

Aucun gouvernement n'ira réellement contre son ancien champion national, et au fond, si on demande l'avis des gens, je pense qu'il y a beaucoup de bon sens là-dedans.

Enfin, et c'est ma cinquième raison, la régulation est politique, peut-être trop politique. On cherche à obtenir par la régulation un compromis nouveau, qu'on n'est pas capable de créer de manière directement politique. Le gouvernement français ne peut prendre de décision forte pour décider que Gaz de France va être plus ou moins privatisé, les organes de régulation ont donc le rôle de faire émerger un compromis satisfaisant.

Dans les faits, il reste à clarifier le concept et à construire une théorie et une pratique d'une régulation encadrée par des choix que le politique aura légitimement fait.

Marie-Anne Frison-Roche :

De l'ensemble des contributions, de l'écho qu'elles se donnent les unes aux autres, on peut retirer trois impressions et mettre en valeur trois difficultés dans ces vagues d'équilibres difficiles qu'engendre la mise en place des nouvelles organisations économiques des secteurs régulés.

Les trois impressions visent le besoin de penser abstraitement la régulation, l'importance des contextes dans l'évolution des régulations, et les difficultés de gouverner la régulation.

*Première impression :*  
*le besoin d'abstraction*

La première impression concerne l'état de la pensée, de la conceptualisation du phénomène en cours. Nous disposons d'expertises en grand nombre, nous examinons des expériences, par leur observation et la comparaison de leurs résultats nous pouvons vérifier la pertinence de quelques assertions, mais nous ne pouvons encore poser en termes abstraits et généraux ce que sont les nouvelles régulations. Nous ne pouvons les appréhender en une phrase, nous ne pouvons définir en quelques mots la régulation. Cela est dommageable, parce que, faute de cet outil qu'est l'abstraction, l'évolution du système est moins prévisible que si nous en disposions.

Ce manque tient sans doute à deux phénomènes. Tout d'abord, les choses sont en train de se faire, les concurrents entrent sur les marchés ouverts, les opérateurs historiques jouent sur la concurrence pour se

libérer de la tutelle, les régulateurs construisent leur autorité, le jeu en est en train de se mettre en place, les acteurs s'assoient à la table, les conditions de la partie se dessinent, mais la partie ne joue pas encore son plein. Certes, cela est vrai en Europe, moins aux États-Unis. Suffirait-il alors de transposer les observations de l'expérience nord-américaine pour savoir ce que deviendra le jeu européen ? La méthode est hasardeuse, car, pour le droit tout au moins, le système juridique européen est si différent du système américain que les mouvements ne peuvent s'opérer pareillement.

Ensuite, les nouvelles régulations se mettent en place pragmatiquement. Cela n'est pas sans inconvénient car on ne peut anticiper sans passage par l'abstraction. Quand on a un esprit de système, on se trompe peut-être mais on croit savoir et on dit « demain sera comme ça ». Certes, demain nous dément, mais enfin on ne répond pas « je ne sais pas ». Or, à chacune des questions formulées dans les contributions, la réponse fut largement celle-là : « On ne sait pas. » Il est difficile d'établir une politique ou une sécurité avec l'automatisme d'une telle réponse. Dès lors, comment est perçue l'action de ceux qui agissent ? En ce qui concerne les opérateurs, les nouveaux entrants en tout cas – car les opérateurs historiques ont pour but naturel de retenir l'ancien système dont les règles sont connues –, cela s'exprime en termes de prise de risques, et de risques très importants car on paie pour entrer à l'aveugle. En ce qui concerne ceux qui élaborent les règles, le législateur ou le régulateur, cela donne l'impression d'avoir affaire à des apprentis sorciers. Si l'on avait des requêtes à formuler – et les conclusions sont le lieu des requêtes –, on pourrait souhaiter une théorisation plus forte à laquelle on puisse se tenir. Par exemple, il est nécessaire non seulement de penser la régulation, mais encore Jean-Jacques Laffont a insisté sur le besoin de concevoir abstraitement et techniquement les sorties des systèmes de régulation, puisqu'on nous dit aisément qu'il s'agit d'organisations sectorielles provisoires, avant le retour dans le giron du droit général de la concurrence, mais on ne nous dit guère quand et comment on va s'en dégager. On pourrait affirmer que l'état actuel des choses requiert plus d'esprit de système.

*Deuxième impression :*  
*l'influence des contextes*

La deuxième impression retirée de l'ensemble des contributions, c'est l'importance des contextes. Richard Posner ou Jean-Jacques Laf-

font nous ont bien montré que pour qu'il soit maniable, le concept de régulation doit d'abord être resserré autour de l'hypothèse économique du monopole naturel. Mais on voit qu'à partir et au-delà de cela, des contextes vont interagir. On peut évoquer quatre types de contexte.

Le premier, c'est celui des affaires, des cas particuliers emblématiques que chacun gardera à l'esprit et dont on retrouvera la trace dans des règles générales ultérieures. C'est une dimension de la casuistique et du pragmatisme d'un système de régulation qui tire leçons d'expériences particulières. Ainsi au traumatisme de la désorganisation de l'électricité en Californie répondent l'encadrement public et le souci de l'intégration ou de la corrélation des fonctions ; à l'examen des dysfonctionnements des régulations dans l'affaire « BNP-Paribas-Société générale » répondent des nouvelles sécurités dans la loi du 15 mai 2001 sur les Nouvelles Régulations Économiques. Bref, on progresse par affaires. Cela produit une évolution chaotique, et l'expérience accumulée dans le temps et dans l'espace devient la première richesse d'une régulation.

Le deuxième contexte concerne le contexte économique autour du segment de monopole naturel. On nous a bien expliqué qu'il faut tenir compte de l'amont et de l'aval. Il faut tenir compte de la qualité du produit, par exemple du rapport entre les laboratoires pharmaceutiques et les prescriptions, de celui entre le marché principal et des sous-marchés, etc. L'addition de ces considérations n'équivaut pas à une prise en compte du système économique global. Le paradoxe est l'indifférence de cette considération, dans la mesure où les phénomènes et leur appréhension sont donc analogues dans une économie au départ dirigiste ou au départ libérale. L'opposition serait d'ordre simplement chronologique suivant qu'on est parti d'un système ou d'un autre. Certes, les néo-institutionnalistes affirment au contraire que les oppositions des contextes de l'avant-régulation déterminent dans une certaine mesure des trajectoires régulatrices différentes mais ce que nous avons appris tout au long des contributions ne le confirme pas.

Le troisième contexte, c'est celui du système juridique. L'observation est alors l'inverse de la précédente. Alors même que le droit propre à la régulation est fortement analogue quel que soit le pays considéré, l'intégration par un droit européen très présent en ces matières contribuant grandement à réconcilier des traditions juridiques divergentes entre États membres, les systèmes juridiques globaux exercent leur influence. Ainsi, le problème des différences entre le droit des crédits et des biens suivant les différents pays a été cité, et on a sans cesse dit que les

juges américains ne sont pas les juges anglais, qui ne sont pas les juges français. L'organisation judiciaire américaine n'est pas semblable à l'organisation judiciaire française. Il y a manifestement une prégnance du système juridique qui est très considérable et qui remet en cause l'universalité du modèle tel qu'on nous le présente, sauf à faire un droit mondial, autre perspective.

Le quatrième contexte est celui de la société globale, celle des corps sociaux, des cercles d'opinions. Il conduit au même relativisme. À la question « Pourquoi régule-t-on ? », Richard Posner a répondu : parce que le peuple le voulait, parce que l'opinion publique le voulait. L'affirmation est gênante si l'on soutient par ailleurs l'universalisme de l'évolution vers des régulations de marchés ouvert à la concurrence dont la construction et l'équilibre sont confiés à un régulateur technicien.

#### *Troisième impression : les incertitudes de gouvernement*

La troisième impression est relative au gouvernement. N'utilisons pas l'expression « Économiste-Roi » si elle doit déplaire et, prenant le terme technocratique convenu, évoquons le problème de gouvernance. Où est le Roi ? Si on n'a pas de Roi, il faudrait obtenir directement l'adhésion du peuple, de nombreuses contributions ayant souligné que les nouvelles organisations économiques dans ces matières de services publics ne peuvent se faire sans cette compréhension, assentiment, acceptation. Les régulations doivent être acceptées par les opérateurs et acceptables pour l'opinion publique.

C'est ici que peuvent interférer des difficultés liées au sentiment d'équité, plus ou moins satisfait. Cela explique la place qui a été faite dans nos réflexions autour de la régulation à la question ouverte de la redistribution. Là aussi, le relativisme culturel bat son plein. En effet, le souci évoqué par un auteur français n'a pas trouvé d'écho chez un auteur américain, celui-ci estimant que la redistribution n'est pas importante parce que les personnes sont à la fois égoïstes et peu envieuses. Les enquêtes d'opinion montrent en effet que très majoritairement les américains sont égoïstes et peu envieux mais il y a des peuples qui sont composés de gens à la fois moins égoïstes et plus envieux.

On revient ici encore à cette question fondamentale de l'universalisme ou non des systèmes de régulation économique. Le juriste se

souvent alors de l'école historique du droit, particulièrement de cet auteur allemand du XIX<sup>e</sup> siècle, Savigny, pour lequel le droit exprimait irréductiblement l'esprit des peuples. Les peuples n'ont pas tous vocation à devenir américains et la régulation doit prendre en compte les esprits des peuples. Que l'on songe un instant à l'esprit des peuples asiatiques, à leur rapport à la règle, à leur façon de gouverner, etc.

Ces trois impressions portent déjà en elles-mêmes la détermination de difficultés qui semblent pour l'instant non résolues.

#### *Première difficulté :*

##### *la complexité du triangle des hommes, des règles et des faits*

La première difficulté tient au triangle des hommes, des règles et des faits. On ne peut faire l'économie de penser cette relation. Parmi les hommes et leur subjectivité, il faut considérer le peuple mais aussi les chefs d'entreprise, mais encore le régulateur lui-même en tant qu'il est un homme ordinaire – neutralisé dans sa subjectivité ou non, charismatique, arbitraire, etc. –, bref l'homme-régulateur avec ses compétences limitées. Ensuite, il y a la puissance des faits. Le fait est le grand triomphateur des juristes, celui devant lequel ils sont appelés désormais à plier, loin de la conception prométhéenne qui liait le droit et la souveraineté politique. Enfin il y a les règles, qui sont généralement données par le droit. Le problème vient de la grande fusion entre ces trois éléments du fait des stratégies.

Ces stratégies sont l'objet commun des contributions, elles donnent le titre à l'ensemble. Ces stratégies correspondent à des hommes qui jouent avec les lois, histoire de déployer les faits à leur avantage. Dans ces conditions, la loi devient elle-même un instrument stratégique. Naguère ou dans d'autres domaines, les lois étaient prescriptives, c'est-à-dire concentraient leur puissance dans l'émission d'ordres de comportements convenables, ou, dans une conception plus libérale de loi, dans l'émission d'interdictions de comportements inacceptables. Désormais, la loi devient stratégique – et l'on pourrait dire la même chose de l'État –, puisqu'elle va chercher à agir par incitation pour qu'à son regard, la défense des intérêts propres à chaque acteur conduise néanmoins au résultat général voulu. En quelque sorte, le législateur est devenu moins théologique et plus malin.

Le système en est d'autant compliqué. Plus encore, les stratégies prennent la forme de discours, l'ordre du discours est venu, y compris pour le législateur, ce qui éloigne la loi de son pouvoir intrinsèque de

contrainte. Le système communautaire de la comitologie exprime très bien cette évolution : cette comitologie constitue un symbole de puissance relevant de l'ordre du discours, servant à la Commission européenne pour prendre du pouvoir au Conseil des ministres. Ainsi celui qui se place dans l'ordre du discours tient une partie du pouvoir. Le pouvoir n'est plus jamais attribué à un seul, le principe hiérarchique est affaibli, chacun peut espérer jouer un rôle dans la régulation parce que celle-ci est non seulement le traitement de l'information et le maniement de la contrainte, mais encore, peut-être avant tout, un cercle de production des arguments et un ajustement des discours. Ce n'est plus le triomphe de la loi, qui cherche désormais davantage à inciter et à convaincre qu'à ordonner, mais le triomphe des avocats, ces maîtres de l'ordre du discours. Chacun devient essentiellement un plaideur : les entreprises, le gouvernement, le régulateur lui-même.

La difficulté résulte dans la complexité du système puisque tous les arguments s'additionnent, qu'ils demeurent dans le cercle, que tous les intéressés en produisent et que tous les corps de doctrines (économiques, juridiques, techniques, sociologiques, politiques, philosophiques, psychologiques) sont sollicités à part égale pour cela. Du fait de cette complexité et de ce raffinement incessant, n'a-t-on pas de nouveau affaire à un « énorme gaspillage de temps et d'intelligence » pour reprendre le jugement que Jean Carbonnier porta sur la superbe construction prétorienne de la responsabilité civile ? Cela doit se mesurer en termes de coût, et le coût de cette régulation par construction rhétorique, par procès parfois, est très élevé pour tous.

#### *Deuxième difficulté :*

##### *l'indétermination du but et de la réussite de la régulation*

La deuxième difficulté tient à la détermination des buts de la régulation et des bénéfices retirés à raison de la plus ou moins grande réalisation des buts. Il est important de connaître les buts et les avantages retirés, ne serait-ce que pour pouvoir contrôler si les deux coïncident. Si les bénéfices que l'on voulait donner l'ont effectivement été, alors on peut par contrôle approuver la régulation. Si on ne connaît pas les buts, ou si, les connaissant, on ne peut mesurer les bénéfices intervenus, le système devient incontrôlable. Actuellement, on ne sait pas très bien pour qui le jeu est fait, par exemple quelle est la place des consumma-

teurs dans le système ; on ne sait pas très bien qui tient le jeu ; on ne sait pas très bien qui tirera son épingle du jeu.

Faute d'avoir des informations claires sur ces trois points, les entreprises en sont réduites à des stratégies qui relèvent parfois plus du casino que de l'investissement aux risques maîtrisés.

*Troisième difficulté :*  
*l'inadéquation de la régulation et du temps*

Bruno Lasserre a parlé de l'articulation des trois temps de la régulation mais aussi du fait que ceux-ci peuvent se superposer sur un même secteur. À cette difficulté d'articulation du temps se superposent des hiatus difficilement surmontables. Lorsque Dominique Roux insiste sur la nécessité de faire de la régulation *on time*, il faut confronter cela avec le volume des dossiers, un seul pouvant atteindre plusieurs tonnes, et la nécessité rationnelle et procédurale de prendre le temps d'une instruction sérieuse. À cela s'ajoute qu'il faut prendre le temps de convaincre : l'expérience montre que les bonnes décisions qu'on a prises très rapidement mais pour lesquelles on n'a pas ménagé le temps de la conviction posent problème.

Enfin, quel est le temps privilégié par la régulation, le présent, le passé ou le futur ? On s'accordera pour dire que la préservation, voire la construction, du futur est un des enjeux premiers de la régulation. Or cela, le droit sait très mal le faire. Le juge a en charge le passé, ce qui fait que quand on demande au juge de régler le futur, il peine. La remarque vaut aussi pour un régulateur de plus en plus proche de la figure du juge. Quant à la loi, elle fait naître un temps très particulier, que l'on peut désigner comme celui du présent éternel : la loi grave dans le marbre et la gestion d'un futur contingent contrarie la nature classique de la loi. On va donc demander à la loi de devenir flexible, modulable, révisable, en quelque sorte par nature de droit transitoire.

Mais les exigences deviennent excessivement hautes lorsque, dans le même temps, on exige du droit qu'il fournisse de la prévisibilité. Pour obtenir de la prévisibilité, il y a deux solutions : la simplicité, qui est désormais totalement exclue, et la stabilité, qui est aussi totalement exclue. Comment est-ce qu'on va rendre simple et prévisible quelque chose qui est à la fois non simple et non prévisible ? Je crois qu'il y a deux façons de résoudre ce dilemme. L'une consiste à répartir les tâches : les décisions stratégiques reviennent alors au gouvernement, le réglage fin relève de l'autorégulation et de l'office des autorités admi-

nistratives. Cela ne correspond guère à l'ordre du discours précédemment décrit. L'autre solution serait une organisation proche d'un processus rhétorique permanent – qui s'apparente au lobbying – où chacun apporterait ses arguments, sans hiérarchie et dans un ordre qui ne serait que celui du discours. La régulation serait faite d'un flux de d'arguments, de décisions, de recevabilité, de décisions au fond. On en arriverait à un système absolument non hiérarchique, absolument indistingué, avec un ordre de discours pour seule armature. Il importe alors que l'ordre de discours ne soit pas approprié par l'un ou par l'autre, il faut organiser l'ordre du discours par des systèmes de rhétoriques ceux-là même que le droit de l'Antiquité connaissait déjà.

C'est cet ensemble d'impressions contradictoires et de difficultés d'autant plus redoutables qu'elles sont élémentaires, que les nouvelles régulations engendrent. Dans ces conditions, la pensée stratégique doit porter sur la compréhension même du système, plutôt que sur son maniement, voire sur la mise en place et l'évolution de la régulation, par la représentation conceptuelle que les entreprises peuvent en construire.

Bernard de Montmorillon :

Contrairement à mes deux collègues, je ne suis ni sceptique ni plongé dans l'embarras, sans doute parce que les professeurs de gestion sont des gens simples, un peu comme les industriels (si l'on en croit l'un des conférenciers). Les débats de ces trois demi-journées m'ont plutôt conforté et tranquilisé. Les gestionnaires savent, depuis Burns et Statker, en 1961 ou 1962, que l'environnement est complexe, turbulent et incertain. Ils l'enseignent à leurs étudiants. Ils essayent de les former à s'y adapter et à y réagir. Cette ambiguïté de l'environnement est pour eux à peu près confortable, ils y sont habitués et savent en tout cas que le présent n'est ni sûr ni tranquillement extrapolable. Les gestionnaires sont habitués à raisonner dans cet environnement-là, notamment en matière de stratégies, et quand les intervenants leur disent qu'il s'agit désormais de repérer des possibilités d'innovations créatrices de valeur, que c'est possible dans les secteurs régulés, et bien cela leur fait plaisir, car c'est également ce qu'ils disent depuis une trentaine d'années. Ainsi, les bases de la réflexion stratégique me paraissent confirmées par nos débats, qu'il s'agisse du domaine industriel ou plus généralement, maintenant, du domaine des services.

Ce qui me paraît avoir surtout changé, c'est la relation du stratège à la loi. Je disais hier que l'abbesse de Port-Royal considérait que c'était