

OECD / International Transport Forum (Paris) (Ed.)

Working Paper

De meilleures réglementations économiques: Le rôle du régulateur. Synthèse et conclusions

International Transport Forum Discussion Paper, No. 2011-3

Provided in Cooperation with:

International Transport Forum (ITF), OECD

Suggested Citation: OECD / International Transport Forum (Paris) (Ed.) (2011) : De meilleures réglementations économiques: Le rôle du régulateur. Synthèse et conclusions, International Transport Forum Discussion Paper, No. 2011-3, Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), International Transport Forum, Paris,
<https://doi.org/10.1787/5kg9mq42xlr7-fr>

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/109179>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

De meilleures réglementations économiques : Le rôle du régulateur

03

Document de référence
2011 • 03

Document de référence n° 2011-03

Table Ronde 2-3 décembre 2010

**DE MEILLEURES
RÉGLEMENTATIONS ÉCONOMIQUES :
LE RÔLE DU RÉGULATEUR**

SYNTHÈSE ET CONCLUSIONS

Avril 2011

FORUM INTERNATIONAL DES TRANSPORTS

Le Forum International des Transports, lié à l'OCDE, est une organisation intergouvernementale comprenant 52 pays membres. Le Forum mène une analyse politique stratégique dans le domaine des transports avec l'ambition d'aider à façonner l'agenda politique mondial des transports, et de veiller à ce qu'il contribue à la croissance économique, la protection de l'environnement, la cohésion sociale et la préservation de la vie humaine et du bien-être. Le Forum International des Transports organise un sommet ministériel annuel avec des décideurs du monde des affaires, des représentants clés de la société civile ainsi que des chercheurs éminents.

Le Forum International des Transports a été créé par une Déclaration du Conseil des Ministres de la CEMT (Conférence Européenne des Ministres des Transports) lors de la session ministérielle de mai 2006. Il est établi sur la base juridique du Protocole de la CEMT signé à Bruxelles le 17 octobre 1953 ainsi que des instruments juridiques appropriés de l'OCDE. Son Secrétariat se trouve à Paris.

Les pays membres du Forum sont les suivants : Albanie, Allemagne, Arménie, Australie, Autriche, Azerbaïdjan, Bélarus, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Canada, Corée, Croatie, Danemark, ERYM, Espagne, Estonie, États-Unis, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Inde, Irlande, Islande, Italie, Japon, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Mexique, Moldavie, Monténégro, Norvège, Nouvelle-Zélande, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine.

Le Centre de Recherche du Forum International des Transports recueille des statistiques et mène des programmes coopératifs de recherche couvrant tous les modes de transport. Ses résultats sont largement disséminés et aident la formulation des politiques dans les pays membres et apporte également des contributions au sommet annuel.

DOCUMENTS DE RÉFÉRENCE

La série des documents de référence du Forum International des Transports rend les recherches menées par le Centre de Recherche sur les transports ou entreprises à sa demande accessibles aux chercheurs et professionnels du transport. L'objectif est de contribuer tant à la compréhension du secteur des transports qu'à l'élaboration des politiques de transport. Les documents de référence ne sont pas amendés par le Forum International des Transports ; ils ne reflètent que l'opinion de leurs auteurs.

Ils peuvent être téléchargés à l'adresse suivante :

www.internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/jtrcpapersfr.html

Le site Web du Forum International des Transports est :

www.internationaltransportforum.org

Pour de plus amples renseignements sur les Documents de référence et les autres activités du CCRT, veuillez envoyer un courriel à : itf.contact@oecd.org

SOMMAIRE

1. INTRODUCTION	4
1.1 Actifs spécifiques	4
1.2 Indépendance	6
2. OPPORTUNITÉ DE LA RÉGLEMENTATION.....	6
2.1 Incidence (de l'évolution) du contexte réglementaire sur le choix du mode de gouvernance	6
2.2 Adaptation du mode de gouvernance à l'évolution des marchés	9
2.2 Adaptation de la réglementation à l'environnement institutionnel	11
2.4 Faisabilité technique de la réglementation.....	11
3. EFFICACITÉ DE LA RÉGLEMENTATION	12
3.1 Cohérence chronologique, contrats incomplets et équation pouvoir discrétionnaire/capture	12
3.2 Portée du pouvoir discrétionnaire	13
3.3 Réglementation et politique	15
3.4 Chocs extérieurs	16
3.5 Transparence	18
3.6 Le régulateur et le sens politique	18
3.7 Défense de l'indépendance et prévention de la capture	19
3.8 Indépendance envers qui ?	19
3.9 Données et information	20
3.10 Nombre d'organismes de réglementation	21
3.11 Priorités	22
4. CONCLUSIONS	23
NOTES	26
BIBLIOGRAPHIE	28

Paris, avril 2011

DE MEILLEURES RÉGLEMENTATIONS ÉCONOMIQUES : LE RÔLE DU RÉGULATEUR

1. INTRODUCTION

Des services de transport de qualité apportent beaucoup à la productivité d'une **économie et élargissent l'éventail des activités accessibles aux consommateurs**. Ils requièrent des infrastructures adéquates et des conditions raisonnables d'utilisation de ces infrastructures. Beaucoup d'infrastructures de transport sont lourdes et présentent une intensité capitalistique élevée, ce qui a pour effet de limiter le nombre de prestataires de services. La structure des coûts et la technologie sont parfois telles que la réglementation économique est le meilleur moyen d'optimiser les résultats. La mise en place des structures de gouvernance appropriées – qui consiste notamment à déterminer quand et comment réglementer – est capitale pour les performances du secteur. Elle fait l'objet du présent document qui fait la synthèse des débats menés au cours de la Table Ronde¹ de décembre 2010.

La bonne gouvernance et la quête d'efficacité sont des objectifs toujours louables, mais la crise financière de 2008 a compliqué la définition des cadres réglementaires. Le financement des infrastructures (nouvelles constructions, renouvellements et entretien) sera, dans le sillage de cette crise, plus difficile pendant longtemps pour les secteurs public et privé. Il est à craindre que des infrastructures inadéquates ou mal entretenues freinent la reprise et le développement économique à long terme.

La gouvernance par la réglementation (qu'il s'agisse d'entreprises privées ou publiques à objectif commercial) est intéressante quand la très longue durée de vie des actifs réclame prévisibilité et engagements à long terme dans les relations tout en leur laissant la souplesse nécessaire pour répondre à l'évolution des facteurs extérieurs. Une vision à long terme est souvent difficile à concilier avec les impératifs à court terme du fonctionnement démocratique, mais là où les infrastructures sont réglementées, la transparence que favorise l'indépendance pleine et entière du régulateur est précieuse pour assurer la suffisance des investissements, ainsi que des conditions d'accès raisonnables aux utilisateurs. Une grande partie des débats menés au cours de la Table Ronde a porté sur la marche à suivre pour mettre en place une réglementation indépendante efficace et concilier cette indépendance avec le pouvoir de contrôle dont les organes exécutifs de l'État sont légitimement investis.

Il convient de souligner qu'une réglementation indépendante n'est pas un mode de gouvernance universel par défaut. Les débats se sont aussi étendus sur les circonstances dans lesquelles il convient soit de réglementer, soit de laisser au contrôle de l'État propriétaire ou à la concurrence, si imparfaite soit-elle, le soin de pousser à l'amélioration de l'efficacité. Ils ont montré aussi qu'il était possible d'améliorer de beaucoup les performances des secteurs aérien, ferroviaire et routier en prenant exemple sur ce que plusieurs pays ont réussi à faire pour améliorer leurs structures de gouvernance.

1.1. Actifs spécifiques

La fourniture de services de transport exige de certaines des parties intéressées des investissements spécifiques, qui s'effectuent dans toutes les branches d'activité, mais acquièrent une importance capitale dans le cas d'actifs durables et immeubles dont les coûts irrécupérables sont élevés. Certains éléments clés des infrastructures de transport se caractérisent par une très grande

spécificité de leurs actifs. Les réseaux ferroviaires en sont un bon exemple. Les investissements dans la voie et les équipements de signalisation représentent une fraction importante du coût global de la fourniture des services. Une fois effectués, ils ne peuvent pas être affectés à un autre usage et n'ont qu'une valeur de récupération relativement faible en cas d'abandon du service.

La gouvernance dans l'intérêt collectif pose plusieurs problèmes dans des secteurs où des actifs spécifiques jouent un rôle clé. Elle oblige d'abord et avant tout à se demander ce qu'il y a lieu de faire pour garantir la réalisation d'investissements dont la valeur est faible ou nulle. Les entreprises, publiques comme privées, ont besoin d'être raisonnablement assurées d'un taux de rendement satisfaisant et d'être à l'abri des expropriations. Quand on investit dans un actif destiné à être partagé, ses autres utilisateurs inclinent à payer le moins possible pour son utilisation (cas des terminaux ferroviaires construits par un opérateur auxquels d'autres opérateurs ont accès), même s'ils doivent pour cela renier des promesses antérieures. Si le système de gouvernance n'établit pas un juste équilibre entre les différents intérêts en jeu, il y a à terme risque de sous-investissement. Le dilemme peut également affecter des entreprises verticalement intégrées, notamment des chemins de fer qui dépendent financièrement beaucoup des compensations versées par l'État pour les services de transport de voyageurs assurés sous le couvert d'obligations de service public. Les investissements infrastructurels, et tout particulièrement ceux qui concernent l'entretien, doivent alors être alignés sur l'exploitation des trains en fonction du niveau prévisible de ces compensations. Par ailleurs, les entreprises qui dépendent d'un fournisseur occupant une position de force sur le marché (cas des opérateurs ferroviaires qui dépendent d'un gestionnaire d'infrastructures distinct) veulent être protégées du risque d'usage abusif de cette position dominante ou, en d'autres termes, de comportement opportuniste du propriétaire des infrastructures. La deuxième question est maintenant de savoir ce qu'il y a lieu de faire quand des investissements ouvrent la porte aux comportements opportunistes.

Les possibilités de solution sont multiples. Elles peuvent privilégier le jeu du marché ou un régime de propriété publique, des contrats privés, un régime de concession, la réglementation discrétionnaire ou encore l'entreprise publique (Gomez-Ibanez, 2003). Toutes ces formules ont été mises à l'épreuve, avec des degrés de réussite variant fortement en fonction du contexte institutionnel et conjoncturel. Dans le secteur des transports, le désenchantement suscité par le régime de propriété et de contrôle publics directs et la répugnance à laisser la gouvernance aux seules mains du marché ont conduit beaucoup d'États à opter pour une formule hybride qui charge des régulateurs indépendants de contrôler des entreprises privatisées ou des entreprises publiques investies d'un mandat commercial. Le régulateur sauvegarde l'intérêt des consommateurs en réfrénant l'usage abusif de positions dominantes et défend aussi celui des propriétaires des infrastructures, afin de soutenir leur volonté d'investir pour qu'ils fournissent, aujourd'hui comme demain, des services quantitativement et qualitativement appropriés, à des prix raisonnables.

Le contrôle des infrastructures et de la prestation des services par un régulateur indépendant n'est qu'une des réponses concevables au risque d'incitation à l'opportunisme inhérent à certains investissements spécifiques et présente aussi bien des avantages que des inconvénients. Le chapitre 2 du présent rapport traite des circonstances dans lesquelles cette approche est de nature à donner de meilleurs résultats que d'autres modes de gouvernance. La réglementation discrétionnaire convient mieux dans certaines situations que dans d'autres, ce qui implique que le choix du mode de gouvernance doit être régulièrement réévalué. L'identification des circonstances propices à la réglementation discrétionnaire aide à l'élaboration de réglementations efficaces, mais la réévaluation ne doit pas miner la raison d'être de la réglementation, qui est d'atténuer le risque d'opportunisme.

1.2. Indépendance

Le régulateur doit être indépendant parce qu'il lui est sinon impossible de se consacrer valablement à sa mission de base, c'est-à-dire protéger les droits de propriété et prévenir les comportements opportunistes. Son indépendance vis-à-vis des entreprises réglementées lui est manifestement essentielle pour réfréner ces comportements opportunistes. Son indépendance vis-à-vis du Gouvernement en place est tout aussi importante, surtout si les pouvoirs publics détiennent des actions d'une ou de plusieurs des entreprises réglementées. Plus généralement, « le principal avantage que l'on attend du modèle de régulation indépendante est de mettre les interventions sur le marché à l'abri de l'interférence des sphères politiques et administratives » (OCDE, 2002). Ponti (2010) observe que ce mécanisme de capture est symétrique et fondé sur un échange de faveurs et d'avantages. « L'agence (par exemple le concessionnaire d'un aéroport) pourra ainsi pratiquer des tarifs plus élevés, mais devra en compensation recruter plus de collaborateurs qu'il n'en a besoin pour obtenir l'aval des responsables politiques (votes d'échange) ».

L'indépendance vis-à-vis du Gouvernement du jour est indispensable aussi pour sauvegarder les droits de propriété et assurer la stabilité à long terme nécessaire à la réalisation de gros investissements concentrés dans les actifs à longue durée d'amortissement caractéristiques de nombreuses infrastructures de transport. La focalisation des politiciens sur les consensus à court terme est le prix implicite de la démocratie (Ponti, 2010), mais est loin d'être le meilleur moyen qui soit d'optimiser les investissements en infrastructures. Les concessions de longue durée et le régulateur indépendant sont les principaux mécanismes qui permettent d'atténuer ce problème.

L'indépendance du régulateur implique qu'il soit investi d'un pouvoir discrétionnaire. La question clé est de savoir sur quoi il peut l'exercer ou, en d'autres termes, quelles sont les questions qui doivent relever de son pouvoir de modifier les règlements en vigueur ou ne pas en relever pour rester dans le champ des compétences des responsables politiques. Cette question est examinée dans le chapitre 3. Il est particulièrement difficile d'y répondre là où il s'agit d'événements extraordinaires qui ont des répercussions majeures sur les coûts ou la demande.

2. OPPORTUNITÉ DE LA RÉGLEMENTATION

2.1. Incidence (de l'évolution) du contexte réglementaire sur le choix du mode de gouvernance

Il est de coutume d'affirmer que le mode de gouvernance doit être adapté à son contexte, mais il importe tout d'abord de souligner que le secteur des transports est très hétérogène. Le droit des contrats privés suffit amplement à régir les relations entre fournisseurs privés de services de transport dans une grande partie du secteur. Une intervention publique peut, si elle est indiquée, ne s'avérer nécessaire que sur certaines parties du marché. Il se peut ainsi que certains aéroports jouissent de pouvoirs de marché très affirmés, alors que d'autres n'ont pas, ou encore que des aéroports desservis par des compagnies à bas coûts qui ne sont pas des aéroports-pivots aient à s'accommoder de structures de coûts et de conditions d'exercice du jeu de la concurrence telles que les contrats bilatéraux donnent des résultats satisfaisants et que la réglementation n'y est pas nécessaire (Starkie, 2008) ou risque même d'y être contre-productive.

La plupart des aéroports régionaux britanniques ont été déréglementés quand la concurrence a fait son apparition et c'est ainsi que les aéroports de Liverpool et de Manchester se font aujourd'hui concurrence sur les lignes tant intérieures qu'internationales. Les aéroports sont désormais libérés de leurs contraintes réglementaires, apparemment sans conséquences dommageables sur les tarifs aériens. BAA Plc (*British Airport Authority*), qui a repris les aéroports de Londres, Édimbourg et Glasgow à l'ancienne Autorité des aéroports britanniques (BAA), a été contrainte par la Commission de la concurrence de se défaire de certains de ses aéroports, à commencer par celui de Gatwick en 2010, pour que la concurrence puisse se substituer progressivement à la réglementation des redevances aériennes. La limitation, par voie réglementaire, du niveau des redevances d'utilisation des infrastructures n'est jamais simple et est toujours contestée. La déréglementation évite les coûts de la réglementation et le coût potentiellement élevé des distorsions du marché. Les aéroports australiens bénéficient depuis 2002 d'un bon cadre de gouvernance pour les redevances aériennes et terrestres qui ne fait pas appel à la réglementation, alors même que les distances confèrent un pouvoir de monopole potentiellement significatif à tous les grands aéroports. Les redevances sont contrôlées par les autorités réglementaires et la menace de re-réglementation paraît suffisamment forte pour prévenir toute tarification abusive. Les compagnies aériennes ne sont pas entièrement satisfaites des tarifs fixés de la sorte et Virgin Blue a demandé à deux reprises aux autorités de la concurrence de se prononcer sur les tarifs des services aéroportuaires pratiqués par l'aéroport de Sydney (2002 et 2010)². Les parties sont arrivées dans les deux cas, en 2011 dans le deuxième, à un accord sans devoir demander l'arbitrage formel des autorités de la concurrence. La Commission de la productivité a examiné les accords en 2007 et, ayant estimé que le système fonctionnait assez bien, a recommandé aux aéroports de Sydney, Melbourne, Brisbane, Perth et Adelaïde de le maintenir en vigueur jusqu'en 2013. La Commission se penche actuellement à nouveau sur ces dispositions réglementaires.

Si l'on passe des aéroports aux lignes aériennes internationales, l'entrée sur de nombreux marchés continue à être limitée par des Gouvernements qui cherchent à protéger leurs opérateurs nationaux ou qui le font par le biais d'accords bilatéraux. La déréglementation de ces lignes pourrait être source d'avantages considérables pour les consommateurs. Oum (2009) estime que la mise en œuvre progressive d'accords de ciel ouvert dans l'Union européenne ainsi qu'entre l'Europe et les États-Unis a généré un tiers de la croissance du nombre de passagers-kilomètres observée au cours des deux dernières décennies. Une libéralisation étendue à l'échelle mondiale pourrait ajouter 15 pour cent à la croissance future des marchés aériens internationaux (FIT, 2010). Les bénéfices annuels issus de la déréglementation du marché aérien américain ont été estimés à environ 20 milliards de dollars (Morrison et Winston, 1999), en tenant compte des effets en termes de prix et qualité de service. Ces bénéfices résultent de la décision du Gouvernement américain en 1978 de mettre un terme au contrôle des prix et des routes aériennes.

Comme pour les aéroports, la proximité géographique offre aux ports de mer une possibilité de se disputer des lignes maritimes dont il faut tenir compte dans l'analyse des problèmes de concurrence soulevés par l'intégration verticale des terminaux, compagnies maritimes et entreprises de logistique. Les ports nord-européens de la façade Le Havre-Hambourg, par exemple, offrent suffisamment de possibilités de développement d'une concurrence interportuaire pour rendre inutile la réglementation de la plupart des services portuaires. L'accès aux terminaux ferroviaires pose problème dans les ports dont les infrastructures ferroviaires appartiennent à une seule et même entreprise. Le meilleur moyen dont disposent les pouvoirs publics pour assurer, d'une part, un accès efficient à des équipements essentiels dont l'espace disponible dans les ports limite strictement les possibilités d'extension et, d'autre part, le financement des investissements nécessaires, est d'encourager les opérateurs ferroviaires à coopérer spontanément en laissant planer une menace implicite d'intervention réglementaire (FIT, 2009).

Si la structure des coûts et les conditions d'exercice du jeu de la concurrence rendent les contrats bilatéraux insatisfaisants, l'intervention peut donner de meilleurs résultats. La première chose à faire est d'identifier les segments du marché des transports qui répondent à ces conditions. Si les résultats donnés par les mécanismes du marché sont jugés insatisfaisants, quatre formules sont envisageables :

- renoncement à toute intervention (autre que le contrôle par les autorités de la concurrence). Cette option reste envisageable si les coûts et les risques liés à une intervention semblent égaux aux avantages qu'elle pourrait procurer ;
- marchés publics et concessions ;
- réglementation discrétionnaire par un régulateur (indépendant) d'entreprises privatisées ou publiques ;
- régime de propriété publique et gestion publique.

Le régime des marchés publics et des concessions est celui qui donne les meilleurs résultats s'il y a concurrence pour le marché (concurrence entre candidats concessionnaires et candidats à l'obtention de marchés publics), mais en donne de moins bons s'il y a négociation bilatérale plutôt que concurrence avec un opérateur en place. Le régime de propriété et de gestion publiques est un mode de gouvernance envisageable, si la concurrence n'est pas assez intense pour servir le mieux possible l'intérêt général, mais soulève toute une série de problèmes d'inefficience par rapport aux coûts, de variabilité dans le temps, de recherche de rente et de partage de la rente.

La réglementation discrétionnaire est une réponse à ces problèmes dont il faut se demander si elle est vraiment la meilleure et si elle l'emporte vraiment sur les contrats privés et l'octroi de concessions par les pouvoirs publics. Beaucoup d'auteurs estiment que la réglementation des infrastructures pourrait avoir pour objectif ultime de mettre fin, non seulement à la fourniture de services par les pouvoirs publics, mais aussi, si la chose est possible, à la réglementation publique de ces services (Gomez-Ibanez, 2003). Il s'agit là, pour être clair, d'une vision des choses qui est fondée sur l'expérience et n'a rien d'idéologique. Il est donc nécessaire de définir les circonstances dans lesquelles la réglementation est plus indiquée que les contrats et de savoir si ces circonstances se rencontrent très fréquemment dans les transports.

Les contrats ont pour problème majeur de manquer de souplesse, d'où des relations entre leurs signataires qui résistent mal à des changements (importants) inattendus. Cette vulnérabilité ne se limite pas au seul secteur des transports, mais elle est particulièrement sensible dans certains de ses segments où les coûts irrécupérables sont importants et où les possibilités de concurrence sont limitées. Dans le secteur des chemins de fer, les coûts irrécupérables peuvent effectivement atteindre des niveaux extrêmement élevés et la concurrence sur le réseau est peu développée (elle s'exerce toutefois entre des lignes marchandises parallèles, dans des corridors de fret à fort trafic, sur le marché du transport de charbon aux États-Unis et entre les deux opérateurs canadiens). Il n'est jamais tout à fait possible de décrire, dans les contrats signés entre les gestionnaires et les utilisateurs des réseaux, différentes dispositions de façon suffisamment détaillée pour convaincre les gestionnaires d'investir dans l'infrastructure tout en garantissant des conditions d'accès acceptables aux utilisateurs et en défendant les intérêts du consommateur final. La réglementation discrétionnaire devient dans ce cas le meilleur choix.

L'atout de la réglementation discrétionnaire réside dans sa grande souplesse qui lui permet de mieux répondre à des changements inattendus qu'un régime contractuel pur et de compléter les contrats, par essence incomplets, conclus entre les parties. Le régime de propriété et de gestion

publiques est une formule qui présente le même degré de souplesse, mais qui n'offre pas les mêmes avantages en termes de cohérence chronologique et de rentabilité. La réglementation discrétionnaire est plus souple, parce que le régulateur est investi du pouvoir réglementaire, ce qui suppose son indépendance.

La faculté d'adaptation de la réglementation discrétionnaire aux variations rapides de son environnement et sa capacité à combler les lacunes des contrats en font un outil qui permet de bien gérer le passage du stade de la propriété publique à celui de la propriété privée. Certains faits indiquent qu'en cas de privatisation d'actifs publics, la présence d'un régulateur indépendant et fort limite sensiblement le nombre de contrats renégociés (Guasch *et al.*, 2003). Dans un régime contractuel pur, les différends entre pouvoirs publics et concessionnaires doivent être tranchés par un juge ou un tribunal. Un bon juge peut sans doute les trancher mieux qu'un mauvais régulateur ou qu'un régulateur capturé, mais les juges n'ont pas la souplesse ni généralement l'expertise économique et technique des régulateurs.

La réglementation discrétionnaire a aussi ses problèmes. Le régulateur a besoin de beaucoup d'informations et son capital d'information est forcément moindre que celui de la partie réglementée. Le problème peut être plus aigu avec des monopoles publics ou privés non réglementés que rien n'incite ou contraint à fournir des informations ou à établir un état des actifs à leurs fins propres.

La réglementation est par essence aussi quelque peu instable et exposée au risque de capture et de sclérose. Il s'agit là de manifestations du problème général d'opportunisme associé à la faible spécificité (assouplissement) de la relation et inhérent au fait que la réglementation se situe à mi-chemin entre le régime contractuel et le régime de propriété publique. Ce statut intermédiaire implique que la réglementation présente la moitié des problèmes du régime de propriété et de gestion publique, avec des risques de capture et d'instabilité peut-être encore plus marqués.

Une réglementation adaptée vise à limiter les inconvénients intrinsèques de la réglementation discrétionnaire. Le régulateur doit être indépendant des pouvoirs publics (c'est-à-dire disposer d'un pouvoir discrétionnaire suffisant) et des parties réglementées (afin d'être à même d'arbitrer). L'indépendance doit être étayée par des garanties procédurales, mais le régulateur ne la conservera que s'il se comporte de façon indépendante, en termes d'arbitrage comme d'empressement à traiter des questions qui requièrent son intervention. Le régulateur doit rendre compte de ses décisions et de ses actes par devant la législature à laquelle il doit son mandat et qui exerce ce droit de regard par le canal de commissions parlementaires ou du Congrès et, en bout de course, des tribunaux. Ces questions sont examinées plus en détail dans le chapitre 3.

2.2. Adaptation du mode de gouvernance à l'évolution des marchés

Il n'y a rien de neuf à penser que les structures de gouvernance doivent s'adapter aux circonstances. Ces structures diffèrent d'un segment du secteur des transports à l'autre et évoluent, dans le même segment, au fil du temps. Étant donné l'inertie des institutions et la difficulté d'interpréter les changements rapides et multiformes des marchés, il ne faut pas s'attendre que les structures de gouvernance soient toujours optimales. Il convient donc de se demander si l'adaptation est suffisamment rapide et va dans le bon sens, eu égard à ce que les professionnels et les chercheurs du monde entier jugent aujourd'hui être une bonne gouvernance.

L'étude sur le transport aérien réalisée par Niemeier (2010) donne à penser que la réponse est mitigée : l'adaptation va en général dans le bon sens, mais n'est pas suffisamment rapide et les aéroports, les services d'assistance au sol, le contrôle de la circulation aérienne et les recettes des commerces installés dans les aéroports restent sur-réglementés. Les possibilités d'une gouvernance

fondée sur la concurrence s'élargissent progressivement, mais la restructuration et la déréglementation nécessaires à l'activation de la concurrence pourraient fortement progresser si des groupes d'intérêts ne freinaient pas le processus. Les régulateurs et les pouvoirs publics britanniques estiment, comme cela a déjà été souligné, que la concurrence entre les aéroports suffit le plus souvent pour optimiser les résultats socio-économiques. L'observation est valable pour les petits aéroports et bon nombre des plus grands. Les redevances aériennes ont été déréglementées à Manchester, en réponse à l'intensification de la concurrence, et modifiées à Stansted. Le démembrement de la BAA va vraisemblablement élargir les possibilités de concurrence et pourrait pousser à la déréglementation de certains aéroports londoniens. Les redevances pourraient cependant rester réglementées à Heathrow en raison de son rôle de grand aéroport-pivot. La collusion entre les aéroports londoniens reste possible et le manque de capacité peut restreindre la concurrence de telle sorte que cette situation devra vraisemblablement être suivie. Il ressort de cet aperçu que la réglementation économique est moins souvent nécessaire qu'on ne le croit généralement. Il convient ici d'attirer l'attention sur la Directive 2009/12/CE de l'Union européenne relative aux redevances aéroportuaires qui oblige à réglementer les tarifs des aéroports traitant plus de cinq millions de passagers par an. Gatwick, Manchester et plusieurs autres aéroports que le Gouvernement britannique a exclu du champ d'application de la réglementation économique font partie de cette catégorie d'aéroports soumis à une obligation de présentation de rapports qu'il est permis de juger inutile. Il convient dans ce contexte de rappeler que la solution peut rarement être la même dans tous les cas et que si l'on révisé la réglementation en vigueur ou que l'on veuille remplacer un régime de gestion publique directe par une réglementation économique, il est important de reconnaître qu'il ne sera peut-être pas nécessaire de réglementer tous les segments du secteur.

Comme le choix du mode de gouvernance est dicté par son contexte et que ce contexte est changeant, il est nécessaire d'évaluer et réévaluer régulièrement l'opportunité de la réglementation³. Les possibilités de développement de la concurrence sur certains marchés de transport pourraient être suffisantes pour enlever toute justification au maintien de règles qui font obstacle à l'usage abusif de positions dominantes ou pourraient rendre ce maintien coûteux au regard des problèmes potentiels. L'histoire de la déréglementation, notamment celle du transport aérien aux États-Unis, montre que le renforcement du potentiel concurrentiel tend à miner les arguments avancés à l'appui de réglementations existantes. Deux observations s'imposent au sujet de la nécessité de réévaluer la situation. Il faut en effet souligner d'abord que la réévaluation ne doit entraîner des changements que là où ils sont nécessaires et ne doit pas causer de perturbations. Une caractéristique intrinsèque d'une bonne réglementation est la stabilité du marché et la cohérence dans le temps⁴. La réglementation doit permettre une évolution graduelle afin de réduire le risque de changement brutal.

Il convient en second lieu de rappeler que la mise en place, le maintien ou l'abandon d'une réglementation doit procéder d'une analyse minutieuse des arguments qui plaident en sa faveur ou en sa défaveur. Dans le cas du transport aérien par exemple, il ne suffit pas de faire valoir une augmentation du nombre de passagers et une baisse des profits pour estimer qu'il n'est plus nécessaire de réglementer. L'augmentation du nombre de passagers peut en effet être le fruit d'une hausse des revenus et ne pas procéder nécessairement d'une baisse des tarifs. Une baisse des tarifs ne les ramène par ailleurs pas nécessairement à un niveau concurrentiel, tandis que la baisse des profits peut être imputable tout aussi bien à la concurrence qu'à une mauvaise gestion et que les profits peuvent être insuffisants pour couvrir les coûts fixes ou financer un volume suffisant d'investissements.

La nécessité de la réglementation s'est atténuée dans le secteur aérien, mais le régime d'attribution des créneaux dans les aéroports-pivots encombrés requiert une certaine vigilance. La valeur des créneaux est très élevée⁵ et l'amélioration des mécanismes d'attribution pourrait non seulement engendrer des bénéfices économiques non négligeables, mais aussi signaler clairement la

nécessité d'un renforcement des capacités. La forme que les mesures d'encadrement peuvent prendre donne matière à discuter, mais il est manifeste que des solutions propres à développer un marché des créneaux plus efficient sont possibles.

2.3. Adaptation de la réglementation à l'environnement institutionnel

Il a été postulé jusqu'ici qu'il est possible de mettre une réglementation discrétionnaire en œuvre là où elle doit l'être ou, en d'autres termes, que cette mise en œuvre est un choix réaliste. Ceci n'est toutefois pas évident. Le contexte institutionnel général doit être suffisamment solide et favorable pour offrir au régulateur la stabilité et la légitimité correspondant à sa mission. Si ces conditions ne sont pas remplies, il ne peut à la limite tout simplement pas y avoir de réglementation indépendante. Sans aller jusqu'à l'extrême, il est permis d'affirmer que la réglementation indépendante n'est pas un concept entièrement naturel pour la culture décisionnelle d'un pays. Ponti (2010) donne quelques exemples de cultures qui pourraient être qualifiées d'hostiles à une réglementation indépendante. Cette hostilité peut être le fait d'acteurs qui cherchent à protéger leur rente⁶ ou aussi celui de politiciens qui estiment de bonne foi important de protéger des monopoles naturels, afin de contribuer à l'émergence de champions nationaux forts, d'offrir des avantages économiques à une région ou de réaliser des profits supérieurs à ceux que la concurrence permet de réaliser pour subventionner des services publics⁷. L'hostilité envers la réglementation indépendante ne doit donc pas être assimilée à une simple indifférence à l'intérêt général, mais la promotion de champions nationaux rapporte souvent autant que la rente tirée du commerce international.

Il peut, dans de tels contextes institutionnels, rester malgré tout souhaitable de réglementer, mais cette réglementation doit s'adapter à la conjoncture pour être efficace (voir chapitre 3). Le résultat peut différer largement de la réglementation discrétionnaire idéale. La gouvernance peut ainsi dans l'idéal tirer avantage d'un régime qui sépare les régulateurs sectoriels des autorités de la concurrence, parce que ces dernières peuvent alors intervenir dans la révision périodique nécessaire de la réglementation (en analysant par exemple les possibilités de séparation de certains segments du secteur et, partant, de substitution de la concurrence à la réglementation) et se prononcer sur les réclamations formulées par certains acteurs contre des décisions prises par le régulateur (en évitant ainsi un renvoi de ces réclamations devant les autorités publiques qui compromettrait l'indépendance du régulateur). Dans un environnement institutionnel hostile, il pourrait être indiqué de renoncer à ces avantages et d'intégrer, à titre au moins temporaire, un régulateur sectoriel à l'autorité de la concurrence, afin d'investir le régulateur d'un pouvoir suffisant. Les économies d'échelle et la pénurie de personnel qualifié peuvent aussi induire l'intégration (Aubert et Laffont, 2002), ce qui n'est pas sans intérêt pour les pays de l'OCDE assez peu familiarisés avec les réglementations indépendantes ainsi que pour beaucoup de pays en développement. Certains des faits évoqués au cours de la Table Ronde (voir Winsor, 2010) laissent supposer que l'écart entre la théorie et la pratique est grand dans des pays comme le Royaume-Uni, où la réglementation discrétionnaire a une longue histoire.

2.4. Faisabilité technique de la réglementation

Même si la réglementation est le meilleur mode de gouvernance dans un contexte donné et que le cadre institutionnel général permette d'y recourir, il reste que c'est un défi de taille que de mettre en œuvre effectivement cette réglementation. Les régulateurs servent l'intérêt général en donnant un certain degré de cohérence chronologique au processus décisionnel et en protégeant les consommateurs contre l'usage abusif de positions dominantes. L'exercice de ces deux fonctions nécessite la collecte de volumes substantiels d'informations auprès des parties réglementées. Les régulateurs décident plus ou moins directement combien investir et à quel niveau situer les redevances d'utilisation des infrastructures et d'accès aux services. Sur un marché qui fonctionne bien, les prix sont essentiellement des indices informatifs qui reflètent les coûts d'opportunité (privés et si possible

sociaux) de l'offre ainsi que la disposition à payer pour obtenir le service ou le bien en cause. Les prix ne jouent pas ce rôle sur les marchés réglementés. Les régulateurs ne peuvent au mieux que calculer des prix virtuels au départ des informations dont ils disposent. Les données nécessaires au calcul de ces prix virtuels parfois n'existent tout simplement pas, parce que personne n'a intérêt à les rassembler et il arrive aussi que s'il en existe, celui qui les rassemble n'ait aucun intérêt à les communiquer au régulateur. L'information est incomplète pour toutes les parties intéressées et sa distribution est asymétrique (le régulateur en a moins à sa disposition que les parties réglementées). Le défi est énorme pour la réglementation et suffisamment important pour que certains chercheurs considèrent que les problèmes d'information handicapent gravement la réglementation dans les choix à opérer entre différents systèmes de gouvernance possibles. La rétention d'informations ne va toutefois pas sans risques pour l'entreprise réglementée, parce que le régulateur peut involontairement la désavantager dans ses choix. Les régimes de réglementation des prix peuvent être conçus de façon à encourager la fourniture d'un volume suffisant d'informations (Lafont et Tirole, 1993).

3. EFFICACITÉ DE LA RÉGLEMENTATION

3.1. Cohérence chronologique, contrats incomplets et équation pouvoir discrétionnaire/capture

La réglementation a pour fonction première de faire obstacle aux comportements opportunistes, c'est-à-dire de contraindre toutes les parties à respecter leurs engagements initiaux. Comme cela a déjà été souligné, un régime contractuel l'emporte en ce sens probablement sur la réglementation discrétionnaire, mais ne convient pas – et est même inconcevable – dans tous les cas où flexibilité et pouvoir discrétionnaire doivent se conjuguer pour réagir prestement à des changements imprévisibles des conditions de la relation. Les contrats ne peuvent qu'être lacunaires s'ils régissent des relations complexes entre des gestionnaires d'infrastructures et des opérateurs de services de transport et il faut que quelqu'un dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour combler les lacunes à mesure qu'elles apparaissent. Pouvoir discrétionnaire et souplesse pourraient même être plus importants dans un régime de propriété publique, mais la balance penche alors dangereusement dans un sens propice à l'opportunisme. Tout l'art consiste à minimiser le risque de glissement vers la combinaison d'un pouvoir discrétionnaire sans limite avec des comportements opportunistes (capture) ou une réglementation inflexible (sclérose).

Telle est la raison d'être d'un régulateur ou organe de régulation indépendant. L'indépendance est source de pouvoir discrétionnaire dans un cadre fixe transparent défini par un acte législatif. Une réglementation indépendante se caractérise par :

- sa cohérence qui réduit le risque que le rendement d'investissements à fonds perdus soit exproprié par des redevances d'utilisation inférieures au niveau optimal ;
- sa stabilité et sa prévisibilité, qui réduisent le risque de modification des plans de construction et d'entretien des infrastructures ou d'exploitation de services de transport en réponse à des pressions politiques à courte vue (au lieu de s'en tenir à des objectifs politiques à long terme), à une augmentation des coûts ou à une confiscation de valeur ;

- sa neutralité sur le plan décisionnel, qui réduit le risque de choix de mauvais projets procurant des avantages politiques à court terme au lieu de poursuivre des objectifs politiques à long terme. Cette neutralité revêt une importance toute particulière là où il s'agit de projets internationaux qui incitent fortement sélectionner les offres sur la base de critères de nationalité plutôt que de qualité ;
- son absence de discrimination⁸, qui réduit le risque d'orientation des conditions d'accès aux infrastructures essentielles dans un sens favorable aux acteurs en place.

La recherche du juste équilibre entre capture et sclérose oblige à se demander à quel point une réglementation doit être passive ou active, c'est-à-dire si le régulateur doit se borner à remédier aux déficiences de la réglementation existante dont les acteurs se plaignent (un opérateur de trains peut ainsi se plaindre d'un gestionnaire de réseau) ou doit pouvoir agir d'autorité sur la base de son analyse des performances du secteur. Les participants à la Table Ronde ont penché très nettement dans le sens de la seconde option. Les régulateurs doivent être autorisés à agir d'initiative et doivent en outre, en tant que participants au processus décisionnel, proposer et prendre des mesures qui font avancer les choses (dans le respect des lois en vigueur bien évidemment) dans le secteur réglementé plutôt que de simplement faire appliquer un ensemble de règles précises. La nature intrinsèquement lacunaire des contrats rend la chose inévitable. Les régulateurs sectoriels doivent combler les lacunes pour que les objectifs d'une réglementation économique puissent être atteints. La limitation du champ d'activité des régulateurs sectoriels à la supervision de l'application de la législation, un peu comme le font les tribunaux, les rend en fait inutiles. Ils doivent user de leur pouvoir discrétionnaire pour restructurer en continu la tarification des infrastructures et les conditions d'accès dans un sens propre à dynamiser la recherche d'efficacité et poursuivre tous les autres objectifs des lois dont la réglementation est issue. La dynamique de l'environnement concurrentiel dans lequel les entreprises réglementées exercent leur activité, un environnement dont il a déjà été question précédemment, ajoute également à l'importance de cette fonction. Depuis l'adoption de la loi Sherman aux États-Unis en 1890, les autorités nationales de la concurrence et les régulateurs sectoriels ont usé de leurs pouvoirs pour restructurer des entreprises, afin de préserver les conditions d'exercice du jeu de la concurrence ou d'en mettre en place. Les paragraphes qui suivent s'appliquent à déterminer à qui ce pouvoir doit être attribué (les régulateurs sectoriels ou l'autorité nationale de la concurrence), mais il est clair qu'il confère une incontournable identité politique aux régulateurs.

3.2. Portée du pouvoir discrétionnaire

Il ressort directement de la raison d'être de la réglementation -- la protection des droits de propriété et le réfrènement des comportements opportunistes -- que les régulateurs doivent être indépendants pour remplir efficacement leur mission. Il ne peut y avoir de réglementation dépendante efficace. La seule chose qui puisse se discuter n'est pas la nécessité de cette indépendance, mais la portée qu'elle peut avoir. La question est donc de savoir jusqu'où va l'obligation de réglementer et comment le travail se divise entre régulateurs, pouvoirs publics et parties réglementées, étant donné qu'il y aura souvent un compromis avec d'autres objectifs politiques.

Compte tenu de ce qui a déjà été dit de la relation qui existe entre la réglementation et son contexte en ce qui concerne non seulement le choix de la réglementation comme mode de gouvernance, mais aussi l'architecture de la réglementation, il ne faut pas espérer pouvoir trouver une forme de division du travail valable dans tous les cas. Quoique cette division soit elle aussi fonction de son contexte, quelques observations générales peuvent quand même être proposées.

Le recours à la réglementation comme mode de gouvernance oblige avant tout à définir la portée du pouvoir discrétionnaire du régulateur. La politique prend le pas sur ce pouvoir dans la mesure où le mandat du régulateur est défini par les responsables politiques. Le mandat doit établir des procédures transparentes pour couvrir la mise en œuvre d'objectifs politiques larges (tels que la réduction des émissions de carbone) et pour assurer des compromis. Mais une fois ce mandat défini, la mission de réglementation, axée sur la cohérence chronologique, exige qu'il y ait indépendance. Le fait que les responsables politiques limitent leurs interventions aux circonstances les plus extrêmes n'est pas une renonciation, mais en fait un choix de politique qui apporte au processus décisionnel le degré de cohérence chronologique qui est jugé important et qui permettra de s'assurer que l'infrastructure de transport est développée à bon escient. Les régulateurs une fois investis de leur mandat tendent à voir une sorte de contrat et toutes les tentatives d'interférence ou de rétractation des responsables politiques seront cause de conflits ou peut-être de perturbations.

Les mandats impartis aux régulateurs sont sanctionnés par la loi et cette sanction légitime leur pouvoir discrétionnaire et les contraint dans le même temps à rendre compte de l'exercice de ce pouvoir devant la législature plutôt que devant l'Exécutif. Les élus peuvent modifier la portée de la réglementation et du pouvoir discrétionnaire des régulateurs en amendant la loi qui les a mis en place. Les conflits ne surgissent que si le pouvoir exécutif tente de passer outre au pouvoir discrétionnaire des régulateurs par des moyens autres que des lois.

Les questions de compétence jouent un rôle important dans la définition de la portée du pouvoir discrétionnaire des régulateurs. Dans le cas des aéroports par exemple, il est capital de distinguer les aéroports qui doivent être soumis à une réglementation économique de ceux qui sont exposés à une concurrence suffisante pour ne pas devoir être réglementés. Le régulateur est souvent mieux placé que les pouvoirs publics pour faire cette distinction. Les instances régulatrices peuvent finir par rechigner à céder leur pouvoir, mais il est possible d'éviter ce risque en détaillant clairement les obligations des régulateurs dans la loi. À mesure que les instances régulatrices gagnent en maturité, un certain déséquilibre peut se faire jour entre le savoir de l'administration qui a la tutelle du secteur et celui que ces instances, plus riches en ressources, auront acquis. Les démembrements d'entreprises qui visent à substituer la concurrence à la réglementation sont des décisions qui représentent une version politiquement plus chargée de la question de la déréglementation. Beaucoup d'autorités de la concurrence ont le pouvoir, même si elles ne l'exercent que rarement, de démembrer des entreprises, mais les régulateurs sectoriels indépendants peuvent eux aussi être investis de ce pouvoir. Le partage du pouvoir de décision est une réalité que toutes les parties intéressées ont intérêt à cerner avec précision. Son importance peut être mise en lumière par l'histoire du rachat des aéroports britanniques de la BAA par un groupe espagnol qui a sous-estimé l'importance que l'indépendance des régulateurs vis-à-vis des pouvoirs publics revêt dans le mode de gouvernance britannique et donc surestimé la valeur de ce qu'il achetait à un moment où les aéroports britanniques étaient en cours de restructuration.

La réalisation d'une division du travail transparente et justifiable est un exercice qui demande du temps et du savoir-faire. Les participants à la Table Ronde ont observé que les réglementations sont souvent, et parfois inévitablement, mises en place dans des délais très brefs et qu'elles sont par conséquent fréquemment sous-optimales et génératrices de surcoûts. Les chemins de fer britanniques illustrent bien le propos. Ils ont été privatisés et réglementés très rapidement dans le but final de créer les conditions nécessaires pour que tous les composants du secteur, y compris les infrastructures, puissent être vendus au plus haut prix et au moindre coût pour le contribuable. La mauvaise gestion des infrastructures par l'acheteur, qui s'est révélé n'avoir qu'une idée très imprécise de ses actifs et de ses besoins d'investissement, a fait apparaître qu'il était nécessaire de compléter la réglementation. La gestion efficiente des actifs n'a au départ pas assez retenu l'attention du régulateur et il a fallu, pour

que la gestion s'améliore, changer de régulateur et attendre plusieurs années pendant lesquelles les infrastructures et l'entretien des voies se sont dégradés à un point tel qu'un déraillement intervenu en 2000 a plongé tout le secteur dans la crise.

Le déraillement de Hatfield, causé par le bris d'un rail, a tué 4 voyageurs et en a blessé 76 autres, parfois très grièvement. Ses répercussions sur le secteur ferroviaire ont été sans commune mesure avec celles d'accidents antérieurs dont le bilan humain avait pourtant été beaucoup plus lourd. La vitesse a été limitée sur de grandes parties du réseau, parce que les rapports établis sur les travaux d'entretien ne permettaient pas de déterminer le risque de survenance d'autres déraillements comparables. Le conflit qui a opposé par la suite le régulateur et les pouvoirs publics sur la prise en charge du coût des investissements effectués pour remédier à la situation trouve son origine dans les déficiences du processus même de privatisation⁹. Le régulateur a usé de son pouvoir discrétionnaire pour remédier aux déficiences observables dans la gestion des actifs de Railtrack, mais la mise en œuvre des nouvelles règles est arrivée trop tard. Le régulateur a tiré avantage de son indépendance, avec une énergie qu'aucune entreprise d'utilité publique réglementée d'où qu'elle soit n'avait probablement jamais connue auparavant, et n'a jamais connue depuis lors, pour financer les remises à niveau nécessaires pour lever les limitations de vitesse, et ramener la qualité de service au niveau requis par les pouvoirs publics en relevant les redevances d'utilisation des infrastructures. Cette hausse des redevances a été répercutée sur l'État conformément aux clauses des contrats de concession de droit privé conclus avec les opérateurs de services ferroviaires qui mettent ces derniers à l'abri de variations imprévues des redevances (la question est examinée en détail dans Winsor, 2010, p. 11). Les décisions prises par le régulateur en 2000 et 2003 ont ajouté 12 milliards de livres à ce que les chemins de fer coûtent annuellement à l'État. Ces décisions ont à l'évidence une portée politique considérable, mais elles sont la conséquence inévitable de la défaillance inattendue que l'accident a révélée dans les mesures mises en place lors de la privatisation. Une refonte des dispositions (cf. point 3.3 ci-dessous) a amélioré la transparence de l'arbitrage entre le coût pour le contribuable et les niveaux de service.

3.3. Réglementation et politique

La réglementation sert à améliorer la cohérence chronologique du processus décisionnel sans pour autant la garantir (un régulateur peut changer d'idée et il ne peut pas non plus contrôler ses successeurs), mais cette cohérence pose moins de problème dans un régime réglementaire que dans un régime de propriété et de gestion publiques. *British Rail* a été retiré de la liste des entreprises publiques et les chemins de fer ont été placés sous le contrôle d'un régulateur dans le but essentiellement de remédier à l'instabilité permanente à laquelle les lois de finance annuelles condamnaient le financement des chemins de fer. L'exercice a sur ce plan été très fructueux. Il arrive donc aux régulateurs de prendre des mesures qui vont à l'encontre des intérêts immédiats des pouvoirs publics. S'il n'en était pas ainsi, il n'y aurait pas besoin de régulateurs indépendants. Il serait donc oiseux d'essayer de définir le mandat du régulateur en des termes qui excluent ce genre de conflit et il faut tendre au contraire à le définir de telle sorte que le coût des conflits soit réduit au minimum, afin de préserver les avantages que la réglementation présente par rapport à un processus politique unique intégré¹⁰. La clé est à chercher du côté d'une division claire du travail et des procédures de gestion du dialogue qui doit se nouer entre régulateur et pouvoirs publics quand leurs vues divergent.

Le conflit qui a opposé le régulateur ferroviaire au Gouvernement britannique de 2000 à 2003 est imputable en partie au manque de clarté du mandat donné au régulateur. Ce mandat précisait les niveaux de qualité et de service à atteindre sur le réseau et chargeait le régulateur de veiller à ce que les mécanismes de tarification indiqués dégagent les moyens nécessaires pour que ces niveaux puissent être atteints. Eu égard à la hauteur de ces niveaux, la hausse brutale des coûts intervenue après le moment où l'état réel du réseau avait sauté aux yeux était devenue inévitable. Le régulateur a alors estimé que son mandat lui faisait obligation de répercuter les surcoûts sur l'État si celui-ci se refusait à

alléger les exigences que les opérateurs de services ferroviaires soumis à des obligations de service public devaient satisfaire, tandis que le Gouvernement estimait de son côté que le régulateur ne pouvait pas imposer une augmentation des coûts d'une telle ampleur et qu'il était lui-même seul habilité à se prononcer sur des mesures qui ont des répercussions aussi importantes sur l'ensemble de l'économie. Quoi que l'on puisse penser de la pertinence de l'une ou l'autre de ces deux visions des choses, le débat a mené à clarifier le partage des compétences en imposant un nouveau processus de négociation sur le volume et la qualité des services ainsi que sur les redevances d'utilisation des infrastructures. Le Gouvernement publie donc désormais régulièrement une « Déclaration relative au niveau quantitatif et qualitatif élevé des services », dans laquelle il précise quels services il veut voir assurés par les concessionnaires. Le régulateur ferroviaire décide alors du niveau auquel les redevances doivent se situer pour que ces services puissent être assurés sur un réseau bien géré et le Gouvernement publie ensuite un « état des fonds disponibles ». Si ces fonds ne suffisent pas pour financer les services, le régulateur propose de réduire les services par divers moyens pour ne pas aller au-delà des fonds disponibles et revient autant de fois à la charge qu'il le faut pour arriver à un accord. La nouvelle structure formalise le processus d'alignement du volume et de la qualité escomptés des services sur les projections de coûts¹¹ et peut aider à prévenir des crises futures en améliorant la transparence des décisions à prendre et des arbitrages qu'elles impliquent.

D'aucuns craignent, et c'est compréhensible, qu'une réglementation indépendante fasse obstacle à la mise en œuvre de grandes politiques telles que la décarbonisation de l'économie ou l'organisation des secours en cas de catastrophe (voir section suivante). Avec une réglementation bien conçue, cela ne devrait pas être le cas et en fait, une réglementation indépendante devrait contribuer à délivrer des objectifs globaux d'une manière plus efficiente. Une telle réglementation a comme impact premier de mettre en lumière les tensions entre objectifs concurrents, d'explicitier les arbitrages et de pousser à l'adoption de solutions durables plutôt que de compromis à court terme insoutenables. La politique de transfert modal en est un bon exemple. Une réglementation ferroviaire indépendante donne au coût du transfert de certains trafics de la route vers le rail une plus grande transparence, qui peut être politiquement gênante, mais la stabilité et la prévisibilité ainsi apportées aux processus de planification et de tarification renforcent les chances de réussite des mesures qui pourraient être prises.

3.4. Chocs extérieurs

Il est évidemment difficile de prévoir des événements qui non seulement sortent de l'ordinaire, mais n'ont en outre pas de précédent historique auquel se référer pour orienter les comportements. Le problème peut être considéré comme un cas extrême de celui que soulèvent les contrats incomplets et la délimitation du champ d'exercice du pouvoir de décision des régulateurs, d'une part, et des responsables politiques, d'autre part. Il est, en termes généraux, possible d'opérer une distinction entre les événements consciemment tenus pour être incertains et ceux que personne ne peut imaginer (Modica et Rustichini, 1994) ou, en d'autres termes, entre les « inconnus connus » et les « inconnus inconnus » ou « cygnes noirs » de Taleb, c'est-à-dire des événements qui sont hautement improbables, mais ont, quand ils se produisent, d'énormes conséquences. Pour les incertitudes envisageables, la réglementation peut apporter certaines modifications prédéfinies aux redevances d'utilisation des infrastructures ou aux conditions dont les services sont assortis. Pour les « cygnes noirs », le système de gouvernance peut prédéfinir des procédures de consultation, de négociation et de prise de décisions qui devraient à tout le moins abréger le temps de réponse aux chocs et améliorer la transparence des décisions.

Les règles qui régissent les redevances aériennes dans les aéroports parisiens prévoient ainsi comment réagir à certains chocs extérieurs. Les règles adoptées en 2008 pour une période de cinq ans tiennent compte des risques qui peuvent affecter la demande. L'évolution des redevances est calée sur l'évolution prévue du trafic, dont l'estimation se fonde dans une grande mesure sur l'évolution prévue

du PIB. Les redevances sont revues tous les ans : elles sont automatiquement augmentées si la croissance du trafic dépasse les prévisions de plus d'un pourcentage donné, et à l'inverse réduites si le trafic diminue beaucoup plus que prévu. Le régulateur, au Ministère des Transports, a fait office d'arbitre entre ADP (Aéroports de Paris), l'organe gestionnaire des aéroports, et Air France, son plus gros client, pour arriver à conclure un accord qui le prémunit pour cinq ans contre toute intrusion des responsables politiques dans le processus d'établissement des tarifs. Cela stabilise un secteur dans lequel l'État est un actionnaire important des deux entités commerciales, puisqu'il est propriétaire à 100 pour cent d'ADP et à hauteur de 19 pour cent d'Air France-KLM.

La gravité de la crise économique de 2008 a malheureusement ramené le trafic à un niveau très inférieur à celui qui doit entraîner un réajustement des tarifs. Les demandes d'autorisation de nouvelles réductions de courte durée, du genre de celles qu'un fournisseur de services d'infrastructures pourrait être tenté d'offrir à ses clients sur un marché pleinement concurrentiel, ont été rejetées. Quels que puissent être les mérites d'une telle décision, le processus décisionnel aurait été plus transparent si le pouvoir réglementaire avait été aux mains d'un régulateur totalement indépendant et relevé d'un processus d'arbitrage entre pouvoirs publics et régulateur semblable à celui que le Royaume-Uni a mis en place pour les infrastructures ferroviaires en réponse au choc économique provoqué par l'accident de Hatfield.

Le nuage de cendres volcaniques engendré par l'éruption de l'Eyjafjallajökull en mai 2010 est un autre exemple récent d'événement majeur que la réglementation applicable en matière de sécurité aérienne n'avait pas prévu. Les normes existantes de sécurité définissant les conditions d'exposition des moteurs d'avion aux cendres volcaniques étaient valables pour des situations dans lesquelles les nuages de cendres sont localisés ou facilement contournables au prix d'un détour. Elles étaient donc peu exigeantes et ménageaient une large marge de sécurité. L'éruption islandaise de 2010 a projeté dans l'atmosphère des cendres très fines qui se sont dispersées beaucoup plus largement que d'habitude à tel point que, eu égard, en outre, à la stabilité inhabituelle des conditions atmosphériques, une grande partie d'un des espaces aériens les plus chargés du monde a pu rester contaminé pendant plus d'une semaine. Les agences de sécurité, les services de contrôle de la circulation aérienne, les services de météorologie et les motoristes se sont rapidement concertés pour améliorer l'identification des zones contaminées ainsi que le calibrage des normes d'exposition aux cendres. De nouvelles règles autorisant la reprise de la plupart des services qui avaient été suspendus ont été mises en place en une semaine, qui a pourtant semblé longue aux compagnies condamnées à restreindre leurs activités. Il convient de souligner que les accords de réorientation des vols conclus dans l'urgence par les services nationaux de contrôle de la circulation aérienne ont bien fonctionné, grâce surtout à l'accord de partage des risques réglant la redistribution des recettes tirées des vols détournés.

L'éruption de l'Eyjafjallajökull a permis de préciser clairement qui doit faire quoi en cas de choc majeur. D'autres organes devraient pouvoir en tirer avantage en instaurant des procédures formelles de consultation rapide, et il est possible de se préparer à répondre à des éruptions similaires, mais potentiellement beaucoup plus importantes, de volcans voisins.

L'adoption de procédures de consultation rapide n'empêchera sans doute pas les acteurs intéressés d'harcéler insidieusement les Ministres pour prévenir tout changement des règles à l'occasion d'une crise future qui frapperait les transports aériens ou d'autres services de transport, mais des règles formelles de réaction aux crises devraient atténuer dans une certaine mesure l'impact négatif sur la valeur des actifs.

3.5. Transparence

L'importance du rôle que joue la transparence du processus décisionnel a déjà été soulignée à plusieurs reprises, qu'il s'agisse de veiller à ce que soient réalisés des investissements infrastructurels, de prévenir les discriminations et les comportements opportunistes ou de réagir aux chocs extérieurs. La transparence est au cœur d'une réglementation indépendante et est essentielle à l'obtention de ses bénéfices. Une réglementation indépendante peut aussi maximiser la transparence, mais il faut pour cela que le régulateur publie systématiquement les conclusions des révisions des règlements et les dossiers qui lui sont soumis. Les tenants et aboutissants des décisions prises doivent être expliqués et publiés. Les arguments qui plaident en faveur de la réglementation indépendante résident dans le fait que les décisions se prennent sur la base de considérations concrètes, ce qui implique que le régulateur publie les considérations qui, par exemple, président à la fixation des redevances d'utilisation des infrastructures en même temps que les procédures de contrôle de la qualité. Les pouvoirs publics peuvent imposer ces obligations à un régulateur plus facilement qu'à eux-mêmes en raison de la séparation des pouvoirs et des régulateurs peuvent aider à maintenir leur indépendance par une mise en œuvre systématique. La surveillance exercée par une commission parlementaire ou le Congrès pourrait aussi avoir un plus fort impact sur un régulateur indépendant que le bras exécutif de l'État.

3.6. Le régulateur et le sens politique

Les régulateurs participent activement au processus politique, parce que leurs actes ont des conséquences politiques importantes, notamment un impact très visible sur les tarifs et la qualité des services, et qu'ils ne suivent pas des règles strictes, mais jouissent d'un large pouvoir discrétionnaire. Les régulateurs ont donc besoin, en raison de cette participation active au processus politique, d'un certain talent politique ne fût-ce que pour préparer les différents acteurs, dont les Ministres, aux changements à venir. Il est capital d'informer les Ministres avant que de grandes décisions soient prises, mais l'exercice est difficile quand les responsables politiques n'aiment pas entendre des « mauvaises nouvelles ». Le comportement politique dont doivent faire preuve les régulateurs à cet égard n'est pas synonyme de capture : leur « activisme » politique contribue au contraire à prévenir leur capture et à solidifier le soutien dont leur stratégie réglementaire bénéficie. Ce soutien peut venir du monde politique, mais l'instabilité des mandats parlementaires oblige à le chercher aussi ailleurs dans le secteur, auprès des usagers et des médias. Les meilleurs défenseurs de la réglementation indépendante se trouvent naturellement parmi les nouveaux entrants sur le marché et chez les associations de défense des consommateurs. Le régulateur doit s'appliquer à obtenir l'engagement des différents acteurs et tout mettre en œuvre pour gagner les Ministres à sa cause avant la prise de décisions importantes. Un régulateur indépendant ne doit pas, du moins pas toujours, être un régulateur intransigeant, parce que l'intransigeance peut être source de perturbations coûteuses et met à mal l'intégrité de tout le système réglementaire.

Les Directives de l'Union européenne constituent un champ particulier d'exercice de savoir-faire politique. La nouvelle version du premier paquet de Directives ferroviaires élaborée en 2010 affirme clairement la nécessité d'établir un régulateur indépendant. Il pourrait être contreproductif, compte tenu de ce qui a été dit précédemment au sujet de l'adaptation nécessaire du mode de gouvernance au contexte politique et économique, d'imposer ce genre d'obligation à des États peu enclins à s'y conformer. L'engagement d'un débat sur la question avec les autorités nationales peu convaincues des mérites d'une indépendance complète pourrait être bénéfique à l'efficacité de la réforme.

Les régulateurs sont toujours soumis à des pressions politiques, parce qu'ils prennent position sur des questions qui intéressent les responsables politiques. L'indépendance politique ne peut pas s'interpréter dans le sens d'absence de pression de cette nature, mais doit être considérée au contraire comme une forme d'organisation qui permet aux régulateurs de participer au processus décisionnel

dans la mesure où ils en ont besoin pour remplir leur mission, en rappelant que cette dernière consiste principalement à donner plus de cohérence chronologique au processus décisionnel et à réfréner les comportements opportunistes.

3.7. Défense de l'indépendance et prévention de la capture

Il mérite d'être souligné que la stratégie de mobilisation et de préservation du soutien ne consiste pas simplement à participer au processus politique, mais qu'elle tend aussi, et avant tout, à l'acquisition de compétences et de crédibilité. Cette crédibilité aidera le régulateur, non seulement à gagner le soutien d'un plus grand nombre et à préserver son indépendance, mais aussi à renforcer son pouvoir, même si cela peut accentuer le malaise des politiciens. Winsor (2010) résume cette constatation dans les termes suivants : « Une autorité de régulation doit accomplir sa mission correctement, avec assiduité, professionnellement, de manière volontariste et proportionnée avec mesure et conformément à ses obligations légales et doit expliquer ce qu'elle fait et pourquoi elle le fait ainsi que les principes qui guident son action. On ne doit pas la trouver endormie au volant ou regardant le paysage ».

La politique de recrutement est aussi un facteur d'indépendance. La possession de compétences spécialisées est une condition de recrutement essentielle pour une grande partie des membres du personnel des agences régulatrices, mais ne l'est pas, et pourrait même être contre-indiquée, pour le régulateur même. Il importe de souligner que les régulateurs qui, peu après avoir s'être démis de leurs fonctions, vont occuper un poste de rang élevé dans une des entreprises soumises à leur autorité ou se mettent à défendre plus ou moins ouvertement la cause de l'une ou l'autre d'entre elles ne font rien pour renforcer la réputation d'indépendance de l'agence de régulation. Les contrats de travail peuvent et devraient probablement interdire l'exercice d'activités incompatibles pendant un certain temps après leur résiliation. Le recrutement dans des milieux extérieurs au secteur réglementé, tels que ceux du droit, de la comptabilité ou de l'enseignement universitaire, qui offrent des emplois de prestige ou bien rémunérés¹² à ceux qui quittent leur poste a aussi ses mérites. Les régulateurs qui ont fait leurs preuves dans d'autres branches d'activité sont eux aussi riches d'une expérience hautement pertinente et transférable. Certains participants à la Table Ronde estiment que le recrutement du régulateur dans les rangs de la fonction publique peut être rendu problématique par la culture naturelle de déférence des fonctionnaires envers les Ministres. Ces quelques observations s'appliquent au poste de régulateur même plutôt qu'à l'ensemble du personnel de l'agence de régulation.

3.8. Indépendance envers qui ?

L'indépendance d'un régulateur doit être réelle plutôt que simplement théorique pour qu'il puisse exercer son pouvoir discrétionnaire. Comme cela a déjà été souligné, le régulateur doit absolument être indépendant pour pouvoir réfréner les comportements opportunistes et doit notamment l'être vis-à-vis du Gouvernement en place, qui est inévitablement focalisé sur le court terme. La question prend un tour particulier quand les pouvoirs publics sont actionnaires d'une ou de plusieurs des entreprises réglementées. D'aucuns avancent qu'il suffit de séparer les fonctions au sein du Gouvernement pour confier la fonction de réglementation au Ministère des Transports et l'exercice du droit de propriété au Ministère des Finances. Le régime de responsabilité collégiale du Gouvernement et de prépondérance du Premier Ministre enlève toute substance à cette forme édulcorée de séparation. Un régulateur séparé et indépendant est seul à pouvoir éliminer le conflit d'intérêts entre propriété et arbitrage dans de telles circonstances.

3.9. Données et information

Les données, intrant essentiel d'une réglementation économique, doivent être fournies au régulateur par les entreprises réglementées. Comme cela a déjà été souligné dans le chapitre 2, les redevances d'utilisation des infrastructures sont établies, en l'absence de concurrence, sur la base des coûts, en l'occurrence des coûts qu'un prestataire de services efficient devrait, d'après le régulateur, être amené à supporter. Pour effectuer ses calculs, le régulateur doit disposer de données relatives aux actifs détenus, à la qualité, aux besoins d'entretien, aux perspectives de renouvellement des actifs et au trafic assuré ainsi que, pour bien faire et à des fins de comparaison, de données relatives à des systèmes similaires d'ailleurs. L'entreprise doit également indiquer ce qu'elle fait payer à ses clients pour se conformer à la réglementation en vigueur. Le niveau de détail requis peut être élevé. Toutes ces informations coûtent cher aux entreprises qui les envoient et au régulateur qui les traite et ce coût incite fortement à préférer la concurrence à la réglementation des prix partout où c'est possible. Par ailleurs, ces informations sont de celles dont un gestionnaire d'infrastructures a besoin dans un environnement concurrentiel pour tirer profit de l'exercice de ses activités. Le coût de la communication des données n'a rien d'insupportable tant que les besoins de données sont clairement définis et stables, mais les demandes ponctuelles de données inattendues sont à l'origine de charges excessives. Beaucoup de pays ont appris à obliger les entreprises réglementées à publier des séries de données types, à les réglementer et à informer le monde universitaire et le grand public, contribuant ainsi largement à optimiser les résultats à long terme (CEMT, 2007).

La réglementation des dépenses d'investissement est celle qui pose le plus de problèmes. Elle doit dans toute la mesure du possible inciter à fournir des informations correctes, plutôt qu'à tromper le régulateur (Lafont et Tirole, 1993). L'incitation à l'amélioration de l'efficacité et à la modération tarifaire par l'utilisation de formules du type RPI-X s'est souvent révélée moins problématique que le plafonnement du prix de revient des dépenses.

Dans certains secteurs, le plafonnement du prix de revient majoré des redevances pourrait avoir poussé la gestion des infrastructures vers une pleine utilisation des actifs productifs qui pourrait être cause de sous-investissement à long terme, de dégradation de la qualité et de gonflement des coûts d'entretien à l'avenir. Pour prévenir ce genre de risque, le régulateur doit disposer de données et de capacités d'analyse suffisantes pour comprendre les coûts du secteur.

Les régulateurs doivent disposer de ressources suffisantes en matière de capacité d'analyse et de transparence pour pouvoir assumer la fonction de publication qui en découle. Ces ressources doivent être considérées comme étant le coût non pas d'une réglementation indépendante, mais d'une bonne gouvernance puisque ces ressources sont celles dont l'une ou l'autre administration aurait besoin pour assurer la transparence du processus décisionnel et l'asseoir sur des bases concrètes, quel que soit le régime réglementaire en vigueur. Une enquête récente de la Chambre des Lords britannique a révélé que le coût des plus grands organes de régulation du secteur des transports est dans la pratique modeste (voir Tableau 1), surtout s'il est comparé au coût de la réglementation des banques et des autres services financiers.

**Tableau 1. Coûts d'exploitation annuels totaux des différents régulateurs
(en milliers de livres)**

Régulateur		2004/05	2005/06	2006/07	Augmentation en pourcentage de 2004/05 à 2006/07
CAA	Autorité de l'aviation civile	78 169	75 860	74 551	-4.63
CC	Commission de la concurrence	22 800	26 388	21 617	-5.19
FSA	Agence des services financiers	241 600	256 300	263 700	9.15
Ofcom	Télécommunications	121 555	128 986	129 420	6.47
Ofgem	Gaz	32 919	32 722	35 849	8.90
OFT	Office de contrôle de l'équité des relations commerciales	51 678	54 845	74 526	44.21
Ofwat	Eau	11 196	10 571	11 511	2.81
ORR	Office du régulateur ferroviaire*	13 010	27 829	29 181	124.30
Postcomm	Services postaux	9 026	9 693	8 763	-2.91
TPR	Pensions	22 599	27 434	31 607	39.86
Totaux		604 552	650 628	680 725	12.60

* Le transfert à l'ORR du pouvoir d'élaboration et de contrôle du respect des règles de sécurité précédemment exercé par un régulateur indépendant est une des principales causes de l'augmentation des coûts observée en 2005/6.

Source : Chambre des Lords, 2007.

3.10. Nombre d'organismes de réglementation

Comme cela a déjà été souligné, les régulateurs sectoriels ont l'obligation d'user de leur pouvoir de réglementation de façon proactive, afin d'améliorer la situation du secteur qui relève de leurs compétences. Ce pouvoir peut dans une certaine mesure recouper celui de régulateurs comme les autorités de la concurrence, dont le champ de compétence couvre toute une économie nationale. Les uns comme les autres peuvent être habilités à engager des changements de grande envergure, par exemple démembrer un groupe en vue de stimuler la concurrence, mais il est indispensable d'instaurer des procédures explicites de consultation et d'interaction entre les organes en cause, si ce pouvoir est partagé. Les régulateurs économiques peuvent aussi se trouver en concurrence avec des régulateurs actifs dans le domaine de la sécurité ou de l'environnement. La fusion des différents organes de réglementation en un organe unique ou le maintien en vie de tous les organes de réglementation spécialisés sont deux formules qui présentent l'une comme l'autre des avantages qui, comme d'autres aspects de la gouvernance réglementaire, dépendent beaucoup du contexte dans lequel elles s'inscrivent, mais il ne faut pas oublier que la sécurité relève avant tout de la responsabilité de gestionnaires. La fragmentation engendre des coûts de coordination et la pénurie de talents pousse plutôt à réduire le nombre d'organes de réglementation pour leur permettre de réaliser des économies d'échelle et assurer la cohérence de leurs décisions. Un nouveau régulateur sectoriel peut dans certaines circonstances renforcer son autorité en s'alliant à une autorité nationale de la concurrence ou à un autre régulateur sectoriel qui a déjà apporté la preuve de son indépendance en usant avec efficacité de ses pouvoirs discrétionnaires dans certains cas litigieux. Par ailleurs, un régulateur sectoriel spécialisé peut mieux se focaliser sur les questions cruciales et mobiliser des ressources plus efficacement qu'un régulateur « général » qui peut se laisser distraire par des affaires urgentes qui apparaissent dans d'autres secteurs relevant de sa compétence. Dans le secteur des transports, la fusion des compétences pour un mode particulier peut présenter plus d'avantages que la fusion des

compétences qui concernent plusieurs modes différents, mais les arguments avancés par les tenants de chacune des deux formules n'ont rien de péremptoire et le tissu des faits qui les étayent manque de consistance.

En ce qui concerne la sécurité, la modification de la méthode de réglementation peut avoir des répercussions majeures sur les coûts, même à l'intérieur d'un seul et même mode. Au Royaume-Uni, par exemple, le changement du mode de traitement des accidents de chemin de fer entraîné par la privatisation et la re-réglementation du secteur a fait exploser les coûts. La culture ferroviaire qui décrivait que le fonctionnement du système ne pouvait aller sans un petit nombre d'accidents et que la recherche de leurs causes avait pour seul but de trouver des moyens d'en prévenir la répétition sans vouloir accuser quiconque a cédé la place à une culture axée sur l'établissement des manquements et l'engagement beaucoup plus fréquent de poursuites pénales. L'accident de Hatfield et ses répercussions n'ont fait qu'amplifier le mouvement : les frais de justice augmentent considérablement, tandis que les décisions en matière de marchés et de procédures semblent témoigner d'une adversité excessive au risque et accorder trop peu d'attention aux implications financières de la réduction des risques auxquels les voyageurs et les cheminots sont exposés. La combinaison de la réglementation de la sécurité avec la réglementation économique pourrait aider à mieux rentabiliser l'argent investi dans la sécurité, mais ce mieux doit être mis en balance avec le risque de dilution de l'objectif central de la réglementation des deux côtés de l'équation. Il faut éviter les conflits directs d'intérêts et les services qui mènent les enquêtes sur les accidents doivent donc rester distincts des organes de réglementation, parce qu'ils ont pour mission d'identifier les déficiences des procédures actuelles et de trouver des moyens d'y remédier.

Il est possible d'user abusivement des règles de sécurité pour entraver l'accès aux infrastructures ferroviaires, en particulier là où la mise en œuvre de certains éléments de ces règles a été confiée à un opérateur ferroviaire en place. L'ouverture progressive des marchés ferroviaires européens voulue par les Directives de l'Union européenne a mené dans un premier temps à déléguer dans beaucoup de pays les aspects techniques de la certification sécurité du matériel roulant et des conducteurs à l'opérateur ferroviaire en place. La longueur des délais de traitement des demandes de certificats introduites par les nouveaux entrants a dans certains cas fait très sérieusement obstacle à l'entrée sur le marché. RFG (2005) a trouvé de tels cas en France où le nouvel EPSF (Établissement public de sécurité ferroviaire) vient d'être créé pour mettre fin aux conflits d'intérêts. Il y a aussi risque de discrimination là où la réglementation relève de la responsabilité directe d'un Ministère, parce que la défense des intérêts tant des constructeurs de matériel ferroviaire que des opérateurs ferroviaires du pays peut donner naissance à des conflits d'intérêts, qu'un régulateur indépendant est seul à pouvoir contrer.

3.11. Priorités

Les priorités varient au fil du temps entre sécurité, environnement, investissements et autres préoccupations. La réglementation économique indépendante a l'avantage de mettre l'efficacité à long terme des investissements infrastructurels à l'abri d'une fluctuation excessive du degré de priorité que les responsables politiques lui accordent à court terme. La décision prise dans le passé d'assurer l'indépendance de la réglementation a sans doute donné naissance récemment à des tensions avec le monde politique, quand l'environnement est passé au premier plan des préoccupations, que les recettes fiscales générées par la bulle spéculative ont amené à relâcher la discipline financière et que la gestion de la crise financière a obligé les pouvoirs publics à consacrer des sommes énormes et sans précédent au sauvetage des banques. Étant donné que les investissements publics en infrastructures ne suffiront pas, dans le climat d'austérité imposé par la conjoncture actuelle, pour susciter la croissance économique nécessaire à la reprise, la mise en place de conditions propices aux investissements en infrastructures va sans doute se retrouver bientôt au premier rang des priorités. La réglementation indépendante sera la clé de la réussite.

4. CONCLUSIONS

Des infrastructures de transport de qualité sont d'importants facteurs de productivité et de croissance économiques, et la mise en place des structures de gouvernance appropriées – qui consiste notamment à déterminer quand et comment réglementer – est capitale pour les performances du secteur. Les discussions de la Table Ronde ont montré que les performances actuelles sont largement améliorables et cerné la marche à suivre pour y arriver en s'inspirant des succès enregistrés dans plusieurs secteurs et pays. La crise financière de 2008 a accru l'aversion des investisseurs aux risques de toute sorte et il est à craindre que sans amélioration de la gouvernance, les insuffisances des infrastructures freinent la reprise économique.

Le système de gouvernance doit être adapté au marché. Là où il y a concurrence, les contacts privés suffisent pour protéger l'intérêt tant public que privé, à condition que les autorités de la concurrence soient investies des pouvoirs courants de lutte contre les ententes, tandis que là où la concurrence est possible, mais la culture concurrentielle peu développée, la menace de réglementation pourrait suffire pour réfréner une éventuelle recherche de rente, l'autorité de la concurrence pouvant quant à elle être habilitée à édicter des règles économiques en cas d'abus régulier et avéré de puissance de marché.

La concurrence est parfois plus facile à libérer qu'il n'est d'usage de le penser. Eu égard aux coûts et aux distorsions du marché qui vont souvent de pair avec la réglementation, il vaut la peine d'adopter des politiques volontaristes pour optimiser le fonctionnement du marché. Il peut être important dans certains cas d'imposer le démembrement de certains actifs (horizontalement ou verticalement) pour renforcer la concurrence. L'équité des conditions d'accès aux infrastructures clés a aussi souvent son importance, au même titre qu'une politique concurrentielle volontariste destinée à prévenir l'abus des avantages dont les entreprises en place bénéficient.

Si les coûts irrécupérables sont élevés, s'il existe une puissance de marché et un conflit déclaré entre les intérêts des gestionnaires des infrastructures et les opérateurs de services de transport, et un risque d'instabilité des résultats, il est indiqué d'adopter une réglementation économique et de la faire mettre en œuvre par un régulateur indépendant chargé :

- d'encourager des investissements efficaces dans les infrastructures et d'autres actifs de longue vie tels que le matériel roulant :
 - en assurant un retour sur investissement par devers les modifications soudaines de la politique publique et les chocs extérieurs ;
 - en garantissant la prévisibilité à moyen terme des redevances d'utilisation des infrastructures ;
 - en définissant des processus transparents et prévisibles de détermination du taux de rentabilité des actifs réglementés ;
- de prévenir l'abus de pouvoir monopolistique :
 - en empêchant d'utiliser les conditions d'accès et les règles techniques comme moyen de différenciation discriminatoire des utilisateurs des infrastructures ;

- en alignant le comportement des monopoleurs sur celui des entreprises soumises aux règles de fonctionnement du marché de telle sorte que les gestionnaires des infrastructures situent leurs tarifs, leurs capacités et leur qualité de service à un niveau qui tienne compte de la rentabilité de leurs clients et que les entreprises de transport situent leurs tarifs, leurs capacités et leur qualité de service à un niveau qui maximise la rente du consommateur.

L'indépendance du régulateur est essentielle pour maintenir la motivation d'investir dans les infrastructures de transport et optimiser sur le plan économique l'utilisation des infrastructures existantes. Les rapports présentés à la Table Ronde expliquent clairement que là où la culture concurrentielle est peu développée, d'autres structures de gouvernance se traduisent fréquemment par des inefficacités significatives, par une sur- ou sous-capacité et par une utilisation inefficace des actifs.

Les équilibres à effectuer avec d'autres objectifs sont là pour prouver que l'indépendance a ses limites et que les élus sont les arbitres finaux, mais tous ces pouvoirs doivent s'exercer selon des processus transparents, définis par le cadre réglementaire mis en place par la loi. L'expérience montre que les réglementations sont perfectibles et que le cadre réglementaire doit permettre d'y apporter des améliorations en procédant à des révisions régulières ou, le cas échéant, en adoptant de nouvelles lois. Il convient de souligner qu'une réglementation indépendante convenablement structurée ne doit pas faire obstacle à la poursuite d'autres objectifs (tels que la réduction des émissions de carbone), mais doit au contraire faire en sorte que ces objectifs généraux puissent être atteints de façon plus économique.

Il faut aussi avoir l'assurance que la réglementation indépendante peut résister à des chocs extérieurs et n'entrave pas les mesures prises par les pouvoirs publics pour y faire face. Pour les incertitudes prévisibles, la réglementation peut prévoir des ajustements prédéfinis (des redevances ou des services), tandis que pour les inconnus, les règles de gouvernance doivent prédéfinir des procédures de consultation, de négociation et de prise de décision qui permettent d'équilibrer les risques inhérents à tous les objectifs poursuivis. L'expérience acquise à ce jour révèle au grand jour l'existence de certains risques, précédemment mal appréhendés, que présente notamment l'état d'actifs de longue vie comme les voies de chemin de fer. Si ces actifs sont re-réglementés ou privatisés à un moment où leur état est mal connu, la réglementation doit viser à les améliorer rapidement et définir des procédures d'imputation des surcoûts qui résulteront d'une meilleure connaissance des besoins d'entretien et des coûts de renouvellement.

Une réglementation indépendante requiert une répartition claire des compétences et il revient à la loi de spécifier les responsabilités du régulateur, celles qui restent exercées par le pouvoir exécutif et les interfaces entre les parties. Le régulateur doit être indépendant des pouvoirs publics (c'est-à-dire disposer d'un pouvoir discrétionnaire suffisant) et des parties réglementées (afin d'être en mesure d'arbitrer). Son indépendance suppose un recrutement adéquat, une certaine sécurité d'emploi, une bonne prévisibilité des possibilités d'emploi ultérieures et une mise à disposition de ressources suffisantes pour exercer sa mission réglementaire. Cette indépendance doit être étayée par des garanties procédurales, mais le régulateur ne restera indépendant que s'il fait preuve d'indépendance tant dans ses arbitrages que dans son empressement à agir là où son intervention s'avère nécessaire. Le régulateur doit rendre compte de ses décisions et de ses actes devant la législature puisque c'est d'elle qu'il tient son mandat. Il faut, pour qu'il puisse ainsi rendre des comptes, que ses décisions soient transparentes, ce qui implique la publication des données, des faits et de l'argumentation sur lesquels elles reposent.

Le régulateur doit être proactif pour être efficace et faire bouger les choses de sa propre initiative plutôt que simplement en réponse aux demandes des entreprises qui relèvent de sa compétence. Cela est particulièrement important dans les cas où la re-réglementation et la restructuration visent à promouvoir les investissements privés ou à créer des conditions dans lesquelles les entreprises privées ou publiques vont pouvoir s'exercer au jeu de la concurrence.

NOTES

1. La liste des participants figure en Annexe.
2. Le 4 janvier 2011, Virgin Blue a demandé au Conseil national de la concurrence de recommander la « déclaration » de deux services, en l'occurrence l'utilisation des pistes et des voies de circulation et la fourniture des services dans les terminaux nationaux, en vertu de la loi sur les pratiques commerciales. Les tribunaux ont par la suite statué que les compagnies nationales étaient libres de négocier avec l'aéroport de Sydney sous réserve d'arbitrage par la Commission australienne de la concurrence et des consommateurs (ACCC) en cas d'impossibilité de parvenir à un accord. Les parties sont arrivées à un accord, sans devoir passer par la phase d'arbitrage, au début de l'année 2011. L'affaire fait suite à une action similaire engagée par Virgin Blue en 2002 qui s'est terminée par la « déclaration », en 2005, des services aéroportuaires pour une période de cinq ans et la conclusion d'un accord entre Virgin Blue et l'aéroport en mai 2007.
www.firststateasia.com/uploades/Files/CFSGAM/PdfResearch/070906_Aust%20Airport%20Reguklatiry%20Review.pdf,
www.virginblue.com.au/AboutUs/Media/NewsandPressReleases/P_003150.htm.
3. Ces réflexions reflètent les vues de la quasi-unanimité des participants à la Table Ronde. Une petite minorité estime justifié de réglementer quand il s'agit d'équipements essentiels et qu'il n'est pas nécessaire de détailler les coûts et les avantages. Le régulateur doit en outre prendre ses décisions en visant à l'efficacité du système des transports dans son ensemble plutôt que d'un seul mode en particulier.
4. La cohérence chronologique est un concept qui veut que les décisions réglementaires et, plus généralement, les interventions publiques qui affectent la valeur des marchés et des actifs détenus par des entreprises réglementées reposent sur des principes qui restent inchangés pendant toute la durée de leur réglementation. Les grandes révisions de cette réglementation ou les nouvelles réglementations mises en vigueur peuvent modifier ces principes, mais les circonstances dans lesquelles ces modifications sont envisageables doivent être transparentes et clairement définies dans le cadre réglementaire.
5. La valeur des créneaux détenus par British Airways à Heathrow était supérieure à celle de sa capitalisation boursière en 2010 (Forsyth, 2010).
6. Une seule société privée possède 60 pour cent des autoroutes à péage italiennes et empoche 75 pour cent des recettes que le réseau autoroutier génère. La rente est considérable et non seulement incite à la préserver, mais crée aussi les moyens nécessaires à sa défense. Il est aberrant par ailleurs que des entreprises de ce genre soient parmi les seules qui soient capables de financer, ou puissent être appelées à financer, des investissements dans d'autres secteurs, celui des aéroports par exemple.

7. Les 40 pour cent restants des autoroutes italiennes se partagent entre 32 sociétés dont certaines sont partiellement publiques, c'est-à-dire appartiennent en partie à des collectivités locales. Comme les péages servent à financer des écoles et divers autres équipements, les autorités publiques s'opposent à la mise en place de réglementations qui visent à améliorer l'efficacité.
8. Dans le sens qui lui est donné ici, la discrimination n'englobe pas l'adaptation du prix des services au consentement à payer de l'utilisateur final (tarification de Ramsey), qui peut être le moyen le plus efficace de couvrir le coût des immobilisations.
9. Il avait notamment été décidé que les entreprises ou groupes d'entreprises candidates à la reprise des infrastructures ne devaient pas nécessairement avoir d'expérience ferroviaire. La privatisation d'entreprises d'utilité publique se fait souvent dans ce genre de conditions et tous les pays d'Europe centrale et orientale ont effectivement privatisé leurs entreprises du secteur de l'énergie dans ces conditions à l'occasion de la réforme économique qu'ils ont vécue pendant les années 90.
10. Ce coût pourrait être assimilé à des coûts de coordination semblables à ceux que génère le démantèlement d'entreprises précédemment intégrées. Le démantèlement est bénéfique, à terme, pour des raisons d'efficacité, mais il fait augmenter les coûts de coordination.
11. Le mécanisme HLOS-SoFA (Déclaration relative au niveau quantitatif et qualitatif des services et État des fonds disponibles) enlève effectivement au régulateur le pouvoir d'augmenter, s'il l'estime judicieux, le volume de financement pour maintenir le volume et la qualité des services. Si le mécanisme amène à réduire le volume et la qualité des services, les opérateurs de services ferroviaires qui exercent leur activité en régime de liberté d'accès (et qui, contrairement aux concessionnaires, ne sont pas indemnisés par le pouvoir central au titre des modifications des services d'infrastructures) peuvent s'en trouver pénalisés, par une dévalorisation de leurs investissements antérieurs en locomotives par exemple.
12. Le recrutement des régulateurs des services financiers est celui qui pose les plus gros problèmes à ce point de vue.

BIBLIOGRAPHIE

- Aubert, C. et J-J Laffont 2002, *Multi-regulation for Developing Countries*, document de référence pour le Rapport sur le développement dans le monde 2002, Banque mondiale, Washington DC, 2002.
- CEMT 2007, *Des comptes ferroviaires pour une régulation efficace*, Louis S. Thompson, OCDE, 2007.
- FIT 2010, Intégration et concurrence entre le transport et les activités logistiques, Table Ronde 146, Forum international des transports, OCDE 2010.
- FIT 2010, *Perspectives des transports 2010: Le potentiel de l'innovation*, Forum international des transports, <http://internationaltransportforum.org/Pub/pdf/10Outlook.pdf>
- Forsyth, P, 2010, *Five Puzzles in The Economics of Air Transport: A Behavioural Perspective*, communication présentée à l'atelier de la German Aviation Research Society, juillet 2010, www.garsonline.de/Downloads/100701/Five_Puzzles_In_Air_Transport.pdf
- Gomez-Ibanez 2003, *Regulating Infrastructure*, Harvard University Press, 2003
- Guasch, Laffont et Straub 2003, *Renegotiation of Concession Contracts in Latin America*, World Bank Policy research working paper 3011, Washington DC, 2003.
- House of Lords 2007, First Report of the House of Lords Select Committee on Regulators, 23 octobre 2007, www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldselect/ldrgltrs/189/18915.htm
- Lafont et Tirole 1993, *A theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Jean-Jacques Lafont, Jean Tirole, Massachusetts Institute of Technology, 1993.
- Modica et Rustichini 1994, *Awareness and Partitional Information Structures*, Salvatore Modica et Aldo Rustichini, Theory and Decision Volume 37, numéro 1, 107-124,
- Niemeier 2010, *Efficacité des institutions réglementaires du transport aérien : une perspective européenne*, Hans-Martin Niemeier, Université des sciences appliquées, Brême, Forum international des transports, document de référence n° 2010-20, <http://internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201020.pdf>
- OCDE 2002, Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE: De l'interventionnisme à la gouvernance de la réglementation, OCDE 2002.
- Oum 2009, *Air Transport Liberalization and its Impacts on Airline Competition and Air Passenger Traffic*, Tae Hoon OUM, Université de Colombie-Britannique, Canada, Xiaowen FU, Université polytechnique de Hong-Kong, Anming ZHANG, Université de Colombie-Britannique, Canada, <http://internationaltransportforum.org/2009/workshops/pdf/Oum.pdf>

Ponti 2010, *De la théorie à la pratique de la réglementation des transports: généralités et étude de cas*, Marco Ponti, TRT Trasporti e Territorio SRL, Milan, Forum international des transports, document de référence n° 2010-19,

<http://internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201019.pdf>

RFG 2005, *Rail Freight and France*, Rail Freight Group, février 2005

www.rfg.org.uk/library/?pid=3158&lsid=3290&edname=17546.htm&ped=17546

Starkie 2008, *Aéroports et concurrence: Perspective britannique*, David Starkie, Economics-Plus Ltd, Londres, Forum international des transports, document de référence n° 2008-15,

<http://internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP200815.pdf>

Taleb 2007, *The Black Swan: The Impact of the Highly Improbable*, Random House, New York, 2007.

Winsor 2010, *Des autorités de régulation efficaces : leur rôle dans le processus politique et la question de leur indépendance*, Tom Winsor, Partner, Transport & Infrastructure, White and Case LLP, Londres, Forum international des transports, document de référence n° 2010-21,

<http://internationaltransportforum.org/jtrc/DiscussionPapers/DP201021.pdf>

