

Discussion

Marie-Anne Frison-Roche

Bernard de Montmorillon :

Merci pour cet exposé absolument lumineux et qui, en ce qui me concerne, m'a ouvert les yeux sur la régulation de l'enseignement supérieur. Mais ce n'est pas le sujet. La parole est à Marie-Anne Frison-Roche pour la première discussion sur ce rapport avant que ne s'ouvre le débat avec la salle.

Marie-Anne Frison-Roche :

Je voudrais réagir à cette remarquable démonstration en essayant d'exprimer la façon dont un juriste peut recevoir ce type d'argumentation et en tirer profit dans sa propre technique, ou plus généralement la manière dont un non-économiste peut le faire. L'impression est d'avoir affaire, à travers le prisme de la science économique, à un raisonnement mené sur l'art de gouverner. Ces questions de régulation économique des monopoles sont d'ailleurs un passage obligé de l'économie politique, la bien-nommée. En cela, les affirmations des économistes sont à remettre en perspective avec les théories classiques de philosophie politique, si l'on s'accorde à poser que l'art de gouverner est l'objet premier de celles-ci.

On retrouve d'ailleurs dans les différentes affirmations les grandes oppositions présentes dans les postulats des courants de pensée. Ainsi, suivant qu'on incline vers une conception machiavélique ou vers une conception rousseauiste de la nature humaine, l'art de la régulation varie. Naguère la façon dont on pensait le droit et l'organisation des services publics était gouvernée par le postulat du « sens du service

public », dans la lignée rousseauiste du service de l'État. Aujourd'hui, la régulation repose sur une autre conception de la nature humaine, moins transcendée, plus concrètement mise en danger par les conflits d'intérêts, dans laquelle l'équilibre des pouvoirs et des intérêts, la surveillance permanente des uns par les autres, la prise que chacun a sur les autres et subit des autres, sont les clés.

Le mouvement de balancier entre ces deux conceptions fondamentales n'est pas particulièrement imputable à la théorie économique. Il prend enracinement dans les réflexions politiques sur les rapports entre gouvernants et gouvernés. Ainsi Bodin a assigné au gouvernement la tâche de réguler la distance nécessaire entre le pouvoir et ses sujets. Le droit par son pouvoir de poser des règles, et parce que ses règles sont générales et abstraites, met de ce seul fait de la distance. Depuis on cherche à théoriser et à organiser cette distance, ce que proposent par exemple Max Weber à travers la rationalisation de l'exercice du pouvoir hiérarchique et des rapports de force, ou Paul Ricœur à travers la distance que le juge ou son équivalent établit dans le règlement de ce rapport de force. À travers les théories économiques, si mathématisées soient-elles, nous en avons ici une nouvelle expression.

La deuxième résonance que l'on peut trouver dans l'analyse de Jean-Jacques Laffont, c'est le souci d'établir les conditions rationnelles du gouvernement, notamment à travers la personne qui doit avoir la charge d'exercer le pouvoir. C'était la conception platonicienne du gouvernement de la cité, confiée au philosophe-roi. On en retrouve aujourd'hui le versant technocratique dans le caractère du régulateur, dont la figure est proche de celle de l'expert, une sorte de roi dont l'ambition, la puissance et la limite tiennent dans la rationalité, un gouvernant non politique puisque l'impératif de performance lui est donné. La froideur de cette conception de la régulation est accrue par la place de l'efficacité dans la pensée économique et dans la régulation. Dès lors, il est tentant de poser que l'efficacité doit mener la cité, d'observer que l'économiste est le savant le mieux placé pour concevoir et mesurer des systèmes efficaces, de conclure que le gouvernement des secteurs publics doit être confié à un « Économiste-Roi ». L'idée prend le relais d'une conception scientifique d'une ingénierie sociale ayant auparavant abouti à donner un fort pouvoir aux ingénieurs dans les matières qui nous occupent.

Toutes les agences indépendantes sont tentées par cette figure de l'Économiste-Roi. La régulation étant une des réponses à l'internationalisation de l'économie, le gouvernement de la mondialisation

accroît le phénomène. Lorsque Georges Bush a accédé à la présidence, au sein d'un même raisonnement, il a contesté le pouvoir des agences internationales de régulation, présenté comme illégitime car technocratique et sans enracinement dans une souveraineté, il a réaffirmé la supériorité de la légitimité politique et il a posé que le développement économique domestique des États-Unis était suffisant à satisfaire les intérêts de ceux-ci. Aucune de ces trois affirmations ne pouvait aller sans les deux autres.

Mais l'on oppose trop aisément théorie économique de la régulation et césure avec les membres de la communauté, qui seraient exclus des décisions, sans pouvoir de contrôle sur le régulateur, privant par un choc en retour les mécanismes de régulation d'un fondement politique légitimant l'ensemble. C'est sans doute vrai au regard d'une certaine conception républicaine du gouvernement. Mais la critique est-elle aussi pertinente vis-à-vis de la notion distincte de démocratie ? En effet, il faut souligner l'apport de la théorie économique à une pensée démocratique dans la mesure où elle postule que la rationalité, la compréhension de ses propres intérêts, la détermination rationnelle des stratégies, sont également partagées par tous. Cette égalité au regard d'une rationalité instrumentale ne restaure pas une conception républicaine du gouvernement mais rapproche les théories et les pratiques de gouvernement des secteurs avec le principe d'égalité. Elle s'allie en outre au principe d'une participation, puisque le consommateur, les intermédiaires, les investisseurs, etc. sont de plus en plus actifs dans la régulation. D'ailleurs, même si la légitimité procédurale est toujours plus faible qu'une légitimité fondamentale, les pratiques de consultation, qui s'apparentent souvent au débat judiciaire, le principe de motivation, les recours ouverts et pratiqués devant le juge, caractérisent les nouvelles modes de régulation.

Dans une troisième perspective, là où le juriste est conduit de réagir, dans un rapport de discipline à discipline, c'est en observant que les modèles de régulation, les nominations des personnes en charge, les décisions prises, voire leur contestation, prennent nécessairement une forme juridique. En cela, le droit est ce qui met en forme la régulation. Mais il est difficile de rester à ce constat de neutralité car on peut se demander à l'égard de quelle dogmatique s'exerce cette neutralité ? Par rapport à la dogmatique politique, le droit étant alors la forme légitime de la souveraineté ? Ou par rapport à la dogmatique économique, le droit étant alors la forme légitime de l'efficacité ? Lorsque l'économiste conseille l'élu, l'opposition est plus simple entre politique et économie,

ce qui ne signifie pas que les tensions soient moins fortes. Mais aujourd'hui, le droit, dans sa spécificité, forme la troisième pointe du triangle de la régulation.

Les difficultés ne se limitent pas à la détermination des normes de régulation auxquelles le droit va donner sa puissance. Il s'agit encore de mesurer les effets de la rencontre entre la norme (politique ou économique) et la forme (juridique). En effet, le juridique se flatte d'être autonome dans la mesure où il peut poser ce que ses auteurs veulent, sans prendre en considération les contraintes de fait : comme l'exprime la pensée classique, la cause de la loi, c'est la volonté pure du législateur. Certes, cela peut produire un échec concret de la prescription mais cela n'entame pas directement la normativité de cette prescription. De ce fait, le droit formule des exigences dont la substance est souvent un mystère pour les hommes politiques et les experts économiques. Ainsi, lorsque le droit communautaire pose que les prix doivent être « orientés vers les coûts », cela sonne comme une exigence économique mais cela ne semble pas correspondre directement à une notion repérée dans la théorie économique.

À travers cette illustration, on perçoit la difficulté pratique engendrée par ce double constat d'une hétérogénéité de la forme juridique et de la nature intrinsèquement économique de la prescription que le droit pose, d'une part, et de l'autonomie du pouvoir juridique de poser les prescriptions de comportement et les cadres structurels de l'action, d'autre part. Plus précisément, comment le juge peut-il contrôler le respect des normes dont le contenu est si nettement hétérogène ? Par exemple, lorsque les directives posent que la régulation environnementale doit intégrer le principe de précaution dès l'instant que la mise en œuvre de celui-ci est d'un coût économiquement raisonnable, comment le juge peut-il apprécier cela lorsqu'il est saisi par une action en responsabilité ? Certes, la doctrine juridique cherche parfois à écarter la contradiction en affirmant que le droit de la concurrence n'est pas vraiment du droit, parce que le droit ne fait que prêter sa puissance à des théories économiques, comme le droit fiscal, dont on dénia aussi la juridicité, ne ferait que donner forme à une politique du bien commun et de la redistribution. Mais le juge ne peut se contenter de congédier ainsi le droit qui donne forme à la régulation économique car il doit exercer son office de contrôle de la légalité et de règlement des différents. La doctrine judiciaire n'est pas encore bien fixée sur la part que le juge doit accorder à la théorie économique dans la façon dont il donne vie au droit de la régulation.

Dans une quatrième perspective, et en laissant la précédente question ouverte, il faut prendre acte que cette articulation est de plus en plus puissante, même si elle est problématique, entre le droit et l'économie. Elle fait mécaniquement reculer la puissance politique, notamment dans son aspect discrétionnaire et son lien avec la souveraineté nationale. L'association de contraintes économiques et de contraintes juridiques de plus en plus fortes, les unes au titre de ressources limitées, les autres au titre de la hiérarchie des normes (notamment l'obligation de se conformer aux règles internationales et européennes), diminue d'autant les marges de libertés dans lesquelles le pouvoir politique s'exerce. Jean-Jacques Laffont s'y réfère expressément lorsqu'il rappelle que « l'on a décidé de limiter l'interférence du politique ».

Se pose alors une question : qui est ce « on » ? Puisque la contrainte économique vient des restrictions budgétaires et d'une volonté de meilleure allocation de l'argent public et puisque la contrainte juridique vient des textes, notamment de droit européen, ce « on » ne peut être que le pouvoir politique lui-même, puisque c'est lui qui, d'une part, décide d'utiliser les fonds publics de telle ou telle façon et, qui, d'autre part, décide la signature des textes contraignants. Le constat est étonnant : ce serait donc le politique qui aurait, contrairement à la règle wéberienne, limité l'ampleur de ses pouvoirs ? Peut-être. Mais on peut poser aussi en conjecture que le pouvoir politique y a été contraint par un droit qu'il a certes institué mais dont il n'avait pas mesuré la portée. En effet, c'est le traité de Rome, dans ses dispositions élémentaires, qui contenait en germe l'obligation d'ouvrir à la concurrence les secteurs d'infrastructure essentielle. Le relais fut alors celui des juges et l'on peut expliquer la signature paradoxale par les États membres de directives de libéralisation de ces secteurs par l'épée de Damoclès constituée par la perspective de condamnation de leur organisation économique précédente (à base de monopoles publics de fait ou de droit) par la Cour de justice des communautés économiques au titre de l'abus de position dominante.

En restant toujours dans cette quatrième perspective propre à l'articulation entre les pointes de ce triangle des trois pouvoirs, politique, économique et juridique, on doit souligner l'influence de cette nouvelle organisation sur la forme privilégiée que prend le droit. Dans le système précédent, celui de l'organisation souveraine des secteurs publics, la forme juridique privilégiée était constituée par la loi et par le décret, celui-ci étant naturellement contrôlé par le juge administratif. Dans le système en train de se mettre en place, dominé par les principes

de droit communautaire, c'est le juge et la procédure qui tiennent le devant de la scène. Il en résulte comme règle principale du jeu, à la charge des opérateurs, la nécessité de penser leur action comme potentiellement en discussion dans une instance. La bonne action économique devient celle qui conçoit non seulement le mouvement efficace, mais encore l'action dont par l'avance l'opérateur a établi la conformité avec le droit. Tout devient objet de preuve : à chaque initiative doit correspondre un dossier préconstitué. Cela accroît singulièrement le coût de la régulation pour les entreprises. En outre, l'exercice de la puissance du juge n'est pas toujours prévisible, par exemple lorsque les juridictions décident d'appliquer les contraintes juridiques à des opérateurs en usant de la qualification de facilités essentielles. Certes, le législateur n'est guère plus prévisible, et les opérateurs craignent pareillement ses sautes d'humeur, mais il ne dispose que pour l'avenir alors que le juge, en créant du droit pour régir des situations précédemment constituées dispose pour le passé, innove rétroactivement, ce qui engendre une insécurité considérable. Que reçoivent les entreprises en échange de ces charges nouvelles et d'une insécurité accrue ? De la flexibilité tout d'abord, l'opportunité de peser plus ouvertement et plus également dans le jeu complexe et fin des régulations.

Jean-Jacques Laffont :

Dans ce souci de ne pas exproprier, il faut faire attention à ne pas détruire les incitations à développer les réseaux. Encore une fois l'exemple des pays en voie de développement est intéressant à cet égard. Il montre que la régulation doit garantir une certaine non-concurrence pour attirer les entreprises.

J'ai beaucoup réfléchi au problème de la juridictionnalisation de toutes les décisions. Je serais tenté de distinguer entre d'une part les questions qui peuvent relever de la démocratie, à propos desquelles les hommes politiques peuvent être jugés assez facilement par les citoyens – et je pense que dans ce cas-là on n'a pas besoin de beaucoup de procédure – et d'autre part les grandes questions techniques, qui nécessitent des commanditaires informationnels. La délégation de sa faculté de juger par le peuple à ces intermédiaires pose problème, toujours pour les mêmes raisons, à savoir qu'il existe un risque que celui qui reçoit la délégation n'agisse pas pour l'intérêt du peuple, c'est pourquoi il faut se soucier de contrôler ce pouvoir. Les juges sont nécessaires dans ce problème de délégation.

On a discuté de la régulation dans un contexte assez étroit autour de l'idée de monopole naturel. La régulation peut aussi s'entendre dans

un sens plus large, finalement l'économie publique. Elle a alors bien d'autres objectifs que la concurrence, par exemple, lorsque des gens n'ont pas d'argent pour étudier, il est peut être bon que la société intervienne pour qu'ils puissent quand même le faire. Mais je ne peux pas me lancer ici dans une discussion sur tous les buts de la régulation au sens large. On retrouve toutefois en partie ces questions dans un sens un peu étroit, autour de la discussion sur le service universel. Est-ce qu'il faut vraiment atteindre des objectifs redistributifs au travers de la régulation de ces industries, par le service universel ? Cela mériterait d'être discuté.

Quant à votre dernier point, sur la reconstitution de l'État, non, je ne le vois pas comme ça, je crois que se pose effectivement la question « quelle est la structuration optimale de la régulation », c'est le point 1 que j'avais évoqué. Par exemple, est-ce qu'il faut un régulateur européen des Télécoms ou un par pays ? Je pense qu'un régulateur européen suffirait. Cela ne se produira pas. On l'a bien vu aux États-Unis, une fois qu'on crée un régulateur par État, ces organisations demeurent et gardent leur pouvoir. Donc la fusion des régulateurs des Télécommunications au niveau européen ne se fera pas même si elle aurait des avantages. Pour autant, avoir plusieurs régulateurs n'a pas que des inconvénients. Cela permet en particulier de faire des comparaisons. La question de la l'organisation optimale de la régulation est très compliquée, comme toutes les questions de structure des pouvoirs. Il y a des arguments qui vont dans le sens de la concentration, d'autres en sens inverse. De la même manière que chez Montesquieu l'analyse de l'organisation des pouvoirs dans la société ne débouche pas sur un pouvoir unique, elle ne va pas non plus déboucher sur un régulateur unique.