



De meilleures réglementations : Le rôle du régulateur



Rapport de la Table Ronde

De meilleures réglementations : Le rôle du régulateur



Rapport de la Table Ronde

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues de l'OCDE ou des gouvernements de ses pays membres.

Merci de citer cet ouvrage comme suit :

OCDE (2011), *De meilleures réglementations : Le rôle du régulateur*, Tables rondes FIT, No. 150, Éditions OCDE.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789282103630-fr>

ISBN 978-92-821-0328-9 (imprimé)

ISBN 978-92-821-0363-0 (PDF)

Série: *Tables rondes FIT*

ISSN 2074-3394 (imprimé)

ISSN 2074-3386 (en ligne)

Crédits photo : Couverture © Stefan Lenz / Panther Media / GraphicObsession.

Les corrigenda des publications de l'OCDE sont disponibles sur : www.oecd.org/editions/corrigenda.

© OCDE/FIT 2011

Vous êtes autorisés à copier, télécharger ou imprimer du contenu OCDE pour votre utilisation personnelle. Vous pouvez inclure des extraits des publications, des bases de données et produits multimédia de l'OCDE dans vos documents, présentations, blogs, sites Internet et matériel d'enseignement, sous réserve de faire mention de la source OCDE et du copyright. Les demandes pour usage public ou commercial ou de traduction devront être adressées à rights@oecd.org. Les demandes d'autorisation de photocopier une partie de ce contenu à des fins publiques ou commerciales peuvent être obtenues auprès du Copyright Clearance Center (CCC) info@copyright.com ou du Centre français d'exploitation du droit de copie (CFC) contact@cfcopies.com.

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.

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.

Pour des informations plus détaillées sur le Forum International des Transports, veuillez consulter :
www.internationaltransportforum.org

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHÈSE DE LA DISCUSSION	7
 EFFICACITÉ DES INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES DU TRANSPORT AÉRIEN : UNE PERSPECTIVE EUROPÉENNE – par Hans-Martin NIEMEIER (ALLEMAGNE)	 37
1. Introduction.....	41
2. Institutions réglementaires efficaces du transport aérien	43
3. Chaîne de valeur du transport aérien et intervention réglementaire	46
4. Résumé : réforme des institutions réglementaires	65
 DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EFFICACES : LEUR RÔLE DANS LE PROCESSUS POLITIQUE ET LA QUESTION DE LEUR INDÉPENDANCE – par Tom WINSOR (ROYAUME-UNI)	 75
1. Introduction.....	79
2. Objectif de la régulation	80
3. Le rôle des responsables politiques	81
4. Politique de régulation	84
5. Une régulation efficace.....	89
6. La question de l'indépendance	91
 DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE DE LA RÉGLEMENTATION DES TRANSPORTS : GÉNÉRALITÉS ET ÉTUDE DE CAS – par Marco PONTI (ITALIE)	 99
1. Introduction.....	103
2. Question économique générale importante pour les choix institutionnels	104
3. Aspects institutionnels	107
4. Spécificités des transports importantes sur le plan institutionnel.....	109
5. Étude de cas : réglementation italienne des transports	112
6. Conclusions et recommandations	116
 LISTE DES PARTICIPANTS.....	 121

SYNTHÈSE DE LA DISCUSSION

SOMMAIRE

1.	INTRODUCTION	11
1.1	Actifs spécifiques	11
1.2	Indépendance	13
2.	OPPORTUNITÉ DE LA RÉGLEMENTATION	13
2.1	Incidence (de l'évolution) du contexte réglementaire sur le choix du mode de gouvernance	13
2.2	Adaptation du mode de gouvernance à l'évolution des marchés	16
2.2	Adaptation de la réglementation à l'environnement institutionnel	18
2.4	Faisabilité technique de la réglementation	18
3.	EFFICACITÉ DE LA RÉGLEMENTATION	19
3.1	Cohérence chronologique, contrats incomplets et équation pouvoir discrétionnaire/capture	19
3.2	Portée du pouvoir discrétionnaire	20
3.3	Réglementation et politique	22
3.4	Chocs extérieurs	23
3.5	Transparence	25
3.6	Le régulateur et le sens politique	25
3.7	Défense de l'indépendance et prévention de la capture	26
3.8	Indépendance envers qui ?	26
3.9	Données et information	27
3.10	Nombre d'organismes de réglementation	28
3.11	Priorités	29
4.	CONCLUSIONS	30
	NOTES	33
	BIBLIOGRAPHIE	35

Paris, mars 2011

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 efficace 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 surréglementés. 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 y 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 abrégier 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	256	263	9.15
		600	300	700	
Ofcom	Télécommunications	121	128	129	6.47
		555	986	420	
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	650	680	12.60
		552	628	725	

* 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 équilibrages 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/uploads/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 démembrement d'entreprises précédemment intégrées. Le démembrement 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.
- Morrison and Winston, 1999, *Regulatory Reform of US Intercity Transportation*, Steven Morrison and Clifford Winston in *Essays in Transportation Economics and Policy* edited by Jose Gomez-Ibanez, William Tye and Clifford Winston, Brookings Institute.
- Mott MacDonald 2006, *Study on the Impact of the Introduction of Secondary Trading at Community Airports*, Mott MacDonald in association with Hugh O'Donovan, Oxera and Kieth Boyfield Associates, report for the European Commission.
- 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 - Rail Freight Group 2005, *Rail Freight and France*, 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>

**EFFICACITÉ DES INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES DU TRANSPORT
AÉRIEN : UNE PERSPECTIVE EUROPÉENNE**

Hans-Martin NIEMEIER
Université des Sciences Appliquées
Brême
ALLEMAGNE

SOMMAIRE

SOMMAIRE	39
.....	41
1. INTRODUCTION	41
2. INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES EFFICACES DU TRANSPORT AÉRIEN	43
3. CHAÎNE DE VALEUR DU TRANSPORT AÉRIEN ET INTERVENTION RÉGLEMENTAIRE	46
4. RÉSUMÉ : RÉFORME DES INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES	65
REMERCIEMENTS	68
.....	69
NOTES	69
BIBLIOGRAPHIE	71

Brême, novembre 2010

« Les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de supervision indépendante en veillant à ce qu'elle soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toutes les entités gestionnaires d'aéroports et de tous les transporteurs aériens. Les États membres qui conservent la propriété d'aéroports, d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, ou le contrôle d'entités gestionnaires d'aéroports ou de transporteurs aériens, veillent à ce que les fonctions liées à cette propriété ou à ce contrôle ne soient pas confiées à l'autorité de supervision indépendante. Les États membres veillent à ce que l'autorité de supervision indépendante exerce ses compétences d'une manière impartiale et transparente. » Article 11, paragraphe 3 de la Directive de l'Union européenne sur les redevances.

« En ce qui concerne l'aéroport de Francfort, le Ministère hessois de l'Économie, des Transports et du Développement Urbain et Régional, l'entité publique responsable de l'aviation, est clairement distinct et indépendant du Ministère hessois des Finances, l'entité publique qui détient 30 pour cent des actions de l'aéroport. » Stefen Schulte, 2009, p. 8.

1. INTRODUCTION

Les choses qui vont de soi sont généralement tenues pour acquises et les gens s'y réfèrent sans s'interroger sur leur bien-fondé. Aucun citoyen de l'Union européenne ne remet ainsi le principe de l'indépendance des tribunaux en question. Les tribunaux ont pour mission de juger en toute indépendance et les justiciables se pourvoient en appel s'il n'en est pas ainsi. Pour ce qui est des institutions réglementaires qui se prononcent sur les redevances aéroportuaires, les choses semblent toutefois être différentes. Il a fallu à la Commission Européenne une vingtaine d'années pour faire adopter la directive de l'Union européenne sur la réglementation des aéroports. Le débat soulevé par cette directive n'est toutefois pas encore clos. Le terme « indépendant » reste à définir clairement. Il semble ainsi probable que l'Union européenne doive en fin de compte se contenter de régulateurs dont l'indépendance est à ce point restreinte qu'elle en perd tout son sens.

Le débat acharné sur le cadre réglementaire des aéroports, qui pourrait déboucher sur une capture ou un échec de la réglementation s'il est mal conçu, a fait comprendre combien il importe de créer de bonnes institutions pour le transport aérien dans son ensemble. Cette importance est particulièrement grande parce que les aéroports sont en train de passer du stade d'organisme de service public appartenant à des pouvoirs publics à celui d'entreprise mêlant des éléments concurrentiels et monopolistiques, ayant différents régimes de propriété et niveaux de commercialisation régis par différents types de régimes réglementaires implicites et explicites. Ce passage peut se concrétiser sous des formes dont certaines sont évoquées ci-dessous.

La privatisation des aéroports a débuté à la fin des années 1980 au Royaume-Uni où tout le secteur est, à quelques exceptions près, aujourd'hui privatisé. La situation y est donc très différente de ce qu'elle est dans le reste de l'Europe où une minorité seulement des aéroports sont partiellement privatisés. L'évolution s'est accompagnée d'une évolution de la réglementation. Le Royaume-Uni s'est doté d'une institution réglementaire indépendante dont la plupart des États du continent restent privés. L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont également privatisé certains de leurs aéroports. L'Australie a commencé par un système de plafonnement des tarifs qu'elle a remplacé ensuite par un système de surveillance. La Nouvelle-Zélande a d'abord aboli toute forme de réglementation, mais a par la suite re-réglementé ses aéroports.

La privatisation et la libéralisation des marchés d'aval ont généré une concurrence entre aéroports encore quasi inexistante il y a vingt ans qui a elle-même influé sur la portée de la réglementation et sa méthode. Ces changements ont eux aussi été le plus visibles au Royaume-Uni. La Commission britannique de la concurrence a directement influé sur la structure du marché en ordonnant la dissolution de la BAA, l'autorité britannique des aéroports (cette dissolution est actuellement contestée pour différentes raisons devant les tribunaux). Le régulateur a ensuite lancé une étude sur les modifications à apporter à la réglementation afin d'ouvrir le secteur plus largement à la concurrence. La concurrence pouvant, par ses effets positifs, se substituer à la réglementation, il est nécessaire de décider quels aéroports doivent ou ne doivent pas être réglementés. L'aéroport de Manchester a ainsi été déréglementé alors que Stansted ne l'a pas été, mais cette dernière décision reste controversée. Aux Pays-Bas, le régulateur a évalué la position de Schiphol sur le marché pour arriver à la conclusion qu'il devait rester réglementé parce qu'il est à l'heure actuelle politiquement impossible de modifier la structure du marché. L'augmentation de la demande de transport aérien et la libéralisation du marché d'aval vont se traduire par une intensification de la concurrence entre les aéroports qui va amener à remettre la nécessité de la réglementation des aéroports en question. Les autorités réglementaires auront de plus en plus souvent à se demander quels aéroports doivent être réglementés et quels autres doivent être laissés en paix.

La privatisation des services de contrôle de la navigation aérienne est une autre question qui fait débat en Europe. Le Royaume-Uni a partiellement privatisé ses NATS¹ et plafonné leurs tarifs. En Allemagne, la privatisation de ces services a été arrêtée pour des raisons juridiques en 2006, mais reste une option de nature toutefois plutôt politique.

La libéralisation et la privatisation des compagnies aériennes ont donné naissance à une vive concurrence dans de nombreuses parties du monde et modifié la relation verticale entre les fournisseurs et les utilisateurs des infrastructures. L'accès à des infrastructures souvent rares et leur tarification sont des déterminants de plus en plus importants de la compétitivité des compagnies aériennes tandis qu'il est capital pour les aéroports et les fournisseurs de services de contrôle de la navigation aérienne d'utiliser les capacités existantes avec efficacité et de financer des nouvelles capacités. La mise en œuvre de stratégies de plus en plus sophistiquées peut créer de la rareté et donner la possibilité d'exploiter des rentes de monopole.

Le transport aérien a toujours été exposé à des chocs extérieurs et l'identité de la partie qui assume ce risque ne manque pas d'importance dans un secteur libéralisé et (partiellement) privatisé. Il convient notamment de s'interroger sur la mise en place d'institutions capables d'appliquer non seulement une réglementation assise sur les coûts, mais aussi une réglementation incitatrice, avec ce que cela implique de pertes substantielles pour les fournisseurs d'infrastructures.

Le comportement stratégique des compagnies aériennes et d'autres acteurs étant devenu, enfin, un facteur déterminant de leur rentabilité et de leur position concurrentielle, les responsables politiques devront de plus en plus compter avec le comportement d'acteurs résolus à maximiser leur rente. La mise en place d'institutions réglementaires efficaces ne s'en trouvera certainement pas facilitée.

Le présent rapport s'articule autour des deux questions suivantes :

1. Quels maillons de la chaîne de valeur du transport aérien sont réglementés *ex ante* ?
2. Cette réglementation *ex ante* est-elle gérée par des institutions réglementaires efficaces ou faut-il réformer les institutions réglementaires ?

La réglementation se définit dans le présent rapport comme étant un ensemble de règles qui limitent la liberté de contracter et déterminent partant les prix, les quantités, la qualité, les investissements et l'accès. Une réglementation mal conçue peut bloquer le développement des infrastructures et porter les coûts de congestion à un niveau élevé et la qualité de la réglementation commerciale revêt donc une importance capitale pour la politique des transports. L'analyse ne porte pas sur les règles de protection de l'environnement et les règles de sécurité bien qu'elles risquent de déboucher sur une élévation excessive des tarifs des services de sécurité et sur un allongement de la durée des déplacements. Elle ne porte pas non plus sur la coordination des politiques de la concurrence.

Eu égard au foisonnement des alliances et fusions internationales, il importe d'assurer la comparabilité des politiques suivies dans les différents pays. Le présent rapport se limite néanmoins aux réglementations *ex ante* et se focalise entièrement sur le cadre réglementaire sans se préoccuper de son contenu. Il ne s'intéresse donc pas aux méthodes de réglementation appliquées.

Le rapport aborde les deux questions dans l'ordre inverse. Le chapitre 2 définit ce qu'il y a lieu d'entendre par institution réglementaire efficace tandis que le chapitre 3 décrit la chaîne de valeur du transport aérien et montre comment les pouvoirs publics interviennent et quel type d'institution réglementaire ils mettent en place pour ce faire. Le chapitre final fait la synthèse des conclusions et présente les réformes institutionnelles à entreprendre pour assurer l'efficacité de la réglementation.

2. INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES EFFICACES DU TRANSPORT AÉRIEN

Une institution efficace de réglementation des services d'utilité publique a une double raison d'être, à savoir une raison économique et une raison politique. Sa raison d'être économique tient au fait qu'il faut pouvoir corriger efficacement les dysfonctionnements du marché et imaginer des instruments et des institutions capables de les corriger. La raison d'être politique procède du fait qu'il faut se demander si et comment les décideurs doivent déléguer des pouvoirs à des organes indépendants tels qu'un régulateur ou une commission. Les deux approches sont complémentaires et ont beaucoup en commun (Bartle et Vass, 2007). Elles voient dans le problème des services d'utilité publique un problème de conclusion de contrats entre des commettants et des agents disposant d'informations asymétriques (Gomez Ibanez, 2003).

La *raison d'être économique* justifie l'application d'une réglementation *ex ante* si un secteur occupe une position de force persistante sur le marché et si la réglementation fait augmenter le bien-être économique. L'absence de substitut proche entraînée par les obstacles à l'entrée donne naissance à une position dominante persistante qui s'explique par l'existence de restrictions d'ordre juridique, de conditions particulières de planification ou d'une technologie de production caractéristique d'un monopole naturel qui combine les économies d'échelle et de gamme² avec des coûts irréversibles, des coûts qui s'expliquent par la haute spécificité et les difficultés de redéploiement des actifs (Baumol *et al.*, 1997 ; Forsyth, 1997).

Les dysfonctionnements du marché peuvent être corrigés par une multitude de modèles différents de gouvernance tels que l'étatisation ou la réglementation de monopoles privés. Pour ce qui est de ce dernier modèle, la question est de savoir comment encourager l'investissement privé dans un cadre réglementé. La privatisation d'un tel secteur n'a rien d'évident. La rédaction de contrats à long terme pour des investissements fixes qui n'ont de valeur que dans une relation d'échange spécifique est un problème de taille. L'asymétrie de l'information interdit la conclusion de contrats à long terme complets couvrant tous les imprévus. Des comportements opportunistes peuvent donner naissance à des problèmes de capture entraînant un dysfonctionnement des marchés et des contrats à long terme. Le problème clé, celui en l'occurrence de la création d'un engagement discrétionnaire, est présenté par Gomez-Ibanez (2006, p. 3) dans les termes suivants : « *Les investissements coûteux, durables et immobiliers contribuent à rendre toutes les parties, c'est-à-dire l'entreprise, ses clients et les pouvoirs publics, vulnérables à l'opportunisme et demanderesse de stabilité et d'engagement* ». Levy et Spiller (1994), Stern (1997) et Stern et Holder (1999) prétendent qu'un régulateur indépendant, instance investie d'un pouvoir discrétionnaire limité et porteuse à long terme de crédibilité, de confiance, d'expertise et de flexibilité sans avoir rien d'arbitraire, est le meilleur gage de stabilité et d'engagement qui soit. Un tel régulateur indépendant doit avoir sa place dans un système juridique bien conçu qui fonctionne bien et devrait prévenir toute capture du pouvoir réglementaire par l'entreprise réglementée (Stigler, 1971) et/ou des groupes de consommateurs (Posner, 1971). En ce qui concerne les aéroports, Wolf (2004) avance qu'un régulateur indépendant est une condition sine qua non de toute privatisation intégrale. Un régulateur indépendant appliquant une réglementation incitatrice est une nécessité parce que les aéroports pourraient autrement prendre par exemple des participations publiques partielles à leur capital en otage pour protéger les investissements qu'ils ont réalisés dans des actifs spécifiques.

La *raison d'être politique* veut que les responsables politiques délèguent un certain pouvoir discrétionnaire à un organe pour prévenir les décisions intempestives et les comportements opportunistes. Ces deux risques sont particulièrement pertinents dans le cas des services d'utilité publique, quel qu'en soit le régime de propriété, en raison de l'immobilité à long terme propre à ces investissements. Majone (1997, p. 152) souligne que « *les agences indépendantes présentent deux grands avantages : elles ont la possibilité de prendre des engagements politiques crédibles et possèdent le savoir-faire nécessaire* ». Des gouvernements élus démocratiquement ne détiennent le pouvoir que pendant un temps limité et ne peuvent pas engager leurs successeurs, mais peuvent délèguer un pouvoir discrétionnaire limité à des régulateurs indépendants qui ont le savoir-faire voulu et sont tenus de poursuivre des objectifs politiques à long terme. Les banques centrales indépendantes, la Commission Européenne et les régulateurs indépendants de services d'utilité publique sont autant d'exemples de ces « *institutions non majoritaires* » (Thatcher et Sweet, 2002) qui exercent un pouvoir régalien dans des domaines clairement définis de la politique publique sans être élus et sans être contrôlés directement par les responsables politiques. Ce raisonnement n'a rien à voir avec la question du régime de propriété et peut s'appliquer aussi aux services d'utilité publique détenus par les

pouvoirs publics. Il pourrait ainsi être préférable de confier la gestion d'un service d'utilité publique à une agence indépendante ou d'en faire une société commerciale réglementée par une autorité indépendante plutôt que de le faire gérer par une administration publique.

Il ressort de ces deux approches théoriques qu'un régulateur indépendant investi d'un certain pouvoir discrétionnaire est un bon modèle de gouvernance pour les services d'utilité publique. La conclusion aura son importance dans l'analyse du secteur du transport aérien, un secteur qui se caractérise par la variété de ses composantes dans lesquelles des sociétés partiellement commerciales côtoient des services d'utilité publique entièrement privatisés.

Ces deux approches ont également défini les principes et les critères d'efficacité des institutions réglementaires adoptés par l'OCDE³ (1995, 1997) ainsi que par plusieurs pays tant à hauts revenus (dont le Royaume-Uni⁴) qu'à plus bas revenus (dont le Brésil et le Chili⁵) :

- *Pouvoir de réglementation délégué par le corps législatif élu* : les régulateurs devraient se voir attribuer des objectifs très précis par le parlement. Ces objectifs doivent être clairement définis et dissocier le régulateur de l'élaboration de la politique à suivre et de la gestion des services d'utilité publique. Le cadre législatif doit séparer les rôles et les responsabilités et définir les principes d'une bonne réglementation.
- *Indépendance et obligation de rendre des comptes aux organes démocratiques*. L'indépendance peut être minée directement par l'entreprise réglementée et/ou les utilisateurs (capture du pouvoir réglementaire). Pour assurer cette indépendance, il est nécessaire de séparer la fonction de réglementation de la fonction de propriété et de gestion des services d'utilité publique. Le régulateur doit être séparé des Ministères qui possèdent ou gèrent, en tout ou en partie, des services d'utilité publique. Il doit être une entité autonome dont le financement est assuré. Ses agents doivent être à l'abri de licenciements abusifs prononcés par des responsables politiques et ne doivent pas pouvoir tirer personnellement avantage de leurs décisions en se voyant offrir, par exemple, un emploi de haut niveau dans les entreprises qu'ils ont réglementées. La délégation de pouvoirs discrétionnaires à un régulateur doit être contrôlée par le parlement. Le parlement doit entériner l'action du régulateur en approuvant le rapport que celui-ci devrait lui soumettre tous les ans. Les entreprises réglementées et les clients des services d'utilité publique (groupés par exemple au sein d'associations indépendantes de consommateurs) doivent pouvoir faire appel des décisions du régulateur devant les tribunaux.
- *Équité, accessibilité et ouverture de la procédure*. Une bonne approche réglementaire doit prévoir des auditions et consultations publiques. Les résultats ne doivent pas être prédéterminés. Ils doivent être publiés et faire clairement apparaître pourquoi des contestations ont été retenues ou rejetées. Un processus équitable est en outre garant de prévisibilité et de confiance parce que les changements ne peuvent pas être arbitraires. La prévisibilité et la confiance sont particulièrement importantes parce qu'elles préviennent les risques de capture. La prévisibilité ne veut pas dire que les processus doivent être imperméables à l'expérience et à l'évolution. Vass (2006, p. 204) souligne qu'un des « principes fondamentaux » d'une bonne gouvernance réglementaire veut qu'« une réglementation saine et une situation réglementaire efficace soient le fruit d'un processus évolutif au cours duquel des enseignements sont tirés des erreurs commises ».

- *Rapport coût/efficience du processus réglementaire.* Le mandat confié par le pouvoir législatif doit être mis en œuvre sans coûts bureaucratiques élevés. La réglementation n'est pas une fin en soi, mais doit avoir pour but d'augmenter le bien-être économique. Elle doit procurer un avantage net à la collectivité. Il s'en suit que la portée de la réglementation et sa méthode doivent être évaluées par une tierce partie en termes d'avantages et de coûts (ACCC, 2010, passe les différentes méthodes en revue).
- *Pertinence du ciblage et nature temporaire.* Les causes de persistance d'une position dominante peuvent changer au fil du temps. La déréglementation de certaines parties au moins de la chaîne de valeur des services d'utilité publique a donné de bons résultats dans beaucoup de pays. Il convient donc de se demander quelles parties de la chaîne de valeur et quelles entreprises doivent être réglementées. La réponse à cette question doit venir d'une recherche à laquelle le régulateur et les divers agents participent, mais la décision finale doit être prise par une tierce partie.

Ces principes peuvent s'appliquer à tous les services d'utilité publique, mais il faut, dans leur application, faire la différence entre ceux qui sont verticalement intégrés et ceux qui ne le sont pas. Dans les secteurs verticalement intégrés tels que celui de l'eau, le régulateur devient l'interface entre les entreprises réglementées et les consommateurs finaux. A la différence du secteur de l'eau, les services de transport aérien ne sont pas intégrés, du moins dans les pays qui ont déréglementé le secteur des compagnies aériennes. Pour un tel secteur, la réglementation doit porter non seulement sur la surveillance des prix et de la qualité de service, mais aussi sur l'accès à des équipements essentiels et à des goulets d'étranglement infrastructurels contrôlés par des monopoles.

3. CHAÎNE DE VALEUR DU TRANSPORT AÉRIEN ET INTERVENTION RÉGLEMENTAIRE

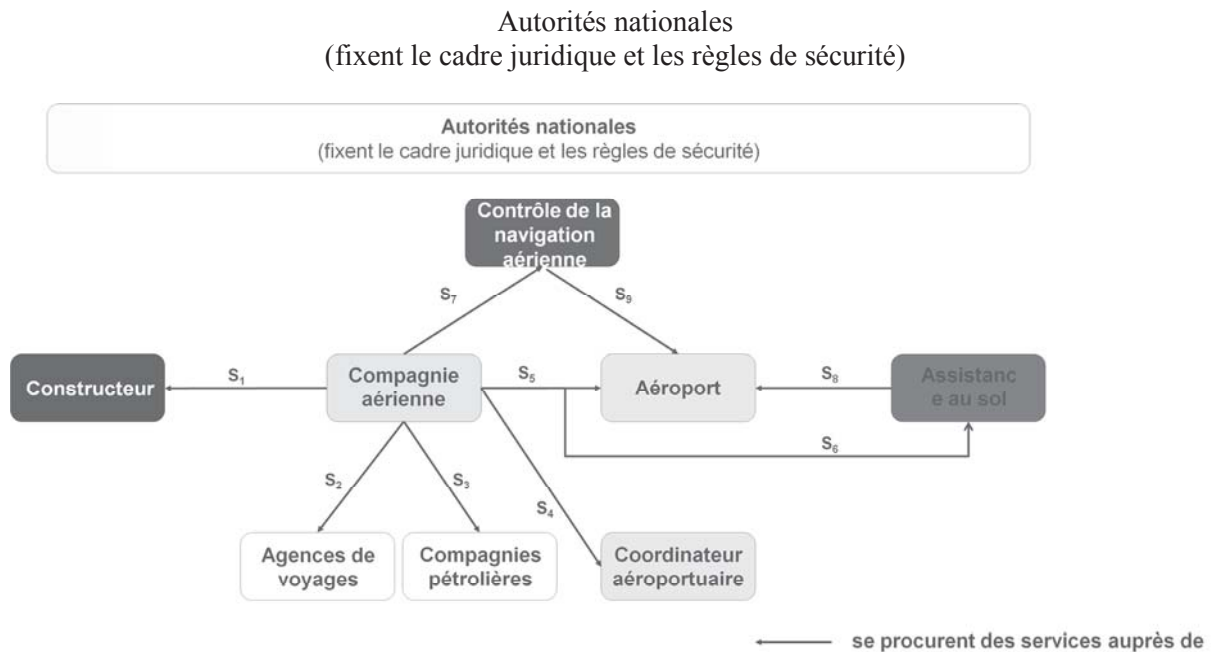
La description de la chaîne de valeur du transport aérien présentée dans le présent chapitre dissèque l'organisation verticale du secteur et identifie les parties réglementées de la chaîne. La réglementation est ensuite analysée plus en détail avant de chercher réponse à la question de savoir si la réglementation témoigne de l'efficience des institutions réglementaires.

3.1. Chaîne de valeur du transport aérien

Le transport aérien change de nature et s'organise sous des formes qui diffèrent dans de nombreux pays. Gomez-Ibanez (2003) distinguent, en se fondant sur Williamson (1985), les marchés spot, les contrats privés, les contrats de concession, la réglementation discrétionnaire, les entreprises publiques et diverses formes hybrides. Presque toutes ces formes d'organisation se retrouvent dans le secteur du transport aérien, mais il est intéressant de souligner qu'il n'y a aucun pays dans lequel le transport aérien est organisé sous la forme d'un service d'utilité publique verticalement intégré, privatisé et réglementé. L'approche normalement désintégréée opère une distinction entre l'infrastructure réglementée et le marché d'aval partiellement libéralisé.

La demande de transport aérien est une demande dérivée de la demande finale d'investissement ainsi que de biens de consommation et de services. Les compagnies vendent leurs produits finaux, c'est-à-dire des sièges et de la capacité de transport de fret, directement par Internet ou indirectement par le biais d'agences de voyages et de commissionnaires de transport aux consommateurs et aux entreprises (voir Figure ci-dessus, S₂). Internet a fortement réduit la puissance de marché des systèmes de réservation et la part de marché des agences de voyages au cours des dix dernières années. Les billets d'avion se vendent sur le marché spot ou comme parties de forfaits incluant des services de vacances ou d'autres services tels qu'une location de véhicules, une location de chambres d'hôtel ou une assurance voyages. Dans le segment « affaires », les compagnies aériennes vendent leurs billets à tarif réduit à des grandes entreprises. Ces marchés d'aval sont des marchés plus ou moins concurrentiels qui ressortissent au droit de la concurrence, mais pas au droit commercial.

Figure 1. Chaîne de valeur du transport aérien



- S₁ : Achat/location d'avions
- S₂ : vente de services aéronautiques
- S₃ : demande de carburant et d'approvisionnement en carburant
- S₄ : demande de créneaux horaires (uniquement sur les aéroports complètement coordonnés à facilité d'horaire)
- S₅ : demande d'infrastructures
- S₆ : demande de services d'assistance au sol (nettoyage, repas, push-back)
- S₇ : demande de créneaux aériens et de services de contrôle de la navigation aérienne
- S₈ : demande d'infrastructures d'assistance au sol
- S₉ : demande d'espaces de bureaux

Le marché aérien reste plus étroitement réglementé que celui du transport maritime international. Les principaux marchés aériens des États-Unis, d'Europe et de la région Asie – Pacifique ont été déréglementés en interne. La libéralisation a été une réussite (Morrison et Winston, 1992). Aux

États-Unis, les tarifs ont baissé de 40 pour cent entre 1976 et 2001 et quelque 60 pour cent de cette baisse peuvent être mis à l'actif de la déréglementation (Morrison, 2002)⁶. La déréglementation européenne s'inscrit dans la ligne de ce qui s'est fait aux États-Unis. Arndt (2004) affirme que la déréglementation a fait baisser les tarifs de 31 à 35 pour cent en termes réels entre 1989 et 2000. Les passagers ont payé 311 USD de moins par voyage en 1999 (en prix de 1989).

Depuis 2000, les compagnies bon marché ont intensifié la concurrence en élargissant leur part de marché. Il en est plus particulièrement ainsi dans le sud-ouest des États-Unis où leur arrivée a fait baisser les tarifs sur les routes directes, mais dans une moindre proportion sur les routes adjacentes. Morrison (2002) parle à ce sujet d'« *effet sud-ouest* ». L'effet est le même en Europe quand Ryanair s'installe sur un marché. La concurrence directe s'avère toutefois être le principal moteur du phénomène, la concurrence potentielle n'ayant en revanche qu'un effet plutôt faible. Les marchés aériens peuvent donc être considérés comme n'étant pas entièrement contestables (Borenstein, 1992). Les avions restent toujours du « capital volant », mais une partie des coûts fixes des compagnies aériennes, notamment ceux qui sont liés à l'exploitation des aéroports-pivots ou à la commercialisation des routes, sont des coûts irrécupérables. Les compagnies aériennes peinent à couvrir leurs coûts fixes élevés et n'ont qu'une faible rentabilité. Elles ont mis des stratégies tarifaires sophistiquées au point, mais sont quand même contraintes de tarifier leurs services au coût marginal à court terme en période de crise.

Au total, les gains de bien-être procurés par la déréglementation sont à ce point considérables que la re-réglementation n'est pas une option politique sérieuse. Il s'agit d'un marché imparfait qui vit d'économies d'échelle et de gamme (Caves *et al.*, 1984 ; Brueckner et Spiller, 1994) et est assujéti au droit de la concurrence en matière de fusions et d'alliances, de fixation de prix d'éviction, d'ententes et de tarification (voir l'aperçu de Lee, 2006).

La réglementation devient plus restrictive quand les compagnies aériennes veulent desservir des destinations extérieures à leur pays d'immatriculation parce qu'elles ont alors besoin de droits de trafic (*libertés de l'air*). Les accords, restrictifs, de trafic aérien limitent le nombre de vols et de compagnies autorisées à les opérer sur de nombreuses routes internationales et ont ce faisant pour effet de réduire artificiellement l'offre et de porter les tarifs à un niveau supérieur à celui auquel ils se situeraient dans un environnement concurrentiel. La rente échoit aux compagnies aériennes autorisées. Les accords de ciel ouvert éliminent ces réglementations et les rentes qui y sont associées, mais laissent subsister certaines restrictions à l'accès à ce marché (Doganis, 2002). Quoique la justification économique de ce genre de réglementation soit bancale, le fait que la libéralisation complète du marché aérien ne soit pas à l'ordre du jour même dans des pays aussi libéraux que les États-Unis porte à se pencher sur la réglementation des accords de trafic aérien.

Les compagnies aériennes trouvent une partie de leurs moyens de production sur des marchés d'amont. Elles achètent leurs avions à des avionneurs ou les prennent en location auprès de loueurs spécialisés (S₁). Il existe un marché secondaire pour la location et l'achat d'avions qui fonctionne bien. La construction des avions se caractérise par des économies d'apprentissage et des aides publiques. Certains segments du marché, notamment celui des gros porteurs, se partagent entre un petit nombre de constructeurs. Il n'est au total pas besoin de réglementation économique et les problèmes peuvent être réglés par la politique de la concurrence et la politique commerciale.

Les compagnies aériennes achètent leur carburant sur le marché pétrolier mondial sous le couvert de différents types de contrat, notamment en se prémunissant à terme contre le risque de fluctuation des cours du pétrole (voir S₃). Comme le plein ne peut se faire qu'à terre, les aéroports pourraient créer des problèmes d'accès aux services d'assistance au sol (cf. ci-après). Les aéroports peuvent en outre subventionner certaines compagnies ou certaines destinations en en pénalisant d'autres.

Les compagnies aériennes doivent obtenir le droit d'atterrir à l'aéroport qu'elles desservent et d'en décoller. Cela ne pose pas de problème dans les aéroports où les capacités ne manquent pas, mais pose des problèmes d'accès dans les aéroports très fréquentés. En dehors des États-Unis, les compagnies aériennes sollicitent l'attribution de créneaux horaires dans les aéroports à fort trafic entièrement coordonnés à facilitation d'horaires (voir S₄). Le coordinateur de créneaux répartit les créneaux en se conformant à des règles qui s'alignent sur celles de l'IATA. Aux États-Unis, l'accès aux aéroports encombrés est rationné par application de la règle du premier arrivé, premier servi (droits acquis).

La vente de créneaux ne se pratique que dans quelques aéroports très encombrés. Seul un petit nombre d'aéroports, dont Heathrow, Manchester et Stansted, pratiquent des formes plus ou moins inefficaces de tarification de la congestion et de circulation en période de pointe.

Le mode de répartition des ressources rares dans le transport aérien est à l'origine de pertes substantielles de bien-être. Morrison et Winston (2008) chiffrent cette perte à 6 milliards USD par an pour les aéroports des États-Unis. Mott McDonald (2006) estime que la commercialisation secondaire des créneaux horaires ferait augmenter la rente du consommateur de 31 milliards d'euros et la rente du producteur de 1.2 milliard d'euros (aux taux actuels) dans l'Union européenne en 2025. En outre, comme le lien entre le prix des ressources rares et l'investissement est rompu, un trop faible niveau d'investissement pourrait entraîner une perte substantielle de bien-être. La piste est souvent le facteur limitatif, mais c'est la capacité du contrôle de la navigation aérienne qui trace la limite dans certains aéroports, notamment à Vienne et à Bratislava. L'attribution des créneaux horaires posant certains problèmes d'accès, sa réglementation est analysée plus en détail dans le paragraphe qui suit.

Les services de contrôle de la navigation aérienne (S₇) sont un autre moyen de production indispensable pour les compagnies aériennes. Ces services consistent en services locaux propres à un aéroport et en services assurés en route dans l'espace aérien supérieur⁷. Les services locaux guident les avions depuis la porte jusqu'à la piste de décollage et contrôlent leur vol dans un certain rayon autour de l'aéroport. Ils passent ensuite le relais aux contrôleurs en route qui guident les avions jusqu'à leur destination finale où ils les confient aux services locaux. Les services de contrôle de la navigation aérienne coordonnent les vols au sol et en route afin d'assurer la sécurité du transport aérien et de réduire les retards au minimum. Étant donné que les coûts fixes sont élevés, qu'il ne peut pas y avoir deux systèmes concurrents de contrôle de la navigation aérienne opérant dans un même corridor et que la sécurité doit être assurée, la plupart des services de contrôle de la navigation aérienne sont des monopoles naturels⁸ réglementés ou contrôlés d'une façon ou de l'autre par les pouvoirs publics (Oster et Strong, 2008). La grande inégalité des bilans coûts/efficacité et des performances en matière de gestion des retards des différents systèmes de contrôle de la navigation aérienne a conduit à l'émergence d'une multitude de formes de gouvernance. Il s'y ajoute que ces systèmes n'ajustent pas leur structure tarifaire quand la demande augmente et que des problèmes de congestion se posent en période de pointe. Une réforme de ces systèmes peut donner naissance à des situations où soit tout le monde sera gagnant, soit des gagnants côtoieront des perdants⁹. L'efficacité est difficile à évaluer avec précision parce que, pour reprendre les termes de Button (2010, p. 22), le contrôle de la navigation aérienne doit répondre à un ensemble complexe « *de demandes sociétales de sécurité, de sûreté et de protection de l'environnement... et qu'il faut tendre vers les meilleures pratiques sur le plan de la mise en place de nouvelles structures institutionnelles et des normes techniques* ». Ces structures institutionnelles englobent la réglementation qui sera analysée ci-dessous.

Les compagnies aériennes achètent une large gamme de services aux aéroports (S₅) qui fournissent des services directs et indirects aux compagnies et aux passagers. Les aéroports fournissent le tarmac et autres voies de circulation des avions ainsi que les équipements nécessaires aux passagers, à savoir les passerelles d'embarquement, les systèmes de traitement des bagages, les postes

d'enregistrement, les aires publiques dans les terminaux, les tableaux d'affichage des vols et les routes d'accès. Certains aéroports louent des terminaux à des compagnies aériennes et l'assistance au sol est assurée par les compagnies aériennes ou des tierces parties (voir infra). Certains aéroports assurent des services locaux de contrôle de la navigation aérienne tandis que d'autres ne le font pas. Les aéroports assurent également des services non aéronautiques tels que des parkings pour voitures, des restaurants, des emplacements de bureaux et divers services commerciaux et de vente au détail.

Plusieurs auteurs considèrent que les aéroports doivent à la spécificité de leurs actifs et de leurs économies d'échelle d'être des monopoles naturels. Les preuves empiriques de l'effet de ces économies ne sont pas concluantes parce que des études révèlent que les économies d'échelle ne progressent plus au-delà des 30 à 90 millions de passagers (Niemeier, 2009). Tous conviennent que les investissements aéroportuaires sont des coûts irrécupérables qui varient toutefois d'un type de service à l'autre. Les voies de circulation peuvent être utilisées à des fins qui ne créent qu'une valeur marginale, mais les emplacements de bureaux aménagés dans un terminal peuvent être utilisés à d'autres fins génératrices de valeur. La position occupée par un aéroport sur le marché dépend en particulier de l'existence de substituts possibles. Les substituts possibles varient d'un aéroport à l'autre et selon le type de service. L'aéroport de Manchester, par exemple, a de vrais substituts puisque l'aéroport tout proche de Liverpool offre des bons services vers les mêmes destinations et qu'Heathrow est l'aéroport-pivot le plus intéressant pour les vols avec correspondance. L'aéroport de Dublin et les deux aéroports de Paris¹⁰ en régime de propriété publique n'ont pas d'aussi bons substituts.

Les aéroports qui occupent une position de force persistante sur le marché ne l'occupent pas nécessairement pour tous leurs services. Certains occupent une position de force sur le marché du trafic origine et destination local, mais ne sont rien sur celui du fret tandis que d'autres en occupent une sur le marché des services aéronautiques, mais sont plus faibles sur celui des services non aéronautiques. L'aéroport de Schiphol par exemple occupe une position de force sur le marché des services aéronautiques pour les passagers de la classe affaires, mais sa position sur le marché du parking est affaiblie par la concurrence d'un système de transports publics de qualité. Une partie des profits d'un aéroport non réglementé qui occupe une position de force sur le marché procède de cette position même, mais peut aussi procéder des loyers qu'il perçoit.

Certaines compagnies aériennes concluent des contrats de longue durée avec les aéroports. Des compagnies bon marché telles que Ryanair concluent de tels contrats avec des aéroports à bas coûts tels que celui de Charleroi. Quelques aéroports, dont Bordeaux, Brême et Schiphol, différencient leurs produits et réservent des terminaux aux services bon marché. Les compagnies aériennes et les aéroports ne sont généralement pas intégrés verticalement, mais certains terminaux sont loués à long terme aux compagnies aériennes. Quelques aéroports américains, européens et australiens ont des terminaux spécialisés. Lufthansa détient une partie des actions de l'aéroport de Francfort, son principal pivot, et partage avec l'aéroport de Munich la propriété d'un terminal.

Les aéroports ont considérablement développé leurs activités non aéronautiques au cours des 20 dernières années. La part des recettes d'origine autre qu'aéronautique est montée à cinquante pour cent dans certains aéroports (Graham, 2008). Cette augmentation est survenue bien que toutes les recettes de la plupart d'entre eux soient agrégées sur le plan fiscal et que ces activités soient, de ce fait, taxées indirectement. Les aéroports ont en outre délibérément ramené les tarifs de leurs produits et services non aéronautiques au niveau de ceux des commerces traditionnels.

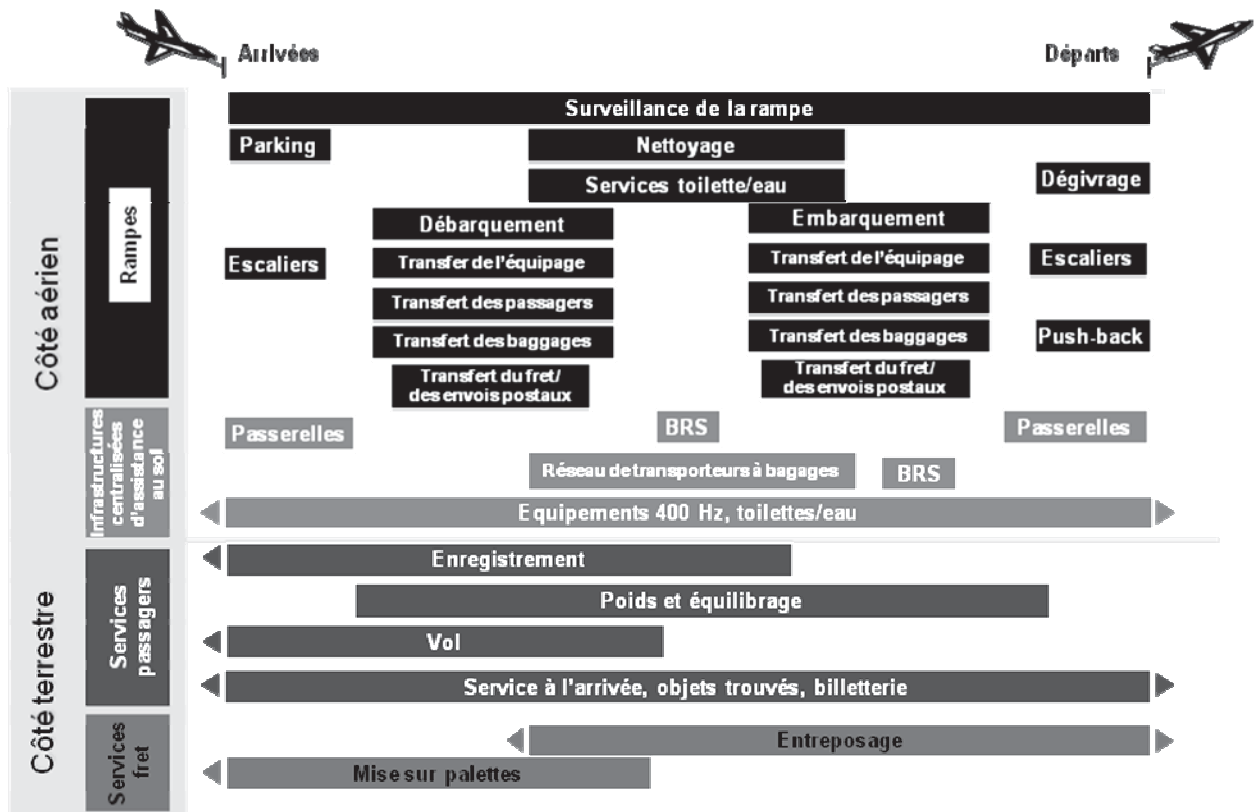
Les aéroports organisent leurs activités commerciales sous le couvert de différents régimes contractuels allant de l'intégration verticale à diverses formes de contrats de longue durée. L'autorité aéroportuaire de Dublin (anciennement Aer Rianta) et l'autorité des aéroports britanniques (BAA plc)

sont les exceptions les plus marquantes puisqu'elles produisent elles-mêmes toute la panoplie des services commerciaux. D'autres aéroports sous-traitent bon nombre de ces activités à des entreprises spécialisées. Graham (2008) distingue les contrats de concession, les contrats de gestion et les accords de coentreprise. Ceci prouve que bon nombre de ces services impliquent des investissements spécifiques, mais les échecs commerciaux sont rares (voir ci-après). Les parkings pour voitures font sans doute exception parce qu'ils sont généralement très rentables et que les aéroports de villes où les transports publics sont de piètre qualité ont acquis une réelle position de force sur ce marché.

L'hétérogénéité des services aéroportuaires oblige à identifier ceux pour lesquels l'aéroport occupe une position substantiellement dominante. Les paragraphes qui suivent analysent les solutions que les institutions réglementaires apportent à ce problème après avoir décrit les services d'assistance au sol fournis par les compagnies et les aéroports.

Les services d'assistance au sol se composent des rampes, des infrastructures qui servent à la manutention des bagages, du fret, du courrier, du carburant et du gazole et des services centralisés (voir Figure ci-dessous). Ces services sont fournis par les compagnies aériennes directement intéressées, par des compagnies tierces, par des manutentionnaires indépendants ou par les aéroports. Les services d'assistance au sol ne s'achètent pas sur le marché spot, mais sont assurés sous le couvert de contrats d'une durée de cinq à sept années ou produits en interne.

Figure 2. Chaîne verticale des services d'assistance au sol



Source: Templin (2008).

Dans beaucoup de pays européens, l'assistance au sol est un monopole de l'aéroport ou de la compagnie nationale, mais la justification de ce monopole a toujours été assez légère. Les services d'assistance au sol n'ont pas besoin de beaucoup d'investissements spécifiques et sont donc tenus pour être un marché contestable (Templin, 2006) qui peut en principe être libéralisé. La Directive 96/67 du Conseil de l'Union européenne amorce cette libéralisation. Elle a été vigoureusement combattue par plusieurs acteurs, notamment des aéroports et des organisations syndicales, mais a quand même fait beaucoup bouger les choses. Le nombre de pays où les services d'assistance au sol sont libéralisés ne cesse d'augmenter (voir Figure ci-dessous) et « *les prix des services au sol ont diminué depuis l'adoption de la Directive* » (Airport Research Center, 2009, p. 18). L'ouverture des marchés bute toutefois sur un certain nombre d'obstacles. Le rapport établi par l'Airport Research Center (2009) à la demande de la Commission Européenne affirme que « *Dans les aéroports où les opérateurs aéroportuaires sont restés actifs, la part de marché des entreprises qui assurent l'assistance au sol s'est contractée, mais reste importante* » (ibid., p. 18). Il avance également que les opérateurs en place conservent une réelle position dominante sur le marché et que des problèmes d'accès minent la concurrence. La réglementation de l'accès est analysée dans les paragraphes qui suivent.

Figure 3. Formes de libéralisation des services d'assistance au sol en Europe



Source : Airport Research Center (2009).

3.2. Intervention du régulateur

La présente section traite des problèmes institutionnels de la réglementation du transport aérien. Le champ d'analyse est étendu parce que la réglementation varie d'un pays à l'autre et manque de transparence dans beaucoup de pays. Le présent rapport ne peut donc pas en proposer une analyse exhaustive et montre plutôt, à l'aide de quelques exemples, comment il est répondu aux questions réglementaires fondamentales. Ces questions sont les suivantes :

- Quelles parties de la chaîne de valeur doivent, pour des raisons économiques ou pour des raisons politiques péremptoires, être réglementées *ex ante* ?
- Quelle institution se charge de la réglementation ?
- Cette institution est-elle à la hauteur de sa tâche ou doit-elle gagner en efficience ?

La réponse à ces questions est une résultante de l'analyse des compagnies aériennes (désignation des compagnies dans les accords de trafic aérien restrictifs), des aéroports (accès aux services d'assistance au sol et tarifs d'utilisation), des services de contrôle de la navigation aérienne (réglementation des tarifs) et de la coordination des créneaux horaires.

Compagnies aériennes

Il y a, pour des raisons d'ordre politique, peu de chances que les accords de trafic aérien disparaissent dans un avenir proche, mais la libéralisation partielle induite par l'entrée en scène des compagnies bon marché rend la position des compagnies en place progressivement moins confortable, érode la rente des compagnies désignées et donne naissance à des tensions politiques. Cela amène à se demander :

- qui conclut les accords de trafic aérien,
- qui désigne les compagnies concurrentes et
- qui désigne les aéroports concurrents.

Dans presque tous les pays, les accords de trafic aérien sont négociés et les compagnies et aéroports sont ensuite désignés par le Ministère des Transports et/ou le Ministère des Affaires Étrangères. La seule exception à la règle semble être l'Australie (voir infra). Partout ailleurs, le processus est contrôlé par les responsables politiques. Ce sont eux qui ont ainsi fermé récemment l'accès de la route Malaisie-Sydney à Air Asia X et celui de la route Stuttgart-Dubaï à Emirates. L'accès d'Air Asia X à cette route saperait le monopole de Malaysian Airlines, une compagnie qui appartient tout entière à l'État malais. La compagnie privée Air Asia X fait, avec le soutien de l'aéroport de Sydney¹¹, campagne pour l'ouverture du marché en peignant le slogan « Libérez Sydney, mettez fin au monopole » sur ses nouveaux avions (Associated Press, 2010). En Allemagne, l'accord de trafic aérien accorde à Emirates le droit de desservir un nombre limité d'aéroports et des accords restrictifs de trafic aérien signés pendant les années 1990 définissent même explicitement les aéroports qu'ils peuvent desservir et restreignent donc la concurrence entre les grands aéroports secondaires. L'augmentation de la demande et le progrès technologique rendent les aéroports secondaires de plus en plus attractifs pour les vols directs. Soucieuse de privatiser certains de ses actifs, la ville-État de Hambourg demande ainsi avec insistance au Gouvernement fédéral d'accélérer la libéralisation les accords restrictifs de trafic aérien et de lever les restrictions qui pèsent sur certains aéroports. Elle s'appuie dans sa démarche sur une étude de Gillen *et al.* (2001) qui affirme que la libéralisation des

accords de trafic aérien conclus avec le Canada, le Chili, la Chine, les Émirats Arabes Unis, le Ghana, le Japon, la Russie, la Thaïlande et l'Ukraine majore la rente du consommateur de 20 pour cent et la rente du producteur de 9 pour cent. Les Ministres des transports des 16 *Länder* allemands et du Gouvernement fédéral sont en outre convenus que les négociations devaient tendre vers la maximisation du bien-être (VMK, 2000). L'initiative a dû au départ surmonter la résistance de la Lufthansa, complètement privatisée entre 1994 et 1997, et des *Länder* de Hesse et de Bavière, hôtes des deux aéroports – pivots de Francfort et de Munich. L'initiative a néanmoins été menée à bonne fin et donné un coup de pouce au processus de libéralisation, jusqu'au moment de la création des Emirates en 2005. L'« *Initiative Luftverkehr für Deutschland* » (Initiative pour les transports aériens allemands) créée en 2003 par les deux aéroports – pivots, la Lufthansa et les services allemands de contrôle de la navigation aérienne a estimé que les Emirates constituaient un risque majeur pour la Lufthansa et l'économie allemande et qu'une libéralisation complète du trafic avec les États du Golfe ferait perdre 700 000 passagers et 2 000 emplois à partir de 2012 (*Initiative Luftverkehr für Deutschland*, 2007). L'étude s'appuyait sur un modèle d'entrées/sorties et ne s'intéressait pas à la question du bien-être économique. L'Initiative l'a néanmoins emporté dans le cas de Berlin et de Stuttgart, en dépit de l'intervention du Premier Ministre du Land de Bade-Wurtemberg auprès de la Chancelière Merkel.

Ces exemples révèlent que les accords de trafic aérien génèrent des rentes substantielles que les acteurs font tout pour obtenir. Ils mettent aussi une faiblesse importante en lumière : au lieu de chiffrer les coûts et les avantages de la libéralisation, les calculs visent à évaluer des effets aléatoires en se fondant sur des modèles d'entrées/sorties assez sommaires qui négligent les effets de substitution et considèrent que l'économie est en état permanent de chômage. Ils débouchent donc sur une politique mercantile qui ferme le marché aux transporteurs étrangers, réduit la concurrence et handicape la division internationale du travail.

En Australie, le Ministère de l'Infrastructure, des Transports, du Développement Régional et des Collectivités Locales négocie les accords bilatéraux de trafic aérien et détermine donc les capacités disponibles tandis que la Commission des services aériens internationaux répartit ces capacités entre les compagnies aériennes. Cette Commission, instaurée par la loi de 1992 sur la Commission des services aériens internationaux, est une autorité réglementaire indépendante qui a pour objectif général de promouvoir « *l'efficacité économique en ouvrant les services aériens internationaux à la concurrence afin* :

- de rendre les compagnies aériennes plus attentives aux besoins de leurs clients et, pour ce faire, d'élargir l'éventail des choix et des avantages qui leur sont proposés ;
- de développer le tourisme et les échanges en Australie ;
- de mettre les compagnies aériennes australiennes en mesure d'affronter de façon durable et efficace les compagnies étrangères » (International Air Services Commission, 2009, p. 4).

La Commission évalue les propositions de la compagnie concurrente en tenant compte de l'intérêt qu'elles présentent pour la collectivité. Elle invite toutes les compagnies intéressées à se porter candidates et a rendu le processus à la fois ouvert et équitable. Elle se compose d'un(e) président(e) et de deux autres membres. Le Gouverneur général¹² désigne les membres de la Commission pour une période de 5 ans et peut les reconduire dans leurs fonctions (loi de 1992 sur la Commission des services aériens internationaux, partie 5). La Commission est investie de pouvoirs discrétionnaires étendus. Elle attribue normalement les capacités rares pour une durée de cinq années, mais peut abrégé cette durée et revenir sur ses décisions, notamment si une compagnie n'utilise pas les capacités qui lui sont allouées. Elle peut soumettre, par exemple, l'ouverture de routes particulières

à enquête publique. Elle entretient des contacts actifs avec tous les acteurs et parties intéressées. Elle leur demande d'évaluer ses performances et a, à ce propos, reçu un jugement très favorable pour l'ouverture et l'équité de ses procédures. La Commission conseille le Ministère pour toutes les questions qui concernent les accords de trafic aérien. Le Ministère et la Commission se consultent sur toutes les nouvelles candidatures. La Commission fait rapport tous les ans au Ministère des Transports qui soumet alors le rapport au Parlement (*International Air Services Commission*, 2009).

Aéroports

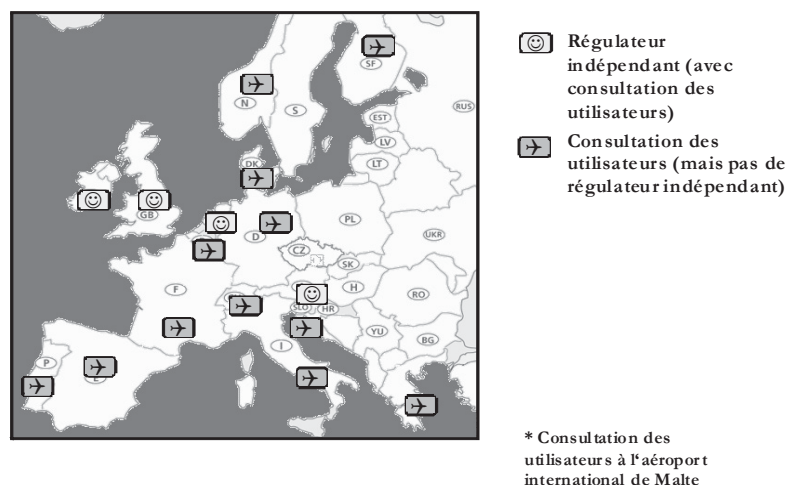
Les aéroports étant réglementés presque partout dans le monde, il convient de se demander :

- quels aéroports sont réglementés par un organisme indépendant ;
- qui détermine les aéroports à réglementer ; et
- qui détermine les services aéroportuaires à réglementer.

La Directive de l'Union européenne sur les redevances dispose en son article 11, paragraphe 3, que « Les États membres veillent à ce que l'autorité de supervision indépendante exerce ses compétences d'une manière impartiale et transparente ». Cette Directive pose toutefois problème dans la mesure où elle ne définit pas clairement la notion d'indépendance et laisse aux États membres la faculté de s'en tenir au statu quo (voir Figure ci-après). Les compagnies allemandes ont demandé au Ministère des Transports de mettre un régulateur indépendant en place parce que les régulateurs des *Länder*, les « *Oberste Luftfahrtbehörden* », se trouvent au centre d'un conflit d'intérêts. Il est en effet fréquent qu'ils siègent au conseil de direction d'aéroports transformés en sociétés commerciales et fassent partie du Gouvernement des *Länder* qui sont copropriétaires des aéroports. Le régulateur de secteurs travaillant en réseau pourrait aussi réglementer les aéroports. Les aéroports allèguent qu'ils constituent un secteur concurrentiel et souhaitent qu'il ne soit rien changé à « un système réglementaire qui fonctionne bien ». Ils craignent qu'un changement donne naissance à une nouvelle bureaucratie et considèrent que les fonctions de propriété et de réglementation sont séparées si elles sont exercées par deux Ministères nationaux différents. Cette vision des choses est difficilement conciliable avec la notion de réglementation efficace et ouvre la voie à une capture du pouvoir réglementaire (Beckers *et al.*, 2010). Ces deux fonctions sont séparées en Autriche puisque le régulateur, à savoir le Ministère des Transports, est indépendant du propriétaire des aéroports. Les aéroports, celui de Vienne par exemple, appartiennent en partie aux *Länder* et à d'autres collectivités locales ou leur appartiennent en totalité dans le cas des aéroports régionaux. Les aéroports sont néanmoins demandeurs, même en Autriche, d'une réforme et aimeraient créer un organe réglementaire plus indépendant de l'État.

Comme il l'a été souligné dans l'introduction, les aéroports britanniques sont, à quelques rares exceptions près, entièrement privatisés. La situation y est donc très différente de ce qu'elle est dans le reste de l'Europe où une minorité seulement des aéroports sont partiellement privatisés. Le Royaume-Uni s'est doté d'une institution réglementaire indépendante dont la plupart des États du continent restent privés. Il est à souligner que le système réglementaire britannique et irlandais a été copié en Australie, mais ne l'a pas été en Europe, sauf aux Pays-Bas. L'Australie et la Nouvelle-Zélande ont des régulateurs indépendants.

Figure 4. Réglementation des aéroports européens



La Directive de l'Union européenne sur les redevances indique à quels aéroports elle s'applique en disant que tous les aéroports qui dépassent le seuil des 5 millions de passagers par an lui sont assujettis. Il s'agit là d'une réponse assez imprécise à une question complexe que seuls quelques régulateurs indépendants ont à ce jour examinée avec soin. Le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Australie sont les seuls à s'être intéressés dans leurs études à la position occupée par les aéroports sur le marché (CAA, 2007 ; Competition Commission, 2003, 2008 et 2009 ; Bilotkach, 2010 ; Productivity Commission, 2002). Ces études opèrent une distinction entre les différents services qui assurent les mouvements d'avions, le traitement des passagers et les activités non aéronautiques. Il faut ensuite définir le marché en cause afin d'identifier les substituts possibles des services aéroportuaires. La définition du marché n'est pas une fin en soi, mais est un élément d'une évaluation plus globale reposant sur des analyses quantitatives et qualitatives. La position occupée par un aéroport sur le marché dépend de plusieurs caractéristiques de l'offre et de la demande, notamment de la capacité et de la répartition des créneaux horaires. Le Tableau 1 rassemble les résultats de l'étude réalisée par la Productivity Commission (2002) sur la position occupée par les aéroports australiens sur le marché en 2002.

Tableau 1. Position occupée sur le marché par divers aéroports

Aéroport	Segment du marché	Substitution de destinations	Substitution modale	Substitution d'aéroports	Position sur le marché
Adelaïde	Affaires, VFR	Faible	Modérée	Faible	Moyenne
Alice Springs	Vacances	Forte	Modérée	Forte	Faible
Sydney	Affaires, VFR	Faible	Modérée	Faible	Forte
Melbourne	Affaires, VFR	Faible	Modérée	Faible	Forte

Source : Inspiré de PC (2002).

L'Australie présente certaines particularités géographiques qui font que la concurrence d'autres modes de transport y est inopérante, mais il n'en demeure pas moins évident que même pour un tel pays, il serait fallacieux de prétendre que les aéroports occupent une position de force sur le marché. La concurrence impose plus de contraintes aux aéroports européens qu'aux australiens. Cela étant et étant donné que les aéroports d'une certaine taille doivent être réglementés, il est difficile de comprendre pourquoi ni les Ministères des Transports, ni les commissions de la concurrence ne se sont à ce jour appliqués à évaluer la position occupée par les aéroports sur le marché. Pour l'Europe, cela signifie probablement que la réglementation est à la fois trop large et trop étroite.

La définition des services dont les aéroports dominent le marché est une autre question qui reste très largement négligée. Elle dépend des substituts disponibles tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des aéroports comme l'étude de la Productivity Commission (2002) l'a montré (Tableau 2)

Tableau 2. **Marchés des services aéroportuaires**

Service	Position sur le marché	Évaluation
Mouvements des avions	Forte	Équipements essentiels
Traitement des passagers	Forte	Équipements essentiels
Salons	Faible	Espaces disponibles
Accès des véhicules	Forte	Incitation à transférer la demande vers les parkings pour voitures
Parkings pour voitures	Faible/moyenne	Parking de courte durée limité par la présence d'autres modes
Taxis	Faible/moyenne	Tarifs limités par la présence d'autres modes
Approvisionnement en carburant	Moyenne/forte	Coût élevé du choix de solutions de remplacement
Entretien léger des avions	Moyenne	Accès de tierces parties au site
Entretien lourd des avions	Faible	Coût peu élevé du choix de solutions de remplacement
Repas à bord	Faible	Sites de qualité accessibles en dehors de l'aéroport
Traitement et entreposage du fret	Faible	Sites de qualité accessibles en dehors de l'aéroport
Évacuation des déchets	Faible	Sites de qualité accessibles en dehors de l'aéroport
Espaces de bureaux	Faible/moyenne	Incitation à limiter l'offre d'espaces
Commerces	Faible	Loyers reflétant la rente locative

Source : Inspiré de PC (2002).

Assistance au sol

La Directive 96/67/CE de l'Union européenne a quelque peu ouvert le marché de l'assistance au sol en Europe. Il reste maintenant à trouver une réponse à deux questions d'ordre réglementaire ou, en d'autres termes, à préciser :

- comment assurer un accès non discriminatoire aux infrastructures centralisées ; et
- comment attribuer le droit d'assurer des services dans des aéroports où le nombre de prestataires est limité.

Infrastructure centralisée. L'article 8 de la Directive définit ce qu'il y a lieu d'entendre par « infrastructures centralisées » en précisant qu'il s'agit de services tels que les systèmes de tri des bagages et de dégivrage, les passerelles pour passagers, les installations fixes de production d'électricité, les toilettes et les services d'enregistrement. Il appartient aux États membres de définir ces services de façon transparente et d'ajouter d'autres services à la liste. La liste est longue et diversifiée (Airport Research Center, 2009, p. 13). Les infrastructures centralisées doivent être utilisées par tous les prestataires et leur être fournies de façon non discriminatoire à des tarifs transparents et équitables. Les tarifs ont été jugés trop élevés par les sociétés indépendantes d'assistance au sol ainsi que par les compagnies aériennes qui pratiquent l'auto-assistance (*ibid.* p. 117). Les compagnies aériennes demandent que « les tarifs des infrastructures centralisées et l'accès aux installations aéroportuaires bénéficient d'un traitement comparable à celui qui est réservé aux redevances aéroportuaires et soient inclus dans la réglementation » (*ibid.* p. 117). Cette demande donne à penser que la portée de la réglementation des redevances aéroportuaires est trop étroite dans certains aéroports européens (Niemeier, 2009, voir supra) et devrait englober les infrastructures centralisées.

Appels d'offres. Les États membres peuvent limiter le nombre de prestataires autorisés à fournir des services d'assistance bagages, opérations en piste, carburant et huile ainsi que fret et poste dans un certain nombre d'aéroports d'une taille donnée. Sur les aéroports qui traitent plus de 2 millions de passagers ou 50 000 tonnes de fret, le nombre de prestataires tiers peut être limité, sans toutefois être inférieur à deux, à condition qu'un au moins des prestataires ne dépende pas de l'aéroport et/ou de la compagnie aérienne dominante¹³. Si l'exploitant de l'aéroport assure les services d'assistance au sol, il appartient à une autorité de sélectionner les prestataires indépendants.

La Commission Européenne a engagé plusieurs actions formelles d'infraction contre certains États membres (Allemagne, Pologne, Malte et Hongrie) qui n'ont pas mis la procédure correctement en œuvre en matière notamment d'appels d'offres, de sélection des prestataires ou encore d'obstacles à l'accès au marché.

La réglementation ne peut être efficace que si, à tout le moins, l'autorité réglementaire est séparée du propriétaire ou, au mieux, du Ministère pour prévenir le risque de capture¹⁴. Il s'en suit que les aéroports qui fournissent des services d'assistance au sol et appartiennent aux pouvoirs publics ou à la compagnie aérienne nationale qui monopolise ces services ne doivent pas se prononcer sur l'appel d'offres. Il est aussi difficile de comprendre quels critères objectifs président à la détermination du nombre de participants possibles. Le Tableau ci-dessous indique comment certains États membres ont mis des autorités responsables des appels d'offres relatifs aux services d'assistance au sol en place. La France et l'Allemagne n'ont pas séparé les fonctions de propriété et de réglementation. En Allemagne, les Oberste Luftfahrtbehörden s'occupent des appels d'offres, mais le représentant politique du Ministère directement intéressé ou d'autres Ministères siège au conseil d'administration de l'aéroport et peut procurer un avantage concurrentiel à l'entreprise prestataire des services d'assistance au sol. L'Autriche est le seul pays où le régulateur jouit d'une indépendance au demeurant limitée. Dans cet environnement institutionnel propice à la capture du pouvoir réglementaire, les arguments avancés par les prestataires indépendants de services d'assistance au sol semblent plausibles quand ils avancent que « la sélection finale semble ne pas être compréhensible et être dictée, dans certains cas, par des considérations d'ordre politique » (Airport Research Center, 2009, p. 132).

Tableau 3. **Réglementation en vigueur dans certains États membres de l'Union européenne en matière d'appels d'offres pour la fourniture de services d'assistance au sol**

Pays	Déréglementation	Réglementation
Autriche	La part de marché de l'aéroport partiellement privatisé de Vienne est tombée à 93 pour cent en 1996, 93 pour cent en 2002 et 89 pour cent en 2007.	Le Ministère des Transports (séparé du propriétaire) décide de la suite à donner aux appels d'offres
Belgique	L'aéroport et Brussels Airlines n'assurent pas l'assistance au sol. La loi belge qui limite à 2 le nombre d'opérateurs (Avia Partner et Flight Care, ex Sabena Handling) est en cours de révision. Deux compagnies aériennes (American Airlines) assurent elles-mêmes ces services.	Ministère des Transports. Pas de conflit étant donné que l'aéroport et la compagnie n'assurent pas d'assistance au sol.
France	ADP assure l'assistance au sol. AF assure ses propres services d'assistance au sol ainsi que ceux d'autres compagnies. Penauille Servisair assure aussi ces services pour des tiers, mais en étant soumis à des limitations qui varient selon le terminal. Parts de marché en 2004 : AF 65pour cent, ADP 13pour cent, Servisair 13pour cent, autres 8pour cent.	Conflit parce que le Ministère des Transports fait partie de l'État qui détient la majorité des actions d'ADP et une minorité des actions de AF/KLM
Allemagne	Tous les aéroports, sauf celui de Berlin, assurent l'assistance au sol et dominent ce marché. Les principaux changements récents ont eu lieu à Hambourg, Düsseldorf et Munich où la part de l'opérateur indépendant est de respectivement 0, 30 et 11 pour cent.	Conflit parce que les Landesluftfahrtbehörden relèvent du Gouvernement des <i>Länder</i> qui détiennent la majorité (au moins) des actions des aéroports
Grèce	Olympic Airways a le monopole de ces services dans les aéroports de moins de 2 millions de passagers. L'aéroport partiellement privé d'Athènes n'assure pas ces services et a ouvert le marché en organisant des appels d'offres.	Conflit parce que l'État est propriétaire d'Olympic Airways et détient la majorité des actions de l'aéroport d'Athènes
Portugal	Pas d'informations détaillées disponibles	L'administration portugaise de l'aviation civile n'est pas une entité indépendante
Espagne	Les procédures d'appels d'offres ont intensifié la concurrence : 3 opérateurs ont pu accéder au marché sur certains des principaux aéroports, mais il n'y en a toujours que deux sur la majorité des autres. IBERIA est présente sur 21 aéroports, mais a perdu sa position dominante puisque le nombre de permis est passé de 33 à 55. A Madrid, IBERIA a un des 8 permis délivrés.	AENA est censé être indépendant, mais a ouvert le marché.

Sources : ARC (2209), Beyer (2010), Cross (2007), Lufthansa, Templin (2006).

Créneaux horaires

L'adoption d'un système d'attribution des créneaux horaires comme moyen de rationnement de la demande soulève deux questions institutionnelles parce qu'elle oblige à se demander :

- jusqu'où va l'indépendance du coordinateur des créneaux et
- qui définit les créneaux.

En France, l'importance du pouvoir discrétionnaire des coordinateurs des créneaux a fait débat il y a quelques années (la situation des autres pays est résumée dans le Tableau ci-dessous). La coordination des créneaux est assurée aux aéroports Charles de Gaulle (niveau 3), Orly (niveau 3), Lyon (niveau 3) et Nice (niveau 2) depuis 1995 par COHOR, un organe que Virgin Express¹⁵ et easyJet ont violemment critiqué pour sa politique d'information, le traitement qu'il réserve aux transporteurs bon marché et le traitement préférentiel qu'il réserverait à Air France. EasyJet n'a toutefois pas pu prouver le bien-fondé de ses allégations devant la Cour de Justice européenne (2006), mais certains doutes subsistent, notamment parce que COHOR n'est pas indépendant étant donné qu'il est financé par ses membres. Tous les aéroports et toutes les compagnies aériennes peuvent en devenir membres, mais les membres fondateurs¹⁶ sont seuls à pouvoir élire ses administrateurs qui désignent le coordinateur. Il n'y a pas eu d'autres plaintes contre le coordinateur français ou d'autres coordinateurs européens des créneaux. Certains doutes continuent néanmoins à planer sur l'efficacité de l'organisation institutionnelle actuelle parce que les directives de l'IATA relatives à l'indépendance des coordinateurs des créneaux (voir infra) n'ont pas été bien suivies dans le cas de COHOR. Les directives de l'IATA n'en représentent pas moins une tentative de modification de l'ancien système dans lequel le coordinateur des créneaux coopère avec la compagnie nationale aérienne dominante. Il reste à d'autres recherches le soin de déterminer le taux de réussite de cette tentative.

Tableau 4. Indépendance du coordinateur des créneaux

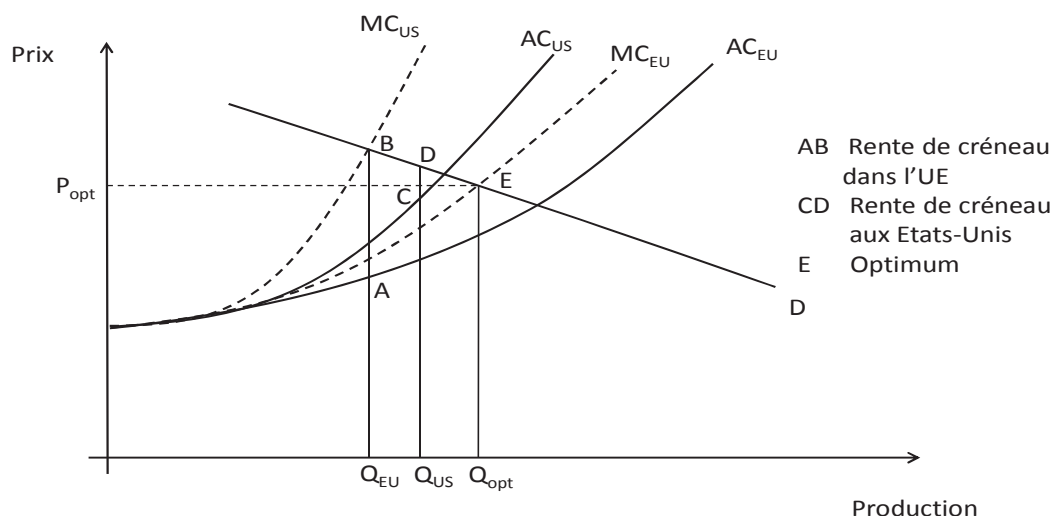
Meilleure pratique	Meilleure pratique
Indépendance fonctionnelle	Indépendance financière
La compagnie qui emploie le personnel doit être l'entité coordinatrice	L'entité coordinatrice est cofinancée par plusieurs parties représentant des acteurs différents
Le personnel peut être détaché auprès de l'entité coordinatrice	L'entité coordinatrice peut soutenir ses activités déficitaires par ses activités bénéficiaires parce qu'elles sont toutes mises dans le même pot.
Les partenaires financiers ne contrôlent que le budget	Absence de but lucratif (couverture des coûts plus marge raisonnable conformément aux principes de l'OACI)
Le conseil d'administration de l'entité coordinatrice ne peut influencer sur les décisions de coordination	La génération de recettes est autorisée, mais ne doit pas affecter l'indépendance fonctionnelle
Installation en des lieux ou dans des bureaux	Le détachement de membres du personnel des organisations partenaires est autorisé, mais leur

différents	rémunération ne doit pas être laissée à ces organisations
Séparation des logiciels et des banques de données de ceux d'autres acteurs (compagnies aériennes ou aéroports)	
Le coordinateur exerce ses activités en toute indépendance	
Absence de conflit entre la fonction de coordination et les autres activités	
Pas de participation majoritaire d'un seul acteur	
Mise en place de l'entité coordinatrice après consultation de tous les acteurs	
Séparation des fonctions de coordination et de sanction en vue d'équilibrer les pouvoirs	
Absence d'interventions extérieures	
Mauvaises pratiques	Mauvaises pratiques
Les employés actifs des acteurs intéressés assurent la coordination (autorités publiques, aéroports, compagnies aériennes)	Une partie finance intégralement la coordination
Double rôle (coordination/établissement des horaires des compagnies)	La coordination est subventionnée par une partie intéressée

Source : IATA (2010).

Une étude comparative récente des 34 aéroports américains et européens les plus chargés en 2007 et 2008 montre clairement l'importance de la fixation des créneaux. Odoni et Morisset (2010, p. 1) la résumant dans les termes suivants : « *Les aéroports américains arrivent en général à des niveaux de capacité, mesurés en nombre de mouvements d'avions, plus élevés que leurs homologues européens en utilisant des procédures de séparation visuelles quand les conditions atmosphériques le permettent et en n'arguant pas des contraintes imposées par les créneaux horaires pour limiter le nombre de mouvements qui peuvent être traités dans les aéroports. Les aéroports européens, par contre, visent à réduire les retards et à renforcer la fiabilité des horaires en contrôlant les créneaux horaires et en fixant le nombre de créneaux utilisables en tenant compte de la capacité que des conditions météorologiques imposant le recours aux instruments leur laissent.* ». La différence est moins technique que l'expression de deux modes différents d'allocation de ressources limitées (voir Figure ci-dessous).

Figure 5. Modèles d'aéroports américains et européens en pénurie de créneaux



Aux États-Unis, la contrainte est située plus à droite (point Q_{US}) et, en imposant des attentes au décollage et à l'atterrissage, sélectionne la fonction de congestion supérieure (MC_{US}) tandis que l'Europe fixe une contrainte plus restrictive (Q_{EU}) et sélectionne la fonction de congestion inférieure (MC_{EU}). Toutes autres choses étant égales par ailleurs, la rente des créneaux horaires est moindre pour les compagnies américaines (droite DC) que pour les européennes (droite AB). Ce résultat dépend à la fois du mécanisme de rationnement et de la contrainte de créneau. Le rationnement par voie de coordination réduit considérablement la congestion, même si le système actuel n'attribue pas le créneau horaire à l'utilisateur dont la disposition à payer est la plus élevée¹⁷. La contrainte de créneau devrait idéalement se situer au point (E) où l'avantage marginal (prix du créneau) est égal au coût marginal de congestion (Forsyth et Niemeier, 2008). Il est plus que probable que ni le Ministère américain des Transports, ni les Ministères des Transports des États membres de l'Union européenne fixent la contrainte de réseau à son niveau optimal. La réforme du système devrait également préciser à quelle autorité il revient de fixer la contrainte. Les compagnies aériennes soucieuses de maximiser leur profit ont intérêt à ce que les coûts de congestion soient peu élevés pour tirer des gros avantages de leurs créneaux. Les aéroports non réglementés qui cherchent à maximiser leur profit et occupent une position de force sur le marché ont intérêt à limiter leur production pour engranger des rentes de rareté et de monopole. Les deux groupes d'acteurs pourraient ne pas être ceux à qui il appartient de déterminer la capacité. La question est donc de savoir si le Ministère des Transports est suffisamment indépendant de ces deux groupes pour faire le choix qui maximise le bien-être. Il faut en outre qu'il ait les connaissances et le savoir-faire requis. La pratique européenne actuelle n'a pas d'assise économique et procède davantage d'une volonté technologique de détermination de la capacité technique et opérationnelle de certaines qualités. Il pourrait donc être préférable de confier cette responsabilité au coordinateur des créneaux ou au régulateur aéroportuaire si, et seulement si, ces institutions sont réellement indépendantes.

Contrôle de la navigation aérienne

Le débridement des mécanismes du marché et les partenariats public/privé ont porté à compter sur une affirmation de la volonté d'optimisation du rapport coûts/efficacité, mais aussi à craindre des usages abusifs de positions dominantes. Il s'y ajoute que les systèmes publics de contrôle de la navigation aérienne ont à faire face à des problèmes principal - agent. Les retards, les tarifs et les décisions d'investissement gagnent sans cesse en importance. Certaines compagnies aériennes participent au capital de leur système national de contrôle de la navigation aérienne et la question de l'indépendance du régulateur de ce système n'en acquiert que plus de poids.

Le Tableau ci-dessous donne un aperçu de certains de ces systèmes. Le contrôle de la navigation aérienne relevait au départ de la responsabilité des États, mais de plus en plus d'États se départissent aujourd'hui de cette forme d'organisation. L'exception vient des États-Unis qui ont créé, vers la fin de 2005, une Organisation du trafic aérien au sein de l'administration fédérale de l'aviation. Oster et Strong (2007) considèrent que cette organisation pâtit de son indépendance organisationnelle, n'est pas suffisamment comptable de ses actes et ne se préoccupe pas assez de ses facteurs de coûts et de revenus. L'Organisation du trafic aérien est financée par le produit des droits d'accise et des impôts généraux tandis que d'autres pays font appel aux redevances d'utilisation. La plupart des pays ont séparé la gestion de la réglementation. Le Parlement européen (2004) a invité les États membres à séparer ces deux fonctions afin de réaliser un ciel unique européen en disposant que : « *Les autorités de surveillance nationales sont indépendantes des prestataires de services de navigation aérienne. Cette indépendance est assurée par une séparation adéquate, au moins au niveau fonctionnel, entre les autorités de surveillance nationales et lesdits prestataires. Les États membres veillent à ce que les autorités de surveillance nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente* » (article 4). La séparation crée des problèmes pour EUROCONTROL qui fournit des services de contrôle de la navigation aérienne et assiste la Communauté Européenne dans sa mission de réglementation des services de contrôle de la navigation aérienne. Oster et Strong (2007) critiquent ce double rôle joué par EUROCONTROL dans l'inévitable unification d'un espace aérien européen morcelé : « *L'unification peut fort bien donner naissance à une concurrence entre les prestataires de services de contrôle de la navigation aérienne dont certains chercheront à élargir leur aire de compétence au détriment de celle des autres. Dans un tel monde, les prestataires de services de contrôle de la navigation aérienne vont voir dans EUROCONTROL un concurrent doté d'une capacité de modelage de la réglementation qui lui procure un avantage énorme et sans doute aussi inéquitable* ». (p. 68).

La séparation ne laisse planer aucune ambiguïté au Royaume-Uni. La privatisation partielle des services britanniques de contrôle de la navigation aérienne avec prise de participation minoritaire d'un consortium de compagnies aériennes a été de pair avec une réforme de la réglementation inspirée du régime britannique de plafonnement des tarifs des entreprises d'utilité publique. Les services britanniques de contrôle de la navigation aérienne sont réglementés par le CAA. Cette forme de gouvernance a également été mise à l'ordre du jour en Allemagne en 2005, quand il a été prévu de privatiser la société allemande à responsabilité limitée Deutsche Flug Sicherheit, qui appartient dans sa totalité à l'État fédéral, et de la soumettre à un régime de plafonnement des tarifs en 2005/6. Un groupe de compagnies aériennes envisageaient de se porter candidat à l'achat d'un paquet substantiel d'actions, mais le Président allemand a, pour des raisons juridiques, refusé de signer la loi de privatisation. Cette privatisation est depuis lors reportée à une date ultérieure malgré le lobbying des dirigeants de la société et des compagnies aériennes. Une nouvelle autorité réglementaire a été créée en 2009, dans le respect des dispositions de la Directive de l'Union européenne. Le « *Bundesaufsichtsamt für Flugsicherheit* » (Office fédéral de surveillance de la sécurité aérienne) est un régulateur distinct, mais moins indépendant du Ministère des Transports que son homologue britannique (BGBL, 2009).

L'Australie et l'Irlande ont également fait de leurs services de contrôle de la navigation aérienne un établissement public autonome et accordé une plus grande indépendance à leur régulateur. L'indépendance n'est manifestement pas assurée en France. La DNSNA est une entité autonome réglementée par la DGAC, l'autorité française de l'aviation civile, qui fait partie du Ministère des Transports.

Tableau 5. **Gouvernance de divers prestataires de services de contrôle de la navigation aérienne**

Pays	Prestataire de services d'assistance au sol	Propriétaire	Régulateur
Afrique du Sud	Air Traffic and Navigation Services Ltd	Société anonyme sans but lucratif	Comité du Ministère des Transports
Allemagne	Deutsche Flugsicherung GmbH (DFS)	Entreprise publique	Bundesaufsichtamt für Flugsicherung (BAFG)
Australie	Airservices Australia	Entreprise publique	Surveillance de la commission
Canada	NAVCANADA	Entreprise privée sans but lucratif	Principes/appels fixés par la loi
États-Unis	Air Traffic Organization de la FAA	Ministère fédéral	Financé par le produit des taxes
France	Direction des services de la navigation aérienne (DSNA)	Ministère	Direction générale de l'aviation civile (DGAC)
Irlande	Irish Aviation Authority	Entreprise publique	Commission réglementaire
Nouvelle-Zélande	Airways Corporation of New Zealand	Entreprise	Autoréglementation/appels
Pays-Bas	Luchtverkeersleiding Nederland (LVNL)	Entreprise publique sans but lucratif	Agréée par le Ministère des Transports
Royaume-Uni	National Air Traffic System Ltd	Partenariat public/privé	Autorité de l'aviation civile (CAA) Régulateur indépendant
Suisse	Skyguide	Entreprise publique sans but lucratif	Agréée par le Ministère des Transports

Source : Informations tirées de Button et Dougall (2006) et complétées par des données tirées des sites Internet de différents opérateurs de services de contrôle de la navigation aérienne.

D'autres pays brident la volonté de maximisation du profit affichée par leurs services de contrôle de la navigation aérienne. Tel est le cas au Canada, où un groupe de compagnies aériennes possède et gère ces services, ainsi qu'aux Pays-Bas, en Suisse et en Afrique du Sud. Ces pays visent à combiner des styles de gestion privée, mais veulent tempérer la course à la maximisation du profit en appliquant le principe de «l'absence de but lucratif». Il est intéressant de noter que les mêmes préoccupations ont

présidé à la privatisation des services britanniques de contrôle de la navigation aérienne. « *Le choix du groupe de compagnies présentait d'autres avantages : il avait annoncé qu'il ne poursuivait pas de but lucratif* » (Chambre des communes, 2002, cité dans Steuer, 2010, p. 29). L'absence de but lucratif n'élimine pas en soi tout besoin de réglementation. En effet, le prestataire de services de contrôle de la navigation aérienne peut malgré cela incliner à ne pas traiter ses utilisateurs sur un pied d'égalité, surtout si un grand nombre de ces utilisateurs ne font pas partie de ses actionnaires. Dans le cas des services britanniques de contrôle de la navigation aérienne, le CAA (2004) observe que l'absence de but lucratif n'est pas spécifiée dans le contrat et n'est donc pas contraignante. Le CAA conclut que « *ce n'est pas en soi une raison de réserver aux services britanniques de contrôle de la navigation aérienne un traitement différent de celui qui est réservé aux autres sociétés réglementées* » (ibid. p. 13). L'acquisition d'une partie des actions par un groupe d'utilisateurs de ces services équivaut à une intégration verticale. Les effets peuvent être positifs ou négatifs selon que les intérêts des actionnaires se confondent ou ne se confondent pas avec ceux de l'ensemble des utilisateurs. Dans le cas des services britanniques de contrôle de la navigation aérienne, la BAA défend les intérêts des aéroports et un groupe de 8 compagnies aériennes représente plus ou moins 30 pour cent de toutes les compagnies. Il y a un risque que les utilisateurs adoptent des comportements mutuellement discriminatoires en jouant sur la structure des tarifs (le risque est toutefois limité par le cadre juridique d'EUROCONTROL qui pourrait aussi être discriminatoire) et en établissant un rapport sub-optimal entre le coût et les services. Comme le coût moyen du contrôle de la navigation aérienne représente environ 5 pour cent des coûts d'exploitation des compagnies aériennes, la qualité de service mesurée en termes de retards devient relativement plus importante. Les services britanniques de contrôle de la navigation aérienne pourraient bien fournir de meilleurs services, c'est-à-dire limiter davantage les retards, que des homologues non réglementés axés sur la maximisation de leur profit. Il pourrait s'agir d'un mode différent d'internalisation du coût des retards. La réglementation et l'appartenance aux utilisateurs vont toutefois dans la même direction puisque l'une et l'autre empêchent les dirigeants de baisser le niveau de qualité. Le CAA a donc conclu que le régime de propriété des services britanniques de contrôle de la navigation aérienne « *devrait être une force positive qui permet à l'ensemble des utilisateurs d'orienter l'action de ce service, mais il est nécessaire que ces arrangements soient épaulés par une réglementation efficace pour focaliser avec précision cette action sur les préoccupations des utilisateurs* » (CAA, 2004, p. 12).

La tendance générale est donc bien à la transformation des services de contrôle de la navigation aérienne en sociétés commerciales et à la séparation de la gestion de la réglementation, mais rares restent pourtant les pays qui ont donné au régulateur l'indépendance nécessaire pour assurer l'efficacité de la réglementation.

4. RÉSUMÉ : RÉFORME DES INSTITUTIONS RÉGLEMENTAIRES

L'analyse du rôle joué par la réglementation dans la chaîne de valeur du transport aérien a montré que de multiples modèles de gouvernance donnent des institutions réglementaires efficaces. Elle a toutefois montré aussi que certaines institutions réglementaires sont sujettes à capture et peuvent être mal gérées. Elle permet de dresser une liste des meilleures pratiques et de tisser le canevas de la réforme des réglementations (voir Tableau ci-dessous).

Tableau 6. Réforme des institutions réglementaires du transport aérien

	Réforme de la réglementation	Pays
Accords de trafic aérien	Première option : libéralisation complète Deuxième option : signature des accords par le Ministère des Transports et mise en place d'une commission indépendante	Australie
Aéroports	Régulateur indépendant pour les aéroports occupant une position de force sur le marché. Désignation des aéroports par le Ministère des Transports ou une commission	Royaume-Uni, Irlande
Assistance au sol	Première option : libéralisation complète Deuxième option : réglementation des tarifs des infrastructures centralisées par le régulateur aéroportuaire et présentation d'offres par les aéroports indépendants ou un régulateur indépendant	Danemark, Irlande, Pays-Bas, Suède, Royaume-Uni.
Attribution des créneaux	Coordinateur indépendant des créneaux avec un régulateur indépendant pour la contrainte de créneau	Australie
Contrôle de la navigation aérienne	Régulateur indépendant	Royaume-Uni

Les pays de tradition anglo-saxonne ont fait œuvre de pionniers en matière de réforme de la réglementation. Le Royaume-Uni a privatisé ses services d'utilité publique au cours des années 1980 et 1990 et a dû se doter rapidement de règles qui empêchent les monopoles d'exploiter les consommateurs et encouragent le secteur privé à investir dans des actifs dont les coûts sont irrécupérables. Les autres pays dont il est question ci-dessous ont fait preuve de plus de réticence dans la réforme de la réglementation du transport aérien.

- L'Australie a un excellent système d'attribution des capacités déterminé par la négociation des accords de trafic aérien. Le système pourrait s'améliorer si l'Australie optait pour la solution la meilleure, à savoir la libéralisation complète. Il semble que l'Australie soit dans ce domaine moins libérale que les États-Unis par exemple.
- La réglementation britannique des aéroports et des services d'utilité publique peut servir de modèle à la création d'institutions réglementaires efficaces dans d'autres pays. Elle n'est pas parfaite et est peut-être lourde, mais elle garantit au moins l'indépendance du régulateur. L'assistance au sol est un marché qui devrait être entièrement libéralisé partout en Europe. La Directive de l'Union européenne devrait pousser à la roue de la libéralisation complète, mais elle se heurte à la résistance de pays tels que la France et l'Allemagne où le régulateur des aéroports n'est pas indépendant. La capture du pouvoir réglementaire se traduit par un dysfonctionnement de la réglementation aéroportuaire et des règles d'accès aux services d'assistance au sol qui est à l'origine de pertes substantielles de bien-être : la réglementation

aéroportuaire allemande se fonde sur les coûts pour des aéroports partiellement libéralisés et est donc porteuse de coûts élevés, d'un gaspillage de ressources et de quête d'un niveau de qualité excessivement élevé. La réglementation française des aéroports parisiens partiellement privatisés est incitatrice, mais avec retenue. Dans les deux pays, les tarifs de l'assistance au sol ont moins baissé que sur des marchés libéralisés comparables.

- Les réglementations aéroportuaires française et allemande n'incitent pas à la mise en place de structures tarifaires induisant une répartition efficiente des capacités et sont en cela comparables à la plupart des autres systèmes européens. La répartition s'opère par le canal des créneaux horaires en ce sens que le nombre de mouvements coordonnés est fixé par les pouvoirs publics et que les créneaux sont attribués par le coordinateur des créneaux. Ce système a permis de réduire la congestion davantage que le système américain des attentes au décollage et à l'atterrissage, mais les choses pourraient s'améliorer si la contrainte de créneau était ramenée à un niveau optimal par un organe indépendant et si les créneaux s'échangeaient sur le marché secondaire. Un tel système devrait être organisé par une institution indépendante. L'indépendance des coordinateurs de créneaux n'a fait l'objet d'aucune plainte ces derniers temps (à la différence de ce qui se passait précédemment), mais les coordinateurs nationaux de créneaux pourraient quand même facilement être rendus plus indépendants.
- L'indépendance du régulateur des services de contrôle de la navigation aérienne va gagner en importance à mesure que la tendance générale à la transformation de ces services en sociétés commerciales et à la séparation de la gestion et de la réglementation va aller en s'intensifiant. Seuls quelques pays ont à l'heure actuelle accordé au régulateur l'indépendance nécessaire pour assurer l'efficacité de la réglementation.

L'analyse ne couvre pas les règles de protection de l'environnement et de sécurité¹⁸. Les premières pourraient conduire au blocage de l'extension des infrastructures et les secondes à l'élévation du coût de la congestion ainsi qu'à l'allongement de la durée des déplacements. Ce sont des problèmes importants qu'il faut approfondir parce qu'il n'est possible de trouver une réponse efficiente à ces interdépendances que si les régulateurs s'intègrent mieux dans la structure de gouvernance des pouvoirs publics en leur apportant leur savoir et leurs informations (voir Bartle et Vass, 2007).

Les institutions réglementaires actuelles sont loin d'être suffisamment efficaces pour accroître le bien-être économique. Tel est le cas des modèles où le transport aérien prend la forme d'un service d'utilité publique mêlant l'ouverture des services de transport aérien à la concurrence, la propriété publique et la réglementation des infrastructures, d'une part, et des modèles qui partagent la propriété entre les secteurs public et privé, d'autre part. Les deux modèles pourraient accéder à plus d'efficacité si la propriété était clairement séparée de la réglementation des goulets d'étranglement monopolistiques parce que des régulateurs indépendants sont garants d'un engagement à long terme en faveur d'investissements immobiliers et spécialisés. Les tensions s'exacerbent quand les marchés d'aval sont libéralisés tandis que le marché d'amont des infrastructures reste réglementé par des régulateurs dépendants, surtout si les fonctions de propriété et de réglementation ne sont pas clairement séparées. La porte est alors ouverte à la capture du pouvoir réglementaire. Même si les régulateurs éminemment conscients de leur devoir envers la collectivité et mus par la volonté de travailler dans l'intérêt de tous ne sont pas subornés, les conflits qui surgissent entre l'entreprise réglementée et ses clients amènent les investisseurs à chercher à se prémunir contre les risques réglementaires, faisant ainsi grimper les prix. Les régulateurs dépendants entravent les investissements privés dans les aéroports et les services de contrôle de la navigation aérienne. Les pays d'Europe continentale n'ont, à quelques exceptions

près, que des régulateurs dépendants et des aéroports partiellement privatisés dont le secteur privé ne détient qu'une partie minoritaire des actions. Cette situation affaiblit l'incitation à optimiser les coûts et la répartition à court terme, mais fait obstacle à long terme à la diffusion de la concurrence et, partant, à la récolte des fruits potentiels de cette concurrence. Certaines parties de la chaîne de valeur du transport aérien (notamment le contrôle de la navigation aérienne) ne vont vraisemblablement pas être exposées de sitôt au jeu de la concurrence, mais certains autres maillons de cette chaîne le pourraient effectivement sous l'effet de l'augmentation de la demande et de divers changements techniques (notamment l'augmentation de la vitesse et la réduction du coût des autres modes de transport). Les possibilités de réalisation de ce potentiel dépendent dans une large mesure de la capacité de mobilisation du capital privé et de l'esprit d'entreprise. Des régulateurs dépendants peuvent effectivement barrer la route à la concurrence en transformant d'anciens monopoles naturels en monopoles légaux et en menant une politique d'accès discriminatoire comme cela se passe pour l'assistance au sol dans plusieurs grands aéroports européens (notamment dans les aéroports parisiens et à Francfort). Le coût total de telles inefficiences est difficile à établir. Des inefficiences s'observent dans les aéroports, l'assistance au sol, l'attribution des créneaux, le contrôle de la navigation aérienne ainsi que dans les compagnies aériennes (Button, 2010 ; Oum *et al.*, 2006 ; Winston et de Rus, 2008). Ces estimations se fondent toutefois largement sur le maintien du statu quo sur des marchés qui ont exploré toutes les possibilités d'organisation efficiente de ce secteur. Le coût total de l'inefficience ne peut se mesurer qu'en se référant à un secteur aérien imaginaire organisé comme une chaîne d'approvisionnement qui fonctionne bien dans un secteur concurrentiel.

REMERCIEMENTS

L'auteur remercie Nicole Adler, Martin Dresner, Peter Forsyth, David Gillen, Jörg-Stefan Fritz, Alexander Holzrichter, Paul Hooper, Jürgen Müller, Tae Oum, Brian Pearce, Ralf Schikorr, Cornelia Templin, Mike Trethewey, Claus Ulrich et Hartmut Wolf pour les informations précieuses qu'ils ont fournies sur différents points des règlements ainsi que pour les remarques qu'ils ont formulées au sujet des versions antérieures du rapport. Il est reconnaissant à Janetta Carlucci, Karsten Fröhlich, Julia Hellmers, Adele Nemeth et Eric Njoja de l'aide excellente qu'ils lui ont apportée dans ses recherches. Le rapport se fonde sur les données récoltées et les analyses réalisées dans le cadre du projet de recherche GAG (German Aviation Benchmarking : Analyse de l'aviation allemande) soutenu par le Ministère fédéral de l'Éducation et de la Recherche. Les lacunes qui subsistent sont à mettre au passif de l'auteur.

NOTES

1. National Air Transport Services (services nationaux de contrôle de la navigation aérienne).
2. Dans le cas des entreprises multiproduits, la condition se mue en une fonction de coûts subadditive (Baumol *et al.*, 1997).
3. Les recommandations formulées par l'OCDE en 1995 posent en principe que « Une réglementation de qualité devrait : *i*) répondre à des objectifs clairement définis et être efficace pour la réalisation de ces objectifs ; *ii*) reposer sur un fondement juridique et empirique rationnel ; *iii*) procurer des avantages qui justifient les coûts, compte tenu à la fois de la répartition des effets dans l'ensemble de la collectivité et de l'impact économique, environnemental et social ; *iv*) engendrer le moins possible de coûts et de distorsions sur le marché ; *v*) promouvoir l'innovation au moyen des mécanismes d'incitation du marché et d'approches fondées sur des objectifs ; *vi*) être claire, simple et pratique pour les utilisateurs ; *vii*) être cohérente avec les autres réglementations et politiques et *viii*) être compatible autant que possible avec les principes qui visent à faciliter la concurrence, les échanges et l'investissement au niveau national et international. » (OCDE, 2005).
4. Voir publications du Groupe de travail pour une meilleure réglementation relatives notamment au rôle des régulateurs indépendants, Groupe de travail pour une meilleure réglementation (2003).
5. Voir APEC-OCDE (2008).
6. La libéralisation a débouché en outre sur une augmentation des services et du nombre de marchés desservis. La contribution à la croissance économique et au développement du tourisme est également importante.
7. Au-delà de vingt-quatre mille cinq cents pieds.
8. Plusieurs questions empiriques restent toutefois en demande de réponse parce que la réalité montre que les rendements peuvent aussi bien être croissants que décroissants. Les études se fondent sur des données relatives aux centres existants de contrôle de la navigation aérienne, des centres dont la création procède du cours de l'histoire plutôt que d'une quête d'optimisation. La détermination de l'étendue optimale d'une zone de contrôle de la navigation aérienne est une question économiquement intéressante et hautement politique (Gillen, 2010).
9. Tous les utilisateurs bénéficieront de la baisse des tarifs entraînée par la réduction des coûts tandis que quelques-uns seulement devront payer plus cher en période de pointe et que quelques autres paieront moins cher en période creuse.

10. Aéroports de Paris (ADP) possèdent Charles de Gaulle et Orly et ne doivent faire face qu'à la seule timide concurrence de l'aéroport de Beauvais, à 84 km au nord de Paris. Quoique le nombre de passagers passant par ce dernier aéroport ait fortement augmenté, il reste marginal (0.38 million de passagers en 2000, 1.8 million en 2005 et 2.2 millions en 2007) alors que les aéroports de Paris en ont traité beaucoup plus (73.5 millions en 2000, 78.7 millions en 2005 et 86 millions en 2007). La concurrence qui s'exerce sur Charles de Gaulle en tant qu'aéroport-pivot s'est atténuée depuis l'alliance avec Schiphol, Heathrow et Francfort devant quant à eux vivre avec une demande excessive. La concurrence vient d'autres modes: le TGV est un concurrent sérieux du trafic aérien régional ainsi que sur la route Paris – Londres (Forsyth *et al.*, 2009).
11. Russel Balding, président de l'aéroport de Sydney, aurait dit « Nous espérons pouvoir souhaiter la bienvenue à Air Asia X. Les compagnies aériennes devraient en principe pouvoir voler là où les passagers veulent les voir arriver » (Streetcorner, 2010).
12. Le Gouverneur général est le représentant du chef de l'État australien (Elisabeth II). Il (elle) exerce le pouvoir exécutif suprême, mais n'agit que sur avis du premier Ministre ou d'autres Ministres.
13. Compagnies traitant plus de 25 pour cent des passagers.
14. Dans un tel cas, la directive de l'Union européenne dispose dans son article 11 que les décisions doivent être prises par « les autorités compétentes des États membres indépendantes des entités gestionnaires de l'aéroport concerné, après consultation du comité des usagers et des entités gestionnaires ».
15. M. Sies, directeur commercial de Virgin Express, s'exprime à ce sujet dans les termes suivants : « C'était une plaisanterie. Nous avons dans un premier temps proposé de reprendre une partie des actifs et du personnel d'Air Lib pour obtenir des créneaux (comme l'État nous l'avait suggéré), mais COHOR a décidé de ne pas prendre cette proposition en compte. Virgin Express s'est alors vu attribuer un paquet de créneaux dont la plupart étaient parfaitement inutilisables, du moins sur le plan économique pour un transporteur bon marché. Les créneaux qui nous étaient attribués nous auraient permis d'arriver à une durée journalière d'utilisation de nos appareils d'environ sept heures alors que nous en visions onze. Nous aurions aussi dû, pour utiliser les créneaux matinaux sur Rome, laisser un avion pendant toute la nuit à Orly alors que, cela va sans dire, nous n'avions aucune intention d'y établir une base ». (Paylor, 2004, p. 2).
16. COHOR a été fondé par Air France (codétenue par l'État), deux compagnies aériennes entièrement détenues par Air France (Britair et Regional), deux compagnies aériennes indépendantes (Star Airlines et Corsair), Aéroports de Paris (détenus par l'État) et deux compagnies aériennes aujourd'hui faillies (Euralair Horizon et Air Littoral).
17. Les créneaux se vendent et s'achètent au Royaume-Uni et le fonctionnement du marché y est considéré comme satisfaisant. Il n'existe pas de marché gris des créneaux ailleurs.
18. Veuillez noter que la coordination des politiques de concurrence est en-dehors de l'objet de ce rapport.

BIBLIOGRAPHIE

- Airport Research Center (ARC) (2009), *Study on the Impact of Directive 96/67/EC on Ground Handling Services 1996-2007*, Bruxelles.
- ACCC Australian Competition and Consumer Commission (2010), *Evaluating Infrastructure Reforms and Regulation: A Review of Methods*, ACCC/AER working paper 2 /August 2010, www.accc.gov.au.
- APEC-OECD (200?), *Integrated Checklist on regulatory reform*, Paris: Organization.
- APEC-OECD *Integrated Checklist on Regulatory Reform: A Policy Instrument for Regulatory Quality, Competition Policy and Market Openness*, APEC and OECD, www.oecd.org/dataoecd/3/53/36326815.pdf#search='apec%20oecd%20integrated%20checklist.
- Association du transport aérien international (IATA) (2010), *IATA Worldwide Scheduling Guidelines*, entrées en vigueur en août 2010, 20ème édition, Montreal.
- Baldwin, R. and M. Cave (1999), *Understanding Regulation – Theory, Strategy, and Practice*, Oxford, Oxford University Press.
- Bartle, I. and P. Vass (2007), *Independent economic regulation: A reassessment of its role in sustainable development*, *Utilities Policy* 15, 261-269.
- Beckers, T., J. P. Klatt and J. Kühling (2010), *Entgeltregulierung der deutschen Flughäfen*, TU-Berlin, www.wip.tu-berlin.de.
- Better Regulation Task Force (2003), *Independent Regulators*, London: Cabinet Office.
- Beyer, L (2010), *Analysis of competition structure and its development in the ground handling sector on airports in Germany*, Seventh Aviation Student Research Workshop” in Amsterdam July 1 to 3, 2010 <http://www.garsonline.de/>.
- BGBl (2009), *Gesetzes zur Errichtung eines Bundesaufsichtsamtes für Flugsicherung und zur Änderung und Anpassung weiterer Vorschriften vom 29. Juli 2009* BGBl.
- Bilotkach, V., F. Fichert, H.M. Niemeier, E. Pels, and A. Polk (2010), *Study of the economic market power on the relevant market(s) for aviation(-related) services on the Amsterdam airport Schiphol*, étude réalisée pour l’autorité néerlandaise de la concurrence, 2010, La Haye.
- Borenstein, S. (1992), “*The Evolution of U.S. Airline Competition*”, *Journal of Economic Perspectives* 6, 45-73.
- Brueckner, J.K. and P.T. Spiller (1994), “*Economies of Traffic Density in the Deregulated Airline Industry*”, *Journal of Law and Economics* 37, 379-415.

- Button, K. (2010), *Comparative Inefficiencies of various air navigation systems*, in P. Forsyth, D. Gillen, K. Hüscherlath, H. M. Niemeier and H. Wolf (eds.), *Liberalisation in Aviation*, Aldershot, Ashgate, en cours de publication.
- Civil Aviation Authority (CAA) (2004), *NATS Price Control Review 2006-2010 Review of Responses to the CAA's Initial Consultation Document July 2004*, Londres.
- Civil Aviation Authority (CAA) (2007), *De-designation of Manchester and Stansted airports for price regulation - The CAA's advice to the Secretary of State*, www.caa.co.uk.
- Competition Commission (2003), *Market Investigation References: Competition Commission Guidelines*, London, www.competition-commission.org.uk.
- Competition Commission (2008), *BAA airports market investigation*, Provisional findings report, 20 August 2008, London, www.competition-commission.org.uk.
- Competition Commission (2009), *BAA airports market investigation*, A report on the supply of airport services by BAA in the UK, 19 mars 2009, Londres www.competition-commission.org.uk.
- Caves, D.W., W. Christensen and W.M. Tretheway (1984), "Economies of Density versus Economies of Scale: Why Trunk and Local Service Costs Differ" *RAND Journal of Economics* 15, 471-489.
- Cour de Justice européenne (2006), *easyJet Airline Co. Ltd contre Commission des Communautés Européennes*, arrêt du 4. 7. 2006 - T-177/ 04, www.Lexetius.com/2006,1357.
- Cross, B. (2007), *Ground handling opens up*, *Jane's Airport Review*, May 2007. p. 24-25.
- Forsyth, P. and H.-M. Niemeier (2008): *Setting the Slot Limits at Congested Airport*; in A. Czerny, P. Forsyth, D. Gillen, H.-M. Niemeier (Hrsg.): *Airport Slots. International Experiences and Options for Reform*, German Aviation Research Seminar Series No. 3, Ashgate, Burlington, p. 63-83.
- Forsyth, P, H.-M. Niemeier, J. Müller and H. Wiese (2009), *Regulation of ADP Airports – An economic Assessment*, Paper given at the 13th Air Transport Research Society World Conference Abu Dhabi 27 to 30 June 2009.
- Gillen, D. (2010), *Explaining variability in air traffic control costs in the domestic US* Working paper Centre for Transportation Studies at University of British Columbia, Vancouver.
- Gillen, D., H. Hirsch, B. Mandel, and H. Wolf, (2000), *The Impact of Liberalizing International Aviation Bilaterals on the Northern German Region*, Aldershot, Ashgate.
- Graham, A. (2008), *Managing airports an international perspective*, 3^e édition, Amsterdam Elsevier.
- International Air Services Commission Act 1992, Attorney-General's Department, Canberra, www.comlaw.gov.au/ComLaw/Legislation/ActCompilation1.nsf.
- Initiative Luftverkehr für Deutschland (2007), Hintergrundpapier zur Studie der Initiative „Luftverkehr für Deutschland“: „Die Expansion der Luftverkehrsinfrastruktur und -kapazitäten im Mittleren Osten und ihre Auswirkungen auf den Luftverkehrsstandort Deutschland.“, Frankfurt am Main, www.initiative-luftverkehr.de/.

- Levy, B. and P. T. Spiller (1994), *The Institutional Foundations of Regulatory Commitment: A Comparative Analysis of Telecommunications Regulation*, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 10, pp. 201-246.
- Lee, D. editor (2006), *Competition Policy and Antitrust*, *Advances in Airline Economics*, Vol. 1 Amsterdam Elsevier.
- Morrison, S.A. (2001), “*Actual, Adjacent and Potential Competition: Estimating the Full Effect of Southwest Airlines*”, *Journal of Transport Economics and Policy*, 35, 239-256.
- Morrison, S. A. (2002) *The Evolution of the Airline Industry –before and after September 11th*, New Directions in Regulation Seminar, www.dac.neu.edu/economics/morrison/research.
- Morrison, S.A. and C. Winston (1992), *The Evolution of the Airline Industry*, Washington, Brookings Institution.
- Morrison, S. and C. Winston (2008), *Delayed! U.S. Aviation Infrastructure Policy at a Crossroads*, in C. Winston and G. de Rus, eds., *Aviation Infrastructure Performance A Study in Comparative Political Economy*, Washington, Brookings Institution Press pp. 7-35.
- Mott Mac Donald (2006), *A Study on the Introduction of Secondary Trading at Community Airports* commanditée par la Commission Européenne <http://ec.europa.eu/transport>.
- OCDE (1997), *Rapport sur la réforme de la réglementation*, Paris: Organisation de Coopération et de Développement Économiques.
- OCDE, (2005) *Principes directeurs de l'OCDE pour la qualité et la performance de la réglementation*, Paris: Organisation de Coopération et de Développement Économiques.
- Odoni, A, and T. Morisset (2010) *Performance Comparisons between Us and European Airports*, Paper given at the 12th WCTR, 11 au 15 juillet 2010, Lisbonne, Portugal.
- Productivity Commission Australia (2002), *Price Regulation of Airport Services*, Report No. 19, Canberra.
- Oster, C.V. Jr. and Strong, J.S. (2008) *Managing the Skies: Public Policy, Organization, and Financing of Air Navigation*, Aldershot, Ashgate.
- Oum, T.H., Adler, N. and Yu, C. (2006). *Privatization, corporatization, ownership forms and their effects on the performance of the world's major airports*, *Journal of Air Transport Management* 12 (3), pp. 109-21.
- Parlement européen (2004), Règlement (CE) n° 549/2004 du parlement européen et du Conseil du 10 mars 2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen.
- Paylor, A. (2004), *The Slots Game*, *Air Transport World*, August 2004, www.atwonline.com/magazine.
- Stern, J (1997) *What Makes an Independent Regulator Independent?* *Business Strategy Review*, Volume 8, Issue 2, June 1997, Pages: 67–74.

- Stern, I. and S. Holders (1999), *Regulatory Governance: Criteria for assessing the performance of regulatory systems*, NERA 1999 Londres.
- Schulte, S. (2009), *Financing Airport Infrastructure – the Fraport Perspective*, rapport présenté au Forum International des Transports 2009, 26-29 mai 2009, Leipzig.
- Stigler, G. (1971), *The Theory of Economic Regulation*, Bell Journal of Economics 2 (1), 3-21.
- Templin, C. (2010), *Competition for Airport Services – Ground handling services in Europe Case studies on six major European Hubs*, in: P. Forsyth, D. Gillen, J. Müller, H. M. Niemeier (eds.), *Competition in European Airports*, Ashgate, Aldershot pp. 393-412.
- Thatcher, M. and A.S. Sweet (2002), *Theory and Practice of Delegation to non-majoritarian institutions*. West European politics, 25 (1). pp. 1-22.
- Vass, P. (2006), *Regulatory governance and the lessons from UK practice*, in M. Crew and d Parker, International Handbook on Economic Regulation, Cheltenham UK: Edward Elgar, pp.188-208.
- Verkehrsministerkonferenz [VMK] (2000), *Beschluß zur Liberalisierung bilateraler Luftverkehrsabkommen und zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit deutscher Regionen innerhalb der EU vom 27/28. septembre 2000*, Francfort.
- Williamson, O.E. (1985). *The Economic Institutions of Capitalism*. Firms, Markets, relational Contracting. New York.
- Winston, C. and G. de Rus (2008), *Aviation Infrastructure Performance, A Study in Comparative Political Economy*, Washington, Brookings Institution Press.
- Wolf, H. (2003), *Privatisierung im Flughafensektor*. Eine ordnungspolitische Analyse Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong; Springer.
- Wolf, H. (2004), *Airport Privatisation and Regulation: Getting the Institutions Right*, in P. Forsyth, D. Gillen, A. Knorr, O. Mayer, H. M. Niemeier and D. Starkie (ed.), *The Economic Regulation of Airports*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 201-212.

**DES AUTORITÉS DE RÉGULATION EFFICACES :
LEUR RÔLE DANS LE PROCESSUS POLITIQUE
ET LA QUESTION DE LEUR INDÉPENDANCE**

Tom WINSOR

**Associé, Transports et infrastructures, White & Case LLP, Londres
Responsable de la régulation des activités ferroviaires nationales et internationales
en Grande-Bretagne entre 1999 et 2004
ROYAUME-UNI**

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	79
1. INTRODUCTION.....	79
2. OBJECTIF DE LA RÉGULATION.....	80
3. LE RÔLE DES RESPONSABLES POLITIQUES.....	81
3.1. Des questions complexes propres au domaine ferroviaire.....	82
3.2. Que font les autorités de régulation des activités ferroviaires ?.....	82
3.3. Principes de conception de la régulation.....	83
4. POLITIQUE DE RÉGULATION.....	84
5. UNE RÉGULATION EFFICACE.....	89
6. LA QUESTION DE L'INDÉPENDANCE.....	91
NOTES.....	97

Londres, novembre 2010

RÉSUMÉ

Le présent exposé examine trois aspects interdépendants de la régulation : 1) ce qui rend une autorité de régulation efficace ; 2) le rôle légitime d'une autorité de régulation en matière d'élaboration et de mise en œuvre d'une politique ; comment ce rôle est perçu par d'autres acteurs ; 3) la question de l'indépendance de la régulation vis-à-vis d'interventions politiques intempestives. Il avance que les autorités de régulation sont en général créées pour effectuer des tâches techniques complexes que le Gouvernement est incapable ou peu désireux de réaliser, notamment parce qu'il ne souhaite pas être responsable de certaines décisions, mais, une fois les autorités de régulation investies de pouvoirs parfois considérables et plus détaillés et plus inquisiteurs que n'en ont jamais disposé les Gouvernements vis-à-vis d'entités ou de secteurs détenus par l'État, l'impatience ou l'intolérance des responsables politiques ou des bureaucrates prend parfois le dessus, ce qui entraîne alors des pressions ou des interventions Gouvernementales intempestives. Ces interventions surviennent soit en raison de défaillances du système de régulation, soit parce que les responsables politiques souhaitent exercer eux-mêmes les compétences réglementaires qu'ils regrettent d'avoir transféré aux autorités de régulation. Au plan international, l'indépendance de ces autorités vis-à-vis des interventions et des considérations politiques est considérée comme une caractéristique importante d'une régulation économique efficace mais, malgré cela, cette indépendance peut être soumise à une telle pression que le système se fissure, ce qui conduit à une sérieuse perte de confiance dans le système de régulation et porte atteinte à la réputation du Gouvernement hôte quant à son impartialité et au respect de l'intégrité des mécanismes de contrôle qui ont été institués pour protéger les investissements. Le présent exposé soutient également que l'indépendance des autorités de régulation tient autant à leur comportement qu'à leur statut juridique.

1. INTRODUCTION

La régulation n'est pas un processus technocratique lourd conduit par une caste d'économistes, de juristes et d'administrateurs ou, tout du moins, il ne devrait pas en être ainsi. Son rôle et sa finalité ne se limitent pas à relayer les décisions prises par les administrations centrales qui affectent les sociétés ou la filière soumise à une régulation. De plus, les autorités de régulation ne doivent pas être considérées comme des cabinets de conseil économique travaillant pour les départements ministériels, toutes les décisions essentielles étant prises en fonction de considérations politiques plutôt qu'économiques ou favorables à l'intérêt général, quel que soit le statut juridique ou constitutionnel de ces autorités. Même si les autorités de régulation servent souvent de paratonnerre aux responsables politiques lorsque l'on cherche des responsables, ce n'est pas leur mission principale.

Pourquoi donc notre exposé débute-t-il sur un ton agressif et quelque peu passionné ? Tout simplement parce qu'à bien des égards, c'est précisément de cette façon que les autorités de régulation ont été traitées ou considérées, notamment dans le domaine des transports (sans doute en raison du rôle important des subventions publiques dans ce secteur). Cela porte grandement préjudice au pouvoir et à l'intégrité des autorités de régulation, surtout lorsque celles-ci paraissent s'accommoder d'un tel traitement et même parfois y contribuer. Cela porte atteinte au crédit de l'État pour ce qui est de l'impartialité avec laquelle les investissements sont traités et à sa réputation quant au respect de l'intégrité des institutions de l'État qui échappent — ou doivent échapper — à un contrôle politique visible (ou invisible). Faire croire qu'un organisme est indépendant alors qu'en réalité il ne l'est pas peut être extrêmement dommageable : les faux-semblants font souvent plus de tort que le fait de reconnaître honnêtement un manque d'indépendance des autorités de régulation.

La qualité de conception de la régulation joue un rôle très important. Les erreurs commises lors de la conception d'un système de régulation peuvent coûter très cher en termes d'occasions manquées ou de faiblesses du système qui autorisent voire favorisent des comportements abusifs ou des défaillances de la part des acteurs du marché. Elles peuvent aussi avoir un effet dissuasif sur les investisseurs, porter atteinte à la réputation du Gouvernement en matière de compétence et d'impartialité sans parler du coût en argent et en temps nécessaire pour corriger ces erreurs, si tant est que des corrections soient possibles. En dépit de toutes ces considérations, les Gouvernements continuent à faire des erreurs de conception puis subissent des critiques ou sont confrontés à des situations plus graves encore lorsque les choses tournent mal, ce qui ne manque pas d'arriver.

Le présent exposé examine la régulation dans le secteur des transports et les exemples cités concernent principalement (mais pas uniquement) le domaine ferroviaire. Les chemins de fer offrent peut-être les exemples les plus frappants de défaillance du système de régulation, de problèmes relatifs à l'indépendance effective des autorités de régulation et d'atteintes portées à cette indépendance.

2. OBJECTIF DE LA RÉGULATION

Au sens large, la régulation peut se définir comme toute mesure ou intervention qui cherche à modifier le comportement d'individus ou de groupes. L'objectif de la régulation est de parvenir à un résultat meilleur que celui auquel on serait parvenu s'il n'y en avait pas.

Pour l'essentiel, la régulation économique consiste à protéger le faible contre le fort, afin d'obtenir de meilleurs résultats sur le plan économique et politique. Il s'agit d'une part de favoriser et de protéger les investissements et d'autre part de protéger le consommateur et l'intérêt général : ce sont ces deux objectifs que l'on cherche à atteindre.

La meilleure autorité de régulation est sans conteste le consommateur dès lors que celui-ci a réellement le choix. En cas de monopole, il n'y a aucun choix possible. Les infrastructures ferroviaires constituent un monopole et, en raison de l'exclusivité conférée aux entreprises ferroviaires voyageurs *de facto* ou *de jure*, les services ferroviaires (exploitation de trains de voyageurs) sont également souvent des monopoles.

La régulation des transports — comme la régulation des infrastructures — est nécessaire lorsque l'État décide que la fourniture de services de transport ne peut relever entièrement du secteur privé. En effet :

- (a) la plupart du temps, les infrastructures de transport constituent un monopole et le détenteur de ce monopole est incité à abuser de sa position et, en général, en abuse, en faisant payer des prix excessifs, en exigeant d'autres conditions déraisonnables pour autoriser l'accès aux infrastructures et en offrant une qualité de service insuffisante ou en baisse, et ce au détriment des usagers et de l'intérêt général ;
- (b) le transport est un service local, régional et national essentiel dont le prix, la qualité et la fiabilité jouent un rôle important dans l'économie et pour les consommateurs.

Au sens large, comme nous l'avons indiqué, la régulation économique implique que le Gouvernement — via le pouvoir législatif ou administratif — impose des contrôles aux entreprises, afin d'obtenir des comportements ou des résultats impossibles à atteindre si ces entreprises étaient autorisées à prendre elles-mêmes toutes les décisions. C'est un moyen permettant d'arriver à une fin, pas une fin en soi.

Ce qui compte c'est la sécurité, la disponibilité, la qualité, la fiabilité de la prestation et le prix des infrastructures de transport et de l'exploitation de services de transport. Ces paramètres dépendent du montant des investissements, de la rentabilité des sociétés soumises à la régulation, des caractéristiques de la qualité de service, des gains de productivité, de l'utilisation des services de base par de nouveaux clients et du fonctionnement des nouveaux marchés et des marchés existants. Si le système de régulation n'accomplit pas ces objectifs, il devient politiquement indéfendable. S'il ne parvient pas à faire en sorte que les entreprises soient économiquement viables, il devient économiquement intenable. Il faut servir ces deux maîtres si l'on veut que la régulation soit une réussite, or trouver le juste équilibre est loin d'être simple.

D'après la Banque Mondiale, « l'objectif ultime est de parvenir à un système de régulation fondé sur les bonnes pratiques : un système de régulation qui offre manifestement aux investisseurs des engagements crédibles et aux consommateurs une véritable protection »¹.

3. LE RÔLE DES RESPONSABLES POLITIQUES

Créer une autorité de régulation n'est pas — et ne devrait pas être — un exercice ministériel d'abdication du pouvoir et de la responsabilité. Il est communément admis que les Ministres doivent conserver des responsabilités en matière de politique sectorielle générale, notamment pour ce qui est des investissements publics, de la structure de la filière, de la fiscalité, des subventions et du cadre législatif. Les autorités de régulation doivent respecter ce cadre, mais celui-ci ne doit pas être modifié fréquemment ou arbitrairement. De telles mesures portent en effet atteinte à l'intégrité du système de régulation, suscitent des inquiétudes légitimes chez les acteurs du marché et, par ricochet, entraînent une hausse du coût des investissements et compromettent la qualité de service et le développement du secteur.

3.1. Des questions complexes propres au domaine ferroviaire

La régulation est en général plus compliquée à mettre en œuvre dans le domaine ferroviaire que dans d'autres secteurs. Il y a deux raisons essentielles à cela :

- (a) Le secteur reçoit en général des subventions publiques sur le long terme, ce qui pose des problèmes d'ingérence politiques, de tensions possibles avec les responsables politiques et de légitimité des autorités de régulation ; cela peut amener les responsables politiques à empiéter sur les attributions de ces autorités ou à remettre en cause leur indépendance ;
- (b) les trains transportent des voyageurs et des marchandises dans un environnement critique en matière de sécurité, en utilisant des équipements qui, par nature, sont plus sensibles aux défaillances et aux perturbations de trafic qui en résultent.

C'est pourquoi, dans le secteur ferroviaire, la palette des instruments de régulation doit être en général plus large que dans d'autres industries de réseau comme l'énergie, l'eau et les télécommunications. Le sens politique des autorités de régulation comme des sociétés qui travaillent dans le domaine ferroviaire doit également être beaucoup plus aigu. L'acuité politique des compagnies ferroviaires se développe, mais n'en est encore qu'à ses balbutiements.

3.2. Que font les autorités de régulation des activités ferroviaires ?

En général, en fonction de la structure de la filière et des relations qui existent entre le Gouvernement et les entreprises privées du secteur, la régulation des activités ferroviaires comporte tout ou partie des actions suivantes :

- (a) délivrer des certificats de sécurité, surveiller et faire appliquer les règles de sécurité ;
- (b) instaurer, modifier et retirer des normes techniques et opérationnelles ;
- (c) octroyer des licences aux opérateurs ferroviaires, en imposant des conditions quant à la gestion des installations et du matériel ferroviaire (notons que dans certains régimes, l'autorité de régulation peut encadrer la négociation des contrats signés entre l'État et le secteur privé et surveiller leur application, mais n'octroie pas de licences) ;
- (d) contrôler le respect des obligations découlant de la licence (ou du contrat) et prendre des mesures coercitives pour faire respecter ces obligations ;
- (e) définir la structure et les niveaux des prix pour l'utilisation des installations et du matériel ferroviaire (infrastructure et exploitation, y compris le prix des billets) ;
- (f) empêcher les monopoles de profiter de leur pouvoir de marché au détriment de l'intérêt général ;
- (g) déterminer les conditions (y compris le prix et les normes de qualité) d'accès aux installations ferroviaires (y compris les gares et les centres de maintenance) ou d'utilisation de celles-ci ;
- (h) établir le mécanisme de conception des horaires et de gestion des capacités ;

- (i) être responsables de codes applicables à tout le secteur ferroviaire, codes qui sont nécessaires afin d'assurer l'intégrité et la coordination du système ; cette tâche comprend l'élaboration des codes et leurs mises à jour ultérieures ;
- (j) être saisi des recours sur des questions propres au secteur, comme les normes techniques et de sécurité, et sur des questions relatives aux modifications obligatoires qui concernent le matériel roulant ou les installations ferroviaires fixes (réseau ferré, gares et centres de maintenance) ;
- (k) parfois, jouer le rôle d'autorité de la concurrence pour le secteur ferroviaire.

Ces missions sont définies de manière très différente d'un pays à l'autre et l'autorité de régulation peut les accomplir avec des attributions très diverses : elle peut n'avoir qu'un rôle de conseil, être décisionnaire, ou encore être chargée de l'élaboration de la politique sectorielle².

Les autorités de régulation sont parfois tenues de participer à la renégociation des contrats à long terme signés entre l'État et le secteur privé. Ainsi, pour la privatisation du métro de Londres, il était prévu que le secteur privé serait chargé d'entretenir, de rénover et d'améliorer l'infrastructure ferroviaire et que le secteur public aurait pour mission de faire rouler les trains. Cette répartition a fait l'objet d'un contrat sur 30 ans, le secteur public redéfinissant ses exigences tous les sept ans et demi. Au cas où les cocontractants publics et privés ne parviendraient pas à s'entendre sur les tâches à effectuer et sur leur coût, un arbitre spécialisé avait été institué afin de résoudre les problèmes en appliquant des principes de régulation. Cependant, cet arbitre ne pouvait intervenir que si les négociations entre les parties avaient échoué³.

Dans d'autres pays européens, les Gouvernements concluent des contrats pluriannuels de financement avec les gestionnaires de l'infrastructure ferroviaire. Conformément aux Directives européennes, les autorités de régulation doivent s'assurer que les gestionnaires d'infrastructure, s'ils exercent leur activité avec compétence et efficacité, sont équitablement et correctement rémunérés pour les prestations qu'ils sont tenus de réaliser. Grâce à ces dispositions, l'État ne peut exiger de ces gestionnaires un niveau de service pour lequel il n'est pas prêt à payer le prix d'efficience⁴.

En Grande-Bretagne, depuis l'adoption du *Railways Act* de 2005, l'autorité de régulation économique joue un rôle similaire et le montant des redevances d'accès qu'elle peut fixer est plafonné par une déclaration de limitation financière établie par le Ministère des Finances.

3.3. Principes de conception de la régulation

Pour l'essentiel, un Gouvernement doit décider dès le départ quelles seront les missions de l'autorité de régulation et comment cette autorité devra les accomplir. Pour ce qui est du second point, le degré d'indépendance dont jouira l'autorité de régulation est d'une très grande importance (l'indépendance est examinée ci-dessous à la section 6). Une fois que ces points ont été réglés, ils ne doivent pas faire l'objet de changements brutaux, soudains ou importants. Cela ne veut pas dire qu'un Gouvernement ne peut jamais réformer un système de régulation une fois celui-ci instauré. Au contraire, il est légitime que la qualité et le degré de régulation suscitent l'intérêt du législateur et du pouvoir exécutif. En effet, une autorité de régulation est instituée par le Gouvernement avec l'autorisation du législateur ou directement par ce dernier. Il serait néfaste de laisser entendre que des autorités disposant de pouvoirs considérables sur des questions économiques et de sécurité et qui sont en général instituées pour une durée illimitée ne devraient jamais connaître de changements. Une

autorité de régulation doit toujours être réformée lorsque le secteur sur lequel elle exerce un contrôle évolue et, idéalement, elle devrait pouvoir s'adapter elle-même grâce à des mécanismes de changement instaurés ou autorisés par les institutions qui l'ont initialement créée⁵.

4. POLITIQUE DE RÉGULATION

Dans sa forme la plus simple, la politique est ce que les hommes politiques font. L'*Oxford English Dictionary* définit la politique comme « un principe ou une ligne de conduite adoptée ou proposée comme étant souhaitable, avantageuse ou opportune, notamment si elle est préconisée par un Gouvernement, un parti politique, etc. »

Mais cette définition est trop simple pour la question qui nous occupe. Même s'il est incontestable que les représentants élus du peuple, par l'intermédiaire du corps législatif et du Gouvernement, doivent définir la politique générale des transports, cela ne veut pas dire que toutes les lignes de conduite qui sont jugées avantageuses pour la population doivent être fixées par les hommes politiques. Il y a beaucoup de choses importantes pour les citoyens dont les responsables politiques ne doivent pas s'occuper, l'exemple le plus évident étant les tâches qui sont confiées au pouvoir judiciaire. Les autorités de régulation ne sont pas instituées pour n'être que les instruments dociles des hommes politiques. Pour les raisons exposées ci-dessus, ils sont là pour accomplir des tâches que le Gouvernement ne peut effectuer ou qu'il n'est pas opportun qu'il effectue et qui nécessitent un peu de distance vis-à-vis du monde politique, afin que la qualité des décisions prises et les critères en fonction desquels celles-ci sont adoptées puissent susciter la confiance des personnes susceptibles d'être affectées par ces décisions.

Par conséquent, la question suivante se pose : quelles sont les limites de la politique de régulation et quand s'immisce-t-elle dans la politique au sens large ? Il faut bien reconnaître que la frontière peut bouger en fonction du contexte politique.

Beaucoup d'hommes politiques et de bureaucrates dont les capacités intellectuelles ne sont pas au-dessus du lot, et d'autres, très intelligents, comprennent (parfois délibérément) mal et ne tolèrent pas que des autorités qui ne sont pas placées sous l'autorité du Gouvernement disposent d'un réel pouvoir de décision. Ils savent peut-être pourquoi il est nécessaire que les autorités de régulation ne soient pas soumises au contrôle politique et puissent agir en fonction de critères non politiques, mais cela ne les empêche pas d'essayer de s'emparer des leviers du pouvoir de régulation ou, subtilement ou plus progressivement, d'empiéter sur la compétence des autorités de régulation lorsqu'une raison politique ou bureaucratique plus importante l'impose. Cette question est examinée plus en détail dans la section du présent exposé qui traite de l'indépendance (voir section 6).

Cependant, la question de savoir où se situe la frontière, et comment elle peut être modifiée au cours du temps, est essentielle pour la conception de la régulation, et donc pour la stratégie politique. Ainsi, au Royaume-Uni, le dernier Gouvernement travailliste (1997-2010) avait décidé que les décisions d'importance nationale et régionale concernant la planification et l'élaboration de projets d'infrastructures ainsi que leur approbation devaient être confiées à une commission indépendante de planification des infrastructures, qui agirait selon les critères d'intérêt général clairement exposés dans la loi qui instituerait cette commission et qui prendrait les décisions finales (pouvant évidemment faire

l'objet d'un recours administratif pour des raisons de légalité, de rationalité ou de droit à une procédure équitable). Cette commission était habilitée à prendre des décisions très délicates comme l'emplacement d'une centrale nucléaire ou le tracé d'une nouvelle ligne à grande vitesse. Beaucoup d'hommes politiques, notamment les membres de la coalition formée par les conservateurs et les libéraux-démocrates (qui est arrivé au pouvoir en Grande-Bretagne en mai 2010), ont considéré que ce pouvoir était excessif. Il y a des décisions qui sont politiquement si délicates qu'il leur semblait intolérable qu'elles soient prises en fonction de critères non politiques par des personnes non élues. Par conséquent, les compétences de la commission de planification des infrastructures vont être revues et cette commission va devenir un organe purement consultatif, la décision finale revenant au Ministre. Il y a des sujets sur lesquels seuls les Ministres doivent avoir le pouvoir de prendre des décisions et d'en assumer la responsabilité. C'est une position recevable dès lors que la règle du jeu est connue et comprise par les personnes qu'elle est susceptible d'affecter. Cela devient beaucoup plus problématique lorsque la règle change après le début de la partie, surtout lorsque ce changement est soudain, imprévisible et important.

Lorsqu'un secteur est restructuré en vue d'une privatisation, il est difficile de soutenir que les décisions sur l'organisation générale de la filière peuvent être prises par tout autre organe que le Gouvernement, dont les membres sont élus. Cela étant, après la privatisation, il est tout à fait possible qu'une nouvelle restructuration, par exemple le démantèlement d'un grand monopole peu réactif, soit décidée par une autorité de régulation en fonction de critères économiques plutôt que de critères politiques. C'est ce qui se passe au Royaume-Uni. Les deux situations sont défendables, l'organe qui tient les leviers de commande n'étant pas le même suivant l'étape du processus de privatisation.

Dans le cas des transports, où les réseaux peuvent recevoir indéfiniment des subventions publiques, ces questions peuvent devenir très sensibles. Au Royaume-Uni, dans des secteurs comme l'eau, l'électricité, le gaz et les télécommunications, où aucun acteur ne touche ouvertement de subventions publiques, le rôle de l'autorité de régulation économique indépendante est de déterminer l'état, la capacité et le potentiel du réseau en question ainsi que l'intensité d'utilisation à laquelle le réseau risque de devoir faire face dans les cinq années à venir, puis de fixer les redevances d'utilisation pour ces cinq années, compte tenu du niveau de recette qu'un gestionnaire d'infrastructure compétent et efficace est raisonnablement en droit d'attendre dans de telles circonstances. Dans le domaine ferroviaire, les autorités de régulation doivent résoudre exactement les mêmes problèmes. Cependant, dans le cas des chemins de fer, le gestionnaire d'infrastructure (Network Rail, qui s'appelait alors Railtrack) comptait environ 40 clients, tous entreprises ferroviaires voyageurs ou fret. Les entreprises ferroviaires voyageurs ont à leur tour conclu des contrats avec l'État (les concessions). Ces concessions n'ont été ni contrôlées ni approuvées par l'autorité de régulation, elles constituaient des contrats de droit privé directement signés entre le Gouvernement et le concessionnaire privé et librement conclus par un État souverain. Tout en indiquant de manière très (certains diront trop) détaillée tout ce que l'entreprise ferroviaire voyageurs devait faire en matière de prestations commerciales pour le public, les concessions prévoyaient également une indemnité financière. Le Gouvernement a accordé cette indemnité aux concessionnaires privés, afin de les protéger contre les incertitudes sur l'état du réseau ferré et contre toute augmentation des redevances d'infrastructure qui pouvait être décidée par l'autorité de régulation une fois que l'état du réseau et l'efficacité du gestionnaire d'infrastructure seraient mieux connus et davantage prévisibles. Avant la privatisation, comme c'est dans le cas pour bien des secteurs à travers le monde, les chemins de fer, détenus par l'État, avaient été contraints, pour des raisons politiques, de différer la maintenance et la rénovation et de négliger le réseau ferré. Après la privatisation, on ne pouvait raisonnablement attendre des concessionnaires privés qu'ils prennent un tel risque, le Gouvernement a donc décidé qu'ils n'y seraient pas contraints. C'est donc à juste titre l'État qui endosserait ce risque et qui compenserait intégralement les augmentations des redevances d'accès. Cela signifiait bien sûr que les

décisions de l'autorité de régulation auraient un impact direct sur les finances publiques. Les graines d'une tension politique dévastatrice étaient dès lors semées (voir ci-après, page 92 dernier paragraphe et premier paragraphe page 93).

Pendant la période 1996-2000, il est devenu évident que l'état du réseau ferré britannique était bien plus mauvais que l'on ne l'avait supposé lors de la privatisation de 1996 et qu'il faudrait beaucoup plus d'argent que prévu pour revenir à des conditions d'exploitation saines et viables. Le fait que, pour des raisons politiques, le Gouvernement travailliste haïssait le gestionnaire d'infrastructure, Railtrack, n'arrangeait en rien la situation.

En octobre 2000, l'autorité de régulation a fait passer les recettes de Railtrack de 10 milliards GBP à 14.8 milliards GBP, et, en décembre 2003, a augmenté ce dernier montant de 7.4 milliards GBP, soit une somme finale de 22.2 milliards GBP. Ces augmentations étaient bien entendu considérables et ont suscité un fort mécontentement de la part des responsables politiques. Ceux-ci se sont amèrement plaints qu'une autorité de régulation non élue prenait des décisions très importantes concernant le montant des dépenses publiques pour les chemins de fer et, indirectement, affectait l'argent public à d'autres fins que la santé, l'éducation et la justice. Bien sûr, ces réactions montraient une mécompréhension de la situation, puisque l'autorité de régulation ne faisait que ce pour quoi le législateur l'avait instituée. Le fait que l'État, par des contrats de droit privé, ait choisi de garantir les entreprises privées contre les conséquences des décisions de l'autorité de régulation ne rendait pas la compétence de celle-ci illégitime. Mais ce n'est pas ainsi que les choses furent perçues. Feignant d'ignorer que les conséquences financières des décisions de l'autorité de régulation résultaient uniquement de contrats conclus volontairement par le Gouvernement sans aucune intervention de cette autorité, des Ministres et d'autres responsables ont remis en cause la compétence de l'autorité de régulation, comme si cette situation résultait des pouvoirs initialement dévolus à cette autorité. Ils ont donc décidé (avec l'aide du futur Président de l'*Office of Rail Regulation*) de diminuer les indemnités et, grâce à une loi (le *Railways Act* de 2005), ont instauré un plafond au montant des indemnités définies par contrat, lequel plafond est fixé par le Ministère des Finances. Si les entreprises privées concernées n'avaient pas fait preuve d'une timidité (légitime) à l'égard des responsables politiques, il y aurait eu matière à une action en justice couronnée de succès, car les montants figurant dans les contrats de droit privé conclus avec l'État avaient été arbitrairement réduits sans que ces entreprises bénéficient d'une juste indemnisation.

Cet exemple illustre le rejet par les responsables politiques de ce qui était perçu comme un pouvoir conféré à l'autorité de régulation de définir le montant des subventions publiques dans le domaine ferroviaire.

S'il est politiquement gênant qu'une autorité de régulation dispose d'une compétence particulière, qu'il s'agisse ou non d'un pouvoir de conduire une politique de régulation ou de définir une stratégie politique, alors, dès le début, avant que les actifs ne soient privatisés et que les citoyens ne soient invités à investir, il faudrait décider de ne pas lui transférer cette compétence. Il est indéfendable et gravement préjudiciable que des Ministres remettent en cause une compétence conférée par le législateur et renforcée par une mesure décidée par le Gouvernement.

Malheureusement, c'est ainsi que certains responsables politiques se comportent habituellement. Quand tout va bien, ils confient volontiers aux autorités de régulation des responsabilités et des missions nouvelles, en se félicitant eux-mêmes avec contentement de s'être débarrassés de décisions politiquement délicates que l'on pourra facilement reprocher aux autorités de régulation si les choses tournent mal. Mais les choses tournent mal, que ce soit en raison d'une défaillance du système de

régulation ou de l'importance ou de la gravité de la situation, ce qui amène les responsables politiques à reprendre brutalement les commandes, en s'attribuant une compétence qui avait été dévolue en bonne et due forme à l'autorité de régulation.

La position des responsables politiques, bien sûr, c'est qu'ils jouissent de la légitimité démocratique, car ils sont les seuls à avoir été élus. Cela est indéniable, mais ne veut pas dire qu'ils doivent essayer de tout contrôler et de tout diriger, même par temps de crise.

Au Royaume-Uni, le législateur a institué des autorités de régulation, leur a confié des pouvoirs et a défini leurs obligations légales, qui constituent leurs objectifs. Les autorités de régulation ont donc une légitimité législative, qui est la source de légitimité démocratique la plus élevée.

On ne pouvait s'attendre à ce que, après avoir créé des autorités de régulation par l'intermédiaire du législateur, les responsables politiques se placent en retrait et observe la scène à une distance respectueuse, présentent à l'occasion avec respect leurs observations lors des consultations menées par ces autorités et ne jouent aucun rôle le reste du temps. Les responsables politiques ne devraient jamais complètement se désintéresser des tâches effectuées par les autorités de régulation. Cela constituerait une démission injustifiable vis-à-vis des obligations qu'ont les responsables politiques de travailler en bonne intelligence avec les autorités de régulation et de définir la politique générale des transports.

La difficulté, c'est de trouver un juste équilibre entre la compétence et les critères qui sont du ressort des responsables politiques et ceux qui relèvent des autorités de régulation. Si la ligne de démarcation n'est pas placée au bon endroit, elle risque d'être l'objet de graves tensions voire d'être allègrement franchie. C'est ce qui s'est passé en 2001 au Royaume-Uni dans le secteur ferroviaire et les dégâts ont été considérables. Nous reviendrons plus tard sur cette question dans notre exposé, lorsque nous aborderons la question de l'indépendance (voir section 6).

Si les responsables politiques ne sont pas sûrs de l'ampleur des pouvoirs qu'ils souhaitent confier à une autorité de régulation, ils peuvent, lorsqu'ils prennent des décisions relatives à la conception de la régulation, faire tout d'abord de cette autorité de régulation un organe consultatif, les décisions finales sur les questions cruciales restant du ressort des Ministres. Au fil du temps, si la confiance augmente, l'autorité de régulation peut se voir accorder plus d'autonomie et un régime d'indépendance progressive des autorités de régulation peut être mis en place. L'essentiel, c'est que les acteurs privés aient confiance dans le système, et dans les pouvoirs, l'intégrité et la compétence des autorités de régulation.

La création d'une autorité de la concurrence peut être une source de difficultés importantes.

Lorsque j'exerçais mes fonctions de responsable des activités ferroviaires, il existait une autorité de la concurrence : la SRA, *Strategic Rail Authority* (une erreur politique grave, qui est heureusement aujourd'hui tombée aux oubliettes). Elle a été créée en 2001, notamment pour pallier le dépôt de bilan de Railtrack, le gestionnaire d'infrastructure ferroviaire national, et pour définir les orientations du secteur ferroviaire en matière de planification, mais elle était aussi conçue pour être la main de fer des Ministres dans un gant de fer. Les Ministres étaient séduits par l'idée d'un contrôle autoritaire et centralisé sur le secteur ferroviaire, qu'ils n'auraient jamais voulu voir privatiser. Contrairement au responsable de la régulation des activités ferroviaires, la SRA était sous contrôle politique : le Ministre pouvait lui dire exactement ce qu'elle devait faire. Elle était censée octroyer des concessions de services de transport de voyageurs, mais avec le temps, cette autorité — et le Ministre qui l'avait créée — n'a plus supporté son impuissance statutaire et a décidé d'en faire plus. C'est pourquoi la RSA, qui bénéficiait d'un soutien politique (et bureaucratique) important, a revendiqué une compétence qui ne lui avait jamais été attribuée. Cela a engendré une confusion et une incertitude

considérables pour le secteur ferroviaire et dans l'esprit du public ; les empiétements sur les compétences du responsable de la régulation des activités ferroviaires devinrent courants et durent souvent être dénoncés publiquement. C'était une situation déplaisante et néfaste.

Dès lors que les Ministres et les fonctionnaires entretenaient délibérément la confusion quant aux compétences respectives des deux autorités de contrôle et revendiquaient pour la SRA des compétences dont elle ne jouissait pas -- et dont l'autorité de régulation économique était elle investie, par exemple en matière de répartition, de gestion et de mise à disposition des capacités --, cela a joué en faveur des détracteurs du système qui voulaient saper les fondements des autorités de régulation qui avaient été mises en place. Mais, en raison de son attitude parfois agressive et de ses échecs flagrants, après avoir été au départ l'enfant chéri des Ministres, la SRA a perdu le soutien des responsables politiques et sa dynamique opérationnelle, est devenu un organe sans pouvoir puis un empire déchu. Elle a été supprimée en 2006, le Ministère des Transports récupérant la plupart de ses attributions.

Le soutien des responsables politiques en faveur de la création d'une autorité de la concurrence et le fait que les Ministres ont refusé délibérément ou par négligence de voir quelle était la source réelle du pouvoir de régulation n'ont été bénéfiques pour personne et ont jeté le discrédit sur tout le système.

Les exemples de concurrence entre autorités de contrôle ne se limitent pas l'Europe. Aux États-Unis, pour les règles de concurrence, plusieurs autorités rivales s'opposent aux ingérences et aux empiétements des autres plutôt que de coopérer, même si elles sont toutes censées être du même côté. Il y a peu, le Président de la *Federal Trade Commission* décrivait la situation en ces termes : « Nous sommes confrontés à un archipel d'autorités indépendantes dans lequel le service de ferries entre les îles fonctionne très mal. Bien trop souvent, lorsque l'on va visiter ces îles, leurs habitants sortent avec des bâtons et des torches et tentent de nous chasser. »

Il est pratiquement inévitable que la création d'autorités de régulation économique indépendantes provoque ou aggrave un sentiment d'exaspération impuissante de la part de certains membres des administrations centrales qui sont jaloux des pouvoirs conférés aux autorités de régulation et de leur pouvoir de décision et de contrôle, qui atteint un niveau de définition et de détail dont ils n'ont eux-mêmes jamais disposé. Ils ne supportent pas non plus que les autorités de régulation agissent en fonction de leurs propres orientations et de leurs propres objectifs, conformes à l'interprétation qu'elles font de leurs obligations légales, ni même qu'elles communiquent avec le secteur d'activité dont elles sont responsables et avec le public en fonction de leurs propres priorités. Cela peut engendrer des tensions considérables.

En Europe, l'existence du droit européen peut être une importante source de protection et d'aide. En Estonie, les chemins de fer ont été privatisés en 2001. Le pays devenant un nouveau membre de l'Union européenne, le Gouvernement estonien était lié par les Directives applicables en matière d'infrastructure ferroviaire et notamment celles qui disposent que le gestionnaire d'infrastructure a droit une rémunération équitable en cas d'exploitation, de maintenance et de rénovation efficace et compétente de son réseau.

Un changement de Ministre des Transports a conduit à un grave conflit entre le Gouvernement estonien et les propriétaires du réseau ferré privatisé. Le Ministre a déclaré qu'il entendait revenir sur la privation et a usé de son pouvoir sur l'autorité de régulation des activités ferroviaires, afin d'obtenir une décision réglementaire qui fixait les redevances d'accès bien en dessous du minimum incompressible qui est nécessaire pour exploiter les voies ferrées. C'était illégal et le gestionnaire d'infrastructure a engagé une action en justice devant les tribunaux estoniens ainsi qu'une procédure d'arbitrage internationale à Stockholm et à Washington (dans cette dernière ville, en vertu d'un traité bilatéral de protection des investissements conclu entre les États-Unis et l'Estonie). C'est le droit

européen qui constituait l'une des meilleures protections, car il imposait à l'autorité de régulation de fixer les redevances d'accès en fonction de principes économiques cohérents et non selon des critères politiques. En 2006, le procès était sur le point de débiter à la Cour de Justice des Communautés Européennes par un avis consultatif concernant le droit européen applicable (dont nous sommes convaincus qu'il aurait été favorable au demandeur), lorsque le Gouvernement estonien a fait une offre satisfaisante pour régler le contentieux en rachetant la part des investisseurs étrangers et en renationalisant les voies ferrées en échange d'une indemnisation⁶.

Aucune de ces dynamiques n'est nouvelle. Il est dans l'essence de la politique et des hommes politiques que quand des hommes accèdent au pouvoir, ils veulent s'en servir. S'ils découvrent que le pouvoir est entre les mains de quelqu'un d'autre, en dépit de leur accession à une haute responsabilité politique, ils tenteront de s'en emparer ou de le remettre en cause. Il en est ainsi depuis des siècles.

En 1833, le Président américain Andrew Jackson voulut que les fonds du Gouvernement fédéral soient retirés de la Banque des États-Unis et déposés dans des banques à charte d'État. Il demanda à Louis McLane, Ministre des Finances de s'en charger. Or la Banque des États-Unis jouissait de ce privilège jusqu'en 1836 et la loi qui l'avait créée disposait que les fonds Gouvernementaux devaient y être conservés « sauf ordre ou prescription contraire du Ministre des Finances ». Lorsque M. McLane décida de s'opposer au retrait des fonds, le Président Jackson le révoqua et nomma à sa place William Duane. M. Duane refusa également d'accéder aux exigences répétées du Président, en expliquant que, par la loi en question, le Congrès avait conféré un pouvoir discrétionnaire au Ministre des Finances et non au Président, et que, par conséquent, la décision lui appartenait. À l'issue d'une correspondance longue et intense entre les deux hommes, M. Duane refusa d'obéir aux ordres du Président et celui-ci le révoqua. M. Jackson nomma alors Roger Taney Ministre des Finances et celui-ci prit la décision réclamée par le Président presque sur-le-champ⁷.

Un responsable politique, mécontent des limites imposées à son pouvoir par la source même de ce pouvoir, était déterminé à n'en faire qu'à sa tête, c'est ce qu'il a fait. Cela se produit souvent, même si le moyen employé pour résoudre la situation peut être brutal et si les conséquences, financières ou autres, peuvent être graves.

Ces exemples montrent la sagesse qu'il y a pour le corps législatif à fixer les frontières politiques et de compétence au bon endroit et pour les responsables politiques à respecter cette décision du législateur en travaillant dans le sens de cette décision et non en s'y opposant.

5. UNE RÉGULATION EFFICACE

Lorsque la régulation fonctionne de manière satisfaisante et que l'on n'estime pas qu'elle intervient indûment sur des questions politiquement délicates, en règle générale les responsables politiques ne se manifestent pas.

Si une autorité de régulation, face au pouvoir écrasant du Gouvernement, cède à des pressions politiques intempestives et s'abstient d'utiliser ses pouvoirs par peur qu'ils ne lui soient retirés ou qu'ils ne soient réduits, cela constitue un manquement à ses obligations légales qui découlent de son

statut d'autorité de régulation, quoi qu'en pensent les responsables politiques. Néanmoins, il existe des moyens permettant à ces autorités d'atténuer ou de réduire au minimum ce type de pressions politiques grâce à une gestion habile des hommes politiques, même si cela ne réussit pas toujours.

Lorsque les autorités de régulation travaillent mal ou sont perçues comme faibles, elles attirent comme un aimant la pression et les critiques de la part des responsables politiques et le mécontentement et la pression de la part du secteur soumis à la régulation, des médias et du public. Or il est assez facile d'éviter que cette situation ne se produise.

Le problème se résume ainsi : 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 retrouver endormie au volant ou regardant le paysage.

En 2008, le *Parliamentary Commissioner for Administration* du Royaume-Uni — un médiateur qui enquête sur les accusations de mauvaise administration de la part des pouvoirs publics — a publié un rapport sur les défaillances relatives à la surveillance de la compagnie d'assurances *Equitable Life*. Les milliers et les milliers de personnes qui ont perdu de l'argent éprouvaient « un sentiment d'indignation légitime », étant donné qu'il y avait eu « une décennie de défaillances de la part des autorités de régulation » et « une succession d'erreurs administratives ». Selon le médiateur, les autorités de régulation avaient été « passives, complaisantes et n'agissaient qu'*a posteriori* » et leurs actions étaient « pratiquement inefficaces et souvent inadaptées à la situation ».

En mai 2006, la commission des Transports de la Chambre des Communes a reproché à l'*Office of Rail Regulation* (ORR) d'être « timoré », d'avoir adopté avec hésitation une « approche très précautionneuse » à l'égard de Network Rail (l'entreprise que l'ORR était chargée de contrôler) et de se montrer « débonnaire et réticent à faire usage » de ses pouvoirs, « faible et exagérément proche de l'organisation principale qu'il contrôle ». Quatre ans plus tard, en septembre 2010, la Commission des comptes publics de la Chambre des Communes — la commission la plus puissante de cette chambre — a émis d'autres critiques. Elle a reproché à l'ORR d'être « singulièrement sereine » vis-à-vis des résultats de Network Rail et d'avoir manifestement adopté une approche « nettement complaisante ». Ces critiques à l'égard d'une autorité qui a connu des défaillances régulières depuis sa création en juillet 2004 sont sévères et bien méritées. Le collège de l'ORR ne devra pas être surpris si les responsables politiques s'intéressent à cette autorité et si sa compétence, voire sa composition, est modifiée d'une manière ou d'une autre.

Les pouvoirs considérables dont disposent les autorités de régulation entraînent une responsabilité d'en faire usage équitablement, de manière proportionnée et compétente et avec professionnalisme. C'est sur ce point que ces autorités s'égarent souvent. Elles doivent travailler en permanence et ne pas se contenter de réagir aux événements lorsqu'elles auraient pu engager des actions préventives auparavant. Après le rejet par les responsables politiques du pouvoir des autorités de régulation, une régulation inefficace est la première cause d'intervention politique.

6. LA QUESTION DE L'INDÉPENDANCE

Les travaux publiés — au Royaume-Uni comme dans les autres pays — qui montrent l'importance et les effets bénéfiques d'une régulation économique indépendante sont très nombreux. Bien sûr, les modèles varient, mais l'idée générale — que ce soit à l'OCDE, à la Banque Mondiale asiatique de développement, au Ministère des Finances australien, à la Banque Européenne d'Investissement, au sein des agences de notation, des organes législatifs, des commissions parlementaires, des universités, des groupes de réflexion, des entreprises elles-mêmes et dans d'autres cercles — est qu'une régulation économique indépendante constitue un atout considérable pour créer et conserver les conditions qui permettent à des investisseurs privés compétents de financer d'une manière confiante et rentable les projets.

Dans « Politiques de régulation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la régulation », l'OCDE indique :

« 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.⁸ »

En avril 2001, la Banque Mondiale a publié un document de travail relatif aux problèmes et à l'expérience internationale en matière de régulation des marchés de l'énergie et du gaz dans lequel elle affirmait :

« En matière de répartition des responsabilités au sein des institutions de l'État, le principe général est que les activités relatives à l'élaboration des politiques, à la détention des actifs et à la régulation doivent être indépendantes. Cette indépendance est essentielle étant donné qu'il est important que l'autorité de régulation prenne librement certaines décisions en ne tenant compte que du cas d'espèce et reste hors du champ d'influence du Gouvernement ou des entreprises. L'indépendance en matière de prise de décision est importante pour ceux qui investissent dans des installations soumises à une régulation comme pour les utilisateurs de ces installations. Cela leur garantit que des pressions invisibles, d'où qu'elles viennent, n'influenceront pas les décisions. C'est un facteur qui contribue à donner confiance dans les secteurs des services d'utilité publique soumis à une régulation. L'erreur la plus importante [en matière d'indépendance des organismes de régulation] tient à une mécompréhension des raisons de cette indépendance. L'indépendance n'est pas une fin en soi, mais un moyen d'arriver à cette fin. Ce qui compte, en définitive, ce n'est pas que l'organisme de régulation soit indépendant, mais que le Gouvernement puisse s'engager de manière crédible vis-à-vis des investisseurs et des consommateurs. Les investisseurs, qu'ils soient nationaux ou étrangers, ont besoin d'être assurés que leur investissement ne va pas être perdu en raison d'une expropriation directe ou d'un grand nombre de petites mesures de régulation qui constituent, en réalité, une expropriation *de facto*.⁹ »

En mai 2004, la commission de la Chambre des Lords sur la constitution (qui fait partie du corps législatif du Royaume-Uni) a déclaré :

« À l'évidence, l'indépendance des autorités de régulation vis-à-vis des Ministres est accueillie favorablement par les Ministres et est considérée comme un élément indispensable pour assurer une cohérence, garantir que les décisions relatives à la régulation sont prises par des « autorités compétentes » (ce qui s'accorde bien avec les évolutions actuelles et futures de la gouvernance de l'Union européenne) et développer la confiance en la régulation au sein des entreprises soumises à cette régulation, chez ceux qui investissent dans ces entreprises et chez les clients et les citoyens au nom desquels cette régulation est effectuée.¹⁰ »

En dépit des actions engagées contre une autorité de régulation indépendante en 2001 (voir ci-dessous deux derniers paragraphes de la page 92 et premier paragraphe de la page 93), en 2003, le Gouvernement britannique partageait cet avis, en déclarant à la commission de la Chambre des Lords sur la Constitution que :

« L'indépendance des autorités de régulation économique vis-à-vis du Gouvernement — qui permet d'isoler les décisions des considérations politiques à court terme — contribue de manière essentielle à la confiance dans le système de régulation et est une condition *sine qua non* pour attirer des financements privés vers les secteurs soumis à une régulation.¹¹ »

Les autorités de régulation se sont vues octroyer l'indépendance par le législateur. En droit, elle ne peut leur être retirée que par ce dernier. Mais ce n'est pas qu'une question de droit, l'indépendance juridique ne constitue qu'une moitié du problème : c'est une condition nécessaire, mais pas suffisante.

Un comportement indépendant compte tout autant. Lorsque j'ai quitté mes fonctions en 2004, j'ai averti mes successeurs, non seulement qu'ils risquaient de subir des pressions politiques à l'avenir, mais également qu'il était absolument nécessaire, lorsqu'ils seraient confrontés à des exigences ou à des pressions inacceptables de la part de responsables politiques, qu'ils ne paraissent pas céder et manquer par conséquent à leurs obligations légales. Je leur ai expliqué qu'ils pouvaient perdre leur indépendance soit si le législateur changeait la loi, soit si, par leur comportement, ils montraient qu'en réalité ils n'étaient pas indépendants. S'ils se montraient faibles sur ce point, ils perdraient leur indépendance aussi sûrement que si le législateur leur retirait, car personne ne croirait plus jamais à leur comportement indépendant ni à leur volonté d'être indépendants. Or, une fois que cette indépendance est perdue, il est impossible de la reconquérir.

Durant l'été 2001, Railtrack, le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire nationale a engagé des négociations secrètes et finalement infructueuses avec le Gouvernement britannique, afin de renflouer la société à la suite d'une exploitation difficile et extrêmement coûteuse après l'accident ferroviaire de Hatfield en octobre 2000. Ce plan de sauvetage prévoyait que le régime de régulation soit suspendu pendant quatre ans et que le Gouvernement ouvre largement son carnet de chèques. Selon nous, l'exécutif n'envisageait pas sérieusement de consentir à ces propositions inadmissibles et étudiait un autre plan, qui prévoyait de récupérer les actifs de Railtrack sans indemnisation en organisant l'apparente insolvabilité de la société.

Afin que Railtrack soit placé en redressement judiciaire, le Gouvernement devait convaincre la *High Court* que la société était insolvable. Le problème, c'était la compétence du Responsable de la régulation des activités ferroviaires nationales. Tant que cette compétence était entière, la société disposait d'une autre source de financement qui aurait pu permettre à l'entreprise de se voir prêter des milliards de livres supplémentaires d'argent public contre la volonté du Ministère des Finances. Ce pouvoir devait donc être neutralisé. C'est pourquoi, 48 heures avant que le Gouvernement ne se présente devant le tribunal, et ignorant tout de l'affaire jusqu'à cet instant, je fus informé par le Ministre des Transports que le Gouvernement entendait demander que la société soit placée en redressement judiciaire et que si j'intervenais pour améliorer la situation financière de Railtrack, il

était autorisé par le Premier Ministre et le Ministre des Finances à présenter au Parlement une loi d'urgence qui me placerait moi, autorité de régulation indépendante, sous contrôle politique direct. En dépit de ces menaces, que je considérais comme totalement déplacées, j'indiquai le lendemain à Railtrack que j'étais prêt à engager l'examen nécessaire de leur situation financière et à l'annoncer publiquement, mais à ce moment-là l'entreprise avait déjà jeté l'éponge.

Le texte de loi était prêt, et aucune explication donnée au Gouvernement sur les très graves conséquences d'une telle mesure sur la confiance des investisseurs non seulement dans le secteur ferroviaire mais aussi dans tous les autres secteurs soumis à une autorité de régulation indépendante, sur le programme du Gouvernement d'attirer des capitaux privés pour financer des projets publics, sur l'indépendance de la Banque d'Angleterre et sur bien d'autres choses encore, ne pouvait rien y changer. Rien ne pouvant les faire fléchir, Railtrack est entré tranquillement dans une longue nuit noire.

Après cet épisode, il y a eu un examen de la régulation qui a duré plusieurs mois et auquel ni mon équipe ni moi-même n'a été autorisé à participer. C'est seulement lorsque le Gouvernement s'est rendu compte qu'il avait besoin de mon aide pour sortir Railtrack du redressement judiciaire, lequel s'avérait extrêmement coûteux sur le plan opérationnel et financier, que les attaques ont cessé et que le spectre d'une loi visant à mettre fin à l'indépendance de l'autorité de régulation économique des activités ferroviaires a disparu.

Trois mois après avoir quitté mes fonctions, en septembre 2004, j'ai discuté de cette affaire avec le député Robin Cook. Au moment du dépôt de bilan de Railtrack, il était Ministre dans le Cabinet (chargé des relations avec la Chambre des Communes) et avait dû défendre les décisions adoptées. Je lui ai fait valoir que les conséquences d'une telle menace sur l'indépendance de l'autorité de régulation étaient si graves qu'il était difficile de comprendre pourquoi le Gouvernement était prêt à prendre ce risque alors que, lorsque j'étais responsable de la régulation des activités ferroviaires, je n'avais fait preuve d'aucune indulgence vis-à-vis de Railtrack. Il m'a répondu de cette façon : « Tom, au 17^{ème} siècle, le Parlement a livré une guerre civile sanglante pour contrôler les dépenses publiques, nous n'étions donc pas disposés à vous céder ce pouvoir. » J'ai trouvé que ce propos était très révélateur de la façon dont les Ministres voyaient les choses, indifférents aux conséquences constitutionnelles sur le respect des contrats signés et sur l'État de droit, et au fait que cela portait atteinte à la réputation du Gouvernement de se comporter de manière loyale.

À cette période, comme l'on peut le voir, la pression politique était énorme. Même après que Railtrack a été effectivement liquidé, elle était toujours présente. Dans ces conditions, je devais m'armer de patience et laisser les faiblesses de la stratégie politique apparaître au fil du temps, afin de pouvoir arrêter l'agression. Cette stratégie a fonctionné et, en dépit de toutes les prédictions contraires, l'intégrité et l'indépendance de l'autorité de régulation économique ont été maintenues et protégées jusqu'à ce que je cède la place à mes successeurs.

On reproche souvent aux autorités de régulation de ne pas rendre de comptes du fait de leur indépendance. Cette opinion est fautive : les autorités de régulation doivent rendre des comptes, beaucoup plus que les secteurs nationalisés autorégulés qui les ont précédés.

Les autorités de régulation ont des obligations légales qui, si elles ne sont pas respectées, peuvent donner lieu à une action en justice pour manquement à une obligation légale ou faire l'objet d'un recours. Elles ont l'obligation d'adresser des rapports annuels au législateur et de répondre aux questions écrites déposées au Parlement. Les autorités de régulation peuvent être et sont en pratique appelées à témoigner par écrit ou par oral devant des commissions parlementaires, y compris la Commission des comptes publics. Elles doivent rendre des comptes au *Parliamentary Commissioner*

for Administration si elles sont accusées de mauvaise administration et leur fonctionnement est attentivement examiné par le *National Audit Office*. Elles sont tenues de donner des informations, des conseils et de l'aide aux Ministres sur certaines questions, et doivent bien entendu respecter les règles du droit administratif et de bonne administration publique, y compris l'obligation d'agir équitablement, de garder l'esprit ouvert, d'entendre les différents avis avant de prendre une décision et de prendre en compte toutes les considérations utiles et aucune considération inutile. Elles sont liées par ces règles pour ce qui est de l'exercice légal de leurs pouvoirs, du caractère raisonnable et proportionné et de la cohérence des décisions prises, ainsi que de respect des règles de procédure.

Tous ces éléments montrent qu'elles ont l'obligation d'accomplir leurs tâches correctement.

Le devoir d'explication est extrêmement important, c'est une obligation que j'ai prise très au sérieux. Il ne se limite pas au devoir d'expliquer ce que l'on fait et pourquoi on le fait, mais comprend également une explication des principes qui guident la prise de décision, une explication préalable claire des critères et méthodes qui seront utilisés pour prendre une décision et une publication de toutes les raisons qui ont conduit à prendre une décision, une fois celle-ci adoptée.

Il est inexact de dire que l'indépendance des autorités de régulation implique que ces autorités et les Ministres ne doivent jamais communiquer. J'estime qu'adopter une telle démarche constitue la négation d'un droit essentiel de ces autorités. Bien sûr, Ministres et autorités de régulation doivent rester à distance respectueuses les uns des autres, mais ils doivent communiquer régulièrement. Il est très important que les Ministres comprennent ce que les autorités de régulation font et ce qu'elles feront peut-être demain, et qu'ils communiquent et échangent des informations avec ces autorités. Des Ministres indifférents ou neutres constituent un grand danger si l'on veut mener à bien une politique de régulation, comme j'ai pu le constater en 2003 lors de mon examen des redevances d'accès dans le secteur ferroviaire, qui a débouché sur un accord financier dont le montant dépassait tout ce que le secteur avait connu jusqu'alors. Il a été très difficile de faire participer le Ministre et ses services à ce travail d'une manière utile et opportune et ce n'est que lorsque les dés ont été jetés et qu'il n'était plus possible d'y changer grand-chose que nous avons eu la qualité d'échanges dont nous aurions eu besoin des mois auparavant.

Les Ministres sont des parties prenantes de l'État régulateur, tout comme les clients et les intervenants du secteur concerné. C'est lorsque les autorités de régulation s'éloignent des parties prenantes ou sont perçues par celles-ci comme indifférentes que les ennuis commencent.

Comme nous l'avons indiqué plus haut, les autorités de régulation ont été créées par le législateur et non par le pouvoir exécutif. Ce point est souvent mal compris des observateurs et même des Ministres. Mais, surtout pour ce qui du comportement d'indépendance, si les autorités de régulation elles-mêmes ne le comprennent pas, les conséquences peuvent être particulièrement fâcheuses. Ces autorités ne rendent service ni à elles-mêmes ni aux parties prenantes lorsqu'elles affichent un état d'esprit semblable à celui que j'ai pu observer lors d'une discussion en 2008 avec un des principaux responsables de la régulation économique.

Lors d'une conférence, il avait indiqué que, puisqu'il n'était pas élu alors que les Ministres l'étaient, il manquait de légitimité démocratique. C'est pourquoi, selon lui, il n'était pas seulement raisonnable de s'incliner devant la volonté des Ministres, c'était aussi nécessaire. Je me suis opposé à lui sur cette question importante. J'ai expliqué que ses pouvoirs et ses obligations légales lui avaient été donnés par le législateur, ce qui constitue la plus grande légitimité démocratique possible. Après tout, expliquais-je, nous vivons dans un pays où la primauté du droit est un principe respecté. Il a

répondu : « Je considère la primauté du droit comme une notion angoissante. » Lorsque les Ministres choisissent des responsables de cette nature pour la régulation, l'indépendance juridique ne joue plus aucun rôle.

À bien des égards, certains responsables de la régulation ont fait oublier la distinction entre la volonté du pouvoir exécutif et celle du pouvoir législatif. Cela porte atteinte à la confiance des investisseurs.

Bien entendu, je ne crois pas que, après avoir créé des autorités de régulation et leur avoir donné des pouvoirs et des obligations, le législateur ne devrait jamais être autorisé à se pencher à nouveau sur la question. Celui-ci, qui a créé une autorité de régulation, a incontestablement le droit de réexaminer et si nécessaire de modifier les pouvoirs et les obligations de cette autorité, étant donné que c'est lui qui a, à l'origine, défini ces pouvoirs et ces obligations. À certains moments, des changements sont nécessaires et, dans d'autres circonstances, la régulation doit être profondément modifiée. C'est au législateur de s'en charger et non à des Ministres qui ont recours au harcèlement, à l'intimidation ou à des promesses de récompenses. Les Ministres doivent présenter leurs arguments au législateur et non le considérer comme une simple chambre d'enregistrement. Si le législateur décide de modifier les pouvoirs, les obligations ou même l'indépendance d'une autorité de régulation, il doit le faire après mûre réflexion, en s'appuyant sur des raisons solides. Et l'une des considérations essentielles doit être la confiance que les investisseurs, les intervenants du secteur concerné et d'autres personnes ont dans l'intégrité et le fonctionnement d'un système de régulation libre de toute intervention politique intempestive. C'est une décision que le législateur ne doit pas prendre à la légère.

En raison de l'importance des décisions que les autorités de régulation prennent, et du fait qu'elles sont tenues de les prendre sans tenir compte de considérations politiques inopportunes, le système connaît inévitablement des tensions. La possibilité d'un conflit avec les responsables politiques fait partie intégrante du système, et, en cela, la tension peut être salutaire. Cela étant, c'est une situation potentiellement explosive.

Les responsables politiques contestent l'indépendance des autorités de régulation et réagissent avec une horreur apparente — quelquefois feinte — à toute idée de dilution des pouvoirs. Il est évidemment plus facile de retirer ses pouvoirs à l'autorité de régulation et de les confier aux Ministres ou à une entité sous contrôle politique. Lorsqu'une telle action a été accomplie, toute idée d'indépendance a complètement disparu.

Les autorités de régulation doivent faire preuve de vigilance vis-à-vis des pressions politiques et des empiètements sur leurs compétences. Elles ne doivent pas paraître céder à des pressions politiques abusives. Si le législateur décide de leur retirer leurs compétences ou leur indépendance, ou de les réduire, c'est son droit. Mais c'est au législateur, pas aux Ministres, de le faire. Les autorités de régulation ne doivent pas craindre de participer à ce débat et les responsables politiques doivent accueillir favorablement cette participation, débattre des avantages des changements envisagés et, selon la formule de Thomas Jefferson, « préférer l'hommage de la raison à celui d'une crainte aveugle ».

Jusqu'à ce que le législateur ait effectué des changements, les autorités de régulation doivent remplir leur mission telle qu'elle a été définie et non telle qu'elle pourrait être modifiée par des Ministres menaçants. Tout recul constitue une abdication d'indépendance et de compétences, et les autorités de régulation ne doivent pas transiger avec les Ministres sur ce point : les conséquences seraient trop graves.

Le profil des personnes qui sont nommées comme membres des autorités de régulation joue un rôle important. Il me semble que les nominations devraient se faire plus à distance des responsables politiques et qu'il faudrait instituer par une loi une commission des nominations à des postes de régulation. Les commissaires devraient être nommés par le législateur ou par une commission parlementaire, sur proposition des Ministres. Une fois nommés, les commissaires devraient appliquer des critères précis et définis par la loi pour la nomination des membres des autorités de régulation, et ces critères ne devraient avoir aucun rapport avec les partis politiques ou des considérations politiques à court terme.

Au Royaume-Uni, il faudrait aussi que le législateur examine beaucoup plus attentivement les activités des autorités de régulation. Cet examen ne devrait pas avoir lieu seulement quand les choses ont mal tourné et qu'une autopsie est nécessaire. Nous avons besoin de commissions parlementaires ayant une expertise réelle en matière de régulation et qui peuvent avoir une vision d'ensemble du secteur et soumettre réellement les autorités de régulation à un examen approfondi, détaillé et général. On pourrait même nommer des juristes dans ces commissions pour compenser le manque de compétences juridiques de la part de certains responsables politiques qui y siègent.

La culture de la régulation est importante. Les autorités de régulation devraient faire beaucoup plus pour expliquer les principes, les méthodes et les critères sur lesquels repose leur action. Elles doivent prendre au sérieux leur devoir d'explication et de communication. C'est le législateur qui est l'organe principal de surveillance des efforts et des échecs des autorités de régulation et il devrait jouer d'un rôle différent et accru en matière de nomination.

De cette manière, les tensions inévitables de la relation entre responsables politiques et autorités de régulation peuvent être constructives et non destructives.

NOTES

1. A Brown *et al.* (2006), *Handbook for Evaluating Infrastructure Regulatory Systems*, Banque Mondiale, Washington, page 9.
2. Voir page 87, 5ème paragraphe.
3. Le partenariat public-privé (PPP) pour le métro de Londres s'est terminé d'une manière brutale et insatisfaisante. Metronet, l'entreprise qui a repris les deux tiers de l'infrastructure du métro de Londres en 2002, a déposé le bilan en 2007 après que l'arbitre a rendu une sentence concernant son efficacité. Tube Lines, l'autre société privée, soumise à une forte pression de la part de London Underground, le partenaire public, a revendu sa participation à l'État en 2010 pendant les dernières étapes de l'examen du coût du réseau effectué périodiquement par l'arbitre. D'une manière générale, le PPP a été un échec flagrant, principalement en raison de la surspécification et du caractère « micromanagérial » de contrats mal définis et trop complexes, des pratiques d'achats et de passations de contrats contestables auquel Metronet pouvait avoir recours pour les services liés aux infrastructures, des incertitudes importantes quant à la compétence de l'arbitre, du non-respect par l'arbitre de règles de gestion et de qualité reconnues en matière de régulation et d'une hostilité farouche à la privatisation de la part du partenaire public (London Underground) dont la coopération était nécessaire pour que le contrat soit un succès. Le métro de Londres est un exemple à méditer par toute ville ou Gouvernement qui envisage une privatisation ou une exploitation commerciale des chemins de fer.
4. Voir page 88, deux derniers paragraphes et début page 89.
5. Pour l'adoption d'un système de régulation prévoyant un mécanisme de changement, voir *The Future of the Railway, Robert Reid Memorial Lecture*, 10 février 2004, disponible sur www.rail-reg.gov.uk/server/show/nav.37.
6. Dans d'autres pays où le fait que les autorités de régulation agissent sans contrôle politique ou même seulement à distance d'un tel contrôle ne constitue pas une tradition établie et où les citoyens ne bénéficient pas de la protection du droit européen, les investisseurs privés tentent de se protéger contre l'éventuelle conduite arbitraire, capricieuse, expropriatrice ou tout simplement incompétente des autorités de régulation (comme des Ministres) en introduisant des clauses de stabilisation dans les contrats signés avec les États. Ces mécanismes sont destinés à offrir aux investisseurs un certain niveau de protection contre des mesures prises par des responsables politiques ou des autorités de régulation et une compensation financière (idéalement devant des tribunaux internationaux) s'ils sont affectés par de telles mesures. Les pays en développement adoptent souvent des lois de protection des investissements, afin de faciliter de tels mécanismes, même si parfois ces lois elles-mêmes ne sont pas toujours bien conçues.

7. Cette décision provoqua un scandale politique, le Sénat adoptant une motion de censure puis rejetant la nomination de M. Taney au poste de Ministre des Finances. C'était la première fois dans l'histoire des États-Unis qu'il rejetait une nomination par le Président à un poste du Cabinet. Lorsqu'en 1835, le Président Jackson nomma M. Taney à la Cour suprême des États-Unis, cette nomination échoua également. Des changements dans la composition du Sénat permirent finalement qu'il soit renommé et confirmé au poste de Président de la Cour suprême, un événement extrêmement regrettable étant donné que M. Taney, sans doute plus que quiconque, a été responsable, de par sa qualité de Président de la Cour suprême, du déclenchement de la guerre de Sécession.
8. OCDE (2002), *Examens de l'OCDE de la réforme de la réglementation – Politiques de réglementation dans les pays de l'OCDE : De l'interventionnisme à la gouvernance de la réglementation*, Organisation de coopération et de développement économiques, Paris, p. 97.
9. *Power and Gas Regulation – Issues and International Experience*, La Banque Mondiale, Washington, avril 2001.
10. *The Regulatory State: Ensuring its Accountability*, Commission de la Chambre des Lords sur la Constitution, 6ème rapport de la session 2003-04, Vol. I, Rapport, § 113.
11. *Op. cit.*, § 113 et Vol. II, p. 373, § 9.

**DE LA THÉORIE À LA PRATIQUE DE LA RÉGLEMENTATION DES
TRANSPORTS : GÉNÉRALITÉS ET ÉTUDE DE CAS**

Marco PONTI
Research Centre on Transport Policy
Politecnico di Milano
MILAN
ITALIE

SOMMAIRE

RÉSUMÉ.....	103
1. INTRODUCTION.....	103
2. QUESTION ÉCONOMIQUE GÉNÉRALE IMPORTANTE POUR LES CHOIX INSTITUTIONNELS.....	104
2.1. Difficulté particulière.....	104
2.2. Questions sociales.....	105
2.3. Infrastructures.....	106
3. ASPECTS INSTITUTIONNELS.....	107
3.1. Histoire.....	107
3.2. Proximité.....	107
3.3. Niveaux supérieurs de réglementation.....	108
3.4. Niveaux inférieurs.....	108
4. SPÉCIFICITÉS DES TRANSPORTS IMPORTANTES SUR LE PLAN INSTITUTIONNEL.....	109
4.1. Lenteur de l'évolution technique.....	109
4.2. Diversité des problèmes à résoudre dans les différents modes de transport.....	110
5. ÉTUDE DE CAS : RÉGLEMENTATION ITALIENNE DES TRANSPORTS.....	112
5.1. Mauvais débuts de l'Autorité des transports.....	112
5.2. Première expérience avec les aéroports.....	112
5.3. Batailles perdues du NARS : aéroports, routes et chemins de fer.....	113
5.4. Cas des transports locaux.....	114
5.5. Cas des ports.....	115
5.6. Aspects positifs (d'une situation italienne pourtant peu engageante).....	116
6. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS.....	116
NOTES.....	118
BIBLIOGRAPHIE.....	119

Milan, octobre 2010

RÉSUMÉ

Le rapport suggère un ensemble de recommandations issues d'une expérience concrète (quoique négative) de réglementation de certains domaines du transport en Italie. Les principales recommandations sont :

- Mettre en place des alliances avec d'autres agences de réglementation, y compris à un niveau plus élevé (Commission Européenne). L'isolement rend une capture plus facile.
- Utiliser amplement et de manière transparente des méthodes d'évaluation quantitative (analyse coûts-bénéfices). Une approche discrétionnaire rend là également une capture plus facile.
- Poser dès le début un objectif strict d'évaluation de l'efficacité pour l'agence réglementaire. Les questions sociales et d'environnement ouvrent la voie à des interférences politiques.
- La réglementation des investissements dans les infrastructures est une question spécifique : un très fort besoin de recherches complémentaires s'y fait sentir.

1. INTRODUCTION

La réglementation économique est par essence une question très controversée, en particulier dans le secteur des transports en raison de sa grande complexité technique (infrastructures et services, acteurs publics et privés, objectifs sociaux et d'efficacité). Il s'y ajoute que les instances réglementaires sont assez peu nombreuses dans ce secteur et leurs missions loin d'être clairement définies, les expériences pratiques ne sont pas consolidées.

La présente étude analyse dans sa première partie plusieurs questions relatives aux transports dans leur ensemble ou à certains modes en particulier dont il est possible de tirer certains enseignements au sujet de l'établissement des organes réglementaires et de l'orientation de leur stratégie. Elle présente dans sa deuxième partie une étude de cas portant sur un pays (Italie) qui n'a pas encore d'instance réglementaire pour le secteur des transports, mais s'est quand même essayé, sans guère n'avoir toutefois engrangé de réelles avancées concrètes, à faire reconnaître certains principes réglementaires. Les mécanismes défensifs mis en place par les entreprises réglementées (et leurs soutiens politiques imbriqués dans un contexte de « capture » ou simplement soucieux de préserver leur rôle et leur pouvoir) sont porteurs d'enseignements importants pour les actions futures qui corroborent les considérations initiales plus générales.

2. QUESTION ÉCONOMIQUE GÉNÉRALE IMPORTANTE POUR LES CHOIX INSTITUTIONNELS

2.1. Difficulté particulière

La réglementation, vision de la politique publique différente de l'injonction avec contrôle, fait entrer en jeu le concept de « capture » par des intérêts particuliers. Il y a **capture** quand une instance réglementaire publique chargée de défendre l'intérêt général favorise au contraire les intérêts commerciaux ou spéciaux qui dominent dans la branche d'activité qu'elle est chargée de réglementer. La capture de la fonction réglementaire est synonyme d'échec des pouvoirs publics. La capture peut, dans une approche plus générale, concerner tant la relation État/Agence que la relation élus/électeurs. La présente étude ne s'intéresse qu'à la première, même si la deuxième a aussi des implications politiques importantes.

Il est, pour des raisons théoriques impérieuses, très difficile de glisser d'un contexte traditionnel d'injonction avec contrôle vers un contexte de réglementation. Il faut en effet que tous conviennent d'abord qu'il existe bel et bien un mécanisme de « capture » et ensuite que ce mécanisme soit gravement préjudiciable à l'intérêt général. Le mécanisme de « capture » qui affecte la relation État/Agence est par nature symétrique en ce sens qu'il se fonde 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). Les exemples ne manquent pas.

C'est bien là que le bât blesse. En effet, l'acteur censé faire évoluer les choses du stade de l'injonction avec contrôle vers celui de la réglementation est l'autorité politique (l'État, sous une forme ou l'autre) qui bénéficie de l'échange précité de faveurs. L'obstacle à la réglementation est donc double puisque les deux parties, à savoir l'État et les organes ou entreprises à réglementer, y sont farouchement opposées. Le régulateur doit même dans la pratique souvent faire face dans son activité à l'hostilité permanente de ces deux acteurs, même après la création de l'instance réglementaire. Dans certains pays européens, il a été plus facile de libérer le jeu de la concurrence dans le secteur privé que dans le secteur public parce que l'opposition ne vient, dans le premier de ces secteurs, que d'un seul côté (celui des acteurs privés).

Le régulateur doit en tirer comme première conclusion qu'il est nécessaire de circonscrire autant que faire se peut la portée et les objectifs de ses actions, afin d'éviter les interférences politiques (les pressions des acteurs réglementés étant par contre plutôt « naturelles »), ce qui implique qu'il doit s'en tenir strictement à la poursuite d'objectifs d'efficacité et laisser aux responsables politiques le soin de prendre les décisions à finalité sociale. Ceci est toutefois plus facile à dire qu'à faire parce que les limites sont très floues dans certains domaines. Il vaut la peine de jeter un bref coup d'œil sur les principales de ces difficultés.

2.2. Questions sociales

Les questions de répartition des revenus et les questions d'efficacité ne se distinguent parfaitement les unes des autres que dans la doctrine néoclassique traditionnelle plutôt conservatrice. La distinction est beaucoup moins nette dans les doctrines plus récentes. Il suffit de rappeler, pour illustrer le propos, qu'une politique de réduction des coûts des services de transport public peut fort bien avoir un effet net réducteur sur les revenus de la population active et que la privatisation et/ou une politique de promotion de la concurrence conduisent à une rémunération explicite des capitaux investis et des risques qui les entourent, ce qui implique, du fait que les ressources publiques sont fixes, un transfert de revenus du facteur travail vers le facteur capital.

Les obligations de service public sont une autre question délicate qui présente évidemment aussi une dimension sociale qui n'a rien de négligeable. Elle peut techniquement être résolue sur le plan de l'efficacité par une différenciation marquée des tarifs : chacun peut obtenir un service de transport public à condition d'en couvrir totalement le coût, même s'il vient d'un endroit isolé ou se rend dans un tel endroit. Cette exigence politique implique toutefois généralement un certain « lissage » des tarifs. Le régulateur doit dans ce cas aussi cerner d'abord et avec minutie le contenu social voulu par le responsable politique.

L'environnement est une troisième question « sociale » réellement complexe. La question est, techniquement parlant, une question d'efficacité et pas une question sociale. L'efficacité veut que tous les coûts externes soient couverts par le pollueur (principe du pollueur-payeur) et la valeur monétaire de ces coûts externes a donné lieu à une abondante littérature, à l'adoption de normes internationales, etc. La question soulève toutefois aussi un problème d'équité, en l'occurrence de dédommagement des victimes (de la pollution). Ce dédommagement est dans certains cas tout simplement impossible et est, dans d'autres, un exercice complexe sur le plan tant pratique que théorique : c'est ainsi par exemple que si un aéroport cause des dommages acoustiques à son environnement, les victimes de ces dommages ne sont en général pas les propriétaires ou locataires récents, mais les propriétaires et les locataires « initiaux » (les plus récents ayant déjà tiré avantage du bruit sous la forme d'une réduction des prix d'achat ou des loyers).

Il s'impose donc dans ce contexte que le régulateur calcule le coût d'opportunité de tous les choix sociaux que le décideur politique envisage, et ce pour des raisons techniques évidentes : le régulateur est par définition censé être techniquement capable de calculer les coûts et les avantages qui concernent le secteur qu'il est chargé de réglementer (alors que le décideur politique peut tout à la fois ne pas vouloir et ne pas pouvoir évaluer ces coûts).

En ce qui concerne plus particulièrement ce dernier point, le régulateur doit aussi tenir une comptabilité claire des coûts et des avantages, tant *ex ante* qu'*ex post*, des règles et des décisions qu'il est invité à arrêter. Les résultats sont loin d'être évidents¹. Il se peut en effet que les coûts de transaction² de la réglementation soient très élevés, que les erreurs que le régulateur risque de commettre vont au-delà des gains potentiels, que le système d'injonction avec contrôle en place est raisonnablement efficace ou encore qu'une libéralisation pure et simple a plus de chance de donner de bons résultats qu'une réglementation complexe. La réalisation de ces évaluations est une preuve importante de « l'indépendance » du régulateur parce qu'il a implicitement, et évidemment, intérêt à étendre son rôle et son action chaque fois que cela lui est possible.

2.3. Infrastructures

Les investissements en infrastructures portent également à s'interroger sur l'indépendance du régulateur. Le problème est double en ce sens qu'il est à la fois théorique et pratique. La théorie de la réglementation des grands investissements de longue durée et consommateurs de terrains semble loin d'être clairement définie et est loin aussi de se fonder sur des résultats probants capables de la corroborer. Si rien n'est fait pour y remédier, cet état de fait laisse le champ largement libre aux interférences politiques tant opportunes qu'inopportunes.

Le second problème tient au fait que la planification (qui constitue, pour la doctrine réglementaire, une forme d'injonction avec contrôle) est en général nécessaire pour ce type d'investissements : l'aménagement du territoire est planifié et personne ne peut imaginer que cette planification puisse être remplacée par des pratiques réglementaires normalisées. Les terres peuvent évidemment être privées, mais leur utilisation « efficiente » n'a rien à voir avec l'efficacité qui est demandée aux entreprises de service public. La voie est donc ouverte à une intervention systématique des « planificateurs » (c'est-à-dire les responsables politiques ou les techniciens qui leur obéissent) dans l'activité réglementaire. Cette intervention est généralement source de surinvestissements ou de pratiques de « dorure de pilule ». Les facteurs qui expliquent la prévalence de cette tendance sur celle qui lui est diamétralement opposée, à savoir le sous-investissement, sont à rechercher dans la visibilité politique et médiatique des investissements en infrastructures ainsi que, pour certains secteurs des transports, de la capacité d'autofinancement des grands investissements sans résistance substantielle des utilisateurs appelés à les payer (il convient de rappeler à ce propos la faible élasticité de la demande routière ou, en d'autres termes, la forte disposition à payer ce choix modal).

Il est donc fréquent que des investissements inefficients soient planifiés (c'est-à-dire exigés par les décideurs) en arguant de leur prétendue nécessité sociale. En outre, une collusion particulière se rebâtit rapidement entre les concessionnaires et le monde politique : comme les investissements voulus par les responsables politiques (au niveau local ou central) ne sont généralement pas payés par les tarifs existants, ceux-ci doivent être réajustés à la hausse. Les investissements de ce type peuvent être dits exogènes pour les distinguer des investissements « endogènes » que les concessionnaires vont réaliser pour réduire leurs coûts ou augmenter la capacité en maintenant les tarifs existants ou qui, en d'autres termes, sont rentables sans relèvement des tarifs.

Il en résulte un effet Averch-Johnson³ d'une forme particulière : le concessionnaire est incité à trouver (ou rechercher activement) un soutien politique pour tous les types de nouveaux investissements, étant donné que son profit total va augmenter même si les taux de profit sont normaux.

Quelles sont les conséquences de cette situation « objective » pour le régulateur ? Elles sont difficiles à définir, si ce n'est en termes de nécessité de son implication directe dans l'analyse économique des projets d'investissement en vue de déterminer le degré de compensation des coûts par les avantages sociaux. L'exercice est indéniablement difficile, mais le régulateur pourra, en insistant sur ce point, manifester son indépendance politique et sa volonté de la défendre⁴. Il est nécessaire, enfin, dans ce contexte que le régulateur désigné consacre du temps et des ressources à l'analyse des mécanismes spécifiques de « capture » à l'œuvre en se souvenant que la vraie raison d'être de la réglementation est de lutter contre les pratiques de capture. Ces pratiques peuvent se présenter sous des formes très différentes dans la mesure où elles procèdent du pouvoir économique des entreprises réglementées, de la force des organisations syndicales (dans le cas en particulier des sureffectifs), d'autorités publiques subordonnées qui craignent de perdre l'un ou l'autre avantage particulier ou encore de l'idéologie du « champion national », c'est-à-dire de l'hypothèse que les rentes monopolistiques des grandes entreprises peuvent en fin de compte, même si elles sont dommageables

à leurs clients (ou aux contribuables), ajouter au poids économique du pays (le concept de « réciprocité » est souvent aussi invoqué pour justifier une protection injustifiée de monopoles nationaux contre la concurrence).

Ce mécanisme peut aussi aider puissamment à renforcer la « stratégie d'indépendance » du régulateur en lui procurant une base solide pour les actions subséquentes.

3. ASPECTS INSTITUTIONNELS

3.1. Histoire

Comme il l'a été expliqué dans les paragraphes qui précèdent, l'indépendance du régulateur doit s'affirmer à l'égard des pouvoirs publics, sous quelque forme et à quelque niveau administratif que ce soit, d'une part, et des entreprises réglementées, d'autre part. Comme les instances de réglementation en sont à un stade de développement nettement moins avancé dans le secteur des transports que dans les autres, il convient d'être particulièrement attentif au contexte réglementaire existant. L'histoire rappelle à ce propos que l'autorité réglementaire indépendante la plus solidement établie est celle qui doit assurer le libre jeu de la concurrence et que la (méritoirement) fameuse loi Sherman adoptée au début du siècle dernier est la toute première à avoir brisé l'image de « prince bienveillant et omniscient » dont se parait l'État. Les marchés ne sont pas spontanément efficaces et les pouvoirs publics ne sont pas les organes les plus appropriés pour les réglementer. La réglementation indépendante était née, ainsi qu'avec elle le concept de « capture », et la réglementation indépendante des monopoles naturels et légaux s'est alors révélée être une nécessité. Les deux activités sont nécessaires à la défense des intérêts des citoyens, parce que les pouvoirs publics s'avèrent trop souvent rendus inaptes à la tâche par les multiples contraintes politiques (consensus à court terme, etc.) qui sont le prix implicite à payer pour vivre en démocratie. (La thèse de la non-spontanéité du marché, qui va à l'encontre de la vision apologétique commune de la « main invisible », se retrouve également dans les mêmes écrits d'Adam Smith)⁵.

Une recommandation préliminaire évidente relative à l'indépendance des « nouveaux » régulateurs concerne les pressions exercées par les Ministères existants soucieux de conserver une partie au moins de leurs fonctions, au prix souvent d'une duplication des rôles avec le régulateur, avec tout ce que cela implique d'effets négatifs (signaux contradictoires, etc.).

3.2. Proximité

Il est par conséquent hautement recommandable de positionner l'autorité réglementaire des transports aussi « près » que possible de l'instance antitrust. Un tel positionnement trouve sa justification notamment dans des raisons techniques, c'est-à-dire une approche fondée sur le principe de subsidiarité (libre concurrence partout où elle est efficace, réglementation là où c'est nécessaire et « injonction avec contrôle » à titre de solution par défaut). Cette approche peut s'appuyer sur le

voisinage culturel avec l'autorité antitrust qui a en général une tradition affirmée de lutte contre la pression des monopoles ou de cartels « défendus » plus souvent qu'à leur tour par l'une ou l'autre instance publique capturée.

Un nouvel organe réglementaire peut, sur le plan purement technique, apprendre beaucoup d'une institution plus chevronnée. Il pourrait même rester arrimé à l'autorité antitrust pour ses débuts et ne s'en détacher qu'après s'être solidement établi en termes à la fois techniques et culturels. Son isolement initial pourrait l'exposer à un risque beaucoup plus grand de capture par les deux parties (les pouvoirs publics et les entreprises réglementées ou à réglementer).

Il va sans dire que cette « proximité » n'est recommandable que si l'autorité antitrusts : 1) est totalement indépendante ; et 2) ne tend pas à se substituer au régulateur pour étendre son champ de compétences au-delà de ses limites normales.

3.3. Niveaux supérieurs de réglementation

L'émergence de différents niveaux institutionnels possibles de réglementation à côté du niveau national « traditionnel » est une autre question qui mérite l'attention. Un niveau plus élevé est particulièrement indiqué dans le contexte européen où il est constitué par la Commission Européenne. Certaines questions peuvent toutefois requérir un niveau encore plus élevé, comparable à l'OMC pour le commerce international. Tel sera le cas pour les services de transport mondiaux assurés par exemple par les compagnies aériennes et les transporteurs de fret maritime.

Si l'on se limite à la dimension européenne, il apparaît que la Commission Européenne peut jouer un rôle extrêmement important dans la répression ou la limitation des fortes tendances nationales à la protection des « champions nationaux » qui sont, au niveau national, l'un des principaux obstacles politiques qu'une instance réglementaire doit surmonter pour préserver les citoyens des comportements monopolistiques (et des coûts sociaux qui leur sont inhérents). Il va sans dire que la protection symétrique et étendue des « champions nationaux » n'est même pas un jeu à somme nulle, puisque tout le monde sera en fin de course moins bien loti. Les exemples sont à la fois pertinents et nombreux dans le secteur des transports⁶. Les régulateurs nationaux peuvent inférer de ce qui précède qu'ils doivent nouer des liens aussi étroits que possible avec les institutions supranationales pour protéger ainsi aussi leur indépendance, tout en sachant que des tentatives de « capture » peuvent aussi arriver jusqu'à ce niveau plus élevé⁷.

3.4. Niveaux inférieurs

Cela étant, un défi vient aussi des niveaux inférieurs de pouvoir : le poids politique des régions ne cesse ainsi d'augmenter depuis l'expérience allemande de déconcentration (*Länder*).

La tendance se manifeste aussi au Royaume-Uni (Écosse), en Espagne bien sûr et en Italie où elle fait aujourd'hui l'objet d'âpres débats politiques. Elle prend de l'ampleur jusque dans ce pays hypercentralisé qu'est la France, pour ne rien dire des États-Unis (le nom même du pays ne laisse planer aucun doute à ce sujet). La première chose à se demander dans ce contexte est de savoir si les niveaux inférieurs de pouvoir sont plus ou moins « capturables » que l'État central avant de se demander, en second lieu, si les règles et normes réglementaires requises pour les monopoles naturels ou légaux sont efficacement différenciables dans l'espace.

La réponse à ces deux questions est loin d'être évidente. Un exemple simple, celui des règles tarifaires applicables aux routes à péage, pourrait aider à la trouver.

Une réglementation laxiste affectera directement les usagers d'une route donnée, des usagers que les représentants politiques pourraient être plus enclins à défendre au niveau local (où ils votent) qu'au niveau national dans la mesure où des instances réglementaires locales pourraient avoir moins de peine à défendre des usagers ou des contribuables locaux. La différenciation des tarifs pourrait en revanche poser des problèmes complexes au niveau national, ne fût-ce que pour des raisons techniques de collecte des péages. De même, des services ferroviaires monopolistiques locaux pourraient avoir besoin d'aides plus substantielles que des services concédés sur appel d'offres, générer du mécontentement local et pousser à l'adoption de la « bonne pratique » des appels d'offres dans toutes les régions.

Tout ceci est toutefois loin d'être garanti. Il est ainsi permis d'alléguer que des monopoles locaux ont à faire face à une opposition moins forte que l'État central. L'expérience italienne est à ce jour négative, parce que la tendance à la « capture » y est plus forte au niveau local qu'au niveau central. Tout bien considéré, le mieux qui puisse se recommander est sans doute de positionner l'instance réglementaire au niveau national et de lui accoler des agences locales chargées d'analyser la situation locale et d'apporter à l'instance centrale le soutien technique que les spécificités locales pourraient rendre nécessaire (tout en contrôlant la bonne exécution des directives nationales au niveau local).

4. SPÉCIFICITÉS DES TRANSPORTS IMPORTANTES SUR LE PLAN INSTITUTIONNEL

4.1. Lenteur de l'évolution technique

Il est notoire que les technologies qui évoluent rapidement requièrent une réglementation moins stricte. Le fait est illustré par la fameuse affaire « qwerty », traduite du cas du clavier standard, jusqu'au cas plus récent du logiciel MS-DOS (existence possible d'une affaire spéciale de monopole naturel basé sur une particularité standard). Les juges américains ont décidé de ne pas engager d'action contre ce quasi-monopole essentiellement en raison de la concurrence qui pouvait émaner de la libre évolution des logiciels et de la technique (Apple, etc.). La question fait toujours l'objet de controverses, mais ce monopole n'est à la base plus considéré comme une menace pour le bien-être public (alors que le comportement concret de Microsoft a été critiqué à plusieurs reprises...).

La situation est différente dans les transports. Les infrastructures de base sont lourdes et durent longtemps et l'évolution à attendre est presque nulle. Par ailleurs, il s'agit, comme il l'a déjà été souligné, d'un monopole qui est tout à la fois légal et naturel. Qui peut raisonnablement construire un aéroport concurrent près d'un grand aéroport encombré ou une ligne à grande vitesse concurrente d'une ligne existante dégageant des profits trop élevés ? L'aménagement du territoire est généralement planifié, en particulier là où les ressources foncières sont limitées, comme en Europe par exemple. Il s'y ajoute que dans un pays qui exploite intensément ses ressources foncières, les infrastructures existantes prédominent généralement sur celles qui pourraient venir s'y construire. La réglementation des entreprises exploitantes et gestionnaires des infrastructures est donc une des missions premières du

régulateur, même si, comme il l'a déjà été expliqué précédemment, le pouvoir politique veut susciter des nouveaux investissements sans se préoccuper beaucoup de leur efficacité (alors que l'efficacité est véritablement le premier but vers lequel la réglementation doit tendre).

Pour ce qui est des services, la situation est plus proche de celle des infrastructures qu'on pourrait le penser. Aucune technologie novatrice des véhicules capable de soumettre les fournisseurs de services en place à une pression concurrentielle n'est actuellement en vue, ne fût-ce que parce que les véhicules de transport peuvent en règle générale être librement achetés par tous les opérateurs. Aucun opérateur de transport n'a encore les moyens de créer et acheter un véhicule innovant capable d'« attaquer » un opérateur en place, contrairement à ce qui avait pu se faire le siècle dernier dans le monde de l'aviation.

Il existe des marchés secondaires des véhicules, à la seule exception partielle peut-être des trains. Les opérateurs en place l'emportent cependant le plus souvent dans ce domaine, parce qu'ils sont généralement plus gros et mieux protégés que les nouveaux entrants⁸ (le cas spécial des services à grande vitesse sera examiné par la suite).

Le seul domaine dans lequel l'innovation peut jouer un rôle important est celui de la gestion des services. La preuve en est donnée par les transporteurs aériens bon marché (*low cost*) qui ont pu s'attaquer aux compagnies en place en jouant à la fois sur les tarifs, le tracé des routes, le choix des aéroports, la gestion du personnel et d'autres facteurs encore. Les résultats, réellement inattendus, de l'assez timide libéralisation du secteur aérien européen témoignent du potentiel de la libéralisation des services. Il semble que ce soit le seul domaine dans lequel l'innovation peut jouer un rôle important, auquel le régulateur doit donc être très attentif et dans lequel sa proximité de l'instance antitrust peut être très utile, puisqu'il s'agit en fait d'un cas de dérégulation.

4.2. Diversité des problèmes à résoudre dans les différents modes de transport

Les transports constituent un secteur notoirement très diversifié. Leur diversité est d'abord technique. Certains modes ont des infrastructures ponctuelles, comme le transport aérien et maritime, tandis que d'autres ont des réseaux complexes, comme le transport routier et ferroviaire. Certains modes se caractérisent par la liberté de leur accès (routes) et d'autres par la planification de leur accès (ports, aéroports et chemins de fer). Certains modes sont entièrement assujettis à des régimes tarifaires (ports, aéroports et chemins de fer), tandis que d'autres sont accessibles en partie gratuitement (une partie du système routier). Certaines infrastructures sont affectées à un usage particulier (principalement les ports pour le transport de marchandises et quelques lignes de chemin de fer) et un mode est hyperspécialisé (conduites).

Sur le plan fonctionnel, un système est autosuffisant (routes), tandis que tous les autres doivent généralement faire appel à des modes complémentaires pour leurs transports d'approche ou terminaux. Il va sans dire que les transports servent tant aux marchandises qu'aux voyageurs. Il y a, pour ces derniers, des modes collectifs (trains, trams, bus, avions, ferries et navires de croisière), individuels (voitures, camions et quelques avions et bateaux) et semi-individuels (taxis et autres services de location).

La situation n'est assurément pas moins complexe sur le plan des régimes de propriété et de la structure économique. Les infrastructures sont essentiellement publiques, quoique un peu moins souvent aujourd'hui. Elles sont aussi souvent publiques, mais gérées par le secteur privé. Les services de transport terrestre sont publics ou privés pour les voyageurs, mais pour leur plus grande part privés

pour les marchandises et le transport aérien. Certains services de transport de voyageurs sont subventionnés (transport collectif urbain et régional en Europe et certains services ferroviaires grandes lignes). Certains services sont lourdement taxés (transport routier en Europe, au Japon et dans plusieurs économies en développement, par le canal généralement des taxes sur les carburants routiers). Les investissements en infrastructures sont parfois pris en charge par les pouvoirs publics (lignes de chemin de fer et routes sans péage), d'autres fois par les utilisateurs et très souvent par les uns et les autres à la fois.

Le secteur doit aussi faire face, comme il l'a déjà été souligné, à d'importants problèmes sociaux et de répartition eux aussi très différenciés. La répartition des revenus peut avoir son importance pour les transports publics terrestres, sauf pour les trains à grande vitesse, le transport aérien et le transport de marchandises. Les infrastructures peuvent favoriser le développement économique de certaines régions marginales. Certains modes souffrent de congestion et les meilleures pratiques régulatrices (péages de congestion) peuvent handicaper les groupes à bas revenus plus que les autres. Certains modes sont écologiques (chemin de fer) et d'autres très polluants (transport aérien et routier). Les impacts environnementaux sur l'aménagement du territoire sont également différenciés en ce sens que certaines infrastructures sont plus intrusives et consommatrices d'espace que d'autres.

Sur le plan purement réglementaire, enfin, il existe des monopoles naturels (à des degrés différents de contestabilité). Tel est le cas des infrastructures qui sont en outre souvent aussi, comme il l'a déjà été souligné, des monopoles légaux. Il y a cependant aussi des monopoles purement légaux (beaucoup de transports publics et de services ferroviaires, quelques compagnies aériennes) et même, dans le cas notamment des services voyageurs ferroviaires, des situations ambiguës dans lesquelles les marchés secondaires sont faibles et les coûts de transaction ainsi que les barrières à l'entrée élevés (nécessitant d'importants investissements).

Que doivent faire les instances réglementaires du secteur des transports au vu de cette extrême complexité (c'est-à-dire la diversité des problèmes qui se posent dans les différents sous-secteurs) ? Il pourrait évidemment s'envisager de diviser ces instances en départements spécialisés, en l'occurrence en autant de département qu'il y a de modes de transport, soit un pour les chemins de fer, un pour les routes à péage, un pour les ports et le transport par eau et un pour les aéroports et les services aériens (les conduites ne sont pas assez importantes pour être séparées du reste). Cette solution ne sera probablement pas retenue, pour des raisons d'ailleurs bien fondées. Le risque de « capture » est loin d'être éliminé par la création d'une instance indépendante spécialisée chargée de le contrer ou de le minimiser. Il est évident qu'un régulateur « modal » spécialisé va nouer des relations bilatérales avec le sous-secteur réglementé, ses intérêts et ses supporters politiques. Les relations seront de très longue durée. Le risque de « capture » peut donc fort bien se trouver amplifié. A l'inverse, un organe multimodal exerce par définition une sorte de contrôle croisé sur les sections modales qui peuvent s'affaiblir ou adopter des stratégies et des techniques qui s'écartent de la normale. L'apparition de divergences peut en outre devenir, sinon une expression de « capture », un outil d'apprentissage et avoir des effets très positifs, la réglementation étant une discipline dans laquelle la pratique apprend beaucoup (il suffit de penser au contenu informatif dynamique de la méthode du « plafonnement incitatif des prix »)⁹.

La création d'instances modales isolées et indépendantes les unes des autres ferait perdre ces deux aspects positifs. Cette façon de faire permettra en outre, si le financement des instances réglementaires est lié aux recettes générales des différents modes de transport, de répartir les moyens financiers en fonction de la complexité des fonctions réglementaires à exercer, une complexité qui n'a souvent rien à voir avec la dimension économique du sous-secteur en cause.

5. ÉTUDE DE CAS : RÉGLEMENTATION ITALIENNE DES TRANSPORTS

5.1. Mauvais débuts de l'Autorité des transports

En 1990, un Gouvernement italien de centre-gauche a créé une première autorité réglementaire indépendante (antitrust) qui s'est révélée assez efficace et bien respectée. En 1991, un autre Gouvernement de centre gauche a déposé un projet de loi visant à créer des autorités réglementaires indépendantes pour l'énergie, les télécommunications et les transports. Les deux premiers secteurs sont toutefois les seuls à avoir reçu leur autorité, parce que les transports ont été retirés du texte finalement adopté en raison de la complexité du secteur et de la charge politique excessive que représenterait la création simultanée de trois nouveaux organes administratifs. L'idée n'en était toutefois pas définitivement enterrée, puisqu'un autre Gouvernement (il est vrai très faible) de centre-gauche l'a relancée en 2002, sans qu'il lui soit toutefois donné de suite concrète. Les Gouvernements de centre-droit qui ont aussi été aux affaires pendant cette période ne s'intéressaient guère aux activités réglementaires et se sont même appliqués activement à brider l'indépendance des organes existants, ce qui les différencie du Gouvernement de Mme Thatcher qui peut, dans une certaine mesure, être considérée comme l'initiatrice de la politique réglementaire moderne.

5.2. Première expérience avec les aéroports

A la fin des années 90, un conseiller économique du Ministre des Transports d'un Gouvernement centriste résolument favorable à la réglementation a été chargé de s'occuper du secteur des aéroports¹⁰. La tentative de sensibilisation du Ministère à l'idée que les aéroports sont des monopoles naturels qu'il faut réglementer pour défendre les intérêts des utilisateurs (ou des contribuables) plutôt que ceux des concessionnaires a fait l'effet d'un choc culturel absolu. Il était admis que le Ministre aide les concessionnaires et que leurs profits, quel qu'en soit le niveau, sont la preuve d'une bonne santé économique. La « capture » était explicite : le but des fonctionnaires du Ministère était de se voir attribuer un poste, généralement de direction, après quelques années de bon travail sous-payé, par le concessionnaire d'un aéroport qui appréciait leurs efforts. Dès la présentation de la toute nouvelle vision des choses, les fonctionnaires ont complètement cessé de collaborer, suivis en cela par les concessionnaires mêmes qui n'avaient pas été avarés de données économiques dans un premier temps. Comme le Ministère ne pouvait pas leur imposer directement quoi que ce soit, ils ont tout simplement trouvé impossible de convenir de dates appropriées pour assister à d'autres réunions à Rome (où se trouve le Ministère). Il convient de signaler en passant que les données budgétaires dont ils faisaient au début fièrement état témoignaient souvent de niveaux de rentabilité réellement exceptionnels.

Un seul fonctionnaire hautement compétent s'est déclaré disposer à collaborer à cette nouvelle approche, mais la chute du Gouvernement et la fin de la mission qui s'en est suivie l'ont empêché de poursuivre dans cette direction et l'ont même fait migrer comme superviseur vers un aéroport du Sud de la Sicile.

5.3. Batailles perdues du NARS : aéroports, routes et chemins de fer

La mise en place d'instances réglementaires dans deux secteurs importants (énergie et télécommunications) a eu quelques répercussions sur d'autres secteurs, dont celui des transports en particulier. En 1996, le Ministère de l'Économie a chargé un groupe spécial d'experts (constitué en grande partie de consultants extérieurs) de se pencher sur le cas des services d'utilité publique non réglementés, à savoir la poste, la distribution d'eau et, pour les transports, les aéroports, les chemins de fer et les routes à péage. Les ports ont été laissés en dehors du champ de compétence réglementaire de ce groupe, parce qu'ils relèvent en Italie d'un régime réglementaire très particulier (voir 5.5). Ce groupe appelé NARS¹¹ a pour seule fonction de dispenser des conseils techniques en matière de réglementation au Comité interministériel de planification économique à qui il appartient en fait de décider.

Les trois principaux domaines dont le NARS doit s'occuper dans le secteur des transports sont les chemins de fer, les aéroports et, surtout, les routes à péages. La réglementation des chemins de fer, très généreusement subventionnés en Italie, a commencé par la mise en place d'une stratégie de plafonnement des prix de transfert qui lie les transferts et les hausses éventuelles de prix à un ensemble de performances escomptées en matière de coûts, de qualité de service et de divers autres paramètres. La stratégie vise toutefois essentiellement à élargir la part des activités autofinancées en tenant compte du fait que les tarifs sont dans l'ensemble moins élevés qu'ailleurs en Europe. Les négociations avec la société nationale des chemins de fer italiens (*Ferrovie dello Stato : FS*) se sont déroulées sans le moindre heurt du fait que la direction (nommée par le pouvoir politique) des FS était gagnée à la stratégie proposée par le NARS.

L'expérience a pris fin brutalement après deux années seulement, à l'approche de nouvelles élections, sous le prétexte (infondé et non prouvé) qu'il fallait interdire toute hausse des tarifs des services publics pour lutter contre l'inflation.

Un nouvel entrant s'est aujourd'hui présenté sur le marché des services à grande vitesse et devrait commencer à assurer des services à partir de 2011. Il est permis d'en déduire qu'un marché secondaire du matériel roulant nécessaire à ces services pourrait émerger dans la foulée de la normalisation technique rendue obligatoire par la Commission Européenne.

La réglementation des aéroports a donné des résultats légèrement meilleurs (après l'échec initial décrit ci-dessus). Le NARS a mis au point un système de plafonnement des prix que le Comité interministériel de planification économique a entériné. La méthode était très « douce » : elle ne touchait que les tarifs aériens sans toucher aux profits réalisés à terre, les deux volets des comptes étant nettement séparés. Le NARS étant toutefois dénué de tout pouvoir d'exécution, les concessionnaires ont paralysé le processus en différant sans cesse la présentation de véritables comptes normalisés. Un autre système de séparation partielle des deux volets des comptes a été imaginé récemment, mais n'a lui aussi jamais été mis en œuvre. Plus récemment encore, l'autorité de l'aviation civile italienne (ENAC) chargée notamment des aéroports a autorisé, sous la pression conjointe des concessionnaires et des responsables politiques soucieux de se targuer d'avoir fait augmenter les investissements en infrastructures, d'augmenter tous les tarifs de 3 euros par passager dans les grands aéroports et de 1 euro par passager dans les petits sans s'être interrogé sur l'efficacité de la mesure. Le NARS n'y a trouvé rien à redire, comme s'il n'était plus responsable de ces infrastructures.

Un plan aéroportuaire national arrêté il y a peu semble viser à mettre le « champion national » à l'abri des attaques des compagnies à bas prix en fixant le rôle très spécifique et le rang hiérarchique de chaque aéroport et en proposant même la fermeture de nombreux petits aéroports qui ont été, comme partout en Europe, la principale porte d'entrée de compagnies hautement concurrentielles sur le marché.

La question la plus importante et la plus âprement débattue est toutefois celle de la réglementation des routes à péages. Le réseau assez étendu de ces routes (6 000 kilomètres) génère des recettes de plus de 5 milliards d'euros par an.

Le principal concessionnaire (*Autostrade S.p.A.*) est une société entièrement privée qui possède plus de 60 pour cent du réseau (et récolte plus de 60 pour cent des recettes que le réseau génère). Le conflit procède de l'interprétation de diverses clauses d'un contrat original de concession extrêmement vague (une page environ traite du contenu technique du mécanisme de plafonnement des prix). Les paragraphes qui suivent ne font qu'effleurer les principales questions mises sur la table, à savoir les actifs d'exploitation réglementés, le mécanisme de restitution des aides, la rémunération de la qualité, la répartition du risque de sous-utilisation et les investissements.

Le conflit était né pour l'essentiel d'un cas spécial (ou peut-être pas si spécial) de capture : la privatisation d'*Autostrade S.p.A.* exigée par la Commission Européenne a fait mettre en balance le versement rapide de sommes énormes dans les caisses de l'État, d'une part, et la défense à long terme des usagers contre les rentes monopolistiques, d'autre part. Le premier objectif l'a emporté sur l'autre et ce choix a débouché sur la définition d'un ensemble de règles très vagues que l'acheteur privé a évidemment acceptées contre paiement de sept milliards d'euros pour une concession de longue durée (40 années). Le conflit s'est articulé autour de l'interprétation de ces clauses mal définies et a atteint un degré d'intensité tel que certains analystes politiques ont cru pouvoir attribuer la démission (temporaire) du Ministre des Finances en partie au moins à l'incompatibilité des vues qu'il défendait en la matière avec celles d'un autre membre du Gouvernement de coalition.

La concessionnaire a, en fin de compte et grâce à une loi spéciale votée par le Parlement, gagné encore plus que ce qu'il avait jamais pu escompter (selon les termes mêmes d'une déclaration publique du PDG d'*Autostrade S.p.A.*) en court-circuitant le Ministre, le Comité interministériel de planification économique et, évidemment, le NARS qui a depuis cette affaire été totalement déchargé de la réglementation des routes à péage. Le mécanisme de plafonnement des prix n'existe plus. Les concessionnaires ont enregistré les années suivantes et même pendant la récession actuelle, des taux de profit spectaculaires et de loin supérieurs à ceux des grandes sociétés italiennes les plus rentables.

Le rôle du NARS s'est encore affaibli les années suivantes et semble aujourd'hui réduit à néant dans le domaine de la réglementation des transports qui a presque entièrement réintégré la sphère politique.

5.4. Cas des transports locaux

Les transports locaux ne constituent pas un monopole naturel, mais constituent en Italie indubitablement un monopole légal largement subventionné (70 pour cent de leurs recettes) dont les coûts de production sont très élevés et dont les services sont assurés par des petites entreprises appartenant pour la plupart à des collectivités locales.

Une réforme à tendance régulatrice lancée au cours des années 90¹² (une fois encore par un Gouvernement de centre-gauche) a défini un régime de procédures d'enchères pour l'attribution des marchés (concurrence à la Demsetz¹³). L'absence d'autorité indépendante est toutefois à l'origine d'une résistance bipartite vigoureuse des administrations locales. La date butoir fixée pour la présentation des offres a alors été reportée à d'interminables reprises. La « lutte » a ceci de particulier qu'aucune ligne ou aucun discours défavorable à l'ouverture du secteur à la concurrence n'est venu contrer les nombreux articles, étayés par des chiffres et des comparaisons internationales, favorables à l'ouverture qui ont été publiés à l'époque. Ce simple fait semble plutôt révélateur d'une « capture » dans sa forme spécifique d'existence répandue d'agendas cachés.

Quoi qu'il en soit, un assez grand nombre de collectivités locales, une centaine en l'occurrence, se sont décidées à mettre leurs services de transport aux enchères à l'aube de ce siècle. La loi présentait toutefois, dans sa forme finale et sans doute pas par hasard, un défaut fatal puisqu'elle admettait que participent à la lutte pour l'accès au marché les entreprises en place appartenant aux évaluateurs des offres, à savoir les collectivités locales. Il s'en est évidemment suivi que chaque appel d'offres n'a attiré qu'un nombre limité de soumissionnaires (qui ne l'étaient souvent qu'à titre formel parce qu'ils avaient été invités à faire simplement « acte de présence ») et que les entreprises en place ont remporté 99 pour cent des services mis aux enchères (le pourcentage est plutôt embarrassant). L'explication n'est pas complète s'il n'est pas fait référence à l'existence d'un « requérant résiduel » : les autorités publiques n'ont dans le passé jamais autorisé des compagnies même extrêmement inefficaces à déposer leur bilan. La réduction des coûts que la concurrence peut entraîner était mise en balance avec les avantages politiques importants procurés par la possession d'entreprises monopolistiques de service public (en l'occurrence la bienveillance garantie des organisations syndicales et l'aménagement de points de chute pour les administrateurs arrivés au terme de leur carrière politique).

La crise financière récente a fait fondre les capitaux publics, allouables notamment aux services de transport, mais le résultat final est loin d'être évident : beaucoup d'administrateurs locaux ont clamé haut et fort que les tarifs n'allaient pas augmenter et qu'aucun service n'allait être supprimé (même ceux qui sont très peu fréquentés) ou sous-traité pour en réduire les coûts.

La gratuité des services de transport peut se justifier en soi (elle peut être voulue pour des raisons de bien-être ou de protection de l'environnement), mais il est certain que leur production à un coût déraisonnablement élevé ne peut se justifier pour des raisons sociales.

5.5. Cas des ports

Les ports italiens relèvent, pour des raisons simplement historiques, d'un régime administratif complètement différent de celui des autres infrastructures. Ils sont gérés au niveau régional, avec cette petite restriction que la nomination de leurs dirigeants doit être entérinée par le Gouvernement central, et n'ont partant jamais été considérés comme des objets possibles de réglementation. Leurs besoins d'investissement sont financés par des capitaux que le pouvoir central leur alloue sur la base de critères hautement discrétionnaires. L'efficacité n'est pas tenue pour être un paramètre important (il y a en fait deux « requérants résiduels », à savoir l'État central et la région). Il n'y a pas de concessionnaires généraux, mais il arrive que des concessions partielles soient accordées à des opérateurs privés, et il est généralement admis que les tarifs, calculés sur la base de considérations principalement politiques, sont assez bas. Les transferts précités du pouvoir central enlèvent presque toute substance à la pression à la couverture au moins partielle des investissements, même si la situation du marché rend cette couverture possible.

5.6. Aspects positifs (d'une situation italienne pourtant peu engageante)

La présentation ci-dessus de la réglementation italienne des transports a tout d'une liste d'échecs, mais la réalité n'est pas tout à fait aussi noire. Les mécanismes de « capture » l'ont emporté, mais la culture de la réglementation (en fait ses notions fondamentales) a infusé plusieurs niveaux de pouvoir ainsi que certains volets du débat public, notamment dans les médias, et teinté quelque peu le comportement des entreprises réglementées.

La « rente monopolistique » n'est plus une notion taboue. L'« inefficience » ne l'a par contre jamais été en termes de quantité et de qualité des services fournis, quoique cela soit moins vrai en termes de coûts de production.

Les leçons à tirer du cas de l'Italie peuvent, au prix d'un optimisme héroïque, être considérées comme un de ses aspects positifs. La première de ces leçons enseigne qu'il ne faut jamais oublier qu'il est difficile d'innover dans ce domaine, parce que les intérêts affectés par une réglementation efficace savent se faire entendre, sont bien informés et, surtout, en subissent immédiatement les dommages. Les gagnants (les usagers et/ou les contribuables) se trouvent dans une situation diamétralement opposée et les avantages qu'ils récoltent doivent être évalués par comparaison, non pas avec quelque chose de tangible, mais avec une situation hautement hypothétique de laisser faire, laisser aller (quel serait le péage que j'aurais dû payer aujourd'hui si aucune vraie réglementation n'avait été mise en place ?).

6. CONCLUSIONS ET RECOMMANDATIONS

Il est possible d'inférer des multiples questions évoquées et de l'étude de cas présentée ci-dessus quelques conclusions solides et recommandations consistantes.

1. La réglementation du secteur des transports est sans doute moins développée et plus fragmentée que celle de tous les autres secteurs d'utilité publique. Comme il manque fréquemment d'organe réglementaire sectoriel indépendant, il est nécessaire d'établir des liens et des alliances solides avec les organismes antitrust (pour des raisons de « subsidiarité » et eu égard au rôle prépondérant que ces organismes font jouer au marché) ainsi qu'avec des Organisations Internationales (afin de réduire le risque de capture « intérieure »). Il convient pour la même raison d'éviter les solutions fragmentées différentes selon les modes.
2. Le développement du rôle administratif et politique des autorités régionales est un phénomène à double tranchant en ce sens qu'il renforce le contrôle direct des usagers et des contribuables locaux, mais affaiblit le pouvoir de réglementation. Il est donc probablement nécessaire d'appliquer une stratégie au cas par cas et même d'accepter certains compromis. La mise en place d'un régulateur national chargé de fixer les règles générales et de bureaux locaux chargés de mettre ces règles en œuvre et d'en contrôler le respect semble être une solution envisageable (qui ménage un certain espace aux négociations locales).

3. Les mécanismes de « capture » sont renforcés par des pratiques discrétionnaires. Les politiciens les aiment pour des raisons qui sont parfois acceptables, mais parfois aussi inacceptables.

Il s'en suit que l'« analyse coûts/avantages » doit, en dépit de ses insuffisances notoires¹⁴, devenir la pierre angulaire de l'activité réglementaire, surtout dans un secteur qui présente autant de facettes que celui des transports. Ceci est valable pour les coûts et les avantages de quelque activité réglementaire que ce soit et certainement aussi pour les investissements ou les questions sociales et environnementales. Il est capital également de garantir l'ouverture des relations avec les médias en vue notamment de minimiser le risque de capture. La large diffusion des analyses quantitatives et des recommandations politiques est un autre moyen puissant de prévention des captures et peut aussi être un facteur d'indépendance.

4. Les questions sociales et environnementales sont très importantes dans le secteur des transports, mais servent souvent à éluder et réduire l'indépendance du régulateur (cf. ci-dessus). Il est indispensable de les circonscrire avec précision. Il serait envisageable de laisser les questions de répartition aux décideurs politiques, mais non les questions environnementales (une tonne de CO₂ émise peut très bien être mesurée et « tarifée » pour tous les secteurs par un organisme technique opérant en toute transparence). Pour ce qui est des questions de répartition, la mesure des impacts sociaux (pas leur « poids ») peut rester du ressort du régulateur et ses résultats peuvent être publiés (à qui et dans quelles proportions une libéralisation profite-t-elle, d'une part, et coûte-t-elle, d'autre part ?). L'expérience de la BIRD ne manque pas d'intérêt à ce propos.
5. Il est peut-être utile de rappeler que quelle que soit la sophistication technique des outils aujourd'hui utilisables par le régulateur, la teneur politique de ses choix finaux est en règle générale importante : quel type d'économie et, au total, quel type de société (capitalistique) voulons-nous avoir ?

NOTES

1. Posner R.A. (1999).
2. Coase R.H. (1960).
3. Averch H. et Johnson L. (1962).
4. Voir à ce propos la partie de l'étude où il est question du plan aéroportuaire italien.
5. *« Il est rare que des gens du même métier se trouvent réunis, fût-ce pour quelque partie de plaisir ou pour se distraire, sans que la conversation finisse par quelque conspiration contre le public, ou par quelque machination pour faire hausser les prix »*. La richesse des nations, p. 152.
6. Les autorités européennes sont, sous la pression des lobbys nationaux, restées très prudentes dans le domaine de la libéralisation des créneaux aéroportuaires et des transports publics locaux. Le cas d'Alitalia est là pour le confirmer.
7. Voir à ce sujet le début de la proposition de nouvelle Directive européenne sur la réglementation des chemins de fer (le texte est très novateur).
8. Les sociétés nationales historiques de chemin de fer de l'Europe continentale contrôlent toujours 90 pour cent du marché, près de 20 ans après la première Directive de libéralisation du secteur ferroviaire (Directive 420/91).
9. La méthode du plafonnement des prix se fonde sur l'« extraction » intertemporelle de rentes informatives des entreprises réglementées. Voir à ce sujet Laffont J.J. et Tirole J. (1993).
10. En l'occurrence, l'auteur de la présente note. Le « penchant réglementariste » de ce Gouvernement (présidé par M. Dini) s'explique par son origine plus technique et moins politique (compromis bipartite).
11. *Nucleo di consulenza per l'Attuazione et la Regolazione dei Servizi di interesse pubblico* : Conseil pour l'exploitation et la réglementation des services d'intérêt public.
12. L'auteur de la présente note a aussi été mêlé à cette réforme.
13. Demsetz H. (1968).
14. Adler M.D et Posner, et Posner E.A. (2006).

BIBLIOGRAPHIE

- Adler, M.D. and Posner, E.A. (2006), *New Foundations of Cost-Benefit Analysis*, H.U.P., Cambridge, Mass.
- Averch H. and Johnson L. (1962), *Behaviour of the Firm under Regulatory Constraint*, *American Economic Review*, 52.
- Banister D. (1997), *Bus deregulation in the UK*, in McConville J., *Transport regulation matters*, Pinter, Londres.
- Buchanan J. M. (1969), *Cost and Choice: An Enquiry in Economic Theory*, Markham, Chicago.
- Coase, R.H. (1960), *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, Chicago.
- Coco, G., De Vincenti, C. (2008), *Optimal price-cap reviews*, *Utilities Policy*, 16, 238-244.
- Demsetz H. (1968), *Why regulate utilities*, *Journal of Law and Economics*, 11.
- Doganis R. (2001), *The Airline Business in the 21st Century*, Londres et New York, Routledge.
- Fawcner J. (1999), *Buses in Great Britain, Privatisation, Deregulation and Competition*, London Transport.
- Gomez-Ibáñez J. (2003), *Regulating Infrastructures. Monopoly, Contracts and Discretion*, Harvard University Press.
- Japan Railway and Transport Review (1994), *Domestic Transport in Japan Present and Future*.
- Kerf M. (1998), *Concessions for infrastructure – A Guide to Their Design and Award*.
- Laffont, J.-J., Tirole, J., (1993), *A theory of incentives in procurement and regulation*, M.I.T., Boston.
- Litman T., *Land Use Impacts on Transport*, www.vtpi.org/tdm/tdm20.htm
- Maffii S., Ponti M. (2002), *Pianificazione dei trasporti e del territorio: effetti attesi ed effetti perversi*, Ricerchetrasporti, Milano.
- Mohring H. (1972), *Optimization and scale economies in urban bus transportation*, *American Economic Review*, 62 (4), 591-604.
- Newbery, D, M (1998), *Fair and Efficient Pricing and the finance of the roads*, University of Cambridge.

- Nuti F. (1997), *Il caso britannico, in Nomisma, Liberalizzazione e privatizzazione nelle ferrovie europee*, Vallecchi, Firenze.
- Parry, I. and K.A. Small (2007), *Should Urban Transit Subsidies Be Reduced?*, paper presented at the 54th Annual North American Meetings of the Regional Science Association International, 2007, Savannah, Georgia.
- Ponti M. (1997), *Le esternalità di consumo nei trasporti collettivi*, Economia e Politica Industriale, 96, Franco Angeli.
- Ponti M. (2001), *The European transport policy in a "public choice" perspective*, 9th World Conference on Transport Research, Seoul.
- Ponti M., Gervasoni A. (1996), *Il finanziamento delle infrastrutture*, Ricerca Economica e Trasporto, Federtrasporto – Centro Studi.
- Posner, A.R., 1999 (1969), *Natural Monopoly and its Regulation*, Cato Institute, Washington D.C.
- Preston, J., Root, A., Van de Velde, D. (1999), *Railway Reform and the Role of Competition: The Experience of Six Countries*, Ashgate.
- Segal I. R. (1998), *Monopoly and soft budget constraint*, Rand Journal of Economics, 29, 596-609.
- Shapiro C. and Willig R. (1990), *Economic rationales for the scope of privatisation*, in E.N.Suleiman, Waterbury, J. The political economy of private sector and privatization, Boulder CO, Westview Press.
- Thompson L. (2001), *Railways in Eastern Europe*, OECD Round Table 120, Cambridge.
- Transport for London (2007), *Central London Congestion Charging Impacts monitoring*, Fifth Annual Report, TfL, Londres.
- Tucci G. (2001), *Ricerca di stabilità dell'equilibrio di lungo periodo nell'industria del trasporto aereo internazionale*, 42° Corso Internazionale I.S.T.I.E.- Nuova regolazione dei trasporti: principi e strumenti, Università de Trieste.

LISTE DES PARTICIPANTS

Mr. David THOMPSON 14 Harrow View GB-HA1 1RG HARROW Middlesex ROYAUME-UNI	Président
Prof. Hans-Martin NIEMEIER University of Applied Sciences Department of Nautical Sciences and International Economics (FB6) Werderstr.73 D-28199 BREMEN ALLEMAGNE	Rapporteur
Prof. Marco PONTI Politecnico University of Milan Dipartimento di Architettura e Pianificazione Research Centre on Transport Policy Via Bonardi 3 I-20133 MILANO ITALIE	Rapporteur
Mr. Tom WINSOR Partner, Transport & Infrastructure White and Case LLP 5 Old Broad Street GB- LONDON EC2N 1DW ROYAUME-UNI	Rapporteur
Mr. Richard ABEL Managing Director Macquarie Infrastructure and Real Assets (Europe) City Point 1 Ropemaker Street GB-EC2Y 9HD LONDON ROYAUME-UNI	
Monsieur Philippe AYOUN Direction Générale de l'Aviation Civile (DGAC) 50 rue Henry-Farman 75720 PARIS CEDEX 15 FRANCE	

Prof. Alain BONNAFOUS
Laboratoire d'Économie des Transports (LET)
ISH
14 avenue Berthelot - ISH
F-69363 LYON CEDEX 07
FRANCE

Dr. Harry BUSH
Group Director, Economic Regulation
Civil Aviation Authority CAA
45-59 Kingsway
GB- LONDON WC2B 6TE
ROYAUME-UNI

Prof. Jaap DE WIT
Managing Director
Ministry of Infrastructure and the Environment
Netherlands Institute for Transport Policy Analysis
P O Box 20901
NL-2500 EX LA HAYE
PAYS-BAS

Mr. Knud ELM-LARSEN
Chief Adviser
Trafikstyrelsen
Public Transport Authority
Gammel Mønt 4
DK-1117 COPENHAGEN K
DANEMARK

Mr. Sean ENNIS
Senior Economist
OECD Competition Division
2 rue André-Pascal
F-75775 PARIS CEDEX 16
FRANCE

Mr. Mark FAGAN
Senior Fellow
Mossavar-Rahmani Center for Business and Government
Harvard Kennedy School
John F. Kennedy School of Government
Mailbox 114
79 JFK Street
USA-CAMBRIDGE, MA 02138
ÉTATS-UNIS

Professor Peter FORSYTH
Department of Economics
Faculty of Business and Economics
Monash University
PO Box 11E Monash University
AUS-VICTORIA 3800
AUSTRALIE

Professor Jose GOMEZ-IBANEZ
Derek C. Bok Professor of Urban Planning and Public Policy
Harvard University
John F. Kennedy School of Government
79 JFK Street
USA-CAMBRIDGE, MA 02138
ÉTATS-UNIS

Mr. Frank JOST
EU Commission
Directorate-General for Mobility and Transport
Unit MOVE D2
Rail Transport and Interoperability
rue Demot 24, 2/18, 1040 Etterbeek
B- 1049 BRUXELLES
BELGIQUE

Dr. Markus KSOLL
Deutsche Bahn AG
Mobility Networks Logistics
Potsdamer Platz 2
D-10785 BERLIN
ALLEMAGNE

Mr. Twan LAAN
Schweizerische Bundesbahnen SBB
Finanzen F-CC-PMR
Hochschulstrasse 6
CH-3000 BERNE 65
SUISSE

Mr. Goran MATESIC
Chairman of the Administrative Board
Rail Market Regulatory Agency
Vladimira Nazora 61
HR-10000 ZAGREB
CROATIE

Mr. Andrew MEANEY
Managing Consultant
Oxera
Park Central
40/41 Park End Street
GB- OX1 1JD OXFORD
ROYAUME-UNI

Prof. Fumitoshi MIZUTANI
Professor of Public Utility Economics
Kobe University
2-1 Rokkodai
Nada
KOBE 657-8501
JAPON

Prof. Jürgen MÜLLER
Berlin School of Economics
(Fachhochschule für Wirtschaft)
Badensche Str. 50-51
D-10825 BERLIN
ALLEMAGNE

Prof. Jan-Eric NILSSON
VTI
Box 55 685
S-10215 STOCKHOLM
SUÈDE

Prof. Dr. Karsten OTTE
Director
Federal Network Regulatory Agency
Head of Railway Regulation Department
Tulpenfeld 4
D-53113 BONN
ALLEMAGNE

Mr. Russell PITTMAN
U.S. Department of Justice
Antitrust Division
NW, Room 10-000
600 E Street
USA- WASHINGTON DC 20004
ÉTATS-UNIS

Dr. Andrew SMITH
University of Leeds
Institute for Transport Studies
36 University Road
GB - LS2 9JT LEEDS
ROYAUME-UNI

Mr. John THOMAS
Head of Regulatory Economics
Office of the Rail Regulator
1 Waterhouse Square
138-142 Holborn
GB- LONDON, EC1N 2ST
ROYAUME-UNI

Mr. Louis S. THOMPSON
Thompson, Galenson & Associates
14684 Stoneridge drive
USA- SARATOGA CA 95070-5745
ÉTATS-UNIS

Dr. Hartmut WOLF
Kiel Institute for the World Economy
Hindenburgufer 66
D-24105 KIEL
ALLEMAGNE

SECRÉTARIAT FORUM INTERNATIONAL SUR LES TRANSPORTS

Mr. Jack SHORT – Secrétaire Général

CENTRE CONJOINT DE RECHERCHE SUR LES TRANSPORTS OCDE/FIT

Mr. Stephen PERKINS – Chef du Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

Dr. Kurt VAN DENDER – Chef Économiste, Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

Dr. Michel VIOLLAND – Administrateur, Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

Dr. Sungwon LEE – Senior Research Fellow, Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

Ms Françoise ROULLET – Publications Assistante, Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

Mrs. Julie PAILLIEZ – Assistante, Centre Conjoint de Recherche sur les Transports

ÉGALEMENT DISPONIBLES

Améliorer la pratique de l'évaluation des projets de transport. Série FIT – Table Ronde 149ème (2011)

ISBN 978-92-821-0310-4

Stimuler les technologies pour les véhicules à faibles émissions de carbone. Série FIT – Table Ronde 148ème (2010)

ISBN 978-92-821-0298-5

Mettre en œuvre la tarification de la congestion. Série FIT – Table Ronde 147ème (2010)

ISBN 978-92-821-0286-2

18^{ème} Symposium International sur l'économie des transports et la politique – Les perspectives du transport interurbain de personnes – Rapprocher les citoyens (2010)

ISBN 978-92-821-0269-5

Intégration et concurrence entre le transport et les activités logistiques. Série FIT – Table Ronde 146ème (2010)

ISBN 978-92-821-0263-3

Concurrence et interactions entre aéroports, services de transports aériens et ferroviaires. Série FIT – Table Ronde 145ème (2009)

ISBN 978-92-821-0247-3

Terrorisme et transport international : Pour une politique de sécurité fondée sur le risque. Série FIT – Table Ronde 144ème (2009)

ISBN 978-92-821-0233-6

Concurrence entre les ports et les liaisons terrestres avec l'arrière-pays. Série FIT – Table Ronde 143ème (2009)

ISBN 978-92-821-0226-8

Le coût et l'efficacité des mesures visant à réduire les émissions des véhicules. Série FIT – Table Ronde 142ème (2008)

ISBN 978-92-821-0214-5

Privatisation et réglementation des systèmes de transports publics urbains. Série FIT – Table Ronde 141ème (2008)

ISBN 978-92-821-0201-5

*Vous pourrez recevoir par email des informations sur les nouvelles publications de l'OCDE
en vous inscrivant sur www.oecd.org/OECDdirect*

Vous pourrez les commander directement sur www.oecd.org/bookshop

Vous trouverez des informations complémentaires sur le FIT sur www.internationaltransportforum.org

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

L'OCDE est un forum unique en son genre où les gouvernements œuvrent ensemble pour relever les défis économiques, sociaux et environnementaux que pose la mondialisation. L'OCDE est aussi à l'avant-garde des efforts entrepris pour comprendre les évolutions du monde actuel et les préoccupations qu'elles font naître. Elle aide les gouvernements à faire face à des situations nouvelles en examinant des thèmes tels que le gouvernement d'entreprise, l'économie de l'information et les défis posés par le vieillissement de la population. L'Organisation offre aux gouvernements un cadre leur permettant de comparer leurs expériences en matière de politiques, de chercher des réponses à des problèmes communs, d'identifier les bonnes pratiques et de travailler à la coordination des politiques nationales et internationales.

Les pays membres de l'OCDE sont : l'Allemagne, l'Australie, l'Autriche, la Belgique, le Canada, le Chili, la Corée, le Danemark, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Grèce, la Hongrie, l'Irlande, l'Islande, Israël, l'Italie, le Japon, le Luxembourg, le Mexique, la Norvège, la Nouvelle-Zélande, les Pays-Bas, la Pologne, le Portugal, la République slovaque, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovénie, la Suède, la Suisse et la Turquie. La Commission européenne participe aux travaux de l'OCDE.

Les Éditions OCDE assurent une large diffusion aux travaux de l'Organisation. Ces derniers comprennent les résultats de l'activité de collecte de statistiques, les travaux de recherche menés sur des questions économiques, sociales et environnementales, ainsi que les conventions, les principes directeurs et les modèles développés par les pays membres.

De meilleures réglementations : Le rôle du régulateur

L'efficacité des infrastructures de transport est déterminante pour la croissance économique. La longue durée de vie d'une grande partie de ces infrastructures plaide en faveur de l'adoption de la réglementation plutôt que d'un régime contractuel ou de propriété publique comme mode de gouvernance, afin d'assurer la prévisibilité et les engagements à long terme dans les relations, tout en préservant la flexibilité nécessaire pour pouvoir faire face aux changements de l'environnement extérieur

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.

Une réglementation indépendante n'est pas un mode de gouvernance universel par défaut. La Table Ronde a également abordé les circonstances dans lesquelles il convient de réglementer ou de laisser à la concurrence, si imparfaite soit-elle, le soin de pousser à l'amélioration de l'efficacité. Les débats ont montré aussi qu'il était possible d'améliorer de beaucoup les performances des secteurs aérien, ferroviaire et routier en prenant exemple sur les améliorations que plusieurs pays ont réussi à apporter à leurs structures de gouvernance.