secteur de l'énergie, pour mieux punir les comportements anti-concurrentiels.²² Cependant, les procédures sont restées restreintes. En outre, ces nouveaux pouvoirs ont été dans les faits contrebalancés par l'émergence de moyens de contrôle plus élaborés de la part des élus et des entreprises qui ont eu à leur faire face.

La politique de régulation par délégation de pouvoirs à des autorités de régulation indépendantes, a malgré tout ses limites. De fait, les agences étudiées en Europe sont généralement beaucoup moins indépendantes qu'on pourrait le supposer de prime abord, et que le sont les « indépendant commissions » aux États-Unis.

Cependant, elles ont su, avec le temps, et à travers une continuité très remarquable dans l'action et dans leur développement progressif, élargir leur indépendance de façon notable.

Les conséquences de cette politique de délégation sont de deux ordres : d'un point de vue interne, les agences de régulation indépendantes ont bâti une expérience et des sources de savoir économique et juridique

¹⁹ Stephen Wilks & Ian Bartle, "The unanticipated consequences of creating independent competition agencies" *West European Politics* 25" (1) 2002, p168.

²⁰ Ibid. p.168

²¹ Stephen Wilks & Ian Bartle, "The unanticipated consequences of creating independent competition agencies", *West European Politics* 25(1) 2002, p169.

²² Mark Thatcher 2002b, p. 141

spécialisés de premier ordre, ce qui facilite le développement ultérieur de la réflexion politique et de l'action de ces agences dans le bon sens. Ensuite, d'un point de vue externe, ces agences ont su établir une légitimité certaine par la vertu de leur expertise et plusieurs décennies de gestion responsable, ce qui ne peut qu'inciter à la confiance. De fait, aujourd'hui, leur légitimité leur est propre, et ne dépend plus des gouvernements qui les chapotent. Ainsi, une dynamique est créée, qui laisse présager un développement ultérieur de leur indépendance et de leurs activités.

Globalement, on retiendra que les agences de régulation européennes ont créé la surprise en passant d'une attitude passive et symbolique à une promotion agressive de l'économie de marché, en échappant ainsi largement à la griffe des intérêts industriels – ce qui est une grande réussite – pour malheureusement tomber sous celle d'un économisme et d'un juridisme étroits qui ne savent pas toujours voir où se trouve l'intérêt général. On se retrouve ici face au risque que le phénomène du « *spill over* », qui contribue au développement des institutions européennes, ne finisse par faire de la bureaucratie européenne une machine incontrôlable. Dans ce contexte, les procédures de responsabilité des agences de régulation indépendantes devant les élus ne sauraient être marginalisées, tant le maintien d'une certaine surveillance du politique peut s'avérer salutaire.

*
* *

Conclusion : limite des approches fonctionnelles

Les raisons qui ont poussé les responsables élus à déléguer ces fonctions de régulations à des délégués indépendants sont essentiellement fonctionnelles : en premier le souhait de transférer la responsabilité, le besoin d'engagements crédibles, et de répondre à des demandes techniques grandissantes envers les décideurs politiques nationaux. En Europe de l'ouest, la délégation de compétences à des agences de régulation indépendantes a aidé les élus à faire face aux pressions croissantes, comme celles qui proviennent des privatisations, libéralisations, développement technique et économique, chocs entre l'opinion publique les objectifs visés et effets des organisations supranationales. Par contre, l'analyse fonctionnaliste de ce développement des délégations aux agences indépendantes a ses limites. Ces limites apparaissent à travers les comparaisons entre pays et sur la durée. Bien qu'ils soient confrontés aux mêmes pressions, les pays concernés ont fait des choix différents ; la

Grande-Bretagne a eu procédé aux plus importantes délégations dans les années 1980 et 1990, en établissant des agences indépendantes aussi bien dans la régulation de la concurrence que dans les champs sociaux et environnementaux. Les autres pays ont créé moins d'agences. En termes de délégation à des agences indépendantes, c'est l'Allemagne qui est restée le plus en retrait. De leur côté, la France et l'Italie ont délégué moins que la Grande-Bretagne, et ce malgré le fait qu'elles aient eu à faire face à des problèmes plus graves en matière de crédibilité dans l'engagement. On aura également pu noter d'importantes différences au niveau de l'extension et de la forme institutionnelle de ces délégations.²³

De la même façon, les comparaisons entre secteurs montrent qu'en dépit de la pression fonctionnelle pour plus de délégation, des choix différents ont été faits : dans certains domaines, les agences indépendantes sont devenues la norme (notamment le secteur des télécommunications et la régulation de la concurrence). D'autres domaines ont vu fleurir beaucoup moins d'agences de ce type : ainsi en est-il des questions de la parité des sexes et de l'égalité raciale, de l'environnement, ou de l'eau. En fin de compte, les mêmes formules institutionnelles ont parfois été exportées d'un domaine à un autre au sein d'un même pays malgré des différences significatives existant au niveau des pressions pour plus de délégations de pouvoirs.

Les pressions fonctionnelles ne déterminent pas une réponse institutionnelle unique ; on note que des facteurs contextuels peuvent influencer fortement les choix politiques par intermédiation entre les pressions pour la délégation et les réponses institutionnelles à ces pressions, et les effets des délégations. De fait, dans certains pays ou secteurs, les traditions étatiques et les structures encouragent les décideurs politiques à répondre aux problèmes et pression par des délégations de pouvoirs à des agences de régulation indépendantes. La Grande-Bretagne est un exemple où les facteurs contextuels ont joué en faveur de telles délégations : en raison des traditions étatiques et de l'influence de l'apprentissage fournies par les États-Unis, la délégation à des agences indépendantes est souvent présentée comme une bonne réponse institutionnelle.

Par contre, dans d'autres pays et secteurs, les facteurs contextuels peuvent jouer dans le sens inverse. Il peut très bien par exemple exister des modèles institutionnels alternatifs capables de rivaliser avec le système des agences de régulation indépendantes. Un pouvoir central faible, des oppositions nombreuses et des obstacles constitutionnels peuvent rendre de

²³ Mark Thatcher 2002b, p134

telles délégations difficiles et lentes à mettre en œuvre. En Allemagne, le système fédéral et les traditions étatiques ont freiné la délégation à des agences indépendantes, malgré les pressions comme celles des réglementations supranationales ou des privatisations et des libéralisations ; à la place, des corps chargés de mettre en œuvre la régulation, au sein des ministères, ont été utilisés. En France et en Italie, la pratique de la délégation s'est développée seulement après l'établissement du succès des premières agences. La pratique reste largement limitée au domaine du contrôle de la concurrence, avec peu d'agences en charge d'intérêts publics.

L'importance des facteurs contextuels est également très nette dans les décisions prises au sujet de la forme institutionnelle des agences de régulation indépendantes. Confrontés à des problèmes similaires, les décideurs nationaux ont à disposition tout un éventail de choix concernant l'étendue des délégations, la nature des pouvoirs délégués, et les contrôles imposés sur ces agences indépendantes. On se rend compte que, même dans un domaine comme celui des télécommunications, caractérisé par de puissantes forces supranationales, des régulations supranationales, des différences significatives subsistent dans la forme institutionnelle de ces agences.

Ainsi, les conséquences de la délégation à des agences de régulation indépendantes sont loin d'avoir été comprises par l'analyse de l'objet de la délégation et des arrangements institutionnels. Des liaisons

informelles se développent affectant la distribution du pouvoir et le développement des politiques. Les conséquences peuvent être inattendues au moment où l'on procède à des délégations. Le contexte influence également ces résultats. ■

Bibliographie

THATCHER, Mark. "Delegation to independent regulatory agencies : pressures, functions and contextual mediation", *West European Politics* 25(1) 2002

THATCHER, Mark. *Regulation in Europe : independent regulatory agencies*, in L'institutionnalisation de l'Europe (dir. Renaud Dehousse & Yves Surel), 2002

WILKS, Stephen, & BARTLE Ian, "The unanticipated consequences of creating independent competition agencies", *West European Politics* 25(1) 2002

GIANDOMENICO Majone, *La Communauté européenne, un Etat régulateur*, Paris, Montchrestien, 1996.

PERROT, Anne. « Les frontières entre régulation sectorielle et politique de la concurrence » *Problèmes économiques*, février 2003